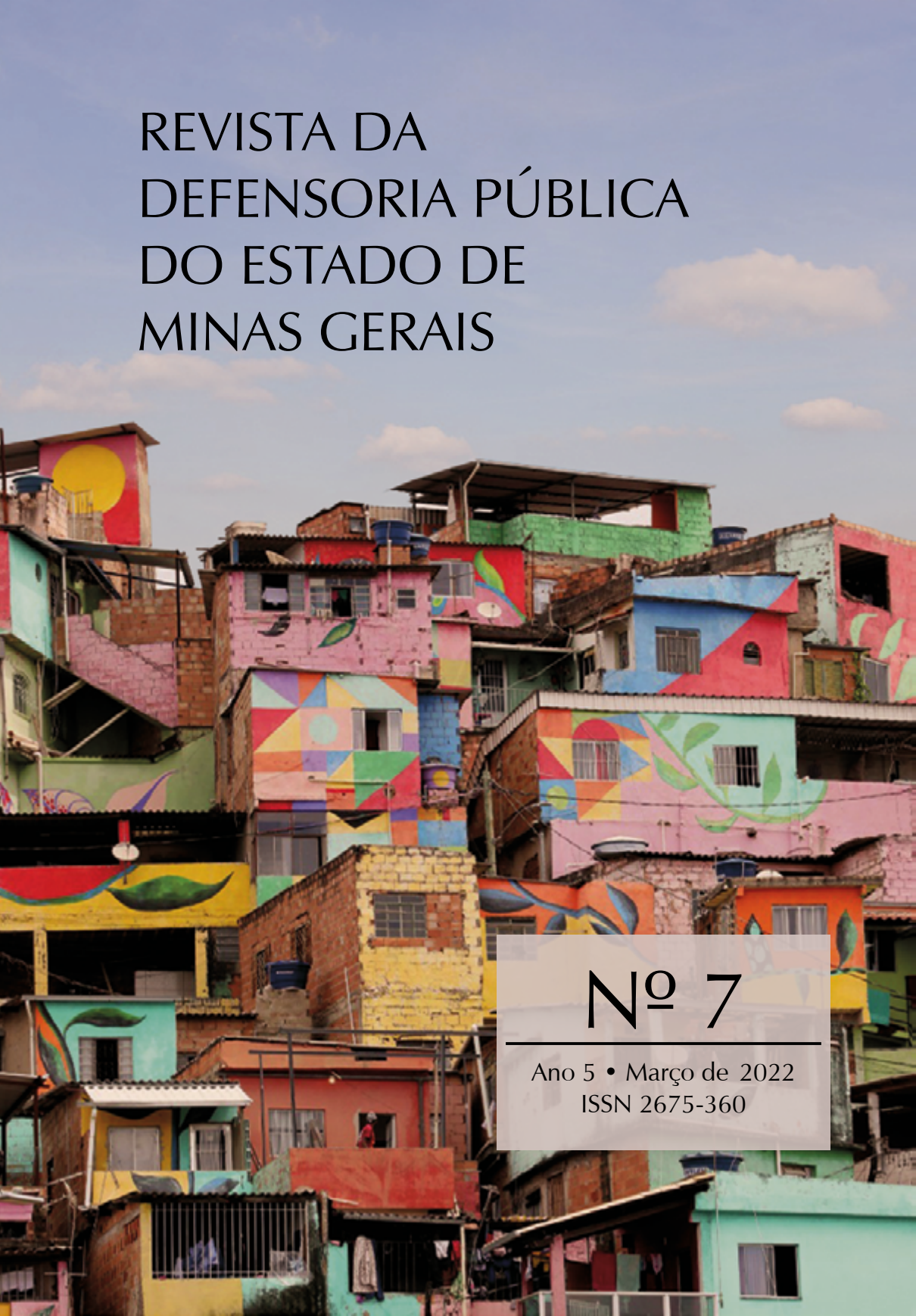




REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nº 7

Ano 5 • Março de 2022
ISSN 2675-360

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Número 7 | Março 2022

Belo Horizonte — MG

ISSN 2675-360X

DPMG — Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Rua dos Guajajaras, 1707, Barro Preto
30180-099 — Belo Horizonte, MG
Telefone: 31 3526-0513 | www.defensoria.mg.def.br

Defensor Público-Geral | Biênio 2020-2022: Gério Patrocínio Soares

Subdefensor Público-Geral: Nikolas Stefany Macedo Katopodis

Corregedor-Geral | Biênio 2022-2024: Galeno Gomes Siqueira



Conselho Superior

Membros natos: Defensor Público-Geral Gério Patrocínio Soares (Presidente)
Subdefensor Público-Geral Nikolas Stefany Macedo Katopodis, Corregedor-Geral Galeno Gomes Siqueira

Membros eleitos | Biênio 2022-2024: defensoras e defensores públicos Andréa Abritta Garzon, Felipe Augusto Cardoso Soledade (secretário), Gustavo Francisco Dayrell de Magalhães Santos, Liliana Soares Martins Fonseca, Camila Machado Umpierre e Gilmara Andrade dos Santos Maciel.

Presidente da entidade de classe (ADEPMG): defensor público Fernando Campelo Martelleto

Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

ISSN 2675-360X

Realização: Defensoria Pública-Geral do Estado de Minas Gerais

Editor-chefe: Cirilo Augusto Vargas

Editor-chefe adjunto: Cláudio Miranda Pagano

Secretário: Marcelo Paes Ferreira da Silva

Conselho Editorial: Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira, Carlos Henrique Soares, Daniel Firmato de Almeida Glória, Emílio Peluso Neder Meyer, Fernando Gonzaga Jayme, Luciano Santos Lopes, Marcelo Veiga Franco, Paulo Adyr Dias do Amaral, Renata Christiana Vieira Maia, Renata Furtado de Barros, Renata Martins de Souza, Rodrigo Iennaco de Moraes e Alfredo Emanuel Farias de Oliveira.

Conselho de Pareceristas: Christiano Rodrigo Gomes de Freitas, Juliana de Carvalho Bastone, Leandro Coelho de Carvalho, Pedro Augusto Silveira Freitas, José Túlio Valadares Reis Junior, Cláudio Miranda Pagano, Bruno Freire de Jesus, Marcelo Paes Ferreira da Silva, Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa, Armando Ghedini Neto, Ana Sofia Rezende Sauma.

Editora assistente / Direção de arte: Lúcia Helena de Assis (*designer* de comunicação — Ascom/DPMG)

Colaboração: Persio Farhat Fantin (jornalista, assessor de Comunicação da DPMG)

CAPA — Vista de parte do bairro Alto Vera Cruz. Belo Horizonte/MG. Janeiro/2022.

Foto: Marcelo Sant'Anna/DPMG.

Diagramação: Isabela Silva Emediato (estagiária, sob supervisão da Ascom/DPMG)

Cartas à redação: revista@defensoria.mg.def.br

Os artigos assinados não refletem, necessariamente, a opinião da **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**, sendo seu conteúdo de responsabilidade de seus autores.

Permitida a reprodução parcial e integral desde que citada a fonte.

APRESENTAÇÃO

O *World Justice Project* (WJP), organização independente e sem fins lucrativos fundada em 2006, produz anualmente o *Rule of Law Index*, pesquisa de campo que mede como o Estado de Direito é experimentado e percebido pelo público em geral em todo o mundo. Trata-se da principal fonte mundial de dados originais e independentes sobre o Estado de Direito.

O *Rule of Law Index* prevê um índice referente à acessibilidade e aos custos da justiça civil. Em comparação feita em 2021 entre os 46 países com maior renda *per capita*, os EUA obtiveram a nota 0,44 (sendo o valor máximo um inteiro), ou seja, a *pior pontuação entre as nações mais ricas*.

Para que se tenha ideia da dimensão do problema, a contagem coloca os EUA, em termos de acesso à justiça civil, em situação pior do que a de Serra Leoa (0,47), Libéria (0,51), Cazaquistão (0,58) e Nigéria (0,60). Permanece a advertência do juiz Earl Jonhson Jr., uma das maiores autoridades mundiais sobre a matéria, no sentido de que “as pessoas pobres têm acesso às cortes americanas da mesma maneira que os cristãos tinham acesso aos leões quando eram atirados dentro da arena romana”.¹

Em pleno século XXI, ainda não se reconheceu nos EUA, na esfera federal ou dos Estados, “como sendo direito do cidadão economicamente desfavorecido o de contar com assistência técnica de um advogado para promover sua representação em Juízo *em causas de natureza cível*”.² Não é que a Defensoria Pública norte-americana seja ineficiente. Lá *não existe* Defensoria Pública estruturada para atuar na esfera civil. E, no âmbito criminal, faltam autonomia e recursos.

O Estado brasileiro, autoproclamado democrático, após resistência de grupos políticos participantes da Assembleia Nacional Constituinte (que defendiam a autonomia dos Estados na formulação do serviço de assistência jurídica), alçou a Defensoria Pública ao status de Função Essencial à Justiça. Por meio da instituição, vislumbrou-se a possibilidade de assegurar igualdade e participação cívica, via sistema judicial, a enorme parcela da população que sempre viveu à margem

¹ JONHSON Jr., Earl. Thrown to the lions: a plea for a constitutional right to counsel for low-income civil litigants, Bar Leader, 1976, apud GARDNER, Debra. *Pursuing a Right to Counsel in Civil Cases: Introduction and Overview*. Clearinghouse Review — Journal of Poverty, Law and Policy, Chicago, v. 40, n. 3-4, p. 167-169, 2006, p. 168.

² ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 92.

do poder político decisório, desfrutando apenas formalmente das prerrogativas estabelecidas pela ordem jurídica (referimo-nos aqui aos chamados *subcidadãos*).

Portanto, no que concerne à assistência jurídica gratuita, o Brasil fez uma escolha inequívoca: *afastar-se de um modelo similar ao norte-americano*. Curiosamente, a realidade demonstra que, se a Defensoria Pública avançou a passos largos nas últimas décadas, ela também nunca esteve imune a forças contrárias, por vezes oriundas de instituições criadas justamente para proteger a cidadania e a democracia. O que se revela um paradoxo. Basta analisar o teor da ADI 3.943, movida em 2007 pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Arguiu-se, sem êxito, a inconstitucionalidade da lei que introduziu a Defensoria Pública como legitimada para propor ação civil pública.

Recentemente o Procurador-geral da República ajuizou dezenas de ações diretas de inconstitucionalidade contra dispositivos de leis estaduais que organizam a Defensoria Pública. Dentre elas estão as ADIs 6877 e 6880, que questionam o poder da instituição de requisitar providências (exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos) a agentes públicos. A relatora das ações, Ministra Carmen Lúcia, sustentou em seu voto pela procedência da ADI 6880 que, para preservar o princípio da isonomia, deve-se coibir a criação de um “superadvogado”, partindo da premissa que o defensor público é um “advogado público”.

Não se espera que ainda persista a dificuldade de distinguir as figuras do advogado e do defensor público. Seja pela posição topográfica ocupada por uma e outra Função Essencial à Justiça na Constituição Federal, seja pela especificidade das atribuições ou ainda, pelos posicionamentos exarados pelo próprio Supremo. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, em seu voto proferido no RE 1.240.999, afirmou que “*com o advento da Emenda Constitucional 80/2014, qualquer possibilidade de crise identitária foi sanada. A Defensoria Pública teve sua personalidade bem definida, com atribuições devidamente explicitadas, sem qualquer espaço para dúvidas ou ilações*”.

Fato é que a argumentação do PGR na ADI 6880 passa ao largo de questão intrínseca à Defensoria Pública: a *autolimitação do poder Estatal* e a restrição de forças hegemônicas de opressão.

Só é possível conceber a atuação da Defensoria, no sistema constitucional brasileiro, inserida em um contexto de *freios e contrapesos*, cuja razão de ser é a proteção do *subcidadão*, ou seja, a pessoa que pode votar, submete-se à carga tributária do Estado e ao seu sistema criminal persecutório, porém não tem aptidão para se sobrepor à condição de excluído. E quem exclui e vilipendia mais

direitos do que o próprio Poder Público? Lembra-se que o Executivo é o litigante habitual por excelência.

Nesse contexto soa fantasiosa, ilusória, a ideia de que o *subcidadão* tem capacidade de reivindicar, com base na Constituição, informações do seu interesse em face de agentes públicos, para viabilizar eventual propositura de ação civil. O que prevalece em tais circunstâncias é a obscuridade e lentidão da engrenagem burocrática e a contumaz sonegação de dados. Óbice, inclusive, à solução extrajudicial dos litígios.

A Defensoria Pública, como vetor de demandas sociais e representante dos interesses da maioria numérica da população do Brasil, aproxima-se da noção, exposta por Carlos Miguel Herrera, de *contrapoder* social (ou institucional) estruturado como forma ou “estratégia de resistência” destinada a “restabelecer as promessas da Constituição, redinamizando o poder constituinte, atualizando-o”³. Certamente não tem finalidade retórica o art. 134 da Constituição Federal ao dispor que a Defensoria Pública é “expressão e instrumento do regime democrático”, incumbida da “promoção dos direitos humanos” e da defesa “dos direitos individuais e coletivos” dos necessitados. Sabe-se que a Constituição não se refere assim à Advocacia ou mesmo à Advocacia Pública. O que, obviamente, não é um traço depreciativo, mas distintivo.

Assim sendo, qual isonomia a Ministra Carmen Lúcia e o Procurador-Geral da República buscam preservar? Só pode ser aquela que existia entre os cristãos e os leões dentro da arena romana, aludida por Earl Jonhson Jr na década de 1970.

A tentativa (frustrada) do Ministério Público Federal de retirar o poder de requisição da Defensoria Pública mirou eliminar um poderoso instrumento fiscalizatório e regulador da complexa teia de relações estabelecidas no Brasil entre opressor e oprimido, que alimenta o ciclo jurídico-social de exclusão. Como bem observou Rodrigo Casimiro Reis, “a requisição ora discutida é uma prerrogativa de titularidade da população vulnerável, camada do estrato social historicamente negligenciada por políticas públicas”.⁴

Por razões políticas — e não jurídicas — a Defensoria Pública lida sistematicamente com a perspectiva de caminhar dois passos à frente e um para trás. Superadas as questões referentes à legitimidade para propositura de ações

³ HERRERA, Carlos Miguel. Algumas considerações sobre a noção de contrapoderes sociais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, p. 79-99, jul./dez. 2012, p. 92.

⁴ REIS, Rodrigo Casimiro. Prerrogativa de requisição pela Defensoria é patentemente constitucional. *Consultor Jurídico*. Opinião. 19 jun. 2021.

coletivas, à inscrição compulsória de defensor público nos quadros da OAB e ao poder de requisição, o horizonte revela desafios em torno de temas cruciais para Estado Democrático de Direito. É árduo o caminho para construir no Brasil um modelo de assistência jurídica gratuita eficaz, diferente do paradigma norte-americano.

Belo Horizonte, 31 de março de 2022.

Cirilo Augusto Vargas

Defensor Público

Editor-chefe da Revista da DPMG

SUMÁRIO

ARTIGO I — Defensoria Pública e a tutela coletiva das políticas de habitação sob o viés do direito subjetivo a obras de contenção de risco e remoção como *ultima ratio*: “Cafezal, [...] o morro indignado”..... 9

LUCAS DIZ SIMÕES

ARTIGO II — Ocupações urbanas e o papel da Defensoria Pública na efetivação do direito à cidade 51

BRENO GABRIEL IRIAS MARTINS

MARCOS BERNARDES ROSA

ARTIGO III — O Auxílio Financeiro Emergencial como um programa privado de assistência social 70

CAROLINA MORISHITA MOTA FERREIRA

LÍGIA PRADO DA ROCHA

ARTIGO IV — Os processos estruturais nas ruas: investigando a possibilidade de convergências das demandas relacionadas à temática e os litígios estruturais 92

ELYDIA LEDA BARROS MONTEIRO

ARTIGO V — O acesso à justiça pela via do litígio estratégico: enfrentando a litigiosidade habitual predatória 109

FILIPPE RODRIGUES DE SOUZA

ARTIGO VI — Defensoria Pública, acesso à justiça e vulnerabilidade 132

ROGER MOREIRA DE QUEIROZ

ARTIGO VII — O fortalecimento da Defensoria Pública e o prazo final da Emenda Constitucional nº 80/2014 155

TÍFANIE AVELLAR CARVALHO

ARTIGO VIII — A conciliação e a mediação de conflitos no âmbito da Defensoria Pública 177

CLÁUDIO FABIANO PIMENTA

ARTIGO IX — A inconstitucionalidade e ilegalidade da norma disciplinar proibitiva de relacionamentos afetivo-sexuais entre recuperandos(as) no Sistema APAC	198
--	------------

PAULO CESAR AZEVEDO DE ALMEIDA

ARTIGO X — Com que roupa eu vou? Uma análise sobre o direito à utilização de trajes civis na sessão de julgamento do Tribunal do Júri sob à ótica das Regras de Mandela	220
--	------------

LUCAS APARECIDO ALVES NUNES

ANA CLÁUDIA DE SOUZA FERREIRA

ARTIGO XI — Análise da viabilidade da importação do instituto do <i>plea bargain</i> no processo penal brasileiro	231
--	------------

NILO PINHEIRO DE OLIVEIRA

Defensoria Pública e a tutela coletiva das políticas de habitação sob o viés do direito subjetivo a obras de contenção de risco e remoção como *ultima ratio*: “Cafezal, [...] o morro indignado”¹

Public Defender's Office and collective tutelage of housing policies under the bias of the subjective right to risk containment and removal works as an ultima ratio: “Cafezal, [...] the indignant slum”

LUCAS DIZ SIMÕES

Defensor público da DPMG. Pós-graduando em Direitos. Civil Aplicado (PUC/MG) e em Tutela Coletiva e Direitos Difusos (Universidade Anhanguera). Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor — BRASILCON e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor — IDEC. Foi procurador do Município de Ribeirão das Neves. Foi analista de gestão e registro empresarial da JUCEMG. Foi oficial de apoio judicial do TJMG. Foi membro da Câmara de Estudos de Direito Público da DPMG (2016-2018). Foi diretor jurídico e de defesa das prerrogativas da ADEP/MG (2017-2019). Foi membro eleito do Conselho Consultivo do Fórum dos Procons Mineiros (2013-2015).

Resumo: O presente trabalho aborda os mecanismos judiciais e extrajudiciais de atuação estratégica dispostos em favor da Defensoria Pública na promoção coletiva do direito à moradia sob a ótica neoconstitucionalista. Para tanto, realiza-se análise de caso prático envolvendo a defesa dos “coletivamente vulnerabilizados” da Vila Santana do Cafezal, em Belo Horizonte, perpassando pela compreensão teórico-evolutiva da afirmação histórica e da justiciabilidade da habitação como direito social, tanto em âmbito constitucional como internacional de direitos humanos. O texto realça o dever estatal de ponderação de interesses na regulação urbanística visando à proteção da vida e segurança dos ocupantes de áreas de risco, privilegiando, sempre que possível, intervenções extirpadoras de perigos ou, em caso de sua inviabilidade comprovada, o reassentamento humanizado das populações carenciadas em localidades dotadas das mesmas ou superiores condições daquelas originárias, evitando, assim, a perpetuação de círculo vicioso de reocupação de regiões precárias, potencializada pela gentrificação e “guetização”, de modo a preservar os direitos fundamentais humanos à moradia digna e outros inter-relacionados como transporte, trabalho, saneamento básico, saúde etc.

¹Trecho de composição de Samuel Rosa e Chico Amaral (IN(DIG)NAÇÃO, 1992).

Palavras-chave: Defensoria Pública; Tutela coletiva; Habitação; Área de Risco; Vila Cafezal.

Abstract: *This paper addresses the judicial and extrajudicial mechanisms of strategic action arranged in favor of the Public Defender's Office in the collective promotion of the right to housing under a neoconstitutionalist perspective. Therefore, a practical case analysis involving the defense of the “collectively vulnerable” of Vila Santana do Cafezal, in Belo Horizonte, is carried out, passing through the theoretical-evolutionary understanding of the historical affirmation and justiciability of housing as a social right, both in the constitutional context as a human rights international. The text emphasizes the state's duty to consider the interest in urban regulation protects the protection of life and safety of occupants in risk areas, prioritizing, whenever possible, interventions that eliminate hazards or, in the event of its proven unfeasibility, humanized resettlement deprived in locations endowed with the same or superior conditions as the original ones, thus avoiding the perpetuation of a vicious circle of reoccupation of precarious regions, potentiated by gentrification and “ghettoization”, in order to allow the fundamental human rights to decent housing and other inter-related to transport, work, basic sanitation, health etc.*

Keywords: *Public Defender's Office; Collective tutelage; Housing; Risk are; Vila Cafezal.*

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias; 2. Afirmação histórica do direito à moradia e da tutela dos coletivamente vulnerabilizados; 2.1. Políticas públicas e o intervencionismo pendular; 2.2. Constitucionalização do direito à moradia: do Estado Liberal ao Social; 2.3. Internacionalização do direito à moradia e a Defensoria Pública como metagarantia dos coletivamente vulnerabilizados no Estado Constitucional e Humanista Democrático; 3. Entraves à efetivação administrativa e jurisdicional das políticas públicas; 3.1. Apontamentos críticos terminológicos à teoria das “gerações” de direitos; 3.2. A falácia do alto custo como impeditivo ao implemento dos direitos sociais e apontamentos críticos à sua classificação como direitos prestacionais; 3.3. A inexistência de ofensa à separação dos Poderes e o descabimento da posição reducionista do Judiciário como mero chancelador automatizado e irrefletido de abusos estatais; 4. O conflito fundiário da Vila Cafezal; 4.1. Primazia da tutela resolutiva extrajudicial; 4.2. Ação coletiva ativa e passiva, *custos vulnerabilis* e a posição do TJMG sobre o direito subjetivo a medidas de contenção de risco no âmbito da Vila Cafezal; 4.3. A posição do MPF e STF sobre o direito subjetivo a medidas de contenção de risco na Vila Cafezal e o dever estatal de impedir depredações e ingresso por parte de terceiros nas habitações desocupadas; 5. A remoção como *ultima ratio* em áreas de risco; 5.1. O dever de promoção do desenvolvimento urbano de forma proporcional e razoável; 5.2. Direito subjetivo a medidas de contenção de riscos: substituição da comodista figura do Estado “demolidor de lares” pela do “urbanizador e supressor de perigos estruturais e geológicos”; 5.3. Círculo vicioso da remoção sem alternativas dignas de moradia, e os fenômenos da gentrificação e “guetização”; 6. Considerações finais; 7. Referências.

In(dig)Nação

Eu fiquei indignado
Ele ficou indignado
A *massa* indignada
Duro de tão indignado

A nossa indignação
É uma mosca sem asas
Não ultrapassa as janelas
De nossas *casas*

Indignação indigna
Indigna nação
Indignação indigna
Indigna inação

Lazzo Matumbi, Araketu, Ilê Aiyê — a Bahia indignada.
Carlos Cachaça, Morengueira, Ivo Meirelles — o samba indignado.
Vila Dias, Papagaio, *Cafezal*, Pendura Saia, Pau Comeu, Pai Tomás, Santa Marta — o *morro indignado*.
Ramiro, Lúcio Flávio e Escadinha, o crime indignado.
Cafuringa, Natal e Jairzinho lá na ponta indignados.
Satã e Seus Asseclas, Imigrantes da Abissínia, Boca Branca, Os Inocentes e os Leões da Lagoinha indignados.
Jaguarão, Oiapoque e Guaicurus — a zona indignada.
Ginga, Mão Branca, Negrinhos de sinhá — a capoeira indignada.
Gaviões, Galocura, Máfia Azul, Young Flu, Mancha Verde, Flamante, Independente — a massa indignada.
(Samuel Rosa e Chico Amaral)²

1. Considerações introdutórias³

O sentimento de indignação referenciado no título e epígrafe do artigo traduz, em certa medida, o estado de (des)ânimo que permeou muitos lares situados na Vila Santana do Cafezal, Aglomerado da Serra, Zona Sul de Belo Horizonte.

² Canção do álbum homônimo da Banda Skank (IN(DIG)NAÇÃO, 1992, grifo nosso).

³ Versão revisada, atualizada, ampliada e adaptada ao presente periódico concernente a capítulo/artigo originariamente publicado na obra SIMÕES. Lucas Diz; MORAIS. Flávia Marcelle Torres Ferreira de; FRANCISQUINI. Diego Escobar (org.). *Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 205-247.

Era janeiro de 2013 quando se disseminou pela localidade a confirmação da notícia — até então incipiente — de ser intento da Administração Pública⁴ municipal levar a cabo a demolição generalizada de (inicialmente) 69 edificações situadas em área específica da comunidade. Para tanto, invocou-se o fundamento de estarem soerguidas em encostas com grave risco geológico.

Esclareça-se, contudo, que a perplexidade que colheu boa parte destas famílias carentes não decorre do mero exercício em si da atividade de fiscalização da segurança construtiva das casas existentes na área. Até porque, diversamente, a função — abstratamente considerada — de defesa civil usualmente desperta boa acolhida na generalidade das pessoas em sociedade. E não se poderia pensar de modo diverso por ser tarefa de inegável relevância para o resguardo do patrimônio (art. 5º, *caput*, XXII e XXIII e 170, II e III, CR/1988), saúde (art. 6º e 196, CR/1988), vida (art. 5º, *caput*, CR/1988) e meio ambiente natural e construído (art. 182 e 225, CR/1988). Outro não é o motivo pelo qual a polícia administrativa, muito mais que um *poder* restritivo de direitos em favor do “bem comum” (como derivação do *jus imperii* do Estado), revela-se como verdadeiro “*dever-poder*” e, como tal, do qual o seu titular não pode se eximir de realizar (art. 75, CTN)⁵.

Assim, se por um lado o controle das condições de segurança realizado na Vila Cafezal (quase sempre esquecida pelas autoridades), despertou sentimento de enorme pertencimento e consideração entre os moradores pelos cuidados dispensados, por outro, desencadeou natural relutância em função da intransigente postura estatal em não vislumbrar nenhuma outra solução diversa da pura e simplesmente, destruição massiva de casas populares e — pior! — desacompanhada de mínima disponibilização de alternativas satisfatórias de moradia ao enorme contingente de desabrigados inevitavelmente gerado, a não ser o acesso provisório e improvisado a indigno abrigo municipal.

Por tal razão, os habitantes, lideranças e apoiadores envolvidos com o conflito acionaram a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Preliminarmente, a Instituição, primando pela via resolutivo-preventiva, iniciou atuação extrajudicial, inclusive por meio de educação em direitos (art.

⁴ Iniciais maiúsculas se designativas dos *sujeitos* do aparelhamento administrativo, devendo ser minúsculas se referentes à *atividade* administrativa por eles desempenhada (sentidos subjetivos x objetivo) (MEIRELLES, 2006, p. 84).

⁵ Para boa doutrina, os Poderes administrativos têm natureza de “poder-dever” haja vista serem de cumprimento co-gente, segundo a conformação do Estado de Direito como aquele que se sujeita às suas próprias normas na condição de representante do seu titular (Povo) (art. 1º, p. u., CR/1988) (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 75-76). Bandeira de Mello, para realçar mais a prevalência da imperatividade, refere-se ao Poder de polícia como “dever-poder” (MELLO, 2012, p. 72-73).

4º, III, LC 80/1994), fazendo-se presente *in loco* com realização de inúmeras orientações, reuniões e viabilizando ainda algumas audiências públicas (art. 4º, XXII, LC 80/1994).

Em âmbito judicial, além da intervenção em algumas demandas individuais, atuou também coletivamente.

Nas duas ações demolitórias ajuizadas pelo Município de Belo Horizonte em face de moradores identificados e não identificados, coube à Defensoria agir em hipótese configuradora de ações coletivas passivas e/ou, senão, de intervenção como *custos vulnerabilis* (a depender do entendimento adotado).

A atuação defensorial ensejou ainda o aviamento de ação civil pública em desfavor do Município de BH e da Companhia Urbanizadora e de Habitação de Belo Horizonte — URBEL, tendo sido emanada, no ano de 2014, por meio de antecipação de tutela obtida em agravo de instrumento, ordem para urgente viabilização de medidas estabilizadoras do perigo, bem como a imediata retirada provisória das famílias em situação de risco iminente, com garantia de acesso aos benefícios da política municipal de habitação até que sejam concluídas as obras, além da proibição de demolição de edificações, com monitoramento estatal visando impedir ingresso de terceiros. Tal *decisum* fora mantido inalterado após recursos ao STJ e STF.

A tese invocada pela Defensoria Pública, e acolhida pelo Judiciário por meio de referido julgado, deriva da constatação de que a simplista solução de destruição de casas “por atacado”, muito antes de resolver o problema, redundaria em pernicioso e desmesurado cenário de mera *substituição* do perigo geológico por outro, não menos deletério, de cunho *social*, fruto da geração de verdadeira legião de pessoas “sem-teto” que, sem perspectivas, passariam a sobreviver indignamente ao relento ou, senão, improvisadamente em outras moradas, de onde, em bem pouco tempo, já seriam acossadas novamente pelo Poder Público para que se retirassem, em patente *árculo vicioso*.

Não se admite mais uma política urbanística pautada na reducionista sistemática de desalojamentos em massa como medida prioritária ou, senão (o que é ainda mais grave), exclusiva. Ao revés, devem ser buscadas primeiro outras alternativas menos drásticas e semelhantemente seguras, sendo a remoção a *ultima ratio*.

A administração pública inevitavelmente está jungida aos limites da legalidade (art. 37, *caput*, CR/1988), noção esta mais modernamente concebida como *jurisdição*, o que implica na imperiosa observância, não apenas da Lei,

mas de todo o sistema jurídico⁶. Nesta senda, do mesmo modo que se atribui ao Poder Público o controle das condições de habitabilidade nas favelas, igualmente dele se exige, no desempenho desta mesma função, o atendimento fiel dos princípios instrumentais constitucionais implícitos da proporcionalidade e razoabilidade (*substantive due process of law*) (art. 5º, LV, CR/1988), com o escopo de afastar-se de soluções disparatadas e socialmente injustas em sendo possível outras mais equilibradas.

Não se concebe mais um modelo de gestão pública ultrapassado e que, plasmado em posturas excludentes e, em muitos casos, higienistas, desconsidera solenemente o atual estágio civilizatório que, sob inspiração neoconstitucionalista, alçou a pessoa humana ao patamar de protagonista do ordenamento jurídico (art. 1º, III, CR/1988).

Em 2017, a municipalidade desistiu das ações demolitórias após novas avaliações técnicas concluírem não ser necessária a saída indiscriminada de moradores por se tratar de situação “monitorável”, tendo sido firmada transação com Defensoria Pública e Ministério Público.

2. Afirmção histórica⁷ do direito à moradia e da tutela dos coletivamente vulnerabilizados

A consolidação dos direitos fundamentais humanos⁸, segundo seu caráter de historicidade, é fruto de construção evolutiva paulatina, forjada por lutas e conquistas (e também derrotas e retrocessos) seculares frente aos arbítrios perpetrados por governos em todo o mundo em face da humanidade.

Com relação ao direito à moradia (art. 6º, CR/1988), outra não é conclusão.

⁶ No pós-positivismo, a obediência estatal não mais se atém à legalidade formal estrita, para então abarcar “a lei e o Direito” (art. 2º, p. u., I, Lei 9.784/1999) (MOREIRA, 2012, p. 56-58).

⁷ Mesma expressão empregada no título da clássica obra de Comparato — A afirmação histórica dos Direitos Humanos (2013).

⁸ Superados os direitos “do homem” ou “naturais” (jusnaturalismo), entram em cena os direitos “fundamentais” e os “humanos”, ambos os quais, quanto ao conteúdo, assemelham-se pelo atributo da *essencialidade*. Já no aspecto *formal* do plano de materialização normativa, diferenciam-se, pois, enquanto aqueles se incorporam à ordem constitucional do Estado, os últimos inscrevem-se em documentos internacionais de pretensa validade universal independentemente da ordem doméstica a que o seu titular esteja vinculado (embora suscetíveis de internalização — art. 5º, §§ 2º a 4º, 49, I, 84, VII e VIII, CR/1988). Sem prejuízo, preferimos as terminologias unificadoras direitos “fundamentais humanos” — já dotada pelo STJ (BRASIL, SEC 10.076/GB, 2015) — ou “humanos fundamentais” — empregada por parte da doutrina (ABREU; MADEIRA FILHO; IORIO FILHO, 2016; SARLET, 2012, p. 27-35; OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 54-57 e 103-104). A Declaração Universal dos Direitos Humanos — DUDH faz menção em seu preâmbulo a “*faith in fundamental human rights*”, que pode ser traduzido para “fé nos direitos fundamentais do homem”, como feito pela ONU em seu sítio eletrônico (com base na ultrapassada concepção/terminologia de “direitos do homem”), ou senão, como por nós preferido, para “fé nos direitos fundamentais humanos”, segundo constante no *site* do STF (UNITED, 1948; ORGANIZAÇÃO, 1948; DECLARAÇÃO, 2018).

Ocorre que a conformação conceitual dos direitos humanos não se encontra pronta e acabada, sendo, ao contrário, permanente o seu processo de desenvolvimento e acomodação. Daí porque, segundo lições notabilizadas nos estudos de Hannah Arendt, é possível afirmar que eles “não são um dado, mas sim um construído” (PIOVESAN, 2013, p. 181).

A análise de sua evolução e características é costumeiramente feita segundo ensinamentos extraídos da chamada teoria geracional dos direitos humanos fundamentais, bem como da compreensão da transição entre os modelos de Estado Absolutista até o Estado Constitucional e Humanista Democrático e também da classificação dicotômica dos direitos sociais como *prestacionais* e dos direitos individuais como *de defesa* ou *prestacionais negativos*. Tais linhas científicas, apesar de bastante difundidas, têm recebido questionamentos contundentes. Ainda assim, mesmo sendo pertinentes, em parte, as opiniões contrárias, as correntes doutrinárias mais tradicionais não devem ser simplesmente desprezadas, já que é inegável a sua importância para entendimento do tema, bastando que sejam submetidas a uma análise crítica mais acurada do assunto, buscando-se um maior refinamento científico sobre alguns conceitos mais imprecisos.

2.1. Políticas públicas e o intervencionismo pendular

Desde a configuração moderna do Estado — desenvolvida a partir do modelo inicial absolutista —, verifica-se que a interferência estatal no campo privado é fenômeno pendular na história.

Portanto, à medida em que se deflagram períodos de crise sob o contexto de um ou outro paradigma (abstencionista ou intervencionista), um maior prestígio da posição antagonica (res)surge.

Com o florescimento, a partir da segunda metade do século XVIII, das bases teóricas liberais e individualistas do Estado de Direito clássico⁹, em variados momentos marcados por marchas e contramarchas ideológicas, foram elas contrastadas por outros pensamentos de viés mais centralizador, regulatório e promocional de políticas públicas fundantes do Estado Social. As duas grandes crises do capitalismo ocorridas nas décadas de 1870 a 1890¹⁰ e em 1929 (*Crash*

⁹ O *Rechtsstaat* surge em contraponto ao autoritarismo absolutista do “Estado Polícia” (*Polizeistaat*) expressado pelas máximas *L’État c’est moi* (Luís XIV), *princeps legibus solutus est* e *The King can do no wrong*. Por conta de abusos em face dos “súditos” oriundos de Poderes ilimitados quase divinos do Monarca, eclodiu a Revolução Francesa (1.789), inaugurando o Estado de Direito clássico (liberal) em detrimento do arquétipo intervencionista anterior. (SAMPAIO, 1978, p. 45-46).

¹⁰ Durante a 2ª Revolução Industrial, com a falência de conglomerados econômicos, passou-se a defender a substituição

da Bolsa), por exemplo, reforçaram a proeminência dos ideários do constitucionalismo social que, mais fortalecidos com o fim da Primeira Guerra, consolidaram-se no pós-Segunda Grande Guerra. Por outro lado, a “crise do petróleo” de 1973 serviu de mote para enfraquecer o *Welfare State* ao elevar a tese da incompatibilização entre o “inchaço” da máquina pública e um cenário econômico desfavorável, implicando no “retorno do pêndulo” (para utilizar expressão empregada pelo defensor público Alexandre Lobão (ROCHA, 2009, p. 46)¹¹).

Como sintetiza Bobbio:

Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como “*legibus solutus*”, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se então dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente. (BOBBIO, 1994, p. 18).

Talvez o mais acertado fosse se atingir, de algum modo, um parâmetro pretensamente mais intermediário entre posições tão extremadas de sustentação dos Estados Mínimo e Máximo, o que para alguns seria chamado de Estado Ótimo, mas sem nunca se descurar do resguardo inegociável da tutela dos direitos humanos fundamentais, sejam eles individuais, sociais, difusos ou coletivos, notadamente se componentes do chamado piso mínimo vital (art. 1º, III, CR/1988).

2.2. Constitucionalização do direito à moradia: do Estado Liberal ao Social

A partir do início do século XX, o reconhecimento da legitimidade e essencialidade dos interesses sociais se solidifica. O direito à moradia é, então,

da abertura das barreiras comerciais por maior intervenção e protecionismo estatais (MORAES, 2017, p. 61).

¹¹ “o enxugamento da máquina estatal é visto como o ‘retorno do pêndulo’, que ora se inclina para a prevalência do Estado sobre a economia, ora para a prevalência da iniciativa privada, como vem ocorrendo desde as três últimas décadas.” (ROCHA, 2009, p. 46). Segundo Marcus Firmino, Tâmara Matias e Luiza Baleeiro: “A partir da ideia de que no Bem-Estar Social a assunção de grande parte dos custos do sistema é feita por parte do próprio Estado, é possível concluir que a expansão de direitos sociais representa crescimento exponencial de gastos públicos. Entretanto, *a priori*, esse modelo estava fundado em uma política econômica relativamente segura, uma vez que, por meio da implementação do pleno emprego e das medidas assistenciais, seria possível estimular o crescimento econômico, gerando um volume maior de impostos e, consequentemente, a ampliação de programas sociais e fomento da economia. Contudo, a partir do momento em que os problemas político-econômicos desse modelo ficaram cada vez mais em evidência, especialmente a partir da crise do petróleo, na década de 1970, avolumaram-se as críticas” (SANTIAGO; GUIMARÃES; SOUZA, 2019, p. 510). Vide ainda Ávila (2016, p. 32-36).

progressivamente encampado por sistemas constitucionais em diversos Estados no mundo.

O modelo do Estado Liberal — vigente desde o apogeu dos ideais das Revoluções Liberais Americana (1776) e Francesa (1789) —, começou a ser questionado do fim do século XVIII e início do século XIX em diante, por força da Revolução Industrial e respectiva *inoperância* governamental frente às precárias condições de vida experimentadas por enorme contingente populacional nas cidades europeias. Drásticas transformações sociais, antes nunca vivenciadas, potencializaram a formação de uma classe proletária miserável e sem acesso regular a necessidades básicas como alimentação, saúde, *moradia*¹² etc, como esclarece Ana Borges Coêlho:

A Revolução Industrial transformou o mundo. [...]

Mas foi a partir dos anos de 1840 que começaram a ficar evidentes também fora da Inglaterra os impactos [...] que deixavam rastro de pobreza e miséria, formando uma extensa classe operária e movimentos sociais que atravessaram a Europa. [...]

Na primeira metade do século XIX, essa situação que demandava, em massa, a necessidade de suprir carências que envolviam alimentação, vestuário, *moradia*, saúde, segurança, e que revelava o desamparo, diante de doenças, velhice e desemprego, incitou a organização da classe trabalhadora e ensejou movimentos que envolviam questões econômicas e sociais. Estava aí criado o embrião dos direitos sociais conhecidos no mundo contemporâneo [...].

Essa realidade contrastava com as liberdades proclamadas pela Revolução Americana de 1776 e pela Revolução Francesa de 1789. Os direitos do Homem, como novo fundamento para as sociedades civilizadas, como Arendt observa, foram invocados negligentemente durante o século XIX para a defesa dos indivíduos contra o poder crescente do Estado, mas não para alterar a realidade da grande massa de trabalhadores e de excluídos, social e economicamente.

Caracteriza-se a *inércia* do Estado, deixando claro que as liberdades revolucionárias eram insuficientes [...] (SANTOS, 2019, p. 1-3, grifo nosso).

O absentéismo do constitucionalismo clássico cede lugar ao Estado Social *intervencionista* com o desiderato de reequilibrar o disparate de forças ocorrido entre sujeitos em flagrante assimetria. Em perfeita síntese pontifica o professor Eduardo Simões Neto:

¹² Fruto da migração massiva para as cidades, jornadas degradantes, remunerações irrisórias etc. (MORAES, Luís Edmundo. *História Contemporânea, da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial*. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 184).

O paradigma liberal de Estado, passando por forte crise e buscando manter vivo o modelo capitalista, se reinventa e incorpora novos elementos. Ressurge com nova roupagem, agora mais forte e protetivo. Surge o Estado social. Permanece o capitalismo. Muda apenas a forma de agir do Estado. Ou melhor: o Estado passa a agir. (SIMÕES NETO, 2012, p. 8.131)¹³.

Emerge, então, após a Primeira Guerra Mundial, o constitucionalismo moderno ou social, com extenso catálogo de direitos sociais incorporado a algumas Constituições como a mexicana de 1917 e a alemã (Weimar) de 1919, as quais, respectivamente, positivaram a moradia sob denominação de “moradia digna” (art. 4º, § 3º) e “habitação sadia” (art. 155) (PINHEIRO, 1985). No Brasil, contudo, a Carta Magna de 1934 continuou sem prever a temática, o que somente foi sanado anos mais tarde, sob a égide da Lei Maior de 1988.

Com o fim da Segunda Guerra, o Estado Social se alicerça à luz da teoria econômica de Keynes (FERNANDES, 2019, p. 69), até seu declínio após a crise petrolífera da década de 1970¹⁴.

Na realidade brasileira, tempos depois, com o advento da EC 26/2000, foi que se operou, por inspiração da Agenda Habitat II da ONU de 1996, a constitucionalização do direito à habitação, ampliando-se, assim, o rol do art. 6º da Constituição de 1988. Antes disso, a redação originária do texto constitucional previu a matéria unicamente de forma indireta (vide art. 7º, IV e 24, IX) ou senão por meio de institutos correlatos como a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e a propriedade (art. 5º, *caput*, XII e XIII, 170, II e III, 182, § 2º, 186 e 243).

¹³ O Estado Social, portanto, não se confunde com o Socialista, pois, segundo Bonavides: “conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia” (BONAVIDES, 2009, p. 184). José Afonso da Silva, ao conceituar o “Estado Social de Direito”, diz que ele: “Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, anota Elias Díaz, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*.” (SILVA, 2012, p. 115). Já para Bernardo Gonçalves: “O Estado Social [...] visa garantir o capitalismo por meio de uma proposta de bem-estar que implica a manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais por meio da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais.” (FERNANDES, 2019, p. 69, grifo do autor).

¹⁴ “A crise do Estado Liberal restou evidenciada pela Grande Depressão, iniciada em 1929, e que tem como uma das causas a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque. Evidencia-se, naquele momento, a incapacidade de o mercado se reerguer sozinho e a necessidade de maior regulação estatal, de modo a evitar a repetição dos fatos que levaram à crise, o que justificou a instituição pelo Presidente Franklin D. Roosevelt de programas estatais de caráter intervencionista (*New Deal*). Com o surgimento do Estado Social de Direito (*Welfare State*), notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a intervenção estatal na economia e nas relações sociais ganhou força, minimizando as mazelas da época liberal.” (OLIVEIRA, 2018, p. 10-11).

2.3. Internacionalização do direito à moradia e a Defensoria Pública como metagarantia dos coletivamente vulnerabilizados no Estado Constitucional e Humanista Democrático

Vários são os documentos internacionais de direitos humanos expedidos a partir da segunda metade do século XX, muitos deles incorporados ao sistema pátrio de modo, portanto, a assumirem suas normas, à luz da posição sufragada pelo STF, *status* de supralegalidade (art. 5º, § 2º, I, 49, I, 84, VII e VIII, CR/1988) ou, senão, de emenda constitucional se aprovados por quórum de três quintos, em dois turnos, em ambas as Casas Legislativas (art. 5º, § 3º, CR/1988) (BRASIL, RE 466.343/SP, 2008; BRASIL, RE 349.703/RS, 2008; BRASIL, HC 87.585/TO, 2009; BRASIL, ADI 3.937/SP, 2019).

A proliferação dos referidos instrumentos coincidiu com a instauração do Estado Constitucional e Humanista Democrático¹⁵, ambos resposta às atrocidades do *front* e campos de concentração nazistas durante o conflito armamentista de 1939-1945. O constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo é marcado pelo comprometimento da comunidade internacional com uma (re) aproximação entre Direito e Moral, redundando em normativas permeadas por fundamentos éticos de validade pretensamente universais (em que pese o antagonismo ocorrido durante a Guerra Fria) (WEIS, 2013, p. 55-56; RAMOS, 2013, p. 88-89).

Destarte, os direitos econômicos, sociais e culturais (segunda dimensão), enaltecidos nas Constituições a partir do fim da Primeira Guerra, passam a ser inseridos em tratados — convenções, pactos, protocolos etc. — (*hard law*) e declarações (*soft law*) internacionais. Em 1948, logo após a criação da ONU (1945), sobreveio a Declaração Universal de Direitos Humanos — DUDH dispondo que: “Artigo XXV 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida de assegurar a si e a sua família [...] bem estar social, [...] *habitação* [...]” (grifo nosso).

Vários outros instrumentos internacionais também despontaram na seara habitacional:

- art. 21 da Convenção de Genebra sobre o estatuto dos refugiados de 1951;
- art. V da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965;
- art. 11, item 1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — PIDESC de 1966;

¹⁵ Várias são as nomenclaturas: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional Democrático, Estado Constitucional Humanitário de Direito etc. Preferimos a ora utilizada, pelos mesmos motivos já apontados sobre a predileção pela expressão “direitos fundamentais humanos”.

- art. 14, 2, item h da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979;
- art. 27, item 03 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989;
- Seção III “8” e Capítulo II “A.3” da Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (Agenda Habitat I) de 1976;
- art. 20 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989;
- Comentário Geral 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1991;
- Capítulo 7, item 6 da Agenda 21 de 1992;
- Declaração sobre Assentamentos Humanos de Istambul (Agenda Habitat II) de 1996;
- Comentário Geral 07 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1997;
- Item 5, “iii” da Declaração de Sendai para a Redução de Riscos de Desastres de 2015;
- Item 30, “f” e “j” do Marco de Sendai para a Redução de Riscos de Desastres de 2015 e
- Declaração de Quito sobre Cidades e Assentamentos Urbanos para Todos (Nova Agenda Urbana Habitat III) de 2017 etc.

Já nas décadas de 1960 e 1970, com suporte no “Projeto de Florença” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), despertou-se o movimento mundial de desenvolvimento científico da tutela coletiva e dos direitos de solidariedade, fraternidade ou terceira geração —consumidor (art. 5º, XXXII e 170, V, CR/1988), meio-ambiente (art. 182 e 225, CR/1988), urbanístico (art. 182, CR/1988) —, completando-se a tríade de valores das gerações de direitos classicamente cunhadas por Karel Vasak e difundida por Bobbio na obra *A Era dos Direitos (liberté, égalité e fraternité)* (RAMOS, 2013, p. 83; MAZZUOLI, 2019, p. 51-52).

O neoconstitucionalismo promove verdadeira abertura valorativa do sistema jurídico, que passa a orientar-se primordialmente por normas-princípios. Aprimoram-se os mecanismos de efetivação dos direitos *fundamentais*, em especial os “novos direitos”, de cunho difuso. O mesmo se diz dos direitos sociais, também com certo viés metaindividual por corresponderem a interesses de grupos (coletivos *strictu sensu*), mas que a experiência do Estado Providência mostrou-se insuficientemente retórica em assegurá-los, notadamente nas nações em desenvolvimento.

Conforme lições de Bobbio, o maior desafio dos direitos humanos na atualidade “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”, ou, nas palavras do defensor público Cirilo Vargas, “a simples elevação dos direitos fundamentais à condição de constitucionais não foi suficiente para torná-los efetivos. Fez-se necessária a instrumentalização de garantias, também constitucionais, aptas a viabilizar o gozo” (VARGAS, 2019, p. 31). Segundo Gregório Assagra e Rafael de Oliveira Costa:

A tutela jurídica no Estado Democrático de Direito é ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos. Esse novo paradigma não se contenta com a simples declaração de direitos, pois seu objetivo é a transformação com justiça da realidade social, em que o plano da efetivação dos direitos se constitui em uma das suas principais metas. (ALMEIDA; COSTA, 2019, p. 51).

A *judicialização coletiva de políticas públicas* ganha então realce como medida indispensável à superação do déficit protetivo de direitos por parte do Poder Executivo, sobrepujando-se, nesse contexto, o papel da Defensoria Pública como Instituição vocacionada à tutela dos *coletivamente vulnerabilizados*¹⁶. Isto porque, revela-se insatisfatória a mera provisão de enorme manancial de instrumentos concretizadores de direitos sem correspondente instituição de atores fortalecidos e especificamente dedicados a seu manejo eficaz e independente, de modo a assumir a Defensoria, nesta senda, destacada feição de “verdadeira metagarantia, ou seja, uma garantia das garantias”, como lembra o defensor público Luís Henrique Zouein (2019).

Assim, a proteção e defesa dos moradores da Vila Cafezal só se tem mostrado possível em função do atual estágio de amadurecimento normativo do Estado Constitucional e Humanista Democrático. De nada adiantaria reconhecer a moradia, o meio ambiente e a regulação urbanística como direitos, se o vasto acervo instrumental apto à sua implementação prática não encontrasse suporte em entidades com destacada missão de promover sua funcionalização eficiente.

Analisando o neoconstitucionalismo sob a perspectiva transindividual, afirma o defensor público Aluísio Ruggeri:

¹⁶ Sobre a opção por tal termo no lugar de “vulneráveis”, veja-se nossa nota dos organizadores realizada em coautoria e contida na obra em que publicada a versão original do presente artigo (SIMÕES; MORAIS; FRANCISQUINI, 2019, p. 22-23). Em acréscimo, o Anexo I da Res. 145/2004 do Conselho Nacional de Assistência Social, que instituiu a Política Nacional de Assistência Social, ora adota “vulneráveis”, ora “situações de vulnerabilidades” etc. Mesma discussão persiste nas Ciências Sociais, inclusive sobre as terminologias “pobres”, “excluídos” etc, que expressariam indevida plurissignificação e/ou carência limitada à econômica (SANTOS, 2010, p. 99-114).

a tutela coletiva [...] constitui pressuposto conformador do Estado Democrático de Direito.

Em síntese, pode-se afirmar que o processo coletivo incorpora a ideia de um processo democrático e pluralista. Em outros dizeres, se a democracia é o governo do povo, a tutela coletiva traz em seu âmago a noção de *justiça da coletividade*. (RÉ, 2012, p. 33, grifos nossos).

Destarte, o movimento de universalização do acesso à ordem jurídica justa (Watanabe) encontra na Defensoria a fiel condutora das demandas transindividuais envolvendo pessoas, grupos, classes, categorias e sociedade em situação de *vulnerabilidades* — em âmbito individual homogêneo, coletivo e difusos (art. 81, CDC).

A noção de “necessitado”, portanto, não se coaduna com uma interpretação restritiva que, assentada em valores meramente patrimonialistas e individuais do Estado clássico oitocentista, reconhece apenas os desafortunados econômico-financeiros. Isto porque, além da escassez de riquezas materiais, há outros espectros de fragilidades como aqueles de cunho social, cultural, jurídico, existencial, circunstancial, processual etc., todos verificáveis sob o influxo da tábua de valores solidarista que irradia da Constituição.

Na seara coletiva, a vulnerabilidade organizacional, fundada nas ondas renovatórias de acesso à justiça, descreve aqueles destituídos de mínima organização e estrutura para suportar, em condições de razoável isonomia, os megaconflitos ou litígios de massa, típicos, portanto, da tutela coletiva¹⁷.

Boaventura Santos, ao comentar os modelos de assistência jurídica no mundo e o respectivo desenvolvimento do acesso à justiça para os carenciados organizacionais (*coletivamente vulnerabilizados*), traça um claro panorama ao apontar haver:

[...] uma consciência progressivamente mais aguda da necessidade de garantir o acesso efetivo à justiça por parte de todos os cidadãos. Hoje, pode mesmo dizer-se que este movimento transborda dos interesses jurídicos das classes mais baixas e estende-se já aos interesses jurídicos das classes médias, sobretudo aos chamados interesses *difusos*, interesses

¹⁷ O STF, ao pacificar entendimento sobre a legitimação coletiva da Defensoria (BRASIL, ADI 3.943/DF, 2018; BRASIL, RE 733.433/MG, 2016), também se valeu da noção de vulnerabilidade organizacional. Mesmo posicionamento do STJ que, para exprimir a mesma ideia, chegou a se referir à terminologia “hipervulneráveis” (BRASIL, AgInt no REsp 1.573.481/PE, 2016).

protagonizados por *grupos sociais pouco organizados e protegidos* por direitos sociais emergentes cuja titularidade individual é problemática. (SANTOS, 1985, p. 129, grifos nossos).

Portanto, é evidente, por exemplo, o disparate de forças entre as Fazendas Públicas (demandantes recordistas e providas de poderio político e sólida estrutura, composta por Procuradoria, corpo técnico especializado multidisciplinar etc.) frente a humildes e desorganizados moradores de favelas. É flagrante a desproporção existente em uma relação com os polos integrados pelos chamados litigantes habituais (*repeat players*), de um lado, e os litigantes eventuais (*one shot players*), de outro, sobressaindo-se a atuação da Defensoria para seu reequilíbrio, como expressão e instrumento do regime democrático e agente promocional de direitos humanos (art. 5º, LXXIV e 134, CR/1988).

Na mesma linha, Boaventura, ao diferenciar o “litigante esporádico” do “frequente”, ressalta a clara proeminência do último uma vez que ele

pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a sua interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis, visto que repetidamente afetado por elas. (SANTOS, 1996, p. 79).

Exemplo disso é a corriqueira inflação das prerrogativas processuais conferidas ao Estado em sua atuação judicial e, por conseguinte, das variadas limitações impostas à parte contrária contra quem ele litiga, como se dá com o impedimento previsto no art. 1º, p. u. da Lei 7.347/1985 quanto ao manejo de ações coletivas sobre tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos.

3. Entraves à efetivação administrativa e jurisdicional das políticas públicas

O longo processo de condução até o esperado patamar de efetivação real dos direitos sociais e coletivos *lato senso* tem enfrentado percalços históricos importantes.

Vários são os argumentos empregados pelo Poder Público para eximir-se de cumprir as determinações constitucionais nesta seara, muitos deles fundados em ensinamentos teóricos clássicos e cuja análise realmente merece uma revisão.

No caso da Vila Pomar do Cafezal não foi diferente. A municipalidade invocou como óbices à execução de obras de contenção de risco e do fornecimento subsidiário de alternativas dignas de moradia a suposta impossibilidade de o Judiciário eleger a destinação de verbas públicas finitas em detrimento do Executivo, único supostamente legitimado a tanto por meio de representantes eleitos democraticamente, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes. Semelhantemente, o ente local suscitou a limitação orçamentária (reserva do possível), também assentada no debate sobre a real natureza coercitiva dos direitos sociais.

3.1. Apontamentos críticos terminológicos à teoria das “gerações” de direitos

Como já mencionado, é bastante célebre a classificação evolutiva dos direitos humanos proposta por Karel Vasak.

Contudo, a teoria geracional dos direitos humanos tem sido objeto de críticas doutrinárias ao fundamento de que daria a entender ter havido, ao longo do processo de afirmação normativa dos direitos de primeira (individuais), segunda (sociais) e terceira (difusos e coletivos) *geração*, um delineamento de tais fases com marcos temporais e conceituais bem demarcados. No entanto, é descabido pensar que a deflagração de uma geração teria o condão de promover o sepultamento da anterior, sem que houvesse, assim, qualquer contemporaneidade entre elas ou, senão, sem que as espécies de direitos características de cada momento geracional pudessem ter se desenvolvido durante períodos correspondentes a mais de uma geração.

Por tais motivos, muitos preferem utilizar o termo *dimensões* ou ainda *categorias* ou *espécies* (WEIS, 2013, p. 50-52; DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 22-24; SARLET, 2012, p. 45-46 e 52-57).

O próprio estudo da transição histórica do Estado Absolutista até o Constitucional e Humanista de Direito padece dos mesmos problemas, devendo, portanto, ser compreendido com tais ressalvas.

Os questionamentos não são apenas terminológicos, nem se limitam outrossim às questões ora suscitadas, conforme a seguir exposto.

3.2. A falácia do alto custo como impeditivo ao implemento dos direitos sociais e apontamentos críticos à sua classificação como direitos prestacionais

Se mesmo no campo dos direitos civis e políticos já é controversa a mensuração da amplitude admissível da interferência estatal¹⁸ na esfera privada, o que se dizer então quanto àqueles de natureza econômica, social e cultural.

Em verdade, é maior o dissenso sobre a intervenção do Estado no âmbito dos direitos sociais em função da tradicional concepção que os categoriza, na esteira da teoria dos quatro *status* de Jellinek¹⁹, como *prestacionais*, *de promoção* ou *positivos* ao fundamento de que demandariam uma postura proativa do ente público e, assim, com elevado dispêndio orçamentário, enquanto que os direitos individuais, por outro lado, classificados como sendo *de defesa*, suscitarium meras prestações *negativas* (não comprometedoras, assim, das liberdades públicas por meio de ingerências estatais), de modo a não gerar gastos públicos exacerbados.

Tal visão, embora encontre grande acolhida doutrinária, vem recebendo críticas de autorizadas vozes sob o fundamento de que os direitos civis e políticos também exigem da Administração Pública, em variadas situações, comportamentos comissivos (SARLET, 2012, p. 283) e ordenação substancial de despesas.

Exemplo clássico é o direito político de voto, a implicar na participação ativa do Poder Público, via Sistema de Justiça Eleitoral, com empenho de elevadas cifras em pessoal, sistemas informatizados, fundo eleitoral, combate a ilícitos, registros de candidaturas, impugnações, julgamentos etc.

Tal diferenciação tem sido utilizada por vertentes alinhadas ao liberalismo econômico para se repelir qualquer aceitação ao incremento das políticas públicas e, decerto, dela tem se aproveitado o Poder Executivo para negar acesso a direitos sociais. (CARVALHO, 2016, p. 27-28). No caso do *Cafezal* não foi diferente já que a Administração local alegou, dentre outros pontos, ser financeiramente custoso cumprir a demanda habitacional da comunidade.

Referida variação *valorativa* mostrou-se bastante acentuada nos idos da Guerra Fria, cujas disputas ideológicas culminaram na edição de dois pactos internacionais separados conforme seu conteúdo normativo ser de primeira ou

¹⁸ É o caso da dissolução de passeatas frente aos direitos de reunião, liberdade de expressão, locomoção etc. Dentre os debates comuns, tem-se o cabimento do impedimento total do tráfego de veículos ou de apenas algumas faixas da pista de rolamento. Discute-se ainda a legitimidade de retenções em horário comercial e dias úteis, ou se apenas em períodos diversos. Sobre o tema, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu ser inerente às manifestações a potencial geração de certos inconvenientes, o que, *por si só*, não autoriza a sua dispersão (CORTE, Caso Sergey Kuznetsov v. Rússia, acórdão 10.877/04). Um dos principais embates sobre o tema parece residir na exata definição da extensão do contratempo tolerável, via ponderação de interesses de Alexy (2008).

¹⁹ *Status* i) passivo ou *subjectionis*; ii) negativo ou *libertatis*, iii) positivo ou *civitatis* e iv) ativo ou *activus* (FERNANDES, 2019, p. 357-358).

segunda dimensão²⁰. Nesse sentido, a própria previsão fluída contida em um deles — art. 2º, item 1, do PIDESC²¹ — dispondo competir aos Estados um “esforço” para, “progressivamente”, materializar os direitos de igualdade material, tem sido suscitada para reforçar a tese que defende a suposta baixa densificação normativa destes, como adverte o defensor público Carlos Weis²².

Por tais razões, muitos reputam a teoria geracional um desserviço aos direitos humanos — principalmente os de segunda e terceira geração —, por seccioná-los, desconsiderando sua unicidade, indivisibilidade, interdependência e complementariedade características²³.

A negação ou mitigação da condição dos direitos sociais como verdadeiros direitos subjetivos, com consequente esvaziamento da sua coercibilidade, predispõe o Estado a negar sua prestação. Semelhantemente, os direitos *difusos e coletivos* historicamente foram considerados, ao invés de direitos, meros *interesses* por parte da doutrina mais tradicionalista.²⁴

Contudo, se já é absurdo retirar a *força normativa* de quaisquer direitos, relegando-os à condição de integrantes de suposta categoria jurídica de “*segunda classe*”, o que se dizer dos fundamentais (Konrad Hesse). Inconcebível, assim, desconsiderar sua opulência normativa justamente por ser a imperatividade atributo imanente ao Direito, seja qual for sua espécie, conforme lição basilar de teoria geral (NADER, 2012, p. 87).

Em geral, o que se verifica é que a própria proteção e defesa dos direitos de primeira geração normalmente dependem da efetivação de outros direitos de segunda e, assim, de uma correspondente conduta positiva pelo Estado, com demanda por elevados custos. O direito social à *segurança* é um grande exemplo,

²⁰ “os dois blocos (capitalista e comunista) não acordaram sobre o peso a ser dado aos direitos de primeira geração ou aos direitos sociais, de segunda geração. Foram elaborados, ao invés, dois tratados: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.” (RAMOS, 2013, p. 88-89).

²¹ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

²² “Diante da caracterização legal, que aparentemente desobrigava os Estados de darem cumprimento aos direitos econômicos, sociais e culturais, parte da doutrina sustenta não serem, estes, verdadeiros direitos positivos, figurando no campo dos direitos naturais, como normas morais.” (WEIS, 2013, p. 55-56).

²³ Encaradas por alguns como sinônimas e por outros como atributos diversos (WEIS, 2013, p. 171-174; RAMOS, 2013, p. 178-181; OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 79-80).

²⁴ Visando contornar o problema, “interesses coletivos” e outras expressões semelhantes têm sido previstas normativamente, vide art. 81, CDC, 1º, IV, 5º, § 5º e 21, LACP e 5º, LXX, b, 8º, III, 127, 129, III e 134, CR/1988). Segundo abalizada doutrina: “interesses de dimensão coletiva foram sendo progressivamente amparados pelo ordenamento jurídico, ao longo dos últimos dois séculos. Poder-se-ia afirmar, portanto, que passaram do *status* de *interesses* para o de *direitos*. Sem embargo, a doutrina mais conservadora, ainda movida pelos valores individualistas herdados dos ideais liberais, somente reconhece como direitos subjetivos, passíveis de tutela jurisdicional, aqueles cujos titulares sejam perfeitamente individualizáveis (requisito de difícil ou impossível consecução no que toca aos interesses de dimensão coletiva.” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2019, p. 16-17). Vide NEVES (2013, p. 113-115).

por estar normalmente bastante correlacionado à materialização de vários outros direitos individuais. Citem-se os gastos milionários em segurança pública realizados durante os megaeventos esportivos da FIFA (Copa das Confederações 2013 e do Mundo 2014) e as Olimpíadas Rio 2016, visando garantir, ao menos em tese²⁵, o direito de propriedade, integridade física, vida e liberdade de locomoção de atletas, torcedores, autoridades, turistas, lojistas etc²⁶.

Como esclarece a defensora pública Sabrina Nasser:

Cass Sunstein e Stephen Holmes demonstram que a defesa da *propriedade*, aprioristicamente inserta em uma modalidade abstencionista de direitos, na realidade, acaba por impulsionar uma vultosa atuação pelos agentes estatais, assim como demanda um verdadeiro arcabouço legislativo para sua proteção, concluindo tratar-se, ao revés, de um direito extremamente positivo e prestacional. (CARVALHO, 2016, p. 27-28, grifo nosso).

Assim também, Flávia Piovesan:

equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais, econômicos e culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de *segurança*, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como os direitos à *liberdade* e à *propriedade* [...]. (PIOVESAN, 2013, p. 250-251, grifos nossos).

Portanto, conforme a já mencionada característica da interdependência dos direitos humanos, resta claro que a consecução de quaisquer de suas espécies não se perfaz plenamente sem a concretização das demais. Ou seja, carecendo quaisquer delas de efetivação, todos os demais direitos estarão em alguma medida desatendidos.

²⁵ O seu exercício desvirtuado, contudo, gera resultado contrário, a exemplo das denúncias de abusos por parte das forças de segurança no período que, ao invés de promoverem, lesam direitos, como a liberdade de manifestação daqueles que foram proibidos de ingressar nos estádios e “áreas FIFA” com vestimentas de cunho político criticando o Governo, FIFA e COI por gastos excessivos e/ou irregularidades na gestão dos eventos ou nos casos de dissoluções generalizadas e violentas de passeatas, mesmo as pacíficas, ao invés de intervenções pontuais e proporcionais contra apenas manifestantes violentos etc.

²⁶ Como notório, houve vastos gastos com armas de baixa letalidade, blindados “caveirão”, treinamento, inteligência etc. Só em armamentos, apenas a União dispendeu, até meados de junho de 2013, quase R\$ 50 milhões com eventos FIFA. Vide matéria jornalística “Governo gasta quase R\$ 50 milhões com armas para Copa do Mundo e Confederações: kits contêm balas de borracha, spray de pimenta, granadas e armas elétricas.” (GOVERNO, 2013).

Destarte, não haverá plena realização do direito de primeira geração de liberdade de locomoção sem direito social ao transporte calçado em um sistema público coletivo eficiente, com malhas rodoviária, metroviária e cicloviária bem cuidadas, extensas e suficientemente interligadas etc²⁷.

Nesse sentido, mostra-se evidente que em variadas situações os chamados direitos de liberdade só restarão efetivados pela via da consumação prévia de outro feixe de direitos de segunda geração que lhes sirvam de anteparo lógico para sua aplicação concreta. O atributo da interdependência faz com que os direitos humanos se comportem então, em muitas situações, como verdadeiros *direitos-garantia* dos demais direitos fundamentais, assumindo eles, portanto, dúplice função: além viabilizarem vantagens sociais fruíveis diretamente por seu titular (na condição mesma de um *direito*), também se afeiçoam a uma natureza instrumental.

De todo modo, não obstante toda geração de direitos ser apta a ensejar tanto comportamentos omissivos como comissivos por parte do Estado, com baixo, médio ou alto orçamento, o debate sobre a necessidade de uma postura estatal ativa em relação aos direitos sociais sobreleva-se justamente por estarem mais sujeitos ao descaso estatal, exatamente por sua efetivação não coincidir muitas vezes com os interesses políticos e econômicos dos detentores de poder na estrutura social. Ademais, as repercussões danosas oriundas de comportamentos omissivos são geralmente mais acentuadas em relação aos direitos de segunda dimensão, por afetarem bens jurídicos mais inadiáveis de todo um grupo usualmente, de modo que, não por outra razão, o chamado *piso mínimo vital* ou *mínimo existencial* (cujo conteúdo é variável a depender da doutrina ou jurisprudência) é quase sempre integrado por amplo rol de direitos de natureza social²⁸.

3.3. A inexistência de ofensa à separação dos Poderes e o descabimento da posição reducionista do Judiciário como mero chancelador automatizado e irrefletido de abusos estatais

Bastante usual o argumento estatal de que a efetivação de políticas públicas via Função Jurisdicional implicaria em interferência indevida no âmbito do Poder Executivo, supostamente único legitimado a tanto pelo fato de atuar por meio de governantes legitimamente eleitos, investidos por escolha direta dos titulares do Poder (Povo) para funcionarem como seus representantes, diversamente do que

²⁷ Do mesmo modo, um direito à alimentação precarizado repercute na saúde por não serem realizadas refeições balanceadas, potencializando enfermidades. Já a garantia da vida também depende da concreção do direito à saúde (SUS), segurança (redução da criminalidade violenta), transporte (vias de tráfego e veículos de transporte coletivo seguros).

²⁸ Para Rafael de Lazari, todos os direitos do art. 6º da CR/1988 compõem o mínimo existencial, em seu chamado conteúdo *micro*. (LAZARI, 2016, p. 122-154).

sucede com o Estado-Juiz, a ensejar decisões com claro déficit democrático nesta seara (art. 1º, p. u., CR/1988).

Assim fosse, estaria o Judiciário fadado a reduzir-se ao papel secundário e, praticamente figurativo, de *mero chancelador automatizado e irrefletido de abusos estatais* de toda ordem praticados pelos demais Poderes, com prejuízos consideráveis aos direitos sociais no âmbito dos países em menor estágio de desenvolvimento, em que as deficiências em sua efetivação são mais marcantes (art. 2º, CR/1988).

No mesmo sentido, Eduardo Cambi rechaça a posição judicante análoga à de simples “*carimbador de decisões políticas*”:

Se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de *mero carimbador* das decisões políticas tomadas pelo Legislativo e/ou pelo Executivo.

A *mudança de significado* na concepção dos direitos fundamentais abriu um novo processo de diálogo e cooperação, entre os três poderes do governo [...] A consagração de direitos fundamentais sociais e econômicos e culturais, nas Constituições contemporâneas, gerou, nas últimas décadas, uma *explosão de litigiosidade* [...] O desempenho do Judiciário passou a ter maior relevância social e suas decisões se tornaram objeto de controvérsias públicas e políticas. O Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais e, por isso, à política estatal. (CAMBI, 2011, p. 194-195, grifos do autor).

Outra não é a posição do STF que, ao julgar demanda coletiva determinando a consecução de medidas de engenharia, geotecnia e urbanísticas em benefício de moradores de área de risco geológico, afastou a tese da violação à separação dos Poderes:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREAS DE RISCO AMBIENTAL E GEOLÓGICO, DESLIZAMENTOS DE TERRAS. ELABORAÇÃO DE PLANEJAMENTO DE OBRAS DE ENGENHARIA, GEOTECNIA E INTERVENÇÃO URBANÍSTICA. RECUPERAÇÃO DE ÁREA DESMATADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. [...] (BRASIL, 2018, grifos nossos).

A Suprema Corte já sedimentou ainda, por meio de tese em repercussão geral (tema 220), que inexistente vilipêndio à tripartição de Poderes e à reserva do possível a decisão judicial que ordena a realização de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais eivados de precárias instalações, exatamente por se conferir, por meio de tal determinação, devida concretude à dignidade humana²⁹. Portanto, por qual razão deveria se pensar diferente em relação às intervenções construtivas necessárias à sanação de deficiências estruturais constatadas pelo uso e ocupação do solo indevidos por intermédio de casas instaladas em área de risco?

O argumento da finitude de recursos públicos, conhecido como “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*), também cai por terra ao se verificar a corrente o dispêndio milionário de verbas públicas com questões totalmente secundárias, não sendo razoável, por tal motivo, que os administrados fiquem à mercê de políticas públicas minimamente efetivas em circunstância de claro desvirtuamento para se atender questões não essenciais. Assim, a comprovação da escassez de recursos compete ao ente público, na condição de fato impeditivo do direito veiculado pela parte autora, a teor do art. 373, II, do CPC. É inaceitável, destarte, alegar ao ente falta de numerário para suprir demandas educacionais ou de segurança pública, mas empregar, por outro lado, expressivo montante orçamentário com serviços de publicidade institucional, realização de eventos comemorativos, esportivos etc., desbordando, desta forma, totalmente do dever de cumprimento do mínimo existencial, à míngua de interesses impreteríveis para a sobrevivência condigna da população.

Logo, não se admite que, no exercício da discricionariedade administrativa, o Estado, a pretexto de proteger as contas públicas, venha a transmudar-se em verdadeira “ditadura dos cofres vazios”, para usar feliz expressão de Canotilho (CANOTILHO, 2004, p. 107).

4. O conflito fundiário da Vila Cafezal

4.1. Primazia da tutela resolutiva extrajudicial

A Defensoria Pública Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais, após acionada, em janeiro de 2013, por moradores, líderes comunitários e apoiadores do conflito possessório envolvendo a Vila Santana

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski — Tribunal Pleno. *DJe* 01 fev. 2016.

do Cafezal, orientou-se, inicialmente, por uma atuação centrada na primazia da resolução extrajudicial³⁰ e consensuada da controvérsia³¹.

Nesse sentido, a Defensoria realizou intervenção voltada para educação em direitos (art. 4º, III, LC 80/1994), por meio de atendimentos, reuniões e audiências públicas (art. 4º, XXII, LC 80/1994), inclusive presencialmente e em horário noturno na área em disputa para viabilizar maior participação comunitária. Tal aproximação com o corpo social, aliás, é ainda mais relevante nas causas coletivas em que a litigiosidade interna revela-se mais acentuada que o usual, exatamente como ocorre nas operações urbanísticas de vulto com perspectivas de remoção de grande quantidade de famílias³².

Para Boaventura, o modelo de assistência jurídica desenvolvido por meio da Defensoria Pública é mais benéfico por fomentar o fortalecimento de uma estrutura capacitada e especialmente engendrada para dirimir causas coletivas, além de conferir um signo negocial e não demandista no tratamento dos litígios, com uma atuação norteada pela educação em direitos:

A revolução democrática da justiça exige a criação de uma outra cultura jurídica e de assistência e patrocínio judiciário em que as defensorias públicas terão um papel muito relevante. [...]

Tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas ao acesso à justiça, a proposta de construção de uma defensoria pública, nos moldes como está prevista sua actuação no Brasil acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência prestadas por profissionais formados e recrutados especialmente para esse

³⁰ A respeito do tema, tivemos oportunidade de contribuir em coautoria com os ilustres defensores Roger Feichas e Renato Faloni, e sob a qualificada coordenação do defensor Marcelo Paes, na elaboração do Roteiro Prático de Atuação na tutela coletiva componente do Manual de atuação dos Defensores Públicos da Corregedoria da DPMG, o qual assim prevê: “Art. 12. [...] a cultura demandista deve ser a *ultima ratio*, devendo o defensor público priorizar a cultura resolutiva dos litígios de cunho coletivo. 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.” (MINAS, 2016, p. 314).

³¹ A priorização do desate amigável da lide é enaltecida também em âmbito judicial (art. 139, V, 165 a 175 e 190, CPC).

³² Daí porque, novamente assim dispõe o Manual de atuação da Corregedoria da DPMG na parte concernente à tutela transindividual (com nossa participação em mencionada coautoria): “Art. 13. [...] 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; 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;” (MINAS, 2016, p. 314-315).

fim; assistência jurídica especializada para defesa de interesses *colectivos e difusos*; *diversificação* do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, através da *conciliação* e da resolução *extrajudicial* de conflitos e, ainda, actuação na *educação para direitos*. (SANTOS, 2014, p. 53, grifos nossos).

4.2. Ação coletiva ativa e passiva, custos *vulnerabilis* e a posição do TJMG sobre o direito subjetivo a medidas de contenção de risco no âmbito da Vila Cafezal

Em fevereiro de 2013, o Município de Belo Horizonte ajuizou ação demolitória em desfavor de moradores identificados e não identificados da Vila Santana do Cafezal, tendo o Juízo de primeira instância deferido a antecipação de tutela visando a destruição de 69 habitações aferidas como situadas em área de risco geológico. A ordem de demolição, no entanto, fora obstada pela atuação da Defensoria, mediante interposição de agravo de instrumento.

Meses depois (dezembro de 2013), outra ação demolitória fora aviada, pelo mesmo ente estatal, também em face de habitantes definidos e indefinidos, sob o fundamento de que o quadro fático teria se alterado em função do incremento da instabilidade geológica na região, notadamente por conta do acréscimo de edificações. Nova determinação judicial de desfazimento de construções fora expedida em tutela de urgência, tendo sido ela, todavia, reformada após outro recurso de agravo de instrumento viabilizado pela Defensoria Pública.

Referidas demandas demolitórias ensejaram o claro exercício da tutela transindividual por parte da Defensoria, seja em função de sua natureza de ações coletivas passivas (*defendant class action* do direito norte-americano)³³, seja pela caracterização de sua intervenção como *custos vulnerabilis*, a depender da corrente doutrinária adotada.

Quanto às ações coletivas passivas, apesar de carecerem de disciplina legislativa bem definida em nosso ordenamento, algumas previsões isoladas já teriam começado a surgir, como o art. 554, § 1º, do CPC que trata dos conflitos possessórios multitudinários, como propugnado pelo defensor público Edilson Santana (GONÇALVES FILHO, 2016, p. 94-95)³⁴.

³³ Para estudo do tema, vide Leonel (2013, p. 207-214).

³⁴ Em sentido contrário ao reconhecimento de hipótese de ação coletiva passiva, citem-se o defensor público José Roberto Sotero e o advogado Rodrigo Sardinha (PORTO; CAMPOS, 2017). Tal dispositivo, contudo, não fora invocado, à época, na ação civil pública, por ainda estar em vigor o CPC/1973. Ressalte-se que, apesar da literalidade dele consignar “necessitados econômicos”, impõe-se sua interpretação constitucionalizada para abranger outras vulnerabilidades

Ressalte-se que, no intervalo compreendido entre a distribuição de ambas as causas demolitórias, a Defensoria ajuizou ainda, em maio de 2013, a ação civil pública 1084477-73.2013.8.13.0024 em face do Município de Belo Horizonte e da Companhia Urbanizadora e de Habitação de Belo Horizonte — URBEL, veiculando pedidos em desfavor de ambos nos seguintes termos (sob pena de imposição de *astreites* diárias de R\$ 100.000,00 para cada, crime de desobediência e sequestro de verba pública):

- 1) em antecipação de tutela, pediu-se determinação para que os réus:
 - 1.1) *a)* ofertassem, em 05 dias, *relatório* descritivo fotográfico de 69 habitações dignas para reassentamento; *b)* situadas até 30 km do raio de localização das respectivas edificações da Vila; *c)* ou, em caso de impossibilidade comprovada, disponibilizassem aos ocupantes R\$ 700,00 para fins *locação* de outros imóveis; *d)* com garantia de *transporte incontineti* de pessoas e coisas; *e)* *sem demolições* e com o *isolamento* da área e constante *monitoramento* para evitar depredações e ingresso de terceiros;
 - 1.2) abstivessem-se de praticar *coação* psicológica contra as famílias visando sua saída do local e de promover destruição das casas sem prévia disponibilização da alternativa digna supra mencionada;
 - 1.3) *a)* apresentassem, em 20 dias, *cadastro* social das famílias; *b)* procedendo sua inclusão na *política municipal de habitação*;
 - 1.4) oferecessem, em 25 dias, *projeto preliminar* de engenharia, arquitetura e geologia referente a obras de *contenção* para mitigação e/ou extirpação dos riscos, por meio de Serviço Público Gratuito de Assistência Técnica de Engenharia e Arquitetura e do trabalho de demais profissionais técnicos, contendo *cronograma* com data de início e duração das atividades, indicação das *moradias* a serem desocupadas durante as intervenções construtivas e previsão de retorno seguro a elas pelos ocupantes e
- 2) em julgamento final de mérito, pediu-se a confirmação dos efeitos da antecipação de tutela, com condenação dos demandados em:
 - 2.1) *a)* obrigação de fazer para que concedessem alternativas dignas de moradia; *b)* com transporte de pessoas e coisas se preciso e enquanto possível fosse a permanência segura na comunidade, nos moldes retro apontados; *c)* com a regularização fundiária da área mediante obras de contenção e *d)* apresentação prévia de relatório de execução das intervenções e
 - 2.2) obrigação de não fazer para cessação da coação aos moradores para que desocupassem o local sem alternativas dignas como mencionado.

como a organizacional, característica na tutela coletiva.

A tutela de urgência fora negada ao argumento de que, em suma, “o Poder Judiciário não pode formular políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado, pois afrontaria, de fato e de direito, a ‘reserva do possível’” (MINAS, Processo 1084477-73.2013.8.13.0024, 2013).

Em sede de agravo de instrumento fora concedida *parcialmente* a antecipação dos efeitos da tutela recursal, com acolhimento, assim, dos pleitos retro referidos, com as seguintes *ressalvas*: a) descabimento de resguardo da proximidade mínima de 30 km entre os imóveis dos reassentamentos e a Vila, por ser medida desarrazoada, sem previsão legal e ante as incertezas de mercado que impediriam fossem obrigados os proprietários de imóveis próximos a procederem locações para os desocupantes; b) admissibilidade do desfazimento de algumas construções desde que com o fito de apenas viabilizar a execução da contenção da encosta, com comunicação prévia ao Juízo e c) indeferimento do pleito de abstenção de pressão psicológica por ser questão subjetiva e de enorme “elasticidade interpretativa” (MINAS, Ag. Inst 0668977-07.2013.8.13.0000, 2014).

O TJMG fundamentou a concessão da tutela de urgência, em resumo, nos seguintes termos:

Logrando a agravante demonstrar a *inércia* do ente público em providenciar soluções que, efetivamente, atendam as famílias que se encontram morando em área de risco, deve ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que parcialmente. [...]

Pelo que se verifica, até o momento, a única solução que a municipalidade deu ao caso foi oferecimento de *abrigo* noturno conhecido como “Abrigo São Paulo”. Ao que tudo indica, o referido abrigo *não* dispõe de *condições mínimas* para abrigar os desalojados, em termos de moradia. [...]

Frente a uma questão de relevante interesse social, envolvendo uma comunidade com mais de 7.000 habitantes, carentes em sua maioria, não pode o município se furtar a resolver questões relacionadas à ordem urbanística, bem como à realização de *obras* que garantam a *segurança* dos munícipes que vivem em áreas de risco. [...]

Assim sendo, a Ação Civil Pública em exame não demonstra uma *interferência* injustificada nas *políticas públicas* da municipalidade, como pretende fazer crer a agravada.

Embora a Administração Pública detenha o poder de polícia para determinar a remoção de famílias que se encontram em áreas de risco e desabamento,

deslizamento de encostas ou outras catástrofes, deve o ente público providenciar meios para não só *acolher* dignamente as famílias, bem como determinar *medidas* de *redução* do *risco*. [...]

tendo em vista que a questão que ora se analisa já se arrasta por um longo tempo no executivo municipal, considero pertinentes as alegações da agravante, uma vez que os pedidos antecipatórios visam buscar uma solução ainda que inicial para a demanda dessas famílias, ante a inércia do Poder Público. (MINAS GERAIS, Ag. Inst 0668977-07.2013.8.13.0000, 2014, grifos nossos).

A Administração Pública local nunca cumpriu tais cominações jurisdicionais. Nossa atuação no caso se deu até o início do ano de 2014, sendo que em 2017 fora entabulada transação — que contou também com participação do *Parquet* — por meio da qual a municipalidade, após revisão das avaliações geológicas, assegurou tratar-se de espaço “monitorável” a afastar, portanto, a necessidade de, até então, ser promovida a remoção dos habitantes da região em apreço.

4.3. A posição do MPF e STF sobre o direito subjetivo a medidas de contenção de risco na Vila Cafezal e o dever estatal de impedir depredações e ingresso por parte de terceiros nas habitações desocupadas

Em relação ao referido acórdão do TJMG que determinara a adoção de medidas emergenciais por parte do Município de Belo Horizonte e URBEL, insurgiu-se o primeiro, especificamente contra a ordem de realização de *controle* constante da área com escopo de obstaculizar *invasões* e *depredações* por terceiros quanto àquelas moradias cujas desocupações se mostrassem urgentes ao resguardo da segurança dos nela domiciliados, por estarem expostas a maior incidência do perigo ou necessárias à consecução das obras de sanação da instabilidade geológica.

Para tanto, o Município de Belo Horizonte aviou perante o STF pedido de suspensão de tutela antecipada — STA 785/MG, por meio do qual arguiu, em suma, o descabimento da imposição de sua atuação nos moldes narrados, por consistir em “atividades inerentes à segurança pública, com os ônus e responsabilidades decorrentes, em flagrante violação à sistemática do art. 144 da Constituição Federal” com “lesão à segurança pública, a partir dos resultados decorrentes da inadequada prestação da atividade de policiamento da área pelo Poder Público Municipal” por meio “da utilização da Guarda Municipal na atividade, que, a toda evidência, não se presta a tal desiderato, já que concebida e aparelhada para mera

proteção do patrimônio municipal” culminando em “deficiência na prestação de policiamento ostensivo, por meio de estrutura precária e improvisada, que coloca em risco a vida de agentes públicos e dos munícipes que habitam a área em questão e seu entorno”.

Interessante notar, inicialmente, a incongruência dos argumentos municipais reproduzidos, haja vista que, recorrentemente, o Município de Belo Horizonte invoca a legitimidade de sua atividade de polícia administrativa para justificar a demolição de habitações (com apoio da sua Guarda Municipal), mesmo sem dispor de qualquer autorização judicial para tanto, valendo-se da tese de ser comportamento adequado por tratar-se de área de risco. Como exemplo, cite-se o despejo efetuado no Conjunto Zilah Spósito em 2011, e que culminou na atuação coletiva da Defensoria Pública em defesa dos moradores. Em tais hipóteses, a municipalidade em momento algum vislumbra qualquer exercício indevido da função de policiamento por intermédio de sua Guarda Municipal a configurar alguma exorbitância das competências delineadas em prol da esfera estadual de Governo, nos termos do art. 144 da CR/1988. Aliás, como cediço, o dever-poder de polícia, mesmo revestido do atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos (confirmatória da sua natureza de *dever*), nem por isso autoriza que a Administração possa realizar os indigitados “despejos administrativos”, ante a clara afronta aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e devido processo legal (art. 5º, LIV).

Ora, o dever do ente local de velar pela regular ocupação e uso do solo citadino é decorrência da norma constitucional que lhe investe da missão de promover o desenvolvimento urbano, com atendimento da função social da cidade e amparo ao “bem-estar de seus habitantes” (art. 182, grifo nosso), o que inclui dita atividade fiscalizatória hostil à ocupação de lugar inapropriado à habitação (art. 1º, p. u., Lei 10.257/2001) — respeitando-se sempre a proporcionalidade e razoabilidade (art. 5º, LIV).

Em parecer exarado no bojo de mencionada STA 785/MG, o MPF, por meio da Procuradoria Geral da República, apesar de não vislumbrar matéria constitucional suficiente a admitir o seu processamento, também refutou o seu embasamento meritório, a saber:

A decisão, veja-se, não pretende resolver o problema da criminalidade na região, nem contém ordem dirigida ao Município nesse sentido. A manutenção

dos imóveis a salvo de qualquer depredação ou uso por quem não tenha sobre eles direito possessório já é *dever* do Município, decorrente de atuação própria de retirada dos moradores da região em suposto risco. [...]

A *fiscalização* que se pretende é administrativa, *não policial*, e pode ser efetivada, sem qualquer ilegitimidade, por agentes municipais, no exercício regular de suas funções *administrativas*. (BRASIL, Parecer da PGR na STA 785/MG, 2015, grifos nossos).

No mesmo sentido o STF, em decisão monocrática, após igualmente apontar tratar-se de debate de norma local a afastar o pronunciamento da Corte, acabou ingressando no mérito para, *obter dictum*, pontuar ser dever municipal em proceder a contenção da depredação e o ingresso de novas famílias na área, consignando que: “a determinação ora combatida — de que o município deve providenciar o monitoramento da área *sub judice* a fim de evitar depredação ou o ingresso de novas famílias nas moradias — insere-se na *competência administrativa* do município.” (BRASIL, STA 785/MG, 2015, grifos nossos, exceto nas palavras em latim).

5. A remoção como *ultima ratio* em áreas de risco

O fato de uma comunidade situar-se eventualmente em uma “área de risco” não implica, necessariamente, na inafastabilidade do entendimento que pugna pela destruição das construções ali existentes. Pelo contrário!

Nestas hipóteses, a remoção das habitações e demais estabelecimentos é sempre a *última alternativa*, cabendo ao Poder Público, *antes disso*, viabilizar a execução de medidas de engenharia estruturais e não estruturais que garantam a permanência segura dos moradores de forma definitiva no local.

5.1. O dever de promoção do desenvolvimento urbano de forma proporcional e razoável

Como cediço, por determinação constitucional, cabe ao Estado (em sua esfera municipal) promover o “desenvolvimento urbano” (art. 182, CR/1988, e p. u. do art. 1º da Lei 10.257/2001).

Em geral, as intervenções na ordem urbana (principalmente de grande monta) costumam gerar à população, inevitavelmente, alguns inconvenientes menos expressivos e que lhes são ínsitos e, como tais, mais naturalmente aceitos e assumidos pelos próprios afetados individualmente considerados.

Além disso, ainda que sob o mesmo fundamento de incremento da urbe, não raras atividades estatais, outras podem acabar por malferir toda uma comunidade (ou parte dela) de forma mais severamente exacerbada³⁵. Em tais situações, é costumeira, infelizmente, a adoção de soluções claramente *desarrazoadas* pelo gestor da ordenação urbanística, as quais, para além de culminarem em triviais dissabores cotidianos, redundam em resultados outros extraordinários e indevidamente gravosos aos interesses de grande parcela de integrantes do corpo social e, em muitos casos, mais perniciosos à população vulnerabilizada. Tais posturas não encontram respaldo no ordenamento jurídico, já que os infortúnios gerados, longe de normais e esperados, destoam completamente dos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e razoabilidade (*substantive due process of law*) (art. 5º, LIV).

Lamentavelmente, a resolução de litígios assemelhados não tem se submetido à esperada *ponderação de interesses* que, à luz da renomada doutrina de Robert Alexy, impõe, dentre as alternativas passíveis de escolha, a opção por parte da Administração pela providência que *menos sacrifícios e limitações* provoquem aos administrados (subprincípio da necessidade ou exigibilidade), bem como cujas *vantagens suplantem* as desvantagens geradas (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)³⁶.

Enfim, impõe-se um equilíbrio entre os fins e os meios (art. 2º, *caput*, e p. u., VI, VIII e IX e 29, § 2º, Lei 9.784/1999).

5.2. Direito subjetivo a medidas de contenção de riscos: substituição da comodista figura do Estado “demolidor de lares” pela do “urbanizador e supressor de perigos estruturais e geológicos”

Como a experiência demonstra, a remoção indiscriminada de moradias em comunidades pobres, independentemente do motivo e fins almejados, sem que

³⁵ A natural repercussão do direito urbanístico em toda a coletividade advém de sua condição de direito *metaindividual*. Não por outra razão a ordem urbanística é enumerada, expressamente, nesta condição, nos art. 1º (inc. VI), 4º e 5º, V, b da Lei de Ação Civil Pública, além de inferida ainda indiretamente como tal de diversos outros dispositivos do chamado microsistema coletivo (art. 1º, § 1º, Lei 4.717/1965, 14, § 1º, Lei 6.938/1981, 1º, I, III, IV e VIII, 4º e 5º, V, b, Lei 7.347/1985, 1º, 5º, 10, X e 11, IX, Lei 8.429/1992, 4º, X, LC 80/1994, 1º, 3º, II e 6º, VI, Dec. 1.306/1994, 1º, § 1º, 2º, II e 3º, VI, Lei 9.008/1995, 21 e 25, § 3º, Lei 9.966/2000, 1º, 4º, § 2º e 10, Lei 10.257/2001, 2º, 5º e 10, I a V, MP 2.220/2001, 1.228, §§ 4º, Lei 10.406/2002 e 9º a 27, Lei 13.465/2017). Em reforço, o Estatuto da Cidade dispõe serem suas normas de ordem pública e interesse social (art. 1º, p. u.).

³⁶ Para o professor alemão, além das sub-normas (“máximas parciais”) apontadas, necessária ainda a incidência de uma 3ª, nominada de adequação, adequabilidade ou utilidade, segundo a qual a medida implementada deve ser mostrar apta a fomentar sejam alcançados os fins colimados (ALEXY, 2008, p. 84). Como lembra Bernardo Gonçalves, por erro de tradução, a maioria dos autores nacionais entende bastar que a providência seja suficiente a efetivamente *alcançar* os objetivos almejados, sendo que o correto é a capacidade de *fomentar* tal alcance. (FERNANDES, 2019, p. 267).

se assegurem meios alternativos de moradia, além de ocasionar efeitos sociais deletérios de toda ordem, acaba por culminar em um processo que se retroalimenta apenas com a postergação, agravamento ou substituição do problema (por outro muitas vezes tão grave quanto, no último caso).

Daí porque, mesmo em situações de risco, o amplo acervo normativo da matéria impõe que as medidas de sua minoração ou extirpações sejam a *primeira via*, nunca a derradeira, muito menos deixar de ser até menos cogitada. É o que estatui a Lei 12.340/2010, ao mencionar a admissibilidade da *remoção* apenas “quando necessário”, a saber:

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. [...] (grifos nossos).

Assim também o Estatuto da Cidade (art. 2º, XIV, 4º, V, “f”, “j”, “q” e “r”, 42-A, III a V), o Plano Diretor de Belo Horizonte³⁷, o Programa Estrutural em Áreas de Risco — PEAR³⁸ e o Caderno de Diretrizes do Orçamento Participativo 2010/2011 de BH (item 38) etc.

A própria Lei 11.888/2008, ao instituir o Serviço Público Gratuito de Engenharia e Arquitetura, deixa claro ser direito das populações menos favorecidas a disponibilização de profissionais qualificados à orientação na tarefa de edificação de construções seguras, bem como na sanção dos problemas apresentados por aquelas já prontas e acabadas. Apesar de previstos em âmbito municipal, por meio da Lei Municipal 8.758/2004, regulamentada pelo Decreto

³⁷ Lei Municipal 11.181/2019, cuja vigência se iniciou em 2020 (art. 86) e que, no tema específico em debate, traz basicamente as mesmas disposições: “Art. 13 — São diretrizes para a ocupação de áreas de risco potencial no Município: I — a adoção de medidas mitigadoras, em conformidade com a natureza e a intensidade do risco declarado; II — a definição de destinação que impeça a ocupação nas áreas nas quais o risco não possa ser mitigado; III — o assentamento compatível com as modalidades de risco a que se refere o § 3º do art. 9º; [...] V — a criação de programas que visem a estabelecer parcerias com a sociedade civil, no intuito de recuperar áreas degradadas, por meio de replantios e outras medidas; VI — a adoção de processos construtivos adequados, em concordância com as diretrizes do laudo geológico-geotécnico respectivo. Art. 14 — São diretrizes para o controle de áreas de risco efetivo no Município: I — o monitoramento para verificação de mudanças nas suas condições; II — a execução de obras de consolidação do solo; [...] IV — o controle de adensamento construtivo e populacional; V — a orientação à população envolvida em situações de risco. [...] § 2º — Nas áreas de risco, deve-se estimular o plantio de espécies adequadas à consolidação do solo. [...]”.

³⁸ Prevê intervenções geológicas e de engenharia para extirpação e minoração de risco, sendo cabível a remoção “quando for o caso” comprovadamente (art. 3º, II, IV e V, 4º, 5º, *caput* e §§ 3º e 4º, Decreto Municipal de Belo Horizonte 15.762/2014).

Municipal 11.709/2004, tais serviços nunca foram instituídos na Capital mineira, a reforçar a inoperância estatal no tratamento do caso da Vila Cafezal.

Assim, antes de um comodista papel de “demolidor de lares”, cabe ao Estado investir-se da posição diametralmente oposta de “urbanizador e supressor de perigos estruturais e geológicos”.

O Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015- 2030, expedido pela ONU, é claro quanto ao dever estatal de implementação de medidas operacionais minorantes de desastres, a saber:

Prioridade 3. [...] 29. O *investimento público* e privado na prevenção e na *redução de riscos* de desastres através de *medidas estruturais* e *não estruturais* é essencial para melhorar a resiliência econômica, social, cultural e de saúde de pessoas, comunidades, países e ativos, bem como do meio ambiente. [...] Tais medidas são custo-eficientes e fundamentais para salvar vidas, prevenir e reduzir perdas e garantir a recuperação e reabilitação eficaz. (grifos nossos).

5.3. Círculo vicioso da remoção sem alternativas dignas de moradia, e os fenômenos da gentrificação e “guetização”

Como visto, é sempre prioritária a manutenção de famílias carentes na localidade onde já instaladas, notadamente por meio do direito subjetivo à regularização fundiária, medida de extrema relevância para a consecução de outros direitos além da própria moradia em si.

É o que prevê o art. 10 da Lei 13.465/2017 que, ao dispor sobre os objetivos da regularização fundiária urbana, aponta: “III — ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de *baixa renda*, de modo a *priorizar a permanência* dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados.” (grifos nossos).

No mesmo diapasão a Resolução Recomendada 87/2009 do Ministério das Cidades (art. 4º, V, 5º, §1º, 7º, I, “b” e “d”) e o Plano Diretor de Belo Horizonte (art. 18, VII, 30, III, 254, § 3º, V e 287).³⁹

Trata-se nada mais do que a efetivação do princípio da segurança da posse, consagrado pela Agenda *Habit* da ONU.⁴⁰

³⁹ Lei Municipal 11.181/2019, com vigência a partir de 2020 (art. 86) e que, no ponto em que, manteve, em geral, a mesma sistemática estatuída pela legislação revogada.

⁴⁰ Ao dispor sobre a segurança como uma das “Sete Normas Para Governança Urbana”, o Programa da ONU para Assentamentos Urbanos enfatiza que: “A insegurança tem impacto desproporcional nas comunidades mais pobres e mais excluídas. [...] Segurança implica estar livre da ameaça de despejo e ter segurança da posse da moradia.”

Nesse sentido, conforme os predicados da indivisibilidade, unidade, interdependência e complementaridade dos direitos fundamentais humanos, a não concretização pelo Estado (*non facere*) do acesso à habitação, culmina, por consequência, na transgressão de vários outros como a convivência familiar (art. 227), educação (art. 6º e 205), saúde (art. 6º e 196), trabalho (art. 6º, 7º e 170, *caput* e VIII), transporte (6º, 21, XII, “d” e “e”, XX, 30, V e 144, § 10), lazer (art. 6º) etc.

Como sabido, não desfrutará suficientemente de saúde aquele que nem sequer disponha de um local adequado para dormir, para preparar e consumir sua alimentação, para cuidar de sua higiene pessoal etc. Do mesmo modo, quem não desfruta de um lar localizado em região minimamente segura poderá ser alijado, muitas vezes, do acesso ao trabalho, haja vista as reais dificuldades de sua aceitação por parte do mercado que, de maneira preconceituosa, discrimina os residentes de cafuas, abrigos e ocupações não urbanizadas (situação verificável facilmente mediante a exigência de comprovante de endereço, cuja falta afasta ainda o acesso a serviços de saúde, educação etc., os quais condicionam o atendimento, a depender do bairro de domicílio, à apresentação de tal papel). Sem contar a dificuldade oriunda de afastar empregadores que não estejam dispostos a pagamento de mais de um “vale-transporte” para quem mora distante do local de trabalho, em periferias ou outros municípios.

A remoção para lugares distantes e/ou sem infraestrutura da cidade é condenada como grave violação de direitos humanos já que as famílias acabam se instalando em áreas *segregadas* (chamados “*guetos*”), sem acesso a serviços públicos satisfatório, implicando, em geral, mais do que uma simples mudança de endereço, em verdadeiro arruinamento da vida social e profissional do removido! É o que já vem ocorrendo em Belo Horizonte, por exemplo, com os apartamentos construídos pela Administração municipal, como notícia reportagem local intitulada “Área de conjuntos populares tende a virar gueto no vetor Norte” (CASTRO, 2016).

A legislação, ao garantir o direito à habitação, o faz resguardando-se o acesso a uma que seja *digna e adequada*⁴¹, e não de qualquer espécie. Esta perspectiva permeia todo e qualquer direito fundamental humano, por necessariamente gravitar em torno (e visando a consecução) da dignidade da pessoa da pessoa humana (art. 1º, III, CR/1988), não se admitindo sua efetivação “*pelas metades*”.

⁴¹ Do contrário, *verbi gratia*, seriam considerados suficientemente contemplados por tal direito aqueles residentes em moradias rudimentares às margens de rodovias (como se dá no Anel Rodoviário em Belo Horizonte) o que, obviamente, não se sustenta.

A habitação condigna não se resume apenas ao aspecto estrutural da construção em si tal como vem se pautando a política de moradia na Capital. Mais do que isto, compreende questões extrínsecas de sua proximidade a um variado feixe de serviços e equipamentos públicos satisfatórios, permitindo a seu titular o pleno desenvolvimento de outras potencialidades.

Segundo aponta Raquel Rolnik, por vários anos Relatora Especial da ONU para o Direito Moradia:

[...] o reassentamento não pode levar em consideração apenas a qualidade da moradia em si. O reassentamento deve levar em conta a *localização*, pois é um elemento fundamental do direito à moradia. Ou seja, as pessoas devem ter acesso às oportunidades de *emprego, trabalho e educação*. Se uma comunidade é retirada de onde ela está — provavelmente onde ela tem acesso a isso — e jogam-na a 50 quilômetros de distância, é uma grave violação do direito à moradia. Então, esse é um elemento também que deve ser considerado como uma violação. É necessário que o reassentamento seja pensado também em outros termos, mantendo a comunidade o *mais próximo* possível de seu local *original*. (ROLNIK, 2011, p. 40, grifos nossos).

No mesmo sentido as propostas gerais então previstas no pretérito Programa Nacional de Direitos Humanos — PNDH II (Anexo I, Decreto 4.229/2002):

417. Promover a moradia adequada, incluindo aspectos de habitabilidade, salubridade, condições ambientais, espaço, privacidade, *segurança*, durabilidade, abastecimento de *água, esgoto* sanitário, *disposição de resíduos sólidos* e acessibilidade em relação a *emprego* e aos *equipamentos urbanos*, por meio da criação, manutenção e integração de programas e ações voltadas para a habitação, *saneamento* básico e *infraestrutura* urbana. [...]

426. Apoiar políticas destinadas à urbanização das áreas de moradia ocupadas por populações de baixa renda, tais como favelas, loteamentos e Assentamentos. (grifos nossos).

Nesse aspecto, importa salientar que, apesar de referido PNDH II ter sido sucedido pelo atual PNDH III (disposto no anexo do Decreto 7.037/2009), suas diretivas permanecem plenamente úteis ao escopo de orientar a compreensão de conceitos e a melhor viabilização de planos de ação para efetivarem-se os direitos fundamentais humanos em âmbito interno. Até porque os conteúdos dos três

programas já editados (PNDH I, II e III) assemelham-se em grande parte entre si (mesmo que com outras palavras), sendo certo ainda que os princípios do *non cliquet* e da proibição da proteção deficiente impedem o retrocesso social. Ou seja, o núcleo essencial do amplo rol de direitos já conquistados/reconhecidos ao longo dos anos não pode ser fulminado mediante simples revogação da norma posta, na qual se inscrevem tais direitos (inclusive porque, pelo atributo da inerência, tratam-se de direitos inatos a todo ser humano independentemente de previsão textual expressa)⁴².

Na mesma ótica o Comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1991 ao enumerar os seguintes sete critérios ou aspectos indispensáveis para a consecução de uma moradia *adequada*: a) segurança da posse; b) disponibilidade de *serviços*, materiais, instalações e *infraestrutura*; c) economicidade; d) habitabilidade; e) acessibilidade, f) *localização* e g) adequação cultural.

Obviamente, a “produção” de *desabrigados* ou *subabrigados* por conta de processos de desocupações compulsórias sem alternativas dignas consiste em franca infringência ao direito à moradia, a teor do relatório A/HRC/13/20 de 2010 apresentado pela Relatoria Especial ao Conselho de Direitos Humanos da ONU:

Mesmo nos despejos que sejam justificados e efetuados conforme as disposições processuais próprias, *não* podem implicar em deixar pessoas

⁴² Por essa mesma razão o documento oficial em que estatuído o PNDH III contém em seu bojo anexos com a íntegra dos dois programas que lhe antecederam, formando, assim, um *instrumento jurídico consolidado único* (Disponível em: ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/ProgrammaNacionalDireitosHumanos2010.pdf. Acesso em: 25 jun 2021). Trata-se, assim, de um *plano de Estado* (e não meramente de Governo), já que o aprimoramento dos mecanismos de implementação, bem como a própria concretização em si dos direitos humanos, realizam-se progressivamente — em um processo contínuo desenvolvido à luz da *historicidade*. Enfim, os programas completam-se entre si, formando um “corpo/todo único” em construção constante e inesgotável (inexauribilidade). Dessarte, em que pese o PNDH III também estatuir semelhantes metas e paradigmas de concretização da habitação e direitos que lhes são correlatos, as disposições do PNDH II se mostram mais elucidativas nesse campo — especialmente quanto ao caractere da interdependência/indivisibilidade da moradia em relação aos demais direitos humanos. Sobre o tema, Comparato: “Quanto aos princípios estruturais dos direitos humanos, eles são de duas espécies: a *irrevocabilidade* e a *complementariedade* solidária. [...] A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos. É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto de direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais. Uma das consequências desse princípio é a proibição de se pôr fim, voluntariamente, à vigência de tratados internacionais de direitos humanos [...] Em matéria de tratados internacionais de direitos humanos, não há nenhuma possibilidade jurídica [...], porque se está diante de direitos indisponíveis e, correlatamente, de deveres insuprimíveis.” (COMPARATO, 2013, p. 79-80, grifos nossos).

sem teto, e cabe ao Estado adotar medidas adequadas, dentro do máximo de recursos de que dispõe, para propiciar moradia, reassentamento ou acesso à terra produtiva. (tradução nossa livre, grifos nossos).

Contudo, a postura empreendida pelos gestores públicos pátrios nos últimos anos tem sido a elitista e higienista de primazia da “expulsão” de moradores de baixa renda, em muitos casos por interesses imobiliários especulativos, para locais distantes dos centros urbanos, contrariando os princípios básicos urbanísticos, com repercussões maléficas à sustentabilidade da cidade em diversos aspectos.

Além de desonerar os entes públicos de despendere recursos com obras de urbanização de comunidades carentes, a “*desfavelização*” esconde intenção preconceituosa de *embelezamento* da cidade em prol dos anseios de parcela das classes mais ricas.

Tal conduta, à luz dos objetivos da Reurb⁴³, se empreendida de modo irresponsável, contribui não só para o mencionado aumento de *desabrigados*, mas de i) *desempregados* e dependentes da *previdência e assistência sociais* (ante a negativa do patrão em pagar duas ou mais passagens); ii) *encargos produtivos e trabalhistas* (face ao aumento nos custos de deslocamento ao trabalho); iii) agravamento das condições de *saúde* da população atingida (principalmente emocional, decorrentes do *stress* de horas no trânsito, traumas pelo penoso processo de remoção); iv) *violência* (fruto do desemprego e problemas sociais gerados); v) preço dos *aluguéis* e *imóveis*, de forma alarmante e irreal, em função da valorização da área sem que os moradores da área consigam acompanhar (com efeito dominó de despejos por falta de pagamento) e vi) reflexos deletérios à *mobilidade urbana* (pelas longas distâncias até emprego, assoberbando o tráfego) etc.

Tudo com sobrecarga dos sistemas públicos de *saúde*, *assistenciais*, *previdenciários*, de *segurança*, de *Justiça* etc. (nos quais desaguarão os problemas relatados).

Em resumo, uma verdadeira *tragédia social*.

O chamado processo de *gentrificação*, popularizado por Neil Smith, ou seja, o “aburguesamento” de áreas desfavorecidas, é altamente pernicioso, como exposto durante a 63ª Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 23.10.2008, em Nova York:

O acesso restrito à moradia — seja causado pelo aumento explosivo dos preços ou pela falta de acesso à terra — constitui outro obstáculo ao usufruto do direito à

⁴³ Regulação Fundiária Urbana — art. 10, Lei 13.465/2017.

moradia adequada. Os processos de “gentrificação” urbana, acompanhados dos valores crescentes dos imóveis e dos aluguéis, e os problemas da amortização dos empréstimos e hipotecas estão *empurrando* as famílias de *baixa renda* para situações cada vez mais precárias. Essas famílias correm o risco de tornarem-se “sem teto”, ou serão levadas a pagar pela moradia adequada com prejuízo à sua capacidade de usufruir os direitos à alimentação, saúde ou educação.

Outra questão que contribui para o agravamento do problema é a dos despejos, executados sem respeito aos direitos humanos. Com efeito, mais de 15 anos depois que a comunidade internacional incluiu os despejos forçados entre as piores violações aos direitos humanos, eles continuam a ocorrer mundo afora, levando centenas de pessoas à pobreza, miséria e condições inadequadas de moradia, com consequências particularmente perversas para as crianças e impactos desproporcionais nos grupos já discriminados. Uma legislação apropriada que proteja os direitos, que seja cumprida com rigor, aliada a políticas habitacionais que levem em conta o direito à moradia adequada poderá mitigar a questão dos despejos forçados. (grifos nossos).

Outro não o motivo pelo qual metrópoles como Nova York, Londres e Paris⁴⁴ orientam-se pelo incentivo de construção de moradias sociais perto das áreas centrais de tais cidades.

Não por acaso serem os entes públicos um dos principais responsáveis pelo elevado déficit habitacional ao “fabricar” verdadeira massa de “sem casa” com tantas remoções sem projetos sérios de destinação dos despejados, implicando em deletério círculo vicioso, pois, sem condições de alugar ou adquirir outro imóvel, terminam ocupando novas áreas precárias e desordenadas, para então serem novamente pressionados a saírem... Sobre o tema, lapidar o trabalho “Legalização das Favelas: Qual o Problema de Belo Horizonte?”, de Edésio Fernandes e Helena Dolabela Pereira⁴⁵.

⁴⁴ Veja-se a matéria jornalística “Paris anuncia medidas radicais para impedir gentrificação.” (VALENCIA, 2015).

⁴⁵ “as comunidades que vivem em assentamentos informais têm direitos próprios, não estando mais à mercê dos favores e das benesses da administração pública por serem ‘uma questão social’. Segundo argumentos estéticos, higienistas, urbanísticos e ambientais foram utilizados pela administração pública municipal para negar os direitos fundiários reivindicados pelas comunidades. [...] Importante destacar que a urbanização é uma das dimensões dos programas de regularização fundiária e tem como finalidade promover melhorias nas condições de habitabilidade e de infraestrutura dos assentamentos que serão regularizados. Portanto, a forma e a extensão da intervenção urbanística devem ser orientadas pelo direito à permanência dos moradores, evitando-se, ao máximo, a remoção das famílias ali residentes. Os programas de regularização visam promover, ao mesmo tempo, segurança jurídica da posse dos moradores e integração socioespacial das áreas e comunidades. Não basta legalizar, não basta urbanizar, as duas dimensões da regularização têm que ser articuladas, sendo que a experiência já demonstrou que seu pleno sucesso requer também políticas de geração de emprego e renda para as comunidades excluídas. Para que a regularização seja sustentável, legalização e urbanização têm que caminhar juntas. Sobretudo, não bastam políticas isoladas, setoriais, sem recursos e erráticas.” (FERNANDES;

6. Considerações finais

A luta do *Cafezal* continua viva, haja vista que, apesar de entabulado acordo entre os envolvidos, nada impede uma evolução no quadro geológico a culminar em eventual agravamento do risco hoje tido por “monitorável”, a despertar a necessidade de pronta atuação pelo ente municipal mediante execução de obras de contenção, reassentamentos provisórios urgentes, isolamento da área etc., tal como já determinado pelo TJMG em antecipação de tutela e assegurado pela legislação. Assim, resta à Administração municipal empreender zelosa e detida aferição constante da área como lhe é imposto constitucionalmente e, em caso de piora das condições locais, não mais oferecer apenas a destruição das casas como saída, mas opções que realmente assegurem tanto a segurança das famílias, como o direito habitacional adequado, à luz do primado da dignidade humana (art. 1º, III, CR/1988).

7. Referências

ABREU, Célia Barbosa; MADEIRA FILHO, Wilson Madeira; IORIO FILHO, Rafael Mário. (coord.). *Diálogos sobre direitos humanos fundamentais*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo: a tutela dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.

ÁVILA, Luciano Coelho. *Políticas Públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.573.481/PE. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. *DJe* 27 mai. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer da Procuradoria Geral da República na STA 785/MG. Rodrigo Janot. 24 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 10.076/GB. Relator: Ministro Og Fernandes. Corte Especial. *DJe* 02 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.937/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio — Tribunal Pleno. *DJe* 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.943/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia — Tribunal Pleno. *DJe* 01 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.100.338/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux — Primeira Turma. *DJe* 17 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87.585/TO. Relator: Ministro Marco Aurélio — Tribunal Pleno. *DJe* 26 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349.703/RS. Relator: Ministro Ayres Britto — Tribunal Pleno. *DJe* 03 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso — Tribunal Pleno. *DJe* 03 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski — Tribunal Pleno. *DJe* 01 fev. 2016.

BRASIL. RE 733.433/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli — Tribunal Pleno. *DJe* 07 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 785/MG. Relator: Ricardo Lewandowski. *DJe* 30 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*. In. *Temas de direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northleat. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos Coletivos e políticas públicas: mecanismos para garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

CASTRO, Johnatan. Áreas de conjuntos populares tende a virar gueto no vetor Norte: regras quanto à implantação da infraestrutura junto com moradias não é cumprida. *O Tempo*, Belo Horizonte, 18 set 2016, Cidades. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/cidades/%C3%A1rea-de-conjuntos-populares-tende-a- virar-gueto-no-vetor-norte-1.1036818>>. Acesso em: 19 set. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Sergey Kuznetsov v. Rússia*, acórdão 10.877/04.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos completa 70 anos: A celebração da data foi lembrada pelo presidente do STF, ministro Dias Toffoli: “É tempo de renovar nosso pacto com a afirmação dos direitos inerentes à pessoa humana e com a construção de um mundo de paz, afirmou o ministro.”. *Portal do Supremo Tribunal Federal*, 10 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398115>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Edésio; PEREIRA, Helena Dolabela. *Legalização das Favelas: Qual o Problema de Belo Horizonte?* Revista Planejamento e Políticas Públicas — PPP (Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada — IPEA), Brasília, n. 34, jan./jun., 2010, p. 171-199.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOVERNO gasta quase R\$ 50 milhões com armas para Copa do Mundo e Confederações: kits contêm balas de borracha, spray de pimenta, granadas e armas elétricas. R7, São Paulo, 26 jun 2013. Disponível em: <<https://www.esportes.r7.com/futebol/copa-das-confederacoes-2013/governo-gasta-quase-r-50-milho-es-com-armas-para-copa-do-mundo-e-confederacoes-26062013>>. Acesso em: 19 set. 2019.

IN(DIG)NAÇÃO. Intérprete: Skank. Compositor: Samuel Rosa; Chico Amaral. In: SKANK. Intérprete: Skank. Belo Horizonte: gravação independente, 1992. 1 CD, faixa 2 (4:02 min).

LAZARI, Rafael de. *A reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2. ed.. Curitiba: Juruá, 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais — 5ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte — Minas Gerais. Decisão interlocutória sobre tutela antecipada. Processo 1084477-73.2013.8.13.0024. Juíza: Simone Lemos Botoni. *DJe* 11 abr. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais — 1ª Câmara Cível. Ag. Inst. 0668977-07.2013.8.13.0000. Relator: Armando Freire. *DJe* 11 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. *Roteiros práticos de atuação: tutela coletiva*. In: *Manual de atuação funcional dos Defensores Públicos de Minas Gerais da Corregedoria Geral* 5. ed. Belo Horizonte, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Luís Edmundo. *História Contemporânea, da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial*. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o Direito. In: MARRARA, Thiago. (org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 34. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Organização administrativa*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: ohchr.org/en/udhr/pages/Language.aspx?LangID=por. Acesso em: 25 jun. 2021.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1985.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello; CAMPOS, Rodrigo Sardinha de Freitas. *Questões sobre a atuação da Defensoria Pública nas ações possessórias*, Tribuna da Defensoria. São Paulo: Consultor Jurídico, 18 abr./2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/tribuna-defensoria-questoes-atuacao-defensoria-acoes-possessorias#author>>. Acessado em: 10 set. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2012.

ROCHA, Alexandre Lobão. *A exclusão legal da população carente*. Brasília: Thesaurus, 2009.

ROLNIK, Raquel. Entrevista Moradia é mais que um objeto físico de quatro paredes. *e-metropolis Revista Eletrônica de Estudos Urbanos e Regionais*, n. 5, ano 2, jun/2011, p. 37-42. Disponível em: <https://www.emetropolis.net/system/edicoes/arquivo_pdfs/000/000/005/original/emetropolis_n05.pdf?1447896287>. Acesso em: 10 ago 2015.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *Estado de Direito — conceito e características*. Revista de Direito Público. vol. 999. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-jun./1978.

SANTIAGO, Marcus Firmino; GUIMARÃES, Tâmara Matias; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. *Estado, sociedade e mercantilização da vida: uma proposta para o resgate do protagonismo social na definição do bem comum*, Revista dos Tribunais. vol. 999. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Da microeconomia à micro-sociologia da tutela judicial*. Revista Justiça e Democracia. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, v. 1, jan-jun/1996, p. 65-92.

_____. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1985.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Breno Bittencourt. *Entre a desqualificação e a resistência: a construção de identidades entre trabalhadores do mercado de trabalho informal*. In: BURITY, Joanildo Albuquerque; RODRIGUES, Cibele Maria Lima; SECUNDINO, Marcondes de Araújo. (org.). *Desigualdades e justiça social, volume I: dinâmica Estado-sociedade*. Belo Horizonte: *Argumentum*, 2010.

SANTOS, Ana Borges Coelho. *Direitos Sociais pelo Poder Judiciário e seus reflexos em políticas públicas: uma perspectiva a partir das lides estruturais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIMÕES. Lucas Diz; MORAIS. Flávia Marcelle Torres Ferreira de; FRANCISQUINI. Diego Escobar. (org.). *Nota dos Organizadores. In: Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 21-23.

SIMÕES NETO, Eduardo. *Direito do trabalho: uma metáfora com o mundo das artes*. Anais do XXII Encontro Nacional do CONAPEDI, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Paris: : General Assembly of United Nations, 1948. Disponível em: [undocs.org/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/A/RES/217(III)). Acesso em: 25 jun. 2021.

VALENCIA, Nicolás. Paris anuncia medidas radicais para impedir gentrificação. Tradução de Romullo Baratto. *ArchDaily Brasil*, 08 jan 2015. Disponível em: <https://www.archdaily.com.br/br/759927/paris-anuncia-medidas-radicais-para-impedir-gentrificacao>. Acesso em: 04 jul 2016.

VARGAS, Cirilo Augusto. *A defesa técnica processual: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 31.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos Contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. *Defensoria, cidadania e acesso à ordem jurídica justa*, Tribuna da Defensoria. In: Consultor Jurídico, São Paulo, 13 ago 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/tribuna-defensoria-defensoria-publica-cidadania-acesso-ordem-juridica-justa#_ftn11. Acesso em: 18 set. 2019.

Ocupações urbanas e o papel da Defensoria Pública na efetivação do direito à cidade

Urban occupations and the role of the Public Defender's Office in the realization of the right to the city

BRENO GABRIEL IRIAS MARTINS

Graduando em Direito pela Faculdade Doctum de João Monlevade. Estagiário de graduação da Defensoria Pública de Minas Gerais na Unidade de João Monlevade/MG.

MARCOS BERNARDES ROSA

Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Professor no Curso de Direito do Instituto Ensinar Brasil, João Monlevade/MG.

Resumo: Sob as perspectivas teóricas pós-estruturalistas e pós-coloniais da função social da propriedade e da dignidade humana almeja-se, por meio desta pesquisa crítico-metodológica, demonstrar como a política habitacional promovida pelo Estado, circunscreve e age estruturalmente sobre as vidas de pessoas hipossuficientes e não-proprietárias, ditando quem pode habitar a urbe nas construções de uma sociedade capitalista. Trabalhando com o conceito de ocupações urbanas, em pedagogias decoloniais, usa-se lentes de análise que fogem ao discurso hegemônico, ampliando o entendimento das principais questões estudadas, como por exemplo, o déficit habitacional e os novos assentamentos urbanos, apresentando como as políticas de exclusão Estatais (simbólicas e reais) atuam diretamente sobre esses corpos subalternizados e marginalizados, com vistas a gerir, domesticar e desqualificar as diferenças, de modo a naturalizar o déficit social, exaurindo a eficiência e eficácia das políticas públicas direcionadas à população na periferia. Com objetivo de entender o atravessamento interseccionado de tais eixos de discriminações e opressão questionam-se o papel e o lugar dos movimentos sociais e da Defensoria Pública nas vidas de mulheres periféricas vítimas de violência, inclusive politicamente, uma vez que a sociedade brasileira se constituiu a partir da lógica machista e patriarcal hegemônica.

Palavras-chave: Ocupações Urbanas; Casa Tina Martins; Defensoria Pública.

Abstract: *From the post-structuralist and post-colonial theoretical perspectives of the social function of property and human dignity, this critical-methodological research aims to demonstrate how the housing*

policy promoted by the State structurally circumscribes and acts on hypo-sufficient and non-proprietary people's lives, dictating who can inhabit the city in the constructions of a capitalist society. Working with the concept of urban occupations, in decolonial pedagogies, analytical lenses that escape the hegemonic discourse are used, expanding the understanding of the main issues studied, such as the housing deficit and new urban settlements, presenting how the policies of State exclusion (symbolics and real) act directly on these subalternized and marginalized bodies, with a view to managing, domesticating and disqualifying differences, in order to naturalize the social deficit, exhausting the efficiency and effectiveness of public policies aimed at the population in the periphery. With purpose to understand the intersecting crossing of such axes of discrimination and oppression, to question the role and place of social movements and the Public Defender's Office in the lives of peripheral women victims of violence, including politically, since Brazilian society was constituted as from the hegemonic sexist and patriarchal logic.

Keywords: *Urban Occupations; Tina Martins's House; Public Defender's Office.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O fenômeno das ocupações urbanas e o déficit habitacional; 3. Casa Tina Martins: de Ocupação à Casa de Referência de Mulheres; 4. Da atuação da Defensoria nas questões de habitação e urbanismo; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

Este trabalho se desenvolveu no âmbito da disciplina Projeto Integrador — Cidadania e Meio Ambiente, no ano de 2021, sob a coordenação do professor Marcos Bernardes Rosa e certamente nos proporcionou intensos e frutíferos debates, conduzidos pelo Direito Constitucional contemporâneo. Neste contexto, foram trabalhados diversos estudos de caso envolvendo conflitos socioambientais e seus atravessamentos, desde uma perspectiva que abrange a constitucionalização do direito ao território, onde há espaço para uma rica heterogeneidade de abordagens sobre o enfrentamento destas questões.

Poderíamos considerar outros argumentos e posições, tal como a substancial tendência de agravamento da situação habitacional nos moldes atuais ou a crise da garantia dos direitos fundamentais, averiguadas por estudos tanto da área do Direito, quanto das ciências sociais (ROLNIK, 1979; LEFÈBVRE, 2012; DIAS, 2020). Porém, aqui se prefere ficar com uma argumentação mais de caráter jurídico para discutir os limites e as possibilidades do exercício do direito à cidade e à moradia adequada no Brasil.

A Lei Maior em seu artigo 5º estabelece que o regime jurídico constitucional se rege por um plexo de normas instituidoras de direitos, garantias e vedações, ou seja,

o contemplado *rol de direitos fundamentais*. Tais direitos e garantias fundamentais constituem os elementos materiais das democracias¹, cuja consolidação, em regra, depende da estruturação de planos de ação governamental, ordenados, no campo dos poderes legislativo e executivo.

Assim, busca-se, por meio desta iniciativa investigar os mecanismos que possibilitam a concreção do exercício do direito à moradia adequada no Brasil e compreender também, quais são as respostas que as instâncias de justiça oferecem aos conflitos de natureza socioambiental, notadamente, as ocupações urbanas no Estado de Minas Gerais, sobretudo em Belo Horizonte e entornos (Região Metropolitana), as quais serão objeto desta investigação por meio de análises das ações judiciais que as envolvem. O objetivo específico desta pesquisa é analisar a experiência das mulheres da Casa de Referência Tina Martins.

Discute-se ainda o problema da disputa acerca da propriedade enquanto um direito a partir de um enfoque inclusivo que reflete também os direitos dos não-proprietários. Pretende ainda identificar as possibilidades e os limites a partir dos quais a Defensoria Pública pode atuar para solucionar conflitos coletivos fundiários, conforme previsto nos artigos 554, parágrafo 1º e artigo 565, parágrafo 2º, ambos do novel Código de Processo Civil de 2015.

2. O fenômeno das ocupações urbanas e o déficit habitacional

Impende lembrar que tais demandas relativas ao direito à moradia digna e novas formas de apropriação da cidade aumentaram demasiadamente no decurso dos últimos anos, contando com o apoio de movimentos sociais de luta e reivindicação por direitos.

Todavia, apesar dos avanços e conquistas, não raras vezes, as pessoas que ocupam terras para fins de moradia convivem com a insegurança da posse e, conseqüentemente, com a inconstância e instabilidade de permanência nos lugares que ocupam, vez que, no âmbito do Poder Judiciário os proprietários formais se fazem presentes reivindicando o poder material dos territórios. Nesse sentido, destaca-se a conjuntura política e socioeconômica que aglutina variados fatores, como motivações que explicam o fato de como e por que tais conflitos urbanos vêm ganhando posição de destaque nos últimos anos.

¹ Leciona a atual Constituição Federal, também chamada de Constituição Cidadã que, os direitos decorrentes da propriedade devem estabelecer um direito à propriedade em si, ou seja, institui uma 'obrigação' orientada pela ótica social, que se funda na hodierna dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que além de alguns fatores como: déficit habitacional; do crescimento desordenado da urbe, da tão visível desigualdade social, da especulação imobiliária, da precariedade na posse de terras urbanas e dos altos custos de locação, as falhas e omissões governamentais relativas à elaboração de políticas públicas de caráter habitacional influenciam negativamente para manutenção de tais estruturas de dominação². Resultado de uma ordem oriunda dessas mesmas relações de poder e usurpação, esse processo de desumanização do indivíduo sem moradia e suas possibilidades se deu pelas mesmas instituições que *formam* o cidadão, vez que tais pessoas são forçadas por essa “racionalidade” hierárquica que as organiza socioculturalmente.

Tais circunstâncias expõe a dinâmica de risco em que vivem os habitantes de ocupações urbanas, demonstrando as facetas de uma lógica de desenvolvimento excludente. Nessa senda, as ocupações urbanas suplantam os limites da dita “cidade legal”, tendo em conta que seus moradores estão sujeitos a conviver com a precariedade de serviços públicos, com a incerteza da permanência na posse, sobretudo ladeados por constantes ameaças de violentos despejos (DIAS, 2020).

Ao passo que as políticas públicas existentes de acesso à moradia não oferecem meios efetivos e adequados para o real exercício desse direito fundamental, muitas famílias encontraram nas ocupações de territórios antes não-utilizados, subutilizados ou não-edificados e que não cumpriam com as funções sociais da propriedade, uma forma alternativa³ de acessar a cidade e interagir com ela a partir da mobilização coletiva pelo acesso ao espaço urbano e ao pleno exercício dos direitos à moradia e à cidade.

Ante a falta de políticas públicas que agreguem as pautas do acesso à moradia e à cidade, moradores e movimentos sociais de resistências pontuais colaboram para promover moradia e evidenciam que têm sido feitas menos políticas habitacionais pelo poder público do que aquelas empreendidas pelos movimentos de ocupação para fins de moradia⁴.

Em análise perfunctória de recentes pesquisas realizadas na capital mineira e entornos, denota-se que o potencial de oferta de habitacional existente no

² Segundo Piketty, a questão da desigualdade e da redistribuição está no cerne dos conflitos políticos. Nesse sentido, ver: Piketty T. *A economia da desigualdade*. Rio de Janeiro: Intrínseca; 2014. p. 9.

³ Nessa esteira, é sabido que considerável número de famílias passou a ocupar terras urbanas, vez que, até então eram desprovidas e privadas do pleno exercício do direito fundamental à moradia digna e adequada, através de assentamentos informais, principalmente nas grandes metrópoles, em áreas em que a composição urbana das imediações é mais desenvolvida. Nesse ínterim, sabe-se que tanto imóveis afetados pelo Poder Público quanto imóveis de particulares foram ocupados.

⁴ DIAS, M. T. F. *et al. Ocupações urbanas e direito à cidade: excertos da cartografia sociojurídica da comunidade Dandara*, em Belo Horizonte. In: BARBOSA, M. E. B *et al. Estado e propriedade: estudos em homenagem à Professora Maria Coeli Simões Pires*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

município é de 1,31 vezes maior que a demanda por habitação em função da possibilidade de ocupação de áreas de possível destinação para habitação de interesse social, em outras palavras, há mais imóveis ociosos e improdutivos do que pessoas sem moradia⁵. Segundo o livro *As ocupações urbanas e o direito fundamental à moradia adequada na Região Metropolitana de Belo Horizonte*, no ano de 2010, o déficit habitacional em Belo Horizonte foi estimado em 60 mil moradias, conforme dados do Plano Local de Habitação de Interesse Social (PLHIS). No mesmo flanco, conforme dados recentes de pesquisas realizadas pela Fundação João Pinheiro⁶, entre os anos de 2016 e 2019, estima-se que o déficit habitacional de Belo Horizonte atual é de 96.298 moradias.

Dentre as regiões brasileiras, a região sudeste é a região onde habita a maior parcela da população do país⁷, possuindo, deste modo, as maiores demandas por políticas de moradia, de forma oposta à tendência de diminuição do déficit habitacional nas outras regiões⁸. Considerado o cenário nacional, tem-se que o Estado de Minas Gerais tem o segundo maior déficit habitacional e dentre as capitais, Belo Horizonte (sem contar a Região Metropolitana) está entre aquelas com os maiores índices deficitários⁹, representando 30% do déficit total do estado.

Contemporaneamente, para identificar e distinguir as ocupações urbanas das demais formas de assentamentos não formais existentes, faz-se o uso de três critérios¹⁰ os critérios urbanísticos, identitários e políticos. No primeiro, sabe-se que o critério urbanístico tem relação direta com a forma que é planejada as ocupações. Segundo os casos abordados nesta investigação, a legislação urbanística no que tange o uso e ocupação do solo foi observada, vez que, em sua grande maioria, equipes técnicas voluntárias agiram juntamente aos interessados promovendo ordenação técnica, previamente à implementação das ocupações.

⁵ Nesse sentido interessante ensaio de Ana Paula Maciel e Ana Paula Baltazar, que conclui que “Os dados sobre déficit habitacional e vacância residencial na RMBH mostram que enquanto faltam imóveis para habitação de interesse social, sobram domicílios vazios.” (MACIEL, A. P.; BALTAZAR, A. P. Família sem casa e casas sem família: o caso da Região Metropolitana de Belo Horizonte. *Cad. Metrop.*, São Paulo, v. 13, n. 26, pp. 523-547, jul/dez 2011. Disponível em: < http://cadernosmetropole.net/system/artigos/arquivos/000/000/223/original/cm26_224.pdf?1474650654>. Acesso em: abril. 2021.)

⁶ Disponível em: <<http://novosite.fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>>

⁷ De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2015, existem quase 8 milhões de imóveis desocupados no Brasil, com potencial de serem ocupados. Dentre eles, mais de 10.300 imóveis são de propriedade do Governo Federal.

⁸ Durante os anos 2011-2012 houve crescimento do déficit habitacional no Sudeste, passando de 8,0% para 8,5%. Já em 2013, 38% do déficit habitacional brasileiro se concentrava nessa Região.

⁹ No ano de 2020, a demanda estimada era de mais 96 mil unidades habitacionais.

¹⁰ Diferenciação feita por Maria Tereza Fonseca Dias e Juliano dos Santos Calixto na obra “As ocupações urbanas e o direito fundamental à moradia adequada na Região Metropolitana de Belo Horizonte”.

Tal fato já se mostra suficiente para distinguir as ocupações urbanas¹¹ de vilas e favelas¹².

A segunda, o requisito identitário, por sua vez se traduz na autodeterminação dos conjuntos analisados como “ocupação urbana organizada”. Assim, percebe-se que existe uma identidade coletiva nas ocupações. A última, no que se refere ao critério político, tem-se que as ocupações se mobilizam e promovem ações de forma organizada, coletiva e continuada, discutindo e pleiteando o acesso ao direito à moradia adequada, conjugando abordagens de caráter sociojurídico e antropológico.

Sobre o tema das ocupações urbanas organizadas, temos uma interessante monografia de autoria de Isabella Miranda¹³, segundo a qual:

“[...] elas são uma forma de associativismo urbano e de ação coletiva que se caracteriza pela luta diária pelo reconhecimento de seus direitos e de seus modos comunitários de ser, fazer e estar no mundo.” MIRANDA, 2012, p. 55.

Na esteira de intelecção, se mostra interessante o posicionamento de Lourenço¹⁴, para quem “ocupar” significa dar utilidade a algo, tornar útil o espaço que está sem uso e essa noção é diferente de “invadir”. Noutras palavras, diferentemente das ocupações, objeto deste estudo, as invasões denotam claramente os aspectos daquele ato ofensivo, ilegítimo e antijurídico.

Imperioso anotar que as ocupações não são apenas uma resposta ao “mau governo”. Problematicam o viés puramente econômico atribuído à propriedade¹⁵, bem como o uso e ocupação das terras entregues ao mercado de especulação imobiliária, a interferência de setores empresariais na regulação do território urbano das metrópoles. Não se baseiam na apropriação econômica da propriedade, dado que não se observa o envolvimento das famílias ocupantes em constituir loteamentos para fins negociais lucrativos.

¹¹ Sobre a distinção e as características próprias das Ocupações Urbanas: DIAS *et al.* *Ocupações urbanas e direito à cidade*: excertos da cartografia sociojurídica da comunidade Dandara, em Belo Horizonte.

¹² Dados apontam que as ocupações são mais frequentes em áreas da cidade onde infraestrutura é mais desenvolvida, havendo a ocupação de prédios em processo de construção e de áreas localizadas onde há maior adensamento urbano.

¹³ MIRANDA, Isabella. *Ocupando sonhos*: a Comunidade Dandara e as ocupações organizadas de terras nas cidades: emancipação social e reforma urbana. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Monografia (graduação em Ciências Sociais). 2012.

¹⁴ LOURENÇO, Tiago Castelo Branco. *Cidade Ocupada*. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo). Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

¹⁵ As áreas ocupadas são aquelas que não cumprem com a função social da propriedade, tida como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. As novas ocupações urbanas, objeto do estudo ora relatado, reivindicam o direito à moradia assegurado pelo art. 6º da mesma Constituição, constituindo a moradia um direito social de todos os cidadãos.

De acordo com a história¹⁶ brasileira, irrefragável que o processo de urbanização nacional foi e é marcado pela segregação socioespacial; seja pela existência de modelos de planejamento urbano homogeneizantes; pela carência de políticas públicas efetivas ou pela institucionalização da exclusão de uma significativa parcela de brasileiros do negócio imobiliário, excludente por natureza.

Tal processo, com termo inicial no final do século passado, mantém grandes resquícios das heranças históricas da sociedade patrimonialista e provoca supressões a partir da reprodução (ou produção de formas renovadas) de relações de poder e hierarquização. Assim, para ter acesso à vida nas cidades, nos centros urbanos, os grupos marginalizados arquitetaram de acordo com a tradição uma variedade de formas de ocupação dos espaços opostas ao atual modelo hegemônico.

Ocorre que o desenvolvimento da ideia de função social da propriedade, muito embora tenha evoluído, ainda encontra entraves. Não obstante existirem alguns investimentos do Poder Público para a construção de novas moradias após a implantação do Programa Minha Casa Minha Vida¹⁷ e a despeito da ordem jurídica assentar o direito à moradia como direito social e de ordem constitucional, as atuais políticas públicas habitacionais não são suficientes para suprir a necessidade das pessoas sem morada¹⁸, que são afetadas de forma tão significativa que não conseguem adquirir casa própria nem mesmo participar das políticas públicas de acesso à moradia ofertadas pelo governo¹⁹.

Nesse processo, as características das ocupações urbanas relativas à sua localização são de singular importância, vez que, tais espaços, se encontram nas áreas urbanizadas da cidade, contando com serviços públicos associados e, deste modo, agregando maior valor no mercado imobiliário. Entretanto, como consequência da ocupação de tais áreas tem-se a insegurança movida pelo interesse (especulação imobiliária) dos proprietários em readquirir seu domínio, seja o particular ou o Poder público.

No mesmo flanco, não bastam as carências para haver um movimento. Elas têm que ser traduzidas em demandas, que por sua vez poderão se transformar em

¹⁶ Para uma compreensão correta e abrangente acerca do fenômeno atual, primeiramente é preciso fazer uma digressão pelos processos históricos que tem influência direta no surgimento e configuração desses novos assentamentos urbanos.

¹⁷ Criado pelo Governo Federal no ano de 2009, tal programa logrou êxito parcial em Belo Horizonte, ainda existem milhares de famílias que estão na lista de espera.

¹⁸ Vítimas do déficit habitacional, cuja renda é tão ínfima que não participam nem mesmo dos programas direcionados à população de baixa renda.

¹⁹ A insuficiência e precariedade dos programas de índole habitacional criados para atender as parcelas despossuídas da população, colaboraram para o incremento das ocupações urbanas.

reivindicações, através de uma ação coletiva. O conjunto deste processo é parte constitutiva da formação de um movimento social. (GOHN, 2000, p. 13).²⁰

Na esteira, as ocupações urbanas, para além de ser um ato político de luta e reivindicação, representam e materializam a luta pelo acesso à moradia adequada como forma de supressão de um déficit social. Propõe-se a instituir uma nova forma de cidade, que se harmoniza às necessidades e apelos de seus habitantes, completamente diferente dos moldes atuais da cidade que homogeneíza e controla.

Desta forma, é evidente a participação de diversos agentes, vez que, a comunidade que ocupa, peça principal nesse processo, se une com movimentos da sociedade civil organizada, conta com o apoio de estudantes universitários e profissionais, sobretudo profissionais do meio jurídico e arquitetos²¹. Nessas comunidades, que são projetadas e edificadas pelos próprios moradores, observa-se que a formação de uma espacialidade bastante peculiar, muitas vezes dotada de áreas comuns ou propensas ao uso coletivo, tais como bibliotecas, creches e praças, permitindo que os vizinhos se encontrem e que sejam criadas e fortalecidas relações de solidariedade e comunidade.

No caso da ocupação objeto de estudo, como se verá adiante, são estabelecidas novas formas de convivência, conjugando os valores de coletividade, igualdade, solidariedade, e, sobretudo, as relações de sororidade entre as mulheres vítimas de violência doméstica. Assim, as ocupações são, segundo Joviano Mayer e Gilvander Moreira²² “laboratórios de um mundo melhor”, limpando da cidade o viés individual, egoísta e as manchas da opressão. Nessa conjuntura, o ato de habitar para Henri Lefèbvre é:

[...] condição revolucionária porque é capaz de se opor dialeticamente ao movimento de homogeneização do capital, mas habitar não se resume apenas a ter uma moradia, afinal, trata-se do direito à cidade no sentido político mais profundo possível. ARAÚJO, 2012, p. 133-142.²³

²⁰ GOHN, Maria da Glória. 500 anos de lutas sociais no Brasil: movimentos sociais, ONGs e terceiro setor. *Revista Mediações*, Londrina, v 5, n.1, p. 5 a 40, jan-jun 2000. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/9194/7788>>.

²¹ Avalia-se que grande parte das ocupações urbanas estudadas e descritas nessa pesquisa realizada na capital mineira e Região Metropolitana possuem mais um ponto de convergência, a presença de embates no Judiciário, sobretudo as ações de reintegração de posse, com vistas ao despejo das famílias.

²² Ativistas pelo direito à moradia. Com fulcro na obra: MAYER, Joviano. MOREIRA, Gilvander. *Ocupação pelo Direito à Moradia*: um Belo Horizonte. Belo Horizonte, 16 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.gilvander.org.br/O016.htm>>.

²³ ARAÚJO, James Amorim. Sobre a Cidade e o Urbano em Henri Lefèbvre. In: *GEOUSP — Espaço e Tempo*, São Paulo, n. 31, p. 133-142, 2012.

Desenvolve-se, portanto, uma rede de apoio que corrobora com o movimento das ocupações, colaborando ideológica e politicamente na sua construção. Nesse sentido, sobre a práxis de luta urbana leciona Maria da Glória Gohn: Em relação aos movimentos urbanos, a categoria da *práxis* adquire importância pelo caráter criador e potencialmente transformador. GOHN, 1991, p. 40.²⁴

No entanto, os moradores das ocupações não gozam da segurança da posse, tendo em conta que a forma de viver das ocupações geralmente é hostilizada, vez que o Poder estatal é negligente ao não reconhecer nem oferecer proteção. De igual modo, a despeito de serem oferecidos saneamento básico e energia elétrica, carecem de serviços urbanos básicos como o mínimo transporte público e comércio próximo. Convivem diuturnamente com o temor de serem forçadas a um despejo e, quando o Estado interfere, recomenda o desalojamento das famílias para reassentá-las em imóveis verticais com pequenos apartamentos²⁵, os quais não correspondem nem satisfazem à subjetividade própria dos moradores.

Contudo, trata-se de uma população marginalizada e que vem se empobrecendo²⁶ ainda mais, em decorrência do atual cenário econômico, porque os gastos com aluguel ou prestação para ter um domicílio quitado, que é comumente desejado pelas famílias (por conferir maior segurança quanto à permanência no domicílio), onera, e muito o orçamento familiar.

3. Casa Tina Martins: de Ocupação à Casa de Referência de Mulheres

Este trabalho se dedica à uma análise da ocupação Tina Martins, situada em Belo Horizonte, Minas Gerais. A experiência dessa luta política será pautada a partir do eixo da trajetória de criação da Casa, considerando suas práticas e metodologias diárias de organização e os diálogos com o governo estadual, bem como as pautas da resistência feminista da Primeira Ocupação de Mulheres da América Latina.

²⁴ GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e luta pela moradia*. São Paulo: edições Loyola, 1991.

²⁵ Amontado nessas construções não é possível criar espaços de convivência coletiva, o que deixa muitos moradores irrisignados.

²⁶ Em *Os limites do Capital*, David Harvey ao tratar do direito à cidade, assevera que a valorização da terra urbana não é seguida pelo crescimento salarial da classe mais pobre da população, tal relação se dá em perfeito descompasso, o que abrevia as chances das pessoas de baixa renda adquirir moradia pelo tradicional mercado de compra de imóveis. Nesse sentido HARVEY, David. *Os limites do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013; HARVEY, David. *Ciudades Rebeldes*. Del derecho de La ciudad a La revolución urbana. Madrid: Akal, 2013.

A Casa Tina Martins, como ficou conhecida²⁷, hoje é uma casa de referência e acolhimento para mulheres em situação de vulnerabilidade e violência em Minas Gerais, que teve origem na ocupação do antigo prédio do restaurante universitário e diretório acadêmico da Faculdade de Engenharia²⁸ da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), localizado na rua Guaicurus, no centro da capital, pelas mulheres do Movimento Olga Benário em 8 de março de 2016, durante os atos do Dia Internacional da Mulher.

Essa luta pelo acolhimento da mulher se desenvolveu e vem possibilitando uma nova opção de existência àquelas mulheres que precisam de suporte e acolhimento diante de tantas violências sofridas²⁹. Diante de tal lacuna, as mulheres integrantes do Movimento Olga foram ousadas e subversivas, denunciando a negligência governamental ao agir concretamente visando à construção de programas e ações mais efetivas, rompendo os cadeados do imóvel desocupado, resistindo aos entraves institucionais, financeiros e demais obstáculos do sistema capitalista, vez que no Brasil as políticas públicas apresentadas ainda são insuficientes em todos os setores.

Um dos fatores que motivaram essa iniciativa é o fato de que na capital mineira existia somente uma Casa Abrigo³⁰, com capacidade para atender pouco mais de 10 mulheres. Desta forma, as ativistas do Coletivo Olga Benário em Minas Gerais decidiram que queriam inovar, portanto, fazendo algo que tivesse resultados imediatos. Assim, ocuparam o referido imóvel abandonado no centro de BH fazendo dele uma ocupação, denominada Tina Martins.

Foi na esperança de desenvolver uma possibilidade alternativa de edificar uma sociedade melhor para as mulheres, e do forte desejo de proporcionar um “porto seguro” às vítimas de violência doméstica, que lograram êxito em se manter por exatos 87 dias enquanto ocupação no ano de 2016 e, em seguida, até os dias de hoje, como Casa de referência. Apesar de todo receio de que a ocupação fosse removida do local antes que se completasse um dia, naquele mês, contando com o apoio de diversos movimentos, passaram pela ocupação mais de 50 mulheres.

²⁷ A Tina Martins, ativista gaúcha que lutou pelos direitos dos trabalhadores no início do século passado, dá nome a uma casa na Rua Paraíba, nº 641, no bairro Funcionários, na Região Centro-Sul de Belo Horizonte, que acolhe mulheres em busca de ajuda.

²⁸ Com a mudança da faculdade de engenharia para o Campus da Pampulha, em 2010, o Edifício Arthur Guimarães foi cedido ao Tribunal Regional do Trabalho que teria nova sede no local.

²⁹ Segundo elas, “Com o estado. Contra o estado e para além do estado.”

³⁰ As Casas Abrigo são pontos de acolhimento para mulheres e aos seus filhos que fugiram de suas casas para se libertarem da violência doméstica.

Desta maneira, as ativistas e voluntárias já estavam planejando e se estruturando para implementar a Casa Abrigo para acolhimento no local quando, no mês seguinte, o Poder Público emitiu uma ordem de reintegração de posse. O coletivo, inconformado, se recusou a deixar o local e a partir de então iniciou-se um longo processo de negociação. De forma estratégica, observaram que o acordo de passagem do imóvel firmado pela União e pelo Tribunal Regional do Trabalho estava vencido desde 2013. Em razão do descumprimento do prazo de entrega da obra (condição dada para efetivação da transferência do prédio entre os envolvidos), a Secretaria do Patrimônio da União (SPU), responsável pela gestão dos imóveis federais, foi envolvida na mesa de discussão.

Depois de uma ampla pesquisa para amparar suas lutas, as mulheres encontraram uma série de imóveis públicos abandonados, ociosos, parados, que não observam sua função social enquanto propriedade e exigiram que algum deles fosse cedido ao movimento para a criação oficial da Casa Tina Martins. Tal “pressão” estimulou, ainda que pelo receio de sanção, que o Estado (que visa exatamente o interesse da coletividade) se atente à gestão do seu patrimônio em benefício da coletividade.

Foram inúmeras reuniões e diálogos entre representantes do movimento e o Poder Público, até que às vésperas de se cumprir o despejo federal, um imóvel próximo à Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais, no bairro Funcionários, região Leste de Belo Horizonte, foi cedido para movimento de mulheres³¹. A casa, tombada como patrimônio histórico, que já estava inutilizada há mais de quatro anos, foi cedida provisoriamente pelo governo de estadual³², por um prazo inicial de dois anos. Até o final do referido período provisório, a Casa de Referência da Mulher Tina Martins precisava estar funcionando completamente para que a concessão se tornasse decisiva.

Apesar do consentimento do poder público, a casa não tem fins lucrativos e atua de forma autogestionada³³ e autofinanciada pelo coletivo feminista Olga

³¹ Deixando para trás o risco e medo diário de ser despejada, a Ocupação Tina Martins tornou-se, então, a Casa de Referência da Mulher Tina Martins, na Rua Paraíba, nº 641. Desde o momento em que receberam o imóvel, as integrantes do movimento já colocaram o projeto em prática. Através de doações, prepararam os primeiros cômodos para receber as abrigadas.

³² O imóvel foi transferido para o movimento na gestão de Fernando Pimentel. Com a mudança do governo federal as mulheres sentiram uma ofensiva muito maior.

³³ Todo o trabalho da casa é feito de forma voluntária por mulheres integrantes do movimento Olga Benário ou pelas próprias mulheres abrigadas, bem como todos os móveis, alimentos, produtos de limpeza e congêneres ali usados são frutos de doação.

Benário e através de uma rede de apoio. A casa tem como foco o atendimento das mulheres da periferia³⁴, tendo em conta que a quantidade de vítimas de violência vem crescendo³⁵ bastante, principalmente, mulheres negras e empobrecidas.

A casa tem sustentáculo em 4 eixos de atuação. Um envolve a parte jurídica, fornecendo orientação e instrumentos que garantam a independência e autonomia às mulheres atendidas, despertando em seu íntimo dentro o protagonismo que elas têm. No que se refere ao acolhimento, tem-se a orientação psicológica, a sororidade, quando as mulheres têm quem ouça o que elas têm para dizer. O terceiro eixo se trata do encaminhamento³⁶ para as devidas políticas públicas, vez que o Projeto acredita que quando há uma demanda, o poder público deve ser compelido a aprimorar os seus serviços e aparato. Por fim, o quarto eixo se materializa no abrigar, quando se acolhe aquela mulher que estava em situação de vulnerabilidade, também são ajudados seus filhos e adolescentes em situação de rua. Em quase todos os casos, a casa de acolhimento é a única saída.

Um ponto bastante interessante é que além de oferecer um espaço para acolhida, a Casa Tina Martins também conta com atividades multidisciplinares, biblioteca e algumas oficinas. O projeto³⁷ presta atendimento psicológico, jurídico e assistência social, por meio da arrecadação de verbas e voluntariado.

Com a finalidade de formação política, tem-se a atuação em conjunto com a sociedade e com os demais movimentos de mulheres, por meio de rodas de conversa e debates, audiências públicas, seminários temáticos etc³⁸. O Coletivo Feminista Olga Benário de Belo Horizonte é também responsável por uma

³⁴ Segundo lideranças do Movimento Olga, o recorte de classe advém do trabalho de base e do enfoque das atividades, uma vez que são junto às mulheres trabalhadoras e periféricas. É importante deixar assente que os feminismos são plurais, portanto, compostos por diferentes vozes de diferentes mulheres, sendo cogente a correta compreensão da especificidade e das demandas de cada recorte, sem perder de vista as partes comuns.

³⁵ Nos três primeiros meses de isolamento social imposto pela pandemia da COVID-19 o número de ocorrências caiu, mulheres vítimas de violência doméstica em Minas Gerais. As autoridades policiais acreditam na subnotificação dos casos aliada a dificuldade de acesso a políticas públicas. Vale lembrar que há falta de coerência na coleta e controle dos dados. Nesse sentido <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/08/07/passados-14-anos-da-lei-maria-da-penha-mg-tem-apanas-uma-delegacia-24-horas-e-abrigos-para-mulheres-em-15percent-dos-municipios.ghtml> Acesso em: abril. 2021.

³⁶ Sempre respeitando o livre arbítrio das abrigadas, mas colocando em 1º lugar sua vida integridade psicofísica bem como a de todas as pessoas envolvidas nos projetos da Casa.

³⁷ O Projeto visa à orientação sobre direitos, acolhimento e abrigo para mulheres em situação de risco e proporciona diversos tipos de atendimento às mulheres, tais como economia solidária para elas conseguirem alguma renda, encaminhamento psicológico, jurídico, médico, rodas de conversas etc. Hodiernamente, cerca de 200 integrantes e voluntárias do movimento se revezam para prestar esses serviços para garantir o funcionamento da casa 24 horas.

³⁸ O rol atividades e finalidades da Casa Tina Martins é meramente exemplificativo, vai muito além das denúncias e da conscientização, sendo sua finalidade última efetivar os direitos das mulheres, nos âmbitos da assistência social, cultural, educação, saúde alimentar, desenvolvimento e independência econômica bem como o combate à pobreza, promoção dos direitos já consagrados e a construção de novos direitos.

creche localizada numa outra ocupação, a qual emprega as mulheres que ali vivem (economia solidária) e recebem os filhos das demais para que estas possam sair e trabalhar. Recentemente o movimento também conseguiu a sua inclusão na Rede de Enfrentamento a Violência Contra a Mulher que integra serviços da região metropolitana de Belo Horizonte.

A Casa de referência, portanto, não é uma ocupação de moradia, presta um serviço complementar e subsidiário ao já oferecido pelas cidades que possuem alguma política de enfrentamento à violência e a despeito de não ser um órgão estatal³⁹, é a única instituição que acolhe e abriga mulheres em situação de risco em nível estatal, também dos municípios que não são abrangidos pelo consórcio de mulheres das Gerais.

O medo e a dificuldade de denunciar, principalmente nesse período de isolamento refletem diretamente nos dados que demonstram considerável redução⁴⁰ da procura pelos serviços de acolhimento. Nesse momento, sobretudo, as estatísticas se mostram de singular importância para a prevenção de novos casos. Em tempos do quadro pandêmico, a subnotificação retrata o silêncio das mulheres vítimas não só da violência, mas também da sociedade que é machista e patriarcal. Ao tratar dos desafios enfrentados por tais mulheres durante o isolamento⁴¹ social, a orientação “fique em casa caiu como uma piada”.

A Casa de Referência (que um dia foi ocupação) objeto de pesquisa envolve milhares de mulheres. Cerca de 15 mil pessoas passaram pela casa, contando com o apoio de aproximadamente 300 entidades e instituições. Foram 800 mulheres atendidas diretamente e 3200 pessoas atendidas indiretamente.⁴²

4. Da atuação da Defensoria nas questões de habitação e urbanismo

No contexto de Belo Horizonte e Região Metropolitana⁴³, em 2008, nasce na região do Barreiro⁴⁴, bairro Vale do Jatobá, a ocupação Camilo Torres. No

³⁹ É uma instituição paraestatal, ou seja, um particular que presta serviço de utilidade pública.

⁴⁰ Nesse sentido: <<https://ponte.org/em-minas-gerais-subnotificacao-retrata-o-silencio-de-mulheres-sob-violencia/>>.

⁴¹ A Casa de Referência da Mulher Tina Martins optou por continuar prestando o serviço de forma presencial, seguindo todas as medidas sanitárias para a prevenção e combate ao novo mal chamado Coronavírus.

⁴² O número de mulheres que compõem e que já passaram pela ocupação foi estimado a partir de entrevistas com lideranças e integrantes em tempos do quadro pandêmico ocasionado pela Covid-19, podendo haver, por conseguinte, margem de imprecisão e divergência dos dados em razão da dinamicidade do processo de ocupação e da demanda pelo serviço nesses espaços.

⁴³ I- Em 2009, surgiu a Comunidade Dandara; II- Em 2010, a Comunidade Irmã Dorothy; III- Logo após, em 2012, a ocupação Zilah Spósito. Também no mesmo ano a Eliana Silva; IV- Em 2013, em meio às manifestações populares, houve significativo aumento das ocupações urbanas, surgindo as ocupações Emmanuel Guarani Kaiowá, Rosa Leão, Esperança, Vitória, William Rosa, entre várias outras, tal como a Paulo Freire e Nelson Mandela

⁴⁴ Na mesma região existem outras ocupações urbanas, sendo elas: Eliana Silva, Camilo Torres e Irmã Doroty. E, um

mesmo ano, a Defensoria Pública de Minas Gerais (DPMG), interpôs o recurso de Agravo de Instrumento contra decisão liminar concessiva da reintegração de posse⁴⁵ em favor do Município de Belo Horizonte de suposta área verde situada na região do Barreiro; conseguindo, por conseguinte, afastar os efeitos da decisão liminar que determinava a saída dos ocupantes.

Além disso, a Defensoria Pública de Mineira, através da Defensoria Especializada de Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais, participa ativamente de diversas sessões/reuniões de mediação promovidas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania para Demandas Territoriais, Urbanas e Rurais e de Grande Repercussão Social do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, envolvendo ocupações na Região Metropolitana de Belo Horizonte, dentre elas, a título ilustrativo, temos as ocupações Carolina Maria de Jesus, Vicentão e Willian Rosa, com o objetivo de firmar acordos com o Estado para a garantia de moradia definitiva às famílias.

Com a chegada da equipe da Defensoria Pública, os olhares tímidos dos assistidos pela instituição se estenderam aos defensores que apoiaram as famílias instaladas nas ocupações. Os moradores veem com satisfação e com olhar de esperança a chegada da Defensoria Pública nas demandas envolvendo esses novos assentamentos urbanos e consideram de suma importância⁴⁶ o apoio e atuação da Defensoria Mineira.

Segundo a Defensoria Especializada em Direitos Humanos Coletivos e Socioambientais (DPDH) há diversas Ações Cíveis Públicas em tramitação que versam sobre a (i)legalidade da cadeia sucessória dos contratos de compra e venda dos lotes localizados na quadra 155 da região do Barreiro (onde se situam as ocupações) e exigindo que o Poder Público tome providências em relação à moradia digna.

Com o advento do novel Código Processual Cível, verificou-se que o mesmo inovou, propendendo a uma prestação mais efetiva da tutela jurisdicional, bem

pouco mais distante da referida área, a ocupação Paulo Freire.

⁴⁵ Ação de reintegração de posse em desfavor da comunidade Camilo Torres, autos nº 0024.08969846-8. Cumpre anotar que tal demanda tramita em conexão com a Ação Cível Pública. Ação de reintegração de posse referente à parte pública da ocupação, de acordo com autos nº 002408.235.950-6.

⁴⁶ É de se notar, que apesar de ostentar pouco tempo de existência e de ainda não estar integralmente aparelhada, a Defensoria Pública é considerada pela sociedade como a instituição brasileira de maior importância na garantia de direitos fundamentais. É o que aponta levantamento divulgado em 2019, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), que comprova que a Defensoria Pública é instituição ímpar dentro do Sistema de Justiça, gozando de grande credibilidade, sendo a mais conhecida e confiável, portanto, a mais bem avaliada pela sociedade brasileira. No referido levantamento a instituição alcançou o maior índice de aprovação dentre as instituições pesquisadas. Em quantitativos percentuais, 78% dos brasileiros aprovam a sua atuação.

como aos jurisdicionados, garantindo o adequado tratamento do hipossuficiente. Nesse ponto, constata-se uma reforma referente às ações possessórias.

Cumprе anotar que a Defensoria Pública, se demandada para tanto, é dotada de legitimidade não só para se manifestar nas ações de reintegração de posse como representante processual dos réus, como também na qualidade de curadora, quando for o caso da presença de número considerável de pessoas hipossuficientes no polo passivo da ação na forma do artigo 554, § 1º do CPC, como *custus vulnerabilis et plebis*.

Certamente, algo diferente o legislador quis trazer, não sendo despreciosa a citação do artigo 554, parágrafo 1º, ao lado da citação pessoal dos ocupantes encontrados no local pelo oficial de Justiça e da chamada editalícia aos não identificados na ocasião. O cerne da discussão em foco será sobre a participação da Defensoria Pública em tais espécies de ações, dotadas de potente roupagem social e política.

Nesse sentido, eis a dicção do artigo 554, parágrafo 1º: “No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, (...) se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.”

Ainda nesse sentido, dispõe, com efeito, o artigo 565, parágrafo 2º: “O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.”

Um primeiro apontamento a se fazer é que, segundo Adroaldo Furtado Fabrício⁴⁷, os dois artigos mencionados⁴⁸ supra tratam de idêntica hipótese, isto é, ambos são relativos à litígios coletivos pela posse, com um grande número de pessoas, em regra, no polo passivo, vez que também pode haver a possibilidade de pluralidade de autores⁴⁹. Outrossim, entende-se que o litígio coletivo sobre posse

⁴⁷ Comentários ao artigo 565. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (orgs.). *Breves comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Versão eletrônica.

⁴⁸ É possível perceber que ambas as situações reguladas nos artigos supracitados estão se referindo aos litígios plurais sobre a posse. O §1º do artigo 554, fala em grande número de pessoas no polo passivo, enquanto o artigo 565, por sua vez, versa sobre o chamado litígio coletivo pela posse, caso em que a Defensoria deverá estar presente se existir parte beneficiária da gratuidade de Justiça. Diante disso, inúmeras indagações decorrem facilmente.

⁴⁹ Hipótese de uma composse exercida por uma coletividade de pessoas que vem a ser afrontada por uma atuação ilegítima por parte do poder público, quando este não observa o desrespeitar o devido processo legal desapropriatório.

é aquele em que uma pluralidade de pessoas estão presentes em algum dos polos do processo. Aplicável, então, a previsão conciliatória constante do artigo 565 quando forem múltiplos os autores, capaz de arrastar a audiência de mediação para a ação de usucapião coletiva^{50, 51}.

Sobre a natureza jurídica desses litígios possessórios, percebe-se que a participação da Defensoria, nos termos do artigo 554, parágrafo 1º, é um claro exemplo de litisconsórcio multitudinário, se afastando, portanto, da ideia de ação coletiva passiva. Então, a que título se dará a atuação defensorial nas ações possessórias multitudinárias⁵²?

Sobre o presente tema, urge trazer à baila a arguta interpretação dos ilustres Franklin Roger e Diogo Esteves, para os quais, é possível vislumbrar hipótese de legitimidade extraordinária na atuação da Defensoria, capaz de resguardar o contraditório participativo, entendido como um fundamento democrático do processo e a ampla defesa, e de franquear a atuação de curador especial para os sujeitos da citação ficta. Entretanto, parece-nos que a atuação da Defensoria na forma do parágrafo 1º do artigo 554 não se harmoniza com a do artigo 4º, XVI da LC 80/94.

Em verdade, embora o legislador claramente condicione a intimação da Defensoria Pública à presença de possuidores hipossuficientes, os reais anseios do legislador vão mais adiante, tendo em conta, além da complexidade sócio-política inerente ao assunto, o fato de que a Defensoria possui vocação para o diálogo com os vulneráveis, até mesmo quando não os representa. Assim, o reconhecimento da atuação defensorial por parte da sociedade conforma, indubitavelmente, argumento robusto para justificar sua legitimidade para a presença e manejo nas referidas ações.

⁵⁰ A usucapião urbana coletiva, prevista na Carta Magna e no Estatuto da Cidade, só se configura em sendo caso de imóveis urbanos com área superior a 250 m². É necessário que o imóvel tenha sido ocupado por uma população de indivíduos de hipossuficientes, como se titulares fossem, sem que seja possível identificar as respectivas áreas de cada possuidor, tendo todos os possuidores destinado ao imóvel para moradia própria e de suas famílias. Não há exigência de justo título, tendo em conta que se presume a boa-fé, contudo é exigido que os possuidores não sejam proprietários de outros imóveis (urbanos ou rurais), e que a posse seja mansa e pacífica; contínua e sem oposição do real proprietário.

⁵¹ Nesse sentido o enunciado 328 do FPPC: “Os arts. 554 e 565 do CPC aplicam-se à ação de usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.258/2001) e ao processo em que exercido o direito a que se referem os §§ 4º e 5º do art. 1.228, Código Civil, especialmente quanto à necessidade de ampla publicidade da ação e da participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos estatais responsáveis pela reforma agrária e política urbana”.

⁵² Segundo Maurílio Casas Maia, a participação do agente político se daria independentemente da presença do advogado privado representando a coletividade hipossuficiente. In: MAIA, Maurílio Casa. A Intervenção De Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de Interesses (art. 4º- A, V, LC n. 80/1994) e posições processuais dinâmicas. In: DIDIER, Fredie (Coord.). Novo CPC — Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1276-1279.

Não se está diante de hipótese de representação com poderes postulatórios, mas de dialogar e intentar soluções, ao juízo e às partes. Trata-se, pois, de atuação da Defensoria em auxílio do juízo, tal como a figura do *amicus curiae*. Nesses termos, a atuação do defensor público, motivada tanto da aplicação do §1º do artigo 554, como do parágrafo 2º do artigo 565, não abrange a formulação de pedido, porquanto a Defensoria não será parte, e sim assistirá, em atividade (re) mediadora, o litígio instaurado.

Da mesma forma, na audiência de mediação insculpida no artigo 565, a Defensoria Pública atuará toda vez que puder colaborar para a pacificação social, desde que respeitadas às exigências constitucionais que legitimam a sua atuação⁵³. Enfim, as funções clássicas da instituição sempre foram, até mesmo durante a vigência do vetusto código processual civil, a promoção dos interesses dos hipossuficientes que eram citados e que conseqüentemente que não constituíam patrono particular e a curadoria especial daqueles citados por chamada editalícia.

O que se inova na nova ótica do sistema processual é, notadamente, o estabelecimento a uma terceira participação da Defensoria no juízo possessório com função de pacificação do conflito social, estimulada pela necessidade e pela vocação de diálogo com os envolvidos, para a qual é convocada a pelos dois comandos, o que resta manifesto pela menção à intimação para compor a Mediação. Finalmente, a Defensoria Pública apresenta-se, validamente, como ferramenta adicional para o efetivo deslinde ao imbróglio envolvendo os interessados hipossuficientes nas demandas possessórias, sendo o defensor público, deveras, um agente de transformação social.

5. Considerações finais

A fechar, percebe-se que ao passo que as políticas públicas de acesso à moradia, ainda não oferecem meios efetivos e adequados para o real exercício desse direito fundamental, muitas famílias encontraram nas ocupações urbanas uma forma alternativa de acessar a cidade e com ela interagir a partir da mobilização coletiva pelo acesso e exercício dos direitos à moradia digna e à cidade.

No mesmo flanco, as ocupações urbanas, para além de ser um ato político de luta e reivindicação, se mostram como expoente cabal e materializam a luta

⁵³ Abraçando a lógica externada, entende-se que o defensor chamado pelo artigo 554, § 1º, é o mesmo daquele provocado pelo artigo 565, §2º.

pelo acesso à moradia adequada como forma de supressão de um déficit social, instituindo uma nova forma de cidade, que se harmoniza às necessidades e apelos daqueles que ali vivem, completamente diferente dos moldes homogeneizantes. Avalia-se que todas as ocupações urbanas estudadas e descritas nessa investigação possuem no Judiciário, sobretudo as ações de reintegração de posse, com vistas ao despejo das famílias.

Desta forma, é evidente a participação de diversos agentes, vez que, a comunidade que ocupa se une com movimentos da sociedade civil organizada, conta com o apoio de estudantes universitários e profissionais, sobretudo profissionais do meio jurídico.

Em verdade, embora o legislador claramente condicione a intimação da Defensoria Pública à presença de possuidores hipossuficientes, o fato de que a instituição possui vocação para o diálogo com os vulneráveis, até mesmo quando não os representa, não pode ser descartado. Portanto, o reconhecimento da atuação defensorial pela sociedade conforma, incontestavelmente, sua legitimidade para a presença e manejo nas referidas ações possessórias com função de pacificação do conflito social. Finalmente, a Defensoria Pública apresenta-se, como ferramenta intrínseca ao efetivo deslinde a mais um imbróglgio envolvendo os hipossuficientes, sendo o defensor público, deveras, um agente de transformação social.

6. Referências

ARAÚJO, James Amorim. Sobre a Cidade e o Urbano em Henri Lefèbvre. In: *GEOUSP — Espaço e Tempo*, São Paulo, n. 31, p. 133-142, 2012.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Estimativas do déficit habitacional brasileiro (PNAD 2007-2012)*. Brasília, Nota Técnica Nº 5, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131125_notatecnicadirur05.pdf> Acesso em: abril. 2021. p. 2.

Déficit Habitacional no Brasil. Fundação João Pinheiro, Publicado em 3 de março de 2021. Disponível em: <<http://novosite.fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>>. Acesso em: 12/06/2021

DIAS, Maria Tereza Fonseca; CALIXTO, Juliano dos Santos (Orgs.) *As ocupações urbanas e o direito fundamental à moradia adequada na Região Metropolitana de Belo Horizonte* [recurso eletrônico] / -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

DIAS et al. *Ocupações urbanas e direito à cidade*: excertos da cartografia sociojurídica da comunidade Dandara, em Belo Horizonte.

DIDIER, Fredie (Coord.). *Novo CPC — Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1276-1279.

GOHN, Maria da Glória. *500 anos de lutas sociais no Brasil: movimentos sociais, ONGs e terceiro setor*. Revista Mediações, Londrina, v 5, n.1, p. 5 a 40, jan.-jun./2000. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/9194/7788>>.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e luta pela moradia*. São Paulo: edições Loyola, 1991.

HARVEY, David. Os limites do capital. São Paulo: Boitempo, 2013; HARVEY, David. *Ciudades Rebeldes*. Del derecho de La ciudad a La revolución urbana. Madrid: Akal, 2013.

LOURENÇO, Tiago Castelo Branco. *Cidade Ocupada*. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo). Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

MACIEL, A. P; BALTAZAR, A. P. *Família sem casa e casas sem família: o caso da Região Metropolitana de Belo Horizonte*. *Cad. Metrop.*, São Paulo, v. 13, n. 26, pp. 523-547, jul.-dez./2011. Disponível em: <http://cadernosmetropole.net/system/artigos/arquivos/000/000/223/original/cm26_224.pdf?1474650654>. Acesso em: abril. 2021.)

MAIA, Maurílio Casa. *A Intervenção De Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º- A, V, LC n. 80/ 1994)*

MAYER, Joviano. MOREIRA, Gilvander. *Ocupação pelo direito à moradia: um Belo Horizonte*. Belo Horizonte, 16 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.gilvander.org.br/O016.htm>

MENDONÇA, Jeniffer; CRUZ, Maria Teresa. Em Minas Gerais, subnotificação retrata o silêncio de mulheres sob violência. *Ponte*. Belo Horizonte, 18/06/2020. Disponível em: < <https://ponte.org/em-minas-gerais-subnotificacao-retrata-o-silencio-de-mulheres-sob-violencia/>>. Acesso em: 21/04/2021.

O Auxílio Financeiro Emergencial como um programa privado de assistência social

Financial Assistance as a social assistance obligation of the private sector

CAROLINA MORISHITA MOTA FERREIRA

Defensora pública do Estado de Minas Gerais, integrante do Grupo Interdefensorial do Rio Doce e do Núcleo Estratégico de Proteção aos Vulneráveis em Situação de Crise.

LÍGIA PRADO DA ROCHA

Defensora pública federal, integrante do Grupo Interdefensorial do Rio Doce e do Comitê Temático Especializado no acompanhamento e defesa das pessoas e grupos vulneráveis vítimas dos danos provocados pelos rompimentos das barragens de Fundão (Mariana/MG) e da mina de Córrego do Feijão (Bromadinho/MG).

Resumo: O escopo central deste artigo é analisar a natureza da assistência financeira prestada às pessoas atingidas por grandes desastres ocasionados pelo desempenho de atividades privadas e com fins lucrativos. Será utilizado o método de investigação qualitativa, por meio do estudo de caso do rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana/MG, ocorrido em novembro de 2015, cujo processo reparatório envolve atividade judicial e extrajudicial. O intuito é discutir a assunção da responsabilidade de empresas privadas a assumirem prestações de natureza assistencial destinadas ao sustento e incremento das necessidades elementares das pessoas atingidas, além de investigar o limite temporal da prestação desta assistência e sua relação com a responsabilidade civil. Importa ressaltar que a análise será realizada com a perspectiva de atuação das Defensorias Públicas, sobretudo a do Estado de Minas Gerais e da Defensoria Pública da União.

Palavras-chave: Rompimento de barragem; Poluidor-pagador; Auxílio Financeiro Emergencial.

Abstract: *The central scope of this paper is to analyze the obligation of the private sector to provide financial assistance to support the impacted people by man-made disasters generated by private sector activities following the example of the judicial and non-judicial mechanisms of the reparation process*

after the dam collapse of the Barragem de Fundão, in Mariana/Brazil, in november of 2015. The objective of the paper is to demonstrate the civil responsibility of the private sector to guarantee social assistance to people impacted until the conditions of maintaining a livelihood in the affected area are verified to be normalized as a part of full reparation. The paper presents the understanding of the Public Defender's in Minas Gerais, Espírito Santo and União in the pursuit of reparation and the protection of human rights.

Keywords: *Dam Collapse; Social Assistance; Financial Aid; Private Sector Obligation.*

SUMÁRIO: 1. Contexto; 2. Histórico do Auxílio Financeiro Emergencial no Rio Doce; 2.1. Regramento; 2.2. O acesso ao AFE e as tentativas de desconto de seu valor no montante indenizatório; 2.3. Tentativas de corte, redução e imposição de uma regra de transição para o auxílio financeiro emergencial; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. Contexto

A tarde do dia 5 de novembro de 2015 ainda é hoje experienciada pelas pessoas que tiveram suas vidas afetadas pelo rompimento da barragem do Fundão, em Mariana, Minas Gerais.

Muitas dessas pessoas sequer sabiam, no momento do rompimento da barragem, ou mesmo anos depois, o quanto as suas vidas seriam afetadas pelo acontecimento.

Assim, a primeira premissa necessária a ser considerada neste artigo, é que a dimensão dos danos às vidas das pessoas e às comunidades não se limita a modificação de como sua vida era antes do rompimento da barragem e como ficou após o rompimento, considerando como marco temporal o dia 5 de novembro de 2015. É sabido, por estudos realizados no âmbito processual das Ações Civis Públicas ainda em trâmite, mas também por outras pesquisas¹, que o rompimento da barragem ocasionou danos que se protraem no tempo e que ainda tem necessidade emergente de serem contidos para que não sejam estendidos.

De início, o sistema de governança instituído no âmbito da Bacia do Rio Doce previa um mecanismo que pudesse garantir às pessoas atingidas tempo para a

¹ Vide Rompimento da barragem de fundão. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/informes/rompimento-da-barragem-de-fundao>>. Acesso em: 15 fev. 2021. E também, LEONARDO, F.; IZOTON, J.; VALIM, H. CREADO, E. TRIGUEIRO, A. SILVA, B. DUARTE, L. SANTANA. N. Rompimento da barragem de Fundão (SAMARCO/VALE/BHP BILLITON) e os efeitos do desastre na foz do Rio Doce, distritos de Regência e Povoação, Linhares (ES). Relatório de pesquisa. GEPPEDS. 2017. Disponível em: <https://www.greenpeace.org.br/hubfs/Campanhas/Agua_Para_Quem/documentos/Greenpeace_FozRioDoce.pdf>.

assimilação da sua nova situação socioeconômica após o dano ambiental ocorrido e para que pudessem pensar em novas estratégias ao resgate, à continuidade ou a transformação de seus modos e meios de vida. Neste aspecto, é importante observar que existem as **pessoas vulnerabilizadas** pelo rompimento que não precisaram ser deslocadas de suas casas ou comunidades, e os **deslocados ambientais**, assim entendidas as pessoas que foram obrigadas a deixar suas casas ou comunidades, mudando de forma temporária ou permanentemente, para lugares onde pudessem ser mantidas em segurança, quanto aos fatores ambientais que as atingiu.

Tanto as pessoas vulnerabilizadas quanto as deslocadas ambientais foram abrangidas em diferentes graus pelo sistema de reparação instituído.

O mecanismo, entretanto, foi engessado em sua criação (assim como os outros 42 programas previstos para o processo reparatório), pois para que se possa ter acesso ao Auxílio Financeiro Emergencial (AFE) é preciso primeiro passar por um complexo sistema de cadastramento, que habilita as pessoas como elegíveis ou não elegíveis aos programas instituídos, dentre eles o AFE.

É preciso, porém, e antes, fazer uma pequena apresentação do sistema de governança da reparação de danos existente e sua interlocução com o sistema judiciário brasileiro.

Em 2016, deu-se a assinatura do Termo de Transação e Ajuste de Conduta² (TTAC), cujo cumprimento iniciou-se ainda naquele ano, com a instituição de um ente de direito privado (Fundação Renova), mantido pelo capital das empresas poluidoras (Vale S/A, Samarco Mineração S/A e BHP Billiton Brasil Ltda) e fiscalizado por uma instância coletiva de governança composta por representantes das instituições públicas signatárias (Comitê Interfederativo — CIF). O Termo de Transação e ajustamento de conduta foi assinado pelos entes federativos impactados pelo dano: União e Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, bem como pelas empresas poluidoras. Observe-se que este sistema foi criado em conjunto com as empresas poluidoras que, de livre vontade, consentem aos seus termos e se obrigam ao cumprimento de suas cláusulas.

A então recém-criada Fundação Renova ficou com a incumbência de promover 42 programas de caráter socioeconômico e socioambiental com o

² TERMO DE TRANSAÇÃO E DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

objetivo de promover a reparação e compensação de todos os danos advindos do desastre ambiental. Na prática, assumiu para si não só a reparação, mas a responsabilidade pelo desastre, haja vista que as pessoas não mais buscavam que as empresas repararem seus direitos, mas que a Fundação Renova o fizesse, preservando, portanto, o nome das empresas violadoras e responsáveis diretas pela reparação, criou-se então uma blindagem para a imagem das empresas.

Em agosto de 2018, considerando a existência de diversas demandas judiciais em curso, cuja competência para o julgamento foi fixada na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, o juízo então homologou outro Termo de Ajustamento de Conduta — alcinhado de TAC Governança (TAC-GOV)³ que conta com a participação dos Ministérios Públicos e Defensorias Públicas e tem como objetivo aprimorar a estrutura de governança anteriormente constituída, no TTAC, pelos entes federativos (União e estados de Minas Gerais e do Espírito Santo) e pelas empresas poluidoras. O principal objetivo do TAC-GOV era **garantir a participação das populações atingidas e um procedimento com vistas à repactuação do primeiro acordo** (o TTAC) nos pontos necessários com a finalidade de conceder harmonização às reparações solicitadas nas Ações Cíveis Públicas, buscando uma forma de mediação dos conflitos por solução consensuada.

Tal repactuação ocorreria após a elaboração de estudos por *experts* de renome (Ramboll, Institutos Lactec, Fundo Brasil de Direitos Humanos e Fundação Getúlio Vargas), os quais foram definidos em dois acordos preliminares: o denominado Termo de Ajustamento Preliminar, datado de 18/01/2017, e seu Termo Aditivo, de 16/11/2017.

Para os fins deste artigo, não iremos esmiuçar as tarefas a serem realizadas por tais experts ou o desenvolvimento dos programas reparatórios, concentrando nossa abordagem no Auxílio Financeiro Emergencial, entretanto, alguns temas relacionados ao Programa de Cadastro ou ao Programa de Ressarcimento e de Indenização Mediada, podem ser abordados apenas para uma melhor compreensão durante a leitura quanto ao modelo de reparação instituído.

³ TAC GOVERNANÇA: ENTENDA O QUE MUDOU. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/noticia/tac-governanca-entenda-o-que-mudou/>>. Acesso em: 15 fev.2021.

2. Histórico do Auxílio Financeiro Emergencial no Rio Doce

2.1. Regramento

O 21º Programa da Fundação Renova, denominado Programa de Auxílio Financeiro Emergencial (mais conhecido pela sua sigla AFE ou PAFE, de programa), garante um apoio financeiro assistencial e temporário, de valor fixo, pago pelas empresas, por meio da Fundação Renova, por força da **Cláusula 137 do TTAC**, vejamos as cláusulas de seu regramento⁴:

CLÁUSULA 137: Caberá à FUNDAÇÃO desenvolver um programa de auxílio financeiro emergencial à população IMPACTADA que tenha tido comprometimento de sua renda em razão de interrupção comprovada, nos termos da CLÁUSULA 21, de suas atividades produtivas ou econômicas em decorrência do EVENTO, até o restabelecimento das condições para retomada das atividades produtivas ou econômicas.

PARÁGRAFO ÚNICO: A previsão contida no caput não compromete a continuidade da execução dos acordos e compromissos celebrados anteriormente à assinatura do presente instrumento.

CLÁUSULA 138: Para que seja concedido um auxílio financeiro mensal, será necessário cadastramento e verificação da dependência financeira da atividade produtiva ou econômica.

PARÁGRAFO ÚNICO: O auxílio financeiro mensal será de 1 (um) salário-mínimo, acrescido de 20% (vinte por cento) por dependente, conforme os dependentes previstos no art. 16 da Lei 8.213/1991, e de mais uma cesta básica, conforme valor estipulado pelo DIEESE, sem prejuízo da indenização no âmbito do PROGRAMA DE NEGOCIAÇÃO COORDENADA, respeitadas as disposições contidas no TAC firmado com o Ministério Público Federal, do Trabalho e do Estado do Espírito Santo.

CLÁUSULA 139: Deverá haver a entrega dos cartões aos beneficiários deste programa, ou outra forma equivalente, conforme critérios já estabelecidos no TAC.

CLÁUSULA 140: O pagamento deverá ser efetuado até que sejam restabelecidas as condições para o exercício das atividades econômicas originais ou, na hipótese de inviabilidade, até que sejam estabelecidas as condições para nova atividade produtiva em substituição à anterior, nos termos do PROGRAMA, limitado ao prazo máximo de 5 (cinco) anos, a contar da assinatura deste Acordo.

⁴ TERMO DE TRANSAÇÃO E DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

PARÁGRAFO ÚNICO: O prazo máximo previsto no caput poderá ser prorrogado por um período adicional de um ano, caso esta necessidade seja fundamentadamente justificada 03 (três) meses antes de encerrado o prazo original, e assim sucessivamente até o nono ano contado da data de assinatura deste Acordo, de tal forma que o pagamento de que trata o caput não exceda o prazo de 10 (dez) anos.

Apesar deste regramento, algumas dúvidas começaram a ser suscitadas pelas empresas a respeito da finalidade e da natureza jurídica das prestações, de modo que, o Comitê Interfederativo do rio Doce (CIF), por meio da Deliberação n° 111⁵, de 25 de setembro de 2017, reafirma o caráter assistencial, temporário e indisponível do auxílio emergencial, determinando, inclusive, que a Fundação Renova pague os valores retroativos, quando o reconhecimento do direito a sua percepção ocorrer já com o decurso de lapso temporal prejudicial às famílias.

Em seguida, o CIF aprovou a Deliberação n° 119⁶, de 23 de outubro de 2017, determinando que o auxílio financeiro emergencial não seja descontado, deduzido, compensado ou abatido do valor indenizatório a ser pago do programa de Ressarcimento e de Indenização dos Impactados (PIM), entendendo como única forma de cessação do auxílio financeiro, o comprovado restabelecimento das condições para o exercício das atividades econômicas originais ou, na hipótese de inviabilidade, pelo estabelecimento das condições para nova atividade produtiva em substituição à anterior, conforme as cláusulas do TTAC.

O CIF tem como principal função orientar, acompanhar, monitorar e fiscalizar a execução das medidas de reparação⁷, deste modo, as deliberações do CIF deveriam ser integralmente cumpridas e respeitadas pela Fundação Renova, executora dos programas, de modo que, apenas por meio de incidente de divergência interpretativa, pudesse haver revisão judicial do conteúdo das deliberações do CIF, existindo, portanto, um mecanismo judicial de controle do sistema de governança.

As duas deliberações proferidas pelo CIF demonstram que nas discussões preliminares ao TTAC e ao TAC-Gov, o auxílio financeiro foi criado com caráter assistencial às famílias que tiveram prejudicados seus meios e modos de vida e,

⁵ Comitê Interfederativo. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/deliberacoes/2017/cif-2017-09-25-deliberacao-111.pdf>>. Acesso em: 15 fev.2021.

⁶ Comitê Interfederativo. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/deliberacoes/2017/cif-2017-10-23-deliberacao-119.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁷ Entenda melhor em: QUEM FAZ PARTE. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/quem-faz-parte/>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

assim, não tem vinculação direta com os programas indenizatórios, criados para atender a necessidade de as empresas assumirem a responsabilidade civil pelo dano perpetrado em face das pessoas.

Nota-se, que já havia em 2017 uma tendência da Fundação Renova e das empresas violadoras, ao entendimento de que o auxílio financeiro emergencial seria um adiantamento da verba indenizatória paga às pessoas e famílias, desnaturando a sua real destinação com caráter assistencial e minando seu potencial integrativo à participação das pessoas e comunidades no processo reparatório.

No contexto de seu eixo econômico, foi previsto no bojo das negociações do TTAC e do TAC-Gov com tríplice função: (i) garantir a proteção social das famílias atingidas; (ii) compelir a Fundação Renova a promover os demais programas do Eixo Econômico para que seja restabelecido o potencial econômico das comunidades; e (iii) diminuir a pressão sobre os serviços de assistência social estatais, considerando que o dano foi causado por empresa privada e que seus reflexos sobrecarregam a prestação destes serviços.

Veja-se, pois, que o escopo do programa não se limita, embora seja majoritariamente destinado à sustentação econômica e ao amparo das famílias vulnerabilizadas e de pessoas deslocadas, vai além, servindo também como salvaguarda aos serviços sociais estatais e a garantia de que a Fundação Renova e as empresas causadoras do dano darão cumprimento aos demais programas assumidos, uma vez que o AFE tem como condição ao encerramento de seu pagamento e o restabelecimento das condições para a retomada das atividades produtivas ou econômicas.

Para subsidiar tais finalidades do auxílio financeiro é preciso, primeiro, compreender que a criação do auxílio financeiro emergencial não foi imposta às empresas, mas com elas acordada e que em nenhum momento foi prevista em sua criação, um mecanismo de compensação.

Assim como nada obriga, nada em nosso ordenamento jurídico impede que as empresas assumam encargos sociais, o que costumeiramente fazem denominando tais atividades de responsabilidade social, com caráter voluntário. Não é, portanto, estranho, ilegal e nem anacrônico que as empresas causadoras de danos de grande repercussão tenham assumido um compromisso econômico-financeiro com as pessoas atingidas.

Se bem nos atentarmos ao artigo 194 da Constituição Federal, seu comando vai ao encontro do disposto no parágrafo anterior ao determinar que a “seguridade

social compreende um **conjunto integrado de ações** de iniciativa dos Poderes Públicos e **da sociedade**, destinadas a assegurar os **direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social**” (grifos nossos). Tal preceito apenas reforça as principais diretrizes de nossa Constituição que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). É, assim, obsoleta e minguada a leitura de que a função social das empresas se limita àquela expressa em seu contrato constitutivo, prevista no artigo 421 do Código Civil, quando é notório que em pleno século XXI, a responsabilidade social exige um compromisso de que as atividades econômicas e empresariais sejam desenvolvidas com *standards* mínimos de respeito a pessoas e ao meio ambiente.

Tampouco se trata de transferir ao ente privado a assunção de responsabilidade que é do poder público ou de obrigá-lo a prestação de serviços de caráter humanitário ou assistencial, uma vez que as empresas participaram de um longo processo de pactuação e decidiram na criação de um programa que tem escopo assistencial e cuja emergência se protraí enquanto não realizadas as demais atividades previstas para a retomada das atividades econômicas e dos meios de produção das pessoas e de suas comunidades.

Se a Samarco, como empresa privada, pode realizar ações que visam a construir uma imagem ética e em conformidade com sua responsabilidade social⁸ e se pode fazê-lo sem nenhuma necessidade de conceder natureza jurídica civil a estas ações, por que razão não poderia ter se obrigado, por pactuação em termo de transação e ajustamento de conduta, a realizar o pagamento de uma prestação de caráter assistencial até o devido restabelecimento dos meios e modos de vida das pessoas consideradas atingidas? A postura, aliás, seria condizente com a de empresas que buscam, de fato, a repactuação com os territórios e com as pessoas atingidas pelo rompimento, como modo de desenvolver relações de aprendizagem com as comunidades e de compreender quanto o desenvolvimento das suas atividades e o risco de seu negócio pode ser prejudicial ao meio ambiente e aos seres humanos que dependem deste meio ambiente.

Ações como essa, entretanto, envolvem comprometimento, necessidade de oitiva das pessoas, necessidade de buscar por soluções que envolvam efetivamente as partes atingidas e necessidade de compreender que outros fatores externos

⁸ Vide o Programa Força Local, que visa habilitar empreendedores locais para que se tornem fornecedores da Empresa: Disponível em: <<https://www.samarco.com/2021/01/28/forca-local-discute-gestao-estrategica-e-utilizacao-de-ferramentas/>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

(culturais, sociais e econômicos) podem afetar o tempo inicialmente previsto para a execução destes trabalhos. Lembremos que o AFE tinha uma previsibilidade de 5 anos, podendo ser posteriormente postergado, conforme cláusula 140 do TTAC, mais um item para destacar que a empresa se obrigou a prestação assistencial de caráter temporário, muito embora seu termo condicionante seja, como se vê, de arrojado alcance.

As dúvidas quanto à natureza jurídica e a finalidade do auxílio financeiro não foram, entretanto, superadas no âmbito do sistema de governança e ainda causam instabilidade ao programa, conforme demonstraremos.

2.2. O acesso ao AFE e as tentativas de desconto de seu valor no montante indenizatório

O acesso ao programa, entretanto, depende do disposto na cláusula 138 do TTAC, que implica uma etapa prévia de um cadastramento que enquadre as pessoas e famílias conforme a dependência financeira da atividade produtiva ou econômica.

Sem a pretensão de esgotar as diversas dificuldades ocasionadas pelo Programa de Cadastro, apenas a título de curiosidade, a diferença de pessoas que receberam auxílio emergencial em razão do rompimento da Barragem de Córrego do Feijão em Brumadinho e do Rompimento da Barragem de Fundão em Mariana é de aproximadamente 68.279 pessoas.

A Empresa Vale S.A. informou contemplar mais de 101 pessoas beneficiadas com o pagamento de auxílio financeiro emergencial⁹, enquanto a Fundação Renova informa que 32.721¹⁰ pessoas são assistidas pelo programa de auxílio financeiro. Dados atualizados em 31 de dezembro de 2021. A disparidade fica ainda mais evidente quando observados os valores despendidos: a Fundação Renova pagou até 31 de maio de 2020, quatro anos e seis meses após o rompimento, R\$1,3 bilhão¹¹, em contrapartida a Vale S/A, em menos da metade do tempo, recém completos dois anos do rompimento, gastou mais de R\$1,7 bilhão com o pagamento mensal emergencial¹².

⁹ <http://www.vale.com/brasil/pt/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/paginas/indenizacoes.aspx> Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁰ <<https://www.fundacaorenova.org/programa/auxilio-financeiro-emergencial/>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹¹ <<https://www.fundacaorenova.org/noticia/renova-informa-auxilio-financeiro-emergencial/>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

¹² <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-01/criticada-por-divisao-de-lucros-vale-diz-se-comprometer-com-atingidos#:~:text=Os%20recursos%20destinados%20ao%20aux%C3%ADlio,Bombeiros%20prosegue%20com%20as%20buscas>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

Obviamente os processos reparatórios e as dimensões/proporções dos danos ambientais, econômicos, sociais e humanos são diversas entre os casos, mas há uma inequívoca diferença no que consiste ao pagamento do auxílio emergencial, no caso de Brumadinho não compete exclusivamente às causadoras do dano a decisão acerca da definição de quem são as pessoas consideradas aptas ao recebimento do benefício.

Como este artigo não se dedica a identificar e discutir as questões atreladas ao Programa de Cadastro, retomaremos a discussão acerca das razões pelas quais, já em 2017 a Fundação Renova pretendia atribuir ao auxílio financeiro emergencial uma natureza indenizatória com o desconto dos valores pagos a este título do denominado Programa de Indenização Mediada (PIM).

O Programa de Indenização Mediada (Programa-02) trata-se de estrutura de negociação e oferta de acordos individuais extrajudiciais, criada para apurar e indenizar pessoas afetadas pela tragédia (em tese, de forma expedita e sem necessidade de provocação do Judiciário). O programa prevê que as pessoas possam ter acesso a assistência jurídica neste processo e que tal assistência jurídica seria autônoma da Fundação Renova, para que fosse possível o equilíbrio das partes que negociam os acordos.

Portanto, o PIM tem a finalidade de apurar extrajudicialmente os danos decorrentes de sua responsabilidade civil para cada pessoa atingida e para cada núcleo familiar. Novamente, para ter acesso a este programa, é preciso que as pessoas e famílias sejam previamente consideradas elegíveis pelo programa de cadastro.

Ocorre que em meados de 2017, a Fundação Renova começou a realizar abatimentos dos valores pagos pelo auxílio financeiro emergencial, dos montantes calculados pelo sistema indenizatório, sob o argumento de que a natureza jurídica do auxílio financeiro emergencial seria equivalente à de lucros cessantes, possibilitando o seu desconto quando do pagamento dos valores indenizatórios, cujas verbas são compostas pelos danos materiais e morais, naqueles inclusas os lucros cessantes e os danos emergentes.

Como exposto, o CIF ao analisar a questão deliberou para impossibilidade de confusão jurídica entre os programas, entendendo pelo caráter assistencial do auxílio financeiro emergencial, o que afasta a incidência das regras de direito civil sobre o pagamento de tais valores.

A Fundação Renova então, ajuizou o incidente de divergência de interpretação do TTAC e TAC-Gov, autuado sob o número 1013613-24.2018.4.01.3800,

distribuído ao prevento juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte. Em primeira instância foi declarada¹³ “a natureza jurídica de lucros cessantes (natureza indenizatória) das parcelas pagas aos atingidos pelo Desastre de Mariana a título de Auxílio Financeiro Emergencial — AFE — e, via de consequência, autorizar — a partir de janeiro/2020 — a dedução (compensação) de tais parcelas das verbas indenizatórias a serem pagas no âmbito do Programa de Ressarcimento e Indenização dos Impactados — PIM —, afastando, deste modo e neste particular, as Deliberações nº 111 e 119 do CIF”.

O inconformismo com o entendimento judicial foi enfrentado com a interposição de Recurso de Apelação, distribuído à Desembargadora preventa do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Dra. Daniele Maranhão Costa¹⁴, que em apreciação do pedido de efeito suspensivo, entendeu pela prevalência das Deliberações número 111 e 119 do CIF, primando pela prevalência da coerência do sistema de governança instituído e reconhecendo que a alteração da natureza jurídica do auxílio-emergencial poderia causar danos irreparáveis à atingidas e atingidos do desastre do Rio Doce.

A decisão foi contestada por recurso de Agravo Interno pendente de julgamento pelo Tribunal.

Interessa observar como as violações aos direitos das pessoas atingidas podem continuar ocorrendo ao longo do processo, causando instabilidade e insegurança jurídica, ao passo que as pessoas não sabem se terão ou não os valores recebidos a título de auxílio-emergencial abatidos ou descontados de sua prestação indenizatória. Isso as coloca em dúvida quanto à continuidade de seus pedidos de solicitação de auxílio financeiro emergencial, criando a primeira força a comprimir às pessoas a busca automática do programa indenizatório.

2.3. Tentativas de corte, redução, e imposição de uma regra de transição para o auxílio financeiro emergencial

Em março de 2020, o Brasil e o mundo começaram a enfrentar a pandemia causada pelo Covid-19, exigindo o distanciamento social e a permanência, sempre que possível, em casa. A existência de impacto econômico era certa, mas as medidas se mostraram essenciais para conter a disseminação do vírus e proteger a vida e a saúde de todas as pessoas.

¹³ <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/deliberacoes/2020/cif-2019-deliberacao_111_119.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2021.

¹⁴ <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/deliberacoes/cif-2019-deliberacao_111_119_parecer22.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2021.

Em meio a cenário tão temeroso, no início de junho de 2020, a Fundação Renova iniciou o envio de comunicação postal a diversas pessoas atingidas por todo o território da bacia do Rio Doce informando que seria efetuado o corte do auxílio financeiro emergencial para os casos concedidos no que chamou de “fase emergencial” que supostamente não preenchem os requisitos do Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (TTAC) e para aqueles que supostamente já teriam restabelecidas as condições para retomada de atividade econômica ou produtiva.

O Grupo Interdefensorial do Rio Doce (GIRD), composto pela Defensoria Pública de Minas Gerais, Defensoria Pública do Espírito Santo e Defensoria Pública da União, imediatamente passou a receber relatos do recebimento da comunicação e manifestações de profundas preocupações não só daquelas pessoas e famílias que teriam o cancelamento do AFE, mas das que não conseguiam obter informações claras sobre a sua situação individual ou extensão do impacto às comunidades atingidas.

Individual e coletivamente, questionavam a base técnica da decisão, consternados ao constatar que estavam impedidos de prover o sustento — e mesmo a alimentação — pelos meios anteriores ao rompimento.

É comezinho nos atendimentos realizados pelas Defensorias a remissão pelas pessoas à memória do rio como fonte de apoio e segurança familiar. Mesmo nas épocas mais difíceis o rio ofertava o peixe para alimentação da família e permitia a complementação da renda em casos de imprevistos financeiros.

Apesar da alegação da Fundação Renova de retomada de atividades, em fevereiro de 2021 ainda não há perícias judiciais que atestem a possibilidade do uso das águas do rio Doce consumo dos peixes dele provenientes.

Imediatamente, as Defensorias Públicas enviaram uma série de questionamentos à Fundação Renova, entre eles, em quais territórios e quantas pessoas teriam o auxílio financeiro emergencial cancelado, os elementos técnicos que fundamentaram a decisão¹⁵ etc.

A nova violação de direitos humanos fez com que o GIRD enviasse também uma denúncia ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), pleiteando a instauração de procedimento apuratório em face da Fundação Renova e de suas empresas mantenedoras (Vale S/A, Samarco Mineração S/A e BHP Billiton Brasil Ltda) para que fosse instaurado procedimento apuratório, nos termos do art. 4º, inciso XV, da Lei nº 12.986/2014.

¹⁵ <<https://www.anadef.org.br/noticias/ultimas-noticias/item/defensorias-alertam-para-violacao-de-direitos-em-are-do-desastre-em-mariana.html>>. Acesso em: 03 fev. 2021

Não obstante as tentativas extrajudiciais de obstar cortes e atender da forma prevista — e acordada pelas empresas mantenedoras — as pessoas atingidas, somente judicialmente foram impedidos os cancelamentos.

Contudo, a decisão não encerrou a problemática enfrentada. Não obstante ter sido determinada a prorrogação do auxílio financeiro emergencial para parte das pessoas receptoras até que concluídas as perícias judiciais atreladas à possibilidade de retomada das atividades geradoras de renda, a decisão inovou prevendo redução dos valores para parte das pessoas atingidas, justamente aos mais vulnerabilizados.

Depreende-se da leitura da decisão proferida a omissão em relação a determinadas categorias receptoras do AFE, por exemplo, comerciantes e profissionais da área do turismo. Embora o silêncio pudesse ser compreendido como manutenção dos valores estabelecidos em acordos, historicamente o mais eloquente dos silêncios é utilizado como argumento para ampliação das decisões em detrimento das pessoas atingidas pela Fundação Renova.

Outro ponto é a não diferenciação entre as categorias artesanais e de subsistência — seja na pesca ou na agricultura — no conteúdo decisório.

A atividade de subsistência é aquela em que a pessoa produz — seja pescando ou plantando — com o objetivo de prover a própria alimentação e a de seu núcleo familiar. A meta é prover o suficiente para o consumo e sem um foco na geração ou complementação da renda familiar.

As categorias artesanais, por outro lado, estão relacionadas à forma com que se pratica a atividade. A pesca artesanal, por exemplo, é uma técnica de pesca usando redes artesanais e conhecimentos tradicionais.

Todavia, o provento da atividade artesanal não está vinculado apenas à subsistência, gerando renda, ainda que de forma complementar a outras atividades profissionais realizadas. Assim, a pesca artesanal pode ser uma atividade profissional ou uma atividade de subsistência — o mesmo pode ser dito da agricultura artesanal.

Embora a diferenciação seja necessária para a compreensão das cadeias produtivas, os modos de vida atingidos e construção da reparação integral a ser realizada, em ambas as situações o cancelamento é incongruente com a realidade vivenciada pelas comunidades atingidas e com o desconhecimento dos potenciais riscos no uso da água, solo e consumo da ictiofauna.

Relevante o impedimento aos cancelamentos do auxílio para as pessoas atingidas da região costeira do Espírito Santo, estabelecendo taxativamente que haverá perícia para a averiguação dos danos causados no litoral capixaba.

Em contrapartida, um importante destaque deve ser feito à regra de transição criada para as categorias de subsistência.

É certo que a impossibilidade de fazer uso do rio Doce para prover a própria alimentação não se adequa à redução dos valores recebidos, sob pena de prejudicar a segurança alimentar das pessoas mais vulnerabilizadas.

Neste ponto, devemos nos recordar da nota técnica expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹⁶ (ANVISA) sobre possibilidade de consumo limitado de peixes, que desenhava uma exigência e exatidão que não são parte das vidas cotidianas familiares — seria necessário pesar cada posta de peixe servida em cada prato de comida antes de iniciar a refeição — e não resolve os temores sobre potencial impacto à saúde humana da ingestão cotidiana e contínua em face das concentrações de chumbo e mercúrio encontradas.

O não desligamento abrupto do programa não só é essencial como é uma imposição legal trazida pela aplicação do art. 23¹⁷ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estabelece a criação de regime de transição para novo condicionamento de direito, impedindo prejuízos ao interesse geral.

Apesar das dificuldades históricas de acesso ao auxílio e das constantes tentativas de torná-lo inexistente, os documentos pactuados, que são de conhecimento das pessoas atingidas, trazem previsibilidade para as famílias receptoras de que após a fase de análise os valores serão percebidos mensalmente. O planejamento familiar então é traçado contando com o AFE — como antes contava com o rendimento das atividades econômicas ou de subsistência exercidas.

¹⁶ Em 22 de maio de 2019 a ANVISA divulgou nota técnica 08/2019 em que colocava que as concentrações de chumbo e mercúrio encontradas em amostras de peixes do rio Doce estavam acima da ingestão máxima tolerada, porém, autorizou o consumo máximo diário de 200 gramas por adulto e 50 gramas por criança.

<http://antigo.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=5522130&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=peixe-do-rio-doce-deve-ser-consumido-com-moderacao&redirect=http%3A%2F%2Fantigo.anvisa.gov.br%2Fresultado-de-busca%3Fp_p_id%3D%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3DManual%2Bde%2BVigil%25C3%25A2ncia%2BSanit%25C3%25A1ria%2Bsobre%2Bo%2Btransporte%2Bde%2Bmaterial%2Bbiol%25C3%25B3gico%2Bhumano%2Bpara%2Bfins%2Bde%2Bdiagn%25C3%25B3stico%2Bcl%25C3%25ADnico%26_3_assetCategoryId%3D296901%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_cur%3D3%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_format%3D%26_3_assetTagNames%3Davalia%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bda%2BBanvisa%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_formDate%3D1441824476958&inheritRedirect=true>. Acesso em: 15 fev. 2021. Posteriormente, a ANVISA afirmou que a nota não permitia nem liberava o consumo, mas apenas apresentava dados técnicos para subsidiar decisões do Comitê Interfederativo.

<<https://oohlar.com.br/anvisa-afirma-que-nao-liberou-consumo-de-peixe-do-rio-doce/>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁷ Art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657/42: “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

E mais. A eventual constatação de possibilidade de uso do Rio Doce não trará a imediata reativação econômica das atividades dele dependentes. Será necessário um processo de comunicação das comunidades e pessoas atingidas, além da disseminação das constatações aos potenciais consumidores. Exemplificando: ainda que seja possível plantar, para que os proventos se recuperem, os consumidores deverão estar dispostos a adquirir os alimentos produzidos na bacia do rio Doce e seguros de que não haverá potencial prejuízo à saúde pela origem dos produtos.

A reativação econômica será gradual e, portanto, também o desligamento do auxílio financeiro emergencial deverá ser feito paulatinamente.

As indagações técnicas abordadas acima não eram apenas preocupações teóricas das Defensorias Públicas e Ministério Público Federal, mas retrato das incertezas apontadas pelas pessoas e comunidades atingidas em atendimentos, ofícios e reuniões ao conhecer o conteúdo da decisão.

Em busca da proteção dos direitos das pessoas atingidas, prontamente foram opostos embargos de declaração, modalidade recursal em que se almeja, entre outras coisas, desfazer obscuridades e omissões.

Era certo que a decisão dos embargos provavelmente não solucionaria todos os pontos abordados, mas tinha potencial de pacificar parcialmente a discussão, traria mais elementos para traçar uma estratégia ampla e permitiria um atendimento com respostas concretas às comunidades atingidas.

Cabe um aparte no ponto. Ao pensar em uma atuação institucional tão ampla e perene quanto a decorrente de um rompimento de barragem de rejeitos, é essencial a preocupação com a comunicação e fornecimento de respostas concretas e andamentos efetivos do processo de reparação, ainda quando o teor não é o desejado ou ainda exige novas atuações.

Às Defensorias Públicas não compete a decisão processual ou, isoladamente, a determinação das medidas de reparação, daí há incertezas não apenas sobre o conteúdo das decisões a serem proferidas, mas também em relação ao tempo em que serão proferidas. Cabe, contudo, à Instituição a escuta das demandas individuais e coletivas, a busca em todos os meios disponíveis por medidas concretas e efetivas e, por rigorosamente, informar às pessoas atingidas, de forma realista, técnica, compreensível e tempestiva as tentativas feitas, as respostas obtidas e as possibilidades que se desvendam.

Tanto não cabe às Defensorias Públicas o tempo das decisões que em dezembro de 2020 ainda não havia decisão dos embargos de declaração opostos

em agosto e se aproximava o lapso temporal estabelecido para redução dos valores percebidos pelas atingidas e atingidos na categoria de subsistência. As tentativas de diálogo com a Fundação Renova também não trouxeram alteração da situação alarmante.

Buscou-se então, em conjunto com o Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio de um mandado de segurança, impedir a redução e criar a exigência de um contraditório administrativo prévio com exigência de fundamentação das medidas a serem adotadas.

O provimento obtido, todavia, apenas determinou que fossem julgados os embargos de declaração anteriormente opostos.

Como já era esperado, a Fundação Renova rapidamente operacionalizou a redução de valores no início de janeiro de 2021¹⁸. Em compensação, questionamentos individuais e coletivos realizados sobre o AFE são prontamente respondidos com a impossibilidade de adoção de medidas em prol das pessoas, porque a temática está judicializada.¹⁹

Apenas após a efetivação da diminuição que eram parte do objeto recurso é que foram finalmente decididos os embargos de declaração.

Com a nova decisão, foi expressamente reconhecida a necessidade de contraditório administrativo prévio para a realização de cancelamento do pagamento sem que fossem estipulados prazos para apresentação de contestação ou para a resposta aos questionamentos apresentados.

Desde o início da atuação no caso, as Defensorias Públicas sustentam a necessidade do contraditório administrativo, com notificação clara, fundamentada e prévia, além da possibilidade de exercício de defesa pela pessoa atingida em todas as temáticas.

Todavia, nunca houve efetivação do direito básico nos cancelamentos ou suspensões do auxílio financeiro emergencial nas tentativas de descontos dos lucros cessantes, na paralisação de obras emergenciais das trincas causadas nas moradias das pessoas atingidas etc. Mesmo após a decisão não há conhecimento por parte das Defensorias Públicas da alteração dos procedimentos adotados pela Fundação Renova.

¹⁸ <<https://www.fundacaorenova.org/release/regime-de-transicao-para-pagamento-de-auxilio-financeiro-emergencial-e-implementado/>>. Acesso em: 03 fev. 2021

¹⁹ A Câmara Técnica de Organização Social e Auxílio Emergencial (CTOS) recomendou à Fundação Renova disponibilização do AFE para famílias atingidas que declararam perda de renda e atividades interrompidas em decorrência do rompimento no contexto de combate à COVID-19 e encontrou como resposta a impossibilidade de ampliação pela judicialização do tema. Como visto acima o mesmo atendimento não se aplica à redução ou cancelamento do pagamento — <<https://www.anadef.org.br/noticias/ultimas-noticias/item/defensorias-alertam-para-violacao-de-direitos-em-area-do-desastre-em-mariana.html>>. Acesso em: 16 fev. 2021

Importante alteração é da regra de transição, que passou a ter o seguinte conteúdo (MINAS GERAIS)²⁰:

É preciso, portanto, ajustar o regime de transição, tornando-o adequado, proporcional e equânime.

(...)

Logo, entendo que o pagamento do AFE deve ser mantido e alongado durante todo o ano de 2021, período em que se espera a universalização da vacina, o fim da Pandemia e a implementação do sistema indenizatório simplificado em toda a bacia.

Nesse sentido, a Fundação Renova **NÃO PODERÁ** substituir o valor pago atualmente pelo AFE pelo KIT Proteína e/ou KIT alimentação, **os quais ficam, desde já, postergados para 2022.** (grifos do original)

Ainda, ficou expressamente colocada a diferenciação entre as categorias artesanais e as de subsistência, registrando-se que a Fundação Renova não estaria pela decisão anterior ou pela decisão dos embargos autorizada a realizar cancelamentos ou reduções em relação às categorias artesanais, mas apenas a aplicar a regra de transição em relação às categorias de subsistência.

Mantém-se a discordância das Defensorias Públicas sobre a redução dos valores percebidos pelas categorias de subsistência, especialmente em um cenário de pandemia mundial. Com efeito, a crise econômica encontra justamente as pessoas mais vulnerabilizadas em situação de pobreza e miserabilidade e, se antes podiam ao menos garantir a alimentação com cultivo e pesca, agora veem o rio Doce impossibilitado de assegurar a segurança alimentar de suas famílias.

Em paralelo às discussões judiciais, o prazo inicialmente previsto para o pagamento do auxílio financeiro emergencial, conforme disposto na cláusula 140 do TTAC, estava por se exaurir em 2020, sendo imperiosa a manifestação do CIF acerca da necessidade de prorrogação do programa. Assim, em 30 de julho de 2020, por meio da deliberação nº 417, o CIF determinou a prorrogação do programa de auxílio financeiro emergencial pelo prazo adicional de 1 ano a contar da data de seu vencimento.

Percebe-se que coexistem — decidindo de forma muitas vezes dissonantes — as instâncias de governança e judicial. Muito embora o CIF deva obedecer as determinações judiciais, também é preciso que o sistema judiciário não

²⁰ Autos nº PJE 1024354-89.2019.4.01.3800 ("ACP PRINCIPAL") — 12ª Vara Federal — 18 de janeiro de 2021. Acessado em 15 fev. 2021

desconsidere a existência do sistema de governança por ele convalidado por meio de homologação, uma vez que somente a Fundação Renova tem se beneficiado das inconsistências sistêmicas, negando-se ao cumprimento das deliberações do CIF, com astuciosos argumentos de que questão está judicializada, o que contudo, não a impede de executar o programa à míngua das recomendações e ressalvas também realizadas pelo CIF por meio da Nota Técnica n° 42²¹ da Câmara Técnica de Organização Social e Auxílio Emergencial aprovada pela deliberação n° 420 de 31 de julho de 2020.

Assim, apesar dos avanços nas discussões técnico-jurídicas, em campo a situação é crítica. O contraditório administrativo prévio permanece inexistente. Por todo o território surgem relatos de redução dos valores do auxílio financeiro emergencial de diversos grupos e categorias como se todos pertencessem à atividade de subsistência.

Um registro importante é a atuação das assessorias técnicas independentes existentes em apoio à atuação do Grupo Interdefensorial do Rio Doce.

A Associação Estadual de Defesa Ambiental e Social (AEDAS), em Barra Longa, e o Centro Alternativo de Formação Popular Rosa Fortini, em comunidades de Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado e Chopotó, têm capilaridade nos territórios que estão presentes, criaram vínculos de confiança e dinâmicas de comunicação que permitem compilação rápida de dados que retratam as dificuldades vivenciadas.

As entidades produziram documentos técnicos multidisciplinares que permitem a identificação dos descumprimentos da decisão judicial prolatada, sempre em prejuízo das pessoas atingidas, permitindo aprimoramento da estratégia construída pelas Defensorias Públicas para enfrentamento extrajudicial e judicial dos pontos.

Da mesma forma, as assessorias técnicas independentes potencializam a comunicação do que tem sido construído, andamentos extrajudiciais e judiciais, impedindo — ou ao menos reduzindo — o sentimento de desamparo pelas imensas dificuldades enfrentadas mais de 5 anos após o rompimento.

É infeliz que os outros territórios que se mobilizaram em assembleias com ampla participação e elegeram suas assessorias técnicas independentes durante os anos de 2018 e 2019, não possam contar com tão importante apoio por obstáculos impostos à contratação de cada uma das entidades.

²¹ <<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/notas-tecnicas/CT-OS/2020/cif-ct-os-nt-2020-42.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

3. Conclusão

A imagem dos impactos do rompimento de uma barragem de mineração é a da devastação causada no trajeto dos rejeitos logo após o rompimento, rios mortos, casas invadidas por lama e pessoas em fuga para resguardar a própria vida. Ano a ano as imagens repercutem no noticiário brasileiro, rememorando o desespero que saltava aos olhos, mas com dificuldade de transmitir o que ainda é vivenciado pelas comunidades e pessoas atingidas.

Há quem avalie que a qualificação de “emergencial” contida no nome do auxílio, no transcurso do tempo traria por si só uma desnecessidade de sua continuidade. Não é o que se vê na prática.

Os anos trouxeram novas e reiteradas violações sobre as pessoas atingidas pelo rompimento em toda bacia do rio Doce, mas mantiveram as incertezas do momento inicial. Ainda não há perícias finalizadas sobre a qualidade da água, do pescado ou de potencial contaminação da terra em que se faz plantio. Algumas comunidades como o Distrito de Santo Antônio do Rio Doce, ainda são abastecidas por caminhões pipa²². A avaliação de risco à saúde humana não foi concluída e as comunidades lutam para ver atendidos seus pleitos de acesso à saúde. Não houve ainda reativação econômica. Os modos de vida das pessoas atingidas não puderam ainda ser reconstituídos. Mais de cinco anos se passaram, mas a emergência da situação ainda persiste.

A responsabilidade civil das causadoras do dano traz a responsabilidade de reparar o que foi causado e a reparação somente é possível se forem assegurados meios de sobrevivência enquanto há apuração da extensão do dano.

O AFE não é indenização, isto é, não é a reparação do dano individual causado, é mecanismo de garantia de que os danos serão apurados, em sua dimensão avaliada e adotadas medidas necessárias para a reparação integral, o que comporta também o restabelecimento dos meios de manutenção das atingidas e atingidos. Até lá, não se pode aceitar o corte, especialmente quando realizado da forma arbitrária e narrada.

A essencialidade do instituto é também a razão de grande resistência por parte das empresas e as reiteradas tentativas de cancelamentos. Para além dos valores desembolsados com o auxílio, há a compreensão de que a existência do auxílio concede às pessoas atingidas a possibilidade de ter tempo para compreender

²² <<https://www.fundacaorenova.org/release/fundacao-renova-vai-destinar-r344-milhoes-para-frentes-de-recuperacao-da-bacia-hidrografica-do-rio-doce-em-2019/>>. Acesso em: 15 fev. 2021

seus danos e averiguar o quanto lhes deve ser indenizado. Concede-lhes, assim, a possibilidade de participarem efetivamente do processo reparatório, uma vez que garante o atendimento de suas primeiras necessidades.

As pessoas em desespero, cercadas por rejeitos, incertas sobre o que acabou de lhes acontecer, estão na imagem mental coletiva do rompimento e possuem direito de viver o luto, obterem informações confiáveis e de qualidade e sentirem estar preparadas, livre de pressões, para decidirem como irão prosseguir. E esse direito é negado quando não há uma forma de apoio econômico às pessoas atingidas.

Ainda, há preocupação das empresas na criação de precedentes. Existem múltiplos conflitos socioambientais no Brasil, parte deles também causados pela Vale S/A. Quando um dos territórios conquista um direito, há repercussão em todos os outros casos. A existência do auxílio financeiro emergencial permitiu a construção do pagamento mensal emergencial na bacia do rio Paraopeba, em Macacos, em Barão de Cocais e em Antônio Pereira. Ao solidificar o direito no caso rio Doce se constrói e garante o direito de muitos outros territórios.

A natureza assistencial do auxílio é coerente com a assunção das empresas da sua responsabilidade social para com o dano causado, não expurga as obrigações do Estado. A seguridade social é um conjunto de ações do Estado e da sociedade, composta por suas pessoas físicas e jurídicas com a finalidade de prevenção, precaução e proteção das pessoas em face a infortúnios previsíveis ou não, que lhes possam conduzir a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência. A solidariedade é um compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas, portanto, um Estado solidário só se efetivará quando a obrigação das empresas para com as pessoas comportar o respeito com cada uma delas, sejam crianças e adolescentes, pessoas idosas, comunidade LGBTI+, mulheres, homens e pessoas com deficiência.

4. Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). NT 08/2019. Brasília. 2019.

LEONARDO, F.; IZOTON, J.; VALIM, H. CREADO, E. TRIGUEIRO, A. SILVA, B. DUARTE, L. SANTANA. N. Rompimento da barragem de Fundão (SAMARCO/VALE/BHP BILLITON) e os efeitos do desastre na foz do Rio Doce, distritos de Regência e Povoação, Linhares (ES). Relatório de pesquisa. GEPPEDS. 2017, acessível em Relatório de pesquisa (greenpeace.org.br).

Ofício 03/2020 — Cancelamento arbitrário dos Auxílios Financeiros Emergenciais — AFE pela Fundação Renova. Descumprimento do TTAC. Violação de direitos humanos das populações atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão, Mariana/MG. Desastre do Rio Doce. Agravamento diante da pandemia do COVID19 — Grupo Interdefensorial do Rio Doce (GIRD) — Defensoria- Defensoria Pública da União, Defensoria Pública de Minas Gerais, Defensoria Pública do Espírito Santo — Brasília, Belo Horizonte, Vitória. 08.07.2020.

Ofício 23/2020 — NUDAM. Rio Doce. Grupo Interdefensorial do Rio Doce (GIRD) — Defensoria-Defensoria Pública da União, Defensoria Pública de Minas Gerais, Defensoria Pública do Espírito Santo — Brasília, Belo Horizonte, Vitória. 02.07.2020.

PJE processo nº 1024354-89.2019.4.01.3800 (“ACP PRINCIPAL”) — 12ª Vara Federal — 18 de janeiro de 2021. Acessado em 15 de fevereiro de 2021.

Notícias e releases

Defensorias alertam para violação de direitos em área do desastre em Mariana. Anadef. 14 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.anadef.org.br/noticias/ultimas-noticias/item/defensorias-alertam-para-violacao-de-direitos-em-area-do-desastre-em-mariana.html>>.

<<https://www.samarco.com/2021/01/28/forca-local-discute-gestao-estrategica-e-utilizacao-de-feramentas/>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2021.

<http://www.vale.com/brasil/pt/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/paginas/indenizacoes.aspx>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

RODRIGUES, LÉO. *Criticada por divisão de lucros, Vale diz se comprometer com atingidos*. Agência Brasil. Rio de Janeiro. 25 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-01/criticada-por-divisao-de-lucros-vale-diz-se-comprometer-com-atingidos#:~:text=Os%20recursos%20destinados%20ao%20aux%C3%ADlio,Bombeiros%20prossegue%20com%20as%20buscas>>.

Deliberações e informes do Comitê Interfederativo do Rio Doce — CIF

Deliberação nº 111. Comitê Interfederativo. 25 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/deliberacoes/2017/cif-2017-09-25-deliberacao-111.pdf>>.

Deliberação nº 119. Comitê Interfederativo. 23 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/deliberacoes/2017/cif-2017-10-23-deliberacao-119.pdf>>.

Nota Técnica nº 42/2020/CTOS-CIF. CÂMARA TÉCNICA DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL E AUXÍLIO EMERGENCIAL — CTOS. Belo Horizonte. 27 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/notas-tecnicas/CT-OS/2020/cif-ct-os-nt-2020-42.pdf>>.

PARECER DE FORÇA EXECUTÓRIA n. 02/2020/SESC/PFMG/PGF/AGU. Belo Horizonte. 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/deliberacoes/cif-2019-deliberacao_111_119_parecer22.pdf>.

PARECER DE FORÇA EXECUTÓRIA n. 03/2019/NMAF/SAP/PFMG/PGF/AGU. Belo Horizonte. 25 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/deliberacoes/2020/cif-2019-deliberacao_111_119.pdf>.

Rompimento da Barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG.

Ibama. 16 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/informes/rompimento-da-barragem-de-fundao>>.

Fundação Renova

FUNDAÇÃO RENOVA VAI DESTINAR R\$344 MILHÕES PARA FRENTES DE RECUPERAÇÃO DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO DOCE EM 2019. Fundação Renova. 21 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/release/fundacao-renova-vai-destinar-r344-milhoes-para-frentes-de-recuperao-da-bacia-hidrografica-do-rio-doce-em-2019/>>.

<<https://www.fundacaorenova.org/programa/auxilio-financeiro-emergencial/>>.

<<https://www.fundacaorenova.org/quem-faz-parte/>>.

REGIME DE TRANSIÇÃO PARA PAGAMENTO DE AUXÍLIO FINANCEIRO EMERGENCIAL É IMPLEMENTADO. Fundação Renova. 5 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/release/regime-de-transicao-para-pagamento-de-auxilio-financeiro-emergencial-e-implementado/>>.

Renova Informa. Auxílio Financeiro Emergencial. Fundação Renova. 1º de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/noticia/renova-informa-auxilio-financeiro-emergencial/>>.

TAC GOVERNANÇA. ENTENDA O QUE MUDOU. Fundação Renova. 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/noticia/tac-governanca-entenda-o-que-mudou/>>.

TERMO DE TRANSAÇÃO E DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. Caso Rompimento da Barragem de Fundão, Mariana/MG. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>>.

Legislação consultada:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12986.htm>.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>.



Os processos estruturais nas ruas: investigando a possibilidade de convergências das demandas relacionadas à temática e os litígios estruturais

Structural processes in the streets: investigating the possibility of convergence of the demands related to the theme and the structural disputes

ELYDIA LEDA BARROS MONTEIRO

Defensora pública do Estado do Tocantins, titular da 15ª Defensoria Cível na Comarca de Palmas. Pós-graduada em Ciências Penais pela Unisul e em Direito Eleitoral pela Unitins. Mestranda do programa Mestrado em Direitos Humanos "Novos Direitos, Novos Sujeitos" da UFOP.

Resumo: Esse trabalho tem por objetivo refletir se as demandas por implementação de políticas públicas que beneficiem pessoas que vivem em situação de rua podem ser atendidas por ações coletivas de natureza estrutural. Pretende-se verificar se os problemas envolvendo as demandas das pessoas que vivem em situação de rua são compatíveis com a estrutura desse processo. Ao fim, pretende-se apresentar alguns desafios que um processo estrutural encontraria para resolução das demandas das pessoas que vivem em situação de rua.

Palavras-chave: Processo estrutural; Pessoas que vivem em situação de rua; Políticas públicas.

Abstract: *This work aims to reflect whether the demands for the implementation of public policies that benefit people living on the streets can be met by collective actions of a structural nature. It is intended to verify whether the problems involving the demands of homeless people are compatible with the structure of this process. At the end, it is intended to present some challenges that a structural process would find to solve the demands of people living on the streets.*

Keywords: *Structural injunction; Homeless people; Publics policy.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A invisibilidade social como fator de incremento da complexidade do problema estrutural; 3. Uma breve abordagem sobre as características e requisitos do processo estrutural; 4. Uma reflexão sobre aspectos relevantes para a promoção de políticas públicas para pessoas em situação de rua a partir do processo estrutural: Desafios e possibilidades; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. Introdução

A partir do estudo de textos que descrevem os processos estruturais, torna-se possível questionar se dentre as demandas que podem ser resolvidas por essa modalidade processual, pode-se incluir aquelas produzidas pelas pessoas que vivem em situação de rua.

Como forma de desenvolver tal proposta, esse artigo analisará as principais características do litígio estrutural para compreender se é possível concluir que as questões ligadas às pessoas que vivem em situação de rua revelam tais circunstâncias. Essa discussão passa pela possibilidade de o processo estrutural se dedicar aos temas que versem sobre direitos sociais e individuais no que tange ao mínimo existencial.

Por fim, reconhecendo-se a possibilidade de promoção dos direitos fundamentais das pessoas que vivem em situação de rua por meio do processo estrutural, apontaremos alguns possíveis desafios que nascerão do enfrentamento das demandas geradas pelas pessoas em situação de rua por meio do processo estrutural. No espaço limitado desse texto não será possível descrever a totalidade desses desafios. Para isso, seriam necessários mais tempo e estudos mais aprofundados tanto no que toca aos elementos conceituais do processo estrutural, quanto ao conhecimento das demandas das pessoas que vivem em situação de rua.

Esse texto abordará os desafios nascidos da questão da legitimidade e a complexidade das demandas e das medidas a serem adotadas na fase executiva.

A proposta desse estudo é propor a reflexão sobre os litígios estruturais e o processo coletivo fora do eixo de temas que se tornaram clássicos representantes das matérias: saúde pública, danos ambientais e reforma no sistema carcerário. É, em última análise, uma tímida contribuição para abrir os horizontes de possibilidades para a aplicação da teoria processual que parece melhor contemplar as questões que afetam às falhas na garantia de direitos constitucionalmente previstos.

2. A invisibilidade social como fator de incremento da complexidade do problema estrutural

Talvez o primeiro desafio a ser enfrentado para verificar o eventual cabimento das demandas das pessoas em situação de rua no sistema como passível de soluções via processo coletivo na modalidade estrutural, seja delinear essas demandas, já que estas estão encobertas pelo pesado manto da invisibilidade social. Isso porque o Brasil sequer realiza uma contagem oficial dessa população. Os números que retratam esse público são estimados de acordo com as informações de órgãos estaduais e municipais nas áreas de assistência social.

Em 2015, o IPEA estimou que a população em situação de rua no Brasil seria de 101.854¹ pessoas. Esse era o principal dado que se tem sobre pessoas que vivem em situação de rua no Brasil. Em 2020 o IPEA realizou nova estimativa com base em dados do cadastro único do governo federal e das informações lançadas pelos Centros de Referência em Assistência Social dos municípios (CENSO SUAS)² referentes ao ano de 2019, chegando ao número de 222 mil pessoas.

Existem estimativas regionais e estudos municipais que apontam números provenientes de levantamentos realizados. Porém, esses estudos são frequentemente questionados pelas organizações sociais que fazem trabalhos assistenciais com esses grupos. Em São Paulo, por exemplo, o levantamento oficial aponta 24 mil pessoas em situação de rua. As organizações sociais ligadas a esse segmento estimam uma população de 32.800 pessoas³. Essa diferença considerável revela que as estimativas não são confiáveis para suprir a demanda de visibilidade social desse grupo.

Sem a existência de dados básicos seguros, nada obstante a dificuldade em se realizar a contagem em razão da mobilidade das pessoas dentro de uma região da cidade, se torna um grande desafio verificar quais são as demandas por políticas públicas de acolhimento e/ou prestação de serviços garantidores dos direitos básicos de manutenção da vida que não são efetivadas e que possam ser analisadas de forma estrutural.

Acredita-se que a invisibilidade é uma porta aberta para a omissão do Estado em assegurar até os direitos individuais elementares. Afinal, num contexto de invisibilidade social dessa proporção, como verificar se o direito à vida tem sido

¹ Outras informações disponíveis em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7289/1/td_2246.pdf>.

² Dados disponíveis no site: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35811>.

³ Dados publicado em: <<https://ponte.org/movimentos-sociais-questionam-aumento-de-53-no-povo-de-rua/>>.

assegurado? Se pessoas em situação de rua morrem de fome, de frio, assassinadas, como perceber essas ocorrências se não existe sequer um número que represente sua vida?

Apesar da dificuldade de compreensão da extensão das demandas por efetivação das políticas públicas existentes, implantadas em atenção ao grupo das pessoas que vivem em situação de rua, os indicadores sociais permitem realizar uma descrição inicial das demandas desse grupo.

A negação do direito constitucional à moradia espalha reflexos variados no eixo de demandas para garantia dos direitos descritos pela Constituição. Isso importa em reconhecer que a falta de moradia afeta outros direitos constitucionalmente previstos como saúde, segurança (pessoal e alimentar), reconhecimento e trabalho.

A despeito da existência de normas que orientam as atividades estatais destinadas especificamente para pessoas que vivem em situação de rua, como o Plano Nacional para a População em Situação de Rua — PNPR — instituído por meio do Decreto 7053/09, é possível afirmar a não efetividade deste.

Isso porque, o PNPR prevê princípios, diretrizes e objetivos ligados à atenção às pessoas que vivem em situação de rua. Dentre os objetivos estão instituir a contagem oficial da população de rua, assegurar o acesso a serviços e políticas públicas de acesso a direitos sociais e instituir canais de comunicação para recebimento de denúncias de violência sofridas.

Em consulta ao sítio do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o qual, previsto pelo Decreto 9894/19, passa a ser a instituição responsável pela gestão do Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da População de Rua, não se verificou a existência de dados, estudos ou a implementação de novas políticas no sentido de viabilizar os objetivos dos planos.

A existência de alguns avanços, como a criação dos “Consultórios na Rua”⁴, a não exigência de apresentação de documentos comprobatórios de endereço e inscrição do SUS para atendimento de saúde, por meio da alteração do artigo 6º da Lei 8.742/93⁵, não parecem suficientes para afirmar que haja uma implementação do PNPR.

⁴ Informações sobre consultórios de rua podem ser obtidas por meio do acesso ao site: <<https://aps.saude.gov.br/ape/consultoriorua/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

⁵ Alteração promovida pela Lei 13.714/18, disponível no endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13714.htm>. Acesso em: em 12 set. 2020.

Essas falhas de implementação das políticas públicas já descritas pelas normas se tornam ainda mais dramáticas no contexto da pandemia de uma doença provocada por um vírus que se insere no organismo pelas vias respiratórias e pela boca, cujas estratégias difundidas para proteção contra o contágio se referem à permanência das pessoas em suas casas e a adoção de medidas para garantir uma resposta imune eficiente (manter alimentação saudável e o acesso a vitaminas, por exemplo), além de práticas de higienização constante das mãos. Todas essas medidas são interditadas, ou pelo menos obstaculizadas às pessoas que vivem em situação de rua.

Esses são apenas alguns aspectos das falhas estatais na garantia de direitos básicos às pessoas que vivem em situação de rua. A despeito da existência de outras falhas que certamente existem na concretização de direitos constitucionais a esse grupo, os quais, todavia, estão encobertos pelo manto da invisibilidade social, torna-se possível, já inicialmente, compreender que as demandas das pessoas que vivem em situação de rua no Brasil são complexas e envolvem as três esferas de poder, restando investigar se essa questão pode ser vista como um litígio estrutural, que comporta solução por meio da ação coletiva na modalidade estrutural.

Para fazer essa reflexão, trataremos inicialmente sobre o conceito e as características do processo estrutural e, posteriormente, de algumas demandas básicas conhecidas da população que vive em situação de rua a fim de verificar se há congruência entre a situação de fato e a descrição teórica das situações solucionáveis por meio do processo estrutural.

3. Uma breve abordagem sobre as características e requisitos do processo estrutural

O processo estrutural é uma modalidade de processo coletivo que decorre de um problema estrutural. Conforme Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira (2021, p. 429), o processo estrutural “pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”.

O problema estrutural, por sua vez, é conceituado pelos autores da seguinte forma:

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada — uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação

de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação não correspondente ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). (DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, 2021, p. 427)

Edilson Vitorelli (2021, p. 332) conceitua litígios estruturais como

(...) aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante a transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

Os litígios estruturais têm algumas características gerais que demonstram a inviabilidade das discussões dentro das regras estabelecidas para o processo individual. Nesse ponto, corroboramos com a perspectiva de Arenhart (2021, p. 1051), de que as ações coletivas tradicionais remontam a ações de natureza individual, com a mesma estrutura bipolar e restrita pelos limites do processo individual e, por esse motivo, são igualmente insuficientes para tratar de questões que envolvam litígios estruturais mais complexos⁶.

As ações estruturais são a modalidade processual mais adequada para o enfrentamento dos litígios que envolvam violações sistêmicas aos direitos constitucionais. Essas ações são marcadas pela multiplicidade de pessoas, entidades e agentes nos polos, que ora podem convergir, ora podem divergir não apenas sobre a existência das violações, mas sobre a forma como se dá, ou como se devem resolver.

Sobre as características dos litígios estruturais Nunes resume o ponto da seguinte forma:

Geralmente, os litígios estruturais são marcados pela *policentria*, com uma clara imbricação dos interesses, relacionados, dependentes entre si e muitas

⁶ Sobre as diferenças entre o processo coletivo tradicional e os processos estruturais recomenda-se a leitura de VIANA, T. C. T.. *Os processos estruturais entre a máxima do interesse público e o paradigma da flexibilidade processual: reflexões sobre o contraste à luz do regime de estabilidades processuais*. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. C.. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodium, 2021.

vezes antagônicos, como metáfora da teia de aranha utilizada por Fuller. Estes litígios são marcados pela *existência de violações sistemáticas de direitos*, causadas pelo conjunto de práticas e dinâmicas institucionalizadas, com uma causalidade *complexa*. Esse cenário impacta na conformação de uma modelo processual que tem como foco a busca por soluções *prospectivas*, com tendência para o alcance negocial e participativo das soluções, e, quando isso não for possível ou recomendável, poderá dar ensejo à múltiplas decisões, “em cascatas”, que paulatinamente ajustarão as condições para a satisfação dos direitos declarados, ou para o atingimento da situação ideal. (NUNES, 2021, p. 692).

Assim, tem-se que as ações coletivas na modalidade estrutural desafiam os limites do processo individual. Sua natureza policêntrica, complexa e fundada na pretensão de apresentar/construir soluções para problemas estruturais, que envolvam políticas públicas, se diferenciam do modelo tradicional de formulação de demanda e de prestação jurisdicional.

Em razão dessa natureza e da adaptabilidade para tratar demandas que versem sobre políticas públicas, acredita-se que as ações estruturais são importantes mecanismos de garantia dos direitos constitucionais, já que sua implementação, em diversos casos, exige ações governamentais específicas para a concretização desses direitos. No caso do direito à moradia, sua concretização exige uma série de ações de governo que vão desde a adoção de medidas assecuratórias de segurança pessoal e alimentar, de saúde, até a desapropriação de imóveis abandonados para fins de doação a pessoas sem renda.

Toda essa gama de ações que se refletem em diversos eixos da estrutura burocrática, dimensiona a complexidade do litígio e demonstram que se trata de um problema estrutural. Portanto, havendo problemas estruturais que envolvam *desconformidades* entre a previsão normativa de direitos destinada a uma coletividade e a realidade dos cidadãos desses grupos, há a possibilidade de que o processo estrutural seja uma ferramenta de salvaguarda não apenas desses direitos, mas, em alguma medida, da própria ordem constitucional.

4. Uma reflexão sobre aspectos relevantes para a promoção de políticas públicas para pessoas em situação de rua a partir do processo estrutural: desafios e possibilidades

O primeiro grande desafio para definir se o contexto das pessoas que vivem em situação de rua pode ser considerado um problema estrutural que surge das

dificuldades em apontar quais são essas demandas e qual sua extensão, vez que e estas estão escondidas sob o manto da invisibilidade social.

Sabe-se muito pouco sobre as necessidades das pessoas que vivem nas ruas. A pandemia ofereceu lentes importantes para dimensionar o distanciamento dos direitos constitucionais básicos das pessoas que não têm acesso a uma moradia. A falta de um local de recolhimento e proteção contra o contágio, de uma estrutura física que permita a adoção dos hábitos de higiene indicados pelas autoridades de saúde, o acesso à alimentação adequada e regular são alguns pontos que colocaram a nu a precariedade da condição de vida das pessoas que vivem em situação de rua.

Esse grupo de pessoas mostra grandes falhas existentes na estrutura social e concentram as grandes demandas por direitos mais básicos. É possível imaginar que as pessoas que vivem em situação de rua demandam política habitacional, de saúde, de segurança, inclusive alimentar, porém não é possível sequer definir qual é a extensão dessas demandas e, certamente, há muitas outras que somente conheceremos ao ouvir os impactados.

Em virtude desse contexto de reconhecimento de estado de coisas em desconformidade estrutural, com diversas fontes de falhas na garantia de direitos básicos, acredita-se que acontece o que Neto descreve em casos de hipercomplexidade do litígio quando afirma que

(...) uma das características da hipercomplexidade do litígio estrutural consiste na impossibilidade de compreendê-lo holisticamente, sobretudo na fase de conhecimento, o que gera a impossibilidade de se preverem, desde logo, todos os comportamentos humanos necessários à resolução do problema. Se a incapacidade se projeta no momento do julgamento, com mais razão ainda se apresenta quando da formulação do pedido, não sendo razoável impor-se ao autor o ônus de descrever de modo detalhado e preciso o comportamento que espera do réu. (NETO, 2019, p. 79).

Embora os casos mais clássicos, reconhecidos como passíveis de resolução via processo estrutural sejam os relacionados à saúde pública, a custódia penal das pessoas condenadas a penas privativas de liberdade, ou danos ambientais provocados por atividades econômicas causadoras de impactos, acredita-se que as circunstâncias que envolvem as pessoas em situação de rua no Brasil, também se inserem na categoria de *estado de coisas em desconformidade* se caracterizando como um litígio estrutural.

Essa conclusão decorre da análise das circunstâncias que constituem essa complexa *teia* de falhas e violações que impõem às pessoas que vivem em situação de rua uma realidade de danos aos direitos básicos — moradia, saúde, segurança pessoal e alimentar — cuja solução exige a atuação dos Entes Públicos das três esferas, além de seguimentos sociais. Tal perspectiva é corroborada pela admissão pela doutrina de novas áreas sobre as quais os processos estruturais podem incidir, desde que haja uma correlação entre o problema e as características do litígio estrutural. Nesse sentido Nunes argumenta que:

Mas há também outros setores igualmente pródigos de problemas do tipo [além das abrangidas pelo sistema de saúde público]. Basta a menção às questões relacionadas às mazelas do sistema carcerário, ao adequado encaminhamento de pessoas com transtornos mentais que praticam ilícitos, às deficiências de estrutura física e orçamentária de educação, ou ainda, ao péssimo serviço prestado pelas unidades da Previdência Social aos cidadãos. Perceba que esses exemplos são, na verdade, situações da vida cotidiana, reveladoras de problemas de difícil solução, complexos, e que envolvem uma multiplicidade de interesses. Em todos esses casos, a provocação dos diversos órgãos do Poder Judiciário tende a demandar uma atuação coordenada das três esferas do poder político. Isto é, a promoção do diálogo institucional franco, propositivo e comprometido com o tratamento do problema são essenciais para o alcance de soluções adequadas e legítimas à luz do ordenamento constitucional. (NUNES, 2021, p. 690).

No caso em questão, as demandas por direitos básicos podem ser entendidas a partir do reconhecimento da existência da necessidade de garantir segurança pessoal e alimentar, saúde, especialmente consideradas no período de pandemia, além das demandas por moradia, a qual talvez pudesse ser bastante reduzida com a adoção de medidas de gestão dos imóveis abandonados que existe a mancheias nos centros urbanos das cidades do país. Para esboçar um primeiro desenho dessas questões, sem qualquer pretensão de estabelecer limites precisos, já que nos falta conhecimento fático que somente as vivências das pessoas que estão em situação de rua têm, trazemos alguns dados relacionados a esses pontos.

No que toca à insegurança pessoal a que estão sujeitas as pessoas que vivem em situação de rua, essa se demonstra pelo alto percentual de pessoas vítimas de violência. Conforme o Ministério da Saúde, entre 205 e 2017, houve mais de 17 mil casos de violência cometidos contra pessoas desse grupo⁷.

⁷ Mais informações sobre esse levantamento podem ser consultadas em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/17/brasil-registra-mais-de-17-mil-casos-de-violencia-contra-moradores-de-rua-em-3-anos.ghtml>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

Quanto à insegurança alimentar, tem-se que no ano de 2020, com a pandemia de Covid-19, as pessoas que vivem em situação de rua tiveram uma piora na sua alimentação. Isso porque, muitos sobrevivem a partir do recebimento de refeições produzidas e distribuídas por instituições voluntárias, as quais tiveram suas atividades suspensas durante esse período. Essa circunstância colocou a nu a fragilidade alimentar a qual estão submetidas. Aliás, essa dimensão de violação também está sob o manto da invisibilidade social, já que os estudos sobre segurança alimentar são feitos, oficialmente, usando como padrão de estudo os domicílios. Portanto, os estudos sobre o acesso a alimentação não englobam pessoas em situação de rua⁸.

A pandemia também jogou luzes sobre outra grave demanda das pessoas que vivem em situação de rua: a vulnerabilidade relacionada à saúde. Há estudos que afirmam que a taxa de contaminação entre as pessoas em situação de rua é bastante superior às médias de infectados. Um exemplo dessa maior vulnerabilidade se verifica pelos dados apresentados pela Prefeitura de Belo Horizonte, MG, que no dia 24/06/20, publicou um relatório pelo qual estima que 18,1% das pessoas em situação de rua haviam sido contaminadas pela Covid-19⁹. Considerando a população de Belo Horizonte de pouco mais de 2,5 milhões de habitantes¹⁰, bem como que o boletim epidemiológico de 24.06.20 aponta 4.772 casos oficiais de contaminação no município¹¹, tem-se um percentual de contágio de 0,19%. A grande diferença entre as taxas de contaminação geral e do recorte da população em situação de rua indiciam a maior exposição destas aos riscos à saúde e à vida pela Covid-19.

Isso mostra que, a despeito da possibilidade de contágio ser uma circunstância vulnerabilizante de forma universal, os efeitos mais graves são mais sentidos pelas pessoas que vivem nas ruas, até porque têm a saúde debilitada por falta de acompanhamento, por deficiência na alimentação e de acesso a estruturas que garantam a adoção de hábitos de higiene necessários para o fortalecimento da imunidade.

⁸ Sobre as pesquisas sobre insegurança alimentar, veja em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28903-10-3-milhoes-de-pessoas-moram-em-domicilios-com-inseguranca-alimentar-grave>>. Acesso em: 11 jan.2021.

⁹ Outras informações em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/06/24/interna_gerais,1159653/prefeitura-de-bh-informa-quantos-moradores-de-rua-ja-foram-infectados.shtml>. Acesso em: 12 set. 2020.

¹⁰ O IBGE estima a população de Belo Horizonte em 2020 de 2.521.564 pessoas, conforme se verifica em pesquisa ao site: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/belo-horizonte/panorama>>. Acesso em: 12.09.20.

¹¹ Dados do boletim epidemiológico disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/saude/2020/boletim_epidemiologico_assistencial_46_covid-19_24-06-2020.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

Por fim, considerando o espaço limitado desse texto e não o esgotamento das demandas produzidas por esse grupo, as quais, insistimos, não são plenamente conhecidas pelo Estado brasileiro, há também, a necessidade de concretização do direito social de moradia.

No Brasil, estima-se que existam seis milhões de imóveis vazios e seis milhões e novecentas mil famílias sem moradias¹². Esses dados podem fundamentar uma discussão sobre se o problema da não concretização do direito à moradia é mais uma questão de falta de gestão da matéria do que, efetivamente, da inexistência de recursos. Acredita-se que um processo que vise reforma estrutural relacionada às demandas produzidas pelas pessoas que vivem em situação de rua deverá, obrigatoriamente, perpassar pela análise do vultoso número de imóveis abandonados (públicos e privados) para discutir sobre o cabimento de medidas que viabilizem uma nova forma de ocupação desses espaços.

Outro grande desafio também ligado à gestão dos imóveis abandonados, que também será objeto de discussão de ampla proporção, se relaciona com a dicotomia entre propriedade privada e sua função social. Embora ambos os institutos contem com proteção constitucional e, em tese, possam coexistir no ordenamento jurídico e na realidade social, no que se relaciona às discussões sobre o direito social à moradia e às pessoas que vivem em situação de rua, parece que estes dois elementos se colocam em polos opostos.

Acredita-se que um processo estrutural que discuta as demandas das pessoas que vivem em situação de rua deverá trazer à baila esse ponto nevrálgico no sistema político que importa em violação às normas estruturais do Estado brasileiro¹³.

Dessa forma, já se torna possível dimensionar a extensão e complexidade das temáticas afeta a um processo estrutural que tenha por objetivo a reestruturação das circunstâncias relacionadas às pessoas que vivem em situação de rua no Brasil.

Apesar da existência de inúmeros desafios que se apresentam ao se propor o enfrentamento do problema estrutural envolvendo as pessoas que vivem em situação de rua, esse estudo, se concentrará em dois pontos específicos: os problemas da representatividade face à legitimação legal e as dificuldades para delinear a demanda e os pedidos.

¹² Estima-se que no Brasil existem 6 milhões de imóveis vazios e 6,9 milhões de família sem moradia. Esses dados podem ser vistos no sítio: <[https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44028774#:~:text=O%20pa%C3%ADs%20tem%2C%20pelo%20menos,de%20im%C3%B3veis%20desocupados%20h%C3%A1%20d%C3%A9cadadas](https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44028774#:~:text=O%20pa%C3%ADs%20tem%2C%20pelo%20menos,de%20im%C3%B3veis%20desocupados%20h%C3%A1%20d%C3%A9cadadadas)>. Acesso em: 11 jan. 2021.

¹³ A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no artigo 3º os objetivos do Estado, dentre os quais está “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

Arenhart analisa a questão da representação nos processos estruturais sob a perspectiva da *abstração* das pessoas envolvidas no litígio, quando da participação no processo. O autor argumenta que

É curioso notar como o processo coletivo — e particularmente, o processo coletivo brasileiro — “abstrai” as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela coletiva culmina por “pessoalizar” os direitos individuais de massa e os direitos metaindividuais, de certa forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem individuais. A opção do direito nacional pela legitimação *ex lege*, atribuída a instituições normalmente afastadas da realidade da controvérsia (*v. g.*, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados e os Municípios) acaba por conceber um processo muitas vezes “descolado da realidade” é comum que a pretensão deduzida no processo não represente exatamente a tutela que a sociedade deseja ou aquela de que necessita. (ARENHART, 2021, p. 1074)

Isso porque as normas que compõem o eixo central do microsistema das normas processuais referentes ao sistema coletivo, a saber: a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7347/85 e o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, estabelecem um modelo de representação por meio de instituições, cuja legitimidade decorre de determinação legal.

Dentre os legitimados para propor ações coletivas, conforme disposição do artigo 5º da Lei 7.347/85, estão as instituições: Ministério Público e Defensoria Pública. Há uma presunção legal de que essas instituições estão aptas a defender os interesses da coletividade independentemente dos temas que sejam tratados. Porém, dessa presunção normativa nasce um grande desafio: o de saber de que forma as instituições podem transpor a deficiência de conhecimento das circunstâncias fáticas que envolvem o litígio. Em outras palavras: como órgãos de execução materializados por pessoas tão distantes da realidade social de invisibilidade e exclusão podem representar efetivamente as pessoas para quem o Estado não presta os serviços básicos de garantia de direitos elementares como vida, saúde e segurança? Como as instituições constitucionalmente *vocacionadas* para a defesa dos vulneráveis podem transpor sua falta de conhecimento sobre a situação estrutural de faltas e violações, a fim de conhecer a extensão dos danos?

Essas dúvidas parecem encontrar eco na análise de Arenhart quando afirma que:

Ao que parece, a legislação supõe que esses agentes públicos, pela simples razão de estarem vinculados a uma instituição pública, acabam por adquirir uma imaginada “onisciência”, de modo a conseguir representar com seu pedido de tutela jurisdicional — e, posteriormente, com seu agir processual — todo o anseio da sociedade. Obviamente, essa impressão não é real e o processo coletivo acaba por transformar-se no desejo de uma pessoa — “ungida” de um cargo público ou, eventualmente, da representação de uma certa associação- que se proclama arauto da sociedade e que formula pedidos que deseja e conduz o processo da forma como quer. Seria desnecessário dizer que essa realidade é altamente perniciosa. Mas é fato que essa constatação acaba por informar todo o processo coletivo e, ao fim e ao cabo, por transformá-lo em um processo individual, apenas com uma pequena variação no tema da legitimidade. (ARENHART, 2021, p. 1075).

A questão da legitimidade decorrente de lei e os desafios que esta cria, também não passou despercebido por Bahia e Nunes que assim argumentam:

As peculiaridades envolvendo os direitos coletivos impactaram decisivamente na conformação do processo, demandando a construção de procedimentos diferenciados. Isso é perceptível na análise de duas nuances do processo coletivo, a legitimação *ope legis* e a representação dos grupos. Diferentemente do exercício da ação relacionada a direito individual, em que, de regra, apenas o pretense titular pode pleiteá-lo em juízo, quando o litígio versa sobre direitos de grupo, por opção legislativa, a legislação indica um rol de legitimados ativos ao manejo das ações coletivas, estabelecendo parâmetros objetivos para a representação dos pretensos titulares. A legitimação *ope legis*, extraordinária, importa em que a determinados entes, públicos ou privados, previamente estabelecidos pela legislação, é conferido o manejo do direito de ação para a tutela de direitos coletivos sobre os quais aqueles não possuem qualquer titularidade. Trata-se de uma técnica legislativa de legitimação ativa para as ações coletivas, de uma legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. (BAHIA e NUNES, 2019, p. 24-25).

No que tange à questão relacionada às pessoas que vivem em situação de rua, o problema da legitimidade se relaciona diretamente com a dificuldade em delinear os pedidos e as medidas judiciais a serem adotadas, já que os atores do sistema de justiça — legitimados ativos, passivos e julgador — não têm, geralmente, conhecimento fático do cenário de violações de direitos aos quais estão sujeitas as pessoas que não têm moradia.

A falta de conhecimento sobre as condições de vida desse grupo coloca em risco a efetividade de uma ação estrutural tanto pela possibilidade de que a definição dos pedidos seja inadequada¹⁴, quanto pela possibilidade de que eventual decisão fixe obrigações inócuas, como que a execução (caso delegada ao poder público) seja ineficaz para a materialização dos direitos negados.

Assim, num processo estrutural que verse sobre políticas públicas relacionadas às pessoas que vivem em situação de rua, oportunizar espaços de escuta dos diretamente ligados ao problema é imprescindível não apenas como condição de legitimidade processual, mas também como fator de efetividade do processo para a concretização de direitos.

Dentre esses espaços de escuta e participação dos impactados, a audiência pública surge como uma possibilidade, já que pode ser promovida inclusive pelos legitimados ativos, como forma de melhor entender o litígio, seus contornos e especificidades sob a ótica dos que estão diretamente envolvidos.

Em que pese a falta de regulamentação legal, as audiências públicas encontram normatização por meio dos regimentos das instituições. No caso do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a regulamentação das audiências públicas se deu por meio da emenda regimental 29/2009¹⁵. No âmbito do ministério público, as audiências públicas foram regulamentadas pelo CNMP, por meio da Resolução 82/12¹⁶, alterada pela Resolução 159/17¹⁷.

Squadri e Jobim reconhecem a importância da audiência pública como ferramenta para conferir legitimidade democrática ao processo estrutural. Os autores afirmam que:

As considerações apresentadas apenas apontam para aquilo que já se sabe sobre as audiências públicas, sendo elas uma grande ferramenta à disposição do sistema de justiça civil para conceder legitimidade democrática aos atos processuais — decisões, homologações, etc —, demonstrando que juiz, Estado e sociedade civil, em contraditório participativo, devem ser muito maiores que discussões

¹⁴ Mesmo que se considere a perspectiva de que a pretensão no processo estrutural seja “a alteração do estado de coisas ensejador da violação dos direitos”, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1733412/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, 17.09.2019), é imperioso admitir que a parte autora precisa conhecer o problema estrutural e suas nuances de forma a se habilitar para acompanhar a execução das medidas a serem adotadas para fazer cessar o estado de desconformidade.

¹⁵ A referida emenda está disponível no site: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMEN TAL029-2009.PDF>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹⁶ Documento pode ser acessado em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-0821.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹⁷ Documento disponível no site: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-C3A7C3A3o-159.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

doutrinárias que ficam a *latere* da construção de que o sentimento constitucional seja, efetivamente, concretizado. (SQUADRI e JOBIM, 2021, p. 848).

Embora haja críticas ao modo como as audiências públicas têm sido conduzidas e a falta de critérios que garantam a demonstração da efetiva participação das pessoas envolvidas, acredita-se que estas possam servir de ferramenta importante para viabilizar a participação popular em todas as fases do processo estrutural. Porém, reconhece-se que talvez não seja suficiente para alcançar, por si só, esse desiderato.

É que as audiências públicas têm uma forma pontual de levantamento de demandas, exposição de ideias e troca de informações. Trata-se de um ato cujos resultados muitas vezes não são compartilhados com a sociedade e cujos modelos de apuração e canalização dos dados levantados para o processo não são apresentados. Apesar disso, acredita-se que esses problemas pontuais possam ser mitigados com a adoção de outras ferramentas de participação popular.

No caso das instituições públicas titulares das ações coletivas estruturais, estas, além das audiências públicas para levantamento das demandas e oitiva do maior número de interessados sobre causas e soluções dos problemas, podem implantar unidades provisórias de atendimento aos impactados de forma a manter um canal estável de comunicação com a população local, com agenda de atendimentos frequentes, na localidade do problema, se possível, durante todo o período de duração da demanda. Essa unidade provisória seria um mecanismo de concretizar o levantamento das demandas, a partir de atendimentos mais detalhados sobre o que fora exposto em audiência, além de permitir tentativas de conciliação e mediação entre grupos ou dentro do mesmo grupo, a fim de refinar as questões envolvendo o litígio.

Há outras possibilidades com a criação de mecanismos virtuais de atendimento da população, não apenas para fornecer informações sobre o trâmite processual, como é comum em instituições como as defensorias públicas estaduais, mas também para receber informações sobre os impactos positivos ou negativos das decisões ou forma de execução após a sentença. Informações que poderão ser confirmadas por diligências e posteriormente levadas ao processo de forma a readequar as medidas determinadas, caso sejam necessárias.

Trata-se de medidas já adotadas em diversas áreas de atuação do Ministério Público e Defensorias Públicas¹⁸ e podem ser adaptadas também para o acompanhamento dos litígios e processos estruturais.

¹⁸ A Defensoria Pública do Estado do Tocantins, por exemplo, tem atendimentos itinerantes regulamentados pela Resolução do Conselho Superior da Defensoria Pública nº112/2014.

Além disso, são medidas que reforçam o compromisso institucional com a transparência e a forma de gestão democrática, que são impostas também as instituições legitimadas, assim como ao poder judiciário.

Portanto, as audiências públicas, assim como outras formas de atuação institucional que viabilizem a participação popular na construção do processo estrutural, podem mitigar os problemas causados pela legitimação decorrente de lei.

No caso do processo estrutural que verse sobre demandas produzidas por pessoas que vivem em situação de rua, a adoção dessas medidas é de fundamental importância não apenas na fase pré processual como formas de levantamento das demandas para delineamento do pedido inicial, mas também na fase executiva, considerando o distanciamento existente entre as pessoas que vivem em situação de rua e as instituições públicas e órgãos governamentais, o que impossibilita (ou pelo menos dificulta) a percepção em se as medidas adotadas serão efetivas para a solução dos problemas que ensejaram o processo.

5. Conclusões

Após a apresentação dessas breves reflexões sobre a possibilidade de se pensar nos processos coletivos na modalidade estrutural como ferramenta de alteração da desconformidade do estado de coisas que envolvem esse grupo e impõem diversas violações a direitos constitucionalmente garantidos a essas pessoas, pretendeu-se propor a abertura de horizontes sobre os temas tratados majoritariamente como objetos das ações dessa natureza.

A pontuação de alguns dos diversos desafios a serem enfrentados pelas partes, julgadores, Entes Federados para a efetivação de eventuais decisões estruturais no que toca as demandas produzidas pelas pessoas que vivem em situação de rua, servem apenas para dimensionar a grandiosidade e extensão do tema e abrir o debate, oportunizando o aprofundamento de estudos necessários para o desenvolvimento desse processo.

Também é uma forma de trazer ao meio acadêmico reflexões sobre as circunstâncias de extrema invisibilidade e precariedade em que o Estado brasileiro situa milhares de cidadãos, a despeito do compromisso constitucional com uma gama de direitos básicos que deveriam ser assegurados.

6. Referências

ARENHART, S. C.. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. IN: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. C.. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2021, p. 1047-1070.

BAHIA, A. M. F. M., NUNES, L. S., COSTA, S. P.. Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais. IN: NUNES, D.; COSTA, F. V.; GOMES, M. F.. *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 15-38.

DIDIER JR., F., ZANETI JR, H., OLIVEIRA, R. A.. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro, IN: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. C.. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2021, p. 423-462.

NETO, F. B. S.. Breves considerações sobre os processos estruturais. IN: *Civil Procedure Review*, v.10, n.1, jan.-abr. 2019, p. 75-88.

NUNES, L. S.. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais, IN: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. C.. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2021, p. 687-702

SQUADRI, A. C., JOBIM, M. F.. O publicismo e privatismo no processo estrutural: O papel do juiz e a audiência pública. IN: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. C.. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2021, p. 835-852.

VIANA, T. C. T.. Os processos estruturais entre a máxima do interesse público e o paradigma da flexibilidade processual: Reflexões sobre o Contraste à luz do Regime de Estabilidades Processuais. IN: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. C.. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2021, p. 1097-1116.

VITORELLI, E. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. IN: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. C.. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2021, p. 329-384.

O acesso à justiça pela via do litígio estratégico: enfrentando a litigiosidade habitual predatória

Access to justice through the strategic litigation: facing the habitual predatory litigation

FILIPE RODRIGUES DE SOUZA

Bacharel em Direito pela UFMG (2018). Pós-graduando Lato Sensu em Direito Previdenciário pela PUC Minas (2019). Advogado.

Resumo: O sistema de justiça brasileiro passa por uma grave crise no que se refere à efetivação de direitos em tempo hábil. No fim do ano de 2020, cerca de 77,1 milhões de processos ainda aguardavam alguma solução jurídica, demonstrando que a litigiosidade no Brasil permanece alta. Por outro lado, a enorme quantidade de processos não necessariamente implica alargamento do acesso à justiça, visto que grande parte das demandas gravitam em torno de litigantes já acostumados ao cenário judicial. Surge, assim, a classificação tipológica das partes em litigantes habituais e litigantes ocasionais. Aqueles utilizam o sistema de justiça de forma frequente, obtendo certas vantagens em relação a estes, de modo que para o litigante habitual a judicialização excessiva de determinadas questões pode inclusive ser bem-vinda, o que contribui para o agravamento da crise do judiciário. Nesse sentido, percebe-se que os *repeat players* podem utilizar o judiciário de forma predatória, visando a postergar ou dificultar o acesso a direitos por partes dos litigantes ocasionais. A questão-problema desse artigo diz respeito ao agravamento da crise do judiciário ante sua utilização de forma predatória por litigantes habituais. Nesse cenário, apresenta-se a litigância estratégica como mecanismo de enfrentamento da litigância predatória. Decerto, concluiu-se que se trata de ferramenta indispensável à concretização da eficiência do sistema de justiça e resolução de problemas complexos e persistentes.

Palavras-chave: Litigante habitual; Litigante Ocasional; Crise da Justiça; Litigância Estratégica.

Abstract: *The Brazilian legal system is going through a severe crisis when it comes to timely effectiveness of rights. At the end of 2020, around 77.1 million lawsuits still awaited closure, demonstrating that litigation in Brazil remains high. On the other hand, the enormous amount of lawsuits does not necessarily implicate in an increase on the access to justice since several of claims involve parties that are used to litigating. Therefore, a typological classification of parties arises, sorting them into repeat players and one-shotters. The former make use of the legal system regularly, gaining advantage over the latter, given that excessive litigation over certain matters may be interesting for repeat players, which might contribute to the aggravation of the judicial crisis. In that sense, repeat players may make use of the judiciary in a predatory fashion, aiming to postpone and complicate the access of one-shotters to their rights. The problem-issue of the article concerns the aggravation of the crisis in the judiciary due to its predatory use by repeat players. In this scenario, strategic litigation is presented as a mechanism for confronting predatory litigation. Certainly, it was concluded that this is an indispensable tool for achieving the efficiency of the legal system and solving complex and persistent problems.*

Keywords: *Repeat player; One-shotter; Judicial crisis; Strategic litigation.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 Desenvolvimento; 2.1. Litigância habitual como possível incentivo à judicialização; 2.2. Litigância habitual pela administração pública; 2.3. A litigância habitual e o uso predatório do sistema de justiça; 2.4. O estado da crise do judiciário; 3. A urgente necessidade de modelos adequados de enfrentamento da litigiosidade habitual; 3.1. Conceituação de litígio estratégico; 3.2. Litigância estratégica como modo de enfrentamento da litigiosidade habitual; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

Em 2015, com a instituição do novo Código de Processo Civil, restou a evidente preocupação do legislador com a necessidade de se efetivar a solução de conflitos em âmbito (extra)judicial, principalmente os que giram em torno de demandas repetitivas e persistentes. Dessa forma, o Código reforça a importância da arbitragem e institutos como a mediação e conciliação se tornaram a primeira via na tentativa de resolução dos litígios.

O que se tem notado é que judicialização excessiva não implica necessariamente alargamento do acesso à justiça, visto que a maior parte dos processos ajuizados hoje no Brasil concentram-se em torno de litigantes acostumados ao cenário judicial, que recebem, dessa forma, a alcunha de litigantes habituais. Estes, muitas vezes, utilizam o sistema de justiça de forma predatória, buscando minimizar ao máximo suas possibilidades de perdas, retardando o quanto possível o acesso a direitos. Assim, o judiciário, que teoricamente seria responsável pela salvaguarda

de garantias, torna-se ineficiente, lento, descredito e com cerca de 80,1 milhões de processos aguardando alguma solução jurídica.

Do lado oposto ao da litigância habitual, encontram-se os litigantes infrequentes, os quais acessam o sistema judicial com objetivos e pretensões distintas e, sobretudo, de maneira não organizacional.

Sendo assim, este artigo objetiva apresentar o conceito de litígio estratégico como mecanismo de enfrentamento da litigiosidade habitual predatória. Trata-se de importante ferramenta em favor de *one-shotters*, mormente quando a lide se forma em torno de litigantes que se apropriam do Judiciário para obstar ou dificultar acesso a direitos.

2. Desenvolvimento

“*Ontem os códigos, hoje a Constituição*”. A feliz expressão atribuída ao Professor Paulo Bonavides sintetiza de forma precisa uma verdadeira transformação paradigmática. Isso porque a Constituição entendida como documento jurídico dotado de normatividade e imperatividade é fruto de doutrina jurídica emergente apenas do segundo pós-guerra. Com efeito, no século XIX, vigorava um modelo de Estado alcunhado por Luís Roberto Barroso de *Estado Legislativo de Direito*. Neste, a Constituição era interpretada como um documento político, cujas normas não possuíam aplicabilidade direta e imediata, de modo a depender das ações do Legislador e do Administrador (BARROSO, 2012, p.3).

Já no Estado Constitucional de Direito, a Constituição passa a ser compreendida como norma jurídica propriamente dita, traçando a disciplina do modo de produção das leis e também estabelecendo limites para seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse cenário, a Constituição é alçada ao centro do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, começa a vigorar a ideia de supremacia judicial, isto é, a tese de que os Tribunais Constitucionais devem exercer a tarefa de interpretação final e vinculante das normas Constitucionais.

No Brasil, a Constituição de 1988, ao longo de seus 33 anos de vigência, passou por períodos conturbados no cenário político-institucional. Já foram destituídos por *Impeachment* dois Presidentes da República; veio à tona esquema de compra de votos no Parlamento, conhecido como *mensalão*; foram afastados Senadores da República, em virtude de corrupção, e, mais recentemente, passou pelas turbulências da Operação Lava-Jato, em que se discutiu, novamente, dentre outros ilícitos, a corrupção dos agentes políticos.

Em todas essas crises políticas, sempre se proclamou o respeito máximo à Constituição. Institucionalmente, nunca se cogitou outra solução, senão curvar-se diante da ordem jurídica de 1988. Nessa matéria, segundo Barroso, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso (BARROSO, 2005, p.4). Não há que se esquecer que, nos últimos anos, a Constituição tem sofrido críticas que beiram a ataques de viés antidemocrático. Porém, tal discussão extrapola os objetivos do presente artigo, que está focado na litigância predatória.

Ato contínuo, a ideia de supremacia judicial aliada a uma Carta Constitucional prolixa em matérias igualmente importantes para a sociedade e o Estado, podem ser citados como fatores que contribuem para o fenômeno que muitos chamam de judicialização da vida (BARROSO, 2009, p.4-6).

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso XXXV dispõe que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação do poder judiciário. Trata-se da chamada cláusula de inafastabilidade de jurisdição, a qual impõe ao judiciário o dever de se manifestar quando provocado e garante ao jurisdicionado o direito de obter do Estado uma resposta sobre a pretensão levada a juízo.

Nesse caminhar, com a ascensão do judiciário, percebe-se uma supervalorização dos métodos oficiais distribuidores de justiça, de modo que se espera do Judiciário a capacidade de resolver todas as contendas existentes entre os indivíduos. Surge, assim, a tão discutida crise do sistema judicial brasileiro, à medida que este é incapaz de, praticamente, sozinho pacificar todas as situações litigiosas que batem à sua porta (LUCENA FILHO, 2012, p.42).

É com tal premissa que Hassan Ribeiro teoriza que, se por um lado o déficit do legislativo pode ser considerado uma causa de judicialização, o déficit do judiciário leva ao fenômeno da desjudicialização. Esta resulta, segundo o autor, da insuficiência do Estado-juiz no mundo contemporâneo, dado que a sociedade exige outras possibilidades de soluções, mais eficazes. Essas alternativas apresentam outros olhares sobre os conflitos, diversos do tradicional que, mediante a coação, por um ato externo, por um ato estatal, impõe a solução (RIBEIRO, 2013, p.31).

É por isso que, desde a década de 1990, tem-se percebido certos movimentos tendentes a retirar o monopólio do Estado na resolução dos conflitos. Em 1996, editou-se a lei de arbitragem, permitiu-se o trâmite de inventários na seara cartorial e, mais recentemente, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125, criando os CEJUSC's (Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania), de modo a evidenciar que a política nacional de

tratamento adequado dos conflitos busca cada vez mais não só a composição do litígio, como também o acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas.

Entretanto, o que o CNJ tem revelado é que a litigiosidade tem crescido a cada ano no Brasil. O Justiça em Números de 2017 (ano-base 2016) apontava que o número de processos aguardando solução jurídica era cerca de 79 milhões; já em 2018 (ano-base 2017), o número de processos aguardando solução subiu para 80,1 milhões. Em 2020 (ano-base 2019), em que pese ter sido constatada queda nominal do número de processos aguardando solução jurídica (77,1 milhões), o relatório demonstra que o tempo de tramitação médio em nada foi alterado. Na justiça estadual, por exemplo, até a baixa dos autos do processo de conhecimento, em média, passam-se 3 anos e 7 meses (CNJ, 2020, p.180).

Por outro lado, não se pode afirmar peremptoriamente que tal aumento seja fruto do alargamento do acesso à jurisdição. Os dados revelam que a maioria dos processos que tramitam no país giram em torno de poucos atores, como os integrantes do Sistema Financeiro, do setor de telefonia e a própria Administração.

Nesse sentido, há que, no mínimo, cogitar-se se a excessiva judicialização, com todas as mazelas que carrega, está sendo desincentivada ou se o litígio no âmbito judicial é uma vantagem para alguns atores desse sistema.

2.1. Litigância habitual como possível incentivo à judicialização

A distinção entre litigantes ocasionais e habituais, realizada por Marc Galanter, baseia-se na frequência com que determinados atores acessam o sistema de justiça. Isto é, o número de vezes que colocam seus interesses em jogo em sede judicial.

O referido autor aponta que há certas vantagens em se litigar frequentemente, tais como a habilidade de manejar o Direito e as técnicas jurídicas; uso de uma mesma estrutura para enfrentar diversas demandas; oportunidade de desenvolver relações informais junto aos julgadores; diluição de riscos, dentre outras (GALANTER, 1976, p.937).

Não obstante, a existência de litigantes habituais, por si só, não é fator a ser encarado como um mal no sistema. É natural que em uma sociedade globalizada determinadas pessoas ou organizações corram mais riscos de se envolverem em conflitos e, por consequência, em litígios judiciais. Por outro lado, o que preocupa é o abuso de tal posição, de modo que a judicialização excessiva seja inclusive incentivada e bem-vinda àqueles que mais litigam (MACHADO, 2017).

Dessa forma, por meio de análises de risco a longo prazo, a judicialização pode ser meio idôneo ao litigante habitual para conseguir seus objetivos, seja no sentido de minimizar perdas ou de influir na formação de determinado padrão decisório.

No âmbito do Juizado Especial das Relações de Consumo, por exemplo, é notório o uso do judiciário como meio de postergar a efetivação de direitos. Somente em 2011, mais de 5.000 ações foram ajuizadas em desfavor de apenas 6 empresas de Telecomunicações, as quais têm se valido dessa miríade de demandas para emplacar o fortalecimento de teses favoráveis, mesmo que no fim sejam condenadas (ORSINI e RIBEIRO, 2012, p.36).

Nesse sentido, nos juizados surgiu a conhecida jurisprudência em torno do “mero dissabor cotidiano”, argumento utilizado para negar indenizações por danos morais pelas práticas ilícitas, principalmente de empresas de Telecomunicações. Decerto, a tese é fruto de testes realizados por *repeat players*, que acabou sendo acolhida e difundida por todo o judiciário, sendo uma vitória para as empresas de Telefonia.

A excessiva judicialização em torno de conflitos similares é sintoma de uma patologia que deve ser rechaçada do sistema de justiça, qual seja, o uso do judiciário de forma predatória no intuito de postergar o acesso a direitos.

Importante perceber, portanto, que a forma como se tem enfrentado a litigiosidade habitual muitas vezes serve tão somente para reforçar teses em favor de *repeat players*, o que evidencia que a judicialização pode ser-lhes muito bem-vinda e incentivada.

2.2. Litigância habitual pela administração pública

Segundo pesquisa divulgada pela AMB¹ (Associação dos Magistrados do Brasil), a Administração Pública pode ser considerada responsável por mais de 50% dos processos distribuídos em determinadas unidades da Federação.

No caso da Bahia, por exemplo, a administração pública municipal chegou a ser a responsável pelo ajuizamento de 71,5% dos processos em 2012, o mais elevado percentual nos quatro anos pesquisados. No recorte das partes ativas responsáveis pelo ajuizamento de 516.401 processos, apenas dois agentes públicos

¹ A pesquisa realizada pela AMB também aponta para a necessidade de se estudar a litigiosidade de base. Segundo Sérgio Junkes, seria necessário “olhar para a raiz do litígio no Brasil” para que se possa desafogar o judiciário (AMB; 2015, p.92).

concentram mais de 50% dos processos: os municípios de Salvador e de Lauro de Freitas. Em seguida, as empresas do setor financeiro e a administração pública estadual foram responsáveis pelo maior número de ações (AMB, 2015, p.20).

Conclui-se, pois, que o próprio Estado tem sido responsável pelo congestionamento do judiciário e, não raramente, tem utilizado o sistema de justiça de modo a retardar — ou impedir — a concretização de certos direitos fundamentais. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o caso da judicialização da saúde em que ainda se advoga por teses pugnando pela irresponsabilidade de algum dos entes federativos, quando a CRFB/88 expressamente dispõe ser solidária, ou teses como reserva do possível, dentre outras de pouquíssima plausibilidade à luz da Constituição e da jurisprudência já remansosa.

No âmbito da Justiça federal, o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), o maior litigante do país, possui método peculiar de atuação. Na via administrativa, via de regra, a autarquia costuma indeferir os requerimentos de benefícios, levando à consequente judicialização da demanda. Por meio do processo judicial, há quem entenda que o INSS tem conseguido diminuir seus custos de transação, visto que pode se valer da conciliação para oferecer valores menores que aqueles efetivamente devidos ao segurado (FLORIANI NETO e GONÇALVES, 2013, p.495-7). E o pior: esse processo tramitará durante anos a fio.

A partir dos dados levantados pela AMB, chama atenção a presença maciça de Bancos, operadores de telefonia e da Administração. Por outro lado, as causas da litigância habitual do poder público são mais complexas. Isso porque, segundo Daniel Carneiro Machado, o fomento abusivo dos litígios pelo Poder Público acarreta consumo desnecessário de recursos pelo Judiciário, o que é prejudicial ao próprio Estado, a quem compete destinar os recursos orçamentários de manutenção e funcionamento do Sistema de Justiça (MACHADO, 2015).

Em se tratando de Administração Pública, faz-se preciso repensar as melhores formas de se tutelar o interesse público, mormente porque é inadmissível que o próprio Estado seja um dos responsáveis pela ineficiência e crise — do judiciário — na efetivação de direitos e solução de litígios.

Nesse cenário de necessidade de mudança cultural, o Judiciário não pode ser instrumentalizado pelo Executivo como mecanismo para postergação das saídas de recursos dos cofres públicos. Tal concepção pode causar diversas mazelas para ambos os poderes.

Para a Administração em juízo, tal atividade pode ser muito custosa, haja vista o tempo utilizado, o quadro de pessoal e a burocrática estrutura movimentada

para a defesa de ditos interesses. Para o Judiciário, a miríade de processos acaba por sufocar-lhe, agravando ainda mais o cenário de crise.

Talvez seja por esses fatores que determinados entes têm começado a desincentivar a frívola judicialização de certos interesses públicos. Em Minas Gerais, por exemplo, a Lei 23.172/18 autoriza a Advocacia Geral do Estado a, no prazo da contestação, reconhecer a procedência dos pedidos, desistir de pedidos da inicial e renunciar a prazos recursais, dentre outras possibilidades. Ademais, cria a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, visando a prevenir e solucionar controvérsias de forma célere e efetiva.

A Administração Pública contemporânea não tem como marca a imposição ou o autoritarismo na defesa do interesse público. Tanto é que a figura do ato administrativo — unilateral — cede cada vez mais espaço para os contratos de direito público, marcados pela negociação em torno da imposição de determinado interesse da Administração frente ao particular.

No âmbito judicial, portanto, não há mais espaço para atuação impositiva e conservadora da Administração.

2.3. A litigância habitual e o uso predatório do sistema de justiça

A AMB, em pesquisa sobre os maiores litigantes do Brasil, revelou dados impressionantes sobre os usuários do nosso sistema de justiça. O estudo demonstrou, por exemplo, que cerca de 55% dos processos na justiça Estadual têm como parte apenas os integrantes do Sistema Financeiro Nacional, sejam instituições públicas ou privadas.

Tal dado nos leva a duas conclusões sobre o aumento da litigiosidade já indicada nos relatórios do CNJ: o aumento não necessariamente significa alargamento do acesso à justiça em suas concepções formal e material; e, além disso, as respostas jurisdicionais não têm impedido a reiteração de condutas ilícitas.

Com tal pensamento, Fernando Jayme aduz que, em 2004, 49,5% das ações versando sobre responsabilidade civil no Juizado Especial Cível foram propostas contra apenas 16 companhias. Segundo ele, tais empresas foram condenadas a pagar cerca de R\$ 2,3 bilhões de reais, mesmo assim insistem na prática de ilícitos. Isso, para o autor, evidencia a ineficácia do processo enquanto instrumento apto a prevenir a reiteração de condutas ilícitas (JAYME, 2008, p.139).

Tal situação levou Daniel Carneiro Machado a concluir que é melhor para os grandes litigantes, sob a ótica financeira, manter sua postura e práticas

adotadas extrajudicialmente do que adequá-las aos posicionamentos dos tribunais (MACHADO, 2015).

Marc Galanter também adverte para o fato de que litigantes habituais — por terem influenciado na formação de certo padrão decisório — podem adotar estratégias calculadas para maximizar o ganho em uma longa série de casos, mesmo que isso envolva o risco de perda máxima em alguns deles (GALANTER, 1976, p.937).

Por esses motivos, *repeat players* pouco têm a ganhar com o incentivo de métodos consensuais de resolução de controvérsias, pois o processo judicial pode lhes garantir certas vantagens, mesmo que os resultados em certas demandas lhes sejam “negativos”. Isso porque há diferenças entre os resultados almejados pelos diferentes tipos de litigantes.

O litigante ocasional, em regra, não se preocupa com decisões futuras sobre casos similares (GALANTER, 1976, p.938) que poderiam até mesmo influenciar na ação de *decision makers* e na formulação de políticas públicas.

Por outro lado, para o litigante habitual, mesmo que seja condenado — o que efetivamente tem acontecido no Brasil, conforme informações supracitadas — o acolhimento de apenas um argumento, de uma tese que possa influenciar nas decisões futuras já lhe pode ser tomado como resultado favorável.

Assim, em nosso sistema, poucos litigantes são responsáveis pela imensa maioria dos processos judiciais, o que torna o acesso à justiça material um processo lento, demorado e ineficiente, traços marcantes da chamada crise do judiciário, que afetam principalmente aqueles que aguardam respostas imediatas da jurisdição.

2.4. O estado da crise do judiciário

A investigação de todas as causas e origens da famigerada crise do poder judiciário é tarefa árdua e muitos processualistas indicam fatores distintos para tal problema. Entretanto, cabe mencionar que tal pesquisa não é nova na doutrina processual brasileira.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, acreditava que a morosidade e o custo dos processos; a burocratização em sua gestão; a complicação procedimental; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários (GRINOVER, 2008, p.24).

Tais fatores implicam não só o descrédito na magistratura e nos operadores do Direito, mas acaba por incentivar a litigiosidade latente — a qual se consubstancia em conflitos sociais — ou tem como condão propiciar a busca por meios alternativos violentos ou de qualquer modo inadequadas (GRINOVER, 2008, p.24-5).

Dos fatores elencados supra, é senso comum entre os juristas que a (de) mora do judiciário na entrega da prestação jurisdicional é um dos traços mais marcantes de sua crise. Isso porque o exercício do direito fundamental de acesso à Justiça pressupõe a eficiência dos mecanismos oficiais de resolução de conflitos. Tal se justifica à medida que a mora da jurisdição põe em risco a própria utilidade do provimento jurisdicional. Relembrando célebre frase atribuída a Rui Barbosa, para quem “*Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”, pode-se concluir que a mora jurisdicional abala a crença popular de que o judiciário seria o melhor caminho para dirimir todas as situações conflituosas na sociedade.

Entretanto, esse tardar na prestação jurisdicional não é falha que deva ser atribuída apenas aos fatores institucionais do poder judiciário.

Com razão, Barbosa Moreira já nos alertava para o fato de que uma das causas da morosidade dos processos judiciais diz respeito a ser conveniente a uma das partes estender a marcha processual da maneira mais demorada quanto possível.

No entendimento do supramencionado processualista, trata-se de verdadeiro equívoco supor que ambas as partes de qualquer processo aspiram fortemente a um desfecho rápido e se sentem frustradas pelo retardamento. Para ele, há boas razões para antes supor coisa bem diferente: pelo menos um dos litigantes prefere ver demorar o resultado do pleito (MOREIRA, 2006, p.372).

No âmbito do processo civil isso é facilmente perceptível no campo do processo de execução, no qual o retardamento da marcha processual pode, de alguma forma, ser benéfica ao devedor. No processo penal, pode gerar a extinção da punibilidade pela prescrição.

Esse desejo de prolongar o feito pode provocar em alguma das partes do processo (até mesmo de terceiros interessados) manobras puramente dilatórias, dentre as quais a mais comum é a utilização do sistema recursal como instrumento de perpetuação da lide (MOREIRA, 2006, p.372).

Parafraseando Barbosa Moreira, será preciso investigar também se há interesse comum na resolução consensual de determinadas demandas ou se antes

podemos supor coisa bem distinta: pelo menos os litigantes habituais podem obter grandes vantagens a partir da judicialização excessiva de determinadas demandas.

A partir de tais premissas, pode-se aduzir que a crise do judiciário não é fenômeno atribuído apenas a fatores intrainstitucionais, sendo possível concluir que alguns deles são típicos da organização institucional da jurisdição e outros derivam até mesmo da utilização predatória dos serviços judiciais por parte daqueles que estão acostumados a serem demandados em juízo, os chamados litigantes habituais.

Assim, poucos litigantes são responsáveis pela imensa maioria dos processos, o que torna o acesso à justiça material um processo lento, demorado e ineficiente, traços marcantes da chamada crise do judiciário, a qual tem afetado diretamente aqueles que litigam apenas esporadicamente, chamados de *one-shotters* (GALANTER, 1976, p.937).

A solução para a esboçada crise não aparenta ser nada simples. Não é suficiente aparelhar o judiciário com criação de novas varas, aumentar o número de juízes² ou incrementar os meios de acesso à jurisdição. Em que pese ser salutar que haja crescimento do acesso à justiça e que seja ampla a universalidade da jurisdição, isso pode acabar formando uma verdadeira bola de neve (GRINOVER, 2008, p.24). Por outro lado, sabe-se que quem contribui para crescimento do número de processos no país são justamente aqueles que possuem as melhores condições de defenderem seus interesses em juízo.

Nesse sentido, pode-se dizer que tais atores têm dominado o sistema judicial brasileiro, utilizando dos institutos processuais como meios de atenuarem suas possibilidades de perdas, de modo que grande parte do tempo de juízes e servidores é dispendida para atender a um padrão de demandas em que é possível encontrar-se sempre as mesmas figuras, a mesmas condutas (ilícitas), o que nos permite concluir que esse processo contribui para a formação a um certo padrão decisório que tem sido benéfico a esse tipo de litigante.

Entretanto, ainda nesse cenário de crise, a busca pela efetividade processual constitui preocupação recorrente em um Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível a concretização de uma resposta jurisdicional que seja capaz de materializar a precípua função do processo de efetiva realização dos direitos (FRANCO, 2016, p.26).

² Segundo o *Justiça em Números*, de 2018, em 2017 o judiciário contou com a atuação de 319 novos juízes, mas, mesmo assim, o número de processos aguardando solução jurídica cresceu em relação ao ano base de 2016 (CNJ; 2018, p.197).

Dessa forma, considerando que a tendência é o aumento da litigiosidade, que o sistema de justiça tem sido utilizado de maneira predatória por quem mais litiga e que a jurisdição pode, inclusive, não ter como objetivo primordial resolver todos os conflitos existentes, faz-se necessária a construção de um novo modelo de litigância, com foco não simplesmente na composição (ou autocomposição), mas sim na prevenção e resolução em torno de conflitos latentes na sociedade. Um modelo capaz de solucionar a lide sociológica³ e não só aquela pequena ponta do iceberg que é levada a juízo (GRINOVER, 2008, p.25).

3. A urgente necessidade de modelos adequados de enfrentamento da litigiosidade habitual

Por todo o exposto, é possível concluir que o atual modelo se tornará cada vez menos eficaz na efetivação de direitos, mormente porque o seu principal guardião — o Judiciário — passa por uma grave crise, sem previsão de melhoras a curto prazo.

O Ministro Marco Aurélio Buzzi, alertando para a urgente necessidade de mudança cultural no tratamento da litigiosidade, aduz que a excessiva judicialização de determinadas demandas leva à consequência de não serem supridas as exigências das populações no concernente à efetiva resolução das lides que se originam das relações materiais do seu cotidiano, em tempo considerado útil (BUZZI, 2014, p.454).

Por outro lado, é interessante salientar que muitas medidas já foram tomadas com a pretensão de adequar a prestação jurisdicional a tempos de litigiosidade massificada. Institutos como mediação, conciliação e arbitragem são as apostas mais discutidas no campo do processo civil moderno. Em apertada síntese, trata-se das chamadas *ADR's* ou métodos adequados de resolução de conflitos, apontados por Humberto Theodoro Júnior como ferramentas capazes de gerar a diminuição da litigiosidade e, por consequência, minorar a crise do judiciário.

Com efeito, o CPC/15 não só estimula a resolução consensual dos conflitos, como enseja a criação, pelos tribunais, dos Centros Judiciários de Solução Consensual dos Conflitos (CEJUSC), os quais são responsáveis por realizar

³ Com razão, expõe Ada Pellegrini que “resulta daí que o método contencioso de solução das controvérsias não é o mais apropriado para certos tipos de conflito, em que se faz necessário atentar para os problemas de relacionamento que estão à base da litigiosidade, mais do que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas” (GRINOVER, 2008, p.25).

sessões de conciliação e mediação, bem como desenvolver programas destinados a auxiliar e fomentar a autocomposição (THEODORO JÚNIOR, 2016, p.76).

Entretanto, é possível notar que tais mecanismos não impedem que os litígios em massa continuem batendo às portas do judiciário. Tal afirmação pauta-se pelo relatório Justiça em Números de 2020, segundo o qual o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, ainda aguardando alguma solução definitiva (CNJ, 2020, p.180).

Outra razão a ser considerada é que os grandes litigantes do sistema pouco incentivam tais mecanismos de resolução de conflitos e — mesmo que incentivem — a negociação entre um litigante ocasional e o organizacional nem sempre é simétrica, podendo gerar criticáveis processos de harmonização coerciva (NADER, 1994, p.18-29).

Um dado importante ressaltado por relatórios anteriores do CNJ é que em toda série histórica, o ano de 2017 era considerado o de menor crescimento do estoque, com variação de 0,3%, ou seja, um incremento de 244 mil casos em relação ao saldo de 2016. Esse resultado decorreu, em especial, do desempenho da Justiça Estadual, que apesar de registrar historicamente um crescimento médio na ordem de 4% ao ano, variou em 2017 apenas 0,4% (CNJ, 2018, p.73).

Não obstante, tal dado positivo (incremento de “apenas” 244 mil em comparação ao ano-base anterior) é resultado da conjugação de dois fatores históricos: I — a atuação de 319 novos juízes e; II — o maior índice de produtividade da história (de servidores e magistrados).

Vê-se, portanto, que os esforços no sentido de frear o aumento da litigiosidade, por mais que tenham obtido resultados positivos, não parecem ser capazes de, por si sós, solucionar a grave crise do judiciário, marcada principalmente pela morosidade. Fernando Jayme, por exemplo, criticava a ausência no projeto de Novo CPC de um modelo distributivo de justiça e, citando o juiz Roberto de Figueiredo Caldas, salientava que tal modelo seria mais eficaz para prevenir litígios e diminuir muito o número de causas em juízo, especialmente aquelas atinentes a disputas repetitivas, como ações de cobrança em que uma das partes sempre pretende postergar a resolução do feito (JAYME, 2012, p.144).

Conforme Ada Pellegrini, precisa-se de um modelo que estude a lide sociológica, a litigiosidade de base sobre a qual se edificam a maior parte dos conflitos levados ao judiciário. Nesse sentido, o caminho perpassa necessariamente pela mudança da cultura jurídica, a qual volta suas atenções para o litígio apenas quando este já se estabeleceu entre as partes. O salutar seria a construção de um

sistema voltado para a prevenção dos possíveis litígios que podem surgir entre os jurisdicionados, principalmente em torno das demandas repetitivas que são responsáveis pelo abarrotamento do judiciário.

Não obstante, tal não será possível senão por meio de grandes transformações na forma como se estuda, ensina e se exerce o Direito. Como qualquer ciência, o Direito não encontrará soluções para problemas que persistem no nosso tempo — como a crise do judiciário e a litigiosidade repetitiva — caso continue sendo interpretado e exercido da mesma maneira que se fazia há décadas (JAYME, 2012, p.143).

E, no campo do processo civil, faz-se necessário um modelo que leve em conta o litígio em si, suas origens e que se preocupe com as maneiras de prevenção e que considere a efetivação de direitos como a melhor ferramenta para evitar o surgimento de litígios e impedir a morosidade⁴.

A necessidade de mudança cultural já fora alertada por Fernando Gonzaga Jayme, para quem a excessiva litigiosidade judicial implicava a incapacidade de a jurisdição preservar a coesão da sociedade e assegurar o Estado de Direito (JAYME, 2012, p.138). Para o referido autor, a própria morosidade processual transcende às meras reformas legislativas, devendo ser considerada a partir de processos multidisciplinares.

A litigância estratégica tem grande potencial para ser esse novo modo de compreensão do litígio, visto que se trata de método consistente em estratégias de seleção, organização, estruturação e discussão de questões sociais a partir das quais é possível conquistar mudanças de grande impacto, tais como alterações nos padrões decisórios, na legislação, nas políticas públicas e até mesmo na própria estrutura de governo ou Estado (MONTROYA, 2008, p.149). Tudo com o objetivo de se concretizar direitos em larga escala.

Sendo assim, malgrado serem poucas as discussões no Brasil acerca dessa temática, a litigância estratégica merece um estudo mais aprofundado.

3.1. Conceituação de litígio estratégico

Traçar um conceito de litigância estratégica não é tarefa simples, haja vista suas inúmeras possibilidades de definição. Infelizmente, tal atividade torna-se

⁴ Em crítica ao projeto de lei que deu origem ao Novo CPC, Fernando Gonzaga Jayme aduz que a nova legislação processual não seria eficaz no combate à morosidade justamente por não priorizar mecanismos de efetivação dos direitos (JAYME, 2012, p.149).

ainda mais difícil em virtude da escassa produção científica sobre o tema, sobretudo no Brasil, onde são raríssimos os trabalhos acadêmicos acerca do litígio de alto impacto. O mais comum é o tratamento desse tema em literatura estrangeira.

Adverte-se, desde já, que, ao contrário do que o nome parece indicar, litigar estrategicamente não se trata de adotar meios ardilosos, maquiavélicos ou sorrateiros para vencer uma demanda. Tal seria totalmente incompatível com o novo paradigma processual brasileiro, norteado pelos princípios da cooperação, da lealdade e boa-fé (artigos 5º e 6º do CPC/2015).

O professor colombiano Lucas Correa Montoya, por exemplo, ao se referir à litigância estratégica como litígio de alto impacto, aduz que se trata de método alternativo para exercer o Direito, consistente em estratégias de seleção, organização, estruturação e discussão de questões sociais a partir das quais é possível conquistar mudanças de grande impacto, tais como alterações na legislação, nas políticas públicas e até mesmo na própria estrutura de governo ou Estado (MONTTOYA, 2008, p.149).

Na Argentina, Martín Böhmer e Tatiana Salem, analisando o litígio estratégico no âmbito judicial, afirmam que, para além de promover mudanças substanciais, o litígio paradigmático promove também o acesso à jurisdição para certos setores marginalizados da sociedade. Segundo os escritores argentinos, tal ferramenta teria surgido nos EUA, especialmente pela decisão da Suprema Corte no célebre caso *Brown v. Board of Education* (BÖHMER e SALEM, 2010).

Decerto, não se deve esperar da litigância paradigmática em âmbito judicial o único meio capaz de apresentar mudanças estruturais em determinadas temáticas de cunho social. Essa ferramenta deve ser acompanhada de outras ações que tendem a promover tais reformas. Concomitante a qualquer ação estratégica, deve haver promoção conjunta de uma ampla discussão da temática na agenda pública, visando à conscientização da população sobre a existência de determinado problema, dando ensejo, assim, a certa pressão sob os poderes constituídos pela necessidade de efetivação de certos direitos.

Nesse mesmo sentido, Livia Gil Guimarães entende que o litígio de impacto visa a produzir efeitos duradouros que ultrapassem os limites do caso concreto. Isto é, tem o escopo de provocar mudanças em políticas públicas, na jurisprudência e na legislação, além de promover debates na sociedade de uma forma geral e fortalecer grupos vulneráveis, não se preocupando apenas com o juízo de procedência dos pedidos (GUIMARÃES, 2009, p.14). Sendo assim, tal

forma de litígio difere bastante do modelo clássico, no qual se espera sempre apurar um vencedor do processo, passando a se preocupar prioritariamente com a possibilidade de pacificação em torno da questão controvertida.

Com isso, pode-se dizer que a abordagem apenas judicial do litígio estratégico é insuficiente para a consecução dos objetivos almejados pelos diversos atores que podem se envolver nesta forma de litigância. O estratégico dessa forma de exercer o Direito é justamente a possibilidade de se utilizar várias ferramentas interdisciplinares, sociais e políticas e também contar com participação de vários atores que podem intervir nessas ações (CORAL-DÍAZ *et al.*, 2010, p.71).

O litígio estratégico é um método ou técnica que se insere no campo do litígio de interesse público e, conforme já salientado, um dos seus principais objetivos é lançar luzes sobre situações de desrespeito a direitos, criando uma verdadeira agenda de discussões sobre a temática, de modo que o tribunal, o formulador de políticas públicas ou o próprio legislador manifeste-se sobre o que pode ser feito e como atingir todos os envolvidos em situações de conflito social similares. E, para além disso, mesmo que não tenha sido bem-sucedido, o litígio paradigmático pode influenciar nas ações governamentais, promovendo o que se costuma chamar de *Accountability*⁵, ou controle por parte da população sobre os atos dos governantes.

Finalmente, cumpre notar que a litigância estratégica pode contribuir também para a problematização de determinadas demandas — muitas vezes esquecidas ou pouco debatidas nas searas públicas — bem como para o empoderamento social, tornando pública a discussão acerca da violação de direitos e da necessidade de construção de diálogos interinstitucionais⁶ em busca de um padrão decisório pautado pela deliberação entre os atores envolvidos.

Vê-se, pois, que litigar estrategicamente não é tarefa fácil, devendo todas as ações serem tomadas com cautela, haja vista que tudo o que menos se deseja é a rejeição ou repulsa por determinada demanda, seja dos órgãos com poder decisório e até mesmo da própria sociedade.

Após tecer tais considerações, um conceito amplo de litigância estratégica poderia ser o de um método de analisar, dentro do ordenamento jurídico, quais

⁵ Nesse sentido, sobre *Accountability* no âmbito do poder judiciário são elucidativas as teorizações do Prof. MENDES, Conrado Hübner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

⁶ Nesse sentido, Cf: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

os meios, as vias e os caminhos para se solucionar um conflito social de interesses, visando à conformação em torno dessa problemática, com o objetivo de garantir a efetivação de direitos em larga escala e em menor tempo possível. Trata-se, sobretudo, na esteira do pensamento do professor Lucas Correa Montoya, de uma forma distinta de se compreender o litígio e até mesmo o próprio Direito, vislumbrando possibilidades de conformação social para além do âmbito judicial, sem menosprezar a importância de um modelo decisório pautado no diálogo interinstitucional e que também conte com a participação dos próprios envolvidos no litígio.

No mesmo caminhar, Evorah Lusci Costa Cardoso também acredita que o litígio estratégico é bastante diferente da forma tradicional de advocacia. Para ela, é possível contrapor uma advocacia *client-oriented* a um novo tipo de exercício da advocacia, qual seja, o *issue-oriented* ou *policyoriented* (CARDOSO, 2012, p.41-42).

A grande diferença entre as supramencionadas formas, é que a *Client-oriented* utiliza o direito para atender a demandas a aos interesses do cliente, enquanto a *issue-oriented* busca o impacto social que o caso pode trazer, aplicando, para tanto, o método do litígio estratégico.

Ainda na esteira do pensamento de Cardoso, relembra-se que não há um conceito definido de litígio paradigmático, de sorte se prefere designá-lo como um *discurso-prática*, à medida que o caminho para sistematizar os elementos do litígio estratégico dar-se a partir das próprias experiências das entidades que o praticam (CARDOSO, 2012, p.56).

Trata-se, dito de outro modo, da utilização mais eficiente do sistema de justiça para a solução de problemas complexos e persistentes. Os objetivos, portanto, muitas vezes não serão equacionar definitivamente o problema, mas criar curtos-circuitos que possam ser aproveitados para desestabilizar essas práticas persistentes, expondo a inadmissibilidade de condutas violadoras e, sobretudo, buscando soluções para que estas práticas sejam superadas (ALMEIDA, 2017, p.527-8).

No âmbito do objetivo deste artigo, que pretende investigar as possibilidades de litigância estratégica em prol de frequentadores ocasionais do sistema de justiça, esse modo de litigância é tomado como um mecanismo de enfrentamento da litigância habitual, que age investigando como os *repeat players* têm se valido do Judiciário, não raras vezes, no intuito de dificultar ou postergar o acesso a direitos e desvendando medidas que podem ser realizadas com o objetivo de se dar efetividade a tais garantias em menor tempo possível ou denunciando suas violações.

3.2. Litigância estratégica como modo de enfrentamento da litigiosidade habitual

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, na obra *Teoria Geral do Processo*, aduzem que a pacificação dos conflitos é o escopo magno da jurisdição, e, por consequência, de todo o sistema processual (CINTRA *et al.*, 2012, p.32).

Não é outro o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, para quem a jurisdição é uma função do Estado, por meio da qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.127).

Pensamento diverso é o de Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, para quem o objetivo do Direito não é a pacificação, mas sim a estabilização social ao longo do tempo, criando o que o autor chama de “vínculos com o futuro” (GONÇALVES, 2007, p.35).

Adotando-se uma ou outra posição, fato é que o judiciário tem sido ineficiente no que toca à garantia de acesso à ordem jurídica justa e solução efetiva de controvérsias. Evidentemente, com 77,1 milhões⁷ de processos aguardando solução, dar fim à demanda torna-se, por assim dizer, o objetivo *pragmático* da jurisdição, olvidando-se a função de dar soluções efetivas à litigiosidade de massa.

Tal ineficiência, conforme mencionado, relaciona-se com a excessiva utilização do sistema judicial por poucos litigantes, os quais litigam constantemente em torno de matérias repetitivas, sendo imprescindível um novo mecanismo de enfrentamento da litigiosidade habitual.

É certo que conciliação e mediação são as apostas mais recorrentes dos processualistas e, com efeito, são instrumentos que devem ser aperfeiçoados e incentivados. Por outro lado, a litigância estratégica não é prática que se coloca ao lado de tais mecanismo. Antes, procura estudar e compreender as origens da lesão a certo direito para que possa formatar ações visando à concretização de tais garantias.

Nesse sentido, a desjudicialização da questão, por meio da conciliação e mediação, podem ser vias de litigância estratégica, mas não em todos os casos. Isso porque há *repeat players* que possuem ampla vantagem no sistema judicial (por exemplo, jurisprudência e súmulas favoráveis) de modo que a conciliação tende a ser frustrada.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*/Conselho Nacional de Justiça — Brasília: CNJ, 2020, p.5.

É por isso que se entende que a litigância estratégica deve ser utilizada no enfrentamento da litigância habitual, principalmente quando alguns atores utilizam o sistema de justiça para postergar o acesso a direitos.

A partir do conceito de litigância estratégica formulado por Eloísa Machado de Almeida, para quem tal ferramenta está associada à utilização mais eficiente do sistema de justiça para a solução de problemáticas complexas e persistentes, vê-se que tal instrumento pode ser muito útil no enfrentamento da litigiosidade habitual (quando predatória), a qual circunda em torno das recorrentes violações de determinadas garantias.

Em um sistema em que a litigância é concentrada em torno de poucos atores, os quais inclusive podem valer-se do judiciário de forma predatória, postergando acesso a direitos e impedindo que a jurisdição torne concretas as garantias constitucionais da celeridade e efetividade processual, a litigância estratégica encontra muitas possibilidades de uso e deve, portanto, ser utilizada como mecanismo de enfrentamento de tal modo de litigiosidade e servir de ferramenta de acesso à justiça pela via dos direitos (MARONA, 2013, p.10)

4. Conclusão

O sistema judicial brasileiro passa por uma grave crise no que se refere ao seu objetivo de propiciar o acesso à ordem jurídica justa e efetiva. Traço marcante de tal crise é a morosidade dos processos judiciais, os quais aguardam muitos anos para serem solucionados definitivamente. Algumas das causas da chamada crise do judiciário dizem respeito a fatores institucionais e outros podem estar relacionados até mesmo com a excessiva judicialização de demandas em torno de poucos litigantes.

Com razão, segundo as pesquisas realizadas pelo CNJ e pela AMB, pode-se concluir que o judiciário está acostumado a receber determinados litigantes com mais frequência que outros, daí a clássica distinção entre litigantes ocasionais e habituais. Estes, desfrutando de todas as vantagens de sua estrutura organizacional, muitas vezes apropriam-se do sistema de justiça de forma predatória, insistindo em determinadas condutas já consideradas ilegais, mas que, se judicializadas, podem trazer reflexos favoráveis a longo prazo.

Do outro lado, os litigantes ocasionais possuem objetivos imediatos, pretendem a indenização, o medicamento, a vaga em escolas, dentre outros bens jurídicos, o que faz com que a sua atuação judicial muitas vezes seja desorganizada e sem a compreensão dos efeitos futuros da decisão adjudicada.

No papel de representação processual de grande parte dos litigantes infrequentes, encontra-se a Defensoria Pública, instituição essencial à justiça, a qual representa um contrapoder perante o sistema, que tenta impor limites ao Estado, ao poder econômico e à própria sociedade.

Nesse sentido, o que se tem percebido é que a Defensoria tem buscado uma atuação distinta da simples postulação em juízo para a defesa de seus assistidos. Tal instituição tem percebido que o sistema judicial, muitas vezes, favorece o surgimento de teses contrárias aos interesses dos *one-shotters*, o que tem imposto uma reflexão acerca de suas próprias funções e sobre sua aptidão de ser contrapoder no sistema judicial.

O que se nota é que, em determinadas demandas, contestar, recorrer, impugnar da forma como sempre se fez em nada alterará o padrão decisório desfavorável, em nada será hábil para a concretização do direito em tempo útil. A litigância estratégica rompe com esse modelo clássico, principalmente porque se preocupa com situações de desrespeito persistente e constante a direitos em larga escala.

No nosso sistema de justiça, tal situação é perceptível à medida que litigantes habituais sofrem diariamente condenações bilionárias, mas insistem na reiteração das práticas que ensejaram o litígio, o que pode ser considerado um dos fatores para inundação do judiciário com cerca de 80,1 milhões de processos não solucionados.

Portanto, urge um novo modo de enfrentamento e estudo da litigiosidade no Brasil, principalmente porque *repeat players*, a partir de sua estrutura organizacional, de seu poder de barganha e de todas as suas vantagens podem utilizar o judiciário de forma predatória. Nesse sentido, apropriam-se até mesmo de institutos que originalmente foram pensados para solucionar as demandas de massa, como IRDR e mediação para imporem suas pretensões frente ao litigante ocasional.

Demonstrou-se, portanto, que a litigância estratégica é uma excelente ferramenta que visa ao enfrentamento da litigância habitual predatória, com o intuito de efetivar direitos, muitas vezes sequer ajuizando ações judiciais. O ambiente judicial pode ser desfavorável aos *one-shotters*, mas, a partir dessa nova concepção de litígio e do próprio Direito, será possível enfrentar os males da litigância repetitiva, minorando, portanto, as desvantagens carregadas pelos litigantes ocasionais.

5. Referências

ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Litígio Estratégico e articulação entre jurisdições: caso guerrilha do Araguaia*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Jus Podivum; 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. *Ouso da justiça e o litígio no Brasil*. Relatório encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Coordenação Maria Tereza Sadek. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/amb-mostra-quem-sao-os-maiores-litigantes-pais-10082015>>. Acesso em: 06/07/2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In: RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. RETROSPECTIVA 2008. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril. Maio. Junho de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=344>>. Acesso em: 19.06.2019.

BÖHMER, Martín; SALEM, Tatiana. *Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave*. Documento de Políticas Públicas / Análisis nº 89 I, Buenos Aires, CIPPEC, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*/Conselho Nacional de Justiça — Brasília: CNJ, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*/Conselho Nacional de Justiça — Brasília: CNJ, 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*/Conselho Nacional de Justiça — Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Conselho Nacional de Justiça — Brasília: CNJ, 2011.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *A mudança da cultura pela composição de litígios*. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos / Superior Tribunal de Justiça. — Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum. 2012 (Coleção Fórum de Direitos Humanos, 4).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-AVILA, Lina Marcela. *El Concepto de litigio estratégico en América Latina*. Universitas Bogotá, nº 121: 49-76, Bogotá. 2010.

CORREA-MONTOYA, Lucas. *Litigio de Alto Impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho*. Opin. jurid. [online]. 2008, vol.7, n.14, pp.149-162. ISSN 1692-2530.

COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à Justiça: Promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivum; 2017.

FLORIANI NETO, Antônio Bazílio; GONÇALVES, Oksandro. *O comportamento oportunista do INSS e a sobre utilização do Poder Judiciário*. In: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SOUZA PINTO, Felipe Chiarello de; CLARK, Giovani. — Florianópolis: FUNJAB, 2013, p 484-502.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GALANTER, Marc. *The Duty Not to Delivery Legal Services*. In: U. Miami L. Rev. 929 1975-1976.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação Jurídico-Sociológica da Lei dos Juizados Especiais Federais*. Tese; UFMG: Belo Horizonte, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Fundamentos da Justiça Conciliativa*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 2, n. 5, p. 22-27, abr. 2008.

GUIMARÃES, Livia Gil. *Direito das Mulheres no Supremo Tribunal Federal: Possibilidades de Litígio Estratégico?* Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público — SBDP. São Paulo, 2009.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Necessitamos de um novo Código de Processo Civil?* In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo, uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (Coord.). *Processo Civil: Novas Tendências. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LONDOÑO-TORO, Beatriz. *“Las clínicas jurídicas de interés público en Colombia”*. In: Felipe González (comp.), *Clínicas de Interés Público y Enseñanza del Derecho*. Colección Cuadernos de Análisis Jurídico, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1992.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A constitucionalização da solução pacífica de conflitos na ordem jurídica de 1988*. Tese. UFRN: Natal, 2012.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A ineficácia das reformas processuais diante do uso patológico do Poder Judiciário pelos chamados ‘litigantes habituais’*. Jus Navigandi (Online), v. XXII, p. 59960, 2017.

MARONA, Marjorie Corrêa. *Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal*. 2013. 247 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NADER, Laura. 1994. *Harmonia Coerciva: A Economia Política dos Modelos Jurídicos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 9, n. 26, p. 18-29, out. 1994.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. *A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do excesso de acesso*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Judicialização e desjudicialização — Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário*. Revista de Informação Legislativa, v. 199, p. 25-33, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, vol. I, 2016.

Defensoria Pública, acesso à justiça e vulnerabilidade

Public Defender's Office, access to justice and vulnerability

ROGER MOREIRA DE QUEIROZ

Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo — FADISP. Defensor público do Estado do Amazonas.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de fazer uma reflexão acerca da Defensoria Pública na perspectiva do Estado Defensor, fazendo uma análise da atuação dessa instituição em face das ondas renovatórias de acesso à justiça, a partir das três clássicas ondas pensadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, bem como a quarta onda renovatória de Kim Economides, passando pela quinta onda de Franklyn Roger e Diogo Esteves, e finalizando com a sexta onda renovatória acerca da vulnerabilidade digital. A perspectiva do Estado Defensor implica em potencializar e amplificar a atuação da Defensoria Pública como um verdadeiro instrumento de efetivo acesso à justiça, para além de uma visão estritamente vinculada às práticas forenses, que restringem o direito de acesso à justiça apenas como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. Esta breve análise é feita sob a perspectiva da vulnerabilidade, a fim de relacionar cada onda renovatória com o fenômeno da vulnerabilidade e, por outro lado, questionar em que medida a Defensoria Pública atua com o objetivo de se colocar como instrumento do efetivo acesso à justiça em cada uma dessas ondas.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Acesso à Justiça; Estado Defensor; Vulnerabilidade.

Abstract: This article aims to reflect on the Public Defender's Office from the perspective of the Defending State, analyzing the performance of this institution in face of the renewal waves of access to justice, based on the three classic waves thought by Mauro Cappelletti and Bryant Garth, as well as the fourth renewal wave of Kim Economides, passing through the fifth wave of Franklyn Roger and Diogo Esteves, and ending with the sixth renewal wave about digital vulnerability. The perspective of the Defending State implies enhancing and amplifying the performance of the Public Defender's Office as a true instrument of effective access to justice, in addition to a vision strictly linked to forensic practices, which restrict the right of access to justice only as a synonym for access to Judicial power. This brief analysis is made from the perspective of vulnerability, in order to relate each renewal wave with the

phenomenon of vulnerability and, on the other hand, to question to what extent the Public Defender's Office acts with the objective of positioning itself as an instrument of effective access to justice in each of these waves.

Keywords: *Public Defender's Office; Access to Justice; Defending State; Vulnerability.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Acesso à justiça sob a perspectiva da vulnerabilidade; 2.1 As três ondas clássicas de acesso à justiça; 2.2 A quarta onda renovatória de Kim Economides; 2.3 A quinta onda renovatória de acesso à justiça; 2.4 A sexta onda: a vulnerabilidade digital; 3. Defensoria Pública, acesso à justiça e vulnerabilidade; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

A Defensoria Pública é instituição do sistema de justiça brasileiro que atua como instrumento de efetivação do acesso à justiça e da promoção de direitos humanos. E essa atuação, através de suas múltiplas funções institucionais, tem relação intrínseca com a vulnerabilidade, esta vista como gênero do qual a hipossuficiência econômica constitui uma de suas espécies.

Não obstante a instituição tenha sido gestada sobre o modelo da assistência judiciária, que restringia seu papel a patrocinar o interesse dos pobres em juízo, a sua evolução legislativa tem sido no sentido da ampliação do seu espectro de atuação, para além do mero patrocínio jurídico de causas em que haja interesse de pessoa economicamente hipossuficiente, para alcançar todos aqueles que se encontrem em situação de vulnerabilidade, seja organizacional, técnica, por óbice geográfico, informacional, por debilidades na saúde, por vulnerabilidade digital etc.

Pensar a Defensoria na perspectiva do Estado Defensor implica necessariamente em potencializar e amplificar sua atuação como um verdadeiro instrumento de efetivo acesso à justiça, para além de uma visão ultrapassada e vinculada às práticas forenses, que restringem o direito de acesso à justiça, interpretado unicamente no sentido de acesso ao Poder Judiciário.

Para isso, faz-se uma análise da atuação da Defensoria Pública em face da metáfora das ondas renovatórias de acesso à justiça, desde as clássicas ondas imaginadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, bem como a quarta onda renovatória sugerida por Kim Economides, passando pela quinta onda de Franklyn Roger e Diogo Esteves, finalizando com a sexta onda renovatória sobre a vulnerabilidade digital.

Esse estudo do acesso à justiça é feito sob a perspectiva da vulnerabilidade, a fim de relacionar cada onda com o fenômeno da vulnerabilidade e, por outro lado, perquirir em que medida a Defensoria Pública atua com o objetivo de se colocar como instrumento do efetivo acesso à justiça em cada uma dessas ondas¹.

2. Acesso à justiça sob a perspectiva da vulnerabilidade

O estudo do acesso à justiça tem se destacado nas últimas décadas, possibilitando diversos trabalhos acadêmicos com essa importante temática. É inegável a relevância desse direito para a ciência jurídica da pós-modernidade, principalmente levando-se em conta que o que se busca na atualidade é que as declarações de direitos não permaneçam apenas num plano abstrato, mas, ao contrário, sejam plenamente aplicáveis, pois a mera proclamação de direitos, sem a sua efetivação na prática, torna a ciência jurídica estéril, sem sentido e de muita pouca valia.

Olhar para o acesso à justiça sob o prisma da vulnerabilidade significa pensar nesse importante direito sem romantizá-lo, sem procurar apenas tratá-lo como o ideal preconizado pela doutrina clássica sobre o tema. O recorte que é feito neste artigo busca analisar como se dá (ou se dificulta) esse acesso aos vulneráveis, num ciclo que cria e reproduz desigualdade.

Bobbio (2004, p.9) destaca a contradição entre a literatura jurídica que faz a apologia da era dos direitos e aquela que procura denunciar a imensa massa dos “sem-direitos”, uma vez que os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, ao passo que os direitos de que fala a segunda são todos aqueles que a maioria esmagadora da humanidade não possui de fato (mesmo que sejam solene e repetidamente proclamados).

Esse conceito de Norberto Bobbio traz à tona a reflexão de que a mera proclamação de direitos, sem a consequente efetivação dos mesmos, faz com que esses direitos não tenham utilidade prática para o mundo da vida.

De fato, de nada adianta um extenso rol de direitos abstratos e exaustivamente proclamados sem os competentes mecanismos para sua concretização e realização.

Destaca-se que é da autoria de Maia (2020) a elaboração da *teoria jurídica do ciclo da vulnerabilidade social*, a qual busca a construção e a concatenação jurídica dos

¹ O presente artigo foi escrito a partir da dissertação de mestrado deste autor em Função Social do Direito na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.

seus elementos formativos — a necessidade, a hipossuficiência, a vulnerabilidade, o risco e o dano — com a legitimidade institucional da Defensoria Pública, como fundamento constitucional para a amplificação do acesso à justiça, através da assistência jurídica integral.

A tese de Maia (2020) explora as conexões entre a proteção constitucional dos vulneráveis e a assistência jurídica integral via Defensoria Pública, ofertando uma nova perspectiva criteriosa para a atuação afinada com a maximização do acesso à justiça. Além da teoria jurídica do ciclo da vulnerabilidade social, a tese também concebe a ideia de círculo vicioso da vulnerabilidade social e a concepção de “povo mosaico”, que se coadunam com a proposta de buscar o efetivo acesso à justiça.

Trata-se do que Bueno (2018, p.50) define como um dos mais básicos princípios constitucionais do processo civil, que tem como sinônimos “acesso à ordem jurídica justa”, “inafastabilidade da jurisdição” ou “inafastabilidade do controle jurisdicional”.

De acordo com Costa Neto (2011), o acesso à ordem jurídica justa pressupõe técnica processual com aptidão para satisfazer os objetivos aos quais se propõe, ensejando assim o liame entre acesso à justiça e efetividade processual; o acesso meramente formal à justiça, ainda que consentâneo com o ideário liberal clássico, não atende aos reclamos de efetivação de direitos substantivos a uma atuação estatal positiva, típicos ao *Welfare State*²; outro ponto que merece destaque é indagar quanto tempo logrará a parte permanecer sem a disponibilidade do recurso econômico investido para ingresso em juízo, evidenciando que o fator econômico tem reflexos sobre a relação jurídica processual como elemento de desestabilização das partes.

Essa é a pedra de toque do tema do acesso à justiça: falar sobre acesso à justiça, portanto, significa muito mais do que o mero acesso formal à justiça, já que podem acontecer situações em que o desnível entre as partes exerça um papel preponderante no equilíbrio da relação jurídica processual, tornando esse direito praticamente uma utopia inatingível.

Nos termos do artigo 6º, § 1º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais³, se a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um tempo razoável, ela é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

² Como, por exemplo, em relação ao custo do processo, que pode ser superior ao montante da controvérsia, ou ainda consumir todo o conteúdo do pedido, tornando a demanda uma futilidade.

³ Tal disposição consiste no direito a um processo equitativo.

Para Castilho (2015, p.392), não basta haver leis, é preciso haver decisão e ação para que os direitos previstos na legislação sejam aplicados, pois como é possível estabelecer que todos sejam iguais perante a lei se nem todos conseguem acesso à informação, à saúde e à segurança?

Para quem se encontra em situação de vulnerabilidade não basta que existam leis que proclamem direitos, pois não haverá acesso efetivo à justiça para aqueles que sequer sabem que têm direitos, não conhecem as práticas jurídicas e, em alguns casos, até têm receio de ingressar em um fórum de justiça ou local semelhante para resolver suas demandas. Dessa forma, a vulnerabilidade pode configurar um óbice para o acesso à ordem jurídica justa.

Bobbio (2004, p.23) destaca que o problema fundamental em relação aos direitos do homem na atualidade não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, pois trata-se de um problema político e não filosófico.

E essa proteção se concretiza no efetivo acesso à justiça, que tem na Defensoria Pública o instrumento para esse importante desiderato. A assistência jurídica integral e gratuita prestada pela Defensoria pode abrir muitas portas que sempre estiveram fechadas para as pessoas e grupos vulneráveis.

Para Maia (2019, p.49-65), o direito de acesso à justiça constitui um direito de direitos, pois através dos mecanismos de acesso à justiça é que se faz possível buscar o status de cidadania decorrente do gozo e fruição livre de direitos e, desse modo, constitui o mais fundamental de todos os direitos humanos, sendo via não somente para reconhecer direitos, como também para protegê-los.

Em estudo sobre o acesso ao direito e à justiça, Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2002) parte da hipótese geral que o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado, de modo que garantir o acesso ao direito corresponde a assegurar que os cidadãos, em especial os socialmente mais vulneráveis, tenham conhecimento de seus direitos, possam manifestar inconformação face à sua lesão e tenham condições para superar os custos de oportunidade, bem como os óbices econômicos, sociais e culturais a esse acesso.

No intuito de aperfeiçoar a efetividade do processo, para que o acesso à justiça seja encarado como o direito à tutela jurisdicional efetiva, Costa Neto (2011) observa que constitui obrigação do Estado não apenas propiciar abstratamente o direito de acesso à Justiça, mas também garantir os meios para que, dentro do processo, sejam superadas as desigualdades de fato.

Segundo Bueno (2018, p.50), uma vez provocado, o Estado-juiz tem o *dever* de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta, ainda que ela seja

negativa, dizendo que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isso, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se existe, ou não, direito a ser tutelado, ou seja, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional, por diversos motivos, inclusive por faltar o mínimo indispensável para o que a própria Constituição Federal exige como devido processo legal.

Tendo em mente a importância do direito de acesso à justiça e considerando que o pleno exercício desse direito significa muito mais do que o mero acesso ao judiciário, principalmente levando em conta as situações de vulnerabilidade, há que se perquirir sobre o papel da Defensoria Pública como instrumento garantidor desse acesso, nas ondas renovatórias de acesso à justiça, como será tratado a seguir.

2.1. As três ondas clássicas de acesso à justiça

Cappelletti e Garth (1988, p.8) consideram a expressão “acesso à justiça” como de difícil definição, mas que serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Segundo os autores, em primeiro lugar, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; em segundo lugar, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Tais autores partem da premissa básica de que a justiça social, tal como aspirada pelas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo.

No intuito de buscar soluções práticas para os problemas de acesso à justiça nas sociedades contemporâneas, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentaram, sob a metáfora do movimento das ondas, as chamadas ondas renovatórias do acesso à Justiça.

A primeira onda de Cappelletti e Garth (1988, p.32) se refere à assistência judiciária para os pobres, seja através do sistema *judicare*⁴, com advogados particulares pagos pelo Estado, seja mediante corpo jurídico remunerado

⁴ No sistema do *judicare*, a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são remunerados pelos cofres públicos. Esse modelo, embora esporadicamente adotado em alguns Estados brasileiros, não se tornou predominante no Brasil. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um modelo público de assistência jurídica gratuita como obrigação do Estado, devendo ser prestado e gerido por entidades estatais incumbidas da identificação de soluções estruturais e de mecanismos capazes de inibir ameaças ou violações em larga escala de direitos humanos, especialmente os de natureza social e coletiva. Vide: ALVES, Cleber Francisco. *Defensoria pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Cleber Francisco Alves, Pedro González. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 56.

pelos cofres públicos⁵. A intenção dessa onda renovatória é proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Os autores observaram que, com a previsão da assistência judiciária, o direito ao acesso foi reconhecido e se lhe deu algum suporte, entretanto o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo, resultando em serviços ineficientes.

A segunda onda renovatória de Cappelletti e Garth (1988, p.49-51) enfrenta o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diferentes daqueles dos pobres, de caráter individual. Visando transcender a concepção tradicional do processo civil, de cunho individualista, onde o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, para solução de controvérsia envolvendo interesses individuais, essa onda renovatória busca atender a direitos que se referem a um grupo de indivíduos, trazendo uma concepção social, coletiva, para a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos.

Essa onda renovatória busca ser efetivada através de três modalidades de iniciativas: i) Ação Governamental; ii) técnica do Procurador-Geral Privado; e iii) técnica do Advogado Particular do Interesse Público.

Para Cappelletti e Garth (1988, p. 51-52), a Ação Governamental não foi muito bem sucedida, pois tanto em países de *common law* quanto em países de sistema continental europeu, pois as instituições governamentais que deveriam atuar para proteção do interesse público (o Ministério Público dos sistemas continentais, o *Staatsanwalt* alemão e a *Prokuratura* soviética, por exemplo) estavam sujeitas à pressão política, esvaziando a proteção dos interesses difusos, que não raro devem ser afirmados contra o Estado.

A técnica do Procurador-Geral Privado, segundo Cappelletti e Garth (1988, p.55), permite a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos, de maneira suplementar à ação do governo. Muitas dessas ações têm o objetivo de impugnar e paralisar determinada ação do governo.

Quanto à técnica do Advogado Particular do Interesse Público, mediante o reconhecimento de grupos, se reconhece a necessidade de permitir ações coletivas no interesse público, onde grupos representativos podem demandar direitos coletivos que o Ministério Público não tenha vindicado de maneira eficiente. Em países de *common law*, existe a figura da *relator action* (ação delegada), que pode ser intentada por uma parte que normalmente não teria legitimidade para a causa,

⁵ Nesse caso, os advogados são servidores públicos.

mas que obtém permissão, ou “fiat”, do procurador-geral para isso. Cappelletti e Garth (1988, p.55-63) afirmam que esses advogados do interesse público têm sido criticados por não serem responsabilizáveis pelos interesses que eles representam.

A terceira onda renovatória de acesso se refere a um novo enfoque do acesso à justiça, ou seja, do acesso à representação em juízo a uma concepção amplificada de acesso à justiça.

Para Esteves e Silva (2018, p.39), essa onda renovatória expõe o problema dos procedimentos judiciais, seus custos e seu tempo de duração, sendo formuladas propostas alternativas, como a preponderância da oralidade e a concentração dos ritos processuais, a redução dos custos do processo, bem como a adoção de métodos adequados de solução de conflitos como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

O acesso à justiça, segundo Esteves e Silva (2018), pode se dar tanto pela jurisdição, através do Poder Judiciário, quanto por outros métodos *adequados*⁶, ampliando as possibilidades de acesso à Justiça.

Para Esteves e Silva (2018, p.39-40), quando se fala em acesso à justiça há uma associação com a atividade judiciária, como se a única forma de solucionar um conflito de interesses fosse através da submissão da questão ao Poder Judiciário, contudo não podemos fechar os olhos para os denominados métodos alternativos de solução de litígios previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Cappelletti e Garth (1988, p. 67-73) sustentam que essa onda renovatória busca um novo enfoque para o acesso à Justiça, ou seja, do acesso à representação em Juízo a uma concepção mais ampla de acesso, incluindo a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, com fito de processar e prevenir litígios, bem como reforçar as técnicas das duas primeiras ondas, a fim de melhorar o acesso, com nítido objetivo de fazer efetivos os direitos de indivíduos ou grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária. Esses novos direitos exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis, onde se reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio, bem como levar em conta que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais.

⁶ A doutrina tradicionalmente denomina de meios *alternativos* de solução de conflitos. A expressão métodos adequados é cunhada por Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva.

2.2. A quarta onda renovatória de Kim Economides

Busca-se nessa onda renovatória uma dimensão ética e política da administração da justiça, com ênfase sobre a responsabilidade profissional e o ensino jurídico.

Segundo Economides (*in* PANDOLFI, 1999, p.62), esta perspectiva analítica deriva do fato de que o autor considera que a essência do problema não está mais limitada ao acesso dos cidadãos à justiça, incluindo também o acesso dos próprios advogados à justiça, pois o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça.

Economides (*in* PANDOLFI, 1999, p.62-63) chama a atenção para duas áreas principais a serem consideradas: a primeira refere-se à natureza do problema do acesso à justiça, incluindo os aspectos metodológicos que cercam os estudos sobre a questão da mobilização da lei pelos cidadãos; a segunda área relaciona-se com as definições contemporâneas de justiça, ou seja, enfatiza o problema epistemológico de definir a que realmente se quer dar acesso aos cidadãos: acesso a quê? Seu principal argumento se refere à necessidade de se fazer uma conversão de justiça civil para justiça cívica, destacando que o movimento contemporâneo de acesso à justiça precisa voltar sua atenção para o novo tema da ética profissional.

O pensamento acadêmico sobre o acesso à justiça, segundo Economides (*in* PANDOLFI, 1999, p.66), começou a transcender as perspectivas econômicas, surgindo novas metodologias que enfocavam outras barreiras no caminho da justiça, como as barreiras de caráter psicológico, com especial destaque para o medo que as pessoas sentem em relação aos advogados e ao sistema judiciário, ou ainda as barreiras geográficas, como as mencionadas em outra pesquisa feita no Reino Unido por Economides e Blacksell (1987), conduzido com geógrafos, onde se expôs a barreira da distância física ao acesso aos serviços jurídicos. O autor faz referência ao Brasil, como quinto maior país do mundo, com aldeias indígenas localizadas em espaços de difícil acesso, afastadas do ordenamento positivo brasileiro em termos geográficos e culturais. Não obstante o acesso à justiça ter, certamente, uma significativa dimensão geográfica, a maioria dos primeiros estudos sobre as “necessidades jurídicas” descuidou completamente desse aspecto.

Campilongo (1991, p.72-106) afirma que se o Estado apoiar ativamente serviços jurídicos preventivos, não se restringindo a financiar o trabalho de profissionais privados por intermédio de planos de assistência jurídica, mas investindo diretamente também no trabalho dos tribunais e nos serviços

extrajudiciais e paralegais, o resultado inevitável será a melhoria do acesso dos cidadãos à justiça e, por conseguinte, se os serviços jurídicos estatais, na forma de centros de aconselhamento ou de justiça, forem estabelecidos em comunidades onde as necessidades sejam particularmente agudas (por exemplo, dentro das comunidades ou favelas) tais serviços preventivos poderiam ter um efeito considerável em termos de estímulo à demanda (e uso) dos serviços judiciais.

Contudo, Economides (*in* PANDOLFI, 1999, p.68) diz que existem poderosos desestímulos para que qualquer governo contemple um investimento em serviços jurídicos preventivos: a) o governo corre o risco de ser parte na mesma ação legal que financia; b) ao estimular o litígio colocando à disposição procedimentos informais e juizados de pequenas causas, podem-se exacerbar os problemas gerais de congestionamento (e custos) dos tribunais do sistema judiciário mais amplo; c) investir diretamente no ataque às causas da pobreza e das injustiças pode ser uma estratégia mais eficiente de assegurar “justiça” do que a dependência de advogados e remédios jurídicos. Apesar de tais problemas, Kim Economides afirma que os serviços jurídicos preventivos podem atuar como um ímã, atraindo problemas legais, enquanto, ao contrário, os serviços jurídicos tradicionais baseados no mercado apenas reforçam as desigualdades do mercado, repelindo serviços jurídicos não lucrativos.

Assim, na esteira da metáfora das “ondas” renovatórias de acesso à justiça do Projeto de Florença, Economides (*in* PANDOLFI, 1999, p.72) sugere a existência de uma quarta onda do movimento de acesso à justiça, que seria o acesso dos operadores do direito (inclusive dos que trabalham no sistema judicial) à justiça. Essa onde expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional quanto para o ensino jurídico.

Refletindo sobre essa quarta onda renovatória, pode-se indagar até que ponto o ensino jurídico tradicional, ministrado nas faculdades de direito, classicamente voltado para o mercado e a motivação do lucro, estaria apto a formar operadores do direito com responsabilidade social para com os grupos socialmente excluídos. Os estudantes de direito de hoje são formados para se preocuparem com a função social do direito, com questões éticas que transcendem às fronteiras do processo judicial, buscando atuar com responsabilidade social e transparência ou se formam com o objetivo exclusivo de buscar o seu próprio bem-estar econômico e social, e, tão somente, o retorno financeiro pelo desempenho de seu trabalho profissional? Essa reflexão importa na medida em que o ensino jurídico deve servir para

algo mais do que formar meros repetidores de conhecimento acadêmico, pois os estudantes de direito de hoje serão aqueles que, num futuro próximo, irão decidir, opinar, defender, convencer, influenciar, enfim, transformar a vida dos jurisdicionados para melhor ou pior.

Economides (*in* PANDOLFI, 1999, p.73) indaga que tipo de justiça os cidadãos devem aspirar, afirmando que em vez de nos concentrarmos no lado da demanda, deveríamos considerar mais cuidadosamente o acesso dos cidadãos à justiça do lado da oferta, analisando dois níveis distintos: i) o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; ii) uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça. Uma vez vencidas as barreiras para admissão aos tribunais e às carreiras jurídicas, indaga-se de que maneira o cidadão poderia se assegurar de que tanto juízes quanto advogados estejam equipados para fazer justiça.

Essa visão baseada na ética e no efetivo acesso à justiça dos profissionais do direito poderia revolucionar as carreiras jurídicas, chegando ao ponto de transmutar meros operadores do direito, com o olhar voltado unicamente para o lucro e o mercado, em agentes de transformação social.

Para Economides (*in* PANDOLFI, 1999, p.74-75), os direitos humanos deveriam receber um *status* especial no currículo das faculdades de direito, devido à sua importância capital, tanto para a cidadania, quanto para a profissionalização do futuro jurista, e certamente precisam tornar-se uma parte mais central da identidade profissional dos advogados, merecendo, por conseguinte, um lugar de destaque no currículo das faculdades de direito do futuro.

Esteves e Silva (2018, p.46) entendem que essa formulação teórica não conforma a estruturação de uma quarta onda renovatória de acesso à justiça, pois parte de premissas metodológicas diversas daquelas originalmente adotadas pelo “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, não obstante reconheçam que as ponderações realizadas pelo professor Kim Economides sejam extremamente válidas e absolutamente necessárias para a modernização dos sistemas jurídicos e para a capacitação dos profissionais do direito.

2.3. A quinta onda renovatória de acesso à justiça

Esteves e Silva (2018, p.46-49) são responsáveis pela formulação teórica da existência de uma quinta onda renovatória de acesso à justiça: a internacionalização da proteção dos Direitos Humanos.

Ramos (2015, p.147) afirma que no segundo pós-guerra a tutela dos Direitos Humanos ganhou significativa atenção, com a produção de importantes instrumentos jurídicos internacionais de proteção, tais como a Carta de São Francisco, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que configuram o que a doutrina denomina de “Carta Internacional de Direitos Humanos” (*International Bill of Rights*).

O processo de generalização da proteção internacional dos Direitos Humanos deu origem a um novo movimento de acesso à justiça, que consubstancia uma nova onda renovatória, voltada à efetividade da proteção jurídica do indivíduo em face do próprio Estado que deveria dar-lhe proteção. Por esse motivo, Esteves e Silva (2018, p.46-47) afirmam que a internacionalização da proteção dos Direitos Humanos abre um novo caminho para o acesso à justiça, viabilizando-se a defesa paraestatal do indivíduo, quando o sistema jurídico interno se mostra inapto para garantir a efetiva tutela de suas legítimas pretensões jurídicas.

No entanto, Esteves e Silva (2018, p.48-49) identificam três fatores impeditivos do acesso à justiça no plano internacional: a) a existência de cortes internacionais aptas a garantir a tutela jurídica contra atos estatais; b) a possibilidade de efetivação de uma sentença internacional; c) a facilitação dos indivíduos, grupos ou entidades à jurisdição internacional e a facilitação do procedimento perante as Cortes Internacionais. Essa crescente preocupação com a universalidade e a necessária proteção dos direitos humanos, pode ser atribuída aos sistemas protetivos regionais (europeu, americano e africano), revelando uma nova onda de acesso à justiça.

2.4. A sexta onda: a vulnerabilidade digital

Destaque-se que há debate em andamento sobre a existência de uma sexta onda renovatória de acesso à justiça, que se refere aos excluídos digitais. O avanço dos meios tecnológicos possibilitou a multiplicação de plataformas digitais que são utilizadas em todos os setores da vida, incluindo os serviços do Poder Judiciário, onde as audiências passaram a ser registradas em mídia digital, a fim de preservar a realidade do que é manifestado pelas partes no momento da audiência, as intimações passaram a ser efetivadas pela via digital, e até mesmo as audiências instrutórias, que tradicionalmente eram realizados com a presença das partes, durante a pandemia de Covid-19 passaram a ser realizadas mediante videoconferência, através da internet.

É inegável que tais mudanças representam um avanço para a modernização da justiça e a celeridade de seus processos. Cabe refletir que nem todos possuem os mesmos meios de acesso às plataformas virtuais disponibilizadas pelos tribunais pátrios, seja porque não sabem manusear os instrumentos tecnológicos, seja porque não possuem acesso à rede mundial de computadores ou possuem um acesso deficiente.

Nesse contexto, para aqueles que não dispõem de acesso aos meios digitais, ou o tem de forma precária, há inegável óbice para o acesso à justiça, configurando uma espécie de vulnerabilidade que impede o acesso pleno à justiça.

Em artigo publicado no *Conjur*, Gonçalves Filho (2020) afirma que a tecnologia gera uma nova categoria de vulneráveis que causa impacto no direito de acesso à justiça, revelando que os obstáculos identificados no século XX, assim com as ondas de superação, já não são mais os mesmos.

Em obra sobre a Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos, Gonçalves Filho (2020, p.184) sustenta que na atualidade tem-se identificado novas espécies de vulnerabilidade, a exemplo da vulnerabilidade digital, que engloba tanto o modo analógico (*off-line*) — coleta de dados em estabelecimentos comerciais — como o modo digital (*on-line* ou cibervulnerabilidade) — quando, por exemplo, há coleta de dados através do uso de *smartphones*. Esta temática tem sido objeto de debate entre defensores públicos de todo o país através de grupo de aplicativo de comunicação (*WhatsApp*). Em diálogo ali estabelecido, os defensores públicos Roger Feichas e Bheron Rocha observaram que este possivelmente será o novo desafio da Defensoria Pública, principalmente no que diz respeito aos dados sensíveis previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (LEI 13.709/2018).

No projeto “*Global Access to Justice Project*” (Projeto Global de Acesso à Justiça) há menção expressa acerca da existência de uma sexta onda (dimensão) renovatória de acesso à justiça, com iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça⁷.

Obviamente o tema da vulnerabilidade eletrônica ou vulnerabilidade digital ainda comportará desdobramentos teóricos, fazendo-se o registro neste artigo de que há um debate em andamento na doutrina, podendo resultar na constatação da existência de uma nova barreira para o exercício dos direitos, a justificar, portanto, o uso da metáfora da sexta onda renovatória de acesso à justiça.

⁷ O *Global Access to Justice Project* consiste num projeto que busca atualizar a pesquisa sobre o acesso à justiça, e que tem o objetivo de pesquisar e identificar soluções práticas para a problemática do acesso à justiça, formando uma rede internacional de pesquisadores advindos de todas as partes do mundo, e em escala global sem precedentes. Disponível em: <<http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>>. Acesso em: 23.06.2021.

3. Defensoria Pública, acesso à justiça e vulnerabilidade

A Defensoria Pública, nos moldes definidos pela Constituição brasileira de 1988, consubstancia instrumento de acesso à justiça, ou seja, segundo Maia (*in* GLASENAPP e PINTO, 2019, p.49-50), ela é órgão de envergadura constitucional do sistema de justiça e é comumente conectada ao acesso à justiça das populações mais pobres, mas é olvidada quanto às atuações referentes ao processo coletivo, educação em direitos, desjudicialização e tutela de outros grupos vulneráveis, o que provavelmente se deve ao pouco estudo sobre a carreira de defensor público na academia jurídica, limitando-a à atividade de representação postulatória em substituição dos advogados públicos, em outras palavras, limitada à chamada primeira onda renovatória de acesso à justiça, a onda responsável pela remoção de óbices econômicos.

Gonçalves Filho (2016, p.32) entende que a Defensoria Pública configura, a um só tempo, direito e garantia fundamental: é direito, na medida em que cabe ao Estado propiciar assistência jurídica integral a quem demonstre insuficiência de recursos, mediante a prévia disponibilização do serviço de assistência jurídica em todo o país; é também garantia, quando voltada à implementação do acesso à justiça.

Cappelletti e Garth (1988, p.15-29) relacionaram três obstáculos básicos para o efetivo acesso à justiça: a) o elevado custo de uma resolução formal de litígio através do Judiciário (custas judiciais e honorários advocatícios); b) diferenças nas possibilidades das partes (pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas); c) problemas especiais dos interesses difusos.

Para Giudicelli (2018, p.68), o primeiro obstáculo — o problema das custas judiciais — pode ser superado mediante a previsão legal de isenções aos hipossuficientes, o que no Brasil se encontra mais ou menos equacionado desde a promulgação da Lei nº 1.060/50, hoje ampliado e melhor tratado no Código de Processo Civil de 2015.

Cappelletti e Garth (1988, p.19) advertem que as causas que envolvem somas relativamente módicas são mais prejudicadas por esta barreira dos custos, pois se o processo tiver que ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem superar o montante da controvérsia ou consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar-se a demanda uma futilidade.

Há ainda a questão da demora para o término do processo, o que torna sempre atual a advertência de Barbosa (2004, p.53), de que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Para tentar contornar essa dificuldade, o legislador brasileiro promulgou a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e implementou a garantia constitucional da razoável duração do processo⁸, contudo ainda persiste o problema da demora na entrega da prestação jurisdicional, fato que ainda torna a Justiça inacessível para muitas pessoas.

Loureiro (*in* RIBEIRO e MAZZUOLI, 2006, p.88-89), ao escrever sobre *o acesso à justiça e os direitos humanos*, fala sobre obstáculos *econômicos* (custos elevados para se propor uma ação), *sociais* (pessoas de menores recursos acabam por não conhecer seus direitos; quanto mais pobre a pessoa, menor a probabilidade de conhecer algum advogado, sendo menos provável ainda que, na região onde resida, existam escritórios de advocacia ou Fóruns e Tribunais que lhe garantam a prestação jurisdicional), *culturais* (a falta de educação da população), e *processuais* ou *formais* (decorrentes de um formalismo injustificado).

Para Giudicelli (2018, p.70), mais grave são as barreiras relativas às possibilidades das partes, o que engloba as diferenças fáticas entre grandes litigantes e pessoas hipossuficientes, entre litigantes habituais e litigantes eventuais, bem como as inúmeras dificuldades sociais e culturais das pessoas menos favorecidas, econômica e socialmente.

Considerando as diferenças existentes ao tamanho, estado do direito e em seus recursos, alguns dos atores na sociedade têm várias oportunidades para utilizar o sistema jurídico para apresentar reclamações ou mesmo para se defender delas, enquanto outros fazem isso apenas raramente. Por isso, Galanter (1974, 2018) dividiu esses atores entre aqueles que recorrem aos tribunais apenas ocasionalmente, os chamados participantes eventuais, e aqueles considerados jogadores habituais⁹, que se envolvem em várias litigâncias similares ao longo do tempo.

Delchiaro (2020) procede a uma análise da posição do ligante ocasional hipossuficiente na resolução de conflitos, pela perspectiva dos instrumentos de litigância repetitiva, em comparação com a situação processual enfrentada pelo litigante ocasional não hipossuficiente, no sentido de que há aspectos de vulnerabilidade econômica e social capazes de interferir na posição e situação dos

⁸ Garantia prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, inserido por meio da Emenda Constitucional nº 45: “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”.

⁹ A tradução em português do ensaio de Marc Galanter optou pelo termo “participante eventual” para a tradução do vocábulo “one-shooter” (atirador de um só disparo) e “jogador habitual” para o termo “repeat player” (jogador que se repete), justificando a opção com base na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, Acesso à Justiça.

litigantes ocasionais hipossuficientes, ou seja, é possível explorar outras situações de desigualdade que enfrentam materialmente e no processo, para além da mera frequência em que litigam judicialmente, e que têm repercussão direta em sua experiência em juízo.

Segundo Cappelletti e Garth (1988, p.35), até 1988 o Brasil optou pelo chamado sistema *judicare* de assistência jurídica, onde é proporcionado aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado, ou seja, os advogados particulares, então, são remunerados pelos cofres públicos.

Esse sistema se desenvolvia mediante convênios entre o Estado e a OAB, e, de acordo com Giudicelli (2018, p.69), tais convênios continuam existindo até hoje e constituem um dos principais desafios para a afirmação da Defensoria Pública no Brasil, pois após o advento da Constituição de 1988, o Brasil optou pela modelo de assistência jurídica integral, através da Defensoria Pública, sendo certo que muitos dos tais remanescentes convênios com a OAB, na atual quadra histórica, se revelam inconstitucionais, por apostarem num modelo de assistência jurídica que não atende aos ditames constitucionais.

Com relação à barreira referente aos direitos coletivos, Giudicelli (2018, p.72-73) diz que ela deve ser superada pelo chamado *salaried staff*, sistema onde advogados são remunerados pelos cofres públicos para prestar assistência jurídica aos pobres em regime de dedicação exclusiva, a exemplo dos “escritórios de vizinhança” estabelecidos em algumas regiões dos Estados Unidos.

Importante considerar, com base em Cappelletti e Garth (1988, p.165), acerca das mudanças a serem efetivadas para proposição de reformas imaginativas de acesso à justiça, no sentido de reduzir sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, que a abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários, existindo o risco, todavia, de que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode nunca ser esquecido. A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres.

A Emenda Constitucional 80/2014 representa o esforço do legislador constituinte derivado de enfrentar as mencionadas barreiras ao acesso à justiça, principalmente se levarmos em consideração a inclusão do artigo 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, passando a exigir que, até o ano de

2022, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais.

O cumprimento dessa importante disposição constitucional, portanto, pode representar considerável avanço para o acesso à justiça, na medida em que há, no Brasil, relativamente à estrutura, autonomia e orçamento, notória diferença entre as demais carreiras jurídicas e a de defensor público.

Reconhecendo essa disparidade evidente entre as carreiras jurídicas, Carlos Ayres Britto, à época Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirmou durante o encerramento do XII Congresso Nacional dos Defensores Públicos (CONADEP)¹⁰, que:

Pela vontade da Constituição da República, não se pode tratar a Defensoria Pública como uma espécie de ‘patinho feio’. Ela tem a mesma dignidade das outras instituições, notadamente porque ela assiste, tanto administrativa como jurisdicionalmente, os mais necessitados, aqueles de status social de menor expressividade econômica. Ela está mais próxima do chamado Humanismo Constitucional, portanto é imperioso prestigiá-la.

Barcellos (2002, p.293-301) afirmou que a garantia do acesso à justiça integra o mínimo existencial, compondo o conteúdo nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana.

A garantia constitucional de acesso à justiça faz parte do chamado mínimo existencial, o qual deve ser assegurado a todos, independentemente da condição social, raça, cor, credo, orientação sexual, idade etc., ressaltando a criação pelo legislador constituinte de uma instituição especialmente voltada ao mister da assistência jurídica integral: a Defensoria Pública.

Fica clara, dessa maneira, a relação existente entre o direito de acesso à justiça e a Defensoria Pública, esta última a ser considerada como instrumento facilitador do primeiro e a todas as pessoas que se encontrarem em situação de vulnerabilidade, seja no plano individual ou enquanto grupo. Em outras palavras, prestigiar a Defensoria Pública, no sentido de possibilitar a ela a realização dos seus desígnios constitucionais e legais é, também, proporcionar o acesso à justiça aos necessitados, não obstante todas as barreiras já mencionadas.

¹⁰ O XII CONADEP foi realizado nos dias 4 a 7 de novembro de 2015, na cidade de Curitiba/PR, sob o tema *Defensoria como Metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade*, tendo o Ministro Ayres Britto proferido a conferência de encerramento do evento.

Dessa forma, a atuação da Defensoria Pública está inserida na primeira onda renovatória de acesso à justiça, considerando que a instituição foi constitucionalmente incumbida da assistência jurídica integral e gratuita. Igualmente está contemplada a segunda onda renovatória, na medida em que atualmente é pacífica a competência da Defensoria para a representação dos interesses difusos. O mesmo se diga em relação à terceira onda renovatória, especialmente quanto ao problema da demora dos procedimentos judiciais, uma vez que é função institucional da Defensoria atuar nos métodos *adequados* de solução de conflitos e incentivar, sempre que possível, a solução extrajudicial dos conflitos de interesse.

A instituição também atua na quarta onda renovatória. Todas as vezes que a instituição atua em prol de ações afirmativas, manutenção e/ou ampliação do sistema de cotas, instituição de programas de residência jurídica e carreiras simplificadas, pode-se dizer que está atuando no sentido de vencer os obstáculos observados nesta onda.

Em relação à quinta onda renovatória, também é patente a atuação da Defensoria Pública em relação à internacionalização da proteção dos Direitos Humanos, havendo inclusive a previsão no Brasil de um membro da Defensoria Pública especialmente destacado para atuar no sistema interamericano de direitos humanos.

Finalmente, quanto ao debate sobre a existência de uma sexta onda renovatória, cabe à Defensoria atuar com o objetivo de superar a barreira da vulnerabilidade digital. Tomemos como exemplo, no Brasil, o benefício assistencial destinado às pessoas que tiveram sua renda comprometida no período pandêmico de Covid-19.

O governo federal, ao estabelecer os critérios para a habilitação ao aludido programa, vinculou o recebimento à necessidade de o beneficiário possuir aparelho celular e endereço de *e-mail*, bem como baixar aplicativo do programa e receber mensagens via SMS (Serviço de Mensagens Curtas) para acioná-lo, o que gerou graves empecilhos de acesso ao direito por parte de grupos vulneráveis e levou a Defensoria Pública a ajuizar Ação Civil Pública visando superar tais exigências¹¹.

Rocha (2005, p.1-5) sustenta que a Defensoria Pública é capaz de efetivar o direito a ter direitos, mas, para que isso se torne realidade, a Constituição precisa ser cumprida, para que a instituição seja de fato um agente de transformação

¹¹ <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/acp%20auxilio%20emergencial.docx>>. Acesso em: 23.06.2021.

social, um instrumento de realização do primado constitucional da igualdade de todos perante a lei, pois sem a concretização do direito de acesso à justiça aos necessitados, “paz social” são palavras despidas de efetividade, o que resulta na conclusão de que valorizar a Defensoria Pública significa valorizar o povo brasileiro.

Cambi e Oliveira (*in* SOUSA, 2015, p.170) afirmam que a consagração da garantia de acesso efetivo à justiça significa mais do que assegurar o mero ingresso em juízo, pois compreende a tutela jurisdicional adequada, célere e eficiente, que exige por parte dos legisladores e dos aplicadores da lei processual a concepção de técnicas processuais capazes de promover, na relação processual, a isonomia em sentido material, na qual todos, independentemente de sua condição financeira, possam obter a proteção de seus direitos pelo Estado-juiz, quando tiverem razão.

A história recente da instituição tem mostrado que a sua evolução não se deu de forma imediata e tampouco sem embates políticos e legislativos. Mesmo hoje, no momento em que escrevemos este artigo, há recente discussão sobre o poder de requisição dos Defensores Públicos¹².

Abboud (2021, p. 120) afirma que a temática das minorias é uma das mais importantes do constitucionalismo, através de sua função contramajoritária ou de proteção de minorias, estas entendidas não em sua acepção literal de um grupo pequeno de pessoas (ainda que em alguns casos possam mesmo o ser), mas sim no sentido de fragilidade política e de salvaguarda de seus interesses enquanto cidadãos cuja vida tem o mesmo valor de qualquer outra. Para o autor, a democracia constitucional é algo muito além de majoritarismo, pois sem o componente de proteção de minorias e do indivíduo, sequer se poderia falar de democracia contemporaneamente.

E a Defensoria Pública consubstancia o Estado Defensor, como expressão e instrumento do regime democrático, atuando em defesa dos vulneráveis, das minorias, numa função contramajoritária, buscando equalizar as diferenças existentes entre os chamados litigantes habituais e os litigantes ocasionais vulneráveis.

Alves (2010, 2011) afirma que o futuro da Defensoria Pública depende, grandemente, da conscientização dos próprios membros da carreira, pois a eles cabe uma responsabilidade decisiva na construção permanente da instituição, tendo papel fundamental o compromisso com o ideal de igualdade no acesso à justiça.

¹² <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-questiona-leis-estaduais-e-distrital-que-garantem-poder-de-requisicao-as-defensorias-publicas>>. Acesso em: 31.05.2021.

Como já afirmamos antes (QUEIROZ, 2021), enquanto alguns colegas defensores ainda se sentem desempenhando a função de advogados dos pobres, com o olhar ainda voltado ao passado dessa nobre instituição, e não despertarem para a amplitude do que significa a atuação defensorial, ainda teremos um longo caminho para a efetivação da assistência jurídica integral prometida pela Constituição Cidadã.

Entendemos (QUEIROZ, 2021) que tal mudança somente pode ser realizada através da renovação dos paradigmas dentro da própria Defensoria Pública, que ainda privilegia os números em detrimento das pessoas, estabelecendo metas e avaliando promoções na carreira por itens como produtividade, mas uma produtividade ainda atrelada ao ajuizamento de ações judiciais ou ao peticionamento em ações já ajuizadas, como se toda a atuação do defensor fosse na esfera judicial, deixando de avaliar itens como defesa extrajudicial, participação em conselhos e organizações sociais, reuniões com a comunidade, articulação com movimentos sociais, organização e participação em eventos de educação em direitos etc. O defensor do futuro precisa assenhorear-se dessa atuação extrajudicial, assumindo a função de agente de transformação social, agente do Estado Defensor.

4. Considerações finais

Desde o período anterior à Constituição de 1988, a Defensoria Pública atua como instrumento de acesso à jurisdição, chegando ao ponto de funcionar nos mesmos espaços públicos destinados ao Poder Judiciário, fazendo com que a instituição fosse confundida com um serviço forense ou considerada como uma parte desse poder, e a presença física dos defensores nos fóruns de justiça, ocupando salas vizinhas aos cartórios judiciais, somente reforçou essa concepção popular de que se tratava de um “serviço da justiça”.

Com a conquista de sua autonomia, a instituição passou a ocupar seus próprios espaços, desvinculando a sua imagem do Estado-administração e do Estado-juiz, e reforçando o seu papel de instrumento de acesso à justiça. Entretanto, ainda persiste a concepção de que se trata de um escritório de advocacia para os pobres ou vulneráveis econômicos, numa visão apegada aos primórdios da assistência judiciária, quando o desenho constitucional atual não passava de uma utopia.

Fica clara, dessa maneira, a relação existente entre o direito de acesso à justiça e a Defensoria Pública, esta última a ser considerada como instrumento

facilitador do primeiro, a todos as pessoas que se encontrarem em situação de vulnerabilidade, seja no plano individual ou enquanto grupo. Em outras palavras, prestigiar a Defensoria Pública, no sentido de possibilitar a ela a realização dos seus desígnios constitucionais e legais é, também, proporcionar o acesso à justiça aos necessitados, não obstante todas as barreiras já mencionadas.

Dessa forma, a atuação da Defensoria Pública está na primeira onda renovatória de acesso à justiça, considerando sua vocação constitucional de assistência jurídica integral e gratuita. Também atua na segunda onda renovatória, pois é pacífica a competência da Defensoria para a representação dos interesses difusos. O mesmo se diga em relação à terceira onda, especialmente quanto ao problema da demora dos procedimentos judiciais, considerando que é função institucional da Defensoria atuar nos métodos *adequados* de solução de conflitos e incentivar, quando for possível, a solução extrajudicial dos conflitos de interesse.

A Defensoria igualmente atua na quarta onda renovatória de acesso à justiça, sempre que milita em prol de ações afirmativas, sistema de cotas, programas de residência jurídica e carreiras simplificadas.

Quanto à quinta onda renovatória, indiscutível a atuação da Defensoria Pública em relação à internacionalização da proteção dos Direitos Humanos, considerando a previsão legal de destaque de um membro da instituição especialmente voltado para atuar no sistema interamericano de direitos humanos.

Finalmente, quanto ao debate sobre a existência de uma sexta onda renovatória, cabe à Defensoria atuar com o objetivo de superar a barreira da vulnerabilidade digital, utilizando-se de sua função contramajoritária para proporcionar canais de acesso facilitado aos vulneráveis digitais, de modo a garantir o seu efetivo acesso à justiça.

5. Referências

ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

ALVES, Cleber Francisco. *Defensoria pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Cleber Francisco Alves, Pedro González. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALVES, Cleber Francisco. *O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil*. Revista de Processo, vol. 184/2010, p. 329-362, jun./2010, Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 5, p. 753-784, ago./2011, DTR\2010\349.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Autonomia e independência funcional da Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5, Coordenador geral, Fredie Didier Jr.), p. 165-186.

CAMPILONGO, Celso. Acesso à justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços jurídicos em São Bernardo do Campo. *Revista Forense*, 315(3), 1991, p. 72-106.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra. Acesso à Justiça e Carência Econômica. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DELCHiaro, Mariana Tonolli Chivone. *O litigante ocasional hipossuficiente e os casos repetitivos*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ECONOMIDES, Kim; BLACKSELL, Mark, Access to justice in rural Britain: final report. *Anglo American Law Review*, 16(353), 1987.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 3.ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Trad. Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GALANTER, Marc. *Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: consolidação, desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GLASENAPP, Ricardo; PINTO, Renata (orgs.). *Propostas para uma nova nação: o futuro do Brasil em perspectivas*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT, disponível em: <<http://globalaccesstojustice.com/?lang=pt-br>>. Acesso em: 23.06.2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática*. 2.ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos — teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. *Conjur, Tribuna da Defensoria*, 23-06-2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-de-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>>. Acesso em: 23.06.2021.

MAIA, Maurílio Casas. *O ciclo jurídico da vulnerabilidade e a legitimidade institucional da Defensoria Pública: Limitador ou amplificador constitucional da assistência jurídica integral?* 2020. Tese (Doutorado) — Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.

PANDOLFI, Dulce *et al.* *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

QUEIROZ, Roger Moreira de. *Atuação da defensoria pública e vulnerabilidades: um olhar para além da hipossuficiência econômica*. 2021. Dissertação (Mestrado) — Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan*. 1.ed. (2004), 3ª tir. (2006). Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública e transformação social. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 1-5, fev. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. João Pedroso, Catarina Trincão, João Paulo Dias (coord.), Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade Coimbra, julho de 2002.

SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5, Coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

O fortalecimento da Defensoria Pública e o prazo final da Emenda Constitucional nº 80/2014

The strengthening of the Public Defender's Office and the deadline of the Constitutional Amendment nº 80/2014

TÍFANIE AVELLAR CARVALHO

Defensora pública do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Aluna especial da disciplina isolada "Análise de Conjuntura e Planejamento Público", do Mestrado em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras/MG.

Resumo: A Defensoria Pública constitucionalizada em 1988 assumiu o papel de uma grande instituição de afirmação e efetivação dos direitos humanos, voltados para quem deles mais precisa, as pessoas e grupos carentes. Apesar dos avanços há ainda um déficit de defensores públicos no país e a Emenda Constitucional nº 80/2014 estabeleceu que até 2022 todas as unidades jurisdicionais estejam providas com defensores públicos. Porém, são inúmeros os entraves para cumprimento deste preceito constitucional, e o maior deles esbarra na ausência de autonomia orçamentária às Defensorias Públicas. Para tanto, ao invés de acompanhar a inércia estatal é importante construir alternativas que, mesmo diante do contexto de restrição financeira, possam apresentar soluções ou mesmo caminhos a serem trilhados para se chegar à integralidade do atendimento pela Defensoria Pública no Estado de Minas Gerais.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Emenda Constitucional nº 80/2014; Acesso à justiça.

Abstract: *The Public Defender's Office, inserted in the 1988's Constitution, assumed the role of a great institution of affirmation and realization of human rights, aimed at those who need them most, people and groups in need. Despite advances, there is still a deficit of public defenders in the country and Constitutional Amendment No. 80/2014 established that by 2022 all jurisdictional units must be provided with public defenders. However, there are countless obstacles to complying with this constitutional precept, and the biggest one that comes up is the lack of budgetary autonomy for the Public Defender's Offices. Therefore, instead of following up on the state's inertia, it is important to build alternatives that, even in the context of financial constraints, can present solutions or even paths to be followed in order to reach the complete service provided by the Public Defender's Office in the State of Minas Gerais.*

Keywords: *Public Defender's Office; Constitutional Amendment nº 80/2014; Access to justice.*

Sumário: Introdução; 2. Evolução histórica e legislativa da Defensoria Pública; 3. A Emenda Constitucional nº 80/2014; 4. Contexto Defensoria Pública Mineira; 5. Defensor público x Advogado dativo; 6. Dificuldades de implementação da Emenda Constitucional nº 80/2014 e a utilização da advocacia dativa no Estado de Minas Gerais; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem o objetivo de desenvolver uma abordagem histórica evolutiva da Defensoria Pública no contexto nacional e no Estado de Minas Gerais, identificando sua origem e situação atual.

Ao analisar essa abordagem histórica é dado um destaque para a Emenda Constitucional nº 80/2014, que dentre outros avanços importantes para a Defensoria Pública trouxe a previsão de que até 2022, todas as unidades jurisdicionais contarão com o serviço da Defensoria Pública.

Historicamente, como forma de solucionar, ou ao menos, minimizar a ausência de defensores públicos em diversas localidades, surge em meados de 1920 a figura do advogado dativo, *ad hoc*, nomeado pelo Poder Judiciário para realização de um ato específico e remunerado pelo Poder Executivo.

Entretanto, o gasto em abstrato que o Poder Executivo se propõe realizar remunerando os advogados dativos, em tese, superaria o valor investido para potencializar o trabalho das Defensorias Públicas, autorizando o aumento do número de membros e atendendo o preceito constitucional de garantir o acesso à justiça e a ocupação de todas as unidades jurisdicionais com o serviço da Defensoria Pública.

O tema parece de simples solução, entretanto não o é, senão os Estados da Federação e mais ainda a população hipossuficiente não estariam sofrendo com a ausência do serviço em diversas localidades.

O IV Diagnóstico da Defensoria Pública elaborado em 2015 por meio do Projeto Fortalecimento do Acesso à Justiça, fruto da parceria entre a Secretaria de Reforma do Judiciário, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores (ABC/MRE) apresentou como resultado, o aumento dos atendimentos realizados pelas Defensorias Públicas, formulações de planejamentos estratégicos, universalização do acesso à justiça. Entretanto, sob o enfoque negativo a não abrangência em todas as comarcas e cidades brasileiras, tema deste trabalho.

A pesquisa nacional da Defensoria Pública, divulgada em 2021 também enfatiza o déficit de Defensores Públicos no território brasileiro, destacando que, apenas 1.150 das 2.585 comarcas são regularmente atendidas pela Defensoria Pública, o que representa menos de 50% do quantitativo.

Desde a aprovação da Emenda Constitucional, ocorrida em 2014, os avanços foram pouco expressivos, havendo ainda um déficit muito grande de defensores públicos no contexto brasileiro e no Estado de Minas Gerais. Diante desta realidade, se faz necessário uma análise dos maiores entraves para o crescimento da instituição em número de membros, para atender um maior número da população hipossuficiente e, quais as propostas poderiam ser consolidadas para solucionar ou ao menos minimizar a questão.

2. Evolução histórica e legislativa da Defensoria Pública

A Defensoria Pública marcada em sua história por superações e afirmações é uma instituição vocacionada para tutelar direitos humanos mediante atuação individual e coletiva da parcela da população desfavorecida tendo como norte atingir a igualdade e cidadania, por meio do acesso amplo à justiça.

Constitucionalizada em 1988, com a edição da Lei Complementar nº 132/09, que alterou a Lei Complementar nº 80/94, assumiu o papel de uma grande instituição de afirmação e efetivação dos direitos humanos, voltados para quem deles mais precisa, as pessoas e grupos vulneráveis.

Consiste em uma Instituição que retrata e colide em sua atuação com a noção do Estado Democrático de Direito.

Em se tratando de acesso à justiça sob os pilares da Defensoria Pública, gratuito e amplo, as primeiras origens no Brasil remontam nas Ordenações Filipinas, sancionadas em 1595, nas quais fora previsto o direito à isenção de custas para impetração de agravo. Seguido de outros ordenamentos não menos importantes com normas esparsas, em 1870 o Presidente à época do Instituto dos Advogados do Brasil sugeriu que a entidade assumisse o papel de prestar consultoria jurídica e de exercer a defesa às pessoas pobres em juízo, que passou a ser exercido por um grupo de advogados.

Com o crescimento da população juridicamente pobre no final do século XIX, a iniciativa acima apresentada se tornou insuficiente para garantia da assistência jurídica a esta população de forma eficiente e duradoura, surgindo a necessidade da elaboração de uma legislação sobre o tema.

Após a iniciativa, o Distrito Federal, em 1987, editou o Decreto nº 2.457, criando o primeiro modelo organizado de prestação de assistência judiciária aos menos favorecidos naquele Estado, vinculado à época ao Ministério da Justiça.

Nos idos de 1910, diante do sucesso alcançado no Distrito Federal, o serviço de assistência judiciária passou a ser exercido perante a Justiça Federal e regulados e implementados por outros Estados da Federação a exemplo de Minas Gerais em 1925. Entretanto, ainda não havia um órgão governamental permanente e organizado em carreira com a finalidade de assistência legal aos necessitados e o serviço era então realizado por profissionais liberais nomeados para o ato, surgindo a origem no contexto mineiro dos advogados *ad hoc* (para o ato), ou dativos.

Somente na Constituição Federal promulgada em junho de 1934 foi previsto que a União e os Estados deveriam conceder aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos, passando a ser responsabilidade do Estado, *lato sensu*, garantir a prestação deste serviço.

Em retrocesso a norma constitucional anterior, a Constituição Federal de 1937 não trouxe a previsão da assistência judiciária, cabendo a legislação infraconstitucional regular a matéria.

Na vigência da Constituição Federal de 1937, o CPC de 1939 regulamentou em âmbito nacional as normas relativas ao benefício da justiça gratuita, regras que até então eram previstas em ordenamentos estaduais. Entretanto, assim como a CF 1937, não trouxe previsão sobre a criação do serviço de assistência jurídica integral, gratuito e público.

A Carta Magna de 1946 sanou parcialmente a inércia estatal, retomando a previsão da assistencial judiciária estatal, sem, contudo, prever a forma como se viabilizaria esse direito, ou seja, por qual órgão estatal. Tal omissão foi responsável pela heterogeneidade dos modelos de assistência judiciária implementados pelos Estados e, existentes até os dias atuais.

Na esteira da continuidade legislativa do acesso à justiça, em 1950 por meio da Lei nº 1.060 foram estabelecidos os requisitos necessários para a concessão de gratuidade de justiça, revogando os artigos do CPC de 1939 que faziam previsão a este tema.

A Constituição Federal de 1967, assim como a anterior fez previsão da assistência judiciária, entretanto, sem que seja autoaplicável dependendo sua regulamentação de edição de lei infraconstitucional.

Posteriormente, mesmo com a adaptação da Carta Política de 1967 ao regime militar, a previsão constitucional de assistência jurídica restou mantida em sua íntegra.

Nos anos de 1960 a 1980, alguns Estados da Federação, à exemplo de Minas Gerais, implementaram o serviço estatal de Assistência Judiciária, sob a necessidade da criação de órgãos governamentais permanentes e organizados em carreira para acesso das camadas mais pobres a justiça, evitando os inconvenientes das nomeações de advogados *pro bono*.

Iniciado o processo de redemocratização do país, na década de 1980, e o trabalho da Constituinte de 1988, foi de extrema importância a participação de diversos integrantes da assistência judiciária do país, que trabalharam para que a Defensoria Pública fosse reconhecida pela nova Constituição, com papel relevante na efetivação da função jurisdicional do Estado, na orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e na defesa dos necessitados.

Assim, ao ser promulgada, a CF de 1988 trouxe a assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental (art. 5º, LXXIV) e autoaplicável (art. 5º, §1º). Vale ressaltar a ampliação do campo de atuação da Defensoria Pública trazido pela CF com a alteração da expressão assistência judiciária para assistência jurídica, esta segunda com abrangência não apenas no aspecto jurisdicional e propositura de demandas e defesas, mas também no campo extrajudicial.

De igual ou maior importância a Constituição também trouxe a previsão expressa da entidade governamental responsável por tal atuação, consolidando a Defensoria Pública como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado” (art. 134, *caput*).

A regulamentação nacional veio prevista na LC nº 80/1994 com substanciais mudanças trazidas pela LC nº 132/2009.

A Emenda à Constituição Federal de nº 45, de 30 de dezembro de 2004, conferiu autonomia funcional e administrativa, orçamentária e financeira (iniciativa de lei) às Defensorias Públicas Estaduais. Por meio da EC do Estado de Minas Gerais, nº 73, de 2005, a DPMG conquistou assento na Comissão de Compatibilização de que trata o art. 155 da Constituição do Estado, à qual incumbe compatibilizar, em regime de colaboração, as propostas parciais dos Poderes e dos entes autônomos, indicando, se for o caso, os ajustes necessários ao equilíbrio da despesa com a receita. A partir dessa reforma, as leis de diretrizes orçamentárias do Estado passaram a distinguir adequadamente a autonomia da Defensoria Pública.

Esta contextualização histórica e legislativa, aponta para o fortalecimento da Defensoria Pública, como Instituição essencial para garantia do acesso à justiça, minimizando assim, os obstáculos que impedem os menos favorecidos de alcançarem os seus direitos.

3. A Emenda Constitucional nº 80/2014

Um destaque maior se dá no presente artigo, a outra importante modificação legislativa que, consiste na Emenda Constitucional 80/2014, a qual reformulou o art. 134 da CF, reafirmando que compete à Defensoria Pública a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos. A Emenda Constitucional estabeleceu ainda, no art. 98, §1º, do ADCT, que, no prazo de 8 (oito) anos, a contar da edição da Emenda Constitucional nº 80/2014 (junho de 2014), a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, de acordo com a demanda pelos serviços da Defensoria Pública e a respectiva população (art. 98, *caput*, ADCT). Até que todas as unidades estejam providas, a lotação ocorrerá, prioritariamente, nas regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Entretanto, não obstante o trabalho de extensão desenvolvido em vários estados, segundo levantamento trazido pela Pesquisa Nacional da Defensoria Pública, atualmente 1.362 comarcas não são atendidas pela Defensoria Pública, representando 52,7% do total. Dentro desse quantitativo, em 296 comarcas (11,5%) o atendimento jurídico-assistencial é prestado por advogados particulares, por meio de convênio com a Defensoria Pública, em violação ao modelo previsto no art. 134 da CRFB c/c art. 4º, §5º da Lei Complementar nº 80/1994.

Em Minas Gerais, desde sua edição até o presente momento foram providas menos de 10 novas unidades jurisdicionais com Defensoria Pública, com a entrada em exercício de cerca de 150 novos defensores, em um déficit do Estado de mais de 500 vagas. Ou seja, decorridos 7 anos da previsão constitucional trazida pela Emenda nº 80, o avanço foi ínfimo diante da necessidade do Estado e mais ainda diante da perspectiva de prazo estabelecida pela norma, restando exatos, 1 ano, para que o Estado de Minas Gerais avance na nomeação de cerca de 500 novos defensores públicos, meta ousada e a cada dia menos intangível.

Não menos estarrecedor, de acordo com os dados apresentados pelo Diagnóstico Institucional da DPMG, apresentado pela Associação de Defensores

Públicos do Estado de Minas Gerais em junho de 2021, das 296 unidades jurisdicionais existentes no Estado de Minas Gerais, apenas 110 contam com o serviço da Defensoria Pública, ou seja, apenas cerca de 37% das comarcas mineiras possuem defensores públicos em atuação. O número é alarmante ao se constatar que 186 comarcas não possuem defensores públicos.

4. Contexto Defensoria Pública mineira

A assistência judiciária teve sua origem no Estado de Minas Gerais com o Decreto-Lei n. 1.630 de 15 de janeiro de 1946, que dispunha sobre a organização judiciária do Estado. O capítulo VIII, Seção Terceira, art. 84 estabelecia que “A parte que não estiver em condições de pagar às custas do processo, sem prejuízo de seu sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade”.

Posteriormente o Decreto-Lei nº 2.131 de 1947, reorganizou o órgão, que passou a ser denominado Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais. O Decreto-Lei nº 2.481 de 1947, regulamentou o “Serviço de Assistência Judiciária” no Estado.

O Departamento Jurídico do Estado foi transformado na Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais. O Serviço de Atendimento Jurídico aos necessitados passou, a partir de então, a ser fornecido pela Procuradoria de Assistência Judiciária, que integrava a estrutura orgânica da Secretaria de Estado do Interior e Justiça.

Em 1976, por meio do Decreto 18.025, de 4 de agosto, a Procuradoria de Assistência Judiciária passou a ser denominada Defensoria Pública, tornando-se parte integrante do “Sistema Operacional do Interior e Justiça” do Estado de Minas Gerais. A Defensoria Pública de Minas Gerais é a segunda mais antiga do país, ocupando o primeiro lugar a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, criada em 1970.

O Decreto Estadual 21.453/1981 dispôs sobre a organização e competência da Instituição e criou carreira de Defensor Público.

A partir daí, começou a desenhar o atual perfil da Instituição, que passou a gozar de relativa autonomia. Seu dirigente máximo, denominado Procurador-Chefe, era nomeado em comissão pelo governador, dentre bacharéis em Direito de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada.

A Lei Complementar 65, de 16 de janeiro de 2003, conferiu sua posição de órgão autônomo e organizou a carreira de Defensor Público. O chefe

superior passou a ser denominado Defensor Público-Geral, sendo nomeado pelo governador do Estado, a partir da escolha dentre três defensores públicos de classe final, indicados em lista tríplice pelos integrantes da carreira.

Após 2003, já devidamente estruturada, a Defensoria Pública mineira, por meio da Deliberação nº 11/2009 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais dispôs sobre a distribuição dos cargos da carreira de Defensor Público de que trata o art. 46 da Lei Complementar nº 65/03, trazendo a previsão em abstrato de 1.200 cargos de Defensores Públicos necessários para prover o Estado de Minas Gerais. Entretanto, dos 1.200 cargos em abstrato previstos, atualmente, apenas 672 estão providos com defensores públicos, ou seja, pouco mais de 50%.

5. Defensor público x Advogado dativo

Como o tema propõe uma análise do cumprimento da norma constitucional de provimento de todas as unidades jurisdicionais com defensores públicos e pelo fato da ausência destes agentes políticos serem supridas em grande parte, senão em sua totalidade, pela figura do advogado dativo é de fundamental importância tecer algumas considerações sobre a denominação defensor público e advogado dativo.

Realizando uma contextualização hierárquica legislativa, a Constituição Federal dispõe no Título IV — Capítulo IV sobre as Funções Essenciais à Justiça, dividindo-as em quatro funções, sendo elas: Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia Privada e Defensoria Pública, revelando serem quatro instituições com funções distintas.

A nomenclatura “advogado” é então reservada aos integrantes da Advocacia Pública e Privada, sendo os integrantes do Ministério Público denominados promotores de justiça e os integrantes da Defensoria Pública, defensores públicos.

Assim, não sendo os defensores públicos advogados, não estão vinculados ao Estatuto da OAB, Lei Federal nº 8.906/1994, mas sim a Lei Complementar nº 80/1994 que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. Referida legislação prevê que a capacidade postulatória do Defensor Público, ou seja, capacidade de atuar em juízo, decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público (art. 4, §6º), dispensando inclusive a inscrição nos quadros da OAB, conforme vem se consolidando a jurisprudência neste sentido, à exemplo do REsp nº 1.710.155/CE (STJ — Segunda Turma — Relator Min. Herman Benjamin, decisão: 01.03.2018).

Sob uma ótica prática, as atividades desenvolvidas pelos defensores públicos e pelos advogados são distintas e, mais uma vez, nos remetem à Constituição Federal que, no art. 134, estabelece que a Defensoria Pública é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, sendo sua função, “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”, preconizando diversas funções atribuídas aos defensores públicos que não apenas a defesa dos direitos individuais dos mais necessitados perante o Poder Judiciário, a conhecida litigância em juízo.

As atribuições dos defensores públicos contemplam a prestação de serviço de assistência judicial, atuação extrajudicial prioritária para resolução de conflitos e prestação de assistência jurídica preventiva e consultiva, voltada para minimização dos conflitos no seio da sociedade.

As atividades extrajudiciais dos defensores públicos têm crescido a cada dia, como demonstra o resultado apresentado pelo IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil o qual aponta que, em 2014, dos 10.380.167 atendimentos realizados pelas Defensorias Públicas Estaduais, 2.078.606 resultaram em ações ajuizada ou respondidas. Ou seja, apenas 20% dos atendimentos buscaram solução na via judicial, demonstrando que os 80% tiveram o acesso à justiça, igualdade e cidadania através das demais formas de atuação dos defensores públicos, com destaque para busca constante dos métodos adequados de solução de conflitos.

Segundo levantamento da Pesquisa Nacional, foram realizados no ano de 2019, 216.943 acordos extrajudiciais pela Defensoria Pública, demandas estas que, caso não fossem solucionadas no âmbito extrajudicial, levariam a uma enxurrada de processos litigiosos no âmbito judicial.

Analisando a natureza jurídica do defensor público, são estes considerados agentes políticos, investidos no cargo público, incumbidos do exercício de determinada função pública. São então remunerados por meio de subsídio, assim como os demais agentes políticos, como os titulares de cargos eletivos, magistrados, membros dos Tribunais e Conselhos de Contas e membros do Ministério Público.

Pelo fato da função do defensor público decorrer da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, sob as quais está submetido, a posse e exercício no cargo já o torna habilitado para atuar em diversos aspectos em favor dos hipossuficientes, não cabendo a este a escolha do que atuar e nem ao assistido a escolha do defensor público, pois, pelos princípios da unidade e indivisibilidade da

Defensoria Pública (art. 3º, da LC nº 80/1994) a atuação recai sobre a Defensoria Pública Institucionalmente.

Pela natureza jurídica da Defensoria Pública, instituição pública, e do defensor público, agente político, remunerado pela sua atuação por meio de subsídio a este é vedado expressamente o recebimento de honorários. Também é importante destacar que ao defensor público é vedado o exercício da advocacia.

O advogado por sua vez é um profissional liberal que exerce uma atividade privada e que se prende ao cliente pelo vínculo contratual do mandato de livre escolha do cliente e do profissional regido pela Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Referido Estatuto faz menção ao advogado dativo, prevendo no art. 34, XII quanto a constituição de infração disciplinar ao advogado que recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública, assegurando-lhe direito a honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Como o dever de garantir assistência jurídica gratuita e integral é atribuição do Estado (art. 5º, LXXIV, CF), a ser prestada pela Defensoria Pública, constitucionalmente previsto (art. 134, *caput*, CF), compete ao Estado possibilitar meios para sua ampla atuação a todos que comprovarem a insuficiência de recursos.

Na impossibilidade de atuação da Defensoria Pública, seja pela sua ausência, seja pela insuficiência de membros em determinada unidade jurisdicional, como forma de suprir a lacuna, tem ocorrido a prática da nomeação de advogados dativos, cuja remuneração é arcada igualmente pelo Estado, por meio de honorários fixados pelo Poder Judiciário para cada ato para o qual foi nomeado.

Entretanto, referida prática viola o art. 134 da CRFB c/c art. 4º, §5º da Lei Complementar nº 80/1994, que determinam expressamente que o serviço jurídico-assistencial gratuito mantido pelo Poder Público deve ser exercido com exclusividade pela Defensoria Pública, sendo vedada qualquer outra forma de custeio ou fornecimento de assistência jurídica estatal.

Por outro lado, por mais que a atuação do advogado dativo venha suprir momentaneamente a ausência do defensor público, de forma comparativa exerce atividades e funções diferentes.

O defensor público ao ser nomeado e tomar posse no cargo direciona toda sua atuação em prol dos hipossuficientes. O defensor público age por certas vezes de forma provocada, com destaque para as demandas individuais e privadas como direito civil, direito das famílias no qual o assistido procura o defensor público

para atuar em seu favor. Entretanto, também tem o dever de agir de forma espontânea, independente da procura pela parte como nas demandas criminais, quando o acusado não constituiu defesa, na execução penal, acompanhando o cumprimento de pena de todos os condenados, mesmo daqueles que constituíram advogado.

Além das demandas individuais, o defensor público também atua em prol de uma coletividade podendo agir inclusive sem ser demandado, quando, no exercício das suas funções, identificar uma violação de direito que motive sua atuação, em prol dos hipossuficientes jurídicos e hipossuficientes, em razão da vulnerabilidade social.

A atuação do defensor público também envolve as atividades extrajudiciais com desenvolvimento de ações que busquem a prevenção dos conflitos, agindo de forma preventiva com educação em direito, desenvolvimento de projetos com parceiros públicos e privados para atingir um maior número de pessoas evitando o aparecimento de novos conflitos ou contribuindo para redução dos já existentes sem a intervenção do Poder Judiciário.

Outra característica relevante que norteia a atuação do defensor público se baseia no princípio da unidade e indivisibilidade, pelo qual o defensor público ao agir, pratica os atos em nome da instituição, Defensoria Pública, e não em nome do defensor, possibilitando que o assistido seja atendido em qualquer localidade pela Defensoria Pública, mesmo que iniciado o atendimento em uma cidade ou estado e terminado em outra localidade, a depender das circunstâncias.

O advogado dativo por sua vez, conforme explicitado acima, é nomeado para a prática de um ato, por isso a nomenclatura também utilizada *ad hoc*. Estabelece assim, um vínculo de relação particular com o indivíduo que necessita da assistência, o qual se inicia com nomeação judicial e finaliza tão logo seja concluído o ato (a ação) para o qual foi nomeado, sem a preocupação social com o sujeito e sem uma visão global dos conflitos existentes, pré e pós processuais.

Por outro lado, não raras vezes nos deparamos com advogados dativos nomeados que, iniciam a atuação e posteriormente declinam o *munus* por motivos de foro íntimo, deixando o indivíduo à mercê de uma nova nomeação e um novo profissional liberal autônomo que assumirá sua defesa sem unidade com a atuação anterior. Essa ruptura se mostra por muitas vezes prejudicial ao bom andamento da causa e integral assistência do cidadão.

Os defensores públicos antes de ingressarem na carreira precisam ser aprovados em concurso público de elevada concorrência, constituído de cinco

etapas e com alto índice de exigência. Ao integrarem a Instituição, se vinculam totalmente a ela, sendo submetidos a uma série de estruturas, instruções normativas, deveres e proibições, respondendo perante a Corregedoria Geral da Defensoria Pública, em caso de falta, tudo visando qualidade e eficiência do serviço.

O advogado dativo por sua vez, surge na maioria das vezes, para atender o modelo de regularidade formal do processo, independentemente do conteúdo. Não é demasiadamente ousado dizer inclusive que, o sistema do dativo é contrário aos interesses do cidadão, representado pelo advogado dativo, porque este recebe quando a demanda termina, o que o desestimula de exaurir as vias recursais, não havendo motivação para tal.

Outro aspecto de extrema relevância na diferença entre o defensor público e o advogado dativo, adentra também na seara dos questionamentos da integral aplicabilidade da Emenda nº 79, se refere ao custo de cada um deles para o Estado, sendo o dativo aparentemente mais oneroso para o Estado que o defensor público.

Sendo assim, o defensor público e o advogado dativo possuem naturezas jurídicas bem distintas e formas de atuação também, e com todo respeito e louvor que a advocacia merece é notório que a figura do advogado dativo somente existe para suprir uma lacuna da insuficiência de defensores públicos, que tão logo seja preenchida deixará de existir.

Estima-se, segundo levantamento apontado pela Pesquisa Nacional da Defensoria Pública que, ao menos R\$ 280.972.274,36 do recurso proveniente do estado, *lato sensu*, são revertidos para o pagamento de despesas com a terceirização/convênios de atividades de assistência jurídica, em afronta art. 134 c/c art. 4, §5º, da Lei Complementar nº 80/1994.

6. Dificuldades de implementação da Emenda Constitucional nº 80/2014 e a utilização da advocacia dativa no Estado de Minas Gerais

A Constituição Federal de 1988, exaustivamente mencionada neste trabalho, propiciou a reabertura política do Brasil à democracia, movendo o Estado a dar respostas aos desafios da inclusão social e justiça social.

O acesso pelos cidadãos aos serviços jurisdicionais passou a ganhar um caráter essencial para resolver o problema histórico do Brasil de desigualdade

e exclusão, possibilitando a efetivação dos direitos e garantias fundamentais abarcados na Constituição.

É neste contexto que a Defensoria Pública ganha importante papel, por possibilitar a ampliação do acesso à Justiça, por meio da assistência e orientação jurídica integral e gratuita aos cidadãos mais necessitados. A atuação da Defensoria Pública em todo o país, como expressão do regime democrático, abrange diversos temas, como direitos e conflitos nas áreas cíveis e criminais, e direitos individuais e coletivos.

Entretanto, em que pese os avanços alcançados pela Defensoria Pública, sobremaneira pelas alterações constitucionais que garantiram autonomia administrativa e financeira, há ainda muito o que ser feito para se alcançar o pleno fortalecimento e abrangência nacional, como preconiza a Emenda Constitucional nº 80/2014.

Um dos maiores entraves para efetivação da EC constituiu a ausência da autonomia financeira plena, estando as Defensorias Públicas Estaduais ainda vinculadas aos Poderes Executivos neste aspecto.

Dentro do sistema de justiça, à título de comparação, há muito mais juízes e promotores do que defensores no país, ou seja, em grande parte do país, a população conta com a presença do “estado-juiz”, “estado-acusação” (na seara criminal, em especial), não dispondo do “estado-defesa”. Há duas grandes razões para essa realidade, a primeira delas decorrente do tempo, sendo o Poder Judiciário e o Ministério Públicos instituições mais antigas e a segunda pelo fato destas duas instituições já terem adquirido a plena autonomia financeira, com recursos próprios garantidos em percentual legal do orçamento para repasse ao passo que, a Defensoria Pública deve pleitear a cada ano e em cada Estado a sua participação no orçamento total do Estado.

A Pesquisa Nacional da Defensoria Pública divulga que, no âmbito nacional, o quadro de Defensores Públicos é 88,2% menor que o quadro de Promotores e 162% menos que o quadro de Juízes.

À título de exemplo, o Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais já realizou inúmeros concursos para ingresso de magistrados, com cerca de 1.083 juízes, o Ministério Público realiza o seu LVIII concurso para membros, com cerca de 1.023 promotores, ao passo que a Defensoria Pública mineira finalizou seu VIII em 2020 e possui atualmente 672.

Em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, as Defensorias Públicas Estaduais conquistaram sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária,

nos limites estabelecidos pela LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Entretanto, apesar da previsão constitucional, especialmente no tocante a autonomia orçamentária, há um longo caminho a ser percorrido.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) compõe juntamente com o Plano Plurianual (PPA) e a Lei de Orçamentos Anuais (LOA) a tríade que forma a base do sistema integrado de planejamento e orçamento, introduzido pela Constituição de 1988. À título de compreensão, o PPA estabelece de forma regionalizada as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública Federal, constituindo-se principal instrumento de planejamento de médio prazo para a promoção do desenvolvimento. A LDO é a lei responsável pela articulação efetiva entre o PPA e os orçamento anuais, assegurando uma função estratégica aos orçamentos.

A independência da Defensoria Pública é importante para se evitar ingerências por parte do Estado no seu funcionamento em decorrência por exemplo de uma atuação em prol do assistido, mas em desfavor do Estado, podendo este figurar como violador do direito.

Diante da sua missão na defesa dos direitos fundamentais, não se pode admitir sua vinculação a nenhum dos Poderes Estatais.

A autonomia funcional garante liberdade de atuação dos defensores públicos que devem agir com liberdade na defesa dos direitos das classes socialmente oprimidas, inclusive contra o próprio Poder Público.

A autonomia administrativa conferida a Defensoria Pública veda sua vinculação a qualquer estruturação do Estado ou mesmo de outro Poder. Garante a liberdade na gestão e na prática dos atos administrativos.

Sob o aspecto da autonomia financeira, a Constituição garante a iniciativa da proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, sendo este um dos entraves para implementação da EC nº 80, uma vez que a Defensoria Pública não possui orçamento próprio e sua proposta deve ser apresentada dentro dos limites do orçamento do Poder Executivo.

Como a questão envolve a existência de orçamento, outra solução poderia ser o aumento das fontes dos fundos próprios, advindos por exemplo de inscrição de concursos ou honorários de sucumbência. Entretanto, não se pode contar com essa verba para aumento da carreira porque, para este fim, necessário despesa continuada e fixa e, a entrada destes valores é incerta e esporádica, além da indexação legal que veda tal destinação.

No tocante a participação da Defensoria Pública no orçamento Estadual, apesar de ainda não possuir plenamente sua autonomia orçamentária o cenário

é otimista, apontado pelo IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil uma evolução no percentual de Defensorias Públicas Estaduais que formularam propostas legislativas orçamentárias de 2009 a 2014, subindo de um percentual de 38,46% em 2009 para 88,46% em 2014.

Porém, em termos práticos a participação das Defensorias Públicas na construção do orçamento não é garantia de que serão atendidas. Ao contrário, esse mesmo estudo aponta que mais de 60% das proposições apresentadas sofreram cortes, antes ou durante a tramitação do Projeto de Lei. Eis aí o cerne da questão.

Adentrando na análise da Emenda Constitucional nº 80/2014, esta traz em seu texto inserido nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que a União, Estados e Distrito Federal devem disponibilizar Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais do país no prazo de 08 anos. Preconiza ainda que, o número de Defensores Públicos em cada unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

Este é um grande desafio posto as Defensorias Públicas e aos Estados para garantir a ampliação do acesso à justiça no país.

Fazendo referência a Pesquisa Nacional da Defensoria Pública, apresentada em 2021, o relatório aponta que, das 2.585 comarcas existentes no país, em 2021 apenas 1.150 estão providas com a Defensoria Pública, ou seja, menos de 50% contam com o serviço da Defensoria Pública.

Em Minas Gerais, o cenário é de 296 unidades jurisdicionais, das quais, apenas 110 no ano de 2021 estão providas com Defensoria Pública.

Essa realidade asseveram as desigualdades relativas ao acesso à Justiça no país.

É imprescindível despertar a participação e lutas pelo reconhecimento desse direito já assegurado, mas que necessita de efetiva ampliação “para que a importantíssima EC80 não seja dragada pelo ‘movimento circular auto programado de poder da administração’ que nos fala Habermas (1990. p.108).”¹

Assim, é de fundamental importância que as Defensorias Públicas Estaduais unam forças entre si e com toda a sociedade para reivindicar a concretização dessa conquista constitucional.

“Como afirma o sociólogo Jessé Souza (2009, p.17), ‘(...) os reais conflitos sociais que causam dor, sofrimento e humilhação cotidiana para dezenas de milhões de brasileiros são tornados literalmente invisíveis’. E o descaso

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. p.65.

econômico, a corrupção cultural e a apatia política, ocasionalmente aceitas em especial resistência por parte de governos conservadores, configuram uma ‘reação em cadeia de exclusão’ que se manifesta na esfera da atividade democrática como ‘pobreza política’ (MULLER, 1999)”.²

A desigualdade no Brasil é interiorizada e aceita pela população, com uma divisão clara entre grupos e classes socioeconômicas e com uma certa apatia das classes mais favorecidas e dos governos para buscar reverter essa realidade. O que se vê são iniciativas públicas ou privadas pontuais, e algumas vezes até embebidas de boas intenções, mas que diante do cenário nacional poucas mudanças são capazes de produzir.

O defensor público no seu papel de agente público de transformação social, é uma figura que se constitui numa ponte para auxiliar na redução das desigualdades sociais, dando voz àqueles que não são ouvidos e força àqueles que não às possuem mais. Ele garante a universalização do acesso à justiça.

A aplicabilidade da EC 80 é sem dúvida um dos maiores desafios às Defensorias Públicas do Brasil. O mencionado diagnóstico realizou uma pesquisa com os defensores públicos do país inteiro e, dentre os principais temas mencionados, os dois de maiores destaques foram a ampliação do quadro de defensores públicos, servidores de apoio e estagiários e a autonomia (financeira, institucional e funcional) representando cerca de 15,4% e 13,5%, respectivamente, das respostas.

O grande avanço perseguido pelas Defensorias Públicas corresponde a orçamento e autonomia, sendo a autonomia financeira um objetivo a ser alcançado, pois a maioria das Defensorias Estaduais ainda tem seu orçamento vinculado a União e Estados, não sendo a elas destinados recursos orçamentários fixos, tal como é feito ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, à título de exemplo, também integrantes do sistema de justiça.

A maior parte do orçamento das Defensorias Públicas advém da União, no caso da DPU ou dos Estados, sendo poucos os recursos provenientes de fundos próprios, que também contribui para a dependência financeira que a Instituição vivencia. O valor repassado pelo Estado para a Defensoria é imprescindível para seu funcionamento e a diversidade das fontes orçamentárias podem ser uma das alternativas para conquistar a tão almejada independência financeira.

Uma grande luta travada pelos defensores estaduais e federais consiste na reivindicação da revisão da Lei de Responsabilidade Fiscal em ambos os níveis

² Idem. p.65

federativos, garantindo repasse em percentual fixo anual às Defensorias, o que possibilitará a construção de planejamentos sólidos e eficazes.

No ano de 2011 a Defensoria Pública da União e as Defensorias Públicas Estaduais de todo o país se encheram de esperança com a apresentação do Projeto de Lei Complementar nº 114/11 que propunha a alteração de dispositivos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, legislação que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Tal projeto inseria a Defensoria Pública na mesma regulamentação financeira e orçamentária que os Poderes Executivo, Legislativo, Tribunal de Contas, Poder Judiciário e Ministério Público, ou seja, com percentual próprio de orçamento garantindo por lei, que na proposta seria de no mínimo 2%.

Assim, para assegurar esse percentual às Defensorias Públicas, o texto reduziria de 49% para 47% o limite de despesas do Executivo Estadual com pagamento de pessoal. A proposta legislativa previa ainda um prazo de até cinco anos para a implementação progressiva da nova repartição dos limites da despesa com pessoal, levando em conta as diferentes realidades de cada Defensoria.

Apesar do texto ter sido aprovado por maioria absoluta no Senado e Câmara e ter recebido manifestações favoráveis do Ministério da Justiça e da própria Casa Civil, que recomendaram a sanção integral do projeto, a Presidente Dilma, em sua mensagem de veto manifestou que

(...) os Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação que representam os Estados e o DF no Conselho Nacional de Política Fazendária manifestaram-se pelo veto integral do projeto *com base em estudos técnicos que apontam que, na atual conjuntura, a redução do percentual de comprometimento da despesa de pessoal em relação a 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*.³

A Presidente declarou também que “*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*”.⁴

O veto sinaliza a ausência de compromisso do Estado brasileiro com a efetiva garantia constitucional do acesso à justiça, representado pelo dever do Estado de

³ Veto Presidencial nº 581, de 19 de dezembro de 2012. DOU 20/12/12.

⁴ Idem.

prover a Defensoria Pública de forma eficiente para que a cidadania possa ser exercida em plenitude.

No contexto da DPMG o cenário é de dificuldade para cumprir o disposto na Emenda 80. O tempo é curto e os recursos orçamentários, que dependem de aporte pelo Executivo estadual, são limitados.

A Defensoria Pública mineira também enfrenta outros não menos importantes desafios como proporcionar maior infraestrutura a comarcas já montadas, especialmente no tocante aos recursos humanos, estruturando o quadro de serviço de apoio ao trabalho do defensor público.

Assim, em que pese a necessidade e vontade de se ampliar a atuação da defensoria pública para novas unidades jurisdicionais, num contexto de restrição orçamentária, há uma dicotomia constante na classe entre abrir novas unidades ou estruturar as já existentes, decisão que fica na maioria das vezes à escolha do Defensor Público-Geral, que tem mandato periódico de 02 (dois) anos, que para tal se vale de argumentos técnicos e políticos.

Diante desse cenário é que surge a atuação de advogados dativos para anteder a população nas áreas em que a DPMG não consegue chegar, muitas vezes como a única opção viável em um cenário marcado pela inexistência de recursos financeiros para atender todas as demandas da sociedade.

Entretanto, além da violação da Constituição Federal e Legislação Infraconstitucional, como acima apresentado, à título comparativo, para o Estado, suprir a lacuna de defensores públicos com advogados dativos, trará um custo muito mais elevado aos cofres públicos. Em termos de remuneração, um defensor público que atue por seis horas no Juizado Especial Criminal na capital realiza em média 30 audiências. Se esta mesma audiência for praticada por um advogado dativo, por ausência da Defensoria Pública este poderá receber pelo ato (uma audiência) o valor de R\$200,00. Na área do direito das famílias por exemplo, um advogado dativo pode receber em média R\$800,00 para realização de um divórcio consensual, ao passo que o defensor público atuante na mesma área tem condições de realizar em média cinco ações por dia desta mesma natureza. Fonte

Os valores fixados em favor dos advogados dativos são baseados na tabela de honorários construída pela OAB, disponível no site da Instituição.

Portanto, em uma análise da situação, é possível afirmar que os advogados dativos correspondem a uma solução cara e que o investimento em defensores públicos seria mais racional para o Estado.

Em Minas Gerais, não se conhece um estudo claro comparativo entre os custos do Estado com defensor público e advogado dativo.

A realidade que assola o país e os Estados de restrições orçamentárias e financeiras, aliado ao agravamento da situação pelas medidas restritivas de contenção da pandemia, causada pela Covid-19, representa um grande risco à nomeação de Defensores para todo o Estado de Minas Gerais e consequentemente ao cumprimento da Emenda nº 80. É necessário que este debate seja aberto dentro da DPMG em busca de soluções e alternativas efetivas, como parte integrante de um plano estratégico.

Por isso, a necessidade de realizar a análise de conjuntura adentrando, conforme preconiza Betinho, nas questões centrais em evidência num determinado período, identificando os campos de confronto existentes, destacando os tipos de oposição, os conflitos, os atores sociais envolvidos e os embates, se existentes dentro do próprio Estado para se chegar as soluções.

Sendo assim, a análise de conjuntura tem como objetivo produzir um tipo de intervenção na política, sendo um elemento fundamental na organização dela, na definição das estratégias e táticas. É o ato que antecede o planejamento.

A Defensoria Pública de Minas Gerais, motivada pelo espírito de planejamento, contratou a Fundação João Pinheiro para que desenvolvesse o primeiro planejamento da Instituição, o qual foi apresentado no ano de 2018.

A posição da Fundação João Pinheiro em relação a tal temática, apresentada no Plano Estratégico envolve realizar primeiro um projeto a ser desenvolvido no contexto do planejamento estratégico quanto ao estudo sobre a viabilidade de soluções para que, se possa fazer mais com menos. Em outras palavras, construir soluções para que o número atual de defensores públicos, integrantes da carreira mineira, consigam atender um maior número de demandas, por exemplo, pelo mecanismo da cooperação.

A proposta apresentada pela Fundação, corresponde em alterar a lógica de atuação de defensor público atrelado a uma unidade jurisdicional. Dessa forma, compreendem que a ação viável seria a mudança desta lógica de um Defensor — uma comarca, cabendo a DPMG estudar arquiteturas organizacionais capazes de auxiliar no atendimento de múltiplas comarcas com os Defensores atuando em uma lógica regionalizada, se valendo inclusive dos benefícios trazidos pelo processo judicial eletrônico, e mais recente, o atendimento remoto, que possibilita que o defensor de determinada unidade jurisdicional desenvolva atividades relacionadas a outra unidade.

Por outro lado, o Estado de Minas Gerais não torna público os valores gastos com pagamento dos honorários dos advogados dativos o que dificulta ou

mesmo inviabiliza qualquer tipo de diálogo e negociação entre os envolvidos, quais sejam, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, para que, sob outro viés se buscasse a solução para a falta de defensores públicos e o descumprimento da EC nº 80.

7. Considerações finais

Atingir a meta da EC 80 contribuirá para o pleno desenvolvimento dos princípios e objetivos da Instituição, que guardam relação direta com a necessidade de reduzir o abandono social e político de uma classe da população às margens da sociedade.

A *policy science* tem interesse de contribuir para solução de problemas públicos e consiste no processo político-administrativo que se desdobra em estágios, sendo eles: 1 — Montagem da agenda política: reconhecimento dos problemas; 2 — Formulação da política pública: soluções para os problemas identificados; 3 — Tomada de decisão política: o momento em que se aprova ou não um curso da ação, no qual prevalece a decisão política, menos técnica; 4 — A descoberta da implementação: decisões colocadas em prática e em busca dos resultados, por meio da designação de fundos, pessoas e delimitação de regras; 5 — Avaliação da política pública: análise do funcionamento da política.

Esse instrumento apresentado pelos autores Heidemann e Salm se, aplicados nesta celeuma, podem contribuir na busca de soluções.

Como solução, se mostra imprescindível um maior diálogo entre as Defensorias Estaduais e os Governos Estaduais para garantir o cumprimento das questões orçamentárias previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, dentro das propostas apresentadas pelas Defensorias Públicas. O avanço das estruturas das Defensorias e a efetividade dos planejamentos estratégicos se encontra limitado pela dependência orçamentária do Executivo.

No contexto da DPMG além da solução acima apontada, também é possível trilhar caminhos paralelos e alternativos como uma abertura do diálogo com executivo para adentrar no enigmático orçamento desprendido com pagamento dos dativos num determinado recorte temporal e, o quanto isto impactaria se investido na Defensoria Pública explicitamente para que esta pudesse ampliar seus atendimentos, reduzindo como consequência a necessidade de novas nomeações de advogados dativos.

Por fim, e não menos importante, outra solução que poderia ser construída com junção de esforços da classe da DPMG, consiste na reorganização da sua estrutura organizacional, otimizando o trabalho dos defensores públicos e possibilitando uma maior atuação com o número já existentes, por meio de criação de núcleos especializados, que atendem o Estado de Minas Gerais como um todo, por meio de cooperações entre comarcas limítrofes e por meio do trabalho remoto diante do cenário atual do processo judicial eletrônico e atendimentos virtuais.

8. Referências

BECUE, Sabrina Maria Fadel. *Advocacia dativa: natureza jurídica dos honorários dativos e suas repercussões jurídicas*. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/05/revista-esa-cap-07.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp132.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

BRASIL. Pesquisa Nacional da Defensoria Pública. Disponível em: <<https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/sobre-a-pesquisa/coordenacao>>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 225/2011*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=488A1A355BCBA5AC4EBFFE3A63012030.proposicoesWebExterno1?codteor=946552&filename=PLP+114/2011>. Acesso em: 04 de novembro de 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. *Conheça a Defensoria Pública*. Histórico. Disponível em: <<https://www.defensoria.mg.def.br/conheca-a-defensoria/historico>>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. *Deliberação nº 11 de 09 de outubro de 2009*. Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

ESTEVES, Diogo e SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HEIDEMANN e J.F. SALM (Ed.) *Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora da UNB, 2009.

J.GIACOMINI e J.L.PAGNUSSAT (Ed.). *Planejamento e Orçamento Governamental (coletânea)*. Brasília: ENAP, V1, 2006.

LAIA. Marconi Martins de. *Planejamento Estratégico da Defensoria Pública de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2018.

MINAS GERAIS. *Lei Complementar nº 65, de 16 de janeiro de 2003*. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=65&comp=&ano=2003&texto=consolidado>>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

MINAS GERAIS. Associação Defensores Públicos do Estado de Minas Gerais. *Diagnóstico Institucional da DPMG: Uma análise estrutural da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e o desafio para o cumprimento da EC 80/20014*. Belo Horizonte: ADEP/MG, 2021.

SOUZA, Hebert José de. *Como se faz análise de conjuntura*. 25. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1984.



ARTIGO VIII

A conciliação e a mediação de conflitos no âmbito da Defensoria Pública

Conciliation and mediation of conflicts within the Public Defender's Office

CLÁUDIO FABIANO PIMENTA

Defensor público do Estado de Minas Gerais, titular da 2ª Defensoria de Família e Sucessões em Montes Claros. Coordenador da Regional Norte e membro da Câmara de Estudos de Métodos Adequados de Solução de Conflitos e Atuação Extrajudicial da DPMG.

Resumo: O artigo abordou a mediação de conflitos na Defensoria Pública estadual em Montes Claros, na área do Direito de Família. Examinou-se a solução de conflitos da área de família antes e depois da instalação do Centro de Mediação na instituição. Foram analisados os atendimentos feitos pela unidade da Defensoria Pública em Montes Claros na área de Direito de Família no período compreendido entre abril de 2019 a fevereiro de 2020. Ao final, pôde-se aferir as vantagens obtidas com o procedimento de conciliação e mediação na Defensoria Pública estadual em Montes Claros.

Palavras-chave: Conciliação e mediação de conflitos; Defensoria Pública; Vantagens.

Abstract: *The article addressed the mediation of conflicts in the Public Defender's Office of Montes Claros, in the area of Family Law. The solution of conflicts in the family area was examined before and after the installation of the Mediation Center in the institution. The services provided by the Public Defender's Office of Montes Claros in the area of family law in the period from April 2019 to February 2020 were analyzed. In the end, it was possible to assess the advantages obtained with the conciliation and mediation procedure in the Defender's Office State Public in Montes Claros.*

Keywords: *Conciliation and conflict mediation; Public Defender's Office; Advantages.*

Sumário: 1. Introdução; 2. A conciliação e a mediação de conflitos como função institucional da Defensoria Pública; 3. A conciliação e a mediação de conflitos na Defensoria Pública estadual em Montes Claros; 4. Vantagens da conciliação e mediação na Defensoria Pública em Montes Claros; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Os procedimentos da conciliação e da mediação como métodos adequados de solução de conflitos representam instrumentos altamente profícuos para se alcançar a efetiva pacificação social. A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, traz como função precípua a atuação extrajudicial.

Nesse diapasão, as práticas da conciliação e da mediação introduzidas na Defensoria Pública do Estado em Montes Claros trouxeram mudanças importantes na forma de prestação jurídica pela instituição e de promoção de acesso à justiça aos cidadãos vulneráveis.

A necessidade de se desenvolver um processo institucional não adversarial e voluntário de resolução de disputas não é algo novo. Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor esses mecanismos de solução adequada de conflitos. Se de um lado estes instrumentos de solução adequada de conflitos promovem o empoderamento dos cidadãos frente a suas avenças, promovendo consciência cívica e responsabilização social, de outro verifica-se grande ganho ao representar significativa redução de novos processos judiciais.

Nestes moldes, a conciliação e a mediação no âmbito da Defensoria Pública são técnicas preciosas para diminuir custos e o tempo da prestação jurídica, ao mesmo passo que conferem eficiência à tutela do interesse público e promove pacificação social. Ainda nessa ordem lógica, a adoção da mediação e da conciliação pela Defensoria Pública para a orientação e prestação jurídica de seus assistidos, promove inexoravelmente o empoderamento e a educação em direitos de parcela significativa da população, considerados vulneráveis e excluídos socialmente, logrando obter a mais ampla dignificação humana e acesso à ordem jurídica justa.

2. A conciliação e a mediação de conflitos como função institucional da Defensoria Pública

A conciliação e a mediação de conflitos são métodos de solução adequada de conflitos que têm em comum a consensualidade e a efetiva coparticipação dos entes envolvidos na controvérsia. Elas são meios de soluções adequadas de conflitos em que um terceiro, imparcial e neutro, coopera para que as partes

possam identificar os interesses e sentimentos envolvidos na controvérsia e cheguem à solução consensual.

Consoante ensina Luciane Moessa de Souza, a mediação “pode ser definida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes.” Isto é, trata-se da colaboração ativa de outra pessoa que, por ser respeitada institucionalmente e ao se abster de tomar partido, propicia que as partes construam autonomamente a solução consensual para aquele conflito de interesses. Nesse passo, quem resolve o conflito são as próprias partes, sendo o mediador ou o conciliador apenas o facilitador do diálogo, auxiliando a quebrar as barreiras — subjetivas, idiossincráticas, econômicas, técnicas. Ele não detém posição de superioridade hierárquica, nem profere decisões, mas dissipa as animosidades, estimula o diálogo e auxilia a que o consenso seja eventualmente formado. O que é extremamente valioso, eis que torna horizontal e equânime a posição das partes envolvidas — a fim de que efetivamente alcancem a equalização de suas necessidades e interesses, encontrando solução para o conflito e, assim, operando a pacificação social. Percebe-se que o mediador ou conciliador pavimentam a via de diálogo para as partes envolvidas, de modo a construir uma relação antes desgastada e esgarçada, e possam trilhar lado a lado, rumo ao consenso e à paz social.

Os festejados mestres Adolfo Braga Neto e Lia Regina Castaldi Sampaio bem conceituam o instituto da conciliação, na obra intitulada “O que é mediação de conflitos”, 1ª edição, ano de 2007, o que fazem nos seguintes dizeres:

A conciliação é um procedimento mais célere e, na maioria dos casos, restringe-se a uma reunião entre as partes e o conciliador. Trata-se de um mecanismo muito eficaz para conflitos em que inexistente entre as partes relacionamento significativo no passado ou contínuo a futuro, portanto, preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia.

Na mesma obra supracitada, Neto e Sampaio tecem diferenciação entre a mediação e a conciliação da forma seguinte:

A mediação difere da conciliação em diversos aspectos. Nela, o que está em jogo são meses anos ou mesmo décadas de relacionamento, razão pela qual demanda que o terceiro tenha conhecimento mais profundo sobre a inter-relação entre as partes. O mediador, para poder melhor auxiliá-las nas

questões controversas, deve ter mais tempo para investigar toda a complexidade daquela inter-relação. É bom lembrar que a mediação, entretanto, não visa pura e simplesmente ao acordo, mas atingir a satisfação dos interesses e das necessidades dos envolvidos no conflito.”

Portanto, a mediação e conciliação são instrumentos afins que são igualmente utilizados para solução adequada de conflitos. Mas, a depender da natureza e da origem da avença, há de ser aplicada uma ou outra técnica. De rigor, a mediação não comporta a atuação propositiva do mediador, o qual deve abster-se de sugerir soluções, atendo-se tão somente a conduzir as partes a identificarem os interesses envolvidos e descortinar as alternativas a serem propostas pelos próprios mediandos. Na conciliação, por seu turno, embora não seja o mais recomendado, o conciliador pode sugerir alternativas e propor soluções na busca da solução consensual da avença.

Em comum, ambos os institutos possuem a participação voluntária das partes, baseada na boa fé dos envolvidos. O facilitador é terceira pessoa neutra e imparcial, que tem o papel de conduzir a um diálogo propositivo e respeitoso, preservando o caráter sigiloso do procedimento, orientando as partes para pensarem de forma positiva e ativa, de forma que o eventual acordo obtido seja aceitável e realizável.

Como já dito, é de se reconhecer que alguns pontos distinguem um instituto do outro. Vale frisar que, enquanto na conciliação as sessões são mais curtas, na mediação as sessões são ordinariamente mais longas e mais numerosas, haja vista que trata de questões de maior complexidade. Na conciliação, o terceiro facilitador pode propor alternativas de solução da avença, enquanto na mediação, o mediador não deve sugerir formas de solução do conflito, devendo apenas fomentar que as partes solucionem o conflito de forma propositiva. Quando a solução parte das próprias partes, há maior grau de legitimidade e identificação com os próprios envolvidos e seus interesses e necessidades.

A evolução normativa acerca do tema vem se notabilizando sobremaneira. Em 1970, observou-se o movimento de acesso à justiça, reivindicando-se alterações sistêmicas que significassem um melhor acesso à Justiça na perspectiva do jurisdicionado: participação na seleção do processo de Resolução de Disputas e na produção de seus resultados. Em 1990, a Lei 9.099/95 estimulou e valorizou a conciliação. Marco importante na prática autocompositiva foi a publicação da Resolução 125/CNJ, que dispõe sobre a Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse passo, o Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 2015, no parágrafo 3º do artigo 3º, inovou para destacar a importância dos métodos de solução consensual de conflitos, impondo a juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o dever de estimular as partes a utilizarem os métodos de solução consensual de conflitos, dentro e fora do processo judicial.

In verbis:

“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

Vale lembrar que o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 784, IV, municia a Defensoria Pública com o poder de referendar transação, elaborando um título executivo extrajudicial. Sendo assim, a transação firmada no âmbito da Defensoria Pública, valendo-se de métodos adequados de solução de conflitos, é título executivo extrajudicial, prescindindo, assim, de homologação judicial para ter eficácia e executividade.

Por seu turno, a Lei Complementar (LC) 80 de 1994, ao organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescrever normas gerais para sua organização nos Estados e dá outras providências, estabeleceu as funções institucionais da Defensoria Pública, enaltecendo o seu papel de atuar de forma extrajudicial na solução dos litígios, visando à pacificação social e composição dos conflitos, por meio dos métodos da mediação e conciliação, dentre outros. Vale transcrever o inciso II do artigo 4º da LC 80 de 1994:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I — prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

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;*** (Grifou-se)

III — promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

IV — prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;

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;

VI — representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

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;

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;

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;

X — promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

XI — exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

XIV — acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;

XV — patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;

XVI — exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei;

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;

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;

XIX — atuar nos Juizados Especiais;

XX — participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e

municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos;

XXI — executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;

XXII — convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais. (grifos nossos)

Este preceito de lei complementar encontra fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, ao tratar da Defensoria Pública, declara que se trata de instituição permanente e essencial à administração da justiça.

Para reafirmar esse múnus da instituição, houve expressa alteração constitucional pela EC 80/2014. O capítulo IV da Constituição Federal de 1988 — Das Funções Essenciais à Justiça — foi alterado para destacar a Defensoria Pública, em sessão própria, garantindo-a como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. Eis o texto da Carta Magna de 1988:

CF — SEÇÃO IV

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (grifos nossos)

A orientação e defesa jurídicas dos vulneráveis, por conseguinte, cabe exclusivamente à Defensoria Pública conforme consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido, a Lei Complementar 80 de 1994 definiu que a atuação do Defensor Público na orientação e defesa jurídica do hipossuficiente será, prioritariamente, na forma extrajudicial. Portanto, a função extrajudicial de atuação do Defensor Público foi topograficamente evidenciada na LC 80/1994, impondo o dever de cumprir sua vocação e missão constitucional de forma extrajudicial em primeiro plano. Quer isto significar que, após prestar orientação jurídica, a Defensoria Pública deve optar por solucionar os conflitos

de forma extrajudicial, somente recorrendo às vias judiciais após esgotadas as vias consensuais. Nesse sentido, vale destacar o que leciona o ilustrado Gustavo Corgosinho¹:

Essa atribuição institucional apresenta importância vital ao acesso a uma ordem jurídica justa, devendo ser evitada ao máximo a judicialização de ações, recomendando-se que essa medida de chegar ao viés judicial ocorra apenas em último caso (*ultima ratio*) com isso, propõe-se viabilizar ao Poder Judiciário — menos asoberbado com ações que poderiam ser evitadas — a possibilidade de oferecer maior celeridade aos processos já em andamento e também naqueles em que não tenha sido possível a composição inicial.

Esta opção legislativa vem ao encontro dos primados da efetividade da prestação jurídica, eficiência e celeridade, além de propiciar a maior pacificação social, na medida que as partes, nos métodos consensuais de solução de conflitos, atuam de forma proativa e propositiva.

Uma vez descritas as funções institucionais da Defensoria Pública, evidenciando-se como função prioritária a atuação extrajudicial, bem como pormenorizados os institutos da conciliação e da mediação de conflitos como instrumentos de solução consensual de conflitos, surge uma terceira vertente: a prioridade de atuação extrajudicial da Defensoria Pública com emprego da conciliação e mediação, sem excluir outros métodos de solução consensual.

Nesse sentido, cabe aqui destacar que o acesso à ordem jurídica justa vai muito além do acesso ao Poder Judiciário. O direito de acesso à Justiça, é garantia fundamental, verdadeiro instrumento constitucional para a garantia dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Como já dito, o acesso à Justiça extrapola os limites do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da CF), vai muito além do direito de acesso ao Poder Judiciário. É sabido que o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema de jurisdição una, tocando ao Poder Judiciário emanar a última palavra sobre lesão ou ameaça a direito. Contudo, o sistema de Justiça é composto por outras instituições igualmente vocacionadas e adequadas para solução dos conflitos e promoção de direitos. O festejado jurista Kazuo Watanabe, em entrevista à *ConJur*, afirmou que:

¹ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública*; princípios institucionais e regime jurídico. 2.ed., Belo Horizonte: Arraes, 2014, p.105.

Quando falo nisso, trato da atualização do conceito de acesso à justiça. Escrevo justiça com J minúsculo para não significar somente acesso ao Poder Judiciário. Os cidadãos têm direito de ser ouvidos e atendidos, não somente em situação de controvérsias, mas em problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de seus documentos ou de seus familiares ou os relativos a seus bens. Instituições como o Poupatempo e as câmaras de mediação, desde que bem organizados e com funcionamento correto, asseguram o acesso à justiça aos cidadãos nessa concepção mais ampla.

Com a autoridade extraída dos ensinamentos do renomado mestre Kazuo Watanabe, pode-se assegurar que a Defensoria Pública tem a missão institucional de garantir à população mais vulnerável o amplo acesso à ordem jurídica justa, e não simplesmente o acesso ao Poder Judiciário, mediante propositura e acompanhamento de ações judiciais. Cabe à Defensoria Pública franquear à camada mais fragilizada da população, com reconhecido grau de exclusão social, o direito de acessar ao justo e aos melhores e mais adequados métodos de solução de conflitos.

Logo, o acesso à justiça não pode ser confundido com o mero acesso ao Poder Judiciário, mas também como acesso ao exercício pleno dos direitos, bem como ao sistema multiportas para solução dos conflitos. O sistema multiportas contemplado no Código de Processo Civil vigente faculta que o cidadão tenha várias alternativas para a defesa de seus direitos, não se restringindo ao ajuizamento de ações. Na realidade, o Poder Judiciário deve ser a última porta a ser acionada, devendo as partes serem estimuladas a resolverem suas questões consensualmente. Assim o fazendo, ao Poder Judiciário caberia solucionar as questões mais indissolúveis e imbrincadas que as partes não conseguiram resolver por si mesmas. Estimular as partes a acessarem as demais portas de acesso à justiça gera um ganho duplo: diminuição das filas de processos nos tribunais e educação em direito dos cidadãos, responsabilizando-os por seus atos e escolhas, disseminando a conscientização social.

Para esta função, de conduzir os cidadãos vulneráveis a buscarem solução consensual de suas avenças, o Constituinte elegeu a Defensoria Pública, como modelo público de realização do direito de acesso à Justiça, a ser garantido por instituição pública, de caráter permanente e dotada de autonomia administrativa, financeira e funcional, composta de integrantes admitidos por concurso público de provas e títulos. Portanto, a Defensoria Pública recebe a dignidade

constitucional de meta garantia, servindo de garantidor de direitos fundamentais da população de maior vulnerabilidade social, sendo instituição que promove cidadania e direitos humanos.

O serviço público prestado pela instituição é de orientação e defesa de direitos dos hipossuficientes, em todos os graus de jurisdição, de forma judicial e extrajudicial, coletiva ou individual. É dever do defensor público prestar educação em direitos, orientação jurídica, defesa individual e coletiva em todos os campos do Direito. O Estado, por meio da Defensoria Pública, promove a efetividade do direito de acesso igualitário à Justiça, assegurando igualdade de condições aos cidadãos menos afortunados e o pleno exercício ao direito de acesso ao sistema de Justiça, com todos os métodos e alternativas que lhes são inerentes.

A Constituição de 1988, visando conferir concretude aos direitos fundamentais, especialmente em relação aos cidadãos de destacada marginalização social, criou mecanismos voltados para garantir o amplo e irrestrito acesso à ordem justa. A Constituição Cidadã incorporou a necessidade de proteger a população historicamente submetida a processo de exclusão e marginalização, criando instrumentos adequados e vocacionados à erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Justamente com esta função é que a Defensoria Pública foi erigida pela Constituição Federal, com todo um instrumental e garantias a dar suporte em sua missão. Assim, para garantir a consecução de sua finalidade, a Defensoria Pública promove o acesso à justiça da forma mais consentânea à realidade do cidadão hipossuficiente. Nesse passo, o Defensor Público presta a orientação e defesa jurídica de seu assistido priorizando-se a solução consensual da realização de seu direito e promovendo a educação em direitos. A orientação jurídica deve ser a mais ampla, realizando a educação em direitos, dando ao cidadão o conhecimento acerca de seus direitos e obrigações, as implicações de seus atos e as formas adequadas para alcançar a efetivação de suas aspirações, buscando o maior grau de satisfação e realização.

A Defensoria Pública, portanto, integrante do sistema de justiça, é instrumento para a defesa efetiva de direitos fundamentais e substanciais das pessoas em condição de vulnerabilidade, as quais encontram os maiores obstáculos para o seu exercício. E é neste cenário em que figuram os instrumentos da conciliação e da mediação, permitindo às partes envolvidas o engajamento na solução consensual e o pleno conhecimento das consequências dos atos de cada um. Maior grau de satisfação das pretensões dos assistidos da Defensoria Pública

é alcançado com o emprego de métodos consensuais de solução de conflitos, promovendo de forma mais eficaz e eficiente a assistência jurídica integral e gratuita, promovendo o pleno acesso à ordem jurídica justa.

De outro giro, os métodos de solução de conflito antes nominados de alternativos sofreram importante ressignificação para serem considerados como adequados. Assim, muito mais que uma via para desafogar o Poder Judiciário, os métodos adequados de solução de conflitos são instrumentos de inclusão social, de espectro de efetivo acesso à ordem jurídica justa. O acesso de cidadãos vulneráveis a métodos de solução consensual de conflitos promove a educação em direitos e realça a cidadania, sendo eficaz para fortalecer o engajamento participativo e responsável das partes na solução da avença, as quais se apoderam da responsabilização de seus atos.

De tal modo, a Defensoria Pública é instituição adequada a fornecer o acesso à ordem jurídica justa aos vulneráveis, propiciando o acesso a métodos adequados de solução de conflito, capacitando-os para se empoderarem de competências capazes para solucionar futuros conflitos e realizarem os acordos de conflitos já superados.

A Defensoria Pública, com o emprego da conciliação e mediação, entrega aos cidadãos mais vulneráveis e de reconhecida exclusão social, uma prestação jurídica mais inclusiva, de menor custo ao erário, célere, eficaz e com alto grau de pacificação social.

3. A conciliação e a mediação de conflitos na Defensoria Pública estadual em Montes Claros

Diuturnamente a Defensoria Pública estadual atende grande número de pessoas hipossuficientes com demandas na área de consumidor, cível, família, idoso, criança e adolescente, dentre outras. A maior parte das demandas absorvidas pela instituição são perfeitamente passíveis de serem submetidas a procedimento de conciliação ou de mediação de conflitos, antes do ajuizamento da ação cabível.

Nesse desiderato, o Planejamento Estratégico da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais 2018-2023, elaborado pela Fundação João Pinheiro, traz como resultado a ser alcançado a Institucionalização da Atuação Extrajudicial por parte dos Defensores Públicos. Como um dos atos para concretizar esse resultado, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais já vem criando Centros de Conciliação e Mediação de Conflitos nas unidades espraiadas pelo Estado.

A Defensoria Pública de Minas Gerais em Montes Claros possui a previsão abstrata de quatro órgãos de execução com atribuição na família e sucessões, nos termos da Deliberação nº 011 de 2009 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Destes, apenas três cargos estão efetivamente ocupados.

Vale ressaltar que a Comarca de Montes Claros abrange sete municípios, sendo eles, Montes Claros, Claro dos Poções, Glaucilândia, Itacambira, Juramento, Mirabela e Patis. A soma da população destes municípios é de 430.545 habitantes, segundo dados do IBGE do último censo de 2010. De tal sorte, a relação entre o número de habitantes por defensor público da família e sucessões é de 1 defensor público para cada 143.515 habitantes segundo dados de 10 anos atrás.

Há de se ressaltar que a Comarca de Montes Claros é situada no Norte de Minas, região marcada por graves crises sociais e uma das regiões de menores índices de IDH — Índices de Desenvolvimento Humano — do estado e do país. Por certo, considerando que a vocação constitucional da Defensoria Pública é a orientação e prestação jurídica aos necessitados, a Comarca de Montes Claros apresenta alta porcentagem de pessoas hipossuficientes. Por corolário lógico, ao contrário das regiões com maiores índices de desenvolvimento humano, a maioria da população da comarca preenche os requisitos de hipossuficiência e vulnerabilidade. Atualmente, nos termos da Deliberação nº 025 de 2016, pode ser declarada carência financeira e, com isto, ser atendido pela Defensoria Pública, toda pessoa que não possua renda mensal individual superior a três salários mínimos ou que a renda mensal familiar não seja superior a quatro salários mínimos.

Segundo o IBGE², em 2017, a renda mensal do cidadão montesclarenses é de 2,1 salários mínimos, sendo 24,7% da população ocupada e 36,4% da população possui rendimento individual mensal de até meio salário mínimo. Outros municípios que compõem a comarca contam com renda mensal individual ainda muito inferior, considerando que Montes Claros é o município que tem a maior renda individual da microrregião. Exemplificativamente, no município de Patis, integrante da Comarca de Montes Claros, a renda individual mensal média dos habitantes é de até 1,5 salários mínimos, sendo que 49,9% da população recebe até meio salário mínimo mensal e apenas 7,3% da população possuem ocupação. Logo, a expressiva maioria da população dos municípios da Comarca de Montes Claros é potencial assistido da Defensoria Pública.

² Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/montes-claros/panorama>>. Acesso em: 26 mar. 2018

Destarte, a demanda na Defensoria Pública estadual em Montes Claros é exponencial na área da família e sucessões. De rigor, mensalmente, são atendidas quase duas mil pessoas na unidade local, conforme dados obtidos junto à Coordenação Local da Defensoria Pública estadual em Montes Claros.

Deste total, aproximadamente 50% são pessoas que buscam solução de conflitos na área da família e sucessões, seja para atendimento inicial, seja para andamento de suas demandas. Desta maneira, em razão do grande número de atendimentos, somado a outros fatores como existência de outras atribuições processuais e extraprocessuais do Defensor Público de Família e Sucessões, habituou-se, então, a realizar o atendimento em Montes Claros na área da família limitando-se ao ajuizamento das demandas trazidas pelos assistidos.

Todavia, diante do imperativo do Planejamento Estratégico 2018-2023 da Defensoria Pública de Minas Gerais, bem como do incentivo e fomento dado pela Defensoria Pública-Geral e da vontade dos órgãos de execução lotados nas Defensorias de Família e Sucessão da Unidade Montes Claros, foi idealizada e realizada a criação do Centro de Conciliação e Mediação na Família. A partir de então, todos os atendimentos iniciais dos assistidos na área de família são precedidos de procedimento de conciliação-mediação, oportunidade em que as partes podem obter a solução consensual de suas avenças. Em respeito ao princípio da consensualidade, as partes que não aceitam participar do procedimento recebem atendimento voltado para judicialização de suas demandas. Da mesma forma, quando não se obtém a solução consensual da demanda, as partes podem optar pelo respectivo ajuizamento destas.

Assim, foi pensado, gestado e instalado o Centro de Conciliação e Mediação de Conflitos na área da Família na Unidade Montes Claros, por meio da Resolução nº 45 de 2019 da Defensoria Pública-Geral do Estado de Minas Gerais. Esses centros de mediação instalados nas unidades da Defensoria Pública representam grande passo no rumo da institucionalização da atuação extrajudicial.

Desta forma, a mudança de padrões de atendimento, internalizando o procedimento de conciliação e mediação como método de ingresso do demandante na instituição, pôde propiciar melhor e mais eficiente prestação jurídica, entregando às partes envolvidas no conflito uma pacificação social mais estável, com o empoderamento das partes e assunção por elas de suas responsabilidades nas relações sociais pertinentes.

O procedimento no Centro de Conciliação e Mediação da Família na Defensoria Pública estadual em Montes Claros consiste em etapas concatenadas,

visando ao atendimento extrajudicial embasado na consensualidade, sendo oportunizado a todo o assistido que busque solução de controvérsias na seara do direito de família. Ao acessar a primeira vez a unidade da Defensoria Pública em Montes Claros, para buscar solução de questões atinentes à família, o assistido recebe o primeiro atendimento, oportunidade na qual é orientado sobre o procedimento de mediação e conciliação, em que consiste, advertindo sobre as vantagens dos métodos e o sobre o caminho a ser trilhado em um processo judicial. Aceitando o procedimento extrajudicial, colhem-se todos os dados do assistido proponente e todos os dados possíveis da parte adversa. O assistido proponente já sai do atendimento inicial notificado do dia e horário da sessão de mediação-conciliação, designada em prazo de até 10 (dez) dias. Em seguida, a parte adversa é notificada, por e-mail, telefone e/ou carta, para comparecimento à sessão de mediação-conciliação, munido de seus documentos pessoais e, desde já, informando-o sobre o procedimento. O objetivo de informar a parte adversa do conteúdo do convite é dar plena efetividade ao dever de informação e de lealdade, evitando surpresas e permitindo o amadurecimento de questões atinentes. No dia da sessão, as partes são recebidas por dois mediadores-conciliadores, os quais empregam todas as técnicas do procedimento, promovendo o acolhimento e informando todos os passos do procedimento que lhes são oferecidos para que, com o auspício de terceiros imparciais, possam solucionar consensualmente suas avenças. Sendo obtida a solução amigável na primeira sessão, redige-se o termo e colhe-se a assinatura de todos os participantes e do defensor público supervisor, dando natureza de título executivo extrajudicial de eventual acordo celebrado pelas partes. Não sendo obtida a solução na primeira sessão, outras são designadas na sequência. Na maioria dos casos, ocorre a solução na primeira sessão. Em alguns casos, há necessidade de algumas sessões em continuidade, seja para obter a solução do conflito, ou para findar o procedimento e liberar as partes para escolherem outras portas do sistema de justiça.

Como já dito, a Defensoria Pública está intrinsecamente ligada à consecução e realização de um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, proporcionando a tutela judicial e extrajudicial ao cidadão mais vulnerável, consolidando, assim, a igualdade substancial de direito de acesso à justiça, recebendo do Estado, uma prestação jurídica mais adequada às suas necessidades, satisfazendo com maior eficiência a pacificação social e solução de suas avenças. A atuação extrajudicial, por sua natureza, promove naturalmente a educação em direitos, permitindo que o cidadão vulnerável possa conscien-

tizar-se de seus direitos e responsabilizar-se por seus atos enquanto geradores de direitos e obrigações, autopromovendo a dignificação humana e pleno exercício do acesso à ordem jurídica justa.

Percebe-se, portanto, que o procedimento da mediação e conciliação no âmbito da Defensoria Pública, tal qual é realizado na unidade de Montes Claros, promove rápida e eficaz prestação jurisdicional, alcançado a pacificação social com grande amplitude. A prestação jurídica da Defensoria Pública Estadual de Montes Claros por meio da prática conciliadora ou mediadora, ao invés do mero e impensado ajuizamento de ações, promove a solução consensual de conflitos com destacada celeridade.

4. Vantagens da conciliação e da mediação da Defensoria Pública estadual em Montes Claros

A unidade da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais em Montes Claros recebe mensalmente em torno de duas mil pessoas. Deste total, mais de metade da procura é relacionada à área da família, seja para pleitear atendimento novo, seja para receber informações acerca de procedimentos em andamento.

Antes da instalação do Centro de Conciliação e Mediação da Família na Defensoria Pública em Montes Claros, as demandas na área de família eram todas canalizadas ao processo judicial, com soluções mais delongadas no tempo e conferindo maiores desgastes pessoais às partes e maiores custos no procedimento jurisdicional. Após a adoção do procedimento de conciliação e mediação, a quase totalidade das demandas que chegam à unidade da Defensoria Pública em Montes Claros passam pelo crivo do procedimento extrajudicial.

Assim, após analisar a forma de prestação jurídica da Defensoria Pública em Montes Claros, o antes e o depois de se adotar o atendimento prévio por meio do procedimento da mediação, pode-se concluir que houve inúmeras vantagens para as partes envolvidas e até mesmo para o serviço público.

Com a adoção do Centro de Conciliação e Mediação da Família, os atendimentos das demandas iniciais passam pelo procedimento de solução consensual antes de ajuizarem as ações cabíveis. E, na maioria dos casos novos que são submetidos à conciliação ou mediação, há solução consensual, prevenindo novas demandas judiciais.

O Centro de Conciliação e Mediação da Família da Defensoria Pública estadual em Montes Claros atendeu, entre os meses de abril de 2019 a fevereiro

de 2020, 1005 pessoas, obtendo efetivamente a solução consensual em 214 casos (QUADRO 1).

QUADRO 1 — Atendimento no Centro de Conciliação e Mediação da Família da DPMG Montes Claros. Abril/2019 a maio/2020.

	Número de Assistidos	Número de Sessões	Acordos realizados	Percentual de solução
abr/19	48	24	11	57%
mai/19	78	39	24	77%
jun/19	102	51	21	76%
jul/19	58	29	16	66%
ago/19	100	50	26	76%
set/19	130	65	22	47%
out/19	140	70	17	38%
nov/19	128	64	21	62%
dez/19	96	48	21	73%
jan/20	45	30	12	47%
fev/20	80	40	23	60%
Totais	1005	510	214	61,7%

Fonte: Centro de Conciliação e Mediação da Família da DPMG/Unidade Montes Claros

Portanto, nos 11 meses da análise, 1005 pessoas foram atendidas, 510 sessões realizadas, 214 casos solucionados por meio de acordos extrajudiciais. Não fosse este procedimento prévio de conciliação-mediação, 510 processos judiciais seriam iniciados, retirando das partes o pleno exercício do acesso à ordem jurídica justa. Acessar o Poder Judiciário como alternativa única ou primeira de prestar atendimento jurídico ao vulnerável enfraquece seu direito de pleno acesso à ordem jurídica justa, na medida que alija as partes do direito de construírem uma solução consensual para suas demandas.

Conforme dados extraídos do Relatório do CNJ — Justiça em Números 2019, apresentando os principais dados do Poder Judiciário, com informações

detalhadas sobre o desempenho da Justiça, obtido no portal eletrônico do CNJ³, o tempo de tramitação de um processo judicial é demasiadamente longo. Na Justiça Estadual, o foro competente para conhecer e julgar ações relativas a direito de família, o tempo de duração de um processo judicial é, em média, de 2 anos e 4 meses em fase de conhecimento. O tempo para efetiva baixa do processo é, em termos médios, de 3 anos e 3 meses.

E a longevidade de um processo de execução, para dar efetividade a eventual sentença, é de 6 anos e 1 mês, sendo a baixa prevista para 6 anos e 4 meses de trâmite processual. Portanto, a vida útil de um processo em trâmite na Justiça Estadual, somando-se a fase de conhecimento e de execução, atinge quase uma década de duração. Seguramente, trata-se de números médios extraídos das estatísticas dos Tribunais Pátrios. De sorte, há processos com menor ou, infelizmente, maior duração.

Os processos de direito de família, sem descurar da importância das outras matérias, abrigam direitos basilares do cidadão, de preço incomensurável ao indivíduo e à sociedade como um todo. Versa sobre relações entre as pessoas que compõem a sociedade. Tais relações gravitam em torno da “família”, em seu aspecto mais amplo. Uma ação de alimentos, divórcio, guarda, busca e apreensão de menores, regulamentação do direito de convivência, alienação parental etc., abarcam interesses diretamente ligados à dignidade da pessoa humana que não podem esperar uma longa duração de um processo. Os conflitos objetos destes processos geram consequências em todos os campos do direito, até mesmo no direito penal, e com reflexos sociais de grande importância. A guisa de exemplo, uma ação de regulamentação de direito de convivência de uma criança de 8 anos não pode perdurar por 10 anos. Uma criança, ser em processo de formação intelectual, física e social, necessita de um ambiente familiar profícuo, com relações saudáveis entre seus familiares. A contrário senso, um ambiente belicoso, com relação desgastada entre os pais, pautada em todo tipo de alienação parental bilateral, é por demais desastroso para qualquer criança. Este segundo cenário é uma realidade muito comum para uma criança dividida entre os pais ou parentes que guerreiam em processo judicial de guarda. Ao final de uma longa marcha processual de uma ação de guarda, pode ser que já não mais exista criança, a qual cresce com enorme rapidez, e se torna um adolescente, portador de vontades e preferências, especialmente quanto à escolha com quem deseja ficar.

³ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. p.150. Acesso em: 26 mar. 2015.

Os conflitos advindos de uma crise conjugal afetam diretamente o vínculo existente entre o casal e o vínculo de cada um dos pais com seus filhos. Segundo Cezar-Ferreira (2004):

“a crise da separação conjugal é um evento de tão forte intensidade afetiva que sempre provocará um impacto sobre os filhos, tanto no presente da agudez do momento processual, quanto no futuro, no que diz respeito à criação deles, com a inerente manipulação de ligações, vínculos e afetos. Podendo acarretar desde desestruturação emocional momentânea até interferências de sentimentos em sua vida diária.”

A criança, como membro da família mais sensível afetivamente, percebe mais facilmente os efeitos nocivos de uma desestruturação familiar, e por esse motivo sofre os maiores prejuízos emocionais e comportamentais. De forma consciente ou não, os filhos são utilizados nesse processo de disputa entre os pais, seja para disputar afeto, ou para legitimar a posição de um dos pais face ao outro, gerando um grande desgaste emocional. Cezar-Ferreira descreve o conflito de lealdade, referindo-se à escolha com quem ficar, se com o pai ou com a mãe, e pode ser compreendido como incapacidade dos filhos em estarem bem com um genitor sem sentirem que estão traindo o outro. Tal conflito é constantemente manipulado pelos pais que se utilizam dos filhos para vingar-se do ex-cônjuge, causando as maiores fontes de sofrimento das crianças. Além disso, após a separação, os filhos continuam a ser tratados como instrumentos de revide, muitas vezes sendo utilizados para atingir o outro consorte.

No tocante à guarda dos filhos, os interesses conflitantes dos pais retiram o ambiente de segurança e acolhimento que um lar pode proporcionar a uma criança, substituindo por um ambiente belicoso em que o menor se sente culpado por ser objeto de disputa entre os pais.

Esses são apenas alguns dos aspectos de grande destaque envolvidos nos conflitos de direito de família. Portanto, na seara do direito de família, com mais justeza amolda-se a fala de Rui Barbosa, ao afirmar que “Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”, vez que, normalmente, gera reflexos irreversíveis nas vidas das pessoas. O curso do processo judicial representa para as partes envolvidas uma *via crucis* tormentosa e geradora de foco incessante de novos conflitos, promovendo uma vertiginosa escalada do conflito. Quanto mais tempo passa, mais distante fica a solução do conflito e pacificação social. Conrado

Paulino da Rosa (2010, p.89), traz uma explicação de forma bastante clara:

“As disputas familiares, por definição, envolvem relacionamentos que precisam perdurar. A síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz. Sabe-se que o ajuizamento da petição inicial toma a forma de uma autêntica ‘declaração de guerra’, e o vínculo do ódio, da vingança e da perseguição pode arrastar-se durante anos, dificultando a ambos o refazer da vida em outras direções, perpetuando a ligação numa estranha forma de fidelidade”.

Lado outro, em posição diametralmente oposta, Maria Helena Diniz (2010, p. 361) descortina a solução para este problema de forma conclusiva:

“A mediação procura criar oportunidade de solução de conflito, possibilitando que, com maturidade, os protagonistas repensem sua posição de homem, mulher, pai e mãe, verificando seus papéis na conjugalidade e na parentalidade, e impedindo violência nas disputas de filhos menores e pelas visitas. Com isso, protege-se a prole de comprometimento psicológico e psicossomático, tão frequentes no período pós-separação ou pós-divórcio dos seus pais.”

Vale reconhecer que o CNJ está sensível e cômico desta necessidade de dar melhor resposta às demandas diárias dos cidadãos. A Resolução 125 do CNJ é, por si só, o reconhecimento da necessidade de conferir solução adequada aos conflitos. Ao Poder Judiciário deverá ser destinadas as causas de maior complexidade e de difícil solução, as quais as partes não conseguem resolver sem a intervenção do Poder Judiciário. As causas de menor complexidade e de maior facilidade de solução devem ser dirimidas pelas próprias partes, por meio de métodos adequados de solução de conflitos, como o são a conciliação e a mediação.

Adversamente, o tempo de duração de um procedimento de mediação ou de conciliação na Defensoria Pública estadual em Montes Claros é de, em média, 45 dias, medidos entre o dia do primeiro atendimento até a última sessão do procedimento. Além de ser um tempo mais adequado ao tipo de conflito que versa o direito de família. Não bastasse, a mediação e a conciliação promovem o empoderamento das partes envolvidas no procedimento, de modo que se autorresponsabilizam por suas escolhas e se conscientizam de seus interesses e necessidades e dos interesses e necessidades da parte adversa. Em um ambiente profícuo ao diálogo, as partes, em grande proporção, chegam a uma composição

amigável, criando as regras para disciplinar as mútuas relações ínsitas ao direito de família. De tal modo, havendo maior legitimidade das regras mutuamente criadas, o conformismo gerado evita novos conflitos.

Portanto, há duplo ganho no caminho do procedimento da mediação e conciliação: maior celeridade para solucionar conflitos, especialmente os de cunho familiar, e maior pacificação social, evitando novos conflitos.

5. Conclusão

As práticas de conciliação e de mediação são instrumento hábeis para a consecução da função prioritária da Defensoria Pública de promover a prestação jurídica ao hipossuficiente de forma extrajudicial. Trata-se de importantes ferramentas para se garantir o mais efetivo acesso à ordem jurídica justa, propiciando aos cidadãos vulneráveis alcançar formas mais rápidas e eficazes de solução de suas avenças.

O procedimento de mediação e conciliação realizado na Defensoria Pública em Montes Claros tem gerado bons frutos na solução dos conflitos de Direito de Família, com excelentes números obtidos e com eficiente pacificação social dos envolvidos.

A Defensoria Pública demonstra sua vocação para promover a solução adequada de conflitos, oferecendo aos cidadãos vulneráveis via de acesso à ordem justa, como expressão maior do acesso à justiça, promovendo a educação em direitos e com enorme pacificação social.

6. Referências

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abril 2020.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 27 abril 2020.

BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 27 abril. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 13.140, de 26 de julho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 27 abril 2020.

BRASIL. *Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 27 abril 2020.

BRASIL. *Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=>>. Acesso em: 27 abril 2020.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. de Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Métodos, 2004.

CONSELHO, Conselho Nacional de Justiça.. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

CORGOZINHO, Gustavo. *Defensoria Pública; princípios institucionais e regime jurídico*. 2.ed., Belo Horizonte: Arraes. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família, v.5, 23.ed. São Paulo: Saraiva. Entrevista disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>>.

MINAS GERAIS, *Resolução nº 45 de 2019 da Defensoria Pública Geral do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <http://intranet.defensoria.mg.def.br/images/arquivos/comunicacao/resolucoes/2019/Resolu%C3%A7%C3%A3o_045-2019.pdf> Acessado em 12 de julho de 2020.

NETO, Adolfo Braga Neto; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi Sampaio. *O que é mediação de conflitos*. 1.ed. Editora Brasiliense, 2007.

ROSA, Conrado Paulino. A mediação como proposta de política pública no tratamento dos conflitos familiares. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, Ano XII — n. 15. Editora Magister. 2010.

A inconstitucionalidade e ilegalidade da norma disciplinar proibitiva de relacionamentos afetivo-sexuais entre recuperandos(as) no Sistema APAC

The unconstitutionality and illegality of the prohibitive disciplinary rule of sexual relationships between convicts in the APAC System

PAULO CESAR AZEVEDO DE ALMEIDA

Defensor público do Estado de Minas Gerais. Membro da Câmara de Estudos de Igualdade Étnico-Racial, Gênero e Diversidade Sexual da DPMG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa.

Resumo: O presente artigo realiza uma análise constitucional e legal das normas contidas no Regulamento Disciplinar das Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), em razão da existência de regras voltadas a reprimir práticas sexuais, ainda que consensuais, entre condenados detidos nas unidades prisionais administradas pela instituição. Observa que a sanção imposta pelo Sistema APAC, a título de falta grave, contra envolvimento afetivos nutridos entre sentenciados se dirige, necessariamente, a punir relações de natureza homossexual. Considera os impactos destas disposições normativas no reforço às regras culturais de heteronormatividade compulsória e na discriminação contra indivíduos bissexuais e homossexuais privados de liberdade. Avalia o regramento como violência institucional de caráter dessocializante e contrária à valorização jurídica dada à afetividade. Traça considerações sobre a invalidade da norma, por violação à autonomia privada e à dignidade da pessoa humana, incorrendo em excesso na execução penal. Registra a existência de criminalização transversa das relações homoafetivas, com prejuízos à liberdade ambulatoria dos apenados e sem suporte no princípio da legalidade estrita. Conclui haver a necessidade de revisão destas disposições proibitivas, dada a sua invalidade, de modo a se preservar a pessoa privada de liberdade contra práticas homofóbicas.

Palavras-chave: Associação de Proteção e Assistência aos Condenados; APAC; Execução Penal; Sistema prisional; Falta grave; Homossexualidade; Homofobia.

Abstract: This article develops a constitutional and legal analysis of the rules contained in the Disciplinary Regulation of the Associations for Protection and Assistance of Convicts (APAC), due to

the existence of rules aimed at repressing sexual practices, even if consensual, among inmates held in prisons administered by this institution. It observes that the sanction imposed by the APAC System against affective relationships between convicts, considering it as a serious disciplinary offense, targets the punishment of homosexual involvements. The study considers the impacts of these regulations on reinforcing cultural rules that impose compulsory heteronormativity and on the discrimination of bisexual and homosexual prisoners. It also evaluates the rule as institutional violence with desocializing feature and contrary to the legal value given to affectivity. The article outlines considerations about the invalidity of the norm, due to violations of the autonomy of will and human dignity, incurring in excesses in criminal execution. It points the existence of an implied criminalization of same-sex relationships, harming the inmate's freedom without any legal support. Finally, it concludes that it is necessary to revoke these prohibitions, given their invalidity, in order to preserve the imprisoned person against homophobic practices.

Keywords: Association for the Protection and Assistance of Convicts; APAC; Criminal execution; Prison system; Disciplinary offense; Homosexuality; Homophobia.

Sumário: 1. Introdução conceitual, abordagem estatística e análise interseccional dos fatores de vulnerabilidade por diversidade sexual e encarceramento; 2. Análise do Regulamento Disciplinar da APAC: norma proibitiva de relações sexuais entre recuperandos(as) com caráter dessocializante; 3. Ilegalidade e Inconstitucionalidade da proibição de relações sexuais entre recuperandos(as): Direito à autonomia privada não atingido pela sentença penal. Vedação a tratamentos de caráter discriminatório; 4. Criminalização transversa e ilegal de relações homoafetivas: punição a título e falta grave, com consequências para a liberdade ambulatoria. Marginalização e replicação de preconceitos no ambiente prisional; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução conceitual, abordagem estatística e análise interseccional dos fatores de vulnerabilidade por diversidade sexual e encarceramento

Em breve síntese, as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) são definidas como “entidades civis sem fins lucrativos, com personalidade jurídica própria. Elas podem ser formadas por qualquer grupo de pessoas da comunidade, com o objetivo de auxiliar os Poderes Judiciário e Executivo na execução penal e na administração do cumprimento das penas privadas de liberdade, nos regimes fechado, semiaberto e aberto. O objetivo delas é gerar a humanização das prisões, sem deixar de lado a finalidade punitiva da pena”.¹

1 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Ouvidoria Nacional de Serviços Penais. Estudo Preliminar: A Metodologia APAC e a criação de vagas no sistema prisional a partir da implantação de Centros de Reintegração Social. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/canais_atendimento/ouvidoria/>

A Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), em seu sítio eletrônico, informa a existência de um total de 60 APACs espalhadas pelo país, responsáveis pela administração de Centros de Reintegração Social (CRS) que contam, atualmente, com capacidade para 4.472 vagas. Vale frisar, contudo, que Minas Gerais se apresenta como o estado da Federação com maior número de APACs estabelecidas, totalizando 45 unidades em funcionamento.²

Tal dado revela o protagonismo que o Sistema de Justiça mineiro, em especial a Defensoria Pública de Minas Gerais, deve assumir quanto às reflexões e aprimoramentos necessários a este sistema alternativo de cumprimento de pena, de modo a garantir estrito respeito à Constituição Federal e à dignidade da pessoa presa.

Além de se apresentar como um método de execução penal humanizado, a APAC firma também o compromisso de evitar a reincidência no crime e proporcionar condições para a reintegração social. Para tanto, adota-se uma peculiar metodologia, fundada no senso de autodisciplina e responsabilidade e lastreada em “12 elementos: 1. participação da comunidade; 2. recuperando ajudando recuperando; 3. trabalho; 4. espiritualidade; 5. assistência jurídica; 6. assistência à saúde; 7. família; 8. o voluntário e o curso para sua formação; 9. centro de reintegração social — CRS; 10. mérito; 11. jornada de libertação; 12. valorização humana”.³

Destarte, criada com o propósito de complementar e oferecer alternativa ao sistema tradicional de execução penal, a APAC, para a consecução de seus objetivos, adota um Regulamento Disciplinar próprio. Ocorre que tal normativa, ao estabelecer regras para execução da pena no âmbito dos Centros de Reintegração Social (CRS) administrados pela APAC e impor direitos e deveres às pessoas submetidas ao *jus puniendi* estatal, não pode se esquivar da observância aos princípios constitucionais, nem da interpretação dada pela Suprema Corte do país ao diploma máximo. Deve, ainda, render-se aos ditames legais e aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

EstudoPreliminarAMetodologiaAPACeCriaçãodevagasnoSistemaPrisonalapartirdaImplantaçãodeCentrosdeReintegraçãoSocialSITE.pdf>. Pág. 2. Acesso em: 15 jun. 2021.

2 FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS. Relatório Geral sobre as APACs. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

3 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Ouvidoria Nacional de Serviços Penais. Estudo Preliminar: A Metodologia APAC e a criação de vagas no sistema prisional a partir da implantação de Centros de Reintegração Social. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/canais_atendimento/ouvidoria/EstudoPreliminarAMetodologiaAPACeCriaçãodevagasnoSistemaPrisonalapartirdaImplantaçãodeCentrosdeReintegraçãoSocialSITE.pdf>. Pág. 7. Acesso em: 15 jun. 2021.

Chama a atenção, então, que o Regulamento Disciplinar da APAC, em diversas passagens, busca normatizar o exercício da sexualidade em seus ambientes prisionais, estabelecendo, inclusive, a proibição taxativa de atividades de cunho libidinoso entre os “recuperandos” (denominação dada aos condenados que se veem recolhidos nessas instituições de cumprimento de pena).

Nesse contexto, vale pôr em relevo o art. 25, inciso XVII, do Regulamento Disciplinar da APAC, que prevê a punição, a título de falta grave, de quaisquer práticas sexuais, ainda que consensuais, entre pessoas detidas na mesma unidade. A previsão de tal sanção disciplinar, além de gerar reflexos jurídicos extremamente prejudiciais no processo de cumprimento de pena, leva, ainda, a punições administrativas extremas, como o isolamento celular e até mesmo a expulsão da APAC, com a consequente devolução do infrator ao sistema prisional comum. É o que se depreende do dispositivo:

Art. 25. Consideram-se faltas disciplinares de natureza GRAVE:

XVII. Praticar, induzir ou instigar alguém à prática de ato libidinoso ou conjunção carnal com pessoas do mesmo ou de outro sexo;

Parágrafo único. As faltas graves acima catalogadas serão passíveis de transferência para o sistema comum.⁴

Cabe registrar, a propósito, que as unidades de ressocialização das APACs são divididas por gênero (masculino ou feminino), não havendo CRS misto. Destarte, apesar de o dispositivo falar em “pessoas do mesmo ou de outro sexo”, a proibição de relações sexuais entre apenados(as) dirige-se, por óbvio, a vedar apenas e tão somente os envolvimento de natureza homoafetiva, já que existe separação espacial por gênero.

É sobre essa análise interseccional que o trabalho se debruça: a conjugação da sexualidade diversa dos padrões heteronormativos com o estado de encarceramento tem agravado a situação de vulnerabilidade da população LGBTI em cumprimento de pena nas Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC).

Nota-se que o envolvimento afetivo-sexual entre sentenciados do mesmo gênero no ambiente prisional, mais precisamente no interior dos Centros de

⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Regulamento Disciplinar APAC*. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Mateiral_de_Apoio/APAC/Regulamento_Disciplinar_APACs.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

Reintegração Social (CRS) da APAC, é considerado falta disciplinar de natureza grave, segundo a peculiar metodologia desse sistema. Por conseguinte, as normas disciplinares aplicadas nessas unidades carcerárias reproduzem a **abjeção** e **objeção** que a sociedade ainda sustenta contra a homossexualidade, a ponto de proibir e punir sua expressão.

Assim, a infração à referida norma apaqueana (bem como a transgressão à regra cultural de heteronormatividade compulsória), em última análise, pode redundar na aplicação de sanções extremamente prejudiciais à liberdade ambulatoria, ao processo de cumprimento da pena e, em última medida, até mesmo levar ao alijamento e expulsão do(a) recuperando(a) de tal sistema alternativo.

Ocorre que o regulamento disciplinar da APAC, que justifica tais sanções disciplinares, não resiste a uma análise detida de constitucionalidade, legalidade e convencionalidade, razão pela qual não deve prosperar em aplicação, porque importa em ofensa a diversas garantias fundamentais, além de gerar agravamento no estado de exclusão e marginalização a que a população LGBTI se vê ciclicamente exposta.

Infelizmente, na sociedade brasileira a orientação sexual continua sendo critério para marginalização nos mais variados espaços de convivência. Cabe revelar que a orientação sexual diz respeito à atração física e emocional que uma pessoa sente por outra, desejo que pode ser dirigido a indivíduo do sexo oposto (heterossexualidade), do mesmo sexo (homossexualidade) ou de ambos (bissexualidade).⁵

Indivíduos que descumprem as expectativas sociais de heteronormatividade e dirigem seu afeto e sua atração sexual a pessoas do mesmo gênero (homossexuais e bissexuais) são alvo de repulsas moralistas e toda uma gama de agressões, que variam desde manifestações “jocosas” até ataques contra sua integridade física, psicológica, sexual e a vida. Essa experiência de intolerância e hostilidade atravessa a vivência de gays, lésbicas e bissexuais em liberdade, mas, no cárcere, ganha proporções agravadas.

Reconhece-se que o processo de legitimação da violência heterossexista pode ser decomposto em três níveis: a) a violência interpessoal, manifestada nos atos de brutalidade individual; b) a violência simbólica, expressa pela cultura homofóbica e na repetição social de discursos de inferiorização da diversidade

⁵ MOVIMENTO LIVRES & IGUAIS. Nações Unidas. *Glossário*. Disponível em: <<https://www.unfe.org/pt-pt/definitions/>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

sexual; c) a violência institucional, reconhecida em práticas discriminatórias advindas de estruturas e órgãos estatais, como a criminalização e a patologização de identidades e orientações sexuais divergentes da regra heteronormativa.⁶

Por isso, o horizonte de violações contra essa minoria não se reduz ao âmbito privado. Ambientes de convivência pública, órgãos estatais e instituições prestadoras de serviços públicos (como é o caso da APAC) não estão imunes a essas posturas discriminatórias.

Pelo oposto: a escalada do discurso de ódio e moralizante que se assiste diuturnamente na sociedade vitimiza a população LGBTI de maneira constante e estrutural, tanto no âmbito das relações privadas, mas também no campo das interações sociais e ainda na esfera de implementação de políticas públicas pelo Estado.

Essa realidade de discriminação nas múltiplas esferas da vida é atestada por dados estatísticos: o Disque 100, canal de denúncias do Governo Federal para violações de Direitos Humanos, em relatório de atividades de 2019, aponta que, naquele ano, foram feitos 846 registros de ofensas ao grupo vulnerável LGBTI, sendo 126 casos reportados como “violência institucional”, ou seja, violações praticadas pelos próprios organismos prestadores de serviços públicos.⁷

Caso o ciclo de privações a que essa minoria se encontra exposta ecloda no envolvimento com a criminalidade e leve à inserção no sistema prisional, marcado pelo quadro de falência e superlotação (“estado de coisas inconstitucional” já reconhecido pelo STF no bojo da ADPF 347), o tratamento a que homossexuais e bissexuais são submetidos nesse ambiente impinge violações ainda mais dramáticas.

A sobreposição dessas vulnerabilidades sociais, decorrente da combinação dos “desvios” de sexualidade com o estigma da prisão, acaba agravada pela carência de políticas públicas adequadas para a preservação da dignidade desses sujeitos, sobretudo quando privados de liberdade e submetidos à disciplina carcerária, reconhecida por seu franco intervencionismo nas mais variadas expressões de personalidade e identidade do indivíduo preso, em razão do caráter total da instituição prisional.

⁶ CARVALHO, Salo. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul-dez. 2012.

⁷ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Disque Direitos Humanos — Relatório 2019*. Governo Federal. Disponível em: < https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/ouvidoria/Relatorio_Disque_100_2019_.pdf >. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 36/123

No que toca mais especificamente à população LGBTI em estado agravado de vulnerabilidade pela privação de liberdade, dados de 2020 do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) apontam a existência de 10.161 pessoas autodeclaradas gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis inseridas no sistema penitenciário.⁸

Nesse cenário, o Estado de Minas Gerais ocupa a 2ª colocação no ranking de número de pessoas LGBTI privadas de liberdade, totalizando 983 indivíduos presos nessas condições, atrás apenas de São Paulo (com 5.158 presos).⁹

Fica explícita, assim, a necessidade de um aprofundamento na temática no âmbito da Defensoria Pública mineira, uma vez que tal grupo minoritário é numericamente expressivo nessa unidade federativa, expondo-se a uma situação de clara hipervulnerabilidade.

Todavia, para a formação de um cenário mais abrangente de observação, como a questão sob estudo permeia sujeitos integrantes da minoria LGBTI, mas também marcadas pelo critério discriminatório decorrente da infração à lei penal e inserção no sistema prisional, devem ser encarados também os índices de denúncias quanto às violações de Direitos Humanos em desfavor da população carcerária.

Assim, o já mencionado relatório de 2019 do Disque 100 aponta que, naquele ano, foram notificadas 6.566 ofensas ao grupo vulnerável “população em restrição de liberdade”. Dentre as violações reportadas, 5.662 casos enquadraram-se como violência institucional (decorrentes de condutas dos próprios órgãos públicos).¹⁰

O fato de haver expressivos registros de violações a garantias fundamentais, tanto em desfavor de pessoas LGBTI quanto de indivíduos no cárcere, põe em evidência que tais fatores de discriminação e alijamento de direitos, uma vez combinados, assumem potencial de opressão e danos à dignidade em níveis superlativos, razão pela qual merecem o devido endereçamento e preocupação por parte do Estado e das instituições integrantes do sistema de Justiça.

⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA — Departamento Penitenciário Nacional. *Nota Técnica n. 10/2020/DIAMEG/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen-publica-nota-tecnica-com-orientacoes-para-populacao-lgbti-encarcerada/SEL_MJ11311909NotaTcnica.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁹ MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. *Manual Orientador sobre Diversidade*. Governo Federal. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/2018/ManualLGBTDIGITALmdh.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

¹⁰ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Disque Direitos Humanos — Relatório 2019*. Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/ouvidoria/Relatorio_Disque_100_2019_.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 36/123

2. Análise do Regulamento Disciplinar da APAC: norma proibitiva de relações sexuais entre recuperandos(as) com caráter dessocializante

O Regulamento Disciplinar da APAC, sob análise no presente trabalho, em suas considerações iniciais, registra que a normativa ali estabelecida “é o resultado de mais de 40 anos de experiência administrando Centros de Reintegração Social sem polícia e encontra-se de conformidade com o disposto na Lei de Execução Penal — Lei 7.210/84, na Constituição Federal, Regras Mínimas da ONU para tratamento do preso e demais Leis e Regulamentos afins e específicos”.

No entanto, em diversas passagens, o referido diploma promove restrições ao exercício da sexualidade humana, proibições de questionável cunho moralizante, especialmente quanto a pessoas recolhidas no mesmo Centro de Reintegração Social. Cumpre transcrever os dispositivos:

Art. 25. Consideram-se faltas disciplinares de natureza GRAVE:

XVII. Praticar, induzir ou instigar alguém à prática de ato libidinoso ou conjunção carnal com pessoas do mesmo ou de outro sexo;

Parágrafo único. **As faltas graves acima catalogadas serão passíveis de transferência para o sistema comum.**

Art. 62. Cabe ao representante:

XIV. Inadmissível, constituindo-se falta grave, a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal com pessoas do mesmo ou de outro sexo (...).¹¹ (grifo nosso)

Conforme já consignado, os Centros de Reintegração Social das APACs são divididas rigorosamente pelo critério de gênero (unidades masculinas ou femininas), não havendo CRS de caráter misto.

Deste modo, a vedação à “prática de ato libidinoso ou conjunção carnal”, obviamente, visa a proibir a aproximação de caráter sexual entre mulheres recolhidas no mesmo ambiente prisional ou entre homens aprisionados na mesma unidade carcerária. Noutras palavras, por uma questão lógica, o que se interdita é a relação homoafetiva entre reeducandos(as).

¹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Regulamento Disciplinar APAC*. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/MateiraLdeApoio/APAC/Regulamento_Disciplinar_APACs.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

Diante de um caso concreto reportado como falta disciplinar de natureza grave na APAC feminina de Conselheiro Lafaiete/MG (e que redundou na punição de uma apenada com 15 dias de isolamento celular, por ter se relacionado sexualmente com uma companheira de unidade), a Defensoria Pública de Execução Penal do Estado com atuação na comarca provocou a instituição a esclarecer as razões para tal tratamento. A resposta adveio por meio de um ofício nos seguintes termos:

(...) Sua Excelência nos intimou para manifestar em linhas gerais como tratamos os supostos relacionamentos amorosos dentro de nossa Instituição e se eles ocorrem. Pois bem. Temos um regulamento disciplinar que afirma ser falta grave dentro de nosso CRS qualquer tipo de relacionamento afetivo, esta determinação não é porque somos contrários a esses, mas por uma questão de metodologia e cumprimento de regras dentro do CRS temos essa determinação. **Tentamos praticar diariamente dentro de nosso CRS o senso comum de coletividade, no qual cabe a cada recuperanda ajudar sua irmã que se encontra encarcerada a não errar mais. Como trabalhamos desta forma, não podemos aceitar um relacionamento afetivos entre recuperandas, pois nosso trabalho ficará prejudicado, uma vez que teremos recuperandas com preferência em ajudar somente sua companheira e repulsar que outras recuperandas ajudem esta, e em pouco tempo teremos casos de indisciplina e até com agressão.**

Quando temos ciência de relacionamento, tentamos alertar as recuperandas seja através de conversas individuais ou através de conversar coletivas alertando sobre a proibição contida no regulamento, no primeiro falamos abertamente, já no segundo falamos de forma genérica para não criar problemas de convivência. Tentamos colocar as recuperandas em alas diferentes, mas isso não funciona da melhor forma possível, porque as recuperandas entendem que podem continuar a se relacionar.

Após muita conversa pedindo para não descumprir o relacionamento a única solução é solicitarmos a transferência das recuperandas, porque descumprem nosso regulamento disciplinar e gera indisciplina com outras recuperandas, afirmando que também podem descumprir o regulamento, mas na maioria das vezes o pedido de transferência não tem somente o fundamento no relacionamento, tem a indisciplina. (...) (grifo nosso)

Em tese, segundo se infere da resposta contida no ofício, a aproximação amorosa entre sentenciadas criaria uma suposta preferência de uma recuperanda

em auxiliar “somente” a sua companheira e “repulsar” que outras prestem ajuda.

Contudo, é falacioso e desprovido de motivação racional o argumento de que a existência de uma relação afetiva entre apenados(as) turbaria o sucesso do método APAC, por causar conjecturados prejuízos à “solidariedade” esperada entre os(as) companheiros(as) de unidade.

Ora, a realidade da dinâmica das relações sociais é radicalmente diversa da justificativa trazida pela Direção da APAC. Se fosse verdade que um relacionamento afetivo prejudica o senso de apoio mútuo entre as pessoas, as relações amorosas, mesmo entre sujeitos livres, deveriam ser vistas com maus olhos e ressalvas pela sociedade. Isso porque, segundo esse raciocínio, uma pessoa afetivamente envolvida com outra deixaria de prestar apoio às demais e passaria a apresentar comportamento desajustado e egoístico. Tais deduções não encontram nenhum respaldo sociológico.

Na realidade, o que ocorre em sociedade é o extremo oposto: as relações de caráter afetivo são cada vez mais valorizadas pelo Direito, porque o amor, o carinho e o zelo recíproco são forças capazes de estreitar laços, construir vínculos louváveis e significativos. Justamente por isso, segundo o princípio da afetividade, o amor é apto gerar reflexos jurídicos relevantes, como a constituição de uma família pela união estável ou a construção de parentalidade socioafetiva. Sobre o tema, a doutrina e a jurisprudência pátria lecionam:

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais e realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo. Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.¹²

¹² DIAS. Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso (STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, *DJe* 23.02.2010).

Nesse contexto, não se pode olvidar que, dentre as finalidades da pena, segundo a teoria mista, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, está a “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (art. 1º, da Lei 7.210).

Essa perspectiva utilitarista da sanção penal, voltada para a ressocialização do sentenciado, exige que as instâncias executivas da pena busquem “(...) não acentuar ainda mais as características deteriorantes e dessocializantes da prisonização (redução de danos ou ‘não dessocialização’) e oferecer (jamais impor) meios para que os presos tentem diminuir seu nível de vulnerabilidade ao poder punitivo (...)”.¹³

Por conseguinte, a interdição de relacionamentos afetivos entre pessoas recolhidas no sistema APAC, eleva, de maneira autoritária, o grau de submissão dos(as) sentenciados(as) ao poder punitivo e promovem uma invasão do Estado na autonomia privada, especialmente quanto ao grupo LGBTI.

Na realidade, a norma disciplinar em análise e a punição como falta grave de envolvimento afetivos, ao invés de promover condições para reintegração na complexa gama de relações sociais (permeadas por sentimentos diversos, dentre eles o amor), condiciona a pessoa a uma infeliz apatia.

¹³ ROIG. Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 23.

3. Ilegalidade e Inconstitucionalidade da proibição de relações sexuais entre recuperandos(as): Direito à autonomia privada não atingido pela sentença penal. Vedação a tratamentos de caráter discriminatório

Os citados art. 25, XVII, c/c art. 62, XIV, do Regulamento Disciplinar das APACs, ao prever a interdição de relações afetivo-sexuais entre sentenciados(as) em seus Centros de Reintegração Social, incorre, ainda, em evidente vício de legalidade, já que, sem amparo legal, proíbe a fruição de um direito que não se encontra atingido pela sentença, nem restrito por normas penais.

A garantia de gozo de todos os direitos não interditados pelo ato judicial condenatório, aliás, é previsão expressa na Lei 7.210 (Lei de Execução Penal): “Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Sobre o tema, elucida a doutrina:

Direitos fundamentais: punição não significa transformar o ser humano em objeto, logo, continua o condenado, ao cumprir sua pena, (...) com todos os direitos humanos fundamentais em pleno vigor. Dispõe o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. No mesmo prisma, o art. 38, do Código Penal, estipula que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. O disposto no art. 3º, da Lei 7.210/84, entretanto, é coerente ao prever que serão assegurados os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. É lógico que um dos direitos fundamentais, eventualmente atingido pela sentença penal condenatória, é a perda temporária da liberdade.¹⁴

A proibição de que a execução penal ultrapasse os limites da condenação deriva do próprio princípio da legalidade: os gravames impostos ao(a) sentenciado(a) não podem extrapolar a liberdade ambulatorial e extravasar na privação de outros direitos. A Convenção Americana de Direitos Humanos preceitua em seu art. 11, item 2: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias e abusivas em sua vida privada”.

Assim, o envolvimento em relações afetivo-sexuais consensuais expressa uma escolha individual dos(as) presos(as), sem qualquer relação com a privação de

¹⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. V. 2. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 176/177.

liberdade, devendo tal comportamento ficar imune de ingerências do Estado-Juiz ou por parte da administração prisional (seja estatal ou gerida pela APAC).

Nesse ínterim, não se pode olvidar que a Lei de Execução Penal, em seu art. 41, registra uma série de direitos assegurados aos presos(as), dentre eles, a garantia de “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”. A referida disposição explicita, então, que a privação de liberdade não subtrai do indivíduo a possibilidade de nutrir relações afetivas, até porque tal expressão de sociabilidade contribui para o exitoso processo de cumprimento da pena, além de decorrer da proteção estatal destinada às entidades familiares, assegurada no art. 226, 3º, da CRFB:

A visita íntima, como exercício da sexualidade, é de fato um direito (de fundo constitucional), para uns, consectário do direito à intimidade e, para outros, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Seja como for, é manifestação da dignidade da pessoa humana e elemento essencial para que a pessoa presa preserve laços afetivos. Sendo um direito, uma vez preenchidos os requisitos regulamentares para seu exercício, deve ser reconhecido tanto pela Administração Penitenciária (...).¹⁵

Além disso, já existem normas que reconhecem o direito de visita íntima entre pessoas presas, tanto para aquelas que se encontrem em unidades carcerárias distintas, quanto para as que se vejam reclusas no mesmo estabelecimento. É teor da Resolução 348/2020, CNJ, que prevê diretrizes para tratamento penal de pessoas LGBT:

Art. 11. (...) V — quanto ao direito às visitas: c) **a garantia de exercício do direito à visita íntima em igualdade de condições**, nos termos da Portaria nº 1.190/2008, do Ministério da Justiça, e da Resolução nº 4/2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, **inclusive em relação aos cônjuges ou companheiros que estejam custodiados no mesmo estabelecimento prisional (...).**¹⁶ (grifo nosso).

Nota-se, então, que o Estado, em consonância com a Lei de Execução Penal e em atendimento às normas da Constituição Federal, admite a construção de

¹⁵ ROIG. Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126.

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 348 de 13/10/2020*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

relações afetivo-sexuais entre pessoas custodiadas no mesmo ambiente prisional, fato que reforça a invalidade da proibição prevista no Regulamento Disciplinar da APAC.

Ademais, a restrição apaqueana à fruição do legítimo direito de construção de relações amorosas entre reeducandos(as) leva ao reconhecimento de um “excesso ou desvio de execução, [reconhecido] sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares (art. 185, da LEP)”.¹⁷

Cumprе lembrar, outrossim, que a Lei de Execução Penal estabelece a proibição de tratamentos de caráter discriminatório no decorrer do processo de expiação da sentença criminal: “Art. 3º (...). Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”. A referida norma legal tem respaldo na Constituição Federal de 1988, carta que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos, e a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I e III, CRFB).

Assim, o Regulamento Disciplinar da APAC, por uma questão de hierarquia normativa, não pode erigir barreira à efetivação dos comandos constitucionais, especialmente no que toca à expressão de sexualidade e afetividade por parte da comunidade LGBTI privada de liberdade no âmbito dessas instituições.

Com supedâneo nessa principiologia constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui jurisprudência consolidada no sentido de que as políticas estatais e todas as relações sociais devem ser orientadas no sentido de combater a discriminação, ainda vigente, contra essa minoria alvo de marginalização por questões de diversidade sexual e de identidade de gênero.

Guarda íntima relação com a matéria em debate o teor do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132, pelo STF, no ano de 2011. A decisão histórica deu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723, do Código Civil, de modo a reconhecer o direito de casais homoafetivos à união estável, sem distinções quanto às entidades familiares formadas por pares heterossexuais.

Em apertada síntese, a razão de decidir fundou-se no princípio da dignidade da pessoa humana e na legítima busca pela felicidade (art. 1º, inciso III, CRFB), na proibição de tratamento discriminatório (art. 3º, inciso IV, CRFB) e nos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X, CRFB).

¹⁷ ROIG. Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

Na prática, a decisão de efeitos vinculantes viabilizou aos homossexuais a celebração de união estável juridicamente reconhecida como entidade familiar, o reconhecimento do direito ao casamento e, ainda, acesso a direitos previdenciários, sucessórios e, enfim, à adoção. E, pelos mesmos motivos, a interpretação constitucional dada pelo STF deve espalhar seus efeitos para reconhecer o direito de pessoas presas, mesmo que no sistema alternativo da APAC, à livre expressão de seu afeto.

Cabe registrar, ainda, que a proibição de tratamento discriminatório no curso da execução penal, contida no já citado art. 3º, parágrafo único, da Lei 7.210, coíbe a prática direta ou sub-reptícia de posturas homofóbicas no âmbito de instituições incumbidas da administração prisional e disciplinar, vedação que ganha reforço com importante decisão do STF, lavrada no ano de 2019.

O julgamento conjunto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26 e do mandado de injunção (MI) 4.733 pelo STF promoveu, finalmente, a tardia criminalização de atos LGBTfóbicos no país. A Corte Constitucional, para tanto, reconheceu o grave estado de inércia do Congresso Nacional em elaborar lei de combate à homotransfobia no Brasil. Diante da omissão do Poder Legislativo em atender ao mandado constitucional de criminalização de condutas discriminatórias que atentem contra direitos fundamentais (art. 5º, XLI, CRFB), notadamente quanto a esse grupo minoritário vitimizado por práticas machistas e heterossexistas, o Supremo Tribunal Federal estendeu a tipificação penal prevista para os crimes de racismo (Lei n. 7.716) às condutas decorrentes de preconceito por orientação sexual e identidade de gênero.

Destarte, a resistência da APAC em dar proteção à dignidade de pessoas homossexuais e bissexuais sob sua custódia para, futuramente, devolvê-las ao convívio social ainda mais estigmatizadas e tolhidas de sua integral expressão de personalidade, macula a execução de pena com uma falha radical. A postura proibitiva quanto ao exercício da liberdade afetivo-sexual pelos(as) apenados(as) reforça o triste sentimento de abjeção e repúdio que atravessa a vivência de indivíduos LGBTI.

A obstrução ao amor e ao legítimo compartilhamento de afetos entre recuperandos(as) representa, por todo exposto, reprovável replicação, no ambiente prisional, do estado de subcidadania e precariedade já enfrentados por essa população no seio social. Segundo conceito de Jessé Souza: revela uma perpetuação do abismo material e valorativo entre certas categorias sociais.¹⁸

¹⁸ SOUZA, Jessé. *(Sub)cidadania e naturalização da desigualdade: um estudo sobre o imaginário social na modernidade*

4. Criminalização transversa e ilegal de relações homoafetivas: Punição a título e falta grave, com consequências para a liberdade ambulatoria. Marginalização e replicação de preconceitos no ambiente prisional

Mesmo que recuperandos(as) sejam surpreendidos praticando ato libidinoso no ambiente do Centro de Reintegração Social da APAC e, pelas circunstâncias, tal comportamento possa vir a ser considerado ofensivo à moral do ambiente, a infração ao art. 25, XVII, c/c art. 62, XIV, do Regulamento Disciplinar, não pode ser encarado como falta disciplinar de natureza grave, nem redundar nas consequências punitivas judiciais e administrativas previstas para infrações desse jaez.

Isso porque, como já se asseverou, aos condenados por infrações penais são impostas as restrições decorrentes do título executivo judicial. No caso de imposição de pena privativa de liberdade, é consectário natural que o indivíduo venha a sofrer ingerências em seu direito ambulatorio. Contudo, os(as) sentenciados(as) preservam seus direitos inatos à intimidade e à autodeterminação.

Punir a criação de vínculos amorosos entre presos(as) a título de falta grave, em contrassenso ao propósito de ressocialização e a despeito de autorização legal, recrudescer as restrições à liberdade ambulatoria da pessoa. Isso porque a expõe ao risco de regressão de regime e à imposição de sanções administrativas (como o isolamento celular, aplicado no caso concreto citado alhures), além de subtrair do sujeito apenado sua liberdade de autogerir sua vida privada. Interferências desta ordem na vida pessoal do(a) condenado(a) não podem ser reconhecidas como manifestação válida do *jus puniendi* estatal. São, na verdade, arbítrio e invasão da intimidade do(a) sentenciado(a).

Some-se a esse raciocínio o fato de que a redação do art. 45, da LEP, prevê que “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”. Com isso, estabelece-se o princípio da tipicidade das faltas disciplinares, vedando-se o reconhecimento e a punição de condutas, a título de mau comportamento no curso da execução da pena, sem clara cominação legal. Sobre o referido princípio, colhe-se a relevante lição doutrinária:

Princípio da Legalidade: a execução penal, como não poderia deixar de ser, constituindo a efetivação do poder punitivo do Estado, exige o respeito à

legalidade. Portanto, da mesma forma que inexistente crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP), demanda-se que não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior lei ou regra regulamentar. Reserva-se à lei, como se pode observar nos arts. 49 e 50 desta Lei, a definição de faltas leves, médias e graves. Estas devem estar previstas na Lei de Execução Penal. As outras duas podem fazer parte da legislação estadual (art. 24, I, CF).¹⁹

Inferre-se, assim, que o Regulamento Disciplinar das APACs não possui o condão de inovar na previsão de faltas disciplinares, uma vez que sua edição não segue o exigido rito democrático da elaboração legislativa. Por conseguinte, a normativa regulamentar sob análise não atende às regras de competência legislativa previstas no art. 24, inciso I, da Constituição Federal, não podendo produzir efeitos prejudiciais aos sentenciados(as), por não constituir norma válida de Direito Penitenciário.

Nessa temática, o art. 50, complementado pelos incisos II e V, do art. 39, ambos da Lei 7.210, preveem os comportamentos que podem ser tachados de falta grave ao longo do processo de expiação de pena privativa de liberdade. Trata-se de previsão taxativa, *numerus clausus*, sendo vedada a aplicação de penalidades por analogia.

Basta uma breve análise dos mencionados dispositivos para se inferir que o envolvimento sexual e afetivo entre pessoas reclusas não está previsto como hipótese de falta disciplinar de caráter grave na legislação federal. Deste modo, a celebração de laços de amor entre sujeitos recolhidos na APAC não pode ser assim caracterizada ou punida, sob pena de intolerável ofensa ao princípio da legalidade e da tipicidade.

Fazendo eco ao raciocínio até aqui sustentado, colhe-se a sedimentada jurisprudência do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a respeito da impossibilidade de punição, como falta grave, de condutas consideradas reprováveis nos ambientes da APAC, em razão da carência de previsão legal:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL — EMBRIAGUEZ — FALTA GRAVE — NÃO RECONHECIMENTO — REGRESSÃO DE REGIME — REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIOS — PERDA DE DIAS REMIDOS — IMPOSSIBILIDADE — RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O rol de faltas graves disciplinado no artigo 50 da LEP é taxativo, não admitindo

¹⁹ NUCCI. Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. V. 2. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 221.

sua aplicação por analogia. A ingestão de bebida alcoólica pelo reeducando, embora consista em conduta irregular, não está incluída entre as hipóteses de faltas graves, justificadoras da regressão de regime carcerário, revogação de benefícios e perda de dias remidos. (TJMG — Agravo em Execução Penal 1.0694.14.006052-6/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/03/2016, publicação da súmula em 01/04/2016)

Cumpre ressaltar que são bastante drásticas as reprimendas decorrentes do reconhecimento de uma falta de natureza grave, com repercussões negativas tanto no âmbito judicial como na esfera da administração prisional.

Dentre os prejuízos decorrentes, estão: a regressão de regime (art. 118, I, da LEP); a interrupção do prazo para progressão de sistema prisional, com reinício da contagem do requisito objetivo conforme a pena remanescente (art. 112, § 6º, da LEP); a revogação de autorização para saídas temporárias (art. 125, da LEP); a perda de dias remidos pelo trabalho ou estudo (art. 127 da LEP); a revogação de autorização para trabalho externo (art. 37, parágrafo único, da LEP).

Justamente por isso, a doutrina pondera que a sanção disciplinar decorrente do cometimento de uma falta grave pode se equiparar à própria criminalização de uma conduta, haja vista que provoca a delonga no prazo de cumprimento de pena em um regime prisional mais gravoso e restritivo, subtrai direitos decorrentes do processo de gradativo retorno à convivência social e, em última análise, gera agravamento no estado de privação de liberdade. Imperioso trazer as relevantes lições sobre o tema:

A importância de se delimitar os parâmetros das sanções disciplinares decorre fundamentalmente do fato de que estas, em muitos casos, possuem efeitos semelhantes aos da aplicação da própria pena. Perda de dias remidos, eventual interrupção de prazos para a fruição de direitos, rebaixamento de comportamento (impossibilitando o preso de fruir dos direitos da execução penal), desclassificação do preso para o exercício de atividade laborativa, vedação ao indulto ou comutação por condenação disciplinar nos últimos doze meses de cumprimento de pena, todos esses fatores trazem graves consequências para o *status libertatis* dos indivíduos (...).²⁰

Portanto, tolher, sem motivação racional e sem respaldo legal, o direito

²⁰ ROIG. Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 198.

do indivíduo de se aproximar afetivamente de companheiros(as) de cárcere nos espaços da APAC é postura que redunde, por via transversa, no elastecimento do prazo de prisão e no recrudescimento das condições de expiação da pena. Tal postura, afinal, corresponde à própria criminalização, oblíqua e sub-reptícia, de manifestações de orientação sexual diversa da heteronormatividade.

Por fim, deve-se ter em mente que o cometimento de faltas disciplinares admite que sanções administrativas sejam impostas pela própria direção prisional, dentre elas, a suspensão ou restrição de direitos, bem como o isolamento celular (art. 53, inciso III e IV, da Lei de Execução Penal).

No que toca à falta grave consistente na prática de ato libidinoso entre detentos(as) do sistema APAC, o art. 25, parágrafo único, do Regulamento Disciplinar chega ao extremo de permitir que “as faltas graves acima catalogadas serão passíveis de transferência para o sistema comum”.²¹

Referido tratamento, dado pelo sistema APAC à homossexualidade e à bissexualidade entre reeducandos(as), a ponto de admitir que pessoas que expressem atração afetiva por colegas de cárcere sejam expulsas de seus Centros de Reintegração Social e, com isso, transferidas ao sistema prisional comum, revela uma propensão de tais Associações por rejeitar indivíduos integrantes da minoria LGBTI, simplesmente por demonstrarem seu amor.

Trata-se, então, de um posicionamento que replica, no âmbito da APAC, a abjeção e a repulsa que pessoas homossexuais e bissexuais experimentam ao longo de toda a sua trajetória de vida, e que acaba por encontrar eco, reforço e hipérbole no espaço de encarceramento, já que a criação de vínculo afetivo-sexual nesse ambiente é tratada sob a ameaça de transferência e expulsão para o sistema prisional comum.

Assim, ao invés de se promover a esperada inclusão, a conscientização, o respeito e o exercício da tolerância, medida dessa natureza redunde no reforço aos preconceitos socialmente alastrados e extremamente danosos, levando a uma nova marginalização, agora no ambiente já excludente do cárcere.

5. Considerações finais

No longo percurso histórico de luta por direitos pela comunidade LGBTI,

²¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Regulamento Disciplinar APAC. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Mateiral_de_Apoio/APAC/Regulamento_Disciplinar_APACs.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

os primeiros passos de superação de preconceitos vieram das mudanças na abordagem da homossexualidade pela Medicina e Psicologia. A superação dos estigmas patologizantes nas esferas das ciências de saúde foram fundamentais para a construção de um caminho rumo à modificação da abordagem jurídica e em direção à conquista de direitos.

Nessa trajetória, paradigmática foi a mudança da Classificação Internacional de Doenças (CID) pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1990, quando, finalmente, restou declarado que homossexualidade não constitui enfermidade, distúrbio ou perversão. Retirou-se, com isso, a palavra “homossexualismo” (que indicava doença) e, em lugar dessa designação, adotou-se “homossexualidade” como termo adequado, porque expressa modo de ser, elemento válido de construção da personalidade.²²

Trilhando os mesmos rumos, o Conselho Federal de Psicologia, em 1999, cedeu às pressões de movimentos sociais para, enfim, promulgar a Resolução n. 1/1999, proibindo o tratamento da homossexualidade como psicopatologia, ato normativo que também foi responsável por atribuir ao profissional o papel de trabalhar “no sentido de diminuir a estigmatização e o preconceito direcionado à população LGBT”.²³

Os avanços na abordagem médica e psicológica da homossexualidade tiveram, então, relevantes repercussões na esfera jurídica e na conquista de direitos historicamente reclamados pelos movimentos LGBTI.

Contudo, tais progressos merecem consolidação nas mais variadas esferas de vivência, inclusive, no tratamento penal e carcerário designado a pessoas privadas de liberdade que descumprem as regras sociais de heterossexualidade compulsória.

Almeja-se, por conseguinte, que o exitoso método da APAC, pautado em seu Regulamento Disciplinar, busque se conformar aos recentes avanços no tratamento jurídico dado à matéria de sexualidade e identidade de gênero, curvando-se às regras constitucionais, legais e aos tratados de Direitos Humanos.

Para tanto, cabe à APAC extirpar de sua normativa a previsão de punição, a título de falta grave, de qualquer expressão de vínculos afetivo-sexuais consensuais entre recuperando(as), tendo em vista que sancionar laços de amor e zelo recíprocos prejudica a meta de reintegração social harmônica objetivada

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 271.

²³ TOLEDO, Fagner Lúcio de. O que é Homossexualidade? In: RAMOS, Marcelo Maciel (Org.) *et al. Gênero, Sexualidade e Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 71-72.

pelo processo de expiação de pena. Além disso, impõe restrição à autonomia de vontade, direito não alcançado pela sentença ou pela norma penal, bem como ofende os princípios constitucionais da legalidade, dignidade da pessoa humana, privacidade, intimidade e busca da felicidade.

A revisão desta norma, em descompasso com a modernidade e a evolução jurídica, enfim, preservará a comunidade LGBTI de seguir experimentando, em mais um espaço de vivência, a triste realidade permeada ciclicamente pela violência física, verbal, psicológica, estrutural e simbólica, criando ambiente de tolerância, acolhimento à pluralidade e uma estrutura verdadeiramente comprometida com a expiação de pena como ferramenta de ressocialização. Afinal, cada direito violado, cada vida diminuída, representa violação à humanidade como um todo.

6. Referências

CARVALHO, Salo. *Sobre as possibilidades de uma criminologia queer*. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 4, n. 2, jul-dez. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 348 de 13/10/2020*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS. *Relatório geral sobre as APACs*. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. *Nota Técnica n. 10/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen-publica-nota-tecnica-com-orientacoes-para-populacao-lgbti-encarcerada/SEI_MJ11311909NotaTcnica.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Ouvidoria Nacional de Serviços Penais. *Estudo preliminar: A Metodologia APAC e a criação de vagas no sistema prisional a partir da implantação de Centros de Reintegração Social*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/canais_atendimento/ouvidoria/EstudoPreliminarAMetodologiaAPACeCriacaodevagasnoSistemaPrisonalapartirdaImplantacaodeCentrosdeReintegracaoSocialSITE.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Disque Direitos Humanos — Relatório 2019*. Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/ouvidoria/Relatorio_Disque_100_2019_.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. *Manual orientador sobre diversidade*. Governo Federal. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/2018/ManualLGBTDIGITALmdh.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Regulamento Disciplinar APAC*. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Mateiral_de_Apoio/APAC/Regulamento_Disciplinar_APACs>.

pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MOVIMENTO LIVRES & IGUAIS. Nações Unidas. *Glossário*. Disponível em: <<https://www.unfe.org/pt-pt/definitions/>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

NUCCI. Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. V. 2. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROIG. Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA. Jessé. *(Sub)cidadania e naturalização da desigualdade: um estudo sobre o imaginário social na modernidade periférica*. Política & Trabalho — Revista de Ciências Sociais. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/politicaetrabalho/article/view/6577/4134>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

TOLEDO, Fagner Lúcio de. O que é homossexualidade? In: RAMOS, Marcelo Maciel (Org.) *et al. Gênero, Sexualidade e Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.



Com que roupa eu vou? Uma análise sobre o direito à utilização de trajes civis na sessão de julgamento do Tribunal do Júri sob à ótica das Regras de Mandela

What clothes should i wear? An analysis on the right to wear civil costumes in the judgment session of the Jury Court from the perspective of the Mandela Rules

LUCAS APARECIDO ALVES NUNES

Defensor público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ).

ANA CLÁUDIA DE SOUZA FERREIRA

Defensora pública do Distrito Federal. Especialista em Processo Penal pela Faculdade Damásio (SP).

Resumo: O presente artigo se propõe a investigar se a utilização do uniforme prisional pelo acusado preso na sessão plenária do Tribunal do Júri tem o condão de antecipar a formação da culpa e influenciar de forma indevida o ânimo e subconsciente dos jurados. Para isso é feita uma análise do processo de valoração da prova no Tribunal do Júri, indicando como fatores externos ao processo podem influenciar na convicção dos jurados, que não possuem a necessidade de fundamentar sua decisão. Nesse sentido, o direito do preso à utilização de trajes civis durante seu julgamento se reveste de especial relevância, uma vez que se encontra intimamente ligado ao direito da plenitude da defesa e ao estado de inocência. A partir dessas premissas, o artigo faz uma análise do direito à utilização de trajes civis previsto de forma expressa nas Regras de Mandela.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Sistema da Íntima Convicção; Utilização de Trajes Civis; Regras de Mandela.

Abstract: *This article intends to investigate whether the use of prison uniform by the accused arrested in the plenary session of the Jury Court has the power to anticipate the formation of guilt and improperly influence the minds and subconscious of the jurors. For this, an analysis of the process of valuing the evidence at the Jury Court is carried out, indicating how factors external to the process can influence the conviction*

of the jurors, who do not have the need to substantiate their decision. In this sense, the prisoner's right to wear civilian clothes during his trial is of special relevance, since it is closely linked to the right to full defense and the state of innocence. Based on these premises, the article analyzes the right to use civilian clothes expressly provided for in Mandela's Rules.

Keywords: *Jury Court; Intimate Conviction System; Use of Civil Costumes; Mandela Rules.*

Sumário: 1. Introdução; 2. A valoração da prova no Tribunal do Júri; 3. O direito à utilização de trajes civis na sessão plenária do Tribunal do Júri; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

A Constituição da República reconhece e legítima o Tribunal do Júri como órgão do Poder Judiciário. Mas do que absolver ou condenar réus, o Júri representa um espaço democrático de produção e exercício de valores sociais mais amplos e espelha padrões compartilhados e construídos coletivamente.

Nesse viés de instituição democrática, o acusado é “julgado por seus pares”, assim, os jurados são “pessoas comuns do povo” que se comprometem a julgar a causa com imparcialidade e proferir sua decisão de acordo com sua consciência e os ditames da justiça, a partir de sua sensibilidade e razão.

No plenário do Júri, local onde se desenvolve um ritual cerimonial e mítico, os jurados são expostos a uma série de elementos extrajurídicos que podem interferir no julgamento, criar uma imagem negativa do acusado e antecipar, indevidamente, a formação da culpa.

No Tribunal do Júri, a carga subjetiva decorrente dos antecedentes criminais ganha uma dimensão sem tamanho, já que a liberdade de convencimento dos jurados dispensa qualquer motivação, podendo os jurados reconhecerem a culpabilidade do acusado em função de outros fatos não imputados no processo.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela) estabelecem que o preso tem o direito de utilizar suas próprias vestimentas quando precisar se afastar do estabelecimento prisional, todavia, não são raros os casos em que o acusado comparece a sessão de julgamento do Tribunal do Júri com o uniforme do presídio.

O objetivo deste artigo é analisar os impactos que a utilização do uniforme prisional pode ocasionar no julgamento pelo Conselho de Sentença, tecendo algumas considerações sobre o Tribunal do Júri e direitos previstos nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos.

2. A valoração da prova no Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente legitimado para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, é uma das instituições mais emblemáticas do ordenamento jurídico. Cercado de ritos e simbologias próprios, o Tribunal do Júri compõe-se de um juiz de Direito, que é o seu presidente, e vinte e cinco jurados, sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

No Brasil, a primeira lei a dispor sobre o Tribunal do Júri foi o Decreto do Príncipe Regente datado de 18 de junho de 1822, que criou “*Juízes de Facto para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa*”. Com a Constituição de 1824, o Tribunal do Júri foi reafirmado como órgão judicial com competência para o julgamento de causas cíveis e criminais, passando então a ter previsão constitucional.

Na Constituição de 1988, o Tribunal do Júri foi consagrado como uma garantia institucional e também como um direito-garantia instrumentalizante dos direitos fundamentais e individuais.

As garantias institucionais podem ser conceituadas como a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece ser fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.¹

Nesse sentido, quando o artigo 5º, inciso XXXVIII, apregoa que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei (...)”, qualifica o Tribunal do Júri como uma garantia institucional.

Por outro lado, enquanto direito-garantia fundamental, o julgamento pelos seus pares tem o propósito de proteger o cidadão-acusado contra o arbítrio do poder estatal e excessos no exercício da pretensão acusatória.

O Tribunal do Júri, enquanto espaço onde são debatidos direitos fundamentais do homem, tais como a vida e a liberdade, a dignidade da pessoa humana e do próprio poder que o povo exerce ao julgar, deve merecer uma releitura à luz dos direitos fundamentais e dos tratados internacionais de direitos humanos, haja vista que o cidadão que não pode ser despedido de tais direitos e, consequentemente, das garantias necessárias à efetivação dos mesmos.²

Apesar do texto constitucional consagrar o dever de fundamentação das decisões judiciais, a norma insculpida no artigo 93, inciso XXV, da CRFB, não incide no processo de valoração da prova pelo Conselho de Sentença, que pode

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 180.

² RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 255.

decidir sobre os fatos levados à julgamento e determinar a condenação criminal do acusado, com base em sua íntima convicção, sem a necessidade de motivação.

Certo é que, no Tribunal do Júri, “pessoas do povo”, que na maioria das vezes, não possuem conhecimento jurídico, uma vez que não são obrigadas a tê-lo, são convocadas a julgar o caso de acordo com sua sensibilidade, experiência e razão, sem qualquer critério probatório e necessidade de fundamentar e motivar suas decisões.

Aury Lopes Jr. alerta que a “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de se permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. O que, para o autor, permitiria um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento.³

Os jurados se comprometem a julgar a causa com imparcialidade e proferir sua decisão de acordo com sua consciência e os ditames da justiça. No entanto, eles são expostos, e afetados, por gestos, comportamentos e outras comunicações não-verbais de todos que o compõem o Tribunal do Júri e dele participam.

A valoração das provas pelo Conselho de Sentença é um processo complexo, formado a partir das interações entre as evidências formalmente apresentadas, as provas constantes nos autos e argumentos extrajurídicos, miscigenados com uma série de elementos não-verbais, o que pode ocasionar resultados imprevisíveis.

A decifração e compreensão desses elementos, cuja significação é quase sempre incerta, e às vezes desconhecida, somente é possível de ser reconstruída através de conjecturas.⁴ Uma vez que a adoção do sistema do íntima convicção impede o controle da racionalidade da decisão dos jurados.

Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer concebe o Tribunal do Júri como um ritual mítico e simbólico, onde ações ordenadas — falas, gestos, expressões — de natureza predominantemente simbólica, que se desenvolvem em momentos distintos das sessões, inspiram atitudes de lealdade, respeito e reverência a valores que se materializam nos votos dos jurados.⁵

³ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 368.

⁴ STRECK, Lênio Luís. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103.

⁵ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri: ritual lúdico e teatralizado*. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-31082007-095427/pt-br.php>>. Acesso em: 19/4/2021.

A autora enfatiza que a comunicação em plenário vai muito além do que é dito e falado, chegando a mensurar que a linguagem verbal utilizada representa não mais do que 7% do impacto causado nos jurados.⁶

O contato visual, as expressões faciais, os gestos e a postura, a vestimenta e aparência, a relativa proximidade entre o defensor e o acusador com o júri, a paralinguagem (velocidade da fala, volume, variações de tom) e a presença de espectadores na assistência são elementos que podem, involuntariamente, afetar a decisão do Conselho de Sentença.

Obviamente, o peso e o impacto dessas diferentes formas de comunicação não verbal variam à medida que são incorporadas e apreciadas no subconsciente de cada jurado.⁷

Em razão da suscetibilidade à elementos estranhos aos autos e da adoção do sistema da íntima convicção, o legislador criou alguns instrumentos de proteção da imparcialidade dos jurados, como a plenitude da defesa e a proibição da utilização de algemas em plenário. Mecanismos que, em última instância, buscam concretizar os princípios mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais do acusado, como a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

A Constituição da República assegura aos acusados processados pela prática de crimes dolosos contra a vida uma defesa plena e não apenas uma defesa ampla. Guilherme Nucci explica que:

“Ampla é algo vasto, largo, copioso, enquanto pleno equivale a completo, perfeito, absoluto. Somente por esse lado já se pode visualizar a intencional diferenciação dos termos. E, ainda que não tenha sido proposital, ao menos foi providencial. O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos.”⁸

Nesse sentido, a plenitude da defesa engloba o direito obrigatório à defesa técnica, a autodefesa, que é exercida facultativamente pelo próprio acusado e

⁶ *Ibidem*.

⁷ HOFFMAN, Janet. *The juror as audience: the impact of non-verbal communication at trial*. Disponível em: <<https://jhoffman.com/publications/juror-audience-impact-non-verbal-communication-trial/>>. Acesso em: 23/4/2021.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

a possibilidade de utilização de argumentos extrajurídicos, como os de caráter social, psicológico, afetivo, sentimental, históricos, de política criminal, dentre outros.

Cientes de tais efeitos deletérios causados pela indevida exposição da figura do acusado, os Poderes Legislativo e Judiciário têm avançado na criação de instrumentos visando obstar que tais elementos influenciem o ânimo do julgador (magistrado e jurado).

A esse despeito, no âmbito Legislativo, citamos a Lei nº 11.689, de 2008, que incluiu o §3º, ao artigo 474, do Código de Processo Penal, não se permitindo o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri. Na seara Judicial, referimos a edição do famoso Enunciado nº 11, da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, a utilização de algemas no réu que não oferece risco de fuga ou a integridade física dos presentes no júri configura violação à vedação de tratamento degradante e desumano, desrespeito à dignidade da pessoa humana, bem como ao princípio do estado de inocência.

Em um dos precedentes que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 11, o Ministro Marco Aurélio teceu importantes considerações sobre o efeito estigmatizante do uso de algemas e a forma como isso pode impactar na decisão dos jurados:

“Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos — a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País — repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.”⁹

⁹ HC 91.952, rel. Ministro MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, j. 7/8/2008, DJE de 19/12/2008

Assim como o uso de algemas, a utilização do uniforme prisional durante a sessão plenária tem efeitos alviantes e pode influir na construção de uma imagem negativa do acusado.

3. Do direito à utilização de trajes civis na sessão plenária do Tribunal do Júri

O simples fato de responder a um processo criminal já traz uma série de rótulos e estigmas na vida do acusado, quando esse comparece a sessão de julgamento vestindo o uniforme prisional, torna-se mais custoso o processo de criação de empatia entre os jurados e o acusado.

O uniforme prisional, na maioria das vezes confeccionado em cores vibrantes e chamativas (no estado de Minas Gerais o uniforme fornecido pela SUAPI é vermelho), evoca uma ideia de violência e agressividade, o que faz com que os jurados não consigam se enxergar no “lugar” daquele que está sendo julgado, provocando um descolamento ético-emocional que pode interferir no julgamento de outros fatores e, talvez, na decisão.

A interação humana exige que tomemos decisões imediatas, mesmo sem maiores informações sobre os atributos das pessoas e coisas, razão pela qual surgem padrões de decisão baseados em nossas experiências anteriores, formadas a partir de opiniões pré concebidas e nos estereótipos compartilhados e construídos coletivamente, que vão desde mecanismos atávicos de mensuração do risco (a pessoa é inofensiva, neutra ou perigosa), passando pelos fatores estéticos e de atratividade física (bonito, neutro, feio; bem vestido, neutro, malvestido, uniformizado, roupas comuns, munido de distintivos, etc.), até inconscientes (não se sabe o motivo pelo qual o outro gera uma postura negativa, neutra, positiva).¹⁰

Assim, o acusado que comparece ao plenário do Júri com as vestes do estabelecimento prisional tem mais chance de ser enxergado pelos jurados como culpado e perigoso antes mesmo de sentar-se no famigerado banco dos réus.

O comparecimento à sessão de julgamento no júri com o uniforme de prisional infringe os princípios do estado de inocência, plenitude da defesa, isonomia, e a proibição de tratamento desumano e degradante. O fato de o réu

¹⁰ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES JR, Aury. *Com que roupa eu vou, ao júri que você me intimou*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-16/limite-penal-roupa-eu-vou-juri-voce-me-intimou>>. Acesso em: 26/4/2021.

ser julgado com roupas de presidiário o coloca numa posição de inferioridade e submissão em relação à acusação que, ainda que indiretamente, saberá tirar vantagem da situação junto ao Conselho de Sentença. Desse modo, não é difícil concluir que o comparecimento do réu diante dos jurados vestindo as vistosas e constrangedoras roupas do presídio dificulta sobremaneira o exercício do papel do defensor que se vê diante dessa evidente e inaceitável disparidade de armas.¹¹

Por outro lado, esse procedimento vulnera ainda a princípio da *isonomia* uma vez os acusados que respondem ao processo em liberdade comparecem ao Tribunal do Júri com roupas comuns, enquanto os encarcerados se apresentam para julgamento em condição humilhante e vexatória.¹²

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, também conhecidas como Regras de Mandela, determinam, no item 19.3, que em circunstâncias excepcionais, sempre que um preso se afastar do estabelecimento prisional, por motivo autorizado, deverá ter permissão de usar suas próprias roupas ou outra que seja discreta.

Todavia, a partir da análise da jurisprudência brasileira é possível constatar que a maioria dos atores do Sistema de Justiça ignora ou desconhece o direito do preso de usar suas próprias vestes durante a sessão de julgamento do Tribunal do Júri.

No julgamento do RMS 60575/MG, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, reformou decisão oriunda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e considerou que o réu tem o direito de se apresentar para o julgamento na sessão do júri vestindo suas próprias roupas, em vez do uniforme do estabelecimento prisional.

No caso analisado pelo Tribunal da Cidadania, o réu, assistido pela Defensoria Pública de Minas Gerais, encontrava-se preso cautelarmente, e solicitou ao juízo de primeira instância que pudesse comparecer à sessão do Tribunal do Júri sem algemas e com trajes civis.

Quanto às vestimentas, o pleito restou de pronto indeferido, alegando o magistrado a ausência de previsão legal, no concernente ao uso das algemas, o juiz indicou que analisaria a questão no dia do Plenário, a depender da escolta do acusado.

Impetrado mandado de segurança, a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirmou a decisão do juízo de primeiro grau e

¹¹ PAIVA, Allan. *Julgamento do réu no júri com roupa de presidiário é inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/alan-paiva-roupa-reu-julgamento-tribunal-juri>>. Acesso em: 21/4/2021.

¹² *Ibidem*.

denegou a segurança, também sob o fundamento de que inexistiria previsão legal que amparasse o pedido do acusado.

Em uma rápida consulta à jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, verifica-se que a decisão prolatada pela Sétima Câmara Criminal não foi isolada. Há vários precedentes do tribunal mineiro negando o direito do acusado de comparecer ao julgamento perante o Tribunal do Júri trajando suas próprias vestimentas, o que denota o desconhecimento ou incompreensão quanto aos direitos previstos nas Regras de Mandela.

As Regras Mínimas para o Tratamento de Presos foram criadas em 1955, no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes. Posteriormente, foram aprovadas pelo Conselho Econômico e Social, por meio das Resoluções 663, de 31 de julho de 1957, e 2076, de 13 de maio de 1977.

Em maio de 2015, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos foram atualizadas pela Comissão das Nações Unidas Sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal e, em homenagem ao líder político e ex-presidente da África do Sul, Nelson Mandela, que ficou preso por 27 anos e inspirou a criação de parâmetros internacionais para o tratamento dos reclusos, passaram a denominar-se Regras de Mandela.

Os princípios estabelecidos nas Regras de Mandela vão ao encontro de garantias e direitos fundamentais entabulados em diversos tratados internacionais de direitos humanos. Cumpre destacar que as regras não pretendem propor um modelo prisional, mas enunciar princípios e boas práticas no tratamento das pessoas privadas de liberdade e estabelecer parâmetros essenciais para que o sistema penitenciário ofereça condições minimamente humanas e adequadas.

Prevalece na doutrina que as Regras de Mínimas para o Tratamento dos Reclusos possuem natureza de *soft law* e não vinculam os Estados. Todavia, como tais normas espelham direitos previstos em normas de *jus cogens*, o desrespeito às regras mínimas podem concretizar a violação de dispositivos previstos em diversos tratados de direitos humanos.¹³

O desconhecimento quanto à existência das Regras mínimas, aplicabilidade e extensão de seus direitos também podem ser considerados um entrave à sua plena efetividade. Nesse contexto, a Defensoria Pública enquanto instituição constitucionalmente vocacionada à promoção dos direitos humanos assume a

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.p. 226.

incumbência de promover práticas e ações para assegurar o exercício e pleno gozo dos direitos previstos nas Regras de Mandela.

O Conselho Nacional de Justiça reconhece que as Regras de Mandela podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da jurisdição e têm aptidão para transformar o paradigma de encarceramento praticado pela justiça brasileira¹⁴. Todavia, o que a realidade nos mostra é um completo desvirtuamento e desprezo aos direitos das pessoas privadas de liberdade.

O direito ao uso de vestimentas próprias fora do estabelecimento prisional é mais um dos direitos que não consegue transpor as barreiras do papel e ser implementado e efetivado país afora.

No âmbito ao Tribunal do Júri, o desrespeito a essa garantia pode ocasionar prejuízos imensuráveis e ser fator definitivo para a condenação do acusado. Por isso, a utilização do uniforme prisional durante a sessão de julgamento deve ser firmemente rechaçada, assegurando ao acusado o direito de ser julgado sem preconceitos, estigmas e juízos de valores, de forma neutra e imparcial.

4. Conclusão

O Tribunal do Júri é um órgão formado por pessoas leigas que decidem sobre a condenação ou absolvição do acusado, de acordo com sua íntima convicção, através de suas experiências, sensibilidade e razão, não estando vinculados ao ordenamento jurídico, sem a necessidade de fundamentação de sua decisão.

Durante a sessão de julgamento, os jurados são expostos a uma série de fatores e elementos extrajurídicos que podem, ou não, influenciar no julgamento do acusado.

Apesar das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos preverem que o detento tem direito de utilizar suas próprias vestimentas quando precisar se afastar do estabelecimento prisional, verifica-se que, não são raros os casos em que os atores do Sistema de Justiça, desconhecem ou ignoram o direito do acusado de comparecer a sessão de julgamento no Tribunal do Júri utilizando trajes civis.

O uniforme prisional evoca uma ideia de violência e agressividade, construindo um estigma sociocultural de transgressor em torno do acusado, antecipando a formação da culpa e influenciando de forma indevida o ânimo dos jurados.

¹⁴ CNJ. *Regras de Mandela*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/39ae8bd2085fdb4a-1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 28/4/21.

5. Referências

CNJ. *Regras de Mandela*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/39ae8bd-2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 28/4/21.

HOFFMAN, Janet. *The juror as audience: the impact of non-verbal communication at trial*. Disponível em: <<https://jhoffman.com/publications/juror-audience-impact-non-verbal-communication-trial/>>. Acesso em: 23/4/2021.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAIVA, Allan. *Julgamento do réu no júri com roupa de presidiário é inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/alan-paiva-roupa-reu-julgamento-tribunal-juri>>. Acesso em: 21/4/2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES JR, Aury. *Com que roupa eu vou, ao júri que você me intimou*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-16/limite-penal-roupa-eu-vou-juri-voce-me-intimou>>. Acesso em: 26/4/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do tribunal do júri — ritual lúdico e teatralizado*. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-31082007-095427/pt-br.php>>. Acesso em: 19/4/2021.

STRECK, Lênio Luís. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



Análise da viabilidade da importação do instituto do *plea bargain* no processo penal brasileiro

Analysis of the feasibility of importing the plea bargain institute in the brazilian criminal process

NILO PINHEIRO DE OLIVEIRA

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo realizar uma análise, em termos gerais, da adequação do instituto conhecido como “*plea bargain*”, oriundo da justiça norte-americana, no processo penal brasileiro. Para tanto, além de entender como seria possível a introdução do instituto negocial de pena, é preciso conceber os direitos e garantias, constitucionalmente garantidos, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, inerentes ao processo penal. Soma-se a esses conceitos, ainda, a natureza inquisitorial do inquérito policial na obtenção de elementos de informação e o papel que os agentes do Ministério Público passam a desempenhar no contexto das soluções negociadas de pena, concretizado, por exemplo, no âmbito do Acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: *Plea bargain*; Solução negociada de pena; Justiça criminal negocial; Processo penal; Direitos fundamentais; Contraditório; Ampla defesa; Devido processo legal; Acordo de não persecução penal; Ministério público; Inquérito policial; Sistema inquisitorial.

Abstract: *This paper aims to analyze, overall, the plea bargain, derived from American justice, and its suitability in the Brazilian Penal Code. Therefore, besides understanding how it would be possible to introduce this criminal justice negotiation institute, it is necessary to conceive the rights and guarantees, constitutionally ensured as the due legal process and full defense, inherent to the criminal procedure. On top of those, there is still the police investigation inquisitorial nature when acquiring pieces of information, and the role played by the Prosecution during the criminal justice negotiation, for example, enabled in the scope of the Non-Prosecution Agreement.*

Keywords: *Plea bargain*; Negotiating criminal justice; Fundamental rights; Due legal process; Full defense; Non-prosecution agreement; Prosecution; Police investigation; Inquisitorial system.

Sumário: 1. Introdução 2.1. Breves considerações acerca do “plea bargain” norte-americano; 2.2 O que é o novo acordo de não persecução penal — ANPP e suas correlações com a transação penal; 2.3 Fundamentos base da solução negociada; 3.1 Considerações acerca dos direitos constitucionais do acusado na sistemática do processo penal e suas garantias invioláveis; 3.2 Características das provas obtidas no inquérito policial; 3.3 Como o ANPP se amolda a um sistema processual penal acusatório; 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem como tema a (im)possibilidade de adoção, no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, do instituto estrangeiro conhecido como “*plea bargain*”.

Como se sabe, no âmbito do processo penal brasileiro, recentemente, introduziu-se, por meio da Lei nº 13.964/2019 (art. 28-A do CPP), conhecida também como “pacote anticrime”, o acordo de não persecução penal, sendo, pela primeira vez, a previsão da aplicação de uma solução negociada para uma maior gama de crimes¹.

A despeito dessa inovação legislativa, que ainda gera enorme debate e dúvidas sobre sua aplicação, não se pode olvidar da existência da transação penal prevista na norma inserta do art. 76 da Lei 9.099/95. Ela, por ter aplicação evidentemente limitada aos crimes de menor potencial ofensivo, bem como expressa previsão constitucional (art. 98, I, da CR/88), não ostentou grande relevância no debate acerca da importação pura e simples do “*plea bargain*”, porquanto não envolvera maior quantidade de crimes com maiores penas privativas de liberdade cominadas.

No entanto, com a previsão do novo art. 28-A do CPP, vislumbra-se maiores questionamentos e debates acerca da matéria.

Por outro lado, considerando que as possibilidades de soluções negociadas de não persecução penal ainda são novidades no país² e que o debate acerca do tema está na fase inicial de sua efervescência, ressalta-se que o presente estudo não possui o objetivo de adentrar especificamente nos meandros de cada legislação das diferentes modalidades. Isso porque, a intenção é gerar a reflexão sobre o

¹ Sobre essa questão, imperioso ressaltar que os Ministérios Públicos Estaduais e os Tribunais de Justiça pelo país iniciaram o processo de regulamentação interna do acordo de não persecução penal, conforme se pode conferir no seguinte sítio eletrônico: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-25/mp-tj-mg-regulamentam-acordo-nao-persecucao-penal>>.

² Nesse ponto merece destaque o fato de que o Conselho Nacional de Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução nº 181 de 2018, já regulamentara, por conta própria, a possibilidade de acordo de não persecução penal. Todavia, ante a duvidosa legitimidade jurídica da resolução, existem ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 5.790 e 5.793) em curso.

tema da solução negociada e justiça consensual criminal, amplo sentido, partindo de seu gênero, por meio de questionamentos acerca do sistema processual que permite um acordo entre o órgão acusador e o acusado, seja pelo novo acordo de não persecução penal do Código de Processo Penal, seja pela transação penal da Lei nº 9.099/95, por exemplo.

Assim sendo, toma-se como cerne do objeto de estudo a possibilidade de negociação penal e justiça criminal negocial como um todo, conhecido inicialmente a partir do “*plea bargain*” norte-americano, em detrimento do sistema processual brasileiro, pretensamente acusatório, presente na Constituição da República de 1988 (CR/88), a qual fornece ao acusado garantias e direitos fundamentais que se positivam por meio do procedimento.

Por fim, necessário apontar algumas premissas e significados que serão utilizadas ao longo do trabalho como:

- i) Os termos solução negociados e “*plea bargain*” como gêneros do instituto e Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e transação penal como espécies desse modelo.
- ii) O termo “acusado”, muitas vezes, ao longo do texto, não é utilizado no sentido mais técnico da palavra — aquele que fora denunciado formalmente pelo Ministério Público. Assim, conceber-se-á de modo mais genérico, como o pretense acusado, investigado, réu, parte que tem o potencial de confessar e fazer um acordo.

2.1. Breves considerações acerca do “*plea bargain*” norte-americano

A solução negociada no âmbito do processo penal, entre parte acusadora e acusado, sem a submissão do caso ao regular procedimento de fases predeterminadas, com instrução probatória em juízo e decisão final por um magistrado, tem como parâmetro o “*plea bargain*” norte-americano.

O termo em inglês, apesar de não ter tradução literal condizente com o seu significado por lá, remete à possibilidade de se pedir, peticionar, requisitar pela barganha (acordo).

O tão conhecido sistema norte-americano de negociação de pena, em linhas gerais, consiste na aceitação das acusações pelo pretense réu por meio da confissão dos crimes a ele imputados. Porém, por se tratar de um ordenamento jurídico distinto do brasileiro, as partes possuem ampla capacidade de negociar, e suas variadas condições, por exemplo, podem ser reveladas somente após a pactuação.

Com efeito, esse instituto do “*plea bargain*” não pode ser resumido somente à possibilidade de aceitar, ou não, as acusações, pois, tendo em vista o livre ambiente de negociação, pode-se avençar colaborações premiadas, aceitação parciais, limites para o pedido de condenação, relevância dos fatos para a condenação, dentre outros³.

Todavia, considerando a legislação pátria, balizas do processo penal e a ideia de solução negociada que se pretende introduzir no ordenamento brasileiro, o mais importante para o estudo é analisar o “*plea bargain*” na sua modalidade essencial de contrato para não submissão ao processo, tal como inspirou o ANPP.

Nesse sentido, no ordenamento dos Estados Unidos, símbolo para o instituto em comento, alguns requisitos são necessários para firmar o acordo, conforme definido pela Suprema Corte no caso *Brady v. USA*, em 1970 (MASI, 2016):

- a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos (*McCarthy v. USA*, 1969);
- b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis;
- c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão;
- d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado.

Desse modo, observa-se que os limites do acordo, por lá, são mínimos, a ponto de se confundir até com a própria ideia de persecução penal e sistema processual penal, isto é, sem muitas restrições para se negociar, bastando que a promotoria se entenda com o acusado.

Nesse ponto, ressalta-se que cerca de 95% dos casos criminais são resolvidos por acordos nos Estados Unidos (BBC BRASIL, 2019).

Além disso, cabe ressaltar que, desses casos, a grande maioria seria julgada por um Júri, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a competência originária do Tribunal do Júri se limita aos crimes dolosos contra a vida.

Por isso, a questão econômica, em prol da utilização dos acordos, sempre endossa a sua defesa, conforme destacou Lucy Lang em entrevista à BBC News

³ Sobre a questão, tem-se as modalidades: *charge bargaining*, *count bargaining*, *fact bargaining*, *sentence bargaining*.

Brasil, em 2019, diretora-executiva do Institute for Innovation in Prosecution (Nova Iorque):

“Não apenas está poupando o sistema de todas as despesas e tempo extra de ter de convocar um júri. Está também poupando as testemunhas da inconveniência e, às vezes, até mesmo medo de ter de confrontar o acusado”

Com efeito, o “*plea bargain*” é amplamente usado na justiça criminal dos EUA, já faz parte do sistema há décadas. Por lá, muito se diz acerca dos seus benefícios, como a diminuição da necessidade de ser realizar julgamentos, rápida tramitação dos casos penais, economia de recursos públicos, dentre outros⁴.

Como não poderia deixar de ser, por outro lado, muitas críticas são feitas em seu desfavor. Chama a atenção, o teor delas, porquanto, na sua grande maioria, dizem respeito a abusos extremamente gravosos a um sistema processual democrático. Dentre eles, destaca-se acordos forçados, favorecimento aos acusados com grande poder econômico, inocentes amedrontados com as consequências de um processo, excesso de acusação por parte da promotoria, com o claro e escuso intuito de se “forçar” um acordo⁵.

Com relação a esse último ponto, verifica-se que os acordos de delação premiada firmados no país, a partir da introdução da Lei nº 12.850/13, infelizmente, já enfrentam o problema da pressão sobre o acusado, por parte do Ministério Público, para que se realizasse acordo.

Fato que se resume pela máxima “confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba” (LOPES JÚNIOR, 2020, p.1054)^{6, 7}.

⁴ Conforme pode-se observar esses argumentos da nota técnica exarada pelo Ministério Público Federal: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT1052019SRI.pdf>>.

⁵ Nos termos do que ressalta Dylan Walsh, jornalista de Chicago, que se dedica a analisar a Justiça Criminal dos EUA e será tratado no capítulo nº 03.

⁶ Extraído do trecho sobre a prisão temporária, senão vejamos (p.1054): Então, não se pode perder de vista que se trata de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia, pois, sob o manto da “imprescindibilidade para as investigações do inquérito”, o que se faz é permitir que a polícia disponha, como bem entender, do imputado. Inclusive, ao contrário da prisão preventiva, em que o sujeito passivo fica em estabelecimento prisional e, se a polícia quiser conduzi-lo para ser interrogado ou participar de algum ato de investigação, deverá necessariamente solicitar autorização para o juiz, a prisão temporária lhes dá plena autonomia, inclusive para que o detido fique preso na própria delegacia de polícia. Significa dizer que ele está 24h por dia à disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus-tratos, especialmente das ardilosas promessas do estilo “confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba”.

⁷ Nesse contexto, sabe-se que há excesso de acusações, por parte do órgão acusador com o intuito de “forçar” a realização da delação premiada. Nesse sentido, o advogado criminalista Aury Lopes Júnior já asseverou, ao debater em audiência pública da CPI Mista da JBS (AGÊNCIA SENADO, 2017), que: “No Brasil, se você delatar terá benesses; se não delatar terá penas altíssimas. É uma ameaça. E estão usando as prisões cautelares para pressionar sim”.

Com isso, em linhas gerais, vislumbra-se a gravidade dos abusos cometidos pelo Estado, quando se trata de institutos despenalizadores, tendo em vista que, além de serem altamente questionáveis em seu fundamento, dependem, intrinsecamente, de uma atuação impecável e perfeita dos agentes estatais.

Por conseguinte, observa-se, *a priori* e grosso modo, que as desvantagens desses institutos, como o “*plea bargain*”, são parecidas, pois dizem respeito à violação de direitos do acusado, em troca de uma justiça mais eficiente somente para o Estado.

No entanto, antes de adentrar a fundo nesse tópico, é preciso trazer à discussão o recente instituto incorporado à legislação brasileira de Acordo de Não Persecução Penal — ANPP, bem como a transação penal, os quais notoriamente foram inspirados no modelo dos Estados Unidos.

2.2. O que é o novo Acordo de Não Persecução Penal — ANPP do CPP e suas correlações com a antiga transação penal dos Juizados Especiais Criminais

Para um melhor entendimento do cenário, necessário também analisar a maneira como que o acordo de não persecução penal fora introduzido no sistema processual penal brasileiro, por meio do recente art. 28-A do CPP (BRASIL, 2019). Conforme adiantado, inegavelmente, inspirou-se no modelo de solução negociada existente no “*plea bargain*”, atribuindo à promotoria, órgão de acusação, a incumbência de oferecer o ANPP em favor do réu⁸.

Em sua redação, o legislador preocupou-se em destacar no artigo a descrição dos requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de não persecução penal. Assim, o Ministério Público poderá (deverá)^{9,10} oferecer a possibilidade de acordo.

⁸ Porém, não se pode olvidar que o ANPP, inicialmente, fora, de maneira muito questionável, previsto no art. 18 da Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Muitas foram as críticas acerca desse artigo, porquanto abordaria matéria processual penal em resolução do CNMP, de competência legislativa privativa da União, instituindo o acordo de não persecução penal.

Por outro lado, como o ANPP fora aprovado pelo legislador no ano de 2019, tal inconstitucionalidade acaba por perder a relevância para o artigo já exarado no Código de Processo Penal.

⁹ Discussão ainda em curso na doutrina e jurisprudência. Porém, destaca-se o enunciado nº da *I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ* foi realizada nos dias 10 a 14 de agosto de 2020: “Enunciado 32: A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no §14 do mesmo artigo”.

¹⁰ Com relação a essa temática, assim como fora com a transação penal, a doutrina já diverge acerca da sua aplicabilidade sob a ótica de um direito subjetivo do réu. Caso assim seja, o Ministério Público seria obrigado a oferecer o ANPP ao réu nos casos em que preencher com os requisitos objetivos e subjetivos descritos no artigo, podendo o juiz suprir a ausência na hipótese de não oferecimento pelo parquet. Porém, considerando se tratar de uma novidade legislativa, o debate acerca da controvérsia ainda se demonstra incipiente. Para maiores esclarecimentos: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 21/07/2020.

Logo, pelo art. 28-A do CPP, o acusado deve ostentar condições objetivas, como a confissão da prática de infração penal sem violência ou grave ameaça com pena mínima cominada inferior a 04 anos, bem como condições subjetivas, como a impossibilidade de se negociar um acordo com acusado que já tenha sido “beneficiado” nos últimos 05 anos com o ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Além das qualificações do agente e de sua suposta conduta pretérita, o legislador, ao inovar no ordenamento brasileiro no ano passado, enumerou as prestações e condições que o acusado, confesso, deverá cumprir para que não seja submetido ao processo, tais como: “*reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo*” (BRASIL, 2019).

Nesse sentido o instituto pode ser assim conceituado:

Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente — pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVII, incluído pela Lei n. 13.964/19) —, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso — devidamente assistido por seu defensor —, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida. (BRASILEIRO, 2020, p. 272).

Dessa forma, observa-se que, quanto à estrutura do modelo utilizado, o legislador optou por adotar modelo similar ao da transação penal, no que tange aos requisitos e condições previstos na Lei a serem cumpridas pelo “beneficiário” da medida.

Porém, o novo acordo de não persecução penal é ampliativo no tocante a sua abrangência a crimes que não se limitem aos de competência dos Juizados Especiais Criminais, atingindo, por estimativa, algo em torno 70% de tipos penais passíveis de negociação (LOPES JÚNIOR, 2020, p.315).

Com efeito, ainda assim, comparado a outros ordenamentos jurídicos, pode-se dizer que tem sua aplicabilidade restrita. Todavia, considerando o atual cenário processual penal brasileiro, verifica-se que, pouco a pouco, sua utilização pode ser cada vez mais alargada.

Destarte, caso o acusado cumpra com o que fora acordado, terá extinta a sua punibilidade.

Sobre o tema, carece ainda observar que:

Após formalizado o acordo conforme §3º do artigo 28-A do CPP, será então designada audiência, na qual o juiz deverá verificar as condições do termo de acordo de não persecução penal, assim como verificar se o acusado realizou o acordo de forma voluntária, devendo ser obrigatória a presença do defensor/advogado nesta audiência (§4º do artigo 28-A do CPP).

Caso o juiz venha considerar que os termos do acordo de não persecução penal são inadequadas (inapropriadas), insuficientes (não alcance o objetivo) ou abusivas (impróprias), devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo, sendo necessário a concordância do investigado e seu defensor/advogado, conforme §5º do artigo 28-A do CPP. Vindo os autos com acordo reformulado pelo MP, o juiz poderá recusar a homologação do acordo, conforme §7º do artigo 28-A do CPP. (SOUSA, 2020).

Desse modo, observa-se que o instituto do ANPP prevê uma análise jurisdicional da matéria, a ser feita em audiência (art. 28-A, §4º, do CPP), pelo juiz das garantias¹¹, podendo homologar, ou não a pactuação formulada entre as partes. É justamente por essa formalidade, que se pretende legitimar o instituto, confiando que a figura do magistrado, ao homologar, extirpará toda e qualquer abusividade e arbitrariedade das soluções negociadas — o que será posto em dúvida ao longo deste trabalho —, considerando que esses atos tendem a se tornar meras praxes judiciais.

Feitas essas considerações, passa-se a rápida análise da transação penal.

Cabe rememorar que a transação penal, por sua vez, já faz parte do ordenamento desde a edição da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), em seu art. 76. É de notório conhecimento que esse instituto já se inspirava, de certo modo, na solução negociada, porquanto consagra a possibilidade de o acusador pactuar acordo com o acusado de aplicação imediata de penas restritivas de direitos sem a necessidade de se aguardar o processo penal, ainda que sumaríssimo.

Todavia, em sua aplicação, cabe ressaltar que não há confissão formal do acusado.

Nesse sentido, destaca-se o *caput* do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995):

¹¹ Caso a legislação suspensa (ADI 9299/DF do STF) tenha sua vigência restaurada.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Lado outro, por ter sua aplicação prevista constitucionalmente¹², limitada aos crimes de menor potencial ofensivo, quais sejam, contravenções penais e crimes com pena máxima cominada não superior a dois anos (BRASIL, 1995), e, conseqüentemente bens jurídicos de menor relevância no cotidiano social, o debate acerca de uma solução negociada, como a transação penal, em maior escala não se concretizou em alterações legislativas¹³, não ensejando grandes impugnações.

Além do mais, não obstante gerar inúmeras falhas, que violam corriqueiramente direitos e garantias do acusado, sempre significou meio de diminuição dos processos no juizado, fato que agrada grande parte dos operadores do direito¹⁴.

Destarte, a solução negociada (gênero) possui algumas espécies no país, como a nova ANPP e a transação penal.

Semelhantemente, ambas, assim como fora já demonstrado no “*plea bargain*”, optam por uma solução entre Ministério Público (órgão estatal de acusação) e o acusado (suposto praticante de ato considerado ilícito criminal), a despeito da regra do processo para aplicação de qualquer sanção penal.

Todavia, por óbvio, a utilização de métodos pré-processuais de aplicação de sanções criminais possui fundamentos para serem utilizados, razão pela qual é imprescindível ressaltar os principais pontos, considerados positivos, do instituto, sob a ótica de seus defensores.

¹² I -juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988).

¹³ Uma explicação para isso pode ser o fato de a transação penal ter gerado controvérsias desde o seu início, não sendo unanimidade entre os juristas, porquanto já revelara abusos do órgão acusador, como coerções e ameaças de submissão ao processo que fatalmente encerraria com uma condenação.

¹⁴ “Em segundo lugar, o argumento de que existe uma situação de igualdade entre suposto autor do fato e Ministério Público é falsa, visto que muitas vezes o acusado é tratado como verdadeiro réu, sendo advertido das ‘graves’ consequências de não aceitar a proposta de transação penal. Tem-se muitas vezes uma intimidação sutil, fruto muitas vezes de uma impaciência das partes, em que a celeridade e a economia processual são os bens visados, e não a persecução com a verdade dos fatos.” (PRADO, 2003, p. 196).

2.3. Fundamentos base da solução negociada, razões utilizadas para sua adoção no país

Nos últimos anos, no Brasil, nota-se as constantes manifestações de instituições a favor da introdução da justiça negocial no Código de Processo Penal. Na realidade, esse movimento vem ganhando cada vez mais força, ante um sistema penal que possui inúmeras falhas expostas, como a sua patente morosidade¹⁵, que gera bastante incômodo na sociedade geral (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2010; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Tanto é verdade que, além das constantes reclamações nas ouvidorias do Judiciário, no próprio projeto de Lei apresentado ao Congresso Nacional, o então Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro, idealizador do pacote “anticrime”, chamou atenção justamente para esse ponto:

A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestionaria os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves. (MORO, 2019, p. 23).

Logo, conforme o precursor do projeto, a grande razão pela implementação de soluções negociadas, acordos de não persecução penal e afins, no âmbito do processo penal brasileiro, dá-se pela ineficiência do sistema, sobretudo por sua lentidão para aplicar a sanção àqueles que cometeram crimes, fato que sempre é trazido à tona como o responsável pela impunidade no país¹⁶ e, consequentemente, pelos grandes índices de criminalidade do Brasil.

Por conseguinte, incentivar acordos enseja dar eficiência ao sistema, “descongestionando os serviços judiciários” (sic).

¹⁵ Opinião nesse sentido: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/matos-rebello-aspectos-acordo-nao-persecuacao-penal>>. Acesso em: 20/07/2020.

¹⁶ Cabe lembrar que, a exemplo desse movimento, os prazos prescricionais foram alterados nesse século, com o claro intuito de se evitar os efeitos, benéficos aos acusados, da lentidão do sistema.

Nesse contexto, salienta-se que há uma clara guinada por punições mais severas, que se expressa pelo recrudescimento de ataques a garantias constitucionais e direitos individuais, em reação ao fracasso das instituições no combate às desigualdades sociais, políticas de segurança pública, ressocialização de detentos, dentre outros problemas institucionais.

Assim, cabe trazer à discussão a nota emitida pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE)¹⁷ a favor do ANPP, o qual ressaltou: “na avaliação do CNPGE a adoção do instituto trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento”.

Ainda, houve nota técnica, apoiando o instituto, pela Associação dos juizes federais (AJUFE)¹⁸, antes da aprovação da Lei nº 13.964/19, bem como, pesquisa da Associação dos Magistrados do Brasil, demonstrando o fato de que 90% dos magistrados apoiam a implementação do “*plea bargain*” no Brasil¹⁹.

Com efeito, não é difícil encontrar posicionamentos favoráveis ao “*plea bargain*” no país, principalmente entre as associações de membros dos Ministérios Públicos e da Magistratura²⁰.

Portanto, inegavelmente, o argumento da maior eficiência da justiça e diminuição da lentidão dos processos, com consequente redução da impunidade, prevalece entre os defensores do instituto²¹.

Assim, analisando as razões que levam à importação do “*plea bargain*”, indaga-se: seria o ANPP, e congêneres, a solução apta (constitucional) e adequada para o problema da morosidade, conforme levantado pelos seus defensores?

¹⁷ <<https://www2.mppa.mp.br/noticias/cnpg-emite-nota-publica-em-favor-da-proposta-do-plea-bargain.htm>>. Acesso em: 20/07/2020.

¹⁸ <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/12520-nota-tecnica-da-ajufe-analisa-ponto-a-ponto-do-pacote-anti-crime>>. Acesso em: 20/07/2020.

¹⁹ <<https://exame.com/brasil/pesquisa-da-amb-revela-que-90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-de-moro/>>. Acesso em: 21/07/2020.

²⁰ Outro exemplo é a nota técnica apresentada pelo MPF, vide nota de rodapé nº 5.

²¹ Com relação a isso, cabe ressaltar que não é objeto do presente estudo, a análise de sua eficácia em números, mas sim sobre a natureza e compatibilidade, ante o ambiente processual constitucionalmente garantido ao acusado. Até porque, na singela opinião deste autor, indubitavelmente, em termos estritamente estatísticos, haverá uma maior redução de processos, sobretudo no início de sua implementação. Porém, tal constatação em nada contribuirá para a análise do instituto da solução negociada, *lato sensu*, porquanto a eficácia de um sistema processual penal pautado em direitos humanos não pode ser meramente aferida a partir de números e redução de autos.

Então, em um primeiro momento, imagina-se que o ANPP cumprirá com o seu objetivo de redução de processos e dos trabalhos dos magistrados e promotores criminais, conforme se intenta a partir da sua instituição. Porém, quanto ao melhor funcionamento da justiça penal, não há qualquer comprovação. Pelo contrário, pairam muitas incertezas acerca da sua compatibilidade com o sistema, conforme discutirá a seguir.

3.1. Considerações acerca dos direitos constitucionais do acusado na sistemática processual penal e suas garantias invioláveis — o direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa

A resposta que se pretender chegar ao longo do texto é no sentido de que a solução negociada da pena cria problemas com a sistemática constitucional de processo, além de não se portar como a solução para os problemas do judiciário.

Todavia, para tanto, é preciso justamente elucidar as principais garantias inerentes ao processo penal e entender qual é o ambiente determinado pelo ordenamento.

Inicialmente, como ponto de partida, vale transcrever a seguinte lição doutrinária acerca da necessidade da pretensão punitiva do Estado se desencadear por meio do processo, como forma de se entender as razões desse formalismo:

A pretensão punitiva é o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Por meio da pretensão punitiva, o Estado procura tornar efetivo o *ius puniendi*, exigindo de quem comete um crime, a sujeição à sanção penal. Trata-se, pois, da pretensão de apenar. Todavia, por autolimitação do próprio Estado, a pretensão material, anterior e extraprocessual, não pode ser simplesmente exercida, numa relação de coação imediata, em que o Estado exerce unilateralmente o poder, cabendo ao indivíduo a mera sujeição.

É garantia de todo cidadão não ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Logo, para punir, é necessário processar. E, por força de tal exigência, a pretensão punitiva, que é uma pretensão material, que já existe antes do processo, terá que ser satisfeita em juízo. (BADARÓ, 2017, p. 544).

Logo, como pressuposto lógico do ambiente democrático, para que o Estado possa sujeitar o indivíduo à execução de uma pena, necessário se faz a submissão do caso concreto a um processo legalmente previsto, com o intuito de apurar a conduta do sujeito e, se for o caso, impor sua punição.

Por conta disso, Aury Lopes Júnior (2020, p.43) destaca o que seria, assim, o “princípio da necessidade”, isto é, a necessária aplicação da pena por meio da submissão ao processo, senão vejamos:

“Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho

que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho Il processo come giuoco de CALAMANDREI) 1. **Esse é o núcleo conceitual do “Princípio da Necessidade”. (g.n).**

Assim sendo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º — dos direitos e garantias individuais — elencou as seguintes garantias que o acusado, no contexto do processo, terá em seu favor contra o poder punitivo Estatal, sendo balizas indisponíveis e de observância obrigatória, sob pena de nulidade do procedimento:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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; (g.n)

Logo, verifica-se, nos termos dos preceitos constitucionais, que devido processo e a sua tramitação à luz do contraditório e ampla defesa são elementos essenciais para se privar a liberdade individual no ambiente democrático, pois é justamente pelo procedimento que se legitima a pretensão punitiva.

Para entender melhor a importância de cada um desses elementos, mister a análise individualizada.

Primeiramente, o devido processo legal, como o próprio nome já sugere, diz respeito ao procedimento previamente descrito na Lei e dotado de direitos e deveres a ser utilizado no âmbito dos conflitos, lides, confrontos, debates, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por conseguinte, o devido processo legal tem a precípua função de lançar a “luz dos princípios e normas constitucionais” sobre ambiente do processo. Significa dizer que é responsável pelo desencadeamento democrático do procedimento, conforme o que foi previsto pelo constituinte, de forma a legitimar os atos

praticados para se chegar ao deslinde da questão, com a devida previsibilidade dos atos do Estado.

Na prática, isso enseja dizer que o indivíduo, antes de ser privado de suas liberdades, saberá o rumo que o Estado terá de percorrer para aplicar a sanção, ou seja, garantia de transparência, segurança e de confiança no sistema.

Impossível, todavia, vislumbrar um devido processo legal sem contraditório e ampla defesa, tendo em vista que estes são praticamente fundamentos daquele.

Desse modo, com relação ao contraditório, uma vez inserido no devido processo legal, diz respeito à possibilidade de as partes antagônicas, acusação e defesa, de influenciarem, participarem na convicção do juiz, por meio de argumentos, provas, condutas, ao longo do desenrolar do processo.

Essa atuação em contraditório, sobretudo no processo penal, é imprescindível para que a conclusão seja legitimamente democrática, pois o “princípio constitucional do contraditório é a viga mestra que permite o confronto equânime entre as partes” (PINTO, 2016, p.159).

Corroborando para a definição desse princípio, agora de modo mais aprofundado, para o processualista Aury Lopes Jr (2020, p.145) o contraditório pode ser assim descrito:

“O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (...)”

Portanto, em linhas gerais, pode-se atribuir ao princípio do contraditório à função de oportunizar o debate e a participação igualitária das partes, como a construção da tese de um lado, antítese do outro, para se alcançar a devida síntese final.

Com efeito, no que tange à ampla defesa, de maneira mais voltada para o processo penal, tendo em vista que a própria defesa do réu é parte indisponível no procedimento, tem-se que precisar ser analisada sob dois enfoques distintos²².

²² “O direito de defesa está estruturado no binômio: • defesa privada ou autodefesa; • defesa pública ou técnica, exercida pelo defensor.” (LOPES JÚNIOR, 2020, p.148). No mesmo sentido: “Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve

O primeiro deles se dá pela visão da defesa técnica do acusado, isto é, pela garantia de que o réu terá assistência de advogado na sua causa, ainda que determinado judicialmente, tendo em vista que a ausência de defesa técnica ou réu indefeso é nulidade absoluta do processo^{23, 24}.

Lado outro, o segundo enfoque diz respeito à possibilidade de o próprio acusado exercer sua defesa, sempre que possível, como ocorre no seu interrogatório, espaço em que tem para expor suas próprias razões, se assim o desejar.

Logo, a ampla defesa, pelo menos no âmbito do processo penal, deve ser admitida em sua modalidade amplíssima, porquanto somente assim se terá legitimidade de o Estado interferir na liberdade individual e garantirá o contraditório que lhe é devido.

Ainda assim, o ambiente que deve ser propiciado para o exercício de defesa do réu não pode ser modificado ou tolhido, porquanto toda e qualquer interferência nessa seara, invariavelmente, ensejará riscos à democracia em detrimento da arbitrariedade Estatal²⁵.

Nessa toada, a partir do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, verifica-se a importância do processo para que o direito de punir Estatal possa ser legitimado na democracia, porquanto é o único meio disponível de se intentar garantir que a sanção não esteja eivada de qualquer resquício de arbitrariedade.

Desse modo, a razão de se adotar esses três parâmetros do processo, no presente trabalho, se dá pelo fato de que são, praticamente, o alicerce fundamental para a aplicação da pena, sem eles, não existe qualquer pretensão punitiva estatal possível, ou, ao menos, não deveria existir.

Logo, a convivência no ordenamento jurídico de soluções negociadas de penas alheias a esse ambiente de garantias processuais, de ampla defesa, contraditório, dentre outros igualmente fundamentais, como a presunção de não culpabilidade²⁶, invariavelmente, cria embaraços à legitimidade de se punir do Estado.

abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica), havendo entre elas relação de complementariedade.” (BRASILEIRO, 2020, p.56).

²³ (...)b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu; (...) (HC 100795 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-02 PP-00225)

²⁴ “A necessidade da defesa técnica está expressamente consagrada no art. 261 do CPP, onde se pode ler que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.” (LOPES JÚNIOR, 2020, p.149).

²⁵ “No mesmo sentido, MORENO CATENA leciona que a defesa técnica atua também como um mecanismo de auto-proteção do sistema processual penal, estabelecido para que sejam cumpridas as regras do jogo da dialética processual e da igualdade das partes. É, na realidade, uma satisfação alheia à vontade do sujeito passivo, pois resulta de um imperativo de ordem pública, contido no princípio do *due process of law*.” (LOPES JÚNIOR, 2020, p.149).

²⁶ Nos termos do art. 5º, LVII, da CR/88, não se pode considerar o indivíduo culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Isso porque, negociar sanções, como ocorre no acordo de não persecução penal, não se dá por um procedimento conforme o devido processo legal, porquanto boicota o processo, instrumentaliza garantias e direitos individuais, os quais protegem o indivíduo do irresistível poder estatal, deixando-o demasiadamente vulnerável.

Por outro lado, tem-se, em oposição ao “*plea bargain*”, a vertente alegando que esses acordos tendem a beneficiar os indivíduos efetivamente culpados, considerando que somente esses vislumbrarão benefícios em negociar as punições diretamente, porquanto por meio do processo, quase que invariavelmente, seriam condenados da mesma forma. Já os acusados inocentes, teriam de enfrentar o processo para não experimentar sanções, caso contrário, confessariam o crime que não cometeram para se livrarem de um penoso processo. Em outras palavras, esse argumento contra o “*plea bargain*” se resume a: acordos beneficiam réus culpados e prejudicam réus inocentes, porquanto estes tendem a confessar o crime que não cometeram e aqueles, teoricamente, se beneficiam por avenças melhores do que seria uma sentença condenatória²⁷.

Porém, a importância das garantias e direitos fundamentais do acusado no contexto do processo (descritas nesse capítulo) é tamanha que a sua razão de ser subsiste ainda na hipótese de não ser verdade tal pormenor. Isso significa assumir que: a inaplicabilidade das soluções negociadas de pena não depende somente da suposta efetividade, ou não, desse instituto. Isso porque, mesmo que seja verdade o ponto de prejudicar inocentes e beneficiar culpados, não é só por essa razão que o “*plea bargain*” não deva ser visto com bons olhos.

Tal razão se dá, igualmente, em decorrência do que fora elucidado alhures, acerca da observância obrigatória das regras do jogo democrático, que é caracterizada pela utilização do instrumento processual para satisfazer a pretensão punitiva estatal e a consequente restrição das liberdades individuais.

Nesse sentido, sem o procedimento, corre-se o risco de subverter a lógica do processo, criando espaço paralelo de punição, conforme bem destacado a seguir:

O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional

²⁷ Não é incomum que a defesa, no receito de ter uma condenação muito mais séria, acabe assumindo a culpa por um delito menor. Enquanto essas pessoas seriam absolvidas por faltas de provas ou por realmente serem inocentes, acabam confessando por medo (YANT, 1991, p.172). Em função disso, a Teoria dos Jogos (Game Theory) tem sido utilizada para explicar a tamanha aceitação do instituto entre os acusados. Carlo Velho Masi, 2016, em seu texto “A *plea bargaining* no sistema processual norte-americano”.

efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. (LOPES JÚNIOR, 2019)

Desse modo, ainda que exposto de maneira adequada e aprofundada mais à frente na obra, já se pode concluir que o processo, como procedimento, por si só, é imprescindível para o Estado Democrático de Direito, porquanto carrega consigo o cerne democrático do debate, da defesa, das regras do jogo e dos limites estatais, todos importantíssimos para os indivíduos.

3.2. Características das provas obtidas no inquérito policial, sob a ótica do sistema inquisitorial

Ademais, tem-se que um dos pontos mais preocupantes da utilização da solução negociada, alheia ao processo penal regular, reside no fato de que as provas obtidas, inquisitorialmente, no procedimento do inquérito policial (IP), ostentarão enorme importância ao se negociar com o Ministério Público uma solução negociada.

Conforme cediço, o momento em que se discutirá um acordo é antes do recebimento da denúncia (LOPES JÚNIOR, 2020, p.318), tendo em vista que, nos termos do próprio art. 28-A do CPP, antecede o oferecimento da denúncia pelo MP.

Logo, tem-se como premissa lógica que o inquérito policial será, na grande maioria dos casos, o único procedimento, substrato material, em que oficialmente o Poder Público, Estado, diligenciou-se no sentido de investigar e colher informações (depoimentos, perícias, reproduções simuladas, acareações etc.)²⁸. Sendo, então, a partir dele, que o órgão acusador, responsável por oferecer o acordo de solução negociada, tomará conclusões acerca da probabilidade de se obter a confissão por parte de acusado. Em outras palavras significa dizer: o

²⁸ Ressalta-se que não se pode perder de vista a existência de outros procedimentos de investigações similares ao IP, e que, igualmente, podem servir de substrato material para o oferecimento de uma denúncia pelo Ministério Público. Porém, no presente estudo, ter-se-á como parâmetro único o inquérito policial, tendo em vista que é o mais recorrente na prática forense. Sobre o assunto, destaca-se lição do advogado Renato Silvestre Marinho (2017, p.434): “Há, ainda, diversos tipos de investigações e procedimentos que, embora não possuam natureza propriamente criminal, podem ter como objeto fatos que apresentam relevância penal e, ao final, servir de suporte imediato ao oferecimento de uma denúncia criminal. São exemplos o inquérito civil (I.C), o procedimento administrativo disciplinar (P.A.D)7, o procedimento tributário administrativo (P.T.A) e os procedimentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), do Banco Central do Brasil (BACEN) dos Tribunais de Contas estaduais (TCE) e da União (TCU).”

MP, pela essência do instituto, a partir do caso concreto, analisará o teor das informações colhidas até então para moldar um acordo conforme o grau de probabilidade de o acusado ter sido o autor do crime, o valor da sua confissão, nível de barganha²⁹.

Portanto, ainda que se discuta posteriormente a importância da homologação judicial para a validade do acordo, é evidente que sempre se realizará a partir de prévias conclusões feitas pelo promotor, típicas, contudo, da atividade jurisdicional, com base no inquérito policial, o qual, conforme se verá a seguir, não se presta a isso.

Nesse sentido, já se observa, de plano, mesmo que em uma versão limitada do “*plea bargain*”, uma distorção das funções, consistente na atividade conclusiva, que deveria ser inerente ao juiz do sistema acusatório, do promotor, no momento antecedente à proposição de uma solução negociada³⁰.

Pois bem, feita essa premissa, indaga-se: qual o real problema de a prova obtida no inquérito policial servir como substrato para a realização de uma solução negociada de pena?

Para responder a essa questão, no entanto, deve-se adentrar no tema das características intrínsecas do procedimento do inquérito.

Como se sabe, o procedimento do IP é essencialmente administrativo, porquanto tramita perante a polícia judiciária (Polícia Civil), com o auxílio do Ministério Público. Sua tramitação tem o intuito de averiguar a existência da suposta infração e sua respectiva autoria, servindo de substrato para uma possível ação penal de competência do MP ou, excepcionalmente, do particular.

Contudo, a sua existência não é condição para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, tendo em vista que, caso o órgão acusador ou, até mesmo, o querelante, ostentem, suficientemente, provas da materialidade e indícios da autoria, podem promover a ação penal diretamente.

²⁹ Ressalta-se que, invariavelmente, o promotor responsável pelo caso, ainda que em seu íntimo subjetivismo, concluirá acerca das relevâncias das provas obtidas, mesmo que o oferecimento de um ANPP seja direito subjetivo do acusado. Isso porque, deverá traçar, em negociação, os limites do negócio conforme os fatos que se apuraram até então. Consubstanciando essa constatação, basta verificar o caput a norma inserta no art. 28-A do CPP, para se verificar que a sua pactuação será “mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente” (BRASIL, 2019), isto é, a partir da discricionariedade do Ministério Público.

³⁰ Com opinião convergente, André Callegari (2019): “A negociação da pena transfere o poder de absolver do juiz ao representante do MP, que, nesse caso, já negocia diretamente não mais a absolvição, mas tão-somente a admissão da culpa e da pena que será aplicada. Assim, suprime-se o mecanismo mais importante que é o devido processo legal. Ademais, fere-se mortalmente a presunção de inocência (princípio tão caro insculpido na CF), porque, sem o devido processo presume-se já a culpa do acusado que irá negociar algum tipo de pena.”

Com efeito, o inquérito policial é muito utilizado na prática, porquanto importante para se evitar embaraços no Judiciário com demandas desprovidas de justa causa.

Dessas atribuições, a que mais gera preocupação no debate proposto é a sua natureza inquisitorial.

Em contraposição a esse modelo, temos o sistema acusatório, que serviu de norte para as reformas processuais recentes, tendo em vista se tratar de procedimento inserido no ambiente democrático e compatível com as garantias do acusado.

Com efeito, o IP “não se trata, pois, de procedimento desenvolvido em contraditório” (BADARÓ, 2017, p.124).

Ressalta-se, até mesmo, o fato de que a constituição de advogado nessa fase pré-processual é mera faculdade do investigado³¹.

Com relação a esse tópico, entende-se, igualmente, na doutrina e jurisprudência, que o contraditório seria diferido, ou postergado para a fase processual, momento em que o réu teria o direito de exercer o contraditório sobre os fatos e provas.

Por conta disso, tocando no ponto mais sensível da questão:

Cabe ressaltar que, mais importante do que estabelecer se o inquérito policial é contraditório ou não, é definir qual o valor dos elementos de informação nele colhidos. À conclusão de que o inquérito policial não é contraditório deverá se seguir, naturalmente, que tais elementos não poderão ser usados pelo juiz, na fase processual, e, portanto, contraditória, para a formação do seu convencimento no momento de sentenciar o feito. É nesse sentido que o art. 155, *caput*, com a redação dada pela Lei 11.690/08 (...) (BADARÓ, 2017, p. 126)³².

Logo, merece reflexão o fato de que, inexistindo processo pela pactuação de ANPP, o contraditório que seria diferido, torna-se quase que inexistente.

³¹ Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (2019) já se manifestou: (...)

“III — Em que pese a alteração do art. 7º, XXI, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), promovida pela Lei 13.245/2016, ter implicado reforço das prerrogativas da defesa técnica, a falta desta na fase pré-processual não configura automaticamente nulidade do inquérito, mormente como no caso sob exame em que o próprio indiciado dispensou a presença de advogado para acompanhar seu interrogatório. IV — Agravo regimental a que se nega provimento. (...)”.

³² “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 2008).

Por conseguinte, não se pode dizer, tecnicamente, que são colhidas provas no momento do IP, pois: “não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente” (MARQUES, 2009, p.194)³³.

Dessa forma, são elementos meramente informativos, que podem consubstanciar uma ação penal, na qual se produzirá provas em contraditório e perante um juiz.

Ressalta-se que o legislador, conforme a redação do art. 155, *caput*, do CPP, preocupou-se em diferenciar provas de elementos informativos colhidos na investigação.

Além disso, chama a atenção o fato de que as irregularidades ocorridas no âmbito do inquérito policial, nos termos da jurisprudência do STJ, não afetam o regular andamento do processo penal dele oriundo, porquanto “*segundo a jurisprudência desta Corte, eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal*”³⁴ (STJ, 2020).

3.3. Como o ANPP ou genericamente “solução negociada” se amolda a um sistema processual penal acusatório, que observa o direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa

Portanto, destaca-se os seguintes pontos: (i) considerando que um ANPP é pactuado antes mesmo do início do processo, as informações colhidas no inquérito policial terão extrema relevância para o acordo oferecido pelo MP; (ii) o promotor terá o IP como principal referência para análise da materialidade e indícios de autoria, de modo com que ofertará as condições compatíveis, até então, com as peculiaridades do caso concreto de cada acusado, tendo em vista a liberdade de se negociar conferida pelo art. 28-A do CPP; (iii) o inquérito policial não se presta a comprovar a suposta culpabilidade do acusado, nos termos do art. 155, *caput*, do CPP, porquanto possui natureza inquisitorial, de modo a não conferir contraditório pleno e eficaz em sua tramitação.

³³ Endossando a ausência de contraditório no Inquérito policial, tem-se: Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a observância do contraditório só é obrigatória, no processo penal, na fase processual, e não na fase investigatória. Isso porque o dispositivo do art. 5º, LV, da Carta Magna, faz menção à observância do contraditório em processo judicial ou administrativo. Logo, considerando-se que o inquérito policial é tido como um procedimento administrativo destinado à colheita de elementos de informação quanto à existência do crime e quanto à autoria ou participação, não há falar em observância do contraditório na fase preliminar de investigações. (BRASILEIRO, 2020, p.55).

³⁴ Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do STF (2015): (...) orientação desta Corte é no sentido de que “eventuais vícios formais concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subsequente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória”. (...).

Feitas essas considerações e ponderações acerca do papel que o IP desempenha no ordenamento jurídico, evidencia-se o quão uma solução negociada de pena pode ser nociva ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, porquanto as descarta, em detrimento de pragmatismos voltados à economia, celeridade e efetividade processuais, os quais, por óbvio, em nada se preocupam essencialmente com a posição do acusado, mas somente a problemas inerentes à máquina estatal.

Com efeito, voltando à pergunta anteriormente feita no início do capítulo passado.

Portanto, o real problema de a informação/prova obtida no inquérito policial servir como substrato para a realização de um acordo de não persecução penal, destarte, dá-se exatamente pela fragilidade das informações contidas nesse procedimento.

São documentos oficialmente produzidos de maneira inquisitorial, sem observância do contraditório. Isso significa dizer que o investigado não tem a garantia do direito de participar e influenciar na documentação das informações constantes ali, seja pela falta de imposição legal, de instrução do sujeito ou, até mesmo, ausência de defesa técnica nesse momento, o que é bastante comum na prática.

Assim, como poderia um procedimento administrativo, no qual, tecnicamente, o investigado nem é obrigado a se defender, ser apto a embasar um acordo de não persecução penal? O mínimo que se esperaria, desse modo, seria, ao menos, um procedimento prévio com contraditório efetivo e com a participação ativa do acusado, tal como ocorre no sistema acusatório, em respeito às garantias que lhe foram garantidas.

Com relação a isso, pode-se vislumbrar mudança legislativa no sentido de tornar obrigatória a presença do advogado já na fase pré-processual de inquérito, como meio de inibir esse contexto inquisitorial, nocivo aos interesses do acusado. Assim, cabe trazer trecho do entendimento, nesse sentido, do advogado Renato Silvestre Marinho (2017, p.443):

Fundamental compreender que todo ato de persecução penal é um ato de poder e envolve, de um lado, o Estado, com todo o seu aparato e profissionais com conhecimento técnico (delegados, promotores, peritos etc.), e, de outro, o indivíduo investigado, leigo, desprovido de conhecimento técnico e destituído de instrumentos custeados pelo Estado. Para tentar conferir equilíbrio a uma

relação tão desigual, a figura do defensor é extremamente relevante, até mesmo em obediência ao princípio constitucional da paridade de armas.

Como visto, no sistema brasileiro, a fase preliminar da persecução penal tem o condão de afetar diretamente o status libertatis do indivíduo, apresentando, ainda, também nesse sentido, enorme potencial de violação de direitos fundamentais.

Conforme visto, a presença do causídico desde o início, fortaleceria a paridade de armas e contraditório, inibindo, de certa forma, a formação do desequilíbrio de barganha entre as partes.

Porém, isso não ocorre na maioria dos casos.

Assim, inaceitável o fato de que os elementos constantes do IP serão importantíssimos no ANPP — e na justiça criminal negocial como um todo —, os quais, conforme já elucidado, dificilmente se enquadram no conceito de prova. Ora, como se pode conceber que elementos meramente informativos, obtidos administrativamente pela polícia judiciária, sejam suficientes para subsidiar um acordo de confissão pelos crimes supostamente cometidos.

Nota-se que o próprio esvaziamento do direito ao contraditório.

Cabe ao investigado, nesse sentido, aguardar o deslinde do inquérito para saber se terá como barganhar com o MP sobre os limites de seu ANPP, não obstante podendo as informações obtidas até então serem inverídicas, frágeis, ilícitas ou irrelevantes para o caso. Não há como debater, barganhar, com o Estado, nesse cenário confuso e precário, acerca do eventual desfecho e desenrolar de um processo penal.

Nesse sentido, o jurista Lênio Streck (2019) demonstra a gravidade dessa questão, descrevendo o seguinte cenário:

Decifra-me ou te condeno! Imaginem a cena: o MP diz “tenho cinco crimes contra você; dá uns 50 anos; é melhor você confessar e aceitar 10”. OK. Pode ser vantajoso. E se a prova for frágil? Ou ilícita? E se os enquadramentos forem forçados? E se só tiver como prova a palavra de um delator? Hoje se sabe que a coisa mais fácil é o enquadramento em organização criminosa.

Por óbvio, a situação é de insegurança, um investigado amedrontado pela iminência de se iniciar um longo e penoso processo penal, contra um órgão estatal munido de informações e que, caso não se negocie um acordo, atuará, invariavelmente, como parte contrária.

A posição do investigado fica tão delicada que o MP, ao intentar um negócio, já partirá da premissa de que aquele deve ser denunciado, tendo em vista que, caso assim não o fosse, nos termos do exemplo do art. 28-A do CPP, o promotor requereria o arquivamento do IP.

Pois bem, por outro lado, surge como alternativa a esse cenário a mera possibilidade de se negar o acordo proposto. Porém, essa, dificilmente, é uma livre escolha do acusado nesse enquadramento.

Com efeito, esse ponto toca exatamente no direito da defesa de ter isonomia das partes e paridade de armas com a acusação, o que, *in casu*, é de extrema relevância para entender a falta de poder de barganha do indivíduo que se encontra no rumo de se responder a um processo penal.

Gustavo Badaró (2017, p.61) explica de maneira simples e didática essa questão:

“A ideia de processo como método de solução de conflitos por um terceiro interessado pressupõe que os sujeitos interessados sejam tratados de forma igualitária. Há uma estreita relação entre as garantias da imparcialidade do juiz e da igualdade de partes. (...)

No processo, a igualdade de partes garante paridade de armas entre os sujeitos parciais. (...)

a realidade demonstram, de forma incontestável, que os sujeitos são substancialmente desiguais e esta desigualdade se potencializa no processo penal em que de um lado há Estado, com todo o seu poder e aparato oficial, e do outro o indivíduo, em uma situação de inferioridade, quase de mera sujeição. Não basta, pois, a mera igualdade formal. No processo penal, deve ser buscada uma igualdade substancial. É insuficiente proclamar que todos são iguais. É preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e, efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade.”

Por conseguinte, sem isonomia, não há contraditório, considerando que a paridade de armas se dá por meio do processo, pois a essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados (LOPES JÚNIOR, 2020, p.52).

Logo, o IP é procedimento voltado para o Estado, momento em que apurará, preliminarmente, a ocorrência do delito e os vestígios de sua autoria. Após sua tramitação, o então investigado é chamado, na posição de acusado, para debater, perante um juiz, acerca da matéria probatória que será construída a partir da dialética processual.

Assim sendo, o momento de se ajustar o “*plea bargain*”, ANPP, transação penal e congêneres, conforme ideia trazida por esses institutos, não ocorre a tempo de se estabelecer a devida isonomia entre as partes, porquanto fora do campo constitucional do contraditório.

Sem esse equilíbrio paritário, naturalmente, o Estado, pela posição díspare que ocupa, levará vantagem sobre o particular, de modo a o induzir a pactuar um acordo não tão benéfico, sob pena de o sujeitar às duras penas do processo penal.

Destarte, cabe refletir: há como escolher a persecução penal em detrimento do acordo? Qual a razão lógica de se negar transacionar com a parte que imporá o processo? Quem será capaz, mesmo que firme em sua própria inocência, de se submeter a um tortuoso, lento, preconceituoso, estigmatizante e, principalmente, inseguro processo penal, na hipótese de ter a possibilidade de se obter o alívio imediato, porém sedante, de uma negociação?

Lado outro, há que se falar, ainda, da clara intenção do legislador, ao prever a disposição inserta no §4º do art. 28-A — audiência de homologação do acordo pelo magistrado —, de contrabalancear esse cenário de negociação entre particular e MP.

Conforme se observa, o magistrado, nesse ato, deverá verificar a voluntariedade do acusado em se formular o acordo, bem como a legalidade do negócio.

Pela legislação³⁵ ou não, salienta-se que a mera homologação ou análise judicial de um acordo formulado entre promotor e defesa não é hábil a afastar os problemas nocivos da natureza do instituto. Isso se deve ao fato de que há sim a voluntariedade do acusado nesses casos, uma vez que o raciocínio se baseará nas alternativas que lhe serão apresentadas, sendo a escolha pelo acordo por receio e medo do desencadear do processo, promovido por aquele que apresenta a transação, conforme já debatido alhures.

Necessário reconhecer, na prática, o cliente pedirá, muitas vezes, ao advogado ou ao Defensor Público que se faça acordos.

Logo, não será papel do magistrado analisar essa situação a fundo, porquanto o sistema instaurado não dará uma alternativa razoável ao réu, na grande maioria dos casos, hoje, previstos no art. 28-A do CPP, por exemplo. A voluntariedade, apesar de ser quase que induzida, é legítima, pois racional. O sistema negocial que não é.

³⁵ Pela própria redação da legislação verifica-se que o acordo é incentivado mesmo na hipótese de o juiz identificar algum vício. Isso porque, na sequência, “devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor” (BRASIL, 2019), na situação em que o juiz “considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal”.

Desse modo, vislumbra-se essa audiência de homologação como mera formalidade a ser cumprida, sem muitas discordâncias por parte do Judiciário, conforme já se verifica, por exemplo, das homologações de transações penais no Juizados Especiais Criminais na prática.

Esses questionamentos e constatações, assim, nos levam a crer que o “*plea bargain*”, por sua natureza utilitarista³⁶, cria demasiados embaraços às defesas individuais contra o poder Estatal. Por óbvio, ou como deveria assim ser, não vale o risco de se relativizar importantes garantias fundamentais em prol, a qualquer custo, de maior celeridade e produtividade do Judiciário. O simples fato de se abrir mão desses preceitos já é perigoso para o ambiente democrático, independentemente do deslinde do acordo.

Os números não compensam as liberdades perdidas. Ainda que seja somente um indivíduo sendo prejudicado em detrimento do resto da sociedade.

É justamente por esse raciocínio, cerne do fundamento democrático, que Michael Sandall contesta a visão utilitarista de sociedade, consagrada por Jeremy Bentham, em seu consagrado livro “Justiça, o que é fazer a coisa certa”.

Sandall (2009, p.46-47), para tanto, utiliza-se, como exemplo, do modelo de sociedade descrito no conto “*The Ones Who Walked Away from Omelas*”:

“(…) de uma cidade chamada Omelas — uma cidade de felicidade e celebração cívica, um lugar sem reis ou escravos, sem propaganda ou bolsa de valores, sem bomba atômica. Embora tal lugar seja difícil de imaginar, a autora nos conta mais uma coisa sobre ele: “Em um porão sob um dos belos prédios públicos de Omelas, ou talvez na adega de uma das suas espaçosas residências particulares, existe um quarto com uma porta trancada e sem janelas.” E nesse quarto há uma criança. A criança é oligofrênica, está malnutrida e abandonada. Ela passa os dias em extremo sofrimento.”³⁷

E, ainda, nessa civilização perfeita e desejável, nos termos do conto ficcional, todos os habitantes têm a consciência dessa situação, que para a continuidade desse estado de abundância é preciso manter a criança nessas condições descritas. Caso ela seja resgatada, todo o encanto e perfeição serão destruídos.

³⁶ “Bentham, filósofo moral e estudioso das leis, fundou a doutrina utilitarista. Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento.” (SANDALL, 2009, p.41).

³⁷ “Todos sabem que ela está lá, todas as pessoas de Omelas (...) Sabem que ela tem que estar lá (...) Todos acreditam que a própria felicidade, a beleza da cidade, a ternura de suas amizades, a saúde de seus filhos (...) até mesmo a abundância de suas colheitas e o clima agradável de seus céus dependem inteiramente do sofrimento abominável da criança (...) Se ela for retirada daquele local horrível e levada para a luz do dia, se for limpa, alimentada e confortada, toda a prosperidade, a beleza e o encanto de Omelas definharão e serão destruídos. São essas as condições.” (LE GUIN *apud* SANDELL, 2009, p.47).

Com efeito, considerando a situação hipotética descrita, faz-se o seguinte questionamento: é possível ter legitimidade em uma sociedade perfeita, sob a condição de se violar direitos humanos, ainda que somente de um indivíduo? Claro que a resposta deve ser negativa.

Por isso, Sandall (2009, p.47), como uma objeção ao utilitarismo, conclui: “Seria errado violar os direitos de uma criança inocente, ainda que fosse pela felicidade de uma população.”

Portanto, não há espaço seguro, democraticamente, para negociações de pena em larga escala, sobretudo antes do processo, momento utilizado pelo “*plea bargain*”, ANPP, transação penal e similares, porquanto inexistente qualquer tipo de isonomia para transacionar.

Sem paridade, sem equilíbrio. Sem equilíbrio, sem barganha. Sem barganha, o acordo de não persecução penal tende a ser mais como um contrato de adesão, típico dos Juizados Especiais Criminais com a transação penal (PRADO, 2003, p.196)³⁸.

Ressalta-se, ademais, que a falta de isonomia é importantíssima para perceber o fato de que recusar uma solução negociada não é tão simples. Isso porque, o próprio Estado, *lato sensu*, titular da competência de se propor uma ação penal, por meio do MP, investiga e oferece um acordo, além de, caso submeta o caso ao processo criminal, julgar, pelo Judiciário, o mérito da questão.

Percebe-se, assim, que próprio o processo (procedimento em contraditório) é instrumento de defesa do indivíduo perante o Estado, porquanto limita o poder estatal ao prever o desencadeamento de atos e os seus limites, sendo a pena pelo cometimento da conduta criminosa imposta somente na sentença.

Por essa razão, o processo não pode ser dispensado dessa maneira, como se fosse ele o problema do Judiciário pela baixa eficiência para punir. Assim, “há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena.” (LOPES JÚNIOR, 2020, p.45).

É justamente por isso que se chega à conclusão de que:

“É certo que a justiça negocial importou em grandes avanços para pequenos delitos onde não se impõe a pena privativa de liberdade como nos juizados

³⁸ “E devido à grande quantidade de processos, nas audiências de transação penal com frequência o Ministério Público não está presente, fazendo a proposta por escrito, nos próprios autos do processo. Cabe então ao suposto autor do fato aceitar ou não a proposta, não sendo possível discutir suas condições. A adesão adquire proporções ainda maiores, pois transplantando ao mundo do Código de Defesa do Consumidor, é como se recebêssemos um contrato por correio, pois nem a outra parte está presente no momento da assinatura.”

especiais criminais. Porém, a negociação através de um modelo importado onde há fatos graves apontados na estratégia adotada para alcançar o objetivo final do encarceramento sem o devido processo legal não merece acolhida em nosso sistema. O devido processo legal e a presunção de inocência são direitos inalienáveis do cidadão previstos na Carta Política e, renunciar a eles, seria renunciar às regras mínimas de garantias de um Estado Democrático de Direito”. (CALLEGARI, 2019)

Finalmente, por essa razão que Badaró (2017, p.168) é assertivo, não deixa dúvidas acerca da imprescindibilidade do procedimento:

A necessidade da ação penal condenatória é pressuposta. Como o *ius puniendi* não pode ser aplicado pela atuação espontânea da vontade da lei, sendo o processo penal um processo necessário, não há outro meio de se aplicar a lei penal, senão mediante o processo. (...) Assim sendo, a ação penal sempre será necessária para a imposição de uma pena, em face de um fato que se afigure crime. (...) porque o Estado não pode impor a pena senão por meio das vias jurisdicionais. (g.n).

Portanto, a solução negociada, em amplo sentido, apresenta-se como antagonista ao processo, como solução para a morosidade, de maneira a aprimorar a resolução de feitos. Porém, confere isso justamente por ser exatamente aquilo que o processo, por mais burocrático que seja, tenta evitar, o caminho ágil, por simples ausência de garantias, para lançar mão do Poder Punitivo Estatal. Ressalta-se, conforme esposado, que o processo é necessário, e a sua aplicação não enseja, automaticamente, morosidade e ineficiência. Tais problemas são atribuíveis à própria Administração e seus gargalos, mas não ao suposto excesso de direitos do acusado. Por conseguinte, ajustar uma solução que atinge justamente os direitos fundamentais não resolve o problema da ineficiência do Estado, pois quem cede nessa balança é o particular, em troca da sua prematura confissão para se evitar o início do repudiado procedimento dispendioso para o Poder Público.

4. O papel do Ministério Público daqui para frente — parte da solução negociada e titular da ação penal — sob o enfoque das problemáticas já existentes nesse ambiente “consensual

Finalmente, não obstante rejeitar os malefícios trazidos pela justiça negocial

e acordos de penas, conforme elucidado, é preciso problematizar e ponderar sobre papel que o Ministério Público desempenhará com a aplicação da ANPP, ainda que de maneira limitada pelo art. 28-A do CPP. Tendo em vista a tendência atual de importação e ampliação dos institutos de “*plea bargain*”, de futuras implementações de outras medidas consensuais no processo penal.

Independentemente da real eficácia das medidas de negociação, a importação do “*plea bargain*” agradará o Estado, porquanto diminui o volume de processos guardados nas prateleiras e que aguardam, por anos, um desfecho. Assim, fato é que se configura como um instituto que passa a fazer parte do ordenamento jurídico, apesar de não contribuir de maneira condizente com os direitos fundamentais do acusado para solucionar o problema da morosidade judicial.

Por conta disso, o objetivo desse capítulo final é levantar questionamentos a respeito dos limites do poder estatal, sob a ótica da atuação do MP como parte na negociação, sobretudo para se vislumbrar uma solução negociada que, minimamente, seja menos prejudicial ao réu.

Com efeito, essa questão merece debate, pois, por diversas vezes, o promotor responsável pela denúncia terá o seguinte cenário ao receber a documentação completa e exaurida do inquérito policial: pleitear pelo arquivamento do IP, convicto de que o caso não ostenta justa causa para seguir em frente, ou seguir adiante, na hipótese de o investigado preencher os requisitos do art. 28-A do CPP, com o ANPP.

Desse modo, verifica-se que o agente acusador, mesmo que firme em uma atuação fiel à letra da Lei, terá certo poder de decisão, de barganhar, crucial para o futuro do pretendo acusado e sua defesa.

Deve-se ter essa cautela e devido cuidado, porquanto, com a possibilidade de o caso não seguir pelo rito do processo penal, o acusado em pouco tempo, conclusão do inquérito policial e negociação de acordo, poderá se ver punido por uma suposta conduta criminosa.

Esse cenário, vale dizer, relativiza o princípio da obrigatoriedade da ação penal, condição, *a priori*, imposta ao Estado, a qual consiste na submissão do caso ao processo penal, nas hipóteses em “que presentes as condições da ação anteriormente apontadas (prática de fato aparentemente criminoso — *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa)” (LOPES JÚNIOR, 2020, p.350).

A razão de ser desse princípio da obrigatoriedade da ação penal, que norteia a atuação do Ministério Público tem uma razão de ser muito simples, conforme se observa das palavras de Afrânio Silva Jardim (2001, p.12):

“No momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. Percebeu-se, em determinado momento histórico, que ao Estado deve caber o combate à criminalidade, seja preventiva, seja repressiva. O Estado tem o dever de punir.”

Logo, por conta dele, não caberia ao Estado dispor, via de regra, do dever de punir, bastando que a conduta apurada preliminarmente ostente os requisitos da justa causa penal para que seja levada à discussão judicial, por meio de uma denúncia.

Nesse sentido, o enfraquecimento desse princípio, algo que é tendência e está ocorrendo no ordenamento (transação penal, ANPP, delação premiada), fortalece as instituições estatais, dando maior discricionariedade ao Ministério Público, deixando a pretensão punitiva menos previsível aos olhos do indivíduo particular.

Assim, é de se chamar atenção o fato da hipertrofia do órgão do Ministério Público frente ao Poder Judiciário, porquanto, cada vez mais, detém a discricionariedade de mudar os rumos de uma sanção penal, sendo o MP responsável por aplicar penas, mesmo que indiretamente, comportando-se o magistrado como mera chancela de seus atos.

É notável que os agentes do Ministério Público, recentemente, ganharam maiores destaques na mídia, sendo, cada vez mais, figuras importantes aos olhos do público e de prestígio social, notadamente após a midiática operação Lava-Jato. Na ocasião, tornou-se recorrente coletivas de procuradores, com grande cobertura dos canais de televisão, sobre os casos de corrupção, de modo a transformar as investigações em verdadeiras tramas de cinema, fatos que, muitas vezes, escancaram a preocupação que se tem com um MP “poderoso”³⁹.

Por decorrência, verifica-se que o ambiente propiciado por esse protagonismo do Ministério Público favorece os desvios e autoritarismo, alheios às garantias constitucionais. Isso se dá, vale dizer, não por mera conduta puramente dolosa e de má-fé dos agentes ministeriais, mas pelo próprio contexto fático de relativização de direitos do acusado, que afrouxa os limites e contribui para comportamentos individuais e voluntariosos.

Contudo, como não poderia ser diferente, os abusos surgem de maneira mais corriqueira, pois representado por indivíduos com atribuições e competências cada vez mais centralizadas e nocivas às garantias individuais. Como se pode

³⁹ Sobre o assunto, merece rememorar alguns registros:

<<https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/procurador-confessa-pago-outdoor-prescreve>>;

<<https://www.conjur.com.br/2019-ago-27/procuradores-desdenham-mortes-familia-lula>>.

imaginar, a liberdade de um sujeito pode ser tolhida significativamente com um simples ANPP em questão de meses ou, até mesmo, dias.

Além do mais, não se pode olvidar que, para parte da doutrina mais garantista e atenta aos direitos do acusado, o Ministério Público não se porta como parte imparcial na relação processual, não obstante ser, na teoria, mero defensor da ordem jurídica, encarregado de carrear a ação penal. Muitos entendem, por outro lado, por mera leitura dispositiva, que o MP não tem parcialidade no âmbito do processo penal, pois deve somente zelar pela correta aplicação da lei⁴⁰.

Porém, tal posicionamento não leva em conta o fato de que o órgão ministerial tem a precípua função prática de pleitear a condenação do denunciado, porquanto entendera assim no momento de oferecer a denúncia. Desse modo, a simples possibilidade de se pleitear pela absolvição ao final diz respeito somente ao fato de que, no deslinde probatório, não ser possível alcançar substrato suficiente a embasar uma sentença condenatória.

Nesse sentido, veja-se:

No processo penal, o MP não é e nunca foi uma parte imparcial, até porque se é parte, jamais seria imparcial. A imparcialidade é atributo do juiz, pois ele não é parte. Logo, seria o mesmo que tentar reduzir a quadratura ao círculo, na célebre crítica de CARNELUTTI. Ademais, tal construção desconsidera (ou desconhece) que o Ministério Público é uma “parte artificialmente construída” para ser o contraditor natural do sujeito passivo, e que nasce na superação do sistema inquisitório, como uma forma de retirar poderes do juiz (instrutor/inquisidor). Logo, construído para ser parte e assegurar a imparcialidade do juiz (o único verdadeiramente concebido para ser imparcial). Então, quando o MP pede a absolvição, não o faz por “imparcialidade” e tampouco por dispor da ação penal, senão que, como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente, legalidade. Logo, é absolutamente ilegal acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 352).

⁴⁰ Consigna julgado do Superior Tribunal de Justiça (2015) sobre o assunto: “Cuidando-se de ação penal condenatória, na qual sobrelevam não apenas os interesses indisponíveis em disputa, mas valores afirmativos de um devido processo legal (tanto em sua ótica procedimental quanto sob o seu viés substancial), é de suma importância que se perceba, na condução da causa, a clara divisão desses papéis: um órgão que promove a acusação, mas que ao mesmo tempo fiscaliza o regular desenvolvimento da relação processual; um órgão ou profissional que defende o imputado e o acompanha durante os atos processuais; e um órgão, imparcial, que presta a jurisdição e que zela para que os direitos das partes sejam observados.”

Logo, considerando, ainda, a força do Estado contra o indivíduo, o anseio condenatório poderá ser facilmente atingido pela parte com a confissão prematura e a pactuação de uma solução negociada, sendo a falta de processo determinante para gerar um ambiente que recrudescer a cena punitiva no país.

Portanto, demanda-se dos agentes estatais um comportamento extremamente cauteloso e legalmente previsível, desde o promotor até o magistrado, o qual homologará posteriormente.

Caso contrário, o que se terá, com uma utilização ampla do instituto, será uma engenhosa máquina de produzir acordos pautados na chantagem, a qual se baseará na ameaça de submissão do caso ao processo, que fatalmente terminará em grave condenação para o réu, tendo em vista a atuação daquele que oferece e do magistrado que julga.

Não custa lembrar que, na grande maioria das varas judiciais do Brasil, principalmente fora dos grandes centros, o(a) promotor(a) possui relação próxima com o(a) magistrado(a) da localidade, trabalhando cotidianamente, muitas vezes, lado a lado.

Em um primeiro momento, pode-se soar exagerada a assunção de que o ambiente negocial levará a esses abusos do Estado, porém, como exemplo desse cenário, endossando toda tese trabalhada até aqui, merece ressaltar que essas questões fazem parte do Judiciário norte americano, típicos do instituto do “*plea bargain*”.

Para ilustrar bem essa questão, vale trazer trechos do breve artigo escrito por Dylan Walsh⁴¹, jornalista de Chicago, que se dedica a analisar a Justiça Criminal dos EUA. Conforme o autor narra, a partir da análise de um caso concreto⁴², a Justiça Criminal norte-americana, em sua grande maioria, pautada na realização de acordos, o cotidiano forense se resume a negociar penas com o Ministério Público, pois, pela falta de paridade entre as partes, é sempre o melhor caminho:

De fato, a única restrição à barganha imposta aos promotores é que eles não podem usar ameaças ilegais para garantir o acordo. “Então, se um promotor

⁴¹ Artigo que fora traduzido pelo jurista Aury Lopes Júnior na sua coluna na Revista Conjur. Original disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>.

⁴² “Shondel Church foi preso em Kansas City, Missouri, em julho de 2017, acusado de roubar um gerador e uma caixa de ferramentas de sua madrasta. Ele ficou preso em Lafayette County Jail por seis semanas até ter sua primeira conversa com um defensor público, Matthew Gass. Gass tinha esperança de que poderia ganhar o caso no julgamento, mas explicou que, em razão da carga de trabalho, precisaria de seis meses para se preparar — seis meses durante os quais Church permaneceria preso. Como pai de quatro filhos e principal provedor de sua família, Church sentiu que não poderia esperar tanto tempo e se declarou culpado de um crime de menor gravidade (contravenção). Ele recebeu dois anos de liberdade vigiada e uma conta de US\$ 2,6 mil para pagar por causa de sua “estadia” em prisão preventiva.”.

disser: ‘Vou atirar em você se você não se declarar culpado’, esse acordo será inválido”, explicou Alschuler. “Mas se ele ameaçar acusar alguém por crime punível com pena de morte e o réu se declarar culpado, então o acordo é legal.” Supondo que eles tenham uma causa provável[2], os promotores podem até ameaçar acusar a família de um acusado para extrair um acordo. (...)

Essa dinâmica, combinada com as tendências nacionais, tem produzido mais mandatory sentences[3] nos últimos 30 anos e deu aos promotores uma imensa vantagem. Se um réu decidir ir a julgamento, um promotor pode fazer uma acusação mais grave, pedindo a prisão perpétua. O acordo pode levar a uma pena de 8 ou 10 anos, “ou outro número”, disse Matt Sotorosen, advogado sênior do Gabinete do Defensor Público de São Francisco. “Mesmo que você tenha um cliente inocente, a maioria não quer correr esse risco. Eles preferem o acordo de oito anos (WALSH, 2019, s.p).

Nesse sentido, André Callegari, advogado criminalista, faz importantes apontamentos sobre como o sistema do “*plea bargain*” sobrevive a partir de uma atuação mais punitivista do MP norte-americano⁴³:

Nesse sentido, a estratégia para negociar reside na acumulação de fatos imputados ao acusado. Assim, esta soma de delitos permite que o Ministério Público empilhe ou acumule, é dizer, que apresente várias acusações contra o acusado pela mesma conduta. Obviamente, a severidade potencial da sentença que um infrator enfrenta é muito maior quando se apresentam muitas acusações contra si. Desse modo, o Ministério Público necessita fazer uma ameaça séria de que essas acusações seriam impostas se os acusados se decidem a sustentar sua inocência. Para que essas ameaças alcancem o seu objetivo e induzam declarações de culpabilidade, os castigos que se oferecem na negociação da pena devem ser menores, isto é, devem ser consideravelmente menos severos que aqueles que seriam impostos no processo normal.

⁴³ Endossando esse argumento, **outros grandes criminalistas já igualmente se manifestaram**, conforme pode ser conferido nesse sítio eletrônico — <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-05/moro-trazer-brasil-sistema-acordos-entre-reu-mp-eua>>:

- **Luis Henrique Machado**: “Basta lembrar que os EUA possuem 2,3 milhões de presos, a maior população carcerária do planeta, formada na sua grande maioria por negros e pobres. Nesse mesmo país, crianças cumprem prisão perpétua e a pena de morte ainda está em vigor em alguns estados da federação. Importante lembrar que aproximadamente 95% dos casos criminais são encerrados via *plea bargain*, onde há inúmeras queixas de condenados que acusam o órgão investigatório de coação para entabular o acordo. Estamos, infelizmente, importando o que há de pior dos EUA”.

- **Fábio Tofic Simantob**: “O modelo americano é um tremendo equívoco. É o acordo sem regulamentação. Gerou a maior população carcerária do planeta. Mais de 90% não foram submetidos a um exame mínimo de culpa. Os próprios EUA estão revendo este modelo, inclusive, depois que muitos erros judiciários grosseiros foram revelados”.

- **Jorge Nemr**: “Acho que é dar mais poder ao Ministério Público e que pode sim ser usado como moeda de coação e troca por alguns membros do MP, principalmente em cidades menores e mais distantes”.

Nessa singela explicação da estratégia do modelo americano fica fácil entender porque tantos acordos são aceitos (CALLEGARI, 2020, s.p).

Assim sendo, verifica-se que o suposto sucesso do instituto nos EUA, por desafogar as varas judiciais, também está atrelado aos abusos do órgão acusador⁴⁴, tendo em vista que se utiliza da alta barganha, até mesmo da chantagem, para realizar acordos a qualquer custo⁴⁵.

Tanto é verdade que Lucian Dervan⁴⁶, em seu artigo que discute a relação simbiótica entre o excesso de criminalização da conduta e a demasiada utilização do “*plea bargain*”⁴⁷ nos Estados Unidos, destaca que o sistema depende de uma atuação do Ministério Público fora dos limites, para que o acordo vire uma alternativa tão atrativa, a ponto de alcançar quase que a totalidade do sistema criminal, senão vejamos de alguns trechos (traduzidos livremente):

Além disso, casos sem precedentes e muito não serão usados para criar absurdos diferenciais nas sentenças que coajam o réu, mesmo os inocentes, para confessar falsamente em retorno de leniência.

Como essas hipotéticas considerações demonstram, a prática do acordo (pleabargaining) e a super-criminalização se perpetuam mutuamente, pois o acordo protege a super-criminalização do escrutínio; enquanto a super-criminalização cria os incentivos que fazem com que o acordo seja tão influente/manipulador.

Dada a simbiose existente entre os dois, talvez a resposta para a super-criminalização não se dá somente em mudar imperfeitos incentivos da promotoria ou mudar a natureza da responsabilidade corporativa — ela talvez se sustente em mudar o próprio jogo. Talvez seja a hora de reexaminar o papel do acordo em nosso sistema judiciário (DERVAN, 2020).⁴⁸

⁴⁴ Destaca-se editorial do importante jornal The new york times (2019) clamando por uma justiça criminal negocial mais justa e menos abusiva, disponível no sítio eletrônico: <<https://www.nytimes.com/2019/01/15/opinion/new-york-texas-criminal-justice.html>>.

⁴⁵ No mesmo sentido, endossando esse posicionamento: “Para trazer o problema em números, um relatório da National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL), dos Estados Unidos, indica estudo amostral no qual exames de DNA provaram a inocência de 11% de condenados pelo *pleabargain*; ou seja, pessoas que se sabiam inocentes, mas se declararam culpadas para escapar de penas de morte.” Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/297354/os-riscos-da-tropicalizacao-do-plea-bargain>>.

⁴⁶ Professor de direito na Southern Illinois University School of Law.

⁴⁷ “Overcriminalization 2.0: The Symbiotic Relationship Between Plea Bargaining and Overcriminalization.” Título do artigo, traduzido livremente para: Excesso De Criminalização 2.0: A Relação Simbiótica Entre o *Plea Bargaining* e o Excesso de Criminalização.

⁴⁸ Trechos originais: *Further, novel legal theories and overly-broad statutes would not be used to create staggering sentencing differentials that coerce defendants, even innocent ones, to falsely confess in return for leniency. As these hypothetical considerations*

Trazendo esses questionamentos e preocupações um pouco mais para a realidade brasileira, além dos problemas que ocorrem com a transação penal, vale mencionar igualmente a dificuldade de se manter um ambiente democrático, transparente e legítimo nos acordos de delação premiada, firmados, principalmente, no âmbito da operação Lava-Jato, que detém maior clamor popular em seu apoio.

Nessa toada, Aury Lopes e Alexandre Morais da Rosa, no texto de 2018, “Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato”, precisamente destacaram como o instituto da delação premiada criou um ambiente de negociação altamente questionável e aflitivo, porquanto extremamente impreciso quanto à sua aplicação⁴⁹:

A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou negociação são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesarão todo o rigor do direito penal ‘tradicional’, onde qualquer pena acima de 4 anos impede a substituição e, acima de 8 anos, impõe o regime fechado. O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quicá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. (...) É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência (LOPES e ROSA, 2018, n.p).

Ora, nos termos do que fora abordado pelos juristas, não carece de esforço reconhecer que os problemas oriundos da delação são muito semelhantes ao ambiente gerado por um acordo de não persecução penal e soluções negociais de pena. Considerando que ambas lidam com a “a lógica do tempo curto atropelando

demonstrate, plea bargaining and overcriminalization perpetuate each other, as plea bargaining shields overcriminalization from scrutiny and overcriminalization creates the incentives that make plea bargaining so pervasive. (...)

Given the symbiotic existence of plea bargaining and overcriminalization, perhaps the answer to overcriminalization does not lie solely in changing imperfect prosecutorial incentives or changing the nature of corporate liability—it may also lie in changing the game itself. Perhaps the time has come to reexamine the role of plea bargaining in our criminal justice system.

⁴⁹ “Essa semana foi noticiada uma sentença penal condenatória na operação “lava a jato” em que alguém — beneficiado pela delação premiada (ou seja, pena negociada) — é condenado a 15 anos e 10 meses em regime de “reclusão doméstica” ou “prisão domiciliar”. Depois vem um regime “semiaberto diferenciado”(??) e uma progressão para o regime aberto após dois anos. Tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa ‘execução penal a la carte’. Mas isso é outro Direito Penal? Com certeza. E outro processo penal também.” (LOPES JÚNIOR e ROSA, 2018).

as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência” (sic). Então, não será nenhuma surpresa observar esse mesmo “*modus operandi*” nefasto para a realização de acordos.

Logo, veja-se, os espaços de negociação, seja a experiência norte-americana ou, até mesmo, o que temos no país com os acordos de delação premiada, proporcionam, quase que de maneira automática e por consequência, abusos do órgão acusador, em prol da justiça mais eficiente, confundida sempre com maiores números de punições. A preocupação, por conseguinte, recai sobre o a proteção do estado de liberdade individual, pois, ao que parece, sustentá-la até o final de um processo, em um contexto minado por institutos negociais de pena e pelo Ministério Público acusador/julgador, será um “luxo reservado a quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos, conforme a doutrina de Ferrajoli” (LOPES JÚNIOR e ROSA, 2018), ato de verdadeira coragem.

5. Considerações finais

Como cediço, o ANPP é a prova de que a solução negocial de pena já é uma realidade no sistema brasileiro, “a ampliação dos espaços de consenso e da justiça negocial é um caminho sem volta” (LOPES JÚNIOR, 2020, p.46).

Vale salientar, ademais, que a vigência do ANPP, por exemplo, pela aprovação do pacote anticrime não exime o instituto das necessárias críticas que merece em razão da sua incongruência sistemática.

Nesse sentido, insistir e apontar sua suposta inconstitucionalidade, ante ao cenário atual, seria meramente um formalismo já, infelizmente, superado pelas discussões da transação penal e outros institutos despenalizadores e supostamente consensuais.

Com efeito, não custa dizer que, de certa forma, a solução negociada ainda está limitada, comparando com outros ordenamentos jurídicos, pelas condições definidas pelo legislador.

Logo, expor as fragilidades do instituto é dever de todo garantista operador do direito que preze pela integridade dos preceitos constitucionais, de modo a, ao menos, compatibilizar ao máximo a sua aplicação com os direitos e garantias vigentes, em favor defesa do acusado. Até porque, “advogado (enfim, gente do direito *lato sensu*) que é contragarantias processuais de liberdade é como médico que odeia antibióticos. Ambos devem trocar de ofício ou profissão. Antes que matem os pacientes” (STRECK, 2019).

Não custa lembrar o fato de que o Brasil vergonhosamente ocupa o 3º lugar no ranking das maiores populações carcerárias do mundo e, como se não bastasse, importa o modelo de justiça criminal dos Estados Unidos, líder nesse quesito (INFOPEN, 2016).

Assim, essa tendência, potencializada por discursos vazios e perigosos, muitas vezes, antidemocráticos, que mencionam expressões imprecisas como “sentimentos da sociedade”⁵⁰ ou “voz das ruas”, deve ser objeto de estudo, críticas e preocupação, sobretudo por sempre ter como alvo o sistema constitucional de garantias dos acusados.

É um dever de todo cidadão defender o ambiente democrático com devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Para o renomado jurista Lênio Streck tal resistência contra os abusos iminentes do Estado deve ser, sobretudo, realizada pelos advogados, já que neles ainda restam o fio da esperança na defesa do ordenamento jurídico como deva ser, pois “direito não é direito sem advogados. E sem direito, só há tirania (já dizia Locke). Logo, sem advogados... daí a máxima, a decisão primeira do tirano *shakespeariano*: *kill all the lawyers*” (STRECK, 2020).

Por conseguinte, cada vez mais, o papel do advogado se torna imprescindível, não só para a administração da justiça, mas para a realização e concretização dela. Isso porque, a defesa penal no contexto atual significa ato de resistência ao poder e ao ordenamento que, pouco a pouco, deixa o acusado mais vulnerável e só se preocupa com os problemas meramente administrativos próprios do Poder Público.

Com efeito, esse contexto da justiça negocial convivendo juntamente com o processo penal ainda é muito recente no ordenamento jurídico brasileiro⁵¹. Nesse sentido, ainda pairam inúmeras incertezas acerca de como as partes integrantes da relação, juiz, defesa, MP, autoridades policiais, irão reagir a esse cenário. Todavia, é preciso ter em mente que os prognósticos não são nada favoráveis ao que se reputa ser o ideal em um ambiente democrático de justiça criminal, considerando a experiência norte-americana, a própria praxe da transação penal e delação premiada, bem como a flexibilização de importantes garantias inerentes ao acusado.

⁵⁰ Expressão utilizada pelo Ministro Barroso do Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento das ADIs 43,44 e 54. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/562910/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>>.

⁵¹ Com a exceção da transação penal, uma vez que já era prevista na Constituição de 1988.

Portanto, a importação do “*plea bargain*” não é viável, porquanto incompatível com o que se entende por devido processo legal, renunciando ao procedimento em contraditório, até mesmo no que tange à produção probatória.

6. Referências

ANGELO. Tiago. *MP e TJ de Minas regulamentam acordo de não persecução em todo o estado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-25/mp-tj-mg-regulamentam-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ANGELO. Tiago. *Procurador confessa ter pago por outdoor da “lava jato”, mas caso é arquivado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/procurador-confessa-pago-outdoor-prescreve>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. *Nota técnica da Ajufe analisa ponto a ponto do pacote Anticrime, do ministro Sérgio Moro*. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/12520-nota-tecnica-da-ajufe-analisa-ponto-a-ponto-do-pacote-anticrime>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

AVELAR; LAZAROU. Leonardo Magalhães; Alexys Campos. *Os riscos da tropicalização do pleabargain*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI297354,91041-Os+riscos+da+tropicalizacao+do+plea+bargain>>. Acesso em: 30 out. 2019.

BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 61-98.

BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 124-126.

BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 158-168.

BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 190-192.

BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 544.

BARBOSA. Ana Cássia. *O “novo” acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://canalciencias-criminais.com.br/acordo-nao-persecucao-penal/>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRANDALISE. Rodrigo da Silva. *O acordo penal: pleabargaining e outros comentários iniciais*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-ou-tros-comentarios-iniciais.html>>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12850.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2020. p. 40-56.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2020. p. 272-274.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2020. p. 705.

CALLEGARI, André Luís. *A injustiça do modelo americano de pleabargain*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/andre-callegari-injustica-modelo-americano-plea-bargain>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Juristas apontam ilegalidades no uso da delação premiada*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/527855-juristas-apontam-ilegalidades-no-uso-da-delacao-premiada/>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CONJUR. *Importação do sistema pleabargain divide opinião de criminalistas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-13/importacao-sistema-plea-bargain-divide-opiniao-criminalistas>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CONJUR. *Procuradores da 'lava jato' desdenham das mortes na família de Lula*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-27/procuradores-desdenham-mortes-familia-lulas>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CONJUR. *Novo artigo 28-A, do CPP, fundamenta acordos em várias regiões do país*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/acordos-nao-persecucao-penal-sao-firmados-pais>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Morosidade processual da justiça lidera reclamações*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2010/marco-1/morosidade-processual-da-justica-brasileira-lidera-reclamacoes>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 181 de 07 de agosto de 2017*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CORRÊA, Alessandra. *Criminalidade: As consequências inesperadas nos EUA do 'pleabargain', parte do pacote anticrime de Moro*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-47225232>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

DERVAN, Lucian E. *Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization*. Disponível em: <<https://www.nacdl.org/getattachment/8d09e6df-72af-45e0-8b3b-4479dee9f489/jlep-7-4-645-656.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

DIZER O DIREITO. *Enunciados da I jornada de direito penal e processo penal CJF/STJ*. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/enunciados-da-i-jornada-de-direito_14.html>. Acesso em: 25 ago. 2020.

EXAME. *Pesquisa da AMB revela que 90% dos juízes apoiam “pleabargain” de Moro*. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/pesquisa-da-amb-revela-que-90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-de-moro/>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

FERREIRA; BARBOSA. Andressa Marta Gomes; Igor de Andrade. *Colaboração premiada: análise crítica na operação lava Jato*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/colaboracao-premiada-analise-critica-na-operacao-lava-jato/>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

IFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

JARDIM. Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12.

JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA. agrg no hc 564.037/sp. julgado em 26/05/2020, dje 09 jun. 2020.

JUNIOR; ROSA. Aury Lopes; Alexandre Morais da. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

JUNIOR. Aury Lopes. *Adoção do pleabargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 28 out. 2019.

JUNIOR. Aury Lopes. *Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do pleabargaining?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>>. Acesso em: 25 ago. 20.

JUNIOR. Aury Lopes. *Direito Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 43-56.

JUNIOR. Aury Lopes. *Direito Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 145-149.

JUNIOR. Aury Lopes. *Direito Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 315-352.

JUNIOR. Aury Lopes. *Direito Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1054.

JUNIOR; JOSITA. Aury Lopes; Hignya. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO. *are 648629*. julgado em 24/04/2013, processo eletrônico repercussão geral — mérito dje-069 divulg 07-04-2014 public 08-04-2014 rtj vol-00237-01 pp-00323).

MARINHO. Renato Silvestre. *Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal*. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. (Org.). *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 429-444.

MARQUES. Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1965. v. 1. p. 194.

MASI. Carlo Velho. *A pleabargaining no sistema processual norte-americano*. Disponível em: <<https://canalcien-ciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/>>. Acesso em: 30 out. 2019.

MELO, João Ozorio de. *Funcionamento, vantagens e desvantagens do pleabargain nos EUA*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>. Acesso em: 30 out. 2019.

MIGALHAS. *Promotora se nega a sentar ao lado de advogados e audiência é suspensa*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/300237/promotora-se-nega-a-sentar-ao-lado-de-advogados-e-audiencia-e-suspensa>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota técnica conjunta PGR/SRI n. 105/2019*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT1052019SRI.pdf>>. Acesso em: 25/08/2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *ADI 5.790 e 5.793*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI005790e005793Res181CNMPInvestigaoMPCD.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. *CNPG emite nota pública em favor da proposta do "pleabargain"*. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/noticias/cnpg-emite-nota-publica-em-favor-da-proposta-do-plea-bargain.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA. STJ. *agrg no hc 563.465/sc*. julgado em 02/06/2020, dje 08 jun. 2020.

OLIVEIRA; MICHELOTTO. Marlus; Mariana. *Acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

PINTO. Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del rey, 2016. p. 55.

POMPEU. Ana. *Moro que trazer ao Brasil sistema de acordos entre réu e MP dos EUA*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-05/moro-trazer-brasil-sistema-acordos-entre-reu-mp-eua>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 196.

PRADO, Geraldo. *Da delação premiada: aspectos de direito processual*. Disponível em: <<https://emporiado-direito.com.br/leitura/da-delacao-premiada-aspectos-de-direito-processual>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

PROJETO DE LEI nº 882/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 25 ago. 2020.

RABELO; MATOS. Diogo Toscano de Oliveira; Fábio de Barros. *Aspectos legais e práticos do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/matos-rebello-aspectos-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

RIBEIRO. Natália Pimenta. *Pleabargain à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6324-Plea-bargain-a-brasileira-A-justica-penal-negociada-do-Projeto-de-Lei-Anticrime-e-o-recrudescimento-dos-resquicios-inquisitorios-do-sistema-criminal>. Acesso em: 30 out. 2019.

RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA. *rhc 171571 agr*, julgado em 06/08/2019, processo eletrônico dje-179. divulg 15-08-2019 public 16-08-2019.

ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA. *are 868516 agr*. julgado em 26/05/2015, acórdão eletrônico dje-121 divulg 22-06-2015 public 23-06-2015.

ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA. *agrg nos edcl no aresp 528.020/rs*, julgado em 15/09/2015, dje 05/10/2015.

SANDEL. Michael J. *Justiça — o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 40-47.

SENADO. Barroso prevê crise se STF revisar prisão após 2º grau. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/562910/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

SILVA. Amaury. *Implantação de pleabargain requer intensa discussão de cunho criminológico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/amaury-silva-plea-bargain-requer-discussao-cunho-criminologico>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

SOUSA. Adriano Martins. Entenda o “*Acordo de não persecução penal*”, inserido no Código de Processo Penal Brasileiro (Art. 28-A) pela Lei 13.964/19, chamado de “Pacote Anticrime”. Disponível em: <<http://iccs.com.br/entenda-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-inserido-no-codigo-de-processo-penal-brasileiro-art-28-a-pela-lei-13-964-19-chamado-de-pacote-anticrime-adriano-mart/>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

STRECK. Lênio Luiz. Barganha penal que ameaça garantias é *fastfood processual*!. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>>. Acesso em: 30 out. 2019.

STRECK. Lênio Luiz. Proposta séria para fazer a pleabargain a sério!. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/senso-incomum-proposta-seria-plea-bargain-serio>>. Acesso em: 28 out. 2019.

STRECK. Lênio Luiz. Qual é o modelo de advogado ideal? Um olhar de esperança!. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/senso-incomum-qual-modelo-advogado-ideal-olhar-esperanca>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

WALSH. Dylan. *Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining*. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>>. Acesso em: 30 out. 2019.

A **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais** é um veículo de divulgação do conhecimento científico jurídico, de responsabilidade da Defensoria Pública-Geral, voltado para disseminar pesquisas relacionadas com os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública.

Sua missão consiste em fomentar e divulgar a produção em Direito no Brasil, contribuindo para a construção de uma esfera acadêmica de excelência, plural e democrática.

O foco temático da publicação é marcado pela análise crítica de questões de repercussão no meio social, político, econômico e jurídico e pela exposição de diferentes pontos de vista sobre temas que possam contribuir para atenuar a vulnerabilidade de grupos sociais.

A **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais** é uma publicação semestral, agora veiculada somente em versão *online* (PDF) por meio do site da Instituição: www.defensoria.mg.def.br/

Este livro foi editado eletronicamente, em fontes Vera Humana 95 Regular e Bold, no título principal, cabeçalho e rodapé de numeração das páginas, e Crimson Text nas variações Regular, Italic, SemiBold, SemiBold Italic, Bold e Bold Italic, nos textos.

Produção gráfica: Nov./2021 a Abr./2022, com Museale – Serviços Gráficos e Culturais na revisão, diagramação e editoração eletrônica.



www.defensoria.mg.def.br
Instagram: @defensoriamineira
Facebook: @defensoriamineira
YouTube: c/defensoriamineira
Twitter: @defensoriamg