Congresso Estadual

de Defensoras e Defensores Públicos

2025

Propostas de Teses Institucionais

DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

Apresentação e votação das **Propostas de tese institucional**

(art. 12 da Deliberação CSDP nº 406/2022)

1. O/a proponente terá **5 minutos** para apresentar oralmente a síntese da proposta

2. A plenária poderá se manifestar pela rejeição da proposta, podendo arguir os fundamentos em **5 minutos**

3. Após as propostas de rejeição, terão inícios os debates, por até **15 minutos**

4. Durante os debates, as propostas de tese poderão sofrer alterações, inclusive de conteúdo, desde que haja a anuência do/a proponente ou de quem o/a represente

5. Ao final dos debates será aberta a votação. Será aprovada a proposta que obtiver um **número superior de votos pela aprovação em relação aos votos pela rejeição**. As abstenções não serão computadas.

DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

CÍVEL

1. **Autores/as:** Andrew Toshio Hayama

Súmula: *As Territorialidades Tradicionais devem ser reconhecidas como Espaços Ambientalmente Protegidos, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, independentemente de reconhecimento oficial, vedando-se a sobreposição compulsória de Unidades de Conservação da Natureza nos referidos territórios, situação responsável por grave, histórica e sistemática violação de direitos humanos praticada contra Povos e Comunidades Tradicionais.*

10

2. **Autores/as:** Davi Quintanilha Failde de Azevedo e Felipe Balduino Romariz

Súmula: *A legalidade dos atos administrativos de não incorporação de medicamentos na rede pública está vinculada à existência, veracidade e legitimidade dos motivos que a fundamentam, nos termos do art. 19-Q da Lei nº 12.401/2011 e do acórdão do Tema Repetitivo 1.234 do STF.*

28

3. **Autores/as:** NUDECON (Estela Wasberg Guerrini)

Súmula: *Quando o consumidor é hipervulnerável, a fraude bancária gera dano moral in re ipsa.*

36

4. **Autores/as:** NUDECON (Estela Wasberg Guerrini)

Súmula: *A hipossuficiência financeira do consumidor não pode ensejar a minoração dos danos morais sob o argumento do enriquecimento sem causa, devendo, no entanto, justificar a majoração da compensação quando ela agravar as consequências do dano.*

58

5. **Autores/as:** Davi Quintanilha Failde de Azevedo e Felipe Balduino Romariz

Súmula: *Os temas Repetitivos 6 e 1.234 do STF são aplicáveis apenas a pedidos relativos a produtos com registro sanitário de medicamento, não cabendo sua aplicação àqueles registrados como produtos à base de cannabis.*

70

6. **Autores/as:** Davi Quintanilha Failde de Azevedo e Felipe Balduino Romariz

Súmula: *Para fins de análise do cabimento liminar, a avaliação da urgência do tratamento pleiteado por parte do NatJus não deve considerar apenas as definições médicas de urgência e emergência, mas deve também se pautar pelo conceito de time-sensitivity do tratamento, que designa o risco de perda ou mudança de eficácia de um dato tratamento diante do atraso no seu início.*

80

7. **Autores/as:** NUDECON (Luiz Fernando Baby Miranda)

Súmula: *Nas ações de obrigação de fazer em face de Operadora de Plano de Saúde, é cabível a adoção de medida executiva atípica de suprimento de autorização para prestador de serviço integrante da rede credenciada determinando o cumprimento da decisão judicial diretamente a este.*

86

8. **Autores/as:** Luis Gustavo Fontanetti Alves da Silva

Súmula: *É devida a revisão das prestações mensais dos contratos de financiamento imobiliário firmados pela CDHU quando houver a superação dos limites contratual e/ou legal (30%) de comprometimento de renda, devendo o CDHU garantir os meios necessários para que os mutuários exerçam de modo efetivo seu direito a revisão das parcelas se adequar aos limites de comprometimento de renda.*

98

9. **Autores/as:** Luis Gustavo Fontanetti Alves da Silva

Súmula: *Em contratos de financiamento imobiliário da CDHU que utilizem a Tabela Price como sistema de amortização, o valor da prestação mensal é limitado ao valor nominal da prestação inicial contratada acrescido do índice de reajuste contratual acumulado no período de vigência de contrato, sendo que esse limite engloba não apenas os valores relativos à recomposição do capital e ao juros contratuais, como também todos os acessórios contratuais que compõem a prestação (prêmio do seguro de danos físicos ao imóvel - DFI, prêmio do seguro de morte e invalidez permanente - MIP, e taxa de compensação das prestações - TCP).*

130

10. **Autores/as:** Renata Flores Tibyriça e Carlos Aciron Loureiro

Súmula: *Não é cabível a solicitação de vaga para pessoas com deficiência em instituições de natureza asilar. Na hipótese de ausência de respaldo familiar e sem condições de autossustentabilidade, deve-se requerer vaga em residência inclusiva, serviço de socioassistencial de alta complexidade, ou, inexistindo o serviço, a sua instalação pelo poder público.*

164

11. **Autores/as:** Coletivo de Direitos Humanos do Movimento dos Atingidos por Barragens e Clínica de Acesso à Justiça aos Atingidos por desastres climáticos em São Sebastião/SP – UFRRJ (Artur Freixedas Colito, Sara Brígido de Oliveira, Luíza Antunes Dantas de Oliveira)

Súmula: *O direito à moradia digna prevalece frente a outros direitos em conflito no caso de respostas à desastres, devendo ser garantido de forma prioritária e proporcionado em casos de famílias atingidas por enchentes, desabamentos ou deslizamentos de terras, bem como aqueles que se encontrem em condições de risco, sendo oferecido de imediato, alternativas equivalentes ou melhores que as habitações anteriores, levando em conta o modo de vida das comunidades, sejam elas urbanas ou rurais. As políticas públicas relacionadas à temática habitacional a atingidos devem ser executadas com garantias de participação popular, controle social e transparência, de forma a promover a justiça climática, protegendo as populações mais vulneráveis. O direito à moradia adequada deve ser uma pauta prioritária das políticas de adaptação às mudanças climáticas, com atuação, sobretudo preventiva, por meio de ações de prevenção, preparação e resposta voltadas à promoção de direitos das populações atingidas, visando evitar ou reduzir ao máximo as perdas humanas, materiais e imateriais frente à ocorrência dos eventos climáticos extremos.*

176

12. **Autores/as:** Mais diferenças

Súmula: *O Defensor Público, em ação de obrigação de fazer relacionada à garantia do direito à educação inclusiva e/ou especial (ou ação congênere utilizada para o mesmo fim), deverá requerer do Estado ou Municípios a apresentação de Plano Municipal ou Estadual de Educação, e o capítulo específico das diretrizes que tratem da educação Inclusiva e/ou do direito à educação de pessoas com deficiência ou espectro autista, em que sejam detalhadas as medidas de políticas públicas adotadas e recursos/ receitas empregadas pelo ente para garantia do direito à coletividade. Na ausência deste documento, podem ser apresentados relatórios de atividades com os resumos de políticas implementadas e recursos empregados para garantir a educação inclusiva, em observância aos princípios de transparência e acesso à informação previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 3°, XV, 14-A. Lei n. 9.394/96) e em acordo com as metas estabelecidas pelo Plano Nacional de Educação (Lei n. 13.005/2014). Caso não seja observado o poder requisição cabe mandado de segurança.*

192

FAMÍLIA

1. **Autores/as:** Júlio Camargo de Azevedo

Súmula: *Nas ações de família, constatada situação de vulnerabilidade que impeça ou dificulte o exercício de direitos materiais ou processuais da parte, é cabível a instauração de Incidente de Apuração de Vulnerabilidade (IAV), destinado a assegurar a declaração judicial da condição vulnerável e a adoção de medidas, apoios e adequações procedimentais necessárias à efetividade da tutela jurisdicional* **202**

2. **Autores/as:** Nálida Coelho Monte e Yasmin Oliveira Mercadante Pestana

Súmula: *Possibilidade de afastamento da mulher em situação de violência do trabalho sem prejuízo do salário.* **210**

3. **Autores/as:** Nálida Coelho Monte

Súmula: *A definição do recurso ou ação impugnativa cabível contra decisão que indefere, liminarmente ou em sede de tutela antecipada, a aplicação de medidas protetivas previstas na lei nº 1.340/2006 (Lei Maria da Penha). Ausência de previsão legal expressa na referida Lei. Entendimentos divergentes na jurisprudência nacional. Casos de utilização de recurso em sentido estrito, agravo de instrumento, apelação e mandado de segurança. Entendimentos divergentes que causam grave ofensa à isonomia e à segurança jurídica.* **224**

4. **Autores/as:** Renata Okano Gimenes Sella

Súmula: *No divórcio e dissolução união estável proposto pela mulher vítima de violência doméstica, é cabível pedido de partilha compensatória, atribuindo-se quota maior dos bens à cônjuge ou convivente vitimada.* **242**

5. **Autores/as:** Associação de Assistência às Mulheres, Crianças e Adolescentes e Vítimas de Violência – "RECOMEÇAR"

Súmula: *O processo deve ser analisado sob a perspectiva de gênero, como exige a Resolução CNJ nº 492/2023 e a Recomendação CNJ nº 128/2022, que tornam obrigatória a aplicação das diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Tais instrumentos visam garantir o acesso à justiça por mulheres em situação de vulnerabilidade, reconhecendo as assimetrias de poder, as violências invisibilizadas no ambiente doméstico, e os impactos específicos da discriminação estrutural.* **250**

PROPOSTA DE CANCELAMENTO DE TESE
Autores/as: Alex Gomes Seixas

Súmula: *A atuação do Defensor Público como curador especial autoriza o arbitramento de verba honorária a ser adiantada pelo autor em favor do FUNDEPE, uma vez que esta inserida no conceito de despesas processuais e não se confunde com assistência judiciária. (II Encontro Estadual - 2008).* **258**

INFÂNCIA E JUVENTUDE

1. Autores/as: NEIJ (Gustavo Samuel da Silva Santos, Gabriele Estábile Bezerra e Ligia Mafei Guidi)
Súmula: *O tráfico de drogas é uma das piores formas de trabalho infantil e não pode ter como resposta estatal a aplicação de medida socioeducativa de privação de liberdade, como a internação e a semiliberdade.*
262

2. Autores/as: NEIJ (Ligia Mafei Guidi)
Súmula: *A tutela jurisdicional diferenciada do direito à saúde de crianças e adolescentes, particularmente na primeira infância, não se subordina necessariamente às restrições e aos requisitos de acesso estabelecidos nos Temas 6 e 1234, do STF, considerando a proteção especial e absolutamente prioritária que lhes confere o texto constitucional, por se tratar de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. A flexibilização de tais requisitos deve ser ponderada caso a caso, mediante adequada fundamentação judicial que considere especialmente a urgência do caso, as alternativas terapêuticas disponíveis e as evidências científicas existentes, ainda que limitadas, considerando ainda a dificuldade da realização de estudos randomizados com crianças.*
272

3. Autores/as Tatiane Bottan
Súmula: *É direito da adolescente mãe em cumprimento de medida(s) socioeducativa(s) em meio aberto a suspensão da(s) medida(s) pelo período mínimo de 180 dias após o parto a fim de assegurar o direito à amamentação exclusiva, o fortalecimento do vínculo materno-infantil e a proteção integral da criança e da adolescente, em consonância com o princípio do melhor interessa da criança e o artigo 227 da Constituição Federal.*
280

4. Autores/as: CEDECA
Súmula: *A aplicação das medidas de Prestação de Serviço à Comunidade (PSC) no âmbito socioeducativo deve se dar sob uma perspectiva coletiva, de interesse geral e com finalidade pedagógica, garantindo que tais medidas respeitem os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e não se confundam com formas de exploração do trabalho infantojuvenil.*
290

5. Autores/as: Instituto Alana
Súmula: *É ilegal a omissão estatal na implementação de políticas de adaptação climática que comprometam os direitos fundamentais de crianças e adolescentes à educação, saúde, dignidade e proteção integral, especialmente quando se trata da garantia de infraestrutura escolar resiliente.*
296

6. Autores/as: Instituto Alana
Súmula: *É ilegal o decreto de suspensão ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão da situação de rua da/o genitora e/ou família.*
304

7. Autores/as: Movimento Somos Todas Professoras (Alexandre Tortorella Mandl)
Súmula: *Considerando que o cuidar e o educar são indissociáveis, bem como considerando que as atividades pedagógicas na primeira infância são inerentemente lúdicas e recreativas, e, por isso, reconhecendo o caráter docente do cargo de quem está com atuação direta junto às crianças educandas, garantindo o direito à integralidade da docência às crianças, há necessidade de enquadrar o respectivo cargo como parte da classe docente na carreira do magistério.*
312

CRIMINAL

1. Autores/as: Bruno Martinelli Scrignoli

Súmula: *A quesitação do feminicídio (incisos I ou II do § 1º do art. 121-A do Código Penal) deve ser feita apenas após a quesitação das teses defensivas alegadas.* **316**

2. Autores/as: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim (Bruno Salles Ribeiro)

Súmula: *Não podem ser ouvidos, na qualidade de testemunha, agentes de segurança pública ou de polícia judiciária, bem como peritos e assistentes que tenham contribuído para acusação* **324**

3. Autores/as: Cristina Emy Yokaichiya, Juliana Garcia Belloque e Karla Janaina Castro Y Rodriguez de França

Súmula: *O indeferimento do pedido defensivo de participação virtual da pessoa acusada na sessão plenária de julgamento do tribunal do júri gera injustificado cerceamento de defesa, com nulidade absoluta por violação à garantia constitucional da plenitude de defesa prevista no artigo 5°, XXXVIII, a, da Constituição Federal.* **328**

EXECUÇÃO CRIMINAL

1. **Autores/as:** André Ferreira

Súmula: *Deve permanecer suspensa a exigibilidade da pena de multa imposta em sentença criminal contra pessoas em situação de rua. A suspensão da exigibilidade deve perdurar até que a situação econômico-social da pessoa condenada se altere, de forma que possa pagar a multa sem prejuízo do mínimo existencial, mediante prova do Ministério Público. Por fim, a pena de multa será extinta automaticamente na forma do Tema 931/STJ quando do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta cumulativamente, caso inalterada a situação econômico social, ou até o advento de outra causa de extinção da punibilidade, o que ocorrer primeiro.*

342

2. Autores/as: Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD (Roberto Soares Garcia; Guilherme Ziliani Carnelós; Theuan Carvalho Gomes da Silva; Marina Dias Werneck de Souza; Brian Alves Prado; Martim Schein Landgraf, Catherine Fasoranti)

Súmula: *A impossibilidade de adimplemento da pena de multa criminal é presumida quando o/a réu/ré é assistido/a pela Defensoria Pública, incumbindo ao Ministério Público provar o contrário como condição precípua para realização de medidas constritivas. Caso contrário, deve-se, desde logo, ser extinta a punibilidade nos termos do Tema nº 931/STJ.*

356

3. **Autores/as:** Douglas Schauerhuber Nunes e Saulo Dutra de Oliveira

Súmula: *Progressão de Regime pós-Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Limites da irradiação da reincidência e exigência de reincidência específica para a fração de 60% (art. 112, VII, LEP)*

366

CÍVEL

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *"As Territorialidades Tradicionais devem ser reconhecidas como Espaços Ambientalmente Protegidos, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, independentemente de reconhecimento oficial, vedando-se a sobreposição compulsória de Unidades de Conservação da Natureza nos referidos territórios, situação responsável por grave, histórica e sistemática violação de direitos humanos praticada contra Povos e Comunidades Tradicionais.".*

Autores/as: Andrew Toshio Hayama

Assunto

Em dissertação defendida em 2017 na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, publicada em livro no ano seguinte, buscou-se responder de que maneira estruturas, redes, discursos, ideologias e práticas operavam no sentido de desumanizar e desqualificar comunidades tradicionais, destituindo-as da condição de protagonistas e até mesmo de interlocutoras legítimas da pauta socioambiental hoje aparentemente tão valorizada (HAYAMA, 2018).

Demonstrou-se que tal aparato manipulava a preocupação ambiental para agir contra determinadas comunidades situadas em ecossistemas considerados intocados ou com alto grau de reserva de biodiversidade, alegando serem predadoras ou potenciais ameaças à natureza. Identificou-se que tais forças corresponderiam ao ambientalismo ainda hegemônico, conhecido como preservacionista.

As lições aprendidas levaram à necessidade de proposição de uma categoria específica de conflito socioambiental, denominada conflito socioambiental em nome da conservação, para diferenciá-la do clássico e crônico modelo de conflito socioambiental em nome do desenvolvimento. Perceber e apontar as diferenças nos discursos são tarefas fundamentais para a compreensão dos conflitos e interesses em jogo e para adequada construção de estratégias de defesa e enfrentamento a ataques e violências.

De vítimas do processo de desenvolvimento, no caso dos conflitos socioambientais em nome da conservação povos e comunidades são, ao revés, colocados na absurda condição de atuais ou potenciais agentes da destruição ambiental. Por outro lado, nesse tipo de conflito parte dos órgãos e entidades de defesa do meio ambiente passam a ocupar, na perspectiva de povos e comunidades, a posição de algozes.

As acusações, insustentáveis, considerando o alto grau de preservação ambiental em regra existente nos territórios tradicionais, tentam justificar e legitimar o esvaziamento dos espaços ambientalmente íntegros, ocultando processos neocolonialistas e racistas de expulsão, opressão e etnocídio contra povos e comunidades responsáveis pela manutenção dos ecossistemas no qual sempre viveram, de forma a cercar e expropriar referidas áreas para a expansão da fronteira capitalista e abertura de novos nichos de mercado (LEROY, 2016, p. 22-23).

Trata-se de um falso conflito, que não deveria existir, mas que está posto e presente de tal maneira que se vislumbram no horizonte, mesmo nas posições mais progressistas, apenas soluções e arranjos provisórios. É o que tem sustentado o Ministério Público Federal, por exemplo, ao propor a conciliação de interesses ambientais, sociais e culturais, por meio de instrumentos de gestão compartilhada e dupla afetação, quando há sobreposição de Unidades de Conservação de Proteção Integral em Territórios Tradicionais (MPF, 2014).

Não se trata apenas de um lapso ou desvio, mas de um problema estrutural, expressão de "uma disputa de visões sobre a relação entre conservação ambiental e territórios tradicionalmente ocupados - e aqui convém atentar não apenas à criação das unidades de conservação (UCs), mas levar em conta sua implementação e todo um campo normativo que emerge de forma correlata" (GUERRERO, 2022, p. 16).

Na operação ideológica de legitimação do discurso preservacionista, há um duplo movimento: um de apagamento da história de violência e invisibilização dos sujeitos; outro de ataque e desumanização dos vitimizados, qualificados de selvagens, ignorantes, ingênuos, suscetíveis, oportunistas, invasores etc., sempre de acordo com a conveniência e a ocasião. O socioambientalismo disputa em desvantagem em várias dimensões, desde o senso comum até as construções ideológicas

mais sofisticadas. O discurso ambiental, dentro dos muros do Estado da Natureza (Bruno Latour), possui um estoque de legitimidade que o torna imune a críticas e problematizações.

Afora todas as fragilidades, contradições, equívocos e interesses escusos da política ambientalista dominante, as consequências foram e continuam sendo dramáticas a povos e comunidades tradicionais, que sofreram sistematicamente no curso do século XX processos violentos de expulsão direta ou indireta de seus territórios e criminalização ou limitação injustificável de atividades tradicionais.

Caracterizada pela centralidade da criação de Unidades de Conservação, a política ambientalista preservacionista foi imposta de maneira unilateral e autoritária, sem respeitar nem consultar povos e comunidades diretamente afetados pela implementação de regimes jurídico-administrativos que vedavam qualquer presença humana nesses locais.

O modelo preservacionista importado e imposto de forma artificial não faz nenhum sentido, como de forma aguda aponta Davi Kopenawa em sua crítica certeira às ilhas de conservação e à visão ocidental de meio ambiente no brilhante capítulo 23 de A Queda do Céu, intitulado O espíríto da floresta. Na visão do intelectual e xamã Yanomami, o termo meio ambiente é sintomático da relação do povo da mercadoria com a natureza: é a metade, o que restou da floresta, retalhos e "pedacinhos que não passam da sobra do que foi devastado". A política de criação de Unidades de Conservação sem gente, por sua vez, significa o cercamento das florestas e uma certa permissão, fora da cerca, para a continuidade da reprodução do modo de vida capitalista pautado na pilhagem descontrolada de todos os recursos existentes e na destruição insaciável de outras naturezas e culturas. Kopenawa faz uma defesa incisiva da ecologia integral e da sociobiodiversidade, afirmando que "ecologia são os humanos também" e que "ecologia é tudo o que ainda não tem cerca" (KOPENAWA, 2015, p. 468-487).

Ailton Krenak, pensador e escritor destacado e premiado, atribui a "um abuso do que chamam de razão" a política ambientalista de criação de ilhas de conservação e de transformação de sítios sagrados em áreas protegidas, algo "comum em muitos lugares do mundo", concluindo, com ironia e tristeza, "que começa como parque e termina como parking" (KRENAK, 2019, p. 19).

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) não resolveu o passivo socioambiental anterior à lei e mesmo as Unidades de Conservação de Uso Sustentável não asseguram plena autonomia territorial e constantemente são fontes de novos conflitos em função do direito de propriedade titularizado pelo poder público.

As Territorialidades Tradicionais não conservam naturezas de segunda categoria, naturezas degeneradas, porque tocadas e manejadas, nem Unidades de Conservação de Uso Sustentável são inferiores em razão de abrigar interações entre ecossistemas e seres humanos. As naturezas integralmente consideradas são sempre complexas e heterogêneas, constituindo um mosaico de sucessões florestais e de paisagens socioambientais manejadas. As naturezas também não estão cercadas ou reservadas, mas estão mundificadas, quer dizer, manifestam-se enquanto potências e forças de agir terrestres que compõem, vitalizam e mobilizam o mundo.

Após décadas de conflitos com povos indígenas e comunidades tradicionais, o ICMBio consagrou linha de atuação conhecida como gestão compartilhada, que objetiva compatibilizar interesses ambientais e de comunidades presentes em unidades de conservação. O Parecer nº 00175/2021/CPAR/PFEICMBIO/ AGU, de outubro de 2021, adotando entendimento já externado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal, realiza uma releitura do artigo 42 do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) à luz da Convenção nº 169

da OIT, passando a sustentar, de forma definitiva e vinculante com relação ao órgão, a legitimidade e necessidade de reconhecimento da dupla afetação e gestão compartilhada de territórios tradicionais afetados por unidades de conservação de proteção integral.

Em que pese a importância da iniciativa, inédita considerando tratar-se de órgão ambiental, agente diretamente implicado e gerador de violências praticadas contra povos e comunidades tradicionais em nome da conservação, algumas ressalvas precisam ser suscitadas. Primeiramente, o ICMBio parte da premissa de hierarquização entre direitos territoriais indígenas e quilombolas e de outras comunidades tradicionais. Defende-se direito de permanência e aplicação da Convenção nº 169 da OIT para todas as comunidades tradicionais, mas a previsão constitucional de direitos territoriais coletivos aparentemente robusteceria a posição de indígenas e quilombolas. Prova disso é que, segundo o Parecer, o debate sobre desafetação se colocaria apenas em impasses envolvendo territórios indígenas e quilombolas, mas não com relação às demais territorialidades tradicionais (item 113, p. 19).

Também se assume como premissa uma ordem entre as soluções possíveis, priorizando-se a dupla afetação e gestão compartilhada e recomendando-se a desafetação e mesmo a recategorização após o esgotamento das tentativas de conciliação de interesses (item 115, p. 19). A posição é incorreta e viola o direito de consulta, na medida em que estabelece critério de orientação prévio e abstrato na resolução do impasse sem dialogar concretamente com as comunidades vitimizadas e atingidas por UCs.

Quer dizer, a Convenção nº 169 da OIT é invocada, mas não respeitada integralmente, tendo em vista que diante de conflitos a solução deve ser sempre dialogada e construída com as comunidades afetadas, sem impor-se um modelo hierárquico definido unilateralmente por uma das partes interessadas na questão. E não se trata de uma crítica apenas teórica, porque, na prática, várias são as soluções viáveis e a desafetação ou recategorização é desejo e demanda de muitas comunidades tradicionais atingidas por UCs de proteção integral.

A manifestação do ICMBio reconhece a necessidade de encerramento do conflito, corrigindo-se o passivo existente, mas não insere o problema em termos de injustiça socioambiental nem responsabiliza o Estado brasileiro pelo grave histórico de violência sistemática cometida contra povos e comunidades. Há um reconhecimento tímido de responsabilidade e nenhuma sinalização para políticas de reparação, investigação e punição a órgãos e agentes responsáveis por graves violações de direitos humanos de povos e comunidades tradicionais no contexto dos conflitos socioambientais em nome da conservação. No mínimo, o direito de retorno aos territórios tradicionais deveria ser problema cogitado, mas nem uma palavra sobre isso. As medidas recomendadas no Parecer se reduzem a: "(1) a reavaliação dos termos de compromisso até então celebrados com populações tradicionais inerentes, sob a lógica da transitoriedade (regime de transição), sem que se frustre a confiança legitima depositada nos atos administrativos já praticados; e (2) a conformação no plano de manejo, em zoneamento especifico, da gestão e do manejo dos recursos naturais do espaço territorial em regime de dupla afetação - ou dupla proteção" (item 125, p. 21).

Uma outra questão, fora da esfera de influência do órgão ambiental federal, é o fato de que o entendimento firmado não vincularia órgãos estaduais, por se tratar de Parecer restrito ao âmbito do ICMBio. Há iniciativas protagonizadas pelo Instituto Caiçara da Mata Atlântica, com o apoio da Defensoria Pública, para que o governo federal inicie processo de elaboração de norma jurídica que torne o entendimento do ICMBio diretriz a ser seguida nacionalmente, por meio, por exemplo, de um Decreto Nacional.

Nesse sentido, a Comissão das Reservas Extrativista Federais (CONAREX), instituída no âmbito

do Ministério do Meio Ambiente por meio da Portaria Conjunta nº 96, de 05 de abril de 2018, aprovou, em março de 2025, Recomendação que reconhece o conflito histórico decorrente da incidência de unidades de conservação de proteção integral sobre territórios tradicionais e destaca a necessidade de que o "Governo Federal inicie processo de elaboração de norma jurídica que torne diretriz a ser seguida nacionalmente o entendimento atualmente utilizado pelo ICMBio" e que "todos os estados e municípios observem tal diretriz e a incorporem internamente para que passe a valer no âmbito de suas atribuições e competências".[1]

A tese da dupla afetação, medida importante de redução de danos, não resolverá todos os conflitos e poderá engendrar novos problemas. As propostas de gestão compartilhada na perspectiva da dupla afetação, pensadas justamente para garantir direito de permanência em áreas de proteção ambiental integral, significam uma capítís dímínutío para as comunidades tradicionais, tendo em vista que a propriedade pertenceria ao Estado, tornando-as reféns de políticas que podem interferir na autonomia e gestão territorial, a exemplo da concessão de serviços à iniciativa privada em unidades de conservação, de programas como ':A.dote um Parque" e do risco de imposição de projetos de pagamento por serviços ambientais à revelia de interesses comunitários.

Por essa razão, sustenta-se que as Territorialidades Tradicionais são Espécies de Espaços Especialmente Protegidos, extraindo-se consequências não apenas teóricas, simbólicas, poéticas ou éticas dessa proposição, mas também políticas, jurídicas e práticas, como, por exemplo, a responsabilização do poder público e da sociedade pela tarefa comum de conservação da natureza nessas áreas, respeitando-se sempre a autonomia comunitária, e a superação e resolução (e não a conciliação e pacificação!) do conflito decorrente da sobreposição de UCs nesses territórios etnicamente diferenciados.

Como se reconhece a existência de uma grave, histórica e sistemática violação de direitos humanos contra povos e comunidades tradicionais que ainda perdura e produziu etnocidios e refugiados da conservação, tal como as violências contra os atingidos por barragens e os refugiados climáticos, então se exige uma verdadeira justiça socioambiental de transição e medidas de reparação, responsabilização e não repetição, sendo insuficientes políticas de compatibilização de "direitos" e conciliação de interesses, como o horizonte limitado do senso comum vigente oferece.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

A questão envolve a atuação da Defensoria na tutela coletiva de direitos socioambientais e territoriais de povos e comunidades tradicionais, cuja previsão se encontra no artigo 134 da Constituição Federal; no artigo 5º , inciso II, da Lei nº 7.347 /85; nos artigos 1 º , 3ª-A, 4º , incisos VII e X, todos da Lei Complementar nº 80/1994; nos artigos 2º, 5º, incisos III c/c VI, alíneas 'b', 'e' e 'g: da Lei Complementar Estadual nº 988/06.

Meta do plano de atuação relacionada (se houver)

A atuação em defesa de direitos socioambientais e territoriais de povos e comunidades tradicionais vem sendo debatida nos ciclos de conferência estadual e tem sido incorporada em quase

[1] Comunicação verbal e disponibilização de arquivo em pdf com a recomendação do CONAREX pela liderança caiçara da Jureia Dauro Marcos do Prado, ainda sem registro oficial.

todos os planos de atuação institucional, como abaixo se demonstra.

IX PLANO DE ATUAÇÃO 2024-2025

Eixo 1 - Cidadania, Direitos Humanos e Meio Ambiente

1.2. Criação de um núcleo específico de Meio Ambiente na Defensoria Pública, com foco em populações marginalizadas e vítimas de racismo ambiental, como as vítimas de deslizamentos, alagamentos e enchentes em razão das chuvas, bem como nos efeitos da degradação da saúde ambiental e das mudanças climáticas sobre a população vulnerável.

VII PLANO DE ATUAÇÃO 2020-2021

Eixo 2 - Defesa da Diversidade e Igualdade Racial

2.4 - Atuar de forma prioritária para o reconhecimento, demarcação e regularização de comunidades tradicionais, de modo a garantir acesso às políticas públicas essenciais, tais como saúde e educação, e a desburocratização das licenças para o manejo tradicional nessas terras.

VI PLANO DE ATUAÇÃO 2018-2019

Cidadania, Direitos Humanos e Meio Ambiente

Proposta 1.3: Atuar na revisão e adequação da legislação e da política ambiental para que respeitem os direitos de povos e comunidades tradicionais e reconheçam os saberes e as práticas tradicionais como conhecimentos e atividades sustentáveis, de manejo e de baixo impacto ambiental.

V PLANO DE ATUAÇÃO 2016-2017

Eixo 2 - Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito

Proposta 2.3: Exigir o cumprimento dos artigos 68, 215, 216 e 231 da Constituição Federal, na busca da proteção das comunidades tradicionais (populações negras, quilombolas, caiçaras, indígenas, caboclos e ciganos), especialmente por meio da regularização fundiária de seus territórios e da proteção da cultura e atividades destas, como pesca artesanal, roça coivara e artesanato.

IV PLANO DE ATUAÇÃO 2014-2015

Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito

2.5. Atuar nas questões fundiárias para garantir às comunidades tradicionais o domínio pleno de seus territórios assegurados constitucionalmente.

II PLANO DE ATUAÇÃO 2010-2011

DIREITOS HUMANOS, SAÚDE E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

9. Auxiliar as comunidades tradicionais e caiçaras do Vale do Ribeira na discussão dos seus problemas (como a criminalização do seu modo de vida de subsistência) e na construção de soluções.

HABITAÇÃO, URBANISMO, CONFLITOS AGRÁRIOS E MEIO AMBIENTE

6. Acompanhar os processos de regularização de terra de quilombolas, indígenas e ocupantes das áreas públicas da União.

16. Formular política compensatória de compatibilização entre o meio ambiente e o modo de vida das comunidades tradicionais e caiçaras do Vale do Ribeira.

17. Regularização judicial de terras urbanas e rurais, respeitando e reconhecendo o direito e cultura das comunidades tradicionais e caiçaras do Vale do Ribeira na preservação da mata atlântica, utilizando-se do usucapião especial e outras medidas legais.

Moções:

3. Moção de repúdio: Nós, delegados da II Conferência Estadual da Defensoria Pública de São Paulo, demonstramos o repúdio a política imposta pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente, que não garante a participação das populações tradicionais no Plano de Manejo, na implantação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e no cumprimento das leis ambientais.

POLÍTICAS INSTITUCIONAIS

51. Intervir nas questões das comunidades tradicionais e caiçaras, com valorização das atividades econômicas e sociais, em especial na região do Vale do Ribeira.

I PLANO DE ATUAÇÃO 2007-2009

(4) HABITAÇÃO, URBANISMO, CONFLITOS AGRÁRIOS E MEIO AMBIENTE

5. Regularizar loteamentos irregulares e clandestinos, programa de assentamento rural, programas de distribuição de moradias e das áreas ambientais protegidas.

7. Criar e implantar Núcleos Socioeconômicos e Ambientais e Núcleos Regionais de Habitação e Urbanismo para o fim de intermediação e assessoria técnico-jurídica 17 envolvendo as questões ambientais, habitacionais, agrárias e urbanísticas. As seguintes ações devem ser adotadas, dentre outras:

e) Entrar com ações visando à compatibilidade da tutela do meio-ambiente e à regularização da situação dos moradores em área de mananciais.

Fundamentação jurídica

A proteção socioambiental e territorial dos povos e comunidades tradicionais está ancorada em um robusto arcabouço jurídico nacional e internacional, bem como em precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria. A atuação da Defensoria Pública na região do Vale do Ribeira também já rendeu decisões importantes, constituindo experiência relevante para compreensão de demandas socioambientais no âmbito do Sistema de Justiça no estado de São Paulo.

A Constituição Federal operou significativa transformação nas coordenadas dos direitos culturais no Brasil, reconhecendo e tutelando, nos artigos 215 e 216, o patrimônio material e imaterial construído e praticado pelos diversos grupos que compõem o Estado pluriétnico brasileiro.

O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias reconhece às comunidades quilombolas que estejam ocupando suas terras a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

O Decreto nº 4.887 /2003 estabelece procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de terras quilombolas.

A Lei nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), reconhece a existência de comunidades tradicionais e assegura a tutela territorial desses grupos, criando

espaços próprios ao desenvolvimento sustentável dessas coletividades. O SNUC protege o modo de vida tradicional, compatibilizando-se "a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações".

A Lei nº 11.428/2006, conhecida como Lei da Mata Atlântica, trata de forma especial as populações tradicionais, permitindo corte, supressão e exploração de vegetação e a coleta eventual de espécies de flora nativa para consumo próprio, bem como simplificando procedimentos para concessão de autorizações ambientais.

O Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), regulamentado pelo Decreto nº 5.758/2006, inclui os territórios indígenas e quilombolas entre as áreas protegidas e determina que os povos e comunidades tradicionais deverão participar de sua implementação. Como princípio, incorpora o "reconhecimento das áreas protegidas como um dos instrumentos eficazes para a conservação da diversidade biológica e sociocultural" e, nos seus objetivos, dispõe "reconhecer e respeitar os direitos dos povos indígenas, comunidades quilombolas e locais no âmbito do SNUC" e "estabelecer mecanismos para o compartilhamento equitativo dos custos e benefícios resultantes da criação e gestão de unidades de conservação".

Merece destaque a Política Nacional dos Povos e das Comunidades Tradicionais, desenvolvida no Decreto nº 6.040/2007, tratando-se de documento jurídico que conforma e sistematiza um universo abrangente de direitos fundamentais pertencentes aos grupos etnicamente diferenciados. No referido Decreto povos e comunidades tradicionais são conceituados como "grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição".

O Plano Nacional de Cultura, instituído pela Lei nº 12.342/2010, acolhe, como objetivos, a "valorização da diversidade cultural, étnica e regional brasileira", o "estímulo à sustentabilidade socioambiental" e o reconhecimento dos "saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores".

A Lei nº 12.651/2012, o Código Florestal atual, também regulamenta de modo diferenciado a situação das comunidades tradicionais, classificando atividades de exploração agroflorestal sustentável como de interesse social e autorizando, de forma expressa, no artigo 38, o uso de fogo na agricultura de subsistência exercida por populações tradicionais.

O Decreto nº 8.750/2016 regulamenta o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, estabelecendo rol não taxativo de inúmeros segmentos de povos e comunidades tradicionais.

O Decreto nº 11.786/2023, que instituiu a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental Quilombola, estabelece os planos locais de gestão territorial e ambiental como instrumentos prioritários de implementação da política, definidos como "projetos territoriais e ambientais específicos, formulados, aprovados, geridos e monitorados pelas próprias comunidades quilombolas, conforme os usos, os costumes e as tradições de cada território", possuindo a função de identificação, caracterização, disciplina e planejamento dos usos dos recursos naturais, das atividades produtivas, das formas de ocupação dos territórios e da concretização de políticas públicas, "de acordo com as necessidades das comunidades e as visões de futuro dos territórios, com vistas ao etnodesenvolvimento e ao bem-viver" (artigo 11). Além disso, operou atualizações e alguns avanços, incorporando-se na gramática da norma expressões como "justiça climática", "racismo ambiental", "protocolos autônomos de consulta às comunidades" e "bem-viver", sustentando

expressamente que os territórios quilombolas são áreas protegidas, nos termos do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas.

Na dimensão internacional, a Convenção sobre Diversidade Biológica, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 02/1994, no artigo 8 º (j), determina que sejam respeitados e considerados o "conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica".

Específica e abrangente, a Convenção nº 169/89 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais produz um significativo rol de direitos fundamentais destinados a grupos etnicamente diferenciados, posicionando o Direito de Consulta Livre, Prévia e Informada como espinha dorsal. A Convenção nº 169 da OIT foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5.051/2004 e, por dispor sobre direitos humanos, possui caráter de norma supralegal, conforme posição atual do Supremo Tribunal Federal, não podendo, em razão da hierarquia normativa, ser contrariada por textos normativos ordinários.

O Ministério Público Federal, por meio da 6ª Câmara de Conciliação e Revisão, ao emitir Manual de Atuação (2014) e enunciados específicos a respeito do conflito no ano de 2014, passou a sustentar, promovendo uma releitura do artigo 42 do SNUC, que direitos territoriais de povos indígenas e comunidades tradicionais são tão dignos de proteção quanto a manutenção da biodiversidade, defendendo como solução a conciliação de interesses.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 230, de 08 de junho de 2021, padronizou e regulamentou a atuação da instituição junto a povos e comunidades tradicionais, incorporando a gramática da interculturalidade, o direito à autonomia e o respeito pleno à Convenção nº 169 da OIT. Com relação aos territórios tradicionais, o documento reconhece expressamente que remoções e deslocamentos forçados implicam violações de direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao examinar pedido ajuizado contra o Decreto nº 4.887 /2003, fincou parâmetros interpretativos estruturantes, considerando improcedente, em julgamento finalizado em 2018, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3239, por entender que o artigo 68 do ADCT é autoaplicável, dispensando obrigatoriedade de lei, e que o critério da autoatribuição já está assegurado na Convenção nº 169 da OIT, a qual dispõe que a "consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção." Além disso, afastou a incidência da tese do marco temporal às comunidades quilombolas, tratando-se de decisão que supera a posição adotada no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Mais recentemente, em decisão unânime, o mesmo STF, em maio de 2023, no bojo da ADI nº 7.008 contra a Lei Estadual nº 16.206/2016, definiu que as áreas de unidades de conservação incidentes em territórios tradicionalmente ocupados por povos e comunidades tradicionais (PCTs) deverão ser excluídas de processos de concessão, pelo Estado, para a iniciativa privada, "independentemente do status de regularização fundiária e da morosidade do Estado em efetivar seu dever de demarcá-las e protegê-las."

O debate oportunizou que o STF enfrentasse a questão e sedimentasse entendimento que: 1) confere os mesmos direitos territoriais coletivos a indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais;

2) assume como premissa que todas as comunidades tradicionais são titulares de direitos previstos na Convenção nº 169 da OIT; 3) garante direitos territoriais coletivos independentemente de reconhecimento oficial e regularização fundiária, afastando propostas de concessão de áreas

pertencentes a povos e comunidades tradicionais; 4) identifica que a sobreposição de unidades de conservação em territorialidades tradicionais indígenas, quilombolas e de outras comunidades pode acarretar conflitos que devem ser resolvidos assegurando-se a autonomia territorial e a autodeterminação comunitária.

No Tocantins, o Tribunal de Justiça foi ainda mais longe em abril de 2022, julgando totalmente procedente, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0011713-61.2021.8.27.2700/TO, pedido de inconstitucionalidade e inconvencionalidade de lei estadual que aprovava a concessão de áreas do Parque Estadual do Jalapão para a iniciativa privada, em detrimento de comunidades tradicionais afetadas e existentes na unidade de conservação. A ementa cravou que a legislação é inconvencional, considerando que

> (...) a ordem cronológica de realização destes expedientes (consultas e audiências públicas) não vem permitindo a efetiva participação da população interessada, de modo a viabilizar uma eficaz exteriorização de suas preocupações acerca das concessões, ou mesmo para tomar conhecimento dos meios e modalidades em que se dariam as suas participações no projeto, em direta afronta à Convenção nº 169 da OIT.

No âmbito internacional, Eliane Pinto Moreira realizou uma pesquisa abrangente e profunda sobre "a jurisprudência da Corte Interamericana com foco nas sentenças de mérito em casos contenciosos que envolveram direitos de povos e comunidades tradicionais". Na obra, a autora sistematizou "37 sentenças de mérito concernentes a 27 casos apreciados pela Corte, prolatadas entre os anos de 1987 e 2015", envolvendo temas diversos como "proteção de territórios, direito à identidade cultural, direito à integridade física, direito à vida, direitos políticos, desaparecimento forçado", mas que "abordam, em maior ou menor intensidade, o direito socioambiental ao território e à identidade cultural" (MOREIRA, 2017, p. 90).

Realizando um balanço do universo total dessas decisões selecionadas, Moreira identificou fases e "uma forte transição após o ano de 2005, no qual as decisões sobre direitos socioambientais territoriais foram prolatadas de forma mais frequente", o que tem relação, na visão da jurista, com a própria história da América Latina, que passa por ditaduras e situações mais brutais de violência e vai se aproximando de "pautas sociais e ambientais, tal como ocorre com a prevalência, na atualidade, de debates envolvendo grandes projetos de exploração de recursos naturais e a criação de áreas protegidas em sobreposição aos territórios tradicionais" (MOREIRA, 2017, p. 95).

No atinente ao conflito envolvendo incidência de unidades de conservação em territórios tradicionais, destaca-se o caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai,julgado em agosto de 2010, cujo espaço comunitário foi afetado pela criação de uma reserva natural privada em um terço da área.

> Sobre a criação de uma área protegida (reserva natural) em sobreposição ao território tradicional, a corte ressaltou a ausência de consulta prévia à comunidade como uma necessidade de observação da Convenção 169 da OIT. Também levou em conta que, ao deixar de considerar a reivindicação dos povos indígenas sobre aquele território, o Estado "ocasionó perjuicios a la forma de vida de los miembros de la Comunidad" (§ 158). Quanto ao fato de existir uma ação em tramitação que questiona a constitucionalidade da criação da reserva natural, a Corte ressaltou período excessivo e injustificável em que este processo encontra-se suspenso e que o próp1io Estado identificou a irregularidade da criação da reserva. A Corte entendeu que a criação da reserva natural privada em sobreposição ao território tradicional demonstra que o Estado não apenas não concretizou o direito

> territorial indígena, como, também, criou obstáculos à sua efetivação, pois esta se configurou como um impedimento ao uso tradicional e, também, ao seu uso e ocupação. A Corte manifestou-se preocupada com a possibilidade de que a criação destas áreas de proteção ambiental seja um subterfúgio 'novo e sofisticado' para criar obstáculos aos direitos territoriais. (MOREIRA, 2017, p.163-164)

Em outras situações envolvendo conflitos entre territórios tradicionais e áreas ambientalmente protegidas, a Corte enfatizou a vocação ambientalista dos povos e comunidades etnicamente diferenciados, defendendo a compatibilização de interesses ambientais e comunitários, desde que garantidos a "permanência do acesso e uso aos territórios tradicionais, o direito a participar dos benefícios derivados da conservação e viabilidade do uso sustentável, assegurando-se a ocupação e o uso sem vedações de atividades tradicionais" (MOREIRA, 2017, p. 236).

A Defensoria Pública no Vale do Ribeira possui extenso histórico de atuação em demandas envolvendo conflitos socioambientais decorrentes da sobreposição de UCs em Territórios Tradicionais, destacando-se o caso da Comunidade Quilombola de Bombas, situada na cidade de Iporanga/SP, que sofre a sobreposição do Parque Estadual Turístico do Alto Ribeira (PETAR).

A Ação Civil Pública, proposta pela Defensoria Pública contra o estado de São Paulo, o Instituto de Terras (ITESP) e a Fundação Florestal requer o reconhecimento territorial da Comunidade Quilombola de Bombas, com aprovação e publicação do Relatório Técnico Científico elaborado a pedido do ITESP no ano de 2003. Também pede a decretação da invalidade do PETAR na parte que incide sobre a comunidade quilombola, bem como a titulação do território, com a desintrusão de terceiros. Por fim, solicita que o poder público autorize a agricultura de subsistência e construa via adequada de acesso para a com unidade.

Depois da propositura da Ação Civil Pública, em março de 2014, a Fundação Florestal, espontaneamente, passou a autorizar a prática de roça itinerante no território e o ITESP, em novembro de 2014, procedeu ao reconhecimento da comunidade quilombola, publicando o Relatório Técnico Científico no Diário Oficial. No dia 18 de julho de 2015, o Juiz da Comarca de Eldorado realizou inspeção interinstitucional no local, percorrendo trilha de 04 horas até a Comunidade Quilombola de Bombas, que resultou em decisão determinando a construção de estrada entre o Quilombo e a cidade de Iporanga/SP, mantida pela 1 ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar provimento ao recurso do ITESP.

Após quase 10 anos de tramitação, em sentença de mérito inédita, proferida no ano de 2023, o Juízo de Eldorado julgou integralmente procedente os pedidos formulados pela Defensoria Pública para considerar inválido o Decreto que cria o Parque na parte superposta ao Território Tradicional e para determinar que o estado de São Paulo reconheça, regularize e titule todo o território indicado pela comunidade. Não há precedente nesse sentido, tratando-se da primeira decisão judicial na história do socioambientalismo que supera a tese da dupla afetação e gestão compartilhada para reconhecer a autonomia plena do território quilombola diante da imposição ilegal, inconstitucional e inconvencional de uma UC de Proteção Integral.[2]

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Apesar de todos os avanços ocorridos a partir da Constituição Federal (1988), merecendo destaque a aprovação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (2000), da

[2] Disponível em: https://almapreta.com.br/sessao/cotidiano/em-decisao-inedita-justica-de-sp-devolve-area-historicaa-quilombolas-e-determina-titulacaoj. Acesso em 05 de janeiro de 2025.

Convenção 169 da OIT (2002), do Decreto Quilombola (2003), da Lei da Mata Atlântica (2006), da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais (2007) e do Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (2016), os conflitos decorrentes da incidência de UCs em Territórios Tradicionais persistem, especialmente em face das comunidades tradicionais que não são indígenas nem quilombolas.

Há um passivo socioambiental considerável e, com menos intensidade, ainda conflitos atuais, considerando que o ambientalismo preservacionista, embora decadente e insustentável, ainda permanece hegemônico, notadamente em alguns estados, como São Paulo e Paraná. Não há um levantamento completo dos conflitos socioambientais em nome da conservação em todo o Brasil, mas vasta literatura aborda a problemática e alguns esforços foram empreendidos para tentativa de diagnóstico mais amplo da questão.

Os dados a respeito dessa violência são precários e escassos, informando Mark Dowie estimativas que apontariam a existência de 05 a 10 milhões de refugiados da conservação no mundo, tudo a depender, na verdade, da interpretação que se dê a processos de expulsão, deslocamento, reassentamento, inviabilização do modo de vida tradicional etc. Assinala, todavia, que "os refugiados da conservação existem em cada continente, com exceção da Antártica. E, em todos os relatos, vivem de forma muito mais difícil que antes, banidos de territórios que ocuparam por centenas, às vezes milhares de anos" (DOWIE, 2008, p. 118).

Relatório do Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras da Universidade de São Paulo (NUPAUB) acerca dos Povos/Comunidades Tradicionais e Áreas Protegidas no Brasil compilou e analisou 61 casos de conflitos, inferindo que as consequências da implantação de UCs de proteção integral ocasionaram inúmeros danos e prejuízos aos moradores tradicionais, tais como: a) restrição em direitos civis (direito de ir e vir, de inviolabilidade de domicilio) e direitos sociais (acessibilidade, transporte, saúde etc.); b) usurpação do direito ao território ocupado ancestralmente, agravada pelo fato de, em geral, não possuírem título de propriedade das áreas, o que lhes subtrai o direito ao recebimento de indenização por desapropriação, restando-lhes apenas serem realocados; c) desorganização do modo de vida tradicional, em virtude das vedações ambientais impostas ao extrativismo, pesca e roça, ainda que haja plano de manejo; d) proibição do exercício do autogoverno, lançando os moradores a uma situação de subserviência às autoridades impostas pela sociedade hegemônica; e) migração de moradores para viverem em condições de vulnerabilidade social no meio urbano, em razão da opressão e, simultaneamente, abandono do poder público, que só se faz presente nas comunidades afetadas pelas regras de proteção integral para mostrar sua face punitiva; f) demora na definição da situação, engendrando enorme insegurança na vida dos moradores que é conveniente ao Estado, o qual se exonera da obrigação de reassentamento e eventual indenização; g) restrição ou desestímulo à preservação do patrimônio cultural imaterial, como as festas, o fandango, os mutirões etc. e incentivo a atividades de geração de renda como o ecoturismo e o artesanato; h) destruição ambiental por ações de terceiros, como cortadores de palmito, madeireiros, mineradores etc., encorajados pela retirada de moradores tradicionais e pela ausência de fiscalização adequada por parte do poder público; i) danos morais individuais e coletivos ao grupos etnicamente diferenciados (2011).

Juliano Locatelli relata a incidência de sobreposições de UCs em 77 Tis e de presença de povos tradicionais e agricultores/as familiares em 68% das UCs de proteção integral. No estado do Paraná, área que examina em seu trabalho, identificou a existência de UCs em 125 municípios, "consideradas todas as suas modalidades", e ocorrência de superposição em territórios tradicionais de "povos indígenas, quilombolas, caiçaras, cipozeiros, faxinalenses e ilhéus" em 49 desses entes municipais (LOCATELLI, 2024, p. 149-150).

O INCRA, no ano de 2018, contabilizou "40 Territórios Quilombolas (TQ) em sobreposição a 36 Unidades de Conservação (UC) federais, estaduais e municipais, de proteção integral (27) e de uso sustentável (9)", ocorrendo casos no "Sudeste (18 TQ), seguido pela região Norte (15 TQ), Nordeste (quatro TQ) e Sul (três TQ)" (COSTA, 2022, p. 41).

O ICMBio, por sua vez, elaborou, no ano de 2012, relatório específico sobre a questão, identificando, num universo total de 312 unidades federais, a existência de "aproximadamente 100 unidades de conservação federais com algum tipo de sobreposição territorial, desde terras indígenas homologadas até territórios de uso de populações tradicionais não delimitados, passando por territórios quilombolas em processo de reconhecimento" (2012, p. 09). Os conflitos ocorrem em todos os biornas e regiões, prevalecendo em Unidades de Conservação de Proteção Integral (2012, p. 11-16).

O Parecer da Procuradoria Federal nº 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF / AGU, que atua junto ao ICMBio, sobre o qual já se discorreu, utiliza como base diagnóstica dados que apontam "territórios tradicionais e áreas de agricultores familiares em aproximadamente 68% das Unidades de Conservação de Proteção Integral", assim como indicam "124 casos de sobreposição entre UC de proteção integral e territórios de povos e comunidades tradicionais".

Natalia Guerrero relembra que a questão das sobreposições "foi objeto de alguns esforços mais sistemáticos de mapeamento e registro, para além de diversos estudos de caso", citando a iniciativa do NUPAUB, que em 1995 promoveu o "levantamento de sobreposições nos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Paraná e São Paulo, região de Mata Atlântica", bem como a coletânea de 2004 organizada pelo ISA acerca da superposição de UCs em Tis (GUERRERO, 2022, p. 16).

A autora aponta que "o único mapeamento em âmbito nacional de que se tem notícia a respeito da incidência de UCs em territórios de povos indígenas, quilombolas e comunidades locais tradicionais de forma geral foi realizado pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade". No documento intitulado Levantamento de Interfaces entre Unidades de Conservação e Povos e Comunidades Tradicionais e Sobreposições Territoriais, constatou-se que o conflito afeta "cerca de 50% das UCs federais, além de envolver todos os estados federativos e quase todos os biornas (com exceção de Pampa e Pantanal, que possuem uma única UC cada um)" (GUERRERO, 2022, p. 17).

> O levantamento apontou que em 69,6% das unidades de proteção integral, há algum tipo de sobreposição - mais de um caso, em algumas delas. Nessa categoria, os parques nacionais encabeçam a lista, com 76,8% dessas unidades apresentando sobreposição, seguidos pelas áreas de monumentos naturais (65,5%), pelas estações ecológicas (65,5) e pelas reservas biológicas (62,1%). Quanto aos grupos sociais envolvidos, o estudo os divide em cinco categorias: agricultores familiares não assentados (30% das interfaces); populações tradicionais (28%), indígenas (20%), quilombolas (11%) e assentados da reforma agrária (9%). Em suma, povos e comunidades tradicionais constituem a maioria dos coletivos afetados (59%). (GUERRERO, 2022, p.17)

Na região do Vale do Ribeira, depois de advertir que "ainda não existe um número oficial de quantos são estes moradores", em virtude de a própria secretaria ambiental não dispor "de um levantamento confiável desta questão para a maioria de suas Unidades", Roberto Resende apurou que estimativas "informais indicam de quatro até oito mil famílias residindo em UC's no Litoral e Vale do Ribeira" (RESENDE, 2002, p. 122). As especulações e estimativas informais são corroboradas pelas inúmeras demandas desse tipo que aportam na Defensoria Pública do Estado na região do Vale do Ribeira.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Esta tese institucional, formulada a partir da tese de doutorado deste Defensor proponente defendida e aprovada na Universidade Federal de Goiás neste ano de 2025, retoma uma ideia cuja origem não é propriamente nova, quer dizer, a de que Territorialidades Tradicionais são espécies de Espaços Ambientalmente Protegidos, categoria que encontra previsão constitucional no artigo 225, § 12, inciso III.

Benatti, com base no Plano Nacional de Áreas Protegidas, emprega área protegida como gênero, "pois as espécies são as unidades de conservação, terras indígenas e quilombolas, reserva legal, área de preservação permanente etc." (BENATTI, 2021, p. 04). A inclusão das territorialidades étnicas no rol de áreas protegidas não é gesto aleatório ou pontual, mas fruto do amadurecimento de estudos sobre a função socioambiental e a inegável biodiversidade presente nesses locais, bem como do reconhecimento da "interdependência entre diversidade biológica e cultural" (BENATTI, 2021, p. 18). Entretanto, esse despertar ainda não repercute na formulação e execução de políticas públicas, muito menos nos regimes de gestão de áreas de interesse socioambiental, ainda reféns do domínio autoritário de agências do Leviatã ecológico.

É tempo de dizer basta e sustentar que é inadmissível ignorar a existência da Convenção nº 169 da OIT, norma com força ao menos supralegal, a qual reconhece de forma expressa e completa direitos territoriais coletivos dos povos indígenas e também dos tribais, categoria que abarca todos os povos e comunidades no Brasil que se reconhecem como tradicionais, como defendem, por exemplo, Liana Amin Lima da Silva (SILVA, 2019, p. 59-66), Eliane Pinto Moreira (MOREIRA, 2017, p. 48-51) e Felício Pontes (PONTES JUNIOR; OLIVEIRA, 2015, p. 102-103).

A Convenção também disciplina o exercício e regime dos direitos territoriais, tornando desnecessária, inclusive, a produção de norma infraconstitucional sobre o tema, como decidiu o Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento da ADI 3239, que declarou a validade do Decreto 4.887 /2003, afastando também a tese do marco temporal a comunidades quilombolas (MPF, 2018).

UCs não podem mais incidir sobre Territórios Tradicionais e o passivo socioambiental pendente precisa ser revertido, resolvendo-se a sobreposição com desafetação ou outra solução aceita pela comunidade atingida, respeitando-se direito de escolha livre, informada e autônoma. Mais que isso, o argumento que se lança é o de que os Territórios Tradicionais cumprem exemplarmente função socioambiental e já são áreas ambientalmente preservadas, nos termos da Constituição Federal, ou seja, são espaços territoriais ambientalmente protegidos, ou, mais precisamente, são territórios socioambientais equiparados às UCs, os quais, assim, independem delas, dispensam sua criação e, mais corretamente, proíbem sua incidência e sobreposição, o que não significa abandono do poder público e da sociedade na tarefa conjunta de proteção da natureza.

Nada obsta, por suposto, que Povos e Comunidades Tradicionais decidam de maneira informada, consciente e livre pela manutenção ou mesmo criação de UCs em seus territórios tradicionais, por motivos variados, como os exemplos apresentados por Cláudio Maretti na Bolívia, Colômbia, África do Sul e Austrália demonstram (2004, p. 91-94), o que pode resultar em mosaicos de áreas protegidas e arranjos híbridos, como as chamadas Áreas de Conservação Comunitárias (2004, p. 95).

Diante desse tipo de conflito, esta tese sugere à Defensoria Pública a adoção do seguinte fluxo de atuação:

1. Combater, judicialmente se necessário, e se assim a comunidade afetada desejar, a criação de Unidade de Conservação da Natureza no Território Tradicional, mormente a de Proteção Integral, prevenindo futuros e fatais conflitos socioambientais;

2. Se, ainda assim, prosseguir o processo administrativo, garantir o devido processo socioambiental previsto no próprio SNUC e o respeito pleno ao Direito de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado assegurado na Convenção nº 169 da OIT, para que se implemente modalidade de UC que permita a presença de comunidades tradicionais em seu interior (Resex, RDS etc.);

3. Quanto às sobreposições já existentes entre UCs de Proteção Integral e Territórios Tradicionais, observar a viabilidade das seguintes soluções: a) desafetação, por meio de lei, ou invalidade, por meio de decisão judicial, da UC superposta ao Território Tradicional; b) recategorização para outro tipo de UC que autorize a presença de comunidades tradicionais em seu interior; c) dupla afetação, com adoção do regime de gestão compartilhada entre comunidade tradicional impactada e poder público responsável.

4. De todo modo, sempre atuar para impedir a expulsão ou mesmo o reassentamento de comunidades tradicionais de seus territórios, a não ser nas seguintes hipóteses: a) em caso escolha decorrente de consentimento livre, prévio e informado da comunidade tradicional; b) em caso de situação de emergência que signifique comprovado risco insuportável à integridade da comunidade tradicional, nos termos do que estabelece a Convenção 169 da OIT.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE

A tese se destina à proteção de povos e comunidades tradicionais, argumentando que a política ambiental hegemônica, de cunho preservacionista, eurocentrada e colonialista, produz violação grave e sistemática de direitos fundamentais e racismo ambiental. O enfoque de raça permeia e orienta a atuação institucional defendida nesta tese.

AO JUÍZO DA __ A VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Unidade de Conservação xxx incidente sobre o Território Tradicional xxx.

Invalidade da sobreposição da Unidade de Conservação na parte que incide sobre o Território Tradicional.

Pedido subsidiário de reconhecimento de dupla afetação e gestão compartilhada.

Autos nº

Ação Civil Pública

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com as prerrogativas de intimação pessoal e concessão de prazo em dobro nos termos do artigo 128, 1, da Lei Complementar Federal nº 80/94 c/c Lei Complementar Estadual nº 988/06, vem, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 1 °, incisos Ili e IV, e 5°, inciso 11, da Lei nº 7.347/85; no artigo 5°, incisos Ili c/c VI, alíneas 'b' e 'g', da Lei Complementar Estadual nº 988/06, propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA, em face de xxx, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e li do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. FATOS

Trata-se de Comunidade Tradicional xxx afetada pela sobreposição de Unidade de Conservação xxx. A incidência da UC viola direitos fundamentais, causando: a) restrição em direitos civis (direito de ir e vir, de inviolabilidade de domicílio) e direitos sociais (acessibilidade, transporte, saúde etc.); b) usurpação do direito ao território ocupado ancestralmente, agravada pelo fato de, em geral, não possuírem título de propriedade das áreas, o que lhes subtrai o direito ao recebimento de indenização por desapropriação, restando-lhes apenas serem realocados; c) desorganização do modo de vida tradicional, em virtude das vedações ambientais impostas ao extrativismo, pesca e roça, ainda que haja plano de manejo; d) proibição do exercício do autogoverno, lançando os moradores a uma situação de subserviência às autoridades impostas pela sociedade hegemónica; e) migração de moradores para viverem em condições de vulnerabilidade social no meio urbano, em razão da opressão e, simultaneamente, abandono do poder público, que só se faz presente nas comunidades afetadas pelas regras de proteção integral para mostrar sua face punitiva; f) demora na definição da situação, engendrando enorme insegurança na vida dos moradores que é conveniente ao Estado, o qual se exonera da obrigação de reassentamento e eventual indenização; g) restrição ou desestímulo à preservação do patrimônio cultural imaterial, como as festas, o fandango, os mutirões etc. e incentivo a atividades de geração de renda como o ecoturismo e o artesanato; h) destruição ambiental por ações de terceiros, como cortadores de palmito, madeireiros, mineradores etc., encorajados pela retirada de moradores tradicionais e pela ausência de fiscalização adequada por parte do poder público; i) danos morais individuais e coletivos ao grupos etnicamente diferenciados.

É a síntese.

III. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

Considerando que o Território Tradicional é uma categoria de Espaço Ambientalmente Protegido, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, vedada a sobreposição compulsória de Unidade de Conservação da Natureza no referido território, razão pela qual deve ser reconhecida a invalidade da parte da UC superposta ao Território Tradicional.

Caso não se acolha o entendimento acima sustentado, aplicável o regime da dupla afetação, adotandose a dinâmica de gestão compartilhada entre comunidade tradicional impactada e poder público responsável, não sendo viável a expulsão ou mesmo o reassentamento da comunidade tradicional de seu território.

IV. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

e. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência,

nos termos do art. 98 e ss do CPC;

f. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e li do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

g. A procedência do pedido, com o reconhecimento da invalidade da norma xxx, que criou a Unidade de Conservação xxx, no tocante à sua incidência sobre o Território Tradicional xxx;

h. Caso não se entenda pelo acolhimento do pedido principal, pleiteia-se o reconhecimento da dupla afetação, coexistindo o Território Tradicional xxx e a Unidade de Conservação xxx, com elaboração de Plano de Gestão Compartilhada e composição de Conselho paritário.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

REFERÊNCIAS

BENATTI, José Heder. Sobreposição de Área Protegida em Território Tradicional: o caso do Parque Nacional do Jaú e o Quilombo de Tambor, Amazonas, Brasil. In: **Revista Videre**, Dourados, v. 13, n. 26, jan./abr., 2021, p. 367-392.

COSTA, Julia Marques Dalla. Sobreposições de unidades de conservação às terras quilombolas. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; MAGALHÃES, Sonia Barbosa; ADAMS, Cristina (organizadoras). **Povos tradicionais e biodiversidade no Brasil**: contribuições dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para a biodiversidade, políticas e ameaças. São Paulo: SBPC, 2022, parte IV, Seção 12.

DOWIE, Mark. Refugiados da Conservação. In: DIEGUES, Antonio Carlos (organizador). **A Ecologia política das grandes ONGs transnacionais conservacionistas**. São Paulo: NUPAUB/USP, 2008, p. 113-124.

GUERRERO, Natalia Ribas. Sobreposições territoriais envolvendo unidades de conservação. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; MAGALHÃES, Sonia Barbosa; ADAMS, Cristina (organizadoras). **Povos tradicionais e biodiversidade no Brasil**: contribuições dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para a biodiversidade, políticas e ameaças. São Paulo: SBPC, 2022, parte IV, Seção 12.

HAYAMA, Andrew Toshio. **Unidades de Conservação em Territórios Quilombolas**: conflitos socioambientais e atuação da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. Povos indígenas, quilombolas, comunidades tradicionais, assentados da reforma agrária e unidades de conservação federais. Diagnóstico e Plano de Ação para a Gestão dos Conflitos Territoriais, 2012.

KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu**: palavras de um xamã yanomami. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LEROY, Jean Pierre. **Mercado ou bens comuns?** O papel dos povos indígenas, comunidades tradicionais e setores do campesinato diante da crise ambiental. Rio de Janeiro: FASE, 2016.

MARETTI, Cláudio C. Relações entre áreas protegidas e indígenas: possíveis conflitos e soluções. In: RICARDO, Fany (Organizadora). **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da natureza:** o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 85-98.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Coordenação Maria Luiza Grabner; Redação Eliane Simões e Deborah Stucchi. Brasília: MPF, 2014.

__ . Reconhecimento de direitos territoriais de comunidades quilombolas. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais; Coordenação Maria Luiza Grabner. Brasília: MPF, 2018.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos**: uma análise a partir dos Direitos Territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NUPAUB - NÚCLEO DE APOIO À PESQUISA SOBRE POPULAÇÕES HUMANAS EM ÁREAS ÚMIDAS DO BRASIL. Povos/Comunidades Tracionais e Áreas Protegidas no Brasil: Conflitos e Direitos. Série Documentos e Relatórios de Pesquisa. Pró-Reitoria de Pesquisa USP. São Paulo: 2011.

PONTES JUNIOR, Felício; OLIVEIRA, Rodrigo. Audiência Pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações. In: DUPRAT, Deborah (organizadora). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais.** Brasília: ESMPU, 2015.

RESENDE, Roberto Ulisses. **As regras do jogo:** legislação florestal e desenvolvimento sustentável no Vale do Ribeira. São Paulo: Annablume, 2002.

SANTOS, Juliano Locatelli. **A segunda fronteira**: conflitos socioambientais em (com)unidades de conservação. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Socioambiental e Sustentabilidade da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito. Curitiba: 2024, 313p.

CÍVEL

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A legalidade dos atos administrativos de não incorporação de medicamentos na rede pública está vinculada à existência, veracidade e legitimidade dos motivos que a fundamentam, nos termos do art. 19-Q da Lei nº 12.401/2011 e do acórdão do Tema Repetitivo 1.234 do STF.*

Autores/as: Davi Quintanilha Failde de Azevedo e Felipe Balduino Romariz

Assunto

Cível/Fazenda Pública – Preenchimento de requisitos dos Temas Repetitivos 6 e 1.234 do STF; demandas de medicamentos contra o poder público; legalidade de atos administrativos da Conitec.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Lei Complementar Estadual nº 988, de 9 de janeiro de 2006:

> **Artigo 5º** - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:
>
> III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;
>
> VI- promover:
>
> d) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos do consumidor necessitado;

Fundamentação jurídica

Os Temas Repetitivos 6 e 1.234 do STF estabeleceram diversos requisitos que condicionam a concessão judicial de medicamentos, dentre os quais a obrigatoriedade de que a decisão analise a legalidade do ato administrativo da Conitec que recomende a não incorporação do medicamento, caso existente. Nos termos do acórdão do Tema 1.234, tal análise não deve entrar no mérito administrativo da decisão, exceto para averiguação da observância à teoria dos motivos determinantes. In verbis:

> "A análise jurisdicional (...) da legalidade do ato de não incorporação e do ato administrativo questionado, à luz do controle de legalidade e da teoria dos motivos determinantes, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvada a cognição do ato administrativo discricionário, o qual se vincula à existência, à veracidade e à legitimidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos". RE 1366243, Min. Relator Gilmar Mendes, Plenário. Julgado em 16/09/2024. Acórdão publicado em 11/10/2024.

A reafirmação deste entendimento é imprescindível diante da frequente necessidade de incursão no mérito administrativo dos atos para demonstrar a superveniente obsolescência de decisões antigas da Conitec. É muito frequente que, no momento de emissão do parecer original pelo órgão, todos os elementos de fundamentação exigidos pela Lei nº 12.401/2011 tenham sido observados, a saber:

> Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.
>
> (...)
>
> § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

> levará em consideração, necessariamente:
>
> I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
>
> II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Contudo, com o passar do tempo, as evidências científicas consideradas na ocasião, bem como os dados orçamentários tomados como parâmetro para a análise de custo-efetividade, tornam-se obsoletos, seja pela publicação de novas evidências científicas ou pela difusão da tecnologia no mercado e pela atualização do horizonte tecnológico, elementos que barateiam medicamentos mais antigos. Em ambos os casos, o resultado final é de superveniente deslegitimidade da decisão da Conitec, já que os motivos que a fundamentaram originalmente não são mais verídicos.

Dessa forma, essencial o reconhecimento de que, na análise dos atos administrativos da Conitec, a teoria dos motivos determinantes possa ser aventada pelo juízo para análise de legalidade. Nestes exatos termos, cite-se decisão recente do próprio STF, baseada em argumentos desenvolvidos pelo E. Ministro Gilmar Mendes, relator do voto unânime no Tema 1.234:

> Nesse sentido, ao julgar improcedente a Rcl 75.188/DF, proposta pela União, o Ministro Gilmar Mendes manteve a decisão da 21ª Vara Federal do Distrito Federal que havia determinado o fornecimento do Zolgensma para paciente com dezesseis (16) meses de idade, sob os seguintes fundamentos: Tendo em vista os robustos dados científicos apresentados, no relatório acima transcrito, amparado em medicina baseada em evidências, no sentido de que "evidências emergentes indicam que o uso precoce de Zolgensma em pacientes com AME tipo 2 pode levar a ganhos substanciais em força muscular, função motora e redução da necessidade de suporte ventilatório, impactando positivamente a qualidade de vida e a sobrevida desses pacientes", bem como que "a intervenção precoce com Zolgensma é crucial para maximizar os benefícios, preservando as funções motoras antes que a deterioração irreversível ocorra", verifica-se a superveniente deslegitimidade (análise acerca da legitimidade) do ato inicial de não incorporação do medicamento pela Conitec e a comprovação da eficácia, da acurácia, da efetividade e da segurança do fármaco, para crianças com AME Tipo 2 até 2 anos, diante das novos estudos científicos de alto nível produzidos pela comunidade científica internacional. Nesse cenário, não mais se sustentam, ou pelo menos merecem revisitação, os argumentos apresentados pela Conitec no sentido de que as evidências clínicas disponíveis sobre eficácia e segurança indicam sucesso do tratamento apenas para uma população de até 6 meses de idade, diagnosticadas com AME Tipo 1. Desse modo, considero preenchidos os requisitos previstos nas alíneas "b" e "d" do item 2 do tema 6, bem ainda item 4.2 do tema 1234, ambos da sistemática da repercussão geral. [...] Em resumo, considerando: 1) a existência de estudos recentes de alto nível que evidenciam a eficácia, a efetividade e a segurança do Zolgensma para tratamento de crianças de até 2 anos de idade diagnosticadas com Atrofia Muscular Espinhal (AME) Tipos 1 e 2; 2) a superveniente deslegitimidade do ato da Conitec de não incorporação do fármaco ao SUS para AME Tipo 2, até 2 anos de idade; 3) a inexistência de substituto terapêutico eficaz dispensado pelo

sistema público; 4) a comprovação da indispensabilidade do medicamento para tratamento da enfermidade que acomete o autor; e 5) a impossibilidade de custeio pelo autor; verificam-se preenchidos todos os requisitos previstos na exceção do tema 6, que justificam a fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS pelo Poder Judiciário. Ante o exposto, julgo procedente a reclamação, para cassar a decisão reclamada, determinando que a União forneça o medicamento pleiteado, o qual deverá ser ministrado exatamente de acordo com as orientações médicas e dos profissionais de saúde que assistem o reclamante. Sem condenação em honorários, pois não houve angularização processual. Atribua-se a esta decisão força de mandado/ofício. RCL 75.661, Min. Relator Cristiano Zanin. Julgado em 10/02/2025. Publicado em 11/02/2025.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Dentre os requisitos para concessão judicial de medicamentos demandados do poder público estabelecidos pelos Temas Repetitivos 6 e 1.234 do STF, a comprovação de ilegalidade do ato administrativo de não incorporação da Conitec é a mais complexa. Sem a incursão no mérito administrativo do ato, a análise de legalidade está restrita à verificação de cumprimento das regras formais que ditam o processo de avaliação de tecnologias em saúde (ATS), que raramente deixam de ser observados.

Nesse contexto, a ressalva admitida pela Corte para análise dos atos administrativos à luz da teoria dos motivos determinantes é fundamental para que a demonstração de cumprimento do requisito não se converta em prova diabólica.

Via de regra, depois do primeiro processo de avaliação de um dado medicamento, raramente são submetidos novos pedidos para atualização de decisões negativas anteriores. Com o passar do tempo, isso resulta em um cenário de avaliações muito defasadas em relação a eventuais novas evidências científicas publicadas e a variações no preço de mercado dos medicamentos desde então.

De fato, mesmo quando não há atualização dos resultados dos estudos originalmente considerados no processo de incorporação, a tendência natural é a de que o uso de medicamentos inovadores se difunda no sistema de saúde a partir da sua introdução original no mercado, processo que leva, frequentemente, ao seu barateamento. No mesmo sentido, a atualização do horizonte tecnológico do medicamento, com o desenvolvimento e comercialização de novas alternativas terapêuticas, pressiona os preços para baixo ao longo do tempo.

Como conclusão, é **muito frequente que decisões mais antigas da Conitec estejam baseados em dados obsoletos,** seja em relação à comprovação de eficácia e segurança ou à análise de impacto orçamentário e custo-efetividade do tratamento. Estes elementos devem poder ser mobilizados para que se demonstre a superveniente deslegitimidade das decisões, como forma de preenchimento do requisito de ilegalidade exigido pelos Temas Repetitivos.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Modelo de manifestação nos termos em que segue.

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO

DA ${comarcaForoVaraTribunalProcessoMAIUSCULO}

Autos n. ${retornaProcessoCNJ}

MM. Juiz,

Em atenção à manifestação apresentada pela ré às fls. Xxxx, arguindo que não foi adequadamente demonstrada a ilegalidade do ato administrativo de não incorporação do [medicamento] pela Conitec, vem a parte autora esclarecer e complementar as razões iniciais nos termos que seguem.

Conforme demonstrado na petição inicial, até a data da presente manifestação a Conitec havia avaliado o [medicamento] apenas uma vez OU xxxx vezes, com recomendação negativa para sua incorporação.

Quanto a este ponto, primeiramente, cumpre reforçar o argumento inicial de que, conforme extensamente demonstrado pelo relatório médico e empiricamente confirmado pelos resultados positivos do tratamento com o [medicamento] por força da antecipação de tutela, a parte autora já tentou as demais alternativas terapêuticas disponíveis no SUS, ou não pode utilizá-las por contraindicações expressas. Neste caso, portanto, deve-se considerar de partida que a ilegalidade da decisão de não incorporação reside, justamente, no fato de que ela efetivamente nega ao autor o único tratamento que lhe seria viável, incorrendo em violação direta do dever prestacional previsto no art. 196 da Constituição Federal (CF).

De outro lado, cabe uma elaboração aprofundada adicional a respeito da ilegalidade decisão da Conitec para além de considerações sobre o caso específico de desassistência ao autor.

Nos termos do acórdão do Tema Repetitivo 1.234, a análise da legalidade do ato administrativo da Conitec que recomende a não incorporação do medicamento não deve entrar no mérito administrativo da decisão, exceto para averiguação da observância à teoria dos motivos determinantes. In verbis:

> "A análise jurisdicional (...) da legalidade do ato de não incorporação e do ato administrativo questionado, à luz do controle de legalidade e da teoria dos motivos determinantes, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvada a cognição do ato administrativo discricionário, o qual se vincula à existência, à veracidade e à legitimidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos". RE 1366243, Min. Relator Gilmar Mendes, Plenário. Julgado em 16/09/2024. Acórdão publicado em 11/10/2024.

A reafirmação deste entendimento é imprescindível diante da necessidade de incursão no mérito administrativo dos atos para demonstrar a superveniente obsolescência de decisões antigas da Conitec. É muito frequente que, no momento de emissão do parecer original pelo órgão, todos os elementos de fundamentação exigidos pela Lei nº 12.401/2011 tenham sido observados, a saber:

> Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da

Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

(...)

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Contudo, com o passar do tempo, as evidências científicas consideradas na ocasião, bem como os dados orçamentários tomados como parâmetro para a análise de custo-efetividade, tornam-se obsoletos, seja pela publicação de novas evidências científicas ou pela difusão da tecnologia no mercado e pela atualização do horizonte tecnológico, elementos que barateiam medicamentos mais antigos. Em ambos os casos, o resultado final é de superveniente deslegitimidade da decisão da Conitec, já que os motivos que a fundamentaram originalmente não são mais verídicos.

No caso concreto, o parecer da Conitec que avaliou a incorporação do [medicamento] para o tratamento de [doença] foi emitido em [mês e ano]. Desde então, há notícia de, respectivamente, finalização e início de pelo menos [descrição de estudos clínicos posteriores – solicitar auxílio da Assessoria Cível para busca]. Tratam-se, portanto, de evidências científicas que deixaram de ser consideradas pela Comissão na sua avaliação – que, por consequência lógica, mais de xxx anos depois de publicada, pode ser classificada como obsoleta.

Tal obsolescência, por sua vez, permite evocar a teoria dos motivos determinantes para que se argumente sobre a "deslegitimidade superveniente" da decisão da Conitec. Ora, os novos resultados publicados, na medida em que potencialmente revelam ganhos terapêuticos de eficácia ou de segurança não levados em consideração previamente pela Comissão, invalidam a valoração anterior dos dados utilizados para basear a decisão de não incorporação.

A partir desta constatação, é possível aduzir que os "motivos apontados como fundamentos" para a decisão administrativa da Conitec são questionáveis quanto à sua legitimidade, no mínimo, e quanto à sua veracidade, no máximo, considerando novos resultados dos ensaios clínicos realizados posteriormente à análise.

Nestes exatos termos, cite-se decisão recente do próprio STF, baseada em argumentos desenvolvidos pelo E. Ministro Gilmar Mendes, relator do voto unânime no Tema 1.234:

(...)

Nesse sentido, ao julgar improcedente a Rcl 75.188/DF, proposta pela União, o Ministro Gilmar Mendes manteve a decisão da 21ª Vara Federal do Distrito Federal que havia determinado o fornecimento do Zolgensma para paciente com dezesseis (16) meses de idade, sob os seguintes fundamentos: Tendo em vista os robustos dados científicos apresentados, no relatório acima transcrito, amparado em medicina baseada em evidências, no sentido de que "evidências emergentes indicam que o uso precoce de Zolgensma em pacientes com AME tipo 2 pode levar a ganhos substanciais em força muscular, função motora e redução da necessidade de suporte ventilatório, impactando positivamente a qualidade de vida

> e a sobrevida desses pacientes", bem como que "a intervenção precoce com Zolgensma é crucial para maximizar os benefícios, preservando as funções motoras antes que a deterioração irreversível ocorra", verifica-se a superveniente deslegitimidade (análise acerca da legitimidade) do ato inicial de não incorporação do medicamento pela Conitec e a comprovação da eficácia, da acurácia, da efetividade e da segurança do fármaco, para crianças com AME Tipo 2 até 2 anos, diante das novos estudos científicos de alto nível produzidos pela comunidade científica internacional. Nesse cenário, não mais se sustentam, ou pelo menos merecem revisitação, os argumentos apresentados pela Conitec no sentido de que as evidências clínicas disponíveis sobre eficácia e segurança indicam sucesso do tratamento apenas para uma população de até 6 meses de idade, diagnosticadas com AME Tipo 1. Desse modo, considero preenchidos os requisitos previstos nas alíneas "b" e "d" do item 2 do tema 6, bem ainda item 4.2 do tema 1234, ambos da sistemática da repercussão geral. [...] Em resumo, considerando: 1) a existência de estudos recentes de alto nível que evidenciam a eficácia, a efetividade e a segurança do Zolgensma para tratamento de crianças de até 2 anos de idade diagnosticadas com Atrofia Muscular Espinhal (AME) Tipos 1 e 2; 2) a superveniente deslegitimidade do ato da Conitec de não incorporação do fármaco ao SUS para AME Tipo 2, até 2 anos de idade; 3) a inexistência de substituto terapêutico eficaz dispensado pelo sistema público; 4) a comprovação da indispensabilidade do medicamento para tratamento da enfermidade que acomete o autor; e 5) a impossibilidade de custeio pelo autor; verificam-se preenchidos todos os requisitos previstos na exceção do tema 6, que justificam a fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS pelo Poder Judiciário. Ante o exposto, julgo procedente a reclamação, para cassar a decisão reclamada, determinando que a União forneça o medicamento pleiteado, o qual deverá ser ministrado exatamente de acordo com as orientações médicas e dos profissionais de saúde que assistem o reclamante. Sem condenação em honorários, pois não houve angularização processual. Atribua-se a esta decisão força de mandado/ofício. RCL 75.661, Min. Relator Cristiano Zanin. Julgado em 10/02/2025. Publicado em 11/02/2025.

De rigor, portanto, o reconhecimento da superveniente deslegitimidade da decisão da Conitec que desrecomendou a incorporação do [medicamento] para tratamento da [doença] no SUS e o consequente preenchimento do requisito de demonstração de ilegalidade da decisão, nos termos exigidos pelos Temas Repetitivos 6 e 1.234 do STF.

Nestes termos,

Pede deferimento.

{retornaNomeDefensoria}

{Data}

Link- MODELO DE PEÇA

CÍVEL

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Quando o consumidor é hipervulnerável, a fraude bancária gera dano moral in re ipsa.*

Autores/as: Estela Waksberg Guerrini - NUDECON

Assunto

Fraude bancária. Responsabilidade civil. Dano moral. Consumidor hipervulnerável.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública promover a defesa tanto individual quanto coletiva dos direitos do consumidor.

> Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:
>
> VI- promover:
>
> d) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos do consumidor necessitado;

Fundamentação jurídica

A Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios e direitos que servem de base para a proteção do consumidor. O dano moral em especial é amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e, nesse sentido, a reparação do dano moral busca restaurar a dignidade do indivíduo.

A Constituição também assegura o direito à reparação pelo dano moral ou à imagem (artigo 5º, V) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (artigo 5º, inciso X).

A partir dos princípios constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil detalham e especificam a proteção do consumidor e a reparação de danos.

O CDC estabelece como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (artigo 6º, inciso VI). Além disso, o Código também prevê que a responsabilidade do fornecedor de serviços pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços é objetiva (artigo 14).

Finalmente, o Código Civil também complementa a proteção ao estabelecer a regra geral para a reparação de danos: define o ato ilícito, afirmando que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (artigo 186). Estabelece, ainda, a obrigação de reparar o dano, dizendo que aquele que por ato ilícito causar um dano fica obrigado a repará-lo (artigo 927).

Um ponto de grande divergência nos tribunais é a caracterização do dano moral em fraudes bancárias praticadas por terceiros. O ponto de dissenso é: a fraude bancária, por si só, gera um dano moral presumido (in re ipsa) ou é necessário que o consumidor prove um abalo adicional à sua honra ou dignidade?

A súmula 479 do STJ é uma das bases para a responsabilização do banco tanto por danos materiais quanto por danos morais.

Diz a súmula: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

No entanto, em julgados pesquisados no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça, a Súmula em si não garante automaticamente a indenização por dano moral. Ela estabelece a premissa fundamental, qual seja: a responsabilidade objetiva do banco pelo evento (a fraude).

A partir daí, a discussão se desloca para as consequências desse evento. É exatamente nesse ponto — na caracterização do dano moral — que surgem as divergências no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

a) Dano moral in re ipsa decorrente da fraude bancária

Em pesquisa jurisprudencial no TJSP e no STJ, verifica-se que uma parte dos julgados entende que a falha do banco em seu dever de segurança, que permite a ocorrência de uma fraude e a subtração de valores da conta do cliente, já configura o dano moral. Ou que a simples fraude, independente do motivo (falha de segurança ou outro) gera dano moral. A angústia, a perda de tempo para resolver o problema (desvio produtivo do consumidor) e a quebra da confiança na instituição seriam suficientes para a indenização.

Abaixo alguns exemplos de julgados que ilustram esse posicionamento, ainda que, em alguns trechos, além de constar expressamente que o dano é "in re ipsa", os julgadores tenham feito menção a mais algum elemento adicional, como o fato de o consumidor ser idoso ou ter havido desconto em seus "modestos" vencimentos:

> A situação pela qual passou a autora superou o que se convencionou chamar de mero aborrecimento. Diante de referido quadro, é inegável o desgaste imposto ao consumidor, que ultrapassa a esfera do dissabor e que deve ser reparado pela via dos danos morais. (...) **Os danos morais estão caracterizados, in re ipsa, e independem de comprovação**, além do evidente degaste suportado pela correntista que contestou as transações diversas vezes sem que lhe fosse apresentado qualquer indício de solução. (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1003161-25.2021.8.26.0047; Relator (a): REGIS RODRIGUES BONVICINO; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Assis - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2022; Data de Registro: 18/02/2022)

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Alegação de fraude bancária perpetrada contra o(a) autor(a) - Sentença de parcial procedência - Recurso de ambas as partes – Falha na prestação de serviços - Ilícito caracterizado - As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por seus prepostos ou por terceiros - O réu, fornecedor de serviço que é, responde independentemente de culpa - Inteligência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor – Devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente – Aplicação do Art. 42, parágrafo único do CDC – Erro injustificável – Violação da boa-fé - DANO MORAL - Responsabilidade configurada - Responsabilidade objetiva da instituição financeira por fortuito interno decorrente de fraude - Inteligência da Súmula 479 do C. STJ – **Dano "in re ipsa" – Dever de indenizar o dano de cunho extrapatrimonial** - Fixação em R$ 10.000,00, que cumpre as funções pedagógicas e lenitivas do instituto – Sentença reformada – RECURSO DO AUTOR PROVIDO E RECURSO DO RÉU NÃO PROVIDO.
>
> **Considerando os modestos vencimentos recebidos pela parte autora**

conclui-se que qualquer desconto indevido tem o potencial de causar-lhe abalo emocional e alteração no estado psíquico que ultrapassam a esfera do mero dissabor. **Reconhecido, portanto, o ato ilícito praticado pelo réu, o dano moral e o nexo causalidade entre o ato e prejuízo dele decorrente, de rigor a manutenção da condenação por dano moral.** (...) O sofrimento experimentado tem relação com a errônea conduta do réu, devendo o dano moral ser quantificado em face daquele ser maior ou menor, sem levar em consideração, propriamente dito, o valor relativo à discussão. (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1010515-06.2022.8.26.0132; Relator (a): Spencer Almeida Ferreira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Catanduva - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/02/2024; Data de Registro: 08/02/2024)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Transferência bancária via PIX contestada pela autora. Valor debitado indevidamente de sua conta corrente. Falha na prestação de serviço. Réu não comprovou que a transação bancária se deu de forma regular. Ausente culpa exclusiva da vítima. Responsabilidade do banco não elidida na forma do artigo 14, § 3º, I e II do CDC. **Responsabilidade objetiva do requerido por fortuito interno decorrente de fraude. Súmula 479, do STJ. Dano moral in re ipsa. Caracterizado. Agravada pelo desvio produtivo da consumidora.** Valor arbitrado de acordo com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. RECURSO PROVIDO.

É dever, ainda, da instituição financeira indenizar sua cliente pela conduta abusiva e negligente, que implicou em danos morais, **que na espécie é in re ipsa. Agravada pelo fato de a demandante ter dispendido tempo útil para a resolução do problema na esfera administrativa e na judicial.** No caso em testilha, aplica-se a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, de autoria de Marcos Dessaune, cujo norte defende que o tempo desperdiçado pelo consumidor para solucionar os problemas ocasionados pelos fornecedores e prestadores de serviços constitui dano indenizável. (grifamos e sublinhamos) (TJSP; Apelação Cível 1001766-15.2021.8.26.0009; Relator (a): Anna Paula Dias da Costa; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/11/2021; Data de Registro: 16/11/2021)

CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO FRAUDULENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. DANO MORAL CONFIGURADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. **O abalo moral decorrente do defeito na prestação de serviço pela falta da segurança legitimamente esperada pelo consumidor é evidente. Trata-se de dano in re ipsa, sendo despiciendo perquirir a respeito da prova do prejuízo moral, que decorre do próprio fato danoso.** Apelação provida.

Não resta dúvida de que a falha de segurança no serviço fornecido pelo réu causou dano moral à autora. O abalo moral decorrente do defeito na prestação de serviço pela falta da segurança esperada pelo consumidor é evidente. Trata-se de dano in re ipsa, **sendo despiciendo perquirir a respeito da prova do prejuízo moral, que decorre do próprio fato danoso.** O dever de reparar dispensa a demonstração objetiva do abalo psíquico sofrido. Exige-se como prova apenas o

fato ensejador do dano, ou seja, a utilização da conta da autora por terceiro, sem sua autorização. Em suma, a exigência de prova do dano moral, no caso concreto, se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. E tais sentimentos são inegáveis, uma vez que a autora, cuja boa-fé é presumida, dispendeu idas e vindas à agência do réu para solução do problema (contratação indevida por terceiros e saques), não sendo possível considerar como sendo meros dissabores os transtornos por ela sofridos." (grifamos)(TJSP; Apelação Cível 1010344-87.2018.8.26.0100; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/10/2019; Data de Registro: 04/10/2019)

"Tem-se presente que o dano moral, em circunstâncias que tais, prescinde de comprovação, vez que ele não se apresenta de forma corpórea, palpável, visível ou material, sendo, pelo contrário detectável tão somente de forma intuitiva, sensível, lógica e perceptiva. **Por isso se diz que ele é evento ipso facto em relação à conduta ilegal."** (grifamos) (TJSP; Recurso Inominado Cível 1007668-84.2023.8.26.0297; Relator (a): Airton Pinheiro de Castro - Colégio Recursal; Órgão Julgador: 2ª Turma Recursal Cível; Foro de Jales - Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 28/11/2023; Data de Registro: 28/11/2023)

"De fato, uma vez que ficou comprovada a falha de segurança por parte da instituição financeira, que permitiu a perpetração da fraude, o dano moral causado a autora ficou evidenciado. O dano moral não se limita aos transtornos causados pela falha no sistema de segurança, mas também abrange o impacto direto sobre a autora, que teve que arcar com o pagamento de uma fatura de cartão de crédito de mais de trinta mil Reais. Aliás, o dano moral ocorre até por situações menos gravosas, conforme se depreende do teor das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça nºs. 388 ("A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral") e 370 ("Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado")." (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1004888-86.2023.8.26.0196; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/11/2024; Data de Registro: 11/11/2024)

DIREITO DO CONSUMIDOR E BANCÁRIO. APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FRAUDE BANCÁRIA. TRANSFERÊNCIA NÃO AUTORIZADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME Apelação interposta por instituição financeira contra sentença que julgou procedente pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de transferência bancária não autorizada no valor de R$ 1.650,00. A autora alegou ter sido vítima de fraude, com transferência indevida para conta de terceiro, sem o seu consentimento. A sentença condenou o banco a restituir o valor subtraído e a pagar R$ 3.000,00 a título de danos morais. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO A questão em discussão consiste em verificar a responsabilidade objetiva da instituição financeira por danos decorrentes de fraude bancária, caracterizada como fortuito interno, e a consequente obrigação de indenizar a autora. III. RAZÕES DE DECIDIR A responsabilidade objetiva das instituições financeiras está prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não sendo afastada pela ocorrência de fraude praticada por terceiros (fortuito interno), considerando

o risco inerente à atividade bancária. O boletim de ocorrência e os comprovantes apresentados pela autora comprovam a ocorrência da transferência não autorizada, enquanto o banco não demonstrou evidências de que a transação foi realizada pela própria autora ou por sua autorização. A Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". A indenização por dano moral é devida, pois a fraude bancária gera abalo psicológico e transtornos significativos ao consumidor, configurando dano in re ipsa, dispensando a prova do prejuízo concreto. O valor fixado a título de danos morais (R$ 3.000,00) é razoável e proporcional, considerando a gravidade do evento e suas repercussões na vida do consumidor. IV. DISPOSITIVO E TESE Recurso desprovido. Tese de julgamento: As instituições financeiras respondem objetivamente por danos decorrentes de fraudes bancárias praticadas por terceiros, caracterizadas como fortuito interno. A transferência bancária não autorizada implica responsabilidade do banco pela restituição dos valores subtraídos e pela indenização por danos morais, independentemente de culpa. **O dano moral decorrente de fraude bancária é presumido (in re ipsa), sendo suficiente a comprovação da prática fraudulenta.** Dispositivos relevantes citados: Código de Defesa do Consumidor, art. 14; Código de Processo Civil, arts. 85, 98, 1026, e 487; Súmula 479 do STJ. Jurisprudência relevante citada: STJ, Súmula 479. (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1011680-35.2024.8.26.0224; Relator (a): Léa Duarte; Órgão Julgador: Núcleo de Justiça 4.0 em Segundo Grau – Turma IV (Direito Privado 2); Foro de Guarulhos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/11/2024; Data de Registro: 06/11/2024)

Apelação. Autor vítima do golpe do pix. Pleito objetivando a condenação do réu em danos morais e materiais. Sentença de improcedência. Reforma que se impõe. Transferência de valor para terceiro, que se passou pela irmã do autor. Comunicação imediata à instituição financeira, que deixou de bloquear o valor. Inobservância do determinado na Resolução do Banco Central do Brasil 103/2021 (art. 41-B), que previu o 'Mecanismo Especial de Devolução (MED). Falha na prestação do serviço. Determinada a restituição do valor transferido via Pix ao autor. Danos morais caracterizados, diante da situação aflitiva experimentada pelo autor. Fixação em R$ 10.000,00. Apelo provido.

Em razão da manifesta desídia da instituição financeira, o autor experimentou transtornos e sensação de aflição. **A reparação dos prejuízos morais sofridos, seja em razão da indevida transferência de valor significativo, seja em razão do tempo transcorrido, e da insegurança gerada pelo mau serviço prestado pela ré, é medida que se impõe. A condenação em danos morais é cabível, por se tratar de hipótese típica de reparação por desvio produtivo do consumidor, teoria esta reconhecidamente aceita no STJ** (...). (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1001723-36.2023.8.26.0453; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pirajuí - 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/03/2024; Data de Registro: 26/03/2024)

(...) Isso porque **os eventos suportados pela parte autora não se tratou de meros dissabores, tendo em vista que obteve transações de valores vultosos em sua conta bancária, de forma indevida por falha do serviço da ré, buscando**

inclusive seus direitos de diversas formas pela via extrajudicial, restando caracterizado dessa forma, o desvio produtivo do consumidor, diante do tempo despendido para tentativa de solucionar a questão junto à Instituição Financeira ré (fls. 116/142; 149/170).

Indubitável, no presente caso, a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, de autoria de Marcos Dessaune, cujo norte defende que o tempo desperdiçado pelo consumidor para solucionar os problemas ocasionados pelos fornecedores e prestadores de serviços constitui dano indenizável. (TJSP; Apelação Cível 1001081-67.2023.8.26.0581; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Manuel - 1ª Vara; Data do Julgamento: 29/05/2024; Data de Registro: 03/06/2024)

AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA – MOVIMENTAÇÕES INDEVIDAS EM CONTA CORRENTE – FURTO DE CELULAR – FRAUDE BANCÁRIA – RESPONSABILIDADE – DANOS MORAIS – QUANTUM – JUROS DE MORA – TERMO A QUO – I- Sentença de parcial procedência – Apelo do banco réu – II- Relação de consumo caracterizada – Inversão do ônus da prova – Autor vítima de furto, no qual foi subtraído seu celular – Indevida contratação de empréstimos e realização de transferências via Pix pelo aplicativo do banco réu – Banco que não provou que as transações não reconhecidas pelo autor foram realizadas por culpa exclusiva deste ou de terceiro – Ausência de qualquer elemento que comprove que o autor tenha compartilhado sua senha de acesso com outrem - Falha no sistema de segurança do banco caracterizada – Inteligência dos arts. 6, VIII, e 14, § 3º, II, do CDC – As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno – Orientação adotada pelo STJ em sede de recurso repetitivo – Art. 1.036 do NCPC – Súmula nº 479 do STJ – Declaração de inexigibilidade das transações – Indenização por danos materiais devida – III- Danos morais caracterizados – Art. 5º, X, da CF, e arts. 186 e 927 do CC – **O simples fato de o correntista ter valores indevidamente debitados de sua conta bancária em razão de empréstimo que não contratou, deixando-a, inclusive, com saldo negativo, traz-lhe inegável prejuízo** – Indenização devida, devendo ser fixada com base em critérios legais e doutrinários - Indenização bem fixada, ante as peculiaridades do caso, em R$7.000,00, quantia suficiente para indenizar o autor e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes – IV- Juros de mora que devem incidir desde a citação, por se tratar de responsabilidade contratual – V- Sentença mantida – Honorários advocatícios majorados, com base no art. 85, §11, do NCPC, para 20% sobre o valor da condenação - Apelo improvido. As transações indevidas decorreram de falha no sistema de segurança do banco. **Caracterizado, portanto, o dano moral causado ao autor, decorrente de falha na prestação de serviços por parte do banco, sendo devida indenização.** (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1031904-62.2022.8.26.0224; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2024; Data de Registro: 29/01/2024)

"Trata-se de dano moral puro, in re ipsa, que emerge do próprio fato. É o

bastante para caracterizar o dever de indenizar. A falha na prestação do serviço pela instituição financeira evidenciou o dano moral, de modo a ser devida indenização respectiva." (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1001681-73.2023.8.26.0586; Relator (a): JAIRO BRAZIL; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Roque - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/05/2024; Data de Registro: 20/05/2024)

"Também reconheço a existência de danos morais passíveis de indenização. O consumidor experimentou dissabores, transtornos e aborrecimentos advindos não somente da falta de segurança do sistema bancário dos quatro réus, mas também do atendimento inadequado recebido de ambos para sua reclamação. Mesmo em Juízo, não houve atendimento à demanda do consumidor." (TJSP; Apelação Cível 1094703-91.2023.8.26.0100; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/04/2024; Data de Registro: 22/04/2024)

No mesmo sentido, no STJ, a exemplo de julgados de relatoria da Min. Nancy Andrighi, está a posição de que nos casos de fraude bancária, excetuadas as hipóteses de culpa exclusiva da vítima, o dano moral restaria presumido. É o que se vê:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONSUMIDOR. GOLPE DO MOTOBOY. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DE CARTÃO E SENHA. DEVER DE SEGURANÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANOS MORAIS. CONFIGURADOS. (...) 8. Não é razoável afirmar que o consumidor assumiu conscientemente um risco ao digitar a senha pessoal no teclado de seu telefone depois de ouvir a confirmação de todos os seus dados pessoais e ao destruir parcialmente o seu cartão antes de entregá-lo a terceiro que dizia ser preposto do banco, porquanto agiu em razão da expectativa de confiança que detinha nos sistemas de segurança da instituição financeira. 9. Entende a Terceira Turma deste STJ que o banco deve responder objetivamente pelo dano sofrido pelas vítimas do golpe do motoboy quando restar demonstrada a falha de sua prestação de serviço, por ter admitido transações que fogem do padrão de consumo do correntista. 10. **Se demonstrada a existência de falha na prestação do serviço bancário, mesmo que causada por terceiro, e afastada a hipótese de culpa exclusiva da vítima, cabível a indenização por dano extrapatrimonial, fruto da exposição sofrida em nível excedente ao socialmente tolerável.** 11. Recurso especial conhecido e provido. (grifamos)

No caso de correntista de instituição bancária que é lesado por fraudes praticadas por terceiros, a responsabilidade do fornecedor decorre também de uma violação a um dever contratualmente assumido de gerir com segurança as movimentações bancárias de seus clientes, fato esse que gera o dever de indenizar o consumidor direto pelos danos morais sofridos.

Por oportuno, ressalta-se que, além dos danos decorrentes da falha de prestação de serviço bancário, o consumidor ainda se vê obrigado a dispender tempo para exigir uma resposta do banco.

Se demonstrada a existência de falha na prestação do serviço bancário, mesmo

> que causada por terceiro, e afastada a hipótese de culpa exclusiva da vítima, cabível a indenização por dano extrapatrimonial, fruto da exposição sofrida em nível excedente ao socialmente tolerável.
>
> (REsp n. 2.015.732/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.)

Síntese da posição:

Assim, para esse entendimento e sob a ótica da Súmula 479:

1. A fraude bancária é um fortuito interno e a responsabilidade do banco é objetiva.
2. A ocorrência de uma fraude, que expõe a vulnerabilidade do consumidor, subtrai seu patrimônio (ainda que temporariamente) e o força a perder tempo para resolver o problema (teoria do desvio produtivo), por si só, gera angústia, insegurança e aflição.
3. Essa perturbação ultrapassa o mero aborrecimento e configura uma lesão a direitos da personalidade (paz, tranquilidade, segurança).
4. Logo, o dano moral é uma consequência direta e presumida do evento pelo qual o banco é objetivamente responsável. Não é preciso provar que o nome foi negativado ou que passou por outra humilhação. A própria fraude, viabilizada por alguma falha do banco, gera o dano moral.
5. Caso haja a existência de um elemento adicional, ele pode ser usado para agravar o dano.

Nessa visão, a Súmula 479 serve como o alicerce que sustenta tanto a devolução do dinheiro (dano material) quanto a compensação pela perturbação causada (dano moral).

b) Dano moral decorrente da fraude bancária não presumido

Já para outro grupo, se o único prejuízo foi o financeiro (que já é reparado com a devolução dos valores), não haveria dano moral presumido, sendo este entendimento mais rigoroso para o consumidor.

Para essa linha de entendimento, embora seja um aborrecimento, a fraude só gera dano moral **se houver prova de consequências mais graves para o consumidor, como, por exemplo, a negativação do nome, a privação de verba de natureza alimentar, a impossibilidade de pagar contas essenciais ou a lesão concreta a algum direito de personalidade.**

À luz dos documentos analisados, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) utiliza diversos critérios para determinar a presença de elementos adicionais em casos de fraude bancária, que podem influenciar a configuração do dano moral. Esses critérios são extraídos de decisões que analisam a responsabilidade das instituições financeiras e a necessidade de comprovação de danos além da mera ocorrência da fraude.

No STJ encontramos julgados que consignam entendimento no sentido que o dano moral nos casos de fraude bancária não pode ser presumido, necessitando para a sua caraterização a presença de outras situações consideradas "agravantes", como se vê:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESCONTO INDEVIDO EM APOSENTADORIA. **INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL IN RE IPSA.** REJEITADA A VIOLAÇÃO AOS ARTS. 186, 927 E 944 DO CÓDIGO CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.1. **"Nos termos da orientação firmada nesta Corte, a fraude bancária, ensejadora da contratação de empréstimo, por si só, não é suficiente para configurar o dano moral, havendo necessidade de estar aliada a circunstâncias agravantes.** Precedentes" (AgInt no AREsp 2.149.415/MG, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1º/6/2023).2. No caso, o eg. Tribunal de Justiça, reformando sentença, deu parcial provimento à apelação da instituição financeira, ora agravada, para excluir sua condenação ao pagamento de danos morais ao ora agravante, sob o fundamento, entre outros, de que a "(..) ocorrência de desconto indevido na aposentadoria não enseja dano moral in re ipsa".3. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta eg. Corte, o apelo nobre encontra óbice na Súmula 83/STJ, a qual é aplicável tanto pela alínea a como pela alínea c do permissivo constitucional. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (grifamos) (AgInt nos EDcl no REsp n. 2.121.413/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/9/2024, DJe de 1/10/2024.)

No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PRETENSÃO QUE DEMANDA O REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. **A caracterização do dano moral exige que a comprovação do dano repercuta na esfera dos direitos da personalidade. A fraude bancária, nessa perspectiva, não pode ser considerada suficiente, por si só, para a caracterização do dano moral. 2. Na hipótese retratada nos autos, a Corte local destacou que não houve dano maior que repercutisse na honra objetiva e subjetiva da parte agravante, que ensejasse a reparação pecuniária, tendo frisado se tratar de mero aborrecimento.** 3. Diante dessa conclusão, mostra-se inviável, por meio do julgamento do recurso especial, que o Superior Tribunal de Justiça altere o posicionamento adotado pela instância ordinária, pois, para tanto, seria necessário o revolvimento dos fatos e das provas acostadas aos autos, o qual é vedado pela Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno desprovido. (grifamos) (AgInt no AREsp n. 2.578.085/SE, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 15/8/2024.)

Na ocasião do julgamento do Resp. 2.015.732/SP, já mencionado no item "a", o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, deixou consignado em seu Voto-Vogal que divergia da Rel. Min. Nancy Andrighi quanto ao enquadramento dos danos morais decorrentes das fraudes bancárias praticadas por terceiros como in re ipsa. Para o Ministro, a caracterização dos danos morais nesses casos deveria ser acompanhada de "efetiva comprovação", como se vê:

Com todas as vênias, a hipótese fática do referido precedente é diversa, visto que, naquele feito, a condenação do ente bancário resultou da abertura de conta-corrente mediante a utilização de documentos originais da parte autora, **estando a condenação ao pagamento de danos morais também embasada na inclusão**

> **do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes** em virtude das fraudes praticadas por terceiros (...) Além disso, os julgados citados naquela oportunidade diziam respeito, unicamente, à hipótese de indevida inclusão do nome do correntista em cadastros restritivos de crédito. Vale também acrescentar que esta Corte tem restringido cada vez mais as hipóteses de dano moral presumido, mas não se tem furtado a reconhecer a sua existência **em casos de efetiva comprovação** e a fixar a respectiva indenização em quantia suficiente para reparar integralmente o prejuízo causado. (grifos no original) (REsp n. 2.015.732/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.)

Tal julgado é ilustrativo da divergência no tocante à caracterização dos danos morais nos casos analisados.

Síntese da posição

O fio condutor dessas decisões é a exigência de que o consumidor prove que a fraude transcendeu a esfera do prejuízo financeiro e atingiu, de fato, sua honra, imagem ou tranquilidade de forma contundente, sendo a negativação do nome o exemplo mais comum e objetivo dessa prova.

Os julgados que adotaram essa posição interpretam a aplicação da Súmula de forma mais restrita no que tange ao dano moral:

1. A Súmula 479, de fato, impõe ao banco a responsabilidade objetiva pela fraude (fortuito interno).

2. Essa responsabilidade obriga o banco, primariamente, a restaurar o status quo ante, ou seja, a devolver o valor subtraído (reparação do dano material).

3. No entanto, o transtorno de ter sido vítima de um golpe e ter que buscar a reparação, por si só, é considerado um "mero aborrecimento" ou "dissabor", inerente à vida em sociedade e não passível de indenização.

4. O dano moral só se configuraria se, em decorrência da fraude, o consumidor sofresse um prejuízo adicional e comprovado aos seus direitos da personalidade. Os exemplos clássicos são:

a. A negativação indevida de seu nome.

b. A privação de verbas de natureza alimentar, impedindo o pagamento de contas essenciais (aluguel, saúde, alimentação).

c. A prova de alguma outra situação vexatória ou humilhante diretamente causada pela fraude.

Nesta visão, a Súmula 479 garante a reparação do dano material, mas a indenização por dano moral exige um passo a mais na comprovação por parte do consumidor.

Conclusão

Portanto, ambas as posições, tanto do TJSP quanto do STJ, partem da Súmula 479 do STJ para estabelecer a responsabilidade do banco. A divergência não está na aplicabilidade da Súmula, mas sim na **extensão dos danos que são considerados uma consequência natural e presumida da fraude.**

A proposta de tese institucional parte da premissa da responsabilidade objetiva do banco pela fraude bancária para considerar que o dano moral é presumido pelo simples fato de ter havido

a fraude, ainda que não haja um elemento adicional.

No entanto, considerando a jurisprudência do STJ, é recomendável a avaliação detalhada do caso concreto para levar aos autos elementos adicionais que comumente estão presentes nos casos que chegam à Defensoria Pública, como o fato de o consumidor ser hipervulnerável: ser idoso, ser pessoa em situação de rua, ser analfabeto ou analfabeto digital, ter uma renda ínfima etc. (REsp nº 1.907.394 – MT, AgInt no AREsp nº 2201401 - RJ, REsp nº 1868099 – CE).

De acordo com Bruno Miragem

> a sobreposição de critérios a partir de qualidades subjetivas que se identifiquem também fundamentam a vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade) do consumidor, caso, por exemplo, da criança, do idoso, ou da pessoa com deficiência, os quais podem ser, em razão de características específicas (reduzido discernimento, falta de percepção), mais suscetíveis aos apelos dos fornecedores. Ela também se verifica em razão de circunstâncias fáticas da própria relação, como é o caso do consumidor enfermo que contrata com operadora do plano de saúde, profissionais médicos ou instituição hospitalar; ou o consumidor analfabeto ou estrangeiro que não conheça o idioma utilizado na relação de consumo específico. (https://brunomiragem.com.br/artigos/015-principio-da-vulnerabilidade-perspectiva-atual-e-funcoes-no-direito-do-consumidor-contemporaneo.pdf, acesso em 14.09.2025) (grifos nossos)

Assim, a hipervulnerabilidade é definida pelas discriminações que se sobrepõem (overlapping discrimination), ou seja, por haver uma ou mais situações, condições ou características que agravam a já existente vulnerabilidade do consumidor.

Essa realidade é típica nos casos atendidos pela Defensoria Pública e pode (e deve) ser bem explorada pela instituição na fundamentação do pedido de indenização por dano moral.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A presunção do dano moral em casos de fraude bancária, especialmente quando as vítimas são consumidores hipervulneráveis, encontra sólida justificativa na realidade fática observada cotidianamente, sobretudo no âmbito da Defensoria Pública.

Frequentemente, pessoas idosas, analfabetas, em situação de rua ou simplesmente com uma renda muito pequena procuram atendimento após descobrirem que foram vítimas de golpes, resultando na contratação fraudulenta de empréstimos ou outros produtos financeiros em seus nomes.

Nesses casos, o dano não se restringe ao aspecto patrimonial.

A simples constatação de que terceiros se apropriaram de seus dados e realizaram operações bancárias sem consentimento gera, de imediato, sentimentos de angústia, insegurança, vergonha e abalo psicológico.

Para pessoas hipervulneráveis, tais sentimentos podem potencializados pela dificuldade de compreensão dos mecanismos bancários, pela limitação de acesso à informação e, muitas vezes, pela ausência de rede de apoio familiar ou social.

Além disso, a necessidade de buscar auxílio jurídico, de enfrentar procedimentos administrativos

e judiciais para reverter a situação e de lidar com a desconfiança de terceiros (inclusive familiares e conhecidos) agrava ainda mais o sofrimento dessas pessoas.

O tempo despendido, o desgaste emocional e a sensação de impotência diante do sistema bancário e das instituições financeiras são consequências diretas e presumíveis da fraude.

Portanto, exigir a comprovação individualizada do abalo moral nesses casos representa não apenas um obstáculo desproporcional ao acesso à justiça, mas também um desconhecimento da realidade vivenciada por esses consumidores.

A presunção do dano moral, principalmente nesses contextos, é medida que se impõe para garantir a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana e a reparação integral dos prejuízos sofridos, em consonância com os princípios do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Em demandas individuais, via de regra o/a Usuário/a procura a Defensoria Pública do Estado apenas quando já ocorreu a fraude bancária.

A operacionalização da presente proposta requer a adoção da tese aqui apresentada em todas as fases do processo e instâncias judiciais, mas, desde o primeiro atendimento, reunindo elementos concretos que possam ajudar a subsidiar o pedido do dano moral.

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...(EXPLICAR A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO CASO CONCRETO)

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios e direitos que servem de base para a proteção do consumidor. O dano moral em especial é amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e, nesse sentido, a reparação do dano moral busca restaurar a dignidade do indivíduo.

A Constituição também assegura o direito à reparação pelo dano moral ou à imagem (artigo 5º, V) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (artigo 5º, inciso X).

A partir dos princípios constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil detalham e especificam a proteção do consumidor e a reparação de danos.

O CDC estabelece como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (artigo 6º, inciso VI). Além disso, o Código também prevê que a responsabilidade do fornecedor de serviços pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços é objetiva (artigo 14).

Finalmente, o Código Civil também complementa a proteção ao estabelecer a regra geral para a reparação de danos: define o ato ilícito, afirmando que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (artigo 186). Estabelece, ainda, a obrigação de reparar o dano, dizendo que aquele que por ato ilícito causar um dano fica obrigado a repará-lo (artigo 927).

A súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça é uma das bases para a responsabilização do banco tanto por danos materiais quanto por danos morais.

Diz a súmula: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"

Sob a sua ótica, a fraude bancária é entendida como um fortuito interno e a responsabilidade da instituição financeira é objetiva.

A ocorrência de uma fraude bancária, que expõe a vulnerabilidade do consumidor, subtrai seu patrimônio (ainda que temporariamente) e o força a perder tempo para resolver o problema (teoria do desvio produtivo), por si só, gera angústia, insegurança e aflição.

Essa perturbação ultrapassa o mero aborrecimento e configura uma lesão a direitos da personalidade (paz, tranquilidade, segurança), especialmente nos casos de consumidores hipervulneráveis.

(INDICAR E EXPLICAR A EXISTÊNCIA DA HIPERVULNERABILIDADE)

Logo, o dano moral é uma consequência direta e presumida do evento pelo qual o banco é objetivamente responsável.

Em pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça, verifica-se a existência de jurisprudência que reconhece que a fraude bancária, por si só, já configura o dano moral.

Abaixo alguns exemplos de julgados que ilustram esse posicionamento:

> A situação pela qual passou a autora superou o que se convencionou chamar de mero aborrecimento. Diante de referido quadro, é inegável o desgaste imposto ao consumidor, que ultrapassa a esfera do dissabor e que deve ser reparado pela via dos danos morais. (...) **Os danos morais estão caracterizados, in re ipsa, e independem de comprovação**, além do evidente degaste suportado pela correntista que contestou as transações diversas vezes sem que lhe fosse apresentado qualquer indício de solução. (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1003161-25.2021.8.26.0047; Relator (a): REGIS RODRIGUES BONVICINO; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Assis - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2022; Data de Registro: 18/02/2022)

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Alegação de fraude bancária perpetrada contra o(a) autor(a) - Sentença de parcial procedência - Recurso de ambas as partes – Falha na prestação de serviços - Ilícito caracterizado - As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por seus prepostos ou por terceiros - O réu, fornecedor de serviço que é, responde independentemente de culpa - Inteligência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor – Devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente – Aplicação do Art. 42, parágrafo único do CDC – Erro injustificável – Violação da boa-fé - DANO MORAL - **Responsabilidade configurada - Responsabilidade objetiva da instituição financeira por fortuito interno decorrente de fraude - Inteligência da Súmula 479 do C. STJ – Dano "in re ipsa" – Dever de indenizar o dano de cunho extrapatrimonial** - Fixação em R$ 10.000,00, que cumpre as funções pedagógicas e lenitivas do instituto – Sentença reformada – RECURSO DO AUTOR PROVIDO E RECURSO DO RÉU NÃO PROVIDO.
>
> **Considerando os modestos vencimentos recebidos pela parte autora** conclui-se que qualquer desconto indevido tem o potencial de causar-lhe abalo emocional e alteração no estado psíquico que ultrapassam a esfera do mero dissabor. **Reconhecido, portanto, o ato ilícito praticado pelo réu, o dano moral e o nexo causalidade entre o ato e prejuízo dele decorrente, de rigor a manutenção da condenação por dano moral.** (...) O sofrimento experimentado tem relação com a errônea conduta do réu, devendo o dano moral ser quantificado em face daquele ser maior ou menor, sem levar em consideração, propriamente dito, o valor relativo à discussão. (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1010515-06.2022.8.26.0132; Relator (a): Spencer Almeida Ferreira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Catanduva - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/02/2024; Data de Registro: 08/02/2024)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Transferência bancária via PIX contestada pela autora. Valor debitado indevidamente de sua conta corrente. Falha na prestação de serviço. Réu não comprovou que a transação bancária se deu de forma regular. Ausente culpa exclusiva da vítima. Responsabilidade do banco não elidida na forma do artigo 14, § 3º, I e II do CDC. R**esponsabilidade objetiva do requerido por fortuito interno decorrente de fraude. Súmula 479, do STJ. Dano moral in re ipsa. Caracterizado. Agravada pelo desvio produtivo da consumidora.** Valor arbitrado de acordo com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. RECURSO PROVIDO.

É dever, ainda, da instituição financeira indenizar sua cliente pela conduta abusiva e negligente, que implicou em danos morais, **que na espécie é in re ipsa. Agravada pelo fato de a demandante ter dispendido tempo útil para a resolução do problema na esfera administrativa e na judicial.** No caso em testilha, aplica-se a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, de autoria de Marcos Dessaune, cujo norte defende que o tempo desperdiçado pelo consumidor para solucionar os problemas ocasionados pelos fornecedores e prestadores de serviços constitui dano indenizável. (grifamos e sublinhamos) (TJSP; Apelação Cível 1001766-15.2021.8.26.0009; Relator (a): Anna Paula Dias da Costa; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/11/2021; Data de Registro: 16/11/2021)

CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO FRAUDULENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. DANO MORAL CONFIGURADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. **O abalo moral decorrente do defeito na prestação de serviço pela falta da segurança legitimamente esperada pelo consumidor é evidente. Trata-se de dano in re ipsa, sendo despiciendo perquirir a respeito da prova do prejuízo moral, que decorre do próprio fato danoso.** Apelação provida.

Não resta dúvida de que a falha de segurança no serviço fornecido pelo réu causou dano moral à autora. O abalo moral decorrente do defeito na prestação de serviço pela falta da segurança esperada pelo consumidor é evidente. Trata-se de dano in re ipsa, **sendo despiciendo perquirir a respeito da prova do prejuízo moral, que decorre do próprio fato danoso.** O dever de reparar dispensa a demonstração objetiva do abalo psíquico sofrido. Exige-se como prova apenas o fato ensejador do dano, ou seja, a utilização da conta da autora por terceiro, sem sua autorização. Em suma, a exigência de prova do dano moral, no caso concreto, se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. E tais sentimentos são inegáveis, uma vez que a autora, cuja boa-fé é presumida, dispendeu idas e vindas à agência do réu para solução do problema (contratação indevida por terceiros e saques), não sendo possível considerar como sendo meros dissabores os transtornos por ela sofridos." (grifamos)(TJSP; Apelação Cível 1010344-87.2018.8.26.0100; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/10/2019; Data de Registro: 04/10/2019)

"Tem-se presente que o dano moral, em circunstâncias que tais, prescinde

de comprovação, vez que ele não se apresenta de forma corpórea, palpável, visível ou material, sendo, pelo contrário detectável tão somente de forma intuitiva, sensível, lógica e perceptiva. **Por isso se diz que ele é evento ipso facto em relação à conduta ilegal."** (grifamos) (TJSP; Recurso Inominado Cível 1007668-84.2023.8.26.0297; Relator (a): Airton Pinheiro de Castro - Colégio Recursal; Órgão Julgador: 2ª Turma Recursal Cível; Foro de Jales - Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 28/11/2023; Data de Registro: 28/11/2023)

"De fato, uma vez que ficou comprovada a falha de segurança por parte da instituição financeira, que permitiu a perpetração da fraude, o dano moral causado a autora ficou evidenciado. O dano moral não se limita aos transtornos causados pela falha no sistema de segurança, mas também abrange o impacto direto sobre a autora, que teve que arcar com o pagamento de uma fatura de cartão de crédito de mais de trinta mil Reais. Aliás, o dano moral ocorre até por situações menos gravosas, conforme se depreende do teor das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça nºs. 388 ("A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral") e 370 ("Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado")." (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1004888-86.2023.8.26.0196; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/11/2024; Data de Registro: 11/11/2024)

DIREITO DO CONSUMIDOR E BANCÁRIO. APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FRAUDE BANCÁRIA. TRANSFERÊNCIA NÃO AUTORIZADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME Apelação interposta por instituição financeira contra sentença que julgou procedente pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de transferência bancária não autorizada no valor de R$ 1.650,00. A autora alegou ter sido vítima de fraude, com transferência indevida para conta de terceiro, sem o seu consentimento. A sentença condenou o banco a restituir o valor subtraído e a pagar R$ 3.000,00 a título de danos morais. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO A questão em discussão consiste em verificar a responsabilidade objetiva da instituição financeira por danos decorrentes de fraude bancária, caracterizada como fortuito interno, e a consequente obrigação de indenizar a autora. III. RAZÕES DE DECIDIR A responsabilidade objetiva das instituições financeiras está prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não sendo afastada pela ocorrência de fraude praticada por terceiros (fortuito interno), considerando o risco inerente à atividade bancária. O boletim de ocorrência e os comprovantes apresentados pela autora comprovam a ocorrência da transferência não autorizada, enquanto o banco não demonstrou evidências de que a transação foi realizada pela própria autora ou por sua autorização. A Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". A indenização por dano moral é devida, pois a fraude bancária gera abalo psicológico e transtornos significativos ao consumidor, configurando dano in re ipsa, dispensando a prova do prejuízo concreto. O valor fixado a título de danos morais (R$ 3.000,00) é razoável e proporcional, considerando a gravidade do evento e suas repercussões na vida do consumidor. IV. DISPOSITIVO E TESE Recurso desprovido. Tese de julgamento: As instituições financeiras respondem objetivamente por danos decorrentes de fraudes bancárias

praticadas por terceiros, caracterizadas como fortuito interno. A transferência bancária não autorizada implica responsabilidade do banco pela restituição dos valores subtraídos e pela indenização por danos morais, independentemente de culpa. **O dano moral decorrente de fraude bancária é presumido (in re ipsa), sendo suficiente a comprovação da prática fraudulenta.** Dispositivos relevantes citados: Código de Defesa do Consumidor, art. 14; Código de Processo Civil, arts. 85, 98, 1026, e 487; Súmula 479 do STJ. Jurisprudência relevante citada: STJ, Súmula 479. (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1011680-35.2024.8.26.0224; Relator (a): Léa Duarte; Órgão Julgador: Núcleo de Justiça 4.0 em Segundo Grau – Turma IV (Direito Privado 2); Foro de Guarulhos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/11/2024; Data de Registro: 06/11/2024)

Apelação. Autor vítima do golpe do pix. Pleito objetivando a condenação do réu em danos morais e materiais. Sentença de improcedência. Reforma que se impõe. Transferência de valor para terceiro, que se passou pela irmã do autor. Comunicação imediata à instituição financeira, que deixou de bloquear o valor. Inobservância do determinado na Resolução do Banco Central do Brasil 103/2021 (art. 41-B), que previu o 'Mecanismo Especial de Devolução (MED). Falha na prestação do serviço. Determinada a restituição do valor transferido via Pix ao autor. Danos morais caracterizados, diante da situação aflitiva experimentada pelo autor. Fixação em R$ 10.000,00. Apelo provido.

Em razão da manifesta desídia da instituição financeira, o autor experimentou transtornos e sensação de aflição. **A reparação dos prejuízos morais sofridos, seja em razão da indevida transferência de valor significativo, seja em razão do tempo transcorrido, e da insegurança gerada pelo mau serviço prestado pela ré, é medida que se impõe. A condenação em danos morais é cabível, por se tratar de hipótese típica de reparação por desvio produtivo do consumidor, teoria esta reconhecidamente aceita no STJ** (...). (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1001723-36.2023.8.26.0453; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pirajuí - 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/03/2024; Data de Registro: 26/03/2024)

(...) Isso **porque os eventos suportados pela parte autora não se tratou de meros dissabores, tendo em vista que obteve transações de valores vultosos em sua conta bancária, de forma indevida por falha do serviço da ré, buscando inclusive seus direitos de diversas formas pela via extrajudicial, restando caracterizado dessa forma, o desvio produtivo do consumidor,** diante do tempo despendido para tentativa de solucionar a questão junto à Instituição Financeira ré (fls. 116/142; 149/170).

Indubitável, no presente caso, a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, de autoria de Marcos Dessaune, cujo norte defende que o tempo desperdiçado pelo consumidor para solucionar os problemas ocasionados pelos fornecedores e prestadores de serviços constitui dano indenizável. (TJSP; Apelação Cível 1001081-67.2023.8.26.0581; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Manuel - 1ª Vara; Data do Julgamento: 29/05/2024; Data de Registro: 03/06/2024)

AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA – MOVIMENTAÇÕES INDEVIDAS EM CONTA CORRENTE – FURTO DE CELULAR – FRAUDE BANCÁRIA – RESPONSABILIDADE

– DANOS MORAIS – QUANTUM – JUROS DE MORA – TERMO A QUO – I- Sentença de parcial procedência – Apelo do banco réu – II- Relação de consumo caracterizada – Inversão do ônus da prova – Autor vítima de furto, no qual foi subtraído seu celular – Indevida contratação de empréstimos e realização de transferências via Pix pelo aplicativo do banco réu – Banco que não provou que as transações não reconhecidas pelo autor foram realizadas por culpa exclusiva deste ou de terceiro – Ausência de qualquer elemento que comprove que o autor tenha compartilhado sua senha de acesso com outrem - Falha no sistema de segurança do banco caracterizada – Inteligência dos arts. 6, VIII, e 14, § 3º, II, do CDC – As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno – Orientação adotada pelo STJ em sede de recurso repetitivo – Art. 1.036 do NCPC – Súmula nº 479 do STJ – Declaração de inexigibilidade das transações – Indenização por danos materiais devida – III- Danos morais caracterizados – Art. 5º, X, da CF, e arts. 186 e 927 do CC – **O simples fato de o correntista ter valores indevidamente debitados de sua conta bancária em razão de empréstimo que não contratou, deixando-a, inclusive, com saldo negativo, traz-lhe inegável prejuízo** – Indenização devida, devendo ser fixada com base em critérios legais e doutrinários - Indenização bem fixada, ante as peculiaridades do caso, em R$7.000,00, quantia suficiente para indenizar o autor e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes – IV- Juros de mora que devem incidir desde a citação, por se tratar de responsabilidade contratual – V- Sentença mantida – Honorários advocatícios majorados, com base no art. 85, §11, do NCPC, para 20% sobre o valor da condenação - Apelo improvido. As transações indevidas decorreram de falha no sistema de segurança do banco. **Caracterizado, portanto, o dano moral causado ao autor, decorrente de falha na prestação de serviços por parte do banco, sendo devida indenização.** (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1031904-62.2022.8.26.0224; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2024; Data de Registro: 29/01/2024)

"Trata-se de dano moral puro, in re ipsa, que emerge do próprio fato. É o bastante para caracterizar o dever de indenizar. A falha na prestação do serviço pela instituição financeira evidenciou o dano moral, de modo a ser devida indenização respectiva." (grifamos) (TJSP; Apelação Cível 1001681-73.2023.8.26.0586; Relator (a): JAIRO BRAZIL; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Roque - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/05/2024; Data de Registro: 20/05/2024)

"Também reconheço a existência de danos morais passíveis de indenização. O consumidor experimentou dissabores, transtornos e aborrecimentos advindos não somente da falta de segurança do sistema bancário dos quatro réus, mas também do atendimento inadequado recebido de ambos para sua reclamação. Mesmo em Juízo, não houve atendimento à demanda do consumidor." (TJSP; Apelação Cível 1094703-91.2023.8.26.0100; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/04/2024; Data de Registro: 22/04/2024)

No mesmo sentido, no STJ, a exemplo de julgados de relatoria da Min. Nancy Andrighi, está a posição de que nos casos de fraude bancária, excetuadas as hipóteses de culpa exclusiva da vítima, o dano moral restaria presumido. É o que se vê:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONSUMIDOR. GOLPE DO MOTOBOY. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DE CARTÃO E SENHA. DEVER DE SEGURANÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANOS MORAIS. CONFIGURADOS. (...) 8. Não é razoável afirmar que o consumidor assumiu conscientemente um risco ao digitar a senha pessoal no teclado de seu telefone depois de ouvir a confirmação de todos os seus dados pessoais e ao destruir parcialmente o seu cartão antes de entregá-lo a terceiro que dizia ser preposto do banco, porquanto agiu em razão da expectativa de confiança que detinha nos sistemas de segurança da instituição financeira. 9. Entende a Terceira Turma deste STJ que o banco deve responder objetivamente pelo dano sofrido pelas vítimas do golpe do motoboy quando restar demonstrada a falha de sua prestação de serviço, por ter admitido transações que fogem do padrão de consumo do correntista. 10. **Se demonstrada a existência de falha na prestação do serviço bancário, mesmo que causada por terceiro, e afastada a hipótese de culpa exclusiva da vítima, cabível a indenização por dano extrapatrimonial, fruto da exposição sofrida em nível excedente ao socialmente tolerável.** 11. Recurso especial conhecido e provido. (grifamos)
>
> No caso de correntista de instituição bancária que é lesado por fraudes praticadas por terceiros, a responsabilidade do fornecedor decorre também de uma violação a um dever contratualmente assumido de gerir com segurança as movimentações bancárias de seus clientes, fato esse que gera o dever de indenizar o consumidor direto pelos danos morais sofridos.
>
> Por oportuno, ressalta-se que, além dos danos decorrentes da falha de prestação de serviço bancário, o consumidor ainda se vê obrigado a dispender tempo para exigir uma resposta do banco.
>
> Se demonstrada a existência de falha na prestação do serviço bancário, mesmo que causada por terceiro, e afastada a hipótese de culpa exclusiva da vítima, cabível a indenização por dano extrapatrimonial, fruto da exposição sofrida em nível excedente ao socialmente tolerável.
>
> (REsp n. 2.015.732/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.)

Se a fraude bancária, por si só, já gera a presunção de dano moral de acordo com os julgados citados acima, no caso em tela, a situação é de hipervulnerabilidade do consumidor, fato esse que não traz qualquer dúvida sobre o abalo moral experimentado.

De acordo com Bruno Miragem:

> **a sobreposição de critérios a partir de qualidades subjetivas que se identifiquem também fundamentam a vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade) do consumidor,** caso, por exemplo, da criança, do idoso, ou da pessoa com deficiência, os quais podem ser, em razão de características específicas (reduzido discernimento, falta de percepção), mais suscetíveis aos apelos

> dos fornecedores. Ela também se verifica **em razão de circunstâncias fáticas da própria relação,** como é o caso do consumidor enfermo que contrata com operadora do plano de saúde, profissionais médicos ou instituição hospitalar; ou o consumidor analfabeto ou estrangeiro que não conheça o idioma utilizado na relação de consumo específico. (https://brunomiragem.com.br/artigos/015-principio-da-vulnerabilidade-perspectiva-atual-e-funcoes-no-direito-do-consumidor-contemporaneo.pdf, acesso em 14.09.2025) (grifos nossos)

Assim, a hipervulnerabilidade é definida pelas discriminações que se sobrepõem (overlapping discrimination), ou seja, por haver uma ou mais situações, condições ou características que agravam a já existente vulnerabilidade do consumidor.

Como visto, no presente caso (RETOMAR PARA CONCLUIR COM O PEDIDO).

Em face de todo o exposto, à luz do artigo 1º, inciso III, artigo 5º, V e X, todos da CF; artigo 6º, inciso VI e artigo 14, do ambos do CDC, artigo 186 e 927, ambos do CC, e à luz da Súmula 479, do STJ, a fraude bancária gera dano moral in re ipsa, em especial no caso de consumidores hipervulneráveis como se vê no presente caso.

F. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

f. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

g. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

h. Sejam acolhidas as alegações de mérito, para:

> c.1 declarar inexistente a relação jurídica entre a parte requerente e a parte requerida;
>
> c.2 condenar a instituição financeira requerida à reparação dos danos materiais, no valor de R$ XX,XX;
>
> c.3 condenar a instituição financeira requerida à reparação dos danos morais, no valor de R$ XX,XX;

i. Seja, ao final, julgado procedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

CÍVEL

4. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A hipossuficiência financeira do consumidor não pode ensejar a minoração dos danos morais sob o argumento do enriquecimento sem causa, devendo, no entanto, justificar a majoração da compensação quando ela agravar as consequências do dano.*

Autores/as: Estela Waksberg Guerrini - NUDECON

Assunto

Responsabilidade civil. Dano moral. Critério bifásico. Hipossuficiência financeira.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública promover a defesa tanto individual quanto coletiva dos direitos do consumidor.

> Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:
>
> VI- promover:
>
> d) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos do consumidor necessitado;

Fundamentação jurídica

A Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios e direitos que servem de base para a proteção do consumidor. O dano moral em especial é amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e, nesse sentido, a reparação do dano moral busca restaurar a dignidade do indivíduo.

A Constituição também assegura o direito à reparação pelo dano moral ou à imagem (artigo 5º, V) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (artigo 5º, inciso X).

A partir dos princípios constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil detalham e especificam a proteção do consumidor e a reparação de danos.

O CDC estabelece como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (artigo 6º, inciso VI). Além disso, o Código também prevê que a responsabilidade do fornecedor de serviços pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços é objetiva (artigo 14).

Finalmente, o Código Civil também complementa a proteção ao estabelecer a regra geral para a reparação de danos: define o ato ilícito, afirmando que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (artigo 186). Estabelece, ainda, a obrigação de reparar o dano, dizendo que aquele que por ato ilícito causar um dano fica obrigado a repará-lo (artigo 927).

A fixação do valor dos danos morais sempre gerou debates na doutrina e na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça entende que a fixação do valor deve observar o método bifásico: a) primeiro é realizada a verificação da média de valores atribuídos para casos de base semelhante; b) depois são analisadas as peculiaridades do caso concreto, levando-se em conta o comportamento daquele que causou o dano e as condições econômicas de ambas as partes (quem gerou o dano e quem sofreu o dano).

Para análise da segunda fase, a hipossuficiência financeira da parte pode ser utilizada para justificação da majoração dos danos morais, desde que, em razão disso, a parte suporte consequências que não se produziriam na hipótese de ela ter situação socioeconômica mais privilegiada.

Desse modo, não é cabível a redução do valor da reparação por danos morais com fundamento na "vedação ao enriquecimento sem causa", sobretudo quando os impactos do fato lesivo forem evidentemente agravados pela situação econômica da vítima.

Nesse sentido, já há alguns julgados que reconhecem o agravamento do dano moral quando a parte é financeiramente hipossuficiente. Um exemplo é este abaixo, de 2021, que considerou o imóvel adquirido por consumidor com menor poder aquisitivo:

> Quanto ao dano moral, da alteração do projeto e descumprimento da oferta, não resultou somente mera chateação ou aborrecimento, mas grave frustração e abalo emocional, **considerando-se que imóveis adquiridos por consumidores de menor poder aquisitivo, destinam-se à moradia própria e por longo tempo, comprometendo considerável porcentagem de seus ganhos,** e a limitação de adequação dos móveis e eletrodomésticos na cozinha, tendo em vista a redução do espaço útil, importou em violação a direito da personalidade, afigurando-se razoável o valor estabelecido. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: 1001844-41.2021.8.26.0451, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Dr. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, 15.07.2021)

Outro é este que segue, de 2024, que tratou de descontos indevidos em benefício previdenciário:

> O simples dissabor não tem estatura para afetar a esfera moral do indivíduo; entretanto na hipótese de se superar tal barreira, com afetação que traga intranquilidade, sofrimento, inquietude ou aflição à vítima, a matéria já invade o território do dano moral passível de indenização. "O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige".(REsp 606.382/MS. Quarta Turma, Relator Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA , DJ. de 17/05/2004)."Cf. REsp 1992603-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi , j. 01/08/22)
>
> Ora, no caso em tela, sem a outorga legítima de manifestação de vontade, por falha inequívoca da parte demandada, **a parte requerente se viu diante de uma dívida sem lastro, e pior, com a efetivação de descontos financeiros elevados em sua conta de benefício (aposentadoria) que, pelo que se extrai das regras da experiência, é justamente para onde são lançados os recursos dos quais o (a) requerente extrai os meios destinados à subsistência.** Dificilmente alguém consegue manter a paz e a tranquilidade diante de um quadro ameaçador do gênero.
>
> Fora a imposição arbitrária de um contrato não desejado pela parte consumidora, há ainda os corrosivos reflexos da contratação fraudulenta, consistente em descontos dos rendimentos da parte autora, afetando direta e indevidamente a economia doméstica do consumidor, atingindo francamente a sua dignidade, trazendo intranquilidade e aflição. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Recurso Inominado: 0000656-11.2023.8.26.0176, 3ª Turma Recursal Cível Relator Dr. Carlos Ortiz Gomes, 20.03.2024)

Já este abaixo, de 2023, discorreu sobre o dano moral no caso de corte no fornecimento de energia elétrica de uma consumidora beneficiária de tarifa social:

Ocorre que, além de não demonstrar nos autos a entrega de uma via do TOI à autora e as faturas a fls.26/27 não indicarem eventual impossibilidade de aferição, verifica-se que o elevado débito de R$ 1.097,57 **não se coaduna com o perfil de consumo da autora que, repita-se, apresentava histórico de baixo consumo, além de ser beneficiária de tarifa destinada a consumidor de baixa renda.**

(...)

A seguir, quanto aos danos morais, o corte no fornecimento de energia elétrica fundado na cobrança de débito injustificado e consequentemente declarado inexigível, sem prévio aviso, caracterizou defeito na prestação do serviço, por cujos prejuízos a ré responde objetivamente. A autora menciona que permaneceu durante oito dias sem energia elétrica em sua residência, situação esta que perdurou até a concessão da tutela de urgência nestes autos, o que inegavelmente causou-lhe transtornos que excederam meros dissabores e aborrecimentos típicos do cotidiano, ofendendo-a em seus direitos de personalidade.

A fixação da verba indenitária deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial/pessoal das partes, suas atividades, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se da experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente, à situação econômica atual e às peculiaridades do caso concreto.

Recomenda a prudência que o Juiz considere o padrão econômico da vítima, objetivando não permitir que seja o evento causa de enriquecimento do ofendido (RSTJ 112/216), além de outros aspectos de igual importância, como a necessidade de justa compensação do lesado (JTJ-Lex 236/167) e a capacidade econômica da ofensora (RSTJ 121/409). **O que importa, em última análise, é a observância da dúplice finalidade da sanção pecuniária por ofensa moral, ou seja, que a indenização ao mesmo tempo compense a vítima pelos efeitos do ato danoso e constitua adequada resposta da ordem jurídica ao autor da ofensa** (RT 742/320 e Bol. AASP 2.089/174).

A indenização pelo dano moral, dada a sua natureza compensatória, visa proporcionar ao ofendido um bem-estar psíquico pelo amargor da ofensa e não enriquecê-lo. Por isso não deve o juiz se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo quando pretenda dar à indenização caráter punitivo, arbitrando-a em quantia compatível com a intensidade do sofrimento. A fixação do quantum deve corresponder a uma satisfação pecuniária hábil a minimizar a dor sofrida, desde que ponderado o aspecto relativo à capacidade econômica do ofensor, no sentido de suportar o encargo indenizatório no âmbito de sua responsabilidade civil.

Entretanto, observo que a verba indenitária arbitrada de R$ 2.000,00 mostra-se reduzida, merecendo majoração.

Sopesados os elementos e considerações acima discriminadas e a fim de adequadamente indenizar o prejuízo causado à autora, majoro a indenização devida de R$ 2.000,00 para R$ 5.000,00, em consonância com os parâmetros indenizatórios desta turma recursal.

(...)

> Diante das particularidades da ofendida e da ofensora, bem como os propósitos da reparação, a importância ora recondicionada não se mostra excessiva, tampouco irrisória. Também não caracteriza enriquecimento indevido, sendo razoável e proporcional ao dano suportado. ((Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Recurso Inominado: 1004215-58.2022.8.26.0704, 1ª Turma Recursal Cível, Relatora Dra. Fernanda Mendes Simões Colombini, 24.10.2023).

Finalmente, no âmbito do STJ, temos este importante julgado lavrado sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em 2019:

> Por um lado, é certo que a atual jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido entender o atraso na entrega do imóvel como mero dissabor da vida na sociedade de consumo, de modo que esse fato, por si só, não é apto a ensejar indenização por danos morais.
>
> (...)
>
> Por outro lado, **é necessário distinguir, porém, a situação das famílias de baixa renda para as quais a aquisição da casa própria tem um significado muito mais expressivo do ponto de vista da realização pessoal em relação à situação das pessoas mais abastadas,** que têm a seu alcance diversas outras formas de realização pessoal.
>
> (...)
>
> Sob esse prisma, sou levado a entender que, **para essas famílias, o atraso por tempo significativo na entrega do imóvel (v.g., atraso maior do que doze meses após o período de tolerância) não significa apenas um inadimplemento contratual, mas a postergação (se não, frustração) de uma realização de vida, a qual, no mais das vezes, é a mais significativa, em termos patrimoniais e de bem-estar, a ser alcançadas por famílias de baixa renda.**
>
> **Esse sentimento de frustração, a meu juízo, produz abalo psíquico em intensidade superior ao abalo decorrente do mero inadimplemento contratual,** dando ensejo à obrigação de indenizar os danos morais experimentados pelos adquirentes. (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1818391 RN 2019/0159151-5, 10/09/2019)

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Como mencionado no item anterior, é comum que os tribunais fixem reparações menores à população de baixa renda – se comparadas àquelas em favor de pessoas com mais recursos – a fim de evitar o "enriquecimento sem causa".

Vejamos este julgado que traduz bem como a jurisprudência tradicionalmente se manifesta:

> A fixação de indenização por danos morais deve servir como repreensão do ato ilícito e pautada no princípio da razoabilidade sem que se transforme em fonte de enriquecimento indevido da parte prejudicada. (Tribunal de Justiça de São Paulo

TJ-SP - Apelação Cível: AC 1001362-38.2018.8.26.0180, Relator Desembargador Nelson Jorge Júnior, 27.07.2020)

E este:

De efeito, o dissabor de receber o imóvel com configurações diversas daquelas esperadas e que, por evidente, frustra legítima expectativa (de há muito fomentada pelo sonho da casa própria), enseja reconhecer que tal infausto extravasa os lindes do mero aborrecimento, malferindo os direitos da personalidade da ofendida. O dano moral, pois, deve ser presumido pelo próprio fato e experiência comuns.

No tocante ao quantum indenizatório, sabe-se não haver critérios predeterminados à sua fixação, que deve observar a gravidade objetiva do fato e de seu efeito lesivo, bem como as condições sociais e econômicas das partes envolvidas, em tal medida que, por um lado, não signifique enriquecimento sem causa do ofendido e, por outro, produza no ofensor impacto bastante para dissuadi-lo da recalcitrância do ilícito. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: 1007237-59.2022.8.26.0079, Relator Desembargador Márcio Boscaro, 09.05.2024).

Contudo, comumente a baixa condição econômica é circunstância que agrava o dano e, portanto, justifica a majoração – e não a redução – do valor da compensação.

Basta pensar, por exemplo, na suspensão indevida de linha telefônica. Em geral pessoas de baixa renda não possuem telefone fixo, compartilham o mesmo número entre todos os membros da família, dependem do celular para o exercício de atividade laborativa e não possuem qualquer outro número de contato. Desse modo, os danos decorrentes da suspensão do serviço são maiores do que, por exemplo, aqueles que atingem uma pessoa da classe média (que tem telefone fixo, número disponível no trabalho, mais de um celular na família etc.).

Outro exemplo é o dano moral fixado em razão de uma fraude bancária: o consumidor aposentado, de baixa renda, que recebe dois salários-mínimos a título de aposentadoria e cai em um golpe pelo qual empréstimos consignados são contraídos e descontados de seu benefício, no limite da margem consignável. O valor que lhe sobra muito provavelmente não será suficiente para arcar com as despesas cotidianas, situação essa muito diferente daquele consumidor com poder aquisitivo maior, que recebe, além da sua aposentadoria, a sua previdência privada e possui outras fontes de rendas, como aplicações e aluguéis de imóveis. A proporção ou a extensão do dano moral para a primeira pessoa poderá ser muito mais significativa do que para a segunda pessoa.

Finalmente, o atraso significativo na entrega de um imóvel, como bem ilustrou o julgado pelo Ministro Paulo Sanseverino, citado no item acima.

Portanto, o valor da reparação deve ser superior para consumidores com menor renda, considerando-se o caso concreto, sem que se possa cogitar de enriquecimento sem causa.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Nessas situações fáticas, sugere-se que a petição inicial explore em detalhes e de forma precisa os efeitos que a falta de recursos produziu no caso concreto e, aplicando o método bifásico reconhecido pelo STJ, justifique a fixação de reparação moral em montante superior à média de condenações, sem que isso importante em enriquecimento sem causa.

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

b. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

c. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

d. FATOS

Trata-se de ...(TRAZER AS INFORMAÇÕES A RESPEITO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO CONSUMIDOR NO CASO CONCRETO E A MAIOR EXTENSÃO DA CONSEQUÊNCIA DO ILÍCITO NO QUE DIZ RESPEITO AO ABALO MORAL)

É a síntese.

e. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios e direitos que servem de base para a proteção do consumidor. O dano moral em especial é amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e, nesse sentido, a reparação do dano moral busca restaurar a dignidade do indivíduo.

A Constituição também assegura o direito à reparação pelo dano moral ou à imagem (artigo 5º, V) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (artigo 5º, inciso X).

A partir dos princípios constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil detalham e especificam a proteção do consumidor e a reparação de danos.

O CDC estabelece como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (artigo 6º, inciso VI). Além disso, o Código também prevê que a responsabilidade do fornecedor de serviços pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços é objetiva (artigo 14).

Finalmente, o Código Civil também complementa a proteção ao estabelecer a regra geral para a reparação de danos: define o ato ilícito, afirmando que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (artigo 186). Estabelece, ainda, a obrigação de reparar o dano, dizendo que aquele que por ato ilícito causar um dano fica obrigado a repará-lo (artigo 927).

O Superior Tribunal de Justiça entende que a fixação do valor deve observar o método bifásico: a) primeiro é realizada a verificação da média de valores atribuídos para casos de base semelhante; b) depois são analisadas as peculiaridades do caso concreto, levando-se em conta o comportamento daquele que causou o dano e as condições econômicas de ambas as partes (quem gerou o dano e quem sofreu o dano).

Para análise da segunda fase, a hipossuficiência financeira da parte justifica a majoração dos danos morais, visto que, no caso concreto, a parte suportou consequências que não se produziriam na hipótese de ela ter situação socioeconômica mais privilegiada (EXPLICAR E COMPARAR, SE FOR O CASO).

Desse modo, não é cabível a redução do valor da reparação por danos morais com fundamento na "vedação ao enriquecimento sem causa", sobretudo quando os impactos do fato lesivo foram evidentemente agravados pela situação econômica da vítima.

Nesse sentido, já há alguns julgados que reconhecem o agravamento do dano moral quando a parte é financeiramente hipossuficiente. Um exemplo é este abaixo, de 2021, que considerou o imóvel adquirido por consumidor com menor poder aquisitivo:

> Quanto ao dano moral, da alteração do projeto e descumprimento da oferta, não resultou somente mera chateação ou aborrecimento, mas grave frustração e abalo emocional, considerando-se que imóveis adquiridos por consumidores de menor poder aquisitivo, destinam-se à moradia própria e por longo tempo, comprometendo considerável porcentagem de seus ganhos, e a limitação de adequação dos móveis e eletrodomésticos na cozinha, tendo em vista a redução do espaço útil, importou em violação a direito da personalidade, afigurando-se razoável o valor estabelecido. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: 1001844-41.2021.8.26.0451, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Dr. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, 15.07.2021)

Outro é este que segue, de 2024, que tratou de descontos indevidos em benefício previdenciário:

> O simples dissabor não tem estatura para afetar a esfera moral do indivíduo; entretanto na hipótese de se superar tal barreira, com afetação que traga intranquilidade, sofrimento, inquietude ou aflição à vítima, a matéria já invade o território

do dano moral passível de indenização. "O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige".(REsp 606.382/MS. Quarta Turma, Relator Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA , DJ. de 17/05/2004)."Cf. REsp 1992603-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi , j. 01/08/22)

Ora, no caso em tela, sem a outorga legítima de manifestação de vontade, por falha inequívoca da parte demandada, **a parte requerente se viu diante de uma dívida sem lastro, e pior, com a efetivação de descontos financeiros elevados em sua conta de benefício (aposentadoria) que, pelo que se extrai das regras da experiência, é justamente para onde são lançados os recursos dos quais o (a) requerente extrai os meios destinados à subsistência.** Dificilmente alguém consegue manter a paz e a tranquilidade diante de um quadro ameaçador do gênero.

Fora a imposição arbitrária de um contrato não desejado pela parte consumidora, há ainda os corrosivos reflexos da contratação fraudulenta, consistente em descontos dos rendimentos da parte autora, afetando direta e indevidamente a economia doméstica do consumidor, atingindo francamente a sua dignidade, trazendo intranquilidade e aflição. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Recurso Inominado: 0000656-11.2023.8.26.0176, 3ª Turma Recursal Cível Relator Dr. Carlos Ortiz Gomes, 20.03.2024)

Já este abaixo, de 2023, discorreu sobre o dano moral no caso de corte no fornecimento de energia elétrica de uma consumidora beneficiária de tarifa social:

Ocorre que, além de não demonstrar nos autos a entrega de uma via do TOI à autora e as faturas a fls.26/27 não indicarem eventual impossibilidade de aferição, verifica-se que o elevado débito de R$ 1.097,57 **não se coaduna com o perfil de consumo da autora que, repita-se, apresentava histórico de baixo consumo, além de ser beneficiária de tarifa destinada a consumidor de baixa renda.**

(...)

A seguir, quanto aos danos morais, o corte no fornecimento de energia elétrica fundado na cobrança de débito injustificado e consequentemente declarado inexigível, sem prévio aviso, caracterizou defeito na prestação do serviço, por cujos prejuízos a ré responde objetivamente. A autora menciona que permaneceu durante oito dias sem energia elétrica em sua residência, situação esta que perdurou até a concessão da tutela de urgência nestes autos, o que inegavelmente causou-lhe transtornos que excederam meros dissabores e aborrecimentos típicos do cotidiano, ofendendo-a em seus direitos de personalidade.

A fixação da verba indenitária deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial/pessoal das partes, suas atividades, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se da experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente, à situação econômica atual e às peculiaridades do caso concreto.

Recomenda a prudência que o Juiz considere o padrão econômico da vítima, objetivando não permitir que seja o evento causa de enriquecimento do ofendido (RSTJ 112/216), além de outros aspectos de igual importância, como a necessidade

de justa compensação do lesado (JTJ-Lex 236/167) e a capacidade econômica da ofensora (RSTJ 121/409). **O que importa, em última análise, é a observância da dúplice finalidade da sanção pecuniária por ofensa moral, ou seja, que a indenização ao mesmo tempo compense a vítima pelos efeitos do ato danoso e constitua adequada resposta da ordem jurídica ao autor da ofensa** (RT 742/320 e Bol. AASP 2.089/174).

A indenização pelo dano moral, dada a sua natureza compensatória, visa proporcionar ao ofendido um bem-estar psíquico pelo amargor da ofensa e não enriquecê-lo. Por isso não deve o juiz se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo quando pretenda dar à indenização caráter punitivo, arbitrando-a em quantia compatível com a intensidade do sofrimento. A fixação do quantum deve corresponder a uma satisfação pecuniária hábil a minimizar a dor sofrida, desde que ponderado o aspecto relativo à capacidade econômica do ofensor, no sentido de suportar o encargo indenizatório no âmbito de sua responsabilidade civil.

Entretanto, observo que a verba indenitária arbitrada de R$ 2.000,00 mostra-se reduzida, merecendo majoração.

Sopesados os elementos e considerações acima discriminadas e a fim de adequadamente indenizar o prejuízo causado à autora, majoro a indenização devida de R$ 2.000,00 para R$ 5.000,00, em consonância com os parâmetros indenizatórios desta turma recursal.

(...)

Diante das particularidades da ofendida e da ofensora, bem como os propósitos da reparação, a importância ora recondicionada não se mostra excessiva, tampouco irrisória. Também não caracteriza enriquecimento indevido, sendo razoável e proporcional ao dano suportado. ((Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Recurso Inominado: 1004215-58.2022.8.26.0704, 1ª Turma Recursal Cível, Relatora Dra. Fernanda Mendes Simões Colombini, 24.10.2023).

Finalmente, no âmbito do STJ, temos este importante julgado lavrado sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em 2019:

Por um lado, é certo que a atual jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido entender o atraso na entrega do imóvel como mero dissabor da vida na sociedade de consumo, de modo que esse fato, por si só, não é apto a ensejar indenização por danos morais.

(...)

Por outro lado, **é necessário distinguir, porém, a situação das famílias de baixa renda para as quais a aquisição da casa própria tem um significado muito mais expressivo do ponto de vista da realização pessoal em relação à situação das pessoas mais abastadas,** que têm a seu alcance diversas outras formas de realização pessoal.

(...)

Sob esse prisma, sou levado a entender que, **para essas famílias, o atraso por tempo significativo na entrega do imóvel (v.g., atraso maior do que doze meses após o período de tolerância) não significa apenas um inadimplemento**

contratual, mas a postergação (se não, frustração) de uma realização de vida, a qual, no mais das vezes, é a mais significativa, em termos patrimoniais e de bem-estar, a ser alcançadas por famílias de baixa renda.

Esse sentimento de frustração, a meu juízo, produz abalo psíquico em intensidade superior ao abalo decorrente do mero inadimplemento contratual, dando ensejo à obrigação de indenizar os danos morais experimentados pelos adquirentes. (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1818391 RN 2019/0159151-5, 10/09/2019)

Verifica-se, portanto, que no caso concreto é devida a majoração do dano moral justamente em razão de a parte requerente ser financeiramente hipossuficiente e ter tido, em função dessa condição, um agravamento em seu abalo moral.

f. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. Sejam acolhidas as alegações de mérito, para condenar a ré à reparação dos danos morais, no valor de R$ XX,XX;

d. Seja, ao final, julgado procedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

CÍVEL

5. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Os Temas Repetitivos 6 e 1.234 do STF são aplicáveis apenas a pedidos relativos a produtos com registro sanitário de medicamento, não cabendo sua aplicação àqueles registrados como produtos à base de cannabis.*

Autores/as: Davi Quintanilha Failde de Azevedo e Felipe Balduino Romariz

Assunto

Cível/Fazenda Pública – Aplicabilidade de precedentes vinculantes em demandas de medicamentos ajuizadas contra o poder público; distinção entre categorias de medicamentos e de outros tipos de produtos de saúde na regulamentação sanitária.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Lei Complementar Estadual nº 988, de 9 de janeiro de 2006:

> Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:
>
> (...)
>
> III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;
>
> (...)
>
> VI- promover:
>
> b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

Fundamentação jurídica

A inaplicabilidade dos Temas 6 e 1.234 a outros tipos de demandas que não aquelas exclusivamente relacionadas a medicamentos foi explicitamente ressalvada pelo Tribunal nos acórdãos de ambos os julgamentos. Nominalmente, no julgamento do Tema 1.234, asseverou o relator que

> Para que não ocorram dúvidas quanto ao precedente a ser seguido e diante da continência entre dois paradigmas de repercussão geral, por reputar explicitado de forma mais clara nestes acordos interfederativos, que dispõem sobre medicamentos incorporados e não incorporados no âmbito do SUS, de forma exaustiva, esclareço que está excluída a presente matéria do tema 793 desta Corte. No que diz respeito aos produtos de interesse para saúde que não sejam caracterizados como medicamentos, tais como órteses, próteses e equipamentos médicos, bem como nos procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, insta esclarecer que não foram debatidos na Comissão Especial e, portanto, não são contemplados neste tema 1.234 (...).RE 1366243, Min. Relator Gilmar Mendes, Plenário. Julgado em 16/09/2024. Acórdão publicado em 11/10/2024.

O mesmo entendimento prevaleceu sobre o Tema 6, in verbis:

> Os Temas 6 e 1.234 da Repercussão Geral compartilham os mesmos problemas. Embora inicialmente o Tema 6 envolvesse apenas medicamentos de alto custo, os debates evoluíram ao longo do julgamento, de modo que as teses propostas pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, em sessão virtual, já faziam referência a medicamentos não incorporados às listas do SUS, independentemente de custo, e ao papel da Conitec. Afinal, se o medicamento foi incluído

> nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, não há mais que se discutir o seu custo, uma vez que essa variável é considerada pelas instâncias técnicas da Conitec e do Ministério da Saúde no momento da incorporação. Assim, é fundamental que os dois Temas de Repercussão Geral sejam analisados de forma conjunta pelo Plenário da Corte, de modo a evitar soluções divergentes sobre a mesma questão: a judicialização de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. RE 566471, Min. Relator Luís Roberto Barroso, Plenário. Julgado em 26/09/2024. Acórdão publicado em 27/11/2024.

No caso específico dos produtos à base de cannabis, trata-se de categoria sanitária própria, distinta da categoria de medicamentos, regulamentada pela Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa (RDC) nº 327/2019:

> Art. 3° Para efeito desta Resolução, além das definições já dispostas na legislação sanitária para fitoterápicos e fitofármacos, especificamente na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 26, de 13 de maio de 2014, e na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n° 24, de 14 de junho de 2011 e suas atualizações, são adotadas as seguintes definições:
>
> (...)
>
> IX - Produto de Cannabis: produto industrializado, objeto de Autorização Sanitária pela Anvisa, destinado à finalidade medicinal, contendo como ativos, exclusivamente, derivados vegetais ou fitofármacos da Cannabis sativa; e
>
> (...)
>
> Art. 6° O registro de medicamentos à base de Cannabis spp. e seus derivados e fitofármacos deve seguir a legislação específica vigente.

Na própria regulamentação, a Agência faz a distinção entre medicamentos que contenham derivados de cannabis e produtos registrados sob categoria própria de "produto de cannabis". A criação da categoria de "produto de cannabis" visou expressamente a acomodar estes produtos no sistema de saúde na ausência de elementos que permitissem seu enquadramento como medicamentos ou outros tipos de produtos já regulados:

> Há uma demanda crescente pela regularização e disponibilização no mercado de diversos produtos obtidos da planta Cannabis sativa, porém, não há dados suficientes para a comprovação da segurança, eficácia e qualidade da maior parte dos produtos obtidos. Assim, vem sendo criados caminhos regulatórios para possibilitar a disponibilização dos produtos, baseando-se nos dados disponíveis até o momento e nas experiências de outros países, como Canadá, Alemanha, Estados Unidos, Portugal e Israel. Esses caminhos foram avaliados para verificar qual o mais adequado para a população e o sistema de saúde brasileiros, o que resultou na publicação da RDC no 327/2019. Como os produtos de Cannabis não se encaixam em nenhuma das categorias previstas na Lei no 6.360/1976, foi criada uma nova categoria regulatória, sendo estabelecidos os requisitos para autorização, fabricação, importação, dispensação, controle, dentre outros para os produtos de Cannabis. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Perguntas & Respostas: Autorização sanitária de Produtos de Cannabis. 1 ed. Brasília: Anvisa, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/setorregulado/regularizacao/medicamentos/fitoterapicos-dinamizados-e-especificos/informes/especificos/perguntas-e-respostas-produtos-de-cannabis-1a-edicao.pdf/view>.

Reconhecendo esta distinção, o Decreto Estadual nº 68.233/2023, que trata da política estadual de fornecimento de medicamentos e produtos à base de cannabis no Estado de São Paulo, faz a explícita distinção entre as categorias medicamento e produto a base de canabidiol, para fins de implementação da política pública de saúde:

> Artigo 3º - São ações da política estadual de fornecimento de medicamentos e produtos à base de canabidiol para fins medicinais que trata este decreto:
>
> I - o fornecimento de medicamentos contendo princípio ativo canabidiol, desde que registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;
>
> II - o fornecimento de produtos derivados de Cannabis para fins medicinais, desde que industrializados, objeto de Autorização Sanitária pela ANVISA, destinados à finalidade medicinal, contendo como ativos, exclusivamente, derivados vegetais ou fitofármacos da Cannabis sativa, conforme previsto na Resolução da Diretoria Colegiada ANVISA n° 327, de 9 de dezembro de 2019, ou em norma técnica que venha a substituí-la;
>
> Parágrafo único - Os medicamentos e produtos a que se referem os incisos I e II deste artigo devem atender às normas sanitárias vigentes referentes à Autorização Sanitária ou Registro de Medicamentos, nos termos das Resoluções da Diretoria Colegiada da ANVISA RDC n° 327, de 9 de dezembro de 2019, e RDC n° 753, de 28 de setembro de 2022, respectivamente, ou de normativos que vierem a substituí-las.

Dadas todas as características diferenciadoras dos produtos à base de cannabis em relação à categoria de medicamentos, deve restar afastada a aplicação dos Temas Repetitivos 6 e 1.234 nestes casos, tendo em vista tanto a literalidade das decisões, quanto a inviabilidade de aplicá-las analogicamente a produtos distintos do ponto de vista sanitário.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Dados preliminares dão conta de que os produtos à base de cannabis e, mais especificamente, o canabidiol, têm representação significativa entre os produtos de saúde demandados em atendimentos da Defensoria Pública. O Estado de São Paulo conta, desde 2023, com política de dispensação de produtos à base de cannabis, nos termos da Lei Estadual nº 17.618/2023 e do Decreto Estadual nº 68.233/2023. Contudo, o rol de doenças para as quais este tipo de produto pode ser dispensado ainda é enxuto, o que motiva muitas demandas judiciais contra o poder público.

A partir do julgamento dos Temas Repetitivos nº 6 e 1.234 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), as regras aplicáveis à judicialização de medicamentos contra o poder público foram significativamente alteradas, resultando em importante complexificação deste tipo de demanda. Conforme discutido na seção de fundamentação jurídica, ambos os acórdãos foram claros em especificar o escopo de incidência das novas Teses. Apesar disso, tem sido muito frequente a sua aplicação errônea a outros tipos de demandas de saúde, o que representa verdadeiro impeditivo da tramitação dos processos, já que os requisitos estabelecidos nos Temas são específicos à categoria sanitária dos medicamentos, ficando impossibilitada a sua observação em outros tipos de demandas.

Neste contexto, a tese institucional proposta busca uniformizar e, potencialmente, facilitar a atuação da Defensoria Pública em demandas de produtos à base de cannabis.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Inclusão de item nas petições iniciais destinado ao distinguishing de demandas de produtos à base de cannabis em relação às demandas de medicamentos.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DIREITO DE UMA DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA ${comarcaForoVaraTribunalProcessoMAIUSCULO}

URGENTE

Com pedido de JUSTIÇA GRATUITA e TRAMITAÇÃO PRIORITÁRIA

${AutorNome}, ${AutorNacionalidade}, ${AutorEstadoCivil}, ${AutorProfissao}, portador (a) da cédula de identidade RG nº ${AutorRG} SSP/SP, inscrito (a) no CPF/MF sob o nº ${AutorCPF}, residente e domiciliado (a) na Rua/Av. ${AutorEnderecoCompleto}, município de CIDADE/SP, telefone (xx)${AutorTel}, e-mail ${AutorEmail}, representado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, vem à presença de Vossa Excelência ajuizar a presente

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA,

em face do ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público, CNPJ nº 46.379.400/0001-50, com sede em Av. Rangel Pestana, 300 - São Paulo / SP, CEP 01017-911 pelos motivos de fato e de direito expostos a seguir.

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Conforme declarado no doc. XXXX, a parte requerente é hipossuficiente e carece de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, de modo que faz jus à concessão de assistência gratuita pela Defensoria Pública, requerendo, pois, a concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos dos arts. 98 e 99 do Código de Processo Civil.

DOS FATOS

[...]

DA INAPLICABILIDADE DOS TEMAS 6 E 1.234 AO [PRODUTO]

A presente demanda trata de um produto que, a despeito de se destinar ao tratamento da [doença] e de comorbidades e sintomas a ela relacionados, está registrado no Brasil como "produto derivado de cannabis", não se confundindo com a categoria sanitária de medicamento.

Esta distinção se faz necessária pois há requisitos exigidos na jurisprudência vinculante que condicionam a concessão judicial de medicamentos, mas que não se aplicam a outros produtos de interesse à saúde. De fato, os acórdãos dos Temas Repetitivos 6 e 1.234 do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como as Súmulas Vinculantes nº 60 e 61 que dele decorreram, são explícitos sobre sua aplicabilidade exclusiva a medicamentos:

Tema 6

Os Temas 6 e 1.234 da Repercussão Geral compartilham os mesmos problemas. Embora inicialmente o Tema 6 envolvesse apenas medicamentos de alto custo, os debates evoluíram ao longo do julgamento, de modo que as teses propostas pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, em sessão virtual, já faziam referência a medicamentos não incorporados às listas do SUS, independentemente de custo, e ao papel da Conitec. Afinal, se o medicamento foi incluído nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, não há mais que se discutir o seu custo, uma vez que essa variável é considerada pelas instâncias técnicas da Conitec e do Ministério da Saúde no momento da incorporação. **Assim, é fundamental que os dois Temas de Repercussão Geral sejam analisados de forma conjunta pelo Plenário da Corte, de modo a evitar soluções divergentes sobre a mesma questão: a judicialização de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde.** RE 566471, Min. Relator Luís Roberto Barroso, Plenário. Julgado em 26/09/2024. Acórdão publicado em 27/11/2024.

Tema 1.234

Para que não ocorram dúvidas quanto ao precedente a ser seguido e diante da continência entre dois paradigmas de repercussão geral, por reputar explicitado de forma mais clara nestes acordos interfederativos, que dispõem sobre medicamentos incorporados e não incorporados no âmbito do SUS, de forma exaustiva, esclareço que está excluída a presente matéria do tema 793 desta Corte. **No que diz respeito aos produtos de interesse para saúde que não sejam caracterizados como medicamentos, tais como órteses, próteses e equipamentos médicos, bem como nos procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, insta esclarecer que não foram debatidos na Comissão Especial e, portanto, não são contemplados neste tema 1.234.** RE 1366243, Min. Relator Gilmar Mendes, Plenário. Julgado em 16/09/2024. Acórdão publicado em 11/10/2024.

Súmula Vinculante nº 60: O pedido e a análise administrativos de fármacos na rede pública de saúde, a judicialização do caso, bem ainda seus desdobramentos (administrativos e jurisdicionais), devem observar os termos dos 3 (três) acordos interfederativos (e seus fluxos) homologados pelo Supremo Tribunal Federal, em governança judicial colaborativa, no tema 1.234 da sistemática da repercussão geral (RE 1.366.243).

Sumula Vinculante nº 61: A concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, deve observar as teses firmadas no julgamento do Tema 6 da Repercussão Geral (RE 566.471).

A definição de medicamento adotada pela Anvisa é a da Lei nº 5.991/1973, que o conceitua como um "produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico". Trata-se de uma definição abrangente, permitindo o enquadramento de uma série de produtos muito distintos sob esta mesma categoria.

Os julgados dos Temas 6 e 1.234 não fornecem uma definição própria para o conceito de medicamento. Contudo, alguns dos requisitos fixados permitem uma aproximação das regras sanitárias aplicáveis especificamente aos produtos registrados como medicamentos nos termos do art. 16 da Lei nº 6.360/1976.

Exemplos desta aproximação são os fatos de que apenas produtos registrados como medicamentos são submetidos à precificação pela CMED (inc. VII) ou são objeto de demonstração de segurança e eficácia através de ensaios clínicos (incs. II e III). Ambos os elementos, por sua vez, são essenciais para a demonstração dos requisitos exigidos nos Temas vinculantes.

Significa dizer que, **para outras categorias de produtos sanitários, como é o caso do** [produto]**, o preenchimento dos requisitos fixados nos Temas é impossível, já que incompatível com as regras sanitárias vigentes. Decorre logicamente desta constatação a inaplicabilidade dos Temas a eles,** mesmo em se tratando de produtos que, pela ambiguidade das definições legais, poderiam ser registrados sob mais de uma categoria.

No caso concreto, o [produto] é registrado como produto derivado de cannabis. Nesta condição, trata-se de produto que está submetido à Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa (RDC) nº 327/2019, com requisitos próprios para obtenção de registro e comercialização, não se confundido com medicamento:

> Art. 3° Para efeito desta Resolução, além das definições já dispostas na legislação sanitária para fitoterápicos e fitofármacos, especificamente na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 26, de 13 de maio de 2014, e na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n° 24, de 14 de junho de 2011 e suas atualizações, são adotadas as seguintes definições:
>
> (...)
>
> IX - Produto de Cannabis: produto industrializado, objeto de Autorização Sanitária pela Anvisa, destinado à finalidade medicinal, contendo como ativos, exclusivamente, derivados vegetais ou fitofármacos da Cannabis sativa; e
>
> (...)
>
> Art. 6° **O registro de medicamentos à base de Cannabis spp. e seus derivados e fitofármacos deve seguir a legislação específica vigente.**

Veja-se que, na própria regulação, a Agência faz a distinção entre medicamentos que contenham derivados de cannabis e produtos registrados sob categoria própria de "produto de cannabis". Explicitamente, essa escolha regulatória foi feita como uma forma de acomodar estes produtos no sistema de saúde na ausência de elementos que permitissem seu enquadramento como medicamentos ou outros tipos de produtos já regulados:

> Há uma demanda crescente pela regularização e disponibilização no mercado de diversos produtos obtidos da planta Cannabis sativa, porém, não há dados suficientes para a comprovação da segurança, eficácia e qualidade da maior parte dos produtos obtidos. Assim, **vem sendo criados caminhos regulatórios para**

possibilitar a disponibilização dos produtos, baseando-se nos dados disponíveis até o momento e nas experiências de outros países, como Canadá, Alemanha, Estados Unidos, Portugal e Israel. Esses caminhos foram avaliados para verificar qual o mais adequado para a população e o sistema de saúde brasileiros, o que resultou na publicação da RDC no 327/2019. **Como os produtos de Cannabis não se encaixam em nenhuma das categorias previstas na Lei no 6.360/1976, foi criada uma nova categoria regulatória,** sendo estabelecidos os requisitos para autorização, fabricação, importação, dispensação, controle, dentre outros para os produtos de Cannabis.Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Perguntas & Respostas: Autorização sanitária de Produtos de Cannabis. 1 ed. Brasília: Anvisa, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/setorregulado/regularizacao/medicamentos/fitoterapicos-dinamizados-e-especificos/informes/especificos/perguntas-e-respostas-produtos-de-cannabis-1a-edicao.pdf/view>.

Reconhecendo esta distinção, o Decreto Estadual nº 68.233/2023, que trata da política estadual de fornecimento de medicamentos e produtos à base de cannabis no Estado de São Paulo, faz a explícita distinção entre as categorias medicamento e produto para fins de implementação da política pública de saúde:

> Artigo 3º - São ações da política estadual de fornecimento de medicamentos e produtos à base de canabidiol para fins medicinais que trata este decreto:
>
> I - o fornecimento de **medicamentos** contendo princípio ativo canabidiol, desde que registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;
>
> II - o fornecimento de **produtos** derivados de Cannabis para fins medicinais, desde que industrializados, objeto de Autorização Sanitária pela ANVISA, destinados à finalidade medicinal, contendo como ativos, exclusivamente, derivados vegetais ou fitofármacos da Cannabis sativa, **conforme previsto na Resolução da Diretoria Colegiada ANVISA n° 327, de 9 de dezembro de 2019**, ou em norma técnica que venha a substituí-la;
>
> Parágrafo único - Os medicamentos e produtos a que se referem os incisos I e II deste artigo devem atender às normas sanitárias vigentes referentes à Autorização Sanitária ou Registro de Medicamentos, nos termos das Resoluções da Diretoria Colegiada da ANVISA RDC n° 327, de 9 de dezembro de 2019, e RDC n° 753, de 28 de setembro de 2022, respectivamente, ou de normativos que vierem a substituí-las.

Atualmente, o único fármaco derivado da cannabis com registro sanitário de medicamento é o Mevatyl®, composto de tetraidrocanabinol e canabidiol, que não se confunde com o [produto], ora demandado. Neste exato sentido, vejamos manifestação recente do NatJus do Estado de São Paulo:

NOTA TÉCNICA No 2201 /2025 - NAT-JUS/SP

Inicialmente, ressaltamos que os Temas Repetitivos n's 06 e 1234, do colendo Superior Tribunal Federal referem-se exclusivamente as diretrizes a serem adotadas para a concessão de medicamentos, do que não trata esta requisição judicial.
É que, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) existe apenas o registro de um medicamento a base de cannabis (Mevatyl®)
Os demais são classificados como produtos medicinais.

Dadas todas estas características diferenciadoras do [produto] em relação à categoria de medicamentos, deve restar afastada a aplicação dos Temas Repetitivos 6 e 1.234 no presente caso, tendo em vista tanto a literalidade das decisões quanto a inviabilidade de aplicá-las analogicamente a produtos distintos do ponto de vista sanitário.

DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E DA ILEGALIDADE DA OMISSÃO PRESTACIONAL

[...]

DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

[...]

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer:

1. A concessão dos benefícios da **gratuidade da Justiça**, nos termos do artigo 98 e 99, ambos do CPC e da Lei 1.060/50;

2. O **deferimento da tutela provisória de urgência**, inaudita altera parte ou após audiência de justificação ou, subsidiariamente, após parecer do NatJus, para determinar ao requerido o fornecimento do (tratamento), sob pena de multa diária (CPC, art. 536, §1º);

3. A **citação do réu** para que, querendo, conteste o feito, sob pena de aplicação dos efeitos material e processual da revelia;

4. A intimação do **Ministério Público** para que intervenha no feito, em observância ao interesse público (art. 178, II, CPC).

5. A procedência do pedido para, confirmando a tutela provisória de urgência, condenar a parte ré a fornecer o (produto) à parte autora, na dosagem prescrita, em caráter contínuo e gratuito, com base nos artigos 6º, 23, II, e 196 da CF;

${retornaNomeDefensoria}

${Data}

CÍVEL

6. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Para fins de análise do cabimento liminar, a avaliação da urgência do tratamento pleiteado por parte do NatJus não deve considerar apenas as definições médicas de urgência e emergência, mas deve também se pautar pelo conceito de time-sensitivity do tratamento, que designa o risco de perda ou mudança de eficácia de um dado tratamento diante do atraso no seu início.*

Autores/as: Davi Quintanilha Failde de Azevedo e Felipe Balduino Romariz

Assunto

Cível/Fazenda Pública - Consultas ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NatJus) em demandas relacionadas a tratamentos de saúde; distinção entre conceitos de urgência e emergência no âmbito da medicina e no âmbito processual.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Lei Complementar Estadual nº 988, de 9 de janeiro de 2006:

> Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:
>
> (...)
>
> III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;
>
> (...)
>
> VI- promover:
>
> b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

Fundamentação jurídica

Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NatJus) são unidades compostas por profissionais da saúde que fornecem suporte técnico a magistrados em casos de saúde. A sua principal função é elaborar pareceres e notas de evidência com o objetivo de auxiliar a tomada de decisão judicial em temas que exigem conhecimento especializado.

A criação dos NatJus em nível nacional foi estabelecida pela Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), a implementação ocorreu por meio da Portaria TJSP nº 9.469/2017.

Para a maior parte das demandas de saúde, a consulta aos NatJus é voluntária, dependendo da determinação do juízo. Mais recentemente, contudo, com o julgamento dos Temas Repetitivos 6 e 1.234, a consulta nos casos de demandas de medicamentos passou a ser obrigatória.

Dentre os elementos avaliados pelo NatJus em seus pareceres, um deles é a urgência do tratamento solicitado.

O conceito de urgência adotado corriqueiramentepelo NatJus é aquele do CFM, que diz respeito a urgências ou emergências médicas, relacionadas ao risco eminente de vida (Resolução CFM n° 1.451/1995). Este não é, contudo, o mesmo critério de urgência adotado no artigo 300 do CPC, que se relaciona a perigos de dano ou riscos ao resultado útil do processo.

Nesses casos, portanto, é necessário ponderar a distinção entre os conceitos processual (do artigo 300 do CPC) e médico (da Resolução CFM nº 1.451/1995) de urgência.

Ainda que o acesso a um determinado medicamento não seja condição imediata para a sobrevivência

do demandante, para fins de concessão de liminar o mais adequado é que sejam considerados os riscos da ausência do tratamento para a sua condição até que o feito tenha condições de ser julgado em definitivo. O atraso no início de um tratamento pode representar a perda concreta da oportunidade de alcançar um melhor resultado terapêutico, mesmo que não haja risco iminente de morte. Trata-se de um dano autônomo, juridicamente relevante, decorrente da privação do acesso oportuno ao benefício potencial do tratamento.

Por este motivo, considera-se mais adequada, para a correta interpretação do CPC, nos casos em que pleiteia a condenação do ente público ao fornecimento de medicamento ou outro produto,a avaliação da urgência da medida segundo o conceito "time-sensitive", adotado na medicina para designar o risco de perda ou mudança de eficácia de um dado tratamento diante do atraso no seu início.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

O conceito **urgência biomédica** utilizado por alguns Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NATJUS) frequentemente resulta em parecer negativo com relação à necessidade de concessão da tutela antecipada.

Neste contexto, e diante da recente obrigatoriedade de consulta ao NatJus em casos de medicamentos, a mudança no parâmetro de urgência adotado busca produzir prova apta a sensibilizar o juízo a respeito do risco de dano ao resultado útil do processo em caso de atraso no acesso ao tratamento pleiteado, afastando o foco da urgência biomédica para concentrá-lo na urgência jurídica.

Essa mudança de estratégia, comprovadamente bem sucedida em outras Unidades da Federação (como em Sergipe), visa a aprimorar a capacidade de demonstrar judicialmente a necessidade imediata de acesso ao tratamento pleiteado.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Inclusão de considerações sobre o conceito de urgência a ser utilizado pelo NatJus no item da petição inicial que trata do requerimento de concessão da tutela provisória de urgência.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

URGENTE

Com pedido de JUSTIÇA GRATUITA e [TRAMITAÇÃO PRIORITÁRIA]

${AutorNome}, ${AutorNacionalidade}, ${AutorEstadoCivil}, ${AutorProfissao}, portador (a) da cédula de identidade RG nº ${AutorRG} SSP/SP, inscrito (a) no CPF/MF sob o nº ${AutorCPF}, residente e domiciliado (a) na Rua/Av. ${AutorEnderecoCompleto}, município de CIDADE/SP, telefone (xx)${AutorTel}, e-mail ${AutorEmail}, representado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, vem, à presença de Vossa Excelência, ajuizar a presente

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA,

em face do ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público, CNPJ n° 46.379.400/0001-50, com sede em Av. Rangel Pestana, 300 - São Paulo/ SP, CEP 01017-911 pelos motivos de fato e de direito expostos a seguir.

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Conforme declarado no doc. XXXX, a parte requerente é hipossuficiente e carece de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, de modo que faz jus à concessão de assistência gratuita pela Defensoria Pública, requerendo, pois, a concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos dos arts. 98 e 99 do Código de Processo Civil.

DOS FATOS

[...]

DO DIREITO

[...]

DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

A excepcionalidade do presente caso e a gravidade do quadro clínico do autor impõem a concessão de tutela provisória de urgência, nos termos do art. 300 do CPC, para que se garanta imediato fornecimento do [tratamento].

O direito da parte autora ao tratamento pleiteado é incontestável, tendo sido plenamente caracterizado ao longo da presente exposição. O perigo de dano, por sua vez, decorre diretamente do quadro clínico grave e da deterioração contínua do estado de saúde do requerente, conforme demonstrado no relatório médico anexo e extensamente repisado ao longo deste feito. Nesse contexto, **o atraso no acesso ao tratamento receitado se traduz em risco iminente de agravamento do quadro e de prejuízo irreparável à saúde e à qualidade de vida do autor,** exigindo a pronta intervenção judicial para assegurar a efetividade da tutela.

No mesmo sentido, **mostra-se incabível a solicitação de manifestação do NatJus antes da avaliação do pedido de antecipação da tutela**, uma vez que a análise técnica já foi conduzida por especialista que acompanha a parte Requerente, que detalhou, de forma minuciosa, a necessidade e a urgência do tratamento específico solicitado. O atraso na avaliação do pedido em favor de manifestação prévia do NatJus apenas prolonga a resolução do caso, contrariando a urgência delineada no art. 300 do CPC e configurando possível risco à vida e à integridade da parte Autora.

As circunstâncias do caso concreto, pois, recomendam o afastamento ou a **postergação** da manifestação do NatJus para **após a concessão e o cumprimento da tutela provisória de urgência**, de modo a não causar prejuízo (quiçá irreversível) à parte requerente.

Subsidiariamente, caso se entenda pela imprescindibilidade de manifestação prévia do NatJus, requer-se **que seja respeitado o prazo de manifestação em até 72 horas do recebimento da demanda**, nos termos do art. 5º da Portaria TJSP nº 9.650/2018:

> Art. 5° Os magistrados efetuarão as requ1s1çoes de subsídios técnicos por meio do preenchimento do formulário em Anexo, a ser encaminhado por e-mail ao NAT-JUS
>
> §1° A requisição do juiz deve ser respondida, dentro do possível, no prazo máximo de 72 horas, ressalvando-se a possibilidade de o magistrado responsável informar situação emergencial que exija resposta em prazo mais exíguo.

Adicionalmente, em caso de determinação de avaliação prévia da demanda pelo NatJus, **solicita-se que se determine que o parecer a ser produzido avalie a urgência** do início do tratamento **da perspectiva jurídica, segundo o critério de *"time-sensitive"***, adotado na medicina para designar o risco de perda ou mudança de eficácia de um dado tratamento diante do atraso no seu início.

O conceito de urgência adotado corriqueiramente pelo NatJus é aquele do CFM, que diz respeito a urgências ou emergências médicas, relacionadas ao risco eminente de vida (Resolução CFM nº 1.451/1995). Este não é, contudo, o mesmo critério de urgência adotado no artigo 300 do CPC, que se relaciona a perigos de dano ou riscos ao resultado útil do processo. Por este motivo, considera - se mais adequada, para a correta aplicação do CPC, a avaliação da urgência do tratamento segundo o conceito "time-sensitive".

Tendo sido devidamente preenchidos todos os requisitos autorizadores, impõe-se o deferimento imediato da tutela provisória de urgência, a fim de preservar o direito fundamental à saúde da parte requerente, em conformidade com os ditames legais e constitucionais.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer:

1. A concessão dos benefícios da **gratuidade da Justiça**, nos termos do artigo 98 e 99, ambos do CPC e da Lei 1.060/50;
2. O **deferimento da tutela provisória** de urgência, inaudita altera parte ou após audiência de justificação ou, subsidiariamente, após parecer do NatJus, para determinar ao requerido o fornecimento do (tratamento), sob pena de multa diária (CPC, art. 536, §1º);
3. A **citação do réu** para que, querendo, conteste o feito, sob pena de aplicação dos efeitos processual e material da revelia;
4. A intimação do **Ministério Público** para que intervenha no feito, em observância ao interesse público (art. 178, 11, CPC).
5. A procedência do pedido para, confirmando a tutela de urgência, condenar a parte ré ao fornecimento do (tratamento) à parte autora, com base nos artigos 6°, 23, li, e 196 da CF;

Nesses termos,
pede deferimento.

${retornaNomeDefensoria}

${Data}

CÍVEL

7. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Nas ações de obrigação de fazer em face de Operadora de Plano de Saúde, é cabível a adoção de medida executiva atípica de suprimento de autorização para prestador de serviço integrante da rede credenciada determinando o cumprimento da decisão judicial diretamente a este.*

Autores/as: Luiz Fernando Baby Miranda - NUDECON

Assunto

Saúde suplementar. Planos de saúde. Obrigação de fazer.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública promover a defesa tanto individual quanto coletiva dos direitos do consumidor.

> Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:
>
> VI- promover:
>
> d)) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos do consumidor necessitado;

Fundamentação jurídica

Tradicionalmente requerer a fixação de pena de multa diária em face da Operadora de Plano de Saúde como medida coercitiva para a realização da obrigação de fazer deferida judicialmente, aquela que irá garantir o bem da vida que se busca garantir pela via judicial.

Em situações como essa, costuma-se requerer o aumento da multa diária ou o bloqueio de valores da Operadora de Planos de Saúde como medidas secundárias para buscar garantir o cumprimento da decisão judicial ou, no segundo caso, garantir que a parte Requerente tenha meios financeiros para custear o tratamento.

Contudo, ainda que possa gerar um estímulo econômico para o cumprimento da determinação judicial, nem sempre essa via gera resultados concretos.

O pedido de bloqueio de valores, por sua vez, pode ser frustrado em caso de não localização de valores em contas bancárias da Operadora de Planos de Saúde.

Uma via possível, por sua vez, é o Poder Judiciário suprir a autorização administrativa diretamente para integrante da Rede Credenciada, a qual é obrigada a cumprir a decisão judicial.

1. **CDC e Lei nº 9.656/98**

A relação existente entre o beneficiário e a operadora de planos de saúde é regida pela Lei nº 9.656/98 e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC). Segundo a Lei nº 9.656/98:

> Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade e, simultaneamente, das disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Lei nº 14.454, de 2022)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, consolidou o entendimento na Súmula nº 608, a qual excluiu a aplicação do CDC para os planos de saúde administrados por entidades de autogestão:

> Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Quando analisamos a relação que se estabelece entre o beneficiário e a operadora de plano de saúde, é necessário destacar que esta é apenas uma intermediária, uma vez que o objetivo é que terceiros, ou seja, aquelas pessoas jurídicas que integram a rede credenciada, prestem os serviços necessários para o tratamento de saúde.

2. **Rede Credenciada e Operadoras de Planos de Saúde**

Apesar de não constar diretamente no instrumento de contrato de adesão todas as pessoas jurídicas que integram a rede credenciada, estas, em razão dos contratos existentes com a operadora de saúde, também integram, ainda que potencialmente, a relação de consumo.

Dessa forma, não é possível separar as prestadoras de serviço das operadoras de planos de saúde quando se analisa o bem da vida buscado pelo consumidor quando contrata um plano de saúde. Com efeito, trata-se de um contrato complexo no qual a obrigação fim é cumprida por outro prestador de serviço que não a própria operadora de plano de saúde.

A importância da rede credenciada é reconhecida na própria Lei nº 9.656/98, que prevê regras para a substituição de prestadores de serviço, exigindo que seja equivalente e que a comunicação seja feita com 30 (trinta) dias de antecedência (art. 17, caput).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, por sua vez, detalhou as regras para alterações na rede assistencial hospitalar na Resolução Normativa ANS nº 585, de 18 de agosto de 2023.

É importante destacar que a Lei nº 9.656/98 estabelece o conteúdo mínimo a ser observado nos contratos entre os prestadores de serviços da rede credenciada e as operadoras de planos de saúde. Conforme o art. 17-A:

> Art. 17-A. As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço. (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)
>
> (...)
>
> § 2o O contrato de que trata o caput deve estabelecer com clareza as condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, incluídas, obrigatoriamente, as que determinem: (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)
>
> I - o objeto e a natureza do contrato, com descrição de todos os serviços contratados; (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)
>
> II - a definição dos valores dos serviços contratados, dos critérios, da forma e da periodicidade do seu reajuste e dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados; (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)
>
> III - a identificação dos atos, eventos e procedimentos médico-assistenciais que necessitem de autorização administrativa da operadora; (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)

Ou seja, as informações sobre quais serviços podem ser executados pela prestadora da rede credenciada, a remuneração pelo serviço e se necessitam de autorização administrativa são de conhecimento prévio das partes.

Em igual sentido são as normas da Resolução Normativa nº 363/2014 da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Ou seja, os limites da obrigação da prestadora de serviço (quais serviços pode realizar), assim como os limites da obrigação da operadora de plano de saúde (o valor a ser pago) estão bem delimitados.

3. **Medidas atípicas do Código de Processo Civil**

Não haverá prestação de serviço pela rede credenciada quando houver ausência de manifestação de vontade da operadora de plano de saúde para autorizar o procedimento/tratamento.

Nesses casos, será necessário o ingresso de uma ação judicial em face da operadora de plano de saúde.

Nos casos em que o consumidor obtiver um provimento judicial favorável e, ainda sim, a operadora de plano de saúde se mantiver inerte/se recusar a cumprir a decisão, estará configurada prática abusiva qualificada, visto que, além de não reconhecer administrativamente o direito da parte Requerente, a operadora de plano de saúde recusou-se a cumprir determinação judicial. Apesar da prestadora de serviços da rede credenciada não estar no polo passivo do processo, a intervenção desse terceiro é necessária para que se obtenha o resultado prático do processo. Como mencionado, a operadora de plano de saúde apenas irá realizar o pagamento do serviço que será prestado por terceiro.

Nesse caso, mostra-se cabível que a ordem de realização do procedimento/tratamento seja direcionada diretamente para integrante da rede credenciada, suprindo a manifestação de vontade da operadora de plano de saúde para autorizar o procedimento.

O Código de Processo Civil estabelece que o Juízo pode determinar as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (art. 139, IV, do CPC).

Além disso, o art. 536 do CPC estabelece que:

> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Como já indicado, a prestadora de serviço da rede credenciada possui a expectativa de ser ressarcida de seus gastos **após** a realização de sua obrigação, no cotidiano do relacionamento entre a rede credenciada e a operadora de plano de saúde.

Não se mostra razoável inverter essa certeza no presente momento, obrigando que haja o bloqueio de valores da operadora de planos de saúde para que os valores, posteriormente, sejam usados para pagar os custos do tratamento.

Verifica-se, pois, que não haverá a criação de uma obrigação por parte do Poder Judiciário, mas apenas a determinação de cumprimento de obrigações contratuais já existentes, competindo à operadora de plano de saúde custear o tratamento assim que receber as informações da prestadora

de sua rede credenciada.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. INTERNAÇÃO JUNTO A HOSPITAL DA REDE CREDENCIADA OU REFERENCIADA DO PLANO DE SAÚDE. DESPESAS HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO BENEFICIÁRIA INEXISTENTE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO OU TRATAMENTO PELO CONVÊNIO. NECESSIDADE DE PRESTAR INFORMAÇÃO CLARA E ADEQUADA E OBTER CONSENTIMENTO ESCLARECIDO. CLÁUSULA GENÉRICA ESTABELECENDO SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE O PLANO E O PACIENTE. CONTRATO DE ADESÃO ASSINADO NO ATO DA INTERNAÇÃO. CUMPRIMENTO DA LEI 8.078/90. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO PACIENTE NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPRORCIONALIDADE OBSERVARDOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PEDIDO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Nos contratos celebrados com hospitais ou clínicas, salvo expressa previsão em contrário, o plano de saúde atua como estipulante e em favor dos seus associados ou beneficiários, com a assunção da responsabilidade de pagamento das despesas do atendimento médico-hospitalar. Logo, não há relação jurídica direta entre o fornecedor do serviço (hospital ou clínica) e o consumidor final, o que afasta sua responsabilidade pelo pagamento das despesas decorrentes da execução do contrato. 2. Tratando-se de paciente, cuja internação se deu mediante convênio securitário, a cobrança pelas despesas médico-hospitalares deve ser dirigida exclusivamente ao plano de saúde, salvo se a recusa de cobertura pela operadora do plano for previamente comunicada e sobrevenha a assunção de responsabilidade pelo pagamento pelo beneficiário. É direito do consumidor receber informação clara e adequada sobre o serviço ou produto oferecido, havendo, em contrapartida, o dever de o fornecedor informar sua natureza, quantidade, qualidade e outros dados essenciais para sua decisão. A Lei no. 8.078/90 é de ordem pública e elevou o direito à informação e o dever de informar à condição de validade dos negócios jurídicos celebrado no mercado de massa. Por conseguinte, o ?consentimento informado, vontade qualificada ou, ainda, consentimento esclarecido? é um standard jurídico que deve ser observado, assegurado e utilizado na interpretação e execução dos contratos no mercado de consumo. A cláusula do contrato de adesão assinado pelo paciente no ato de sua internação no hospital credenciado ou referenciado, e que o equipara à condição de devedor solidário com a operadora do plano de saúde, tem sua validade condicionada ao cumprimento do dever de informação e obtenção expressa de concordância do consumidor acerca de cada serviço que será prestado e sem cobertura pelo convênio. 3. Por conseguinte, é indevida a cobrança direta das despesas de internação do paciente, porque foi internado na condição de beneficiário de seu plano de saúde e sequer foi previamente informado sobre a recusa de cobertura pelo seu plano de saúde, tampouco obtido seu consentimento informado sobre os procedimentos e os respectivos custos. 4. Na hipótese dos autos, ficou caracterizado o dano moral in re ipsa, tendo em vista a inserção do nome do paciente no cadastro de devedores, em decorrência de dívida de terceiro. 5. Não se mostra desarrazoado ou desproporcional o montante arbitrado na sentença a título de compensação pelos danos morais (R$ 3.000,00), considerada a gravidade do

dano, sua repercussão, sua natureza pedagógica e a jurisprudência vigente acerca de fato semelhante. 6. Não se conhece de pedido de condenação por litigância de má-fé formulado em contrarrazões. 7. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJDF - 0702818-40.2022.8.07.0001 – Acórdão publicado em 30/06/2023)

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo há precedentes de decisões judiciais que obrigam terceiros a

> Cumprimento de sentença. Fixação de astreintes em desfavor de terceiro estranho à lide – instituição bancária, ora agravante. Possibilidade. Fixação que tem por escopo compelir o cumprimento de uma decisão judicial, a qual pode ser direcionada a terceiro, quando este possui o dever de agir. Conduta recalcitrante do banco em cumprir a obrigação imposta. Cabível a cobrança das astreintes, ainda, nos próprios autos. Princípio da economia processual levado em consideração. Pedido subsidiário de redução que não merece prosperar, haja vista que a multa cominatória já fora minorada pelo d. Juízo 'a quo'. Quantia adequada em razão do poder econômico do banco, e que, diante das peculiaridades da situação fática, também se apresenta razoável e proporcional. Agravo desprovido. (TJSP – Agravo de Instrumento 2184142-71.2024.8.26.0000 – Data de publicação do acórdão: 19/11/2024)

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Recentes notícias indicam que operadoras de planos de saúde estariam descumprindo decisões judiciais que determinam a realização de exames e procedimentos em favor dos consumidores.

Dados que evidenciam o problema

- R$ 3,9 bilhões foram gastos pelas operadoras com despesas judiciais apenas no primeiro trimestre de 2025, segundo dados da ANS. Desse total, 62% referem-se a procedimentos que já deveriam estar cobertos contratualmente, evidenciando que os usuários precisaram recorrer à Justiça para obter o que já lhes era de direito [1]
- A OAB-SP manifestou preocupação com a normalização dessa prática, destacando que muitas operadoras preferem pagar multas judiciais a cumprir as determinações, tratando as penalidades como "custo operacional" [2] .
- Em 2024, o número de ações judiciais contra planos de saúde chegou a 300 mil, o maior já registrado desde o início do monitoramento pelo CNJ. No Estado de São Paulo, 64,7% das ações envolvem garantia de tratamento médico e 17,9% fornecimento de medicamentos [3] .

1 .https://www.conjur.com.br/2025-mai-05/vidas-em-risco-justica-ignorada-o-alarmante-descaso-dos-planos-de-saude-frente-a-decisoes-judiciais/

2 https://www.apm.org.br/planos-de-saude-numero-de-acoes-na-justica-dobra-em-3-anos-e-chega-a-300-mil-em-2024/

3 https://www.oabsp.org.br/noticia/25-06-04-1428-oab-sp-aponta-descumprimento-de-decisoes-judiciais-por-operadoras-de-planos-de-saude

Impactos diretos à população

O descumprimento de decisões judiciais representa mais do que uma infração processual — trata-se de um **atentado à integridade física, psíquica e social dos pacientes,** especialmente os hipervulneráveis, como idosos, gestantes e pessoas com doenças graves

As medidas tradicionais que visam coagir ao cumprimento da decisão judicial, tais como majoração das astreintes e bloqueio de contas, nem sempre atingem o objetivo de garantir o bem da vida buscado pela parte Requerente.

Assim, mostra-se necessário que o Poder Judiciário adote medidas atípicas previstas no CPC para garantir o cumprimento das decisões.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Em demandas individuais, via de regra o/a Usuário/a procura a Defensoria Pública do Estado quando há recusa da operadora de plano de saúde de autorizar a realização de um tratamento.

Não raro, o/a usuário/a já procurou uma prestadora da rede credenciada com a prescrição médica do tratamento, que consultou a operadora de plano de saúde e obteve negativa de cobertura.

Assim, o/a usuário/a já possui a indicação de pelo menos uma prestadora de serviço que pode realizar o procedimento, o qual não se concretizou em razão de negativa administrativa.

Dessa forma, além de outras medidas coercitivas (astreintes), sugere-se a inclusão do pedido de suprimento de autorização de administrativa da operadora em face de prestador de serviço específico para a realização do tratamento, com a fixação de multa em face deste em caso de não cumprimento da obrigação.

Nas ações já propostas e nas quais o pedido ainda não foi formulado, sugere-se a realização de pedido em petição autônoma, caso as medidas coercitivas já fixadas não tenham sido suficientes para a obtenção do resultado almejado.

VIII – Modelo de manifestação processual pré-formatada, observado o ato normativo DPG nº 59/2012 (identidade visual)

AO JUÍZO DE DIREITO DA _ VARA CÍVEL XXXXXXXXXXXXXX – COMARCA XXXXXXXXXXX/SP

(NOME), parte já devidamente qualificada, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, por intermédio da **Defensoria Pública do Estado**, requerer que seja suprida judicialmente a autorização constante no art. 17-A, §2º, III, da Lei nº 9.656/98, determinando-se que [NOME DO INTEGRANTE DA REDE CREDENCIADA] proceda à realização do tratamento já deferido.

1. **DOS FATOS**

Conforme decisão de fl. XXX, foi determinado à Requerida, operadora de planos de saúde, que garantisse à parte Requerente o [TRATAMENTO/PROCEDIMENTO], sob pena de multa diária.

Contudo, até a presente data, a Requerida não cumpriu a determinação judicial.

Necessário apontar a parte Requerente já procurou a [PRESTADORA DE SERVIÇO DA REDE CREDENCIADO], mas que o [PROCEDIMENTO/TRATAMENTO] apenas não foi realizado em razão da ausência de autorização administrativa da Requerida a prestador de serviços de sua rede credenciada.

2. **DO DIREITO**

a. Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 9.656/98

A relação existente entre o beneficiário e a operadora de planos de saúde é regida pela Lei nº 9.656/98 e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC). Segundo a Lei nº 9.656/98:

> Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade e, simultaneamente, das disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Lei nº 14.454, de 2022)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, consolidou o entendimento na Súmula nº 608, a qual excluiu a aplicação do CDC para os planos de saúde administrados por entidades de autogestão:

> Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Quando analisamos a relação que se estabelece entre o beneficiário e a operadora de plano de saúde, é necessário destacar que esta é apenas uma intermediária, uma vez que o objetivo é que terceiros, ou seja, aquelas pessoas jurídicas que integram a rede credenciada, prestem os serviços necessários para o tratamento de saúde.

b. Rede Credenciada e Operadoras de Planos de Saúde

Apesar de não constar diretamente no instrumento de contrato de adesão todas as pessoas jurídicas que integram a rede credenciada, estas, em razão dos contratos existentes com a operadora de saúde, também integram, ainda que potencialmente, a relação de consumo.

Dessa forma, não é possível separar as prestadoras de serviço das operadoras de planos de saúde quando se analisa o bem da vida buscado pelo consumidor quando contrata um plano de saúde. Com efeito, trata-se de um contrato complexo no qual a obrigação fim é cumprida por outro prestador de serviço que não a própria operadora de plano de saúde.

A importância da rede credenciada é reconhecida na própria Lei nº 9.656/98, que prevê regras para a substituição de prestadores de serviço, exigindo que seja equivalente e que a comunicação seja feita com 30 (trinta) dias de antecedência (art. 17, caput).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, por sua vez, detalhou as regras para alterações na rede assistencial hospitalar na Resolução Normativa ANS nº 585, de 18 de agosto de 2023.

É importante destacar que a Lei nº 9.656/98 estabelece o conteúdo mínimo a ser observado nos contratos entre os prestadores de serviços da rede credenciada e as operadoras de planos de saúde. Conforme o art. 17-A:

> Art. 17-A. As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)
>
> (...)
>
> § 2o O contrato de que trata o caput deve estabelecer com clareza as condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, incluídas, obrigatoriamente, as que determinem:(Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)
>
> I - o objeto e a natureza do contrato, com descrição de todos os serviços contratados; (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)
>
> II - a definição dos valores dos serviços contratados, dos critérios, da forma e da periodicidade do seu reajuste e dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados; (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)
>
> III - a identificação dos atos, eventos e procedimentos médico-assistenciais que necessitem de autorização administrativa da operadora (Incluído pela Lei nº 13.003, de 2014)

Ou seja, as informações sobre quais serviços podem ser executados pela prestadora da rede credenciada, a remuneração pelo serviço e se necessitam de autorização administrativa são de conhecimento prévio das partes.

Em igual sentido são as normas da Resolução Normativa nº 363/2014 da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Ou seja, os limites da obrigação da prestadora de serviço (quais serviços pode realizar), assim como os limites da obrigação da operadora de plano de saúde (o valor a ser pago) estão bem delimitados.

c. Medidas executivas atípicas do Código de Processo Civil

Não haverá prestação de serviço pela rede credenciada enquanto não houver manifestação de vontade da operadora de plano de saúde para autorizar o procedimento/tratamento.

No presente caso, já houve provimento judicial favorável ao consumidor mas, ainda assim, a operadora de plano de saúde se manteve inerte. Ora, trata-se de prática abusiva

qualificada, visto que, além de não reconhecer administrativamente o direito da parte Requerente, a operadora de plano de saúde recusa-se a cumprir determinação judicial.

Apesar da prestadora de serviços da rede credenciada não estar no polo passivo do processo, a intervenção desse terceiro é necessária para que se obtenha o resultado prático do processo. Como mencionado, a operadora de plano de saúde apenas irá realizar o pagamento do serviço que será prestado por terceiro.

Nesse caso, mostra-se cabível que a ordem de realização do procedimento/tratamento seja direcionada diretamente para integrante da rede credenciada, suprindo a manifestação de vontade da operadora de plano de saúde para autorizar o procedimento.

O Código de Processo Civil estabelece que o Juízo pode determinar as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (art. 139, IV, do CPC).

Além disso, o art. 536 do CPC estabelece que:

> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Como já indicado, a prestadora de serviço da rede credenciada, quando há autorização administrativa da Operadora de Plano de Saúde, possui a expectativa de ser ressarcida de seus gastos apenas **após** a realização de sua obrigação.

Não se mostra razoável inverter essa ordem no presente momento, obrigando que haja o bloqueio de valores da operadora de planos de saúde para que os valores, posteriormente, sejam usados para pagar os custos do tratamento.

Verifica-se, pois, que não haverá a criação de uma obrigação por parte do Poder Judiciário a terceiro, mas apenas a determinação de cumprimento de obrigações contratuais já existentes, competindo à operadora de plano de saúde custear o tratamento assim que receber as informações da prestadora de sua rede credenciada.

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. INTERNAÇÃO JUNTO A HOSPITAL DA REDE CREDENCIADA OU REFERENCIADA DO PLANO DE SAÚDE. DESPESAS HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO BENEFICIÁRIA INEXISTENTE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO OU TRATAMENTO PELO CONVÊNIO. NECESSIDADE DE PRESTAR INFORMAÇÃO CLARA E ADEQUADA E OBTER CONSENTIMENTO ESCLARECIDO. CLÁUSULA GENÉRICA ESTABELECENDO SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE O PLANO E O PACIENTE. CONTRATO DE ADESÃO ASSINADO NO ATO DA INTERNAÇÃO. CUMPRIMENTO DA LEI 8.078/90. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO PACIENTE NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPRORCIONALIDADE OBSERVARDOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PEDIDO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES. INADEQUAÇÃO DA VIA

ELEITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Nos contratos celebrados com hospitais ou clínicas, salvo expressa previsão em contrário, o plano de saúde atua como estipulante e em favor dos seus associados ou beneficiários, com a assunção da responsabilidade de pagamento das despesas do atendimento médico-hospitalar. Logo, não há relação jurídica direta entre o fornecedor do serviço (hospital ou clínica) e o consumidor final, o que afasta sua responsabilidade pelo pagamento das despesas decorrentes da execução do contrato. 2. Tratando-se de paciente, cuja internação se deu mediante convênio securitário, a cobrança pelas despesas médico-hospitalares deve ser dirigida exclusivamente ao plano de saúde, salvo se a recusa de cobertura pela operadora do plano for previamente comunicada e sobrevenha a assunção de responsabilidade pelo pagamento pelo beneficiário. É direito do consumidor receber informação clara e adequada sobre o serviço ou produto oferecido, havendo, em contrapartida, o dever de o fornecedor informar sua natureza, quantidade, qualidade e outros dados essenciais para sua decisão. A Lei no. 8.078/90 é de ordem pública e elevou o direito à informação e o dever de informar à condição de validade dos negócios jurídicos celebrado no mercado de massa. Por conseguinte, o ?consentimento informado, vontade qualificada ou, ainda, consentimento esclarecido? é um standard jurídico que deve ser observado, assegurado e utilizado na interpretação e execução dos contratos no mercado de consumo. A cláusula do contrato de adesão assinado pelo paciente no ato de sua internação no hospital credenciado ou referenciado, e que o equipara à condição de devedor solidário com a operadora do plano de saúde, tem sua validade condicionada ao cumprimento do dever de informação e obtenção expressa de concordância do consumidor acerca de cada serviço que será prestado e sem cobertura pelo convênio. 3. Por conseguinte, é indevida a cobrança direta das despesas de internação do paciente, porque foi internado na condição de beneficiário de seu plano de saúde e sequer foi previamente informado sobre a recusa de cobertura pelo seu plano de saúde, tampouco obtido seu consentimento informado sobre os procedimentos e os respectivos custos. 4. Na hipótese dos autos, ficou caracterizado o dano moral in re ipsa, tendo em vista a inserção do nome do paciente no cadastro de devedores, em decorrência de dívida de terceiro. 5. Não se mostra desarrazoado ou desproporcional o montante arbitrado na sentença a título de compensação pelos danos morais (R$ 3.000,00), considerada a gravidade do dano, sua repercussão, sua natureza pedagógica e a jurisprudência vigente acerca de fato semelhante. 6. Não se conhece de pedido de condenação por litigância de má-fé formulado em contrarrazões. 7. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJDF - 0702818-40.2022.8.07.0001 – Acórdão publicado em 30/06/2023)

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo há precedentes de decisões judiciais que obrigam terceiros a

Cumprimento de sentença. Fixação de astreintes em desfavor de

terceiro estranho à lide – instituição bancária, ora agravante. Possibilidade. Fixação que tem por escopo compelir o cumprimento de uma decisão judicial, a qual pode ser direcionada a terceiro, quando este possui o dever de agir. Conduta recalcitrante do banco em cumprir a obrigação imposta. Cabível a cobrança das astreintes, ainda, nos próprios autos. Princípio da economia processual levado em consideração. Pedido subsidiário de redução que não merece prosperar, haja vista que a multa cominatória já fora minorada pelo d. Juízo 'a quo'. Quantia adequada em razão do poder econômico do banco, e que, diante das peculiaridades da situação fática, também se apresenta razoável e proporcional. Agravo desprovido. (TJSP – Agravo de Instrumento 2184142-71.2024.8.26.0000 – Data de publicação do acórdão: 19/11/2024)

3. **DOS PEDIDOS**

Diante do exposto, requer:

a. seja suprida a autorização administrativa prevista no art. 17-A, §2º, III, da Lei nº 9.656/98, determinando-se que a [PRESTADORA DE SERVIÇO DA REDE CREDENCIADA] realize o [PROCEDIMENTO/TRATAMENTO];

b. a fixação de multa diária no valor não inferior ao já fixado na decisão de fl. XXX em desfavor da [PRESTADORA DE SERVIÇO DA REDE CREDENCIADA] em caso de recusa de não cumprimento da decisão judicial.

CÍVEL

8. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *É devida a revisão das prestações mensais dos contratos de financiamento imobiliário firmados pela CDHU quando houver a superação dos limites contratual e/ou legal (30%) de comprometimento de renda,* **devendo a CDHU garantir os meios necessários para que os mutuários exerçam de modo efetivo seu direito a revisão das parcelas para se adequar aos limites de comprometimento de renda.**

Nesse *sentido, em casos de renitência da CDHU em promover a revisão das prestações mensais dos mutuários de um determinado núcleo habitacional para se adequar aos limites contratual e legal de comprometimento de renda, é cabível o ingresso com pedido judicial:*

a-) *para que a CDHU promova a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos contratos de financiamento* **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

b-) *para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima mencionada, a CDHU promova, no prazo máximo de 60 (sessenta dias), o atendimento facilitado dos mutuários,* **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no local do núcleo habitacional com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** *e*

c-) *que nos eventos acima mencionados* **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

Autores/as: Luís Gustavo Fontanetti Alves da Silva

Assunto

Possibilidade de ajuizamento de ações coletivas e/ou individuais pleiteando que a CDHU promova, de modo facilitado, a revisão das prestações mensais de financiamentos imobiliários para se adequarem aos limites contratual e legal de comprometimento de renda, para resguardo do direito à moradia dos mutuários da CDHU, que, em inúmeros casos espalhados pelo Estado, estão sofrendo com reajustes extremamente abusivos dos valores das prestações mensais, em total descolamento do que prevê o CDC e os contratos firmados, o que tem gerado uma verdadeira "epidemia" de inadimplência agravada pela utilização, nos contratos, da alienação fiduciária em garantia que permite a retomada extrajudicial dos imóveis.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Art. 5º, incisos III e VI, alíneas "d", "f", e "g", da Lei Complementar Estadual 988/06

Fundamentação jurídica

A CDHU é sociedade de economia mista, com participação majoritária do Estado de São Paulo, e teve sua criação vinculada ao Plano Nacional de Habitação Popular (PLANHAP), nos termos do que estabelece o artigo 1º, da Lei Estadual nº 905/75.

De acordo com o aludido dispositivo, o Governo do Estado de São Paulo fica autorizado a adotar as medidas necessárias para promover a ascensão social das famílias urbanas com renda equivalente até cinco salários-mínimos através: (I) da redução gradual até a eliminação do déficit habitacional; (II) do atendimento da demanda de habitações de novas famílias; e (III) da garantia de condições para melhoria e ampliação das habitações já existentes. Uma das medidas adotadas pelo Estado de São Paulo foi, justamente, a constituição da Companhia Estadual de Casas Populares (CECAP), que, posteriormente, veio a se tornar a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

Desta forma, vê-se que a CDHU não se trata de uma instituição imobiliária/financeira pura e simplesmente, cujo objetivo principal seria obter lucro através da venda e do financiamento de imóveis. Em verdade, o objetivo principal da CDHU é proporcionar financiamento de baixo custo às populações carentes, a fim de viabilizar a todos o direito constitucional à moradia.

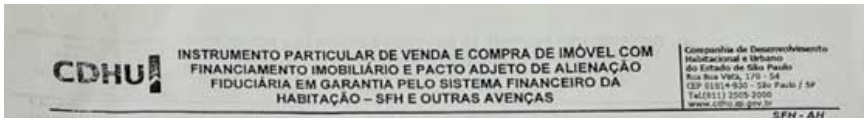
Ainda, a CDHU deve obediência aos planos nacional e estadual de habitação, tanto que está vinculada à Secretaria de Estado de Habitação, fazendo parte, inclusive, do Conselho Estadual de Habitação de São Paulo, que foi criado pela Lei Estadual nº 12.801/08 e regulamentado pelo Decreto nº 53.823/08, normas pelas quais o Estado de São Paulo aderiu ao Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social.

A CDHU, com efeito, está vinculada também aos objetivos do mencionado Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, que foi criado pela Lei nº 11.124/05 para viabilizar à população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável, tendo como princípios a moradia digna, como direito e vetor de inclusão social, e a função social da propriedade urbana (artigo 4º, inciso I).

Nesse contexto, pode se dizer que a CDHU, bem como os contratos que ela usa como instrumento de sua atuação, têm, em primeira instância, a função social de promover acesso da população

carente "ao sonho da casa própria", função social essa que deve ser respeitada na formação e na execução dos contratos firmados pela CDHU (CC, art. 421 e 422).

Justamente por isso, os contratos firmados pela CDHU o são dentro do **"Sistema Financeiro da Habitação"**, informação essa que, de tão relevante, vem expressa já no cabeçario dos contratos, do qual consta:


CDHU
INSTRUMENTO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL COM FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – SFH E OUTRAS AVENÇAS

Desta feita, estando os referidos contratos dentro do Sistema Financeiro da Habitação, ficam sujeitos aos termos da Lei 8.692/1993, que **"Define planos de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores nos contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e dá outras providências".**

Referida lei define como sendo de 30% o limite máximo de comprometimento de renda dos mutuários com o valor do encargo mensal, definindo hipóteses de revisão obrigatória e facultativa da prestação em caso de superação do referido limite. Assim, **é obrigatória a revisão das prestações mensais quando o limite de 30% for superado pela simples aplicação do índice de revisão do contrato**; e, por outro lado, é facultativa a revisão **(no sentido de que depende de renegociação do saldo devedor)** quando o limite de 30% for ultrapassado **por força da "redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes".**

> "Art. 2º **Os contratos de financiamento habitacional celebrados em conformidade com o Plano de Comprometimento da Renda estabelecerão percentual de no máximo trinta por cento da renda bruta do mutuário destinado ao pagamento dos encargos mensais.**
>
> (...)
>
> Art. 4º O reajustamento dos encargos mensais nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda terá por base o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor dos contratos, **mas a aplicação deste índice não poderá resultar em comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato.**
>
> 1º **Sempre** que o valor do novo encargo resultar em comprometimento da renda do mutuário **em percentual superior ao estabelecido em contrato, a instituição financiadora, a pedido do mutuário, procederá à revisão do seu valor, para adequar a relação encargo mensal/renda ao referido percentual máximo.**
>
> 2º As diferenças apuradas nas revisões dos encargos mensais serão atualizadas com base nos índices contratualmente definidos para reajuste do saldo devedor e compensados nos encargos mensais subseqüentes.
>
> 3º Não se aplica o disposto no § 1º às situações **em que o comprometimento da renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais**

coadquirentes.

4º Nas situações de que trata o parágrafo anterior, **é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido no contrato, mediante a dilação do prazo de liqüidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas.**

5º Nos casos em que for verificada a insuficiência de amortização aplica-se o estabelecido no art. 13 desta lei.

(...)

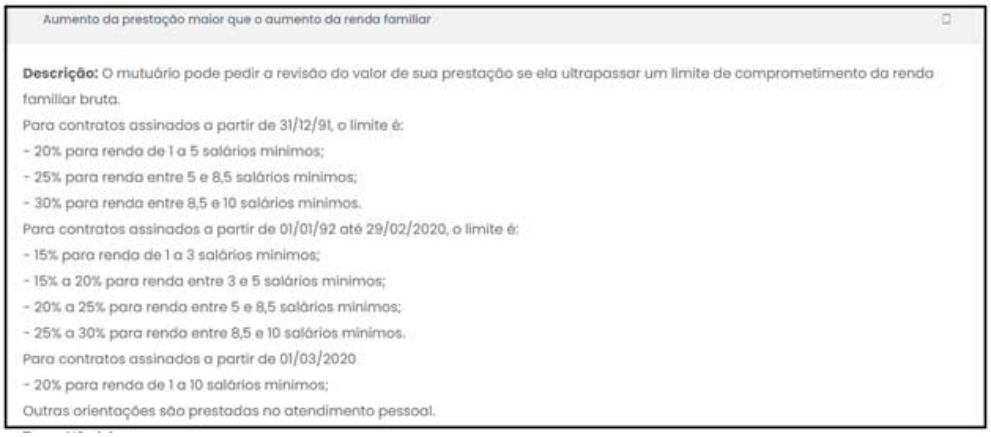
Art. 11. **O percentual máximo de comprometimento de renda do mutuário nos contratos regidos pelo Plano de Equivalência Salarial, correspondente à relação entre o valor do encargo mensal e a renda bruta do mutuário verificada no mês imediatamente anterior, não poderá ser superior a trinta por cento.**

1º **Não se aplica o disposto no caput deste artigo às situações em que o comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.**

2º Nas situações de que trata o parágrafo anterior, **é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido em contrato, mediante a dilação do prazo de liqüidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas."**

Por sua vez, a CDHU, ao firmar seus contratos de financiamento, calcula as prestações mensais com base na renda dos mutuários quando da assinatura dos contratos, possui política de manutenção do percentual de comprometimento de renda, permitindo a revisão das parcelas quando o valor da prestação mensal venha comprometer a renda familiar em percentual superior àqueles definidos nos financiamentos. Senão, vejamos:

Realmente, no próprio site da CDHU (https://cdhu.sp.gov.br/informacoes-cidadao/guia-de-servicos/revisao-da-prestacao) há informações no sentido de que, **a depender do período em que os contratos foram firmados, eles seguem uma faixa de limite contratual de comprometimento de renda, podendo os mutuários requererem a revisão das prestações caso, no curso da execução do contrato, esses limites sejam ultrapassados:**



Aumento da prestação maior que o aumento da renda familiar

Descrição: O mutuário pode pedir a revisão do valor de sua prestação se ela ultrapassar um limite de comprometimento da renda familiar bruta.

Para contratos assinados a partir de 31/12/91, o limite é:

- 20% para renda de 1 a 5 salários mínimos;
- 25% para renda entre 5 e 8,5 salários mínimos;
- 30% para renda entre 8,5 e 10 salários mínimos.

Para contratos assinados a partir de 01/01/92 até 29/02/2020, o limite é:

- 15% para renda de 1 a 3 salários mínimos;
- 15% a 20% para renda entre 3 e 5 salários mínimos;
- 20% a 25% para renda entre 5 e 8,5 salários mínimos;
- 25% a 30% para renda entre 8,5 e 10 salários mínimos.

Para contratos assinados a partir de 01/03/2020

- 20% para renda de 1 a 10 salários mínimos;

Outras orientações são prestadas no atendimento pessoal.

Não obstante isso, inúmeros são os casos em que os mutuários não conseguem realizar as revisões de parcelas para se adequar aos limites contratual e legal de comprometimento de renda.

Como prático dessa situação, podemos citar o caso dos mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy em Mineiros do Tietê, em que houve atuação desse Defensor Público (ACP nº 1012668-16.2024.8.26.0302).

Nos contratos firmados pela CDHU e os mutuários do núcleo habitacional em questão, em cerca de 7 anos de vigência dos contratos, os valores das prestações mensais aumentaram, em média, 112,28%, (chegando, em alguns casos, a 191,86% de aumento), o que o**casionou a superação dos limites contratual (de 15% a 30%) e legal (30%) de comprometimento de renda, na medida em que a renda dos mutuários não teve aumento compatível com o aumento das parcelas.**

Não obstante, **mesmo orientados pela Defensoria Pública a procurar a CDHU para rever administrativamente** os valores das parcelas mensais para se adequar aos limites de comprometimento de renda previstos no contrato e na lei, **os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy não conseguiram obter a revisão em questão, conforme informado no em ofício encaminhado pela Prefeitura Municipal de Mineiros do Tietê à Defensoria, no qual foi relatado o seguinte**

> Como já relatado anteriormente, a Prefeitura já há algum tempo tem recebido inúmeras reclamações dos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy acerca do aumento exponencial dos valores das parcelas pagas em razão das moradias adquiridas junto a CDHU através de "instrumento particular de venda e compra de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia."
>
> Tal situação, vale dizer, foi constatada por essa própria Defensoria Pública quando do atendimento prestado aos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy em abril de 2024 sobre a referida questão.
>
> Não obstante, mesmo após as intervenções procedidas por essa Defensoria Pública quando do mencionado atendimento, com orientação aos moradores e encaminhamento de ofícios e tratativas junto à CDHU, inúmeros moradores do Núcleo Habitacional continuam procurando a Prefeitura e relatando que as parcelas continuam a subir e que eles não têm conseguido a revisão administrativa das parcelas junto à CDHU.
>
> Ante tal situação, manifestamos nossa preocupação com a situação vivida por esses moradores que podem ver sucumbir o sonho da casa própria, o que contribuirá para agravar o déficit de moradias no município.

Inegável, pois, que mesmo em um caso de nítida extrapolação dos patamares de comprometimento de renda dos mutuários, a CDHU é renitente ao cumprir as disposições contratuais e legais que demanda a revisão das prestações, em nítido comportamento ilegal e abusivo, que deve ser sanado mediante a revisão dos contratos por ordem judicial. Mas não é só!

Pela função social da CDHU e dos contratos que ela firma, e até mesmo pela boa – fé objetiva que ela deve guardar na execução dos referidos contratos (CC, art. 421 e 422), bem como pela necessidade de se facilitar o exercício de direitos pelo consumidor, **a CDHU deve garantir os meios necessários e efetivos para que os mutuários exerçam adequadamente seu direito a revisão das parcelas para se adequar aos limites de comprometimento de renda.**

Em verdade, como visto acima, **a CDHU possui como finalidade precípua advinda de sua própria lei de criação (Lei Estadual nº 905/75) auxiliar a população de baixa renda a obter a casa própria, não podendo, pois, adotar postura passiva quanto a efetivação dos direitos contratual e legalmente previstos que permitam aos seus mutuários dar seguimento aos contratos e, ao final, adquirirem suas moradias!**

Daí porque, em situações como as que se encontravam os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy mencionado como exemplo, a CDHU não deve apenas ser condenada a "permitir" a revisão das parcelas para adequação de renda, mas sim **deve ser condenada a adotar mecanismos concretos que facilitem o exercício desse direito pelos mutuários e, em última análise, facilitem a manutenção da integralidade dos próprios contratos de financiamento que levarão os mutuários a aquisição de seus imóveis!!!**

Assim, visando que mutuários da CDHU efetivamente exerçam seus direitos contratual e legalmente previstos e mantenham íntegros seus contratos de financiamento, no que toca ao respeito aos limites de comprometimento de renda, é juridicamente cabível exigir judicialmente que a CDHU seja obrigada a:

a. promover a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos contratos de financiamento de **forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda dos mutuários;** e

b. para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima mencionada, a CDHU promova, no prazo máximo de 60 (sessenta dias), o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no local do núcleo habitacional afetado com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** e

c. que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Inúmeros são os casos de empreendimentos da CDHU que se tornaram inviáveis para os mutuários pelos sucessivos aumentos de prestações, com relatos de prestações que iniciaram em valores módicos e que, passados poucos anos, superaram, em muito, as forças financeiras dos mutuários, que, para piorar, na maioria das vezes, ficam expostos ao sistema de alienação fiduciária em garantia.

Como exemplo fático dessa situação dramática, sito o caso do **Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, situado na cidade de Mineiros do Tietê,** em que houve atuação desse Defensor Público (ACP nº 1012668-16.2024.8.26.0302).

No referido núcleo, a CDHU financiou a construção e aquisição, por famílias de baixa renda da cidade de Mineiros do Tietê, de 119 unidades imobiliárias com 47,09m² de área construída cada, que foram avaliadas, à época, em cerca de R$110.000,00. **As casas foram entregues e os contratos firmados entre Dezembro de 2016 a Agosto de 2017 (pouco mais de 7 anos).** Os contratos de compra e venda de imóveis e financiamento firmados possuem prazo de 300 meses e pacto adjeto de **alienação fiduciária em garantia,** e são regidos pelo **Sistema Financeiro de Habitação.** Há previsão de juros contratuais de 7,00% ao ano (efetivos de 7,229% ao ano) **e reajuste** do saldo devedor **e das parcelas pelo IPC/FIPE, com sistema de amortização pela Tabela Price.** Também **há previsão de índice de comprometimento da Renda Familiar com as prestações que variou entre 15% a 30%** (sendo 30% o limite máximo permitido pela Lei 8.692/93).

Por fim, dos 119 contratos de financiamento habitacional firmados, 40 contam com algum tipo de subsídio no valor das parcelas, subsídios esses que possuem montantes, prazos (entre 1 a 23 anos) e prorrogações variáveis de acordo com a renda de cada mutuário.

Como estão sujeitos a amortização pela Tabela Price, **os valores nominais das prestações mensais do financiamento devem permanecer inalterados durante todo o financiamento, com acréscimo apenas do fator de reajuste das parcelas previsto em contrato (que, no caso dos financiamentos aqui tratados, é o IPC-FIPE).**

Destarte, considerando que os 119 contratos de financiamento do núcleo habitacional em questão tiveram sua vigência iniciada a partir de dezembro/2016 a agosto/2017, o IPC-FIPE acumulado sobre esses contratos até setembro/2024 **variou entre 45,40% a 42,96%**. De rigor, pois, que **a variação do valor nominal das parcelas respeitasses acréscimos em patamares máximos equivalentes aos percentuais acumulados do IPC-FIPE no período.**

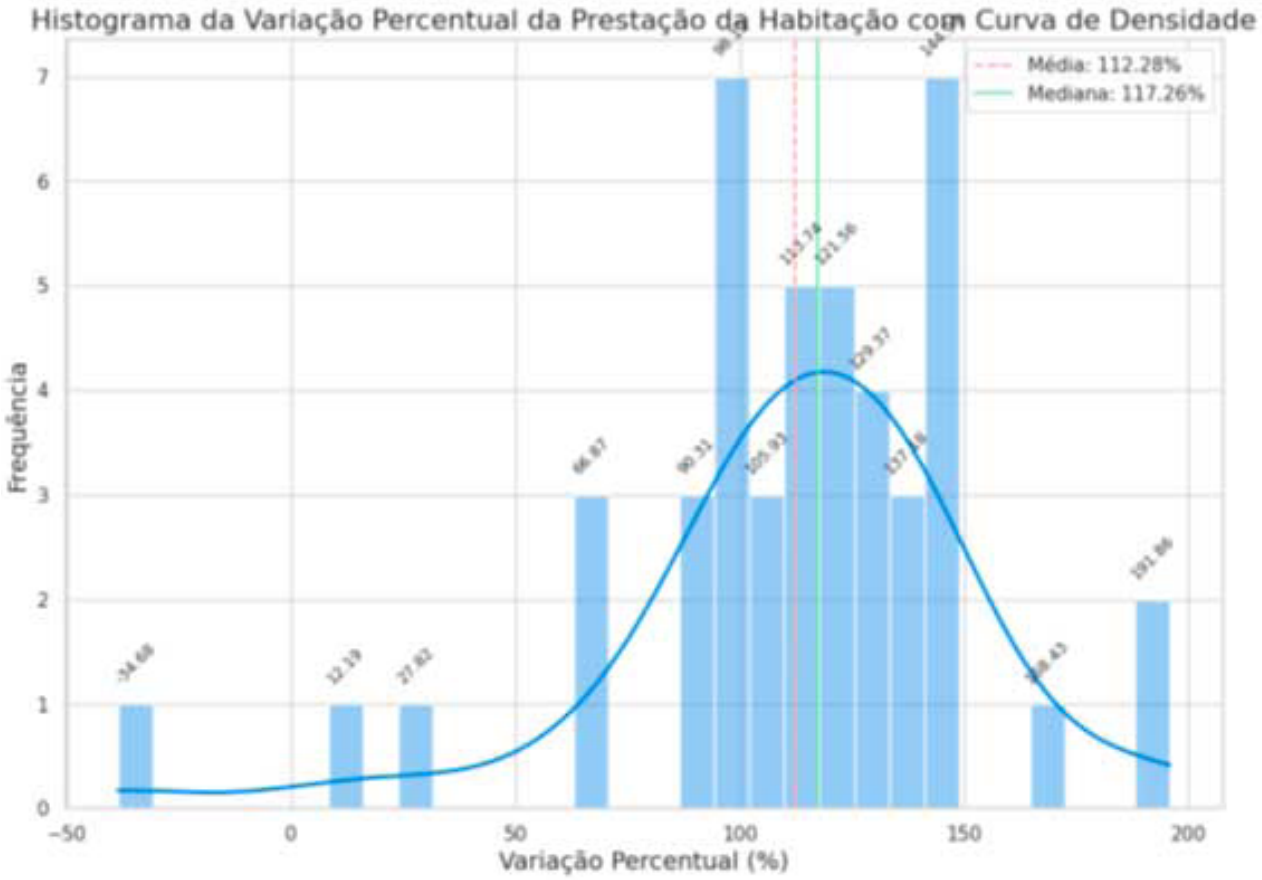
Não obstante, a Unidade de Jaú da Defensoria Pública foi procurada pela Prefeitura de Mineiros do Tietê que solicitou atuação em prol dos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, **"acerca do aumento exponencial dos valores das parcelas pagas em razão das moradias adquiridas junto à CDHU".**

Segundo o ofício encaminhado pela Prefeitura, os moradores fizeram **um abaixo assinado e relataram séria dificuldade em dar continuidade ao pagamento das parcelas do financiamento,** informando, ainda, que "no contrato firmado com a CDHU foram embutidas tarifas tidas por indevidas que elevaram o valor total do ajuste e das parcelas, bem como se insurgem quanto a fórmula utilizada para o reajuste, que geram aumentos expressivos, dissonantes da realidade financeira das famílias".

Frente a isso, a Defensoria Pública instaurou procedimento coletivo de verificação e, no último dia 19/04/2024, foi até a cidade de Mineiros do Tietê para atender os moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, tendo conseguido recolher informações a respeito de 48 dos 119 mutuários do núcleo habitacional em questão.

Pelas informações coletadas percebeu-se que **o aumento do valor nominal das parcelas havido ao longo desses cerca de 7 (sete) anos de vigência dos contratos habitacionais com a CDHU foi de, em média, 112,28%, chegando, em alguns casos, a 191,86%.**

Vale, nesse sentido, verificar o seguinte gráfico representativo da variação percentual das prestações habitacionais em comparação com a ocorrência dentre os mutuários atendidos pela Defensoria Pública no último dia 19/04/2024:



Tais aumentos constatados nos valores nominais das parcelas, como se vê, superam e muito o IPC-FIPE acumulado no período (entre 45,40% a 42,96%), causando, per si, uma ilegalidade e um grande risco de inviabilidade dos financiamentos para os mutuários.

Mas não é só! Esses aumentos extremamente elevados dos valores nominais das parcelas, acabaram por desassociar por completo os reajustes das parcelas dos reajustes da renda dos mutuários!!

Isso fez com que, independente da manutenção da fonte de renda e da composição familiar dos mutuários, **fossem ultrapassados os limites contratualmente previstos de comprometimento de renda (entre 15% a 30% a depender da renda do mutuário) e até mesmo até o limite legal (30%)** previsto nos artigos 2º e 11 da Lei 8.692/1993.

Com efeito, seja pelos aumentos dos valores das prestações para além do IPC-FIPE acumulado no período, seja pela extrapolação dos limites contratual e legal de comprometimento de renda, **fato é que a postura da CDHU vem indevidamente criando um sério risco de inviabilidade de pagamento dos financiamentos pelos mutuários, risco esse agravado pela possibilidade de retomada extrajudicial dos imóveis que estão alienados em garantia à própria CDHU!**

Por outro lado, mesmo orientados por essa Defensoria Pública a procurarem a CDHU, inclusive por meio do "agente municipal da habitação", **para revisarem administrativamente os valores das prestações mensais, os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy não têm obtido sucesso nas tratativas com a CDHU, mantendo-se atualmente as cobranças indevidas e o risco da perda de seus imóveis!!**

Nesse sentido, inclusive, **a Prefeitura do Município de Mineiros do Tietê, no último dia 31/10/2024, novamente oficiou a essa Defensoria Pública pleiteando intervenção em prol dos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy,** enfatizando que:

> Como já relatado anteriormente, a Prefeitura já há algum tempo tem recebido inúmeras reclamações dos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy acerca do aumento exponencial dos valores das parcelas pagas em razão das moradias adquiridas junto a CDHU através de "instrumento particular de venda e compra de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia."
>
> Tal situação, vale dizer, foi constatada por essa própria Defensoria Pública quando do atendimento prestado aos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy em abril de 2024 sobre a referida questão.
>
> Não obstante, mesmo após as intervenções procedidas por essa Defensoria Pública quando do mencionado atendimento, com orientação aos moradores e encaminhamento de ofícios e tratativas junto à CDHU, inúmeros moradores do Núcleo Habitacional continuam procurando a Prefeitura e relatando que as parcelas continuam a subir e que eles não têm conseguido a revisão administrativa das parcelas junto à CDHU.
>
> Ante tal situação, manifestamos nossa preocupação com a situação vivida por esses moradores que podem ver sucumbir o sonho da casa própria, o que contribuirá para agravar o déficit de moradias no município.

Frente a isso e firme na proteção oferecida aos mutuários pelo CDC, pela Lei 8.692/1993 e pelas demais normas de regência, a Defensoria Pública, no último dia 01/11/2024, oficiou a CDHU (v. Doc. 12) requerendo que, no prazo de 10 (dez) dias contados do recebimento do ofício, a empresa:

> "a-) informe qual o índice de comprometimento de renda familiar foi previsto em cada um dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, apresentando a cópia do (i) quadro resumo da operação e do (ii) quadro demonstrativo de valores de cada um dos contratos em que constem os referidos índices;

b-) promova a imediata Revisão das Prestações Mensais dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy **de modo a adequá-las ao IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando a adequação promovida mediante a apresentação dos cálculos utilizados para as revisões pleiteadas;

c-) promova a imediata Revisão das Prestações Mensais dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy **de forma a adequá-las aos limites contratuais e legais de comprometimento de renda;**

d-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratuais e legais de comprometimento de renda acima requerida, promova o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente na cidade de Mineiros do Tietê com a participação de representantes da CDHU e dessa Defensoria Pública e divulgação prévia por vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** e

e-) que nos eventos acima mencionados também haja facilitação de negociação para readequação dos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §1º, do artigo 11, da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem."

Na resposta encaminhada ao ofício em questão, a CDHU, **em linhas gerais, se nega a atender os pedidos formulados, mantendo as cobranças ilegais aos mutuários. Para além disso, a CDHU apresenta "a situação da carteira"** nos seguintes termos:

Abaixo a situação da carteira:

SITUAÇÃO	CONTRATOS	%
EM DIA	62	52,54%
EM ATRASO	31	26,27%
INADIMPLENTE	25	21,19%
LIQUIDADO	1	
TOTAL GERAL	119	

PRESTAÇÃO	VALOR
PRESTAÇÃO BRUTA	R$ 1.376,00
BÔNUS	R$ 769,61
PRESTAÇÃO LIQUIDA	R$ 638,99

SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA	CONTRATOS
SEM GRIFO INAD.	97
NOTIFICAÇÃO ALIENACAO FIDUCIÁRIA	8
EM FASE JURIDICO IRREGULAR. CONTRATUAL	3
ACAO JUDICIAL CONTRA A CDHU	2
DANOS FISICOS	2
EM FASE DE TRANSFERENCIA	2
SINISTRO AGUARDANDO DOCUMENTACAO	2
EM REVISAO MONITORADA	1
EXECUÇÃO ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	1

Como se vê, pelos números apresentados pela CDHU, **47,56% dos mutuários (quase metade!!!) está em atraso com as prestações mensais (26,27%) ou já está em situação de inadimplência1 (21,19%), o que demonstra que o risco de perda dos imóveis para os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, caso sejam mantidas as cobranças ilegais por parte da CDHU, é imenso.**

Daí porque, foi interposta a ação civil pública nº 1012668-16.2024.8.26.0302 com base na tese aqui exposta (e em outra tese ligada à necessidade de recálculo das prestações vincendas e vencidas

para adequá-las a aplicação da Tabela Price combinada com o índice contratual de revisão – IP-C-Fipe – do das parcelas), ação essa que já teve a liminar parcialmente deferida para suspender todas os procedimentos de cobranças de débitos em andamento e obrigar a CDHU a realizar um mutirão de readequação das prestações ao limite de comprometimento de renda.

Frente a esse quadro fático dramático, que se repete em vários outros empreendimentos da CDHU no Estado é que submeto a tese ora ventilada a apreciação desse colegiado de Defensores e Defensoras.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

a. Mutirão para avaliação dos contratos e levantamento dos dados e documentos dos mutuários de um determinado empreendimento da CDHU que esteja com problema de aumento exorbitante dos valores das prestações mensais;

b. Identificação do patamar contratual de comprometimento de renda de acordo com a dada de celebração dos contratos e as informações ventiladas nos contratos e no próprio site da CDHU (https://cdhu.sp.gov.br/informacoes-cidadao/guia-de-servicos/revisao-da-prestacao);

c. verificação se os reajustes das prestações ao longo dos anos de vigência do contrato causaram superação dos limites contratual e legal de comprometimento de renda e se os mutuários enfrentam dificuldades ao solicitar a revisão dos valores das parcelas para readequarem-se a tais limites;

d. encaminhamento de ofício(s) à CDHU relatando o caso e requerendo informações sobre a taxa de inadimplência dos mutuários do empreendimento em questão, bem como requerendo que a CDHU promova, de forma facilitada, a revisão das prestações dos mutuários para se adequarem aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;

e. ingresso com a ação civil pública buscando a revisão das prestações vincendas de modo a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda, com obrigação da CDHU haja positivamente para facilitar a referida revisão, promovendo eventos presenciais no local do núcleo habitacional para realizar a revisão das prestações.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

EXCELENTÍSSIMO/A SENHOR/A DOUTOR/A JUIZ/A DE DIREITO DE UMA DAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE _____/SP.

Ação Civil Pública - **Núcleo** _____ - Mineiros do Tietê - ___ **Moradias Populares - Financiamentos pela CDHU com Alienação Fiduciária em Garantia - Correção das Parcelas pelo IPC/FIPE (alterar se for outro índice previsto nos contratos) e Amortização pela Tabela Price** - Entrega das Casas entre _____/20__ a _____/20__ - Cerca de __ anos dos Contratos - **Aumento do Valor Nominal das Parcelas no Período de, em média, ___% (chegando a até ___% em alguns casos) - Superação do IPC-FIPE Acumulado (___% a ___%) e da evolução da Renda dos Mutuários. - Comprometimento da Renda dos Mutuários**

que está ultrapassando os limites previstos nos contratos e até mesmo o limite máximo de 30% previsto pelos artigos 2ª e 11 da Lei 8.692/93 - Perigo de Dano Grave e Irreparável pela Inviabilidade dos Financiamentos e Retomada dos Imóveis pela CDHU (Procedimento Extrajudicial da Alienação Fiduciária em Garantia) - **Necessidade de Recálculo e Revisão das Prestações Mensais de Forma Facilitada para Adequação ao IPC-FIPE e aos Limites de Comprometimento da Renda** por força do previsto nos Contratos, nos Artigos 2º, 4º e 11 da Lei 8.692/93 e no CDC.

PEDIDOS:

A-) Que a CDHU promova o imediato R**ecálculo das Prestações Mensais Vincendas** dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de modo a adequá-las à aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período,** comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, no prazo de 10 (dez) dias, dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos 119 contratos;

B-) Que a CDHU seja obrigada, ao final, **a Recalcular todas as Prestações Mensais Vencidas** anteriormente ao recálculo acima pleiteado, **apurando os valores pagos a maior em relação a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE, restituindo-os em DOBRO aos mutuários, ainda que mediante o abatimento dos referidos montantes do saldo devedor e/ou do valor das prestações vincendas** (por liquidações de sentença individualizadas);

C-) Que a CDHU promova a **Revisão das Prestações Mensais Vincendas** dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

D-) Que para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, no prazo máximo de 60 (sessenta dias), o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no (local do empreendimento) com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** e

E-) Que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo Defensor Público que esta subscreve, com endereço funcional Rua Bento Manoel nº 282, Centro, cep 17210-130 Jaú/SP, e com as prerrogativas de intimação pessoal e concessão de prazo em dobro a teor do artigo 128, I, da Lei Complementar nº 80/94, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 1º, inc. VI c/c 5º da Lei 7.347/85, c/c art. 5º, inc. VI, alínea 'g' da Lei Complementar Estadual 988/06, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido liminar

em face da **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU**, sociedade de economia mista inscrita no CNPJ sob nº 47.865.597/0001-09, com seus atos constitutivos arquivados na JUCESP sob nº 596.784/76, atualmente com sede na Rua Boa Vista n° 170, na Capital do Estado, o que faz pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

I – DOS FATOS

(Narrar os fatos expondo o apurado pela Defensoria Pública em atendimento aos mutuários relativamente aos aumentos exorbitantes dos valores das prestações, que estão em desacordo com a aplicação da Tabela Price e do índice de reajuste contratualmente previsto, bem como ocasionaram a superação dos limites contratual e legal de comprometimento de renda)

II – DO DIREITO

1- Legitimidade Ativa da Defensoria. 2 - Aplicação do CDC. 3 - *Pactu Suntis Servants:* Necessidade de Recálculo das Prestações Mensais Para Que se Adequem a Aplicação da Tabela Price Cumulada com o IPC-Fipe do Período. 4 – *Função Social da CDHU* e dos Contratos: Superação dos Índices Contratual e Legal de Comprometimento da Renda Familiar - Hipóteses Obrigatória e Facultativa de Revisão das Parcelas - Obrigação da CDHU de Facilitar a Revisão ao Consumidor Para Atender aos Referidos Limites.

II.1 – PRELIMINAR: Da Legitimidade Ativa da Defensoria Pública e da Pertinência do Objeto da Presente Ação Com a Sua Missão Constitucional

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo é instituição essencial à função jurisdicional, a qual incumbe, "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" (CF/88, art. 134), sendo voltada, pois, a concretizar os objetivos fundamentais da República, como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e mais especialmente o de erradicar a pobreza e a marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incs. I e III da CF/88 c/c art. 3º da Lei Complementar Estadual 988/06).

Por outro lado, as alterações introduzidas pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, na Lei de

Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), deixaram clara a legitimidade da Defensoria Pública para propor ações civis públicas na defesa de interesses metaindividuais, sobretudo quando a ação envolva o interesse de grupo de hipossuficientes econômicos.

Por sua vez, a presente demanda tem como finalidade a tutela de direitos de população de baixa renda do Município de _____ destinatária do atendimento habitacional de caráter definitivo promovido pela CDHU por meio de contratos para a aquisição e financiamento de imóveis destinados a moradia no Núcleo Habitacional _____.

Ou seja, o objeto da presente ação, inegavelmente, visa **tutelar direitos de população econômica e socialmente vulnerável**, estando, pois, umbilicalmente ligado às atribuições constitucionais e legais da Defensoria Pública.

Destarte, está cabalmente demonstrado que a atuação da Defensoria Pública do Estado no presente caso é um dever e que a Instituição, assim, possui legitimidade para propor a presente demanda coletiva, com o objetivo de resguardar os direitos e interesses dos munícipes vulneráveis da cidade de _____.

II.2 – APLICAÇÃO DO CDC

Preliminarmente, cumpre salientar a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, como norma protetora dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ em sua relação com a CDHU

Nessa linha, destaca-se que os mutuários, ao adquirirem seus imóveis residenciais junto à CDHU e firmarem com ela o "instrumento particular de venda e compra de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia pelo sistema financeiro da habitação – SFH e outras avenças", pagando os juros remuneratórios impostos no contrato (___% ao ano; _____% de juros efetivos ao ano), integram perfeitamente os moldes do artigo 2º do aludido diploma legal, vejamos:

> "Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Da mesma forma, no que concerne à CDHU, o artigo 3º do referido Diploma Legal prescreve e demonstra que a Ré, ao comercializar os imóveis e os financiamentos em questão, é fornecedora para fins da incidência das normas consumeristas, ainda que seja empresa pública, com atividade de interesse social e não vise, como finalidade última, o lucro:

> "Art. 3° Fornecedor é toda **pessoa física ou jurídica, pública ou privada,** nacional

ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, **que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.**

§ 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, ***inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária,*** salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência pátria quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de compra e venda e financiamento imobiliários firmados com a CDHU, valendo destacar os seguintes excertos jurisprudenciais por sua clareza e precisão quanto ao tema:

Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Decisão saneadora rejeitou preliminar de ilegitimidade passiva e indeferiu pedido de inclusão no polo passivo da construtora. Insurgência da requerida. Aplicação do CDC. Relação de consumo caracterizada. **Inexistência de caráter lucrativo não modifica a natureza da relação. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos relacionados ao SFH. Entendimento do STJ. Legitimidade passiva e denunciação da lide. CDHU é vendedora e credora fiduciária**. Responsabilidade pela regularidade das obras. Inteligência dos artigos 7º, parágrafo único e 14, ambos do CDC. Responsabilidade solidária. Cabe ao autor da demanda eleger a composição do polo passivo. Denunciação da lide é vedada pelo disposto no artigo 88 do CDC. Eventual direito de regresso, em caso de procedência da demanda, deverá ser exercido pelas vias próprias. Decisão mantida. Agravo não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2148810-43.2024.8.26.0000; Relator (a): Edson Luiz de Queiróz; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Brotas - 1ª Vara; Data do Julgamento: 30/07/2024; Data de Registro: 30/07/2024, g.n.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de reparação de danos - Vícios de construção - Decisão que indeferiu as preliminares arguidas pela CDHU, de ilegitimidade passiva, e inclusão do Município no polo passivo da demanda, como litisconsorte necessário - Irresignação – Não acolhimento – **Existência de relação de consumo entre as partes que não se descaracteriza pelo fato de a ré ser empresa pública, sem finalidade lucrativa e por oferecer habitação popular por meio de programas sociais - Agravante que oferece imóveis no mercado de consumo e se enquadra no conceito de fornecedora, nos termos dos arts. 2° e 3°, do Código de Defesa do Consumidor. Hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, nos termos do artigo 25, §1º, do CDC** - Responsabilidade solidária dos fornecedores de produto em relação consumerista (art. 18, do CDC), de sorte que qualquer um pode ser acionado – DENUNCIAÇÃO À LIDE - Inadmissibilidade nos termos do art. 88 do CDC – Questão relativa à impugnação ao valor da causa que não figura no rol do art. 1015 do CPC, não podendo ser conhecida - Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido, na parte conhecida. (TJSP; Agravo de Instrumento 2229932-78.2024.8.26.0000; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Aprazível - 1ª Vara; Data do Julgamento: 21/08/2024; Data de Registro: 21/08/2024, g.n.)

Vale, ainda, mencionar o teor da Súmula 297 do STJ, a saber: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.".

Destarte, *inclusive ante a situação de vulnerabilidade dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ em relação à Ré*, aplicam-se em sua inteireza as normas consumeristas aos contratos firmados entre eles e a CDHU.

II.3 – *PACTU SUNTIS SERVANTS:* Necessidade de Recálculo das Prestações Mensais Para Que se Adequem a Aplicação da Tabela Price Cumulada com o IPC-Fipe.

Os contratos de "venda e compra de imóvel, com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia pelo sistema financeiro da habitação – SFH e outras avenças" firmados entre a Ré e os mutuários do Núcleo Habitacional _____ **são, a toda prova, contratos de adesão nos moldes do que prevê o artigo 54 do CDC.** Destarte, **para além de estarem sujeitas a uma interpretação favorável ao consumidor (**CDC, art. 47), suas cláusulas devem ser elaboradas **em termos claros e que não induzam o consumidor a dúvidas e/ou erros**. *In verbis:*

> "Art. 46. **Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores**, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, **ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance."** (g.n.)
>
> "Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> § 3º **Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros** e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
>
> § 4° **As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."** (g.n.)

Da mesma forma, não apenas durante a formação dos contratos em questão, **como também durante toda a sua execução, a CDHU está vinculada à boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e pode ser compelida a bem executar os termos dos contratos, fazendo cessar práticas abusivas em que esteja incorrendo**, na linha do que prevê os artigos 6º, IV, VI, VII e VIII, 48 e 84 do CDC.

> "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> (...)
>
> IV - **a proteção contra** a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, **bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;**

(...)

VI - **a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;**

VII - **o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;**

VIII - **a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;**" (g.n.)

"Art. 48. **As declarações de vontade constantes de escritos particulares**, recibos e pré-contratos **relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.**" (g.n.)

"Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, **o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento."** (g.n.)

Sob a luz dessas normas, devem ser analisadas as cláusulas dos contratos firmados entre a CDHU e os mutuários do Núcleo Habitacional _____ que preveem juros contratuais de __% ao ano (efetivos de ___% ao ano) **e reajuste** do saldo devedor **e das parcelas pelo IPC/FIPE, com sistema de amortização pela Tabela Price.**

Tais previsões contratuais vêm descritas da seguinte forma nos contratos (v. Doc. ___):

"CLÁUSULA QUINTA – FINANCIAMENTO E CONFISSÃO DE DÍVIDA

Por este instrumento, a CDHU concede ao(à,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) financiamento no valor declarado no item 05, alínea "a" do quadro resumo, importância que o(a,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) confessa(m) dever à CDHU e que se obrigam a pagar, em moeda corrente do pais, com os reajustes e os encargos convencionados, na sede da CDHU ou onde esta indicar, inclusive em agências de instituições à quais o crédito venha a ser cedido, em prestações mensais e sucessivas, nos valores, nas condições e no prazo especificado no Quadro Resumo e na forma indicada nas cláusulas subsequentes.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – PRESTAÇÕES E ENCARGOS MENSAIS - **As prestações mensais, cujo valor inicial é o que encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo, compreende a quantia destinada à reposição do capital financiado, ao pagamento dos juros contratuais e ao pagamento dos acessórios compostos dos Prêmios de Seguros de Danos Físicos ao Imóvel (DFI), de Morte e Invalidez Permanente (MIP) e da Taxa de Compensação das Prestações (TCP) também indicados no item 05 do Quadro Resumo.**

PARAGRAFO SEGUNDO – TCP - Juntamente com as prestações mensais, o(a,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) pagará(ão) a Taxa de

Compensação de Prestação (TCP), encargo esse objeto de normas da CDHU e declarado no Quadro Resumo da Operação deste instrumento.

CLÁUSULA SEXTA – FORMA DE PAGAMENTO

O financiamento ora contratado será pago pelo(a,as,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) através de prestações mensais e consecutivas, calculadas na forma indicada no Item 05 do Quadro Resumo, onde constam: o prazo de amortização na alínea "b", a taxa de juros na alínea "c", o sistema de amortização na alínea "h", a data de vencimento do primeiro encargo mensal na alínea "g", o índice oara o reajustamento das prestações na alínea "i"; o índice para reajustamento do saldo devedor na alínea "j"; e, ainda pelo resgate do saldo devedor residual de que trata a Cláusula Trigésima Terceira.

PARAGRAFO PRIMEIRO – VENCIMENTO DAS PRESTAÇÕES – O vencimento da primeira prestação ocorrerá conforme estabelecido na alínea "g", do item 05 do Quadro Resumo, após a assinatura deste instrumento. As demais prestações vencerão no mesmo dia, em meses subseqüentes.

PARÁGRAFO SEGUNDO – VALOR DO FINANCIAMENTO – O valor total do financiamento, concedido para aquisição do imóvel, está mencionado no item 05, alínea "a" do quadro resumo.

PARÁGRAFO TERCEIRO – SEGUROS E TCP – Juntamente com as parcelas mensais de capital e juros, cujo valor inicial é o demonstrado no Item 05, alínea "d" do Quadro Resumo, o(s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S), pagará (ão) os seguintes acessórios:

1) os prêmios de seguros de danos físicos ao imóvel, calculados em função do valor de avaliação indicada no Item 06 do Quadro Resumo, cujo valor inicial se encontra indicado na alínea e.1 daquele Quadro e os demais conforme as condições previstas na respectiva Apólice destes seguros que estiver em vigor à época de seus vencimentos;

2) os prêmios de seguros de morte e invalidez permanente, calculados em função do saldo devedor do financiamento indicado no item 05, alínea "a" do Quadro Resumo, cujo valor inicial se encontra indicado na alínea e.2 daquele Quadro e os demais conforme as condições previstas na respectiva Apólice destes seguros que estiver em vigor à época de seus vencimentos;

3) Taxa de Compensação das Prestações – TCP – indicada no Item 05, alínea "e.3" do Quadro Resumo.

PARÁGRAFO QUARTO – RESPONSABILIDADE DE PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR – O(A,S) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) está(ão) ciente(s) de que é (são) responsável(eis), solidariamente, pelo pagamento do saldo devedor até o final do contrato.

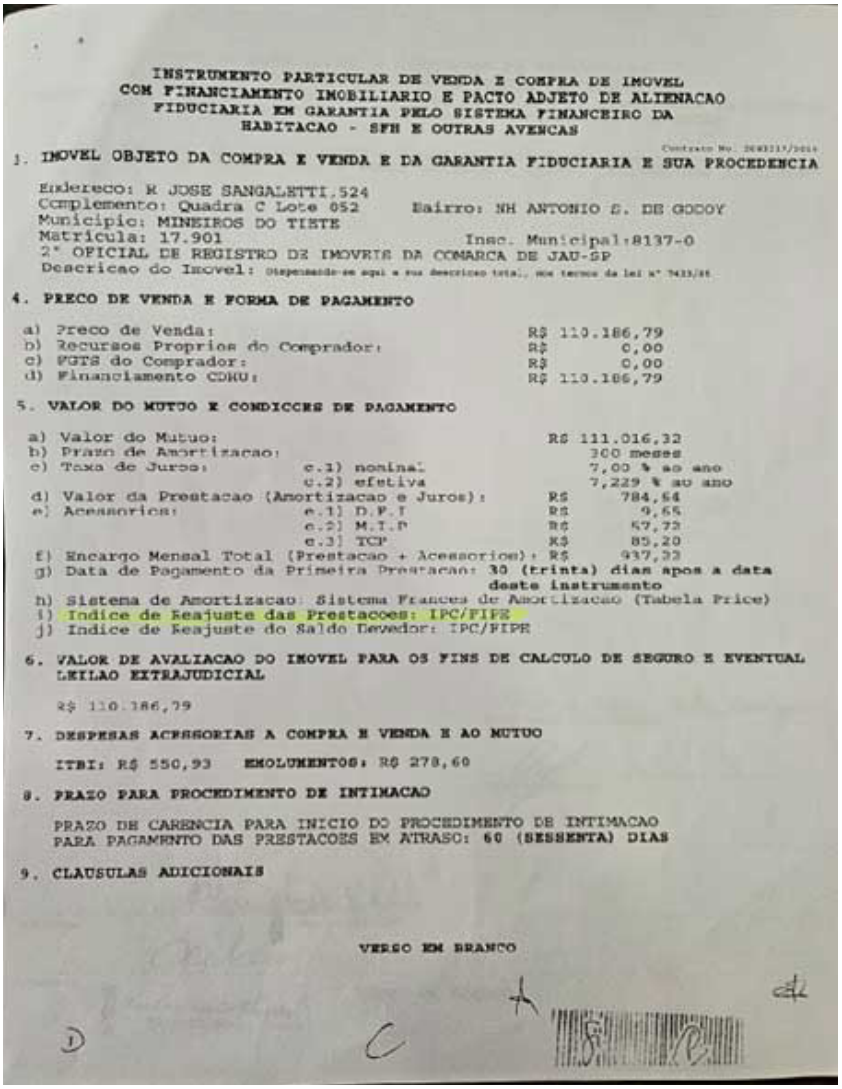
CLÁUSULA SÉTIMA – REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES

O reajuste das prestações será efetuado conforme o indicado na alínea "i" do Item 05 do Quadro Resumo no que se refere ao índice de reajustamento.

PARÁGRAFO ÚNICO – A variação acumulado do índice de reajuste indicado no Item 05, alínea "i", do Quadro Resumo, terá como base o índice do mês do contrato ou do último reajustamento, se ocorrido, até o mês anterior ao reajuste e será

aplicada sempre na prestação que se vence na data de aniversário deste contrato."

Por sua vez, o "Quadro Resumo" mencionado nas cláusulas contratuais acima descritas é expresso nos seguintes termos:



INSTRUMENTO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA DE IMOVEL
COM FINANCIAMENTO IMOBILIARIO E PACTO ADJETO DE ALIENACAO
FIDUCIARIA EM GARANTIA PELO SISTEMA FINANCEIRO DA
HABITACAO - SFH E OUTRAS AVENCAS

1. IMOVEL OBJETO DA COMPRA E VENDA E DA GARANTIA FIDUCIARIA E SUA PROCEDENCIA

Endereco: R JOSE SANGALETTI,524
Complemento: Quadra C Lote 052 Bairro: NH ANTONIO S. DE GODOY
Municipio: MINEIROS DO TIETE
Matricula: 17.901 Insc. Municipal:8137-0
2° OFICIAL DE REGISTRO DE IMOVEIS DA COMARCA DE JAU-SP
Descricao do Imovel:

4. PRECO DE VENDA E FORMA DE PAGAMENTO

a) Preco de Venda:		R$ 110.186,79
b) Recursos Proprios do Comprador:		R$ 0,00
c) FGTS do Comprador:		R$ 0,00
d) Financiamento CDHU:		R$ 110.186,79

5. VALOR DO MUTUO E CONDICOES DE PAGAMENTO

a) Valor do Mutuo:		R$ 111.016,32
b) Prazo de Amortizacao:		300 meses
c) Taxa de Juros:	c.1) nominal	7,00 % ao ano
	c.2) efetiva	7,229 % ao ano
d) Valor da Prestacao (Amortizacao e Juros):		R$ 784,64
e) Acessorios:	e.1) D.F.I	R$ 9,65
	e.2) M.I.P	R$ 57,72
	e.3) TCP	R$ 85,20
f) Encargo Mensal Total (Prestacao + Acessorios):		R$ 937,33

g) Data de Pagamento da Primeira Prestacao: 30 (trinta) dias apos a data deste instrumento
h) Sistema de Amortizacao: Sistema Frances de Amortizacao (Tabela Price)
i) Indice de Reajuste das Prestacoes: IPC/FIPE
j) Indice de Reajuste do Saldo Devedor: IPC/FIPE

6. VALOR DE AVALIACAO DO IMOVEL PARA OS FINS DE CALCULO DE SEGURO E EVENTUAL LEILAO EXTRAJUDICIAL

R$ 110.186,79

7. DESPESAS ACESSORIAS A COMPRA E VENDA E AO MUTUO

ITBI: R$ 550,93 EMOLUMENTOS: R$ 278,60

8. PRAZO PARA PROCEDIMENTO DE INTIMACAO

PRAZO DE CARENCIA PARA INICIO DO PROCEDIMENTO DE INTIMACAO PARA PAGAMENTO DAS PRESTACOES EM ATRASO: 60 (SESSENTA) DIAS

9. CLAUSULAS ADICIONAIS

VERSO EM BRANCO

Ressalta-se, por oportuno, que a aplicação aos contratos do Núcleo Habitacional _____ do sistema de amortização pela Tabela Price e do índice de correção das parcelas do financiamento pelo IPC/FIPE **foi expressamente confirmada pela CDHU ao responder questionamentos feitos por essa Defensoria Pública** (v. ofício resposta de _____ – Doc. __).

Isso implica, então, que **os valores das "prestações mensais, cujo valor inicial é o que encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo",** de cada um dos 119 contratos de financiamento em questão, **deveriam ser fixos (iguais ao das prestações iniciais), somente sendo reajustados pela aplicação do índice previsto no contrato, qual seja, o IPC/FIPE acumulado no período.**

Tal sistemática, importa dizer, **é o cerne, o "coração", da aplicação da "Tabela Price",** que traz como vantagem a estipulação de uma parcela que engloba juros e amortização variáveis, **mas**

que tem valor nominal fixo, no sentido de que não sofre aumentos com a aplicação dos juros contratuais cumulativos, (ainda que possa ser prevista a revisão de seu valor nominal por um índice especificado no contrato, que, no caso em tela, é o IPC/FIPE).

Sobre a dinâmica de amortização pela Tabela Price incidente nos contratos em questão, é válido transcrever trecho do acórdão proferido na Apelação nº 7.080.409-4, 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual foi relator o Desembargador Antônio Marson, que esclarece didaticamente esse sistema de amortização:

> "Esse sistema, como explica o Prof. José Dutra Vieira Sobrinho, em sua obra 'Matemática Financeira – Juros, capitalização, descontos e séries de pagamentos. Empréstimo, financiamentos e aplicações financeiras. Utilização de calculadoras financeiras',7ª Ed., S.Paulo, Ed. Atlas, Págs. 220/221, se deve ao nome do seu criador, o matemático, filósofo e teólogo inglês Richard Price, que viveu no Século XVIII e que incorporou a teoria dos juros compostos às amortizações de empréstimos ou financiamentos. Denomina-se 'Sistema Francês', por ter sido desenvolvido na França, no Século XIX, e consiste essencialmente, sendo esta a sua característica fundamental, com caráter de novidade, **em plano de amortização de uma dívida, através de prestações periódicas, iguais e sucessivas, em que o valor de cada prestação, ou pagamento, é composto por duas parcelas distintas: uma de juros e outra de capital (chamada amortização). Estas parcelas variam de valor (quantia maior de juros e menor de capital), nunca excedendo, no entanto, o valor total de cada prestação, que é sempre igual."** (g.n.)

Por sua vez, considerando que os contratos em tela foram firmados entre _____/20__ a _____/20__, o IPC-FIPE acumulado sobre esses contratos até _____/20__ **variou entre ___% a ___% (v. Docs. __ e __).**

Daí que, **por determinação contratual**, as prestações dos contratos de financiamento dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ **deveriam ser equivalentes aos montantes nominais das primeiras prestações previstas nos contratos, acrescidos de percentual de correção entre ___% a ___% a depender da data de celebração do contrato (aniversário do contrato).**

Vale ressaltar, por oportuno, que essa limitação do reajuste contratual engloba a prestação "como um todo", não estando restrita à parte descrita nos quadros resumos dos contratos da CDHU como "Valor da Prestação (Amortização e Juros)". Ou seja, o limite de reajuste **engloba também os valores relativos aos chamados "acessórios", que são o prêmio do seguro de danos físicos ao imóvel – DFI, o prêmio do seguro de morte e invalidez permanente – MIP, e a taxa de compensação das prestações – TCP.**

Isso porque, o próprio contrato padrão da CDHU traz expresso que **"as prestações mensais,** cujo valor inicial é o que encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo, **compreende a quantia**

destinada à reposição do capital financiado, ao pagamento dos juros contratuais e ao pagamento dos acessórios compostos dos Prêmios de Seguros de Danos Físicos ao Imóvel (DFI), de Morte e Invalidez Permanente (MIP) e da Taxa de Compensação das Prestações (TCP) também indicados no item 05 do Quadro Resumo." (v. parágrafo primeiro da cláusula quinta do contrato).

Inegável, pois, que ao prever o índice de "reajuste das prestações", **esse índice limita tudo o que é "compreendido" nas prestações**, incluindo-se, assim, os acessórios contratuais para além das parcelas destinadas à recomposição do capital e ao pagamento dos juros. Tal conclusão é extraída seja por uma interpretação literal dos contratos, seja por uma interpretação mais favorável ao consumidor de cláusulas que devem ser escritas de modo claro e sem levar o consumidor a erro (v. arts. 46 e 47 do CDC).

Todavia, como já informado, essa Defensoria Pública apurou que **os aumentos dos valores nominais das parcelas dos financiamentos aqui tratados foram de, em média, ____%, chegando, em alguns casos, a ___% (v. Doc. __).**

Inegável, pois, que os reajustes praticados nas parcelas dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ pela CDHU, ao superarem (e muito!) o índice de revisão previsto no contrato (IPC/FIPE), caracterizam prática ilegal e abusiva, que deve cessar por influxo do que determinam os artigos 6º, incisos IV, VI, VII e VIII, 47, 48, 54 e 84 do CDC, e 422 do Código Civil.

E, nesse particular, de rigor que o recálculo das parcelas mensais para adequação ao IPC-FIPE **alcance não apenas as parcelas vincendas, mas também, e especialmente, as parcelas vencidas, devolvendo-se, mediante procedimentos de liquidação de sentença individuais, os valores já pagos à maior pelos mutuários.**

Tal devolução, por outro lado, deve levar em conta que a CDHU **praticou cobrança em valores extremamente superiores ao índice de revisão previsto nos contratos de adesão firmados entre ela e os mutuários – IPC-FIPE, o que escapa, a toda prova, à boa-fé objetiva que CDHU deveria guardar na execução dos referidos contratos.** Assim, a devolução dos valores pagos a maior pelos mutuários **deve se dar em dobro, nos termos do que prevê o artigo 42, parágrafo único, do CDC.**

Isso, inclusive, pela aplicação do **novo entendimento fixado pelo STJ por meio do Rito dos Recursos Repetitivos, qual seja:**

> A REPETIÇÃO EM DOBRO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC, **É CABÍVEL QUANDO A COBRANÇA INDEVIDA CONSUBSTANCIAR CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA, OU SEJA, DEVE OCORRER INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DO ELEMENTO VOLITIVO.** (EREsp n. 1.413.542/RS - rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p/acórdão Min. Herman Benjamin, Corte

Especial, j. 21/10/2020, DJe. 30/3/2021, g.n.)

Ressalta-se, por oportuno, que não se descura da modulação dos efeitos efetuada pelo STJ, segundo a qual o novo entendimento somente se aplica as cobranças realizadas após a data de publicação do v. acórdão (30/03/2021). **Ocorre que o STJ *afastou* expressamente da referida modulação de efeitos os indébitos que decorram da *prestação de serviços públicos*, como é o caso dos serviços de financiamento imobiliário prestados pela CDHU para pessoas de baixa renda.** Nesse sentido, vale transcrever o que consta da ementa do v. Acórdão do EREsp n. 1.413.542/RS quanto à modulação de efeito perpetrada pelo STJ para aplicação da tese fixada:

> "Impõe-se **MODULAR OS EFEITOS** da presente decisão para que o entendimento aqui fixado – **quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público** – se aplique somente a cobranças realizadas após a data da publicação do presente acórdão." (g.n.)

Destarte, tendo em vista que a postura da CDHU ao reajustar as prestações mensais dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ em patamar extremamente maior que o decorrente da aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE violou a boa-fé objetiva na execução dos contratos firmados, de rigor que seja a empresa pública obrigada a restituir em dobro aos mutuários os valores pagos a maior ao longo da execução do contrato.

Assim, **no que toca ao respeito à forma de amortização dos débitos (Tabela Price) e ao índice de reajuste das prestações mensais (IPC-FIPE) contratualmente elegidos,** é de rigor seja provida a ação em tela para o fim de obrigar a CDHU que:

a-) promova o imediato **Recálculo das Prestações Mensais Vincendas** dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de modo a adequá-las à aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, no prazo de 10 (dez) dias, dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos 119 contratos; e

b-) ao final, recalcule todas as obrigações já vencidas anteriormente ao recálculo acima pleiteado, **de modo apurar os valores pagos a maior por cada um dos ___ mutuários em relação a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE acumulado no período de vencimento das prestações, restituindo referidos valores EM DOBRO aos mutuários, ainda que mediante o abatimento dos referidos montantes do saldo devedor e/ou do valor das prestações vincendas (o que deverá ser apurado em procedimentos de liquidação de sentença individualizados);**

II.4 – 4 – FUNÇÃO SOCIAL DA CDHU E DO CONTRATO: Superação dos Índices Contratual e Legal de Comprometimento da Renda Familiar - Hipóteses Obrigatória e Facultativa de Revisão das Parcelas - Obrigação da CDHU de Facilitar a Revisão ao Consumidor para Atender

aos Referidos Limites.

A CDHU é sociedade de economia mista, com participação majoritária do Estado de São Paulo, e teve sua criação vinculada ao Plano Nacional de Habitação Popular (PLANHAP), nos termos do que estabelece o artigo 1º, da Lei Estadual nº 905/75.

De acordo com o aludido dispositivo, o Governo do Estado de São Paulo fica autorizado a adotar as medidas necessárias para promover a ascensão social das famílias urbanas com renda equivalente até cinco salários-mínimos através: (I) da redução gradual até a eliminação do déficit habitacional; (II) do atendimento da demanda de habitações de novas famílias; e (III) da garantia de condições para melhoria e ampliação das habitações já existentes. Uma das medidas adotadas pelo Estado de São Paulo foi, justamente, a constituição da Companhia Estadual de Casas Populares (CECAP), que, posteriormente, veio a se tornar a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

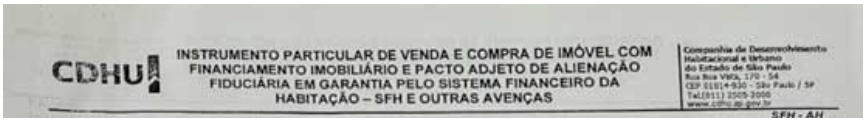
Desta forma, vê-se que a CDHU não se trata de uma instituição imobiliária/financeira pura e simplesmente, cujo objetivo principal seria obter lucro através da venda e do financiamento de imóveis. Em verdade, o objetivo principal da CDHU é proporcionar financiamento de baixo custo às populações carentes, a fim de viabilizar a todos o direito constitucional à moradia.

Ainda, a CDHU deve obediência aos planos nacional e estadual de habitação, tanto que está vinculada à Secretaria de Estado de Habitação, fazendo parte, inclusive, do Conselho Estadual de Habitação de São Paulo, que foi criado pela Lei Estadual nº 12.801/08 e regulamentado pelo Decreto nº 53.823/08, normas pelas quais o Estado de São Paulo aderiu ao Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social.

A CDHU, com efeito, está vinculada também aos objetivos do mencionado Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, que foi criado pela Lei nº 11.124/05 para viabilizar à população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável, tendo como princípios a moradia digna, como direito e vetor de inclusão social, e a função social da propriedade urbana (artigo 4º, inciso I).

Nesse contexto, pode se dizer que a CDHU, bem como os contratos que ela usa como instrumento de sua atuação, têm, em primeira instância, a função social de promover acesso da população carente "ao sonho da casa própria", função social essa que deve ser respeitada na formação e na execução dos contratos firmados pela CDHU (CC, art. 421 e 422).

Justamente por isso, os contratos firmados pela CDHU o são dentro do **"Sistema Financeiro da Habitação",** informação essa que, de tão relevante, vem expressa já no cabeçario dos contratos, do qual consta (v. Doc. __):


CDHU
INSTRUMENTO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL COM FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – SFH E OUTRAS AVENÇAS

Desta feita, estando os referidos contratos dentro do Sistema Financeiro da Habitação, ficam sujeitos aos termos da Lei 8.692/1993, que **"Define planos de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores nos contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e dá outras providências".**

Referida lei define como sendo de 30% o limite máximo de comprometimento de renda dos mutuários com o valor do encargo mensal, definindo hipóteses de revisão obrigatória e facultativa da prestação em caso de superação do referido limite. Assim, é obrigatória a revisão das prestações mensais quando o limite de 30% for superado pela simples aplicação do índice de revisão do contrato; e, por outro lado, é facultativa a revisão (no sentido de que depende de renegociação do saldo devedor) quando o limite de 30% for ultrapassado por força da "redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes".

> "Art. 2º **Os contratos de financiamento habitacional celebrados em conformidade com o Plano de Comprometimento da Renda estabelecerão percentual de no máximo trinta por cento da renda bruta do mutuário destinado ao pagamento dos encargos mensais.**
>
> (...)
>
> Art. 4º O reajustamento dos encargos mensais nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda terá por base o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor dos contratos, **mas a aplicação deste índice não poderá resultar em comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato.**
>
> 1º **Sempre** que o valor do novo encargo resultar em comprometimento da renda do mutuário **em percentual superior ao estabelecido em contrato, a instituição financiadora, a pedido do mutuário, procederá à revisão do seu valor, para adequar a relação encargo mensal/renda ao referido percentual máximo.**
>
> 2º As diferenças apuradas nas revisões dos encargos mensais serão atualizadas com base nos índices contratualmente definidos para reajuste do saldo devedor e compensados nos encargos mensais subseqüentes.
>
> 3º Não se aplica o disposto no § 1º às situações **em que o comprometimento da renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.**
>
> 4º Nas situações de que trata o parágrafo anterior, **é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido no contrato, mediante a dilação do prazo de liqüidação do financiamento, observado**

o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas.

5º Nos casos em que for verificada a insuficiência de amortização aplica-se o estabelecido no art. 13 desta lei.

(...)

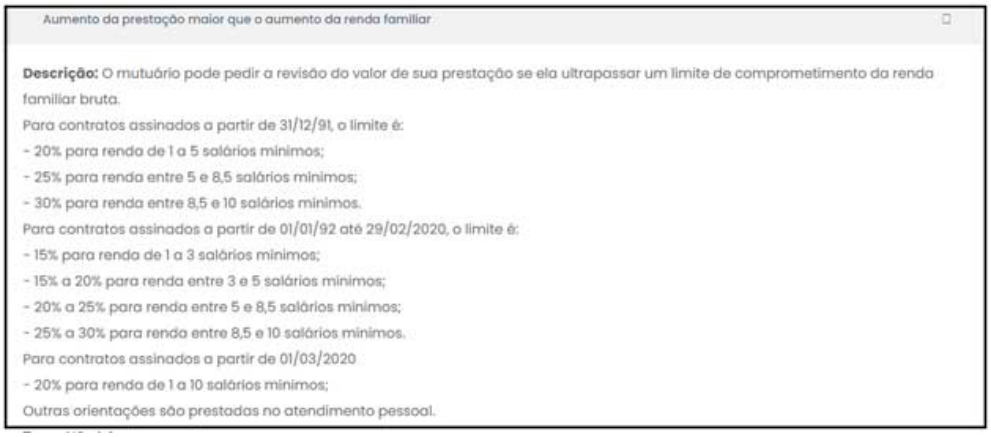
Art. 11. **O percentual máximo de comprometimento de renda do mutuário nos contratos regidos pelo Plano de Equivalência Salarial, correspondente à relação entre o valor do encargo mensal e a renda bruta do mutuário verificada no mês imediatamente anterior, não poderá ser superior a trinta por cento.**

1º **Não se aplica o disposto no caput deste artigo às situações em que o comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.**

2º Nas situações de que trata o parágrafo anterior, **é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido em contrato, mediante a dilação do prazo de liqüidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas."**

Por sua vez, a **CDHU, ao firmar os contratos de financiamento, calcula as prestações mensais com base na renda dos mutuários quando da assinatura dos contratos, possuindo política de manutenção do percentual de comprometimento de renda, que permitiria a revisão das parcelas quando o valor da prestação mensal venha comprometer a renda familiar em percentual superior àqueles definidos no momento do financiamento.**

Em verdade, no próprio site da CDHU (https://cdhu.sp.gov.br/informacoes-cidadao/guia-de-servicos/revisao-da-prestacao) há informações no sentido de que, **para contratos firmados entre _____ a _____**, como os aqui tratados que foram firmados entre _____ de 20__ a _____ de 20__, **os limites previstos de comprometimento de renda variam entre 15% a 30% de acordo com a renda dos mutuários, que podem requerer a revisão das prestações caso esses limites sejam ultrapassados:**



Aumento da prestação maior que o aumento da renda familiar

Descrição: O mutuário pode pedir a revisão do valor de sua prestação se ela ultrapassar um limite de comprometimento da renda familiar bruta.
Para contratos assinados a partir de 31/12/91, o limite é:
- 20% para renda de 1 a 5 salários mínimos;
- 25% para renda entre 5 e 8,5 salários mínimos;
- 30% para renda entre 8,5 e 10 salários mínimos.

Para contratos assinados a partir de 01/01/92 até 29/02/2020, o limite é:
- 15% para renda de 1 a 3 salários mínimos;
- 15% a 20% para renda entre 3 e 5 salários mínimos;
- 20% a 25% para renda entre 5 e 8,5 salários mínimos;
- 25% a 30% para renda entre 8,5 e 10 salários mínimos.

Para contratos assinados a partir de 01/03/2020
- 20% para renda de 1 a 10 salários mínimos;

Outras orientações são prestadas no atendimento pessoal.

Ocorre que, conforme já visto, no caso dos mutuários do Núcleo Habitacional _____, os aumentos dos valores das prestações mensais no período de vigência dos contratos foram de, em média, _____%, chegando, em alguns casos, a _____% (v. Doc. __), **ocasionando a superação dos limites contratual (de 15% a 30%) e legal (30%) de comprometimento de renda, na medida em que a renda dos mutuários não teve aumento compatível com o aumento das parcelas.**

Não obstante, **mesmo orientados por essa Defensoria Pública a procurarem a CDHU para rever administrativamente** os valores das parcelas mensais para se adequar aos limites de comprometimento de renda previstos no contrato e na lei, **os mutuários do Núcleo Habitacional _____ de Godoy não têm conseguido obter a revisão em questão.**

Inegável, pois, que se trata de situação ilegal e abusiva, que deve ser sanada mediante a revisão dos contratos. Mas não é só!

P**ela função social da CDHU e dos contratos que ela firma, e até mesmo pela boa – fé objetiva que ela deve guardar na execução dos referidos contratos (CC, art. 421 e 422)**, bem como pela necessidade de se facilitar o exercício de direitos pelo consumidor, **a CDHU deve garantir os meios necessários e efetivos para que os mutuários exerçam adequadamente seu direito a revisão das parcelas para se adequar aos limites de comprometimento de renda.**

Em verdade, como visto acima, **a CDHU possui como finalidade precípua advinda de sua própria lei de criação (Lei Estadual nº 905/75) auxiliar a população de baixa renda a obter a casa própria, não podendo, pois, adotar postura passiva quanto a efetivação dos direitos contratual e legalmente previstos que permitam aos seus mutuários dar seguimento aos contratos e, ao final, adquirirem suas moradias!**

Daí porque, em situações como as que se encontram os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, a CDHU não deve apenas ser condenada a "permitir" a revisão das parcelas para adequação de renda, mas sim **deve ser condenada a adotar mecanismos concretos que facilitem o exercício desse direito pelos mutuários e, em última análise, facilitem a manutenção da integralidade dos próprios contratos de financiamento que levarão os mutuários a aquisição de seus imóveis!!!**

Assim, visando que os mutuários do Núcleo Habitacional _____ efetivamente exerçam seus direitos contratual e legalmente previstos e mantenham íntegros seus contratos de financiamento, no que toca ao respeito aos limites de comprometimento de renda, deve a presente ação ser provida para que a CDHU:

a-) promova a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

b-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, no prazo máximo de 60 (sessenta dias), o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no ___(local do núcleo habitacional)____ com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** e

c-) que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

III – DA TUTELA ANTECIPADA

Nos termos do artigo 12 da Lei nº 7.347/1985, combinado com artigo 84, §3º, do CDC, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá conceder liminar antecipando a tutela pleiteada.

In casu, restou demonstrada a verossimilhança do direito alegado, na medida que as majorações dos valores nominais das parcelas dos mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, que, em média, atingiram ____% (chegando a até ____% em alguns casos), **superaram a aplicação do IPC-FIPE acumulado no período (___% a ___%), bem como superaram, e muito, a evolução da renda dos mutuários, fazendo com que o comprometimento da renda dos mutuários com as prestações ultrapassasse o limite contratualmente previsto e, até mesmo, o limite máximo de 30% previsto pelos artigos 2º e 11 da Lei 8.692/93.** Destarte, em respeito as previsões contratuais, e ao disposto nos artigos 2º, 4º e 11 da Lei 8.692/93, nos artigos 6º, incisos IV, VI, VII e VIII, 47, 48, 54 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 421 e 422 do Código Civil e nas demais normas que resguardam individual e coletivamente as pessoas envolvidas, faz-se de rigor que a CDHU seja obrigada a rever os valores das prestações mensais cobradas dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ de modo a adequá-las a aplicação do IPC-FIPE e aos limites contratual e legal de comprometimento de renda dos mutuários com as prestações.

Por outro lado, o perigo de dano grave também está devidamente delineado, na medida em que os aumentos exacerbados nos valores das parcelas **têm dificultado, para não dizer impossibilitado, o pagamento em dia das prestações pelos mutuários, que então ficam sujeitos a terem os contratos rescindidos e os imóveis retomados pela CDHU por meio do procedimento administrativo da alienação fiduciária em garantia.**

Nesse sentido, é de clareza solar o teor do ofício encaminhado a essa Defensoria Pública pela CDHU informando que **____% dos mutuários (quase metade!!!) está em atraso com as prestações mensais (___%) ou já está em situação de inadimplência1 (___%), o que demonstra que o risco de perda dos imóveis para os mutuários do Núcleo Habitacional _____, caso sejam mantidas as cobranças ilegais por parte da CDHU, é imenso.**

Preenchidos os requisitos legais, deve, pois, ser deferida liminarmente, inaudita altera pars, a antecipação da tutela jurisdicional buscada na ação em tela, para determinar à CDHU que:

a-) promova o imediato Recálculo das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de modo a adequá-las a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, **no prazo de 10 (dez) dias,** dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos ___ contratos;

b-) **seja impedida de proceder a cobrança, por meio judicial e/ou pelo procedimento extrajudicial da alienação fiduciária em garantia, das dívidas eventualmente existentes dos mutuários do Núcleo Habitacional _____, suspendendo todo e qualquer procedimento de cobrança eventualmente em andamento, até que seja julgado o presente feito e que tenham sido apurados e restituídos em dobro os valores pagos a maior pelos mutuários nos procedimentos individualizados de liquidação de sentença;**

c-) promova a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

d-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, no prazo máximo de 60 (sessenta dias), o atendimento facilitado dos mutuários, c**om agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no ___(local do núcleo habitacional)____ com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários**; e

e-) que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

IV – DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO **requer** a esse E. Juízo:

a) o deferimento da **tutela provisória de urgência** descrita no item III supra, para o fim de determinar a CDHU que:

a.1-) promova o imediato Recálculo das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy **de modo a adequá-las a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, **no prazo de 10 (dez) dias**, dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos __ contratos;

a.2-) **seja impedida de proceder a cobrança, por meio judicial e/ou pelo procedimento extrajudicial da alienação fiduciária em garantia, das dívidas eventualmente existentes dos mutuários do Núcleo Habitacional _____, suspendendo todo e qualquer procedimento de cobrança eventualmente em andamento, até que seja julgado o presente feito e que tenham sido apurados e restituídos em dobro os valores pagos a maior pelos mutuários nos procedimentos individualizados de liquidação de sentença;**

a.3-) promova a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

a.4-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, **no prazo de 60 (sessenta) dias**, o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no ___(local do núcleo habitacional)____ com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários**; e

a.5-) que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

b) a citação da **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU,** na pessoa de seu representante legal para, querendo, apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de confissão ficta e revelia;

c) a intimação do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** para, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Lei n° 7.347/84, manifestar-se no feito a atuar na condição de custos legis;

d) no **mérito**, seja confirmada a tutela provisória de urgência e julgado integralmente procedente o pedido, para o fim de condenar a Requerida a:

d.1-) promover o imediato **Recálculo das Prestações Mensais Vincendas** dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de modo a adequá-las a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, no prazo de 10 (dez) dias, dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos 119 contratos;

d.2-) **recalcular, ao final, todas as obrigações já vencidas anteriormente ao recálculo acima pleiteado, de modo apurar os valores pagos a maior por cada um dos _____ mutuários em relação a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE acumulado no período de vencimento de cada uma das prestações, restituindo referidos valores EM DOBRO aos mutuários, ainda que mediante o abatimento dos referidos montantes do saldo devedor e/ou do valor das prestações vincendas (o que deverá ser apurado em procedimentos de liquidação de sentença individualizados);**

d.3-) promover a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

d.4-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, **no prazo de 60 (sessenta) dias,** o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no ___(local do núcleo habitacional)____ com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** e

d.5) que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

e) seja, outrossim, condenada a parte Requerida ao pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, os quais deverão ser revertidos ao Fundo Especial de Despesa da Escola da Defensoria Pública do Estado – FUNDEPE, nos termos da Lei Estadual nº 12.793/2008;

f) protesta-se por provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, em especial pela prova documental suplementar, prova testemunhal, pericial, além de outras que se fizerem necessárias**, bem como requer-se a inversão do ônus probatório pela aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, ante à vulnerabilidade dos mutuários perante a CDHU e à verossimilhança das alegações aqui trazidas**; e

g-) ainda quanto ao quadro probatório, **requer-se seja a CDHU intimada a apresentar os "Quadro Resumo", "Quadro Demonstrativo de Valores" e os "Quadro Resumo da Operação" de todos os ___ contratos firmados quanto aos imóveis do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy para fins de conferência dos recálculos e revisões pleiteadas no feito em tela.**

Por fim, requer-se a aplicação das prerrogativas da Defensoria Pública previstas no artigo 186 § 1º, do atual Código de Processo Civil, bem como no artigo 128, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 80/1994, quanto à necessidade de intimação pessoal, bem como da contagem em dobro dos prazos, devendo ser observadas ainda todas as demais prerrogativas previstas na referida Lei Orgânica da Defensoria Pública.

Dá-se a causa, para fins fiscais, o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Termos em que,

pede deferimento.

_____, ___ de _____ de 202__.

DEFENSORO/A PÚBLIC/A DO ESTADO DE SÃO PAULO

___ª Defensoria Pública da Unidade de ____-SP

CÍVEL

9. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Em contratos de financiamento imobiliário da CDHU que utilizem a Tabela Price como sistema de amortização, o valor da prestação mensal é limitado ao valor nominal da prestação inicial contratada acrescido apenas do índice de reajuste contratual acumulado no período de vigência do contrato,* **sendo que esse limite engloba não apenas os valores relativos à recomposição do capital e aos juros contratuais, como também todos os acessórios contratuais que compõem a prestação (prêmio do seguro de danos físicos ao imóvel – DFI, prêmio do seguro de morte e invalidez permanente – MIP, e taxa de compensação das prestações - TCP).**

Uma *vez constatado o desrespeito ao limite de reajuste, é cabível o ingresso com pedido judicial para:*

a-) *recálculo das prestações mensais vincendas dos contratos de financiamento de modo a adequá-las à aplicação da Tabela Price combinada com o índice de reajuste previsto no contrato; e*

b-) *recálculo das obrigações já vencidas anteriormente, de modo apurar os valores pagos a maior pelos mutuários em relação a aplicação da Tabela Price combinada com o índice de reajuste contratual acumulado no período de vencimento das prestações, restituindo referidos valores em dobro aos mutuários, ainda que mediante o abatimento dos referidos montantes do saldo devedor e/ou do valor das prestações vincendas (o que deverá ser apurado em procedimentos de liquidação de sentença individualizados);*

Nessa *ação, a título de tutela antecipada, além do pedido de readequação imediata das prestações vencidas, deve haver pedido de suspenção das cobranças de dívidas dos mutuários, judiciais e extrajudiciais, em especial pelo procedimento da alienação fiduciária em garantia, até o final julgamento do processo.*

Autores/as: Luís Gustavo Fontanetti Alves da Silva

Assunto

Possibilidade de ajuizamento de ações coletivas e/ou individuais para pleitear o recálculo de prestações mensais vencidas e vincendas para se adequar ao limite imposto pela aplicação combinada do sistema de amortização da Tabela Price com o índice de reajuste contratualmente previsto, para resguardo do direito a moradia dos mutuários da CDHU, que, em inúmeros casos espalhados pelo Estado, estão sofrendo com reajustes extremamente abusivos dos valores das prestações mensais, em total descolamento do que prevê o CDC e os contratos firmados, o que tem gerado uma verdadeira "epidemia" de inadimplência agravada pela utilização, nos contratos, da alienação fiduciária em garantia que permite a retomada extrajudicial dos imóveis.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Art. 5º, incisos III e VI, alíneas "d", "f", e "g", da Lei Complementar Estadual 988/06

Fundamentação jurídica

Os contratos padrões da CDHU de "venda e compra de imóvel, com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia pelo sistema financeiro da habitação – SFH e outras avenças" **são, a toda prova, contratos de adesão nos moldes do que prevê o artigo 54 do CDC.** Destarte, **para além de estarem sujeitas a uma interpretação favorável ao consumidor** (CDC, art. 47), suas cláusulas devem ser elaboradas **em termos claros e que não induzam o consumidor a dúvidas e/ou erros.** *In verbis:*

> "Art. 46. **Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores**, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, **ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance."** (g.n.)
>
> "Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> § 3o **Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros** e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
>
> § 4° **As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."** (g.n.)

Da mesma forma, não apenas durante a formação dos contratos em questão, **como também durante toda a sua execução, a CDHU está vinculada à boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e pode ser compelida a bem executar os termos dos contratos, fazendo cessar práticas abusivas em que esteja incorrendo**, na linha do que prevê os artigos 6º, IV, VI, VII e VIII, 48 e 84 do CDC.

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - **a proteção contra** a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, **bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;**

(...)

VI - **a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;**

VII - **o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;**

VIII - **a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;"** (g.n.)

"Art. 48. **As declarações de vontade constantes de escritos particulares,** recibos e pré-contratos **relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos."** (g.n.)

"Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, **o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.**" (g.n.)

Sob a luz dessas normas, devem ser analisadas as cláusulas dos contratos firmados entre a CDHU e os seus mutuários nos diversos empreendimentos, **valendo citar, como exemplo, o contrato firmado entre a CDHU e os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy em Mineiros do Tietê**, em que houve atuação desse Defensor Público (ACP nº 1012668-16.2024.8.26.0302). Nesses contratos, há previsão de juros remuneratórios de 7,00% ao ano (efetivos de 7,229% ao ano) e reajuste do saldo devedor e das parcelas pelo IPC/FIPE, com sistema de amortização pela Tabela Price.

Tais previsões contratuais vêm descritas da seguinte forma nos contratos:

"CLÁUSULA QUINTA – FINANCIAMENTO E CONFISSÃO DE DÍVIDA

Por este instrumento, a CDHU concede ao(à,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) financiamento no valor declarado no item 05, alínea "a" do quadro resumo, importância que o(a,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) confessa(m) dever à CDHU e que se obrigam a pagar, em moeda corrente do pais, com os reajustes e os encargos convencionados, na

sede da CDHU ou onde esta indicar, inclusive em agências de instituições à quais o crédito venha a ser cedido, em prestações mensais e sucessivas, nos valores, nas condições e no prazo especificado no Quadro Resumo e na forma indicada nas cláusulas subsequentes.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – PRESTAÇÕES E ENCARGOS MENSAIS - **As prestações mensais, cujo valor inicial é o que encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo, compreende a quantia destinada à reposição do capital financiado, ao pagamento dos juros contratuais e ao pagamento dos acessórios compostos dos Prêmios de Seguros de Danos Físicos ao Imóvel (DFI), de Morte e Invalidez Permanente (MIP) e da Taxa de Compensação das Prestações (TCP) também indicados no item 05 do Quadro Resumo.**

PARAGRAFO SEGUNDO – TCP - Juntamente com as prestações mensais, o(a,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) pagará(ão) a Taxa de Compensação de Prestação (TCP), encargo esse objeto de normas da CDHU e declarado no Quadro Resumo da Operação deste instrumento.

CLÁUSULA SEXTA – FORMA DE PAGAMENTO

O financiamento ora contratado será pago pelo(a,as,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) através de prestações mensais e consecutivas, calculadas na forma indicada no Item 05 do Quadro Resumo, onde constam: o prazo de amortização na alínea "b", a taxa de juros na alínea "c", o sistema de amortização na alínea "h", a data de vencimento do primeiro encargo mensal na alínea "g", o índice oara o reajustamento das prestações na alínea "i"; o índice para reajustamento do saldo devedor na alínea "j"; e, ainda pelo resgate do saldo devedor residual de que trata a Cláusula Trigésima Terceira.

PARAGRAFO PRIMEIRO – VENCIMENTO DAS PRESTAÇÕES – O vencimento da primeira prestação ocorrerá conforme estabelecido na alínea "g", do item 05 do Quadro Resumo, após a assinatura deste instrumento. As demais prestações vencerão no mesmo dia, em meses subseqüentes.

PARÁGRAFO SEGUNDO – VALOR DO FINANCIAMENTO – O valor total do financiamento, concedido para aquisição do imóvel, está mencionado no item 05, alínea "a" do quadro resumo.

PARÁGRAFO TERCEIRO – SEGUROS E TCP – Juntamente com as parcelas mensais de capital e juros, cujo valor inicial é o demonstrado no Item 05, alínea "d" do Quadro Resumo, o(s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S), pagará (ão) os seguintes acessórios:

1) os prêmios de seguros de danos físicos ao imóvel, calculados em função do valor de avaliação indicada no Item 06 do Quadro Resumo, cujo valor inicial se encontra indicado na alínea e.1 daquele Quadro e os demais conforme as condições previstas na respectiva Apólice destes seguros que estiver em vigor à época de seus vencimentos;

2) os prêmios de seguros de morte e invalidez permanente, calculados em função do saldo devedor do financiamento indicado no item 05, alínea "a" do Quadro Resumo, cujo valor inicial se encontra indicado na alínea e.2 daquele Quadro e os demais conforme as condições previstas na respectiva Apólice destes seguros que estiver em vigor à época de seus vencimentos;

3) Taxa de Compensação das Prestações – TCP – indicada no Item 05, alínea "e.3" do Quadro Resumo.

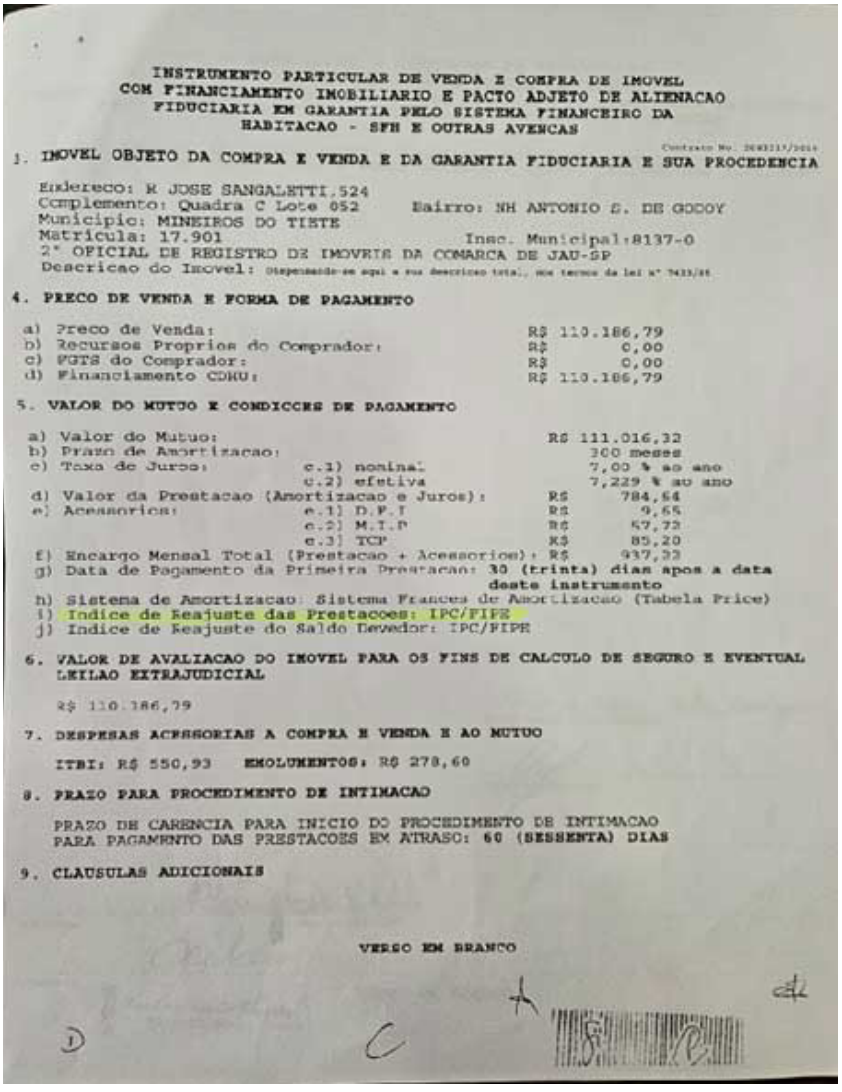
PARÁGRAFO QUARTO – RESPONSABILIDADE DE PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR – O(A,S) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) está(ão) ciente(s) de que é (são) responsável(eis), solidariamente, pelo pagamento do saldo devedor até o final do contrato.

CLÁUSULA SÉTIMA – REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES

O reajuste das prestações será efetuado conforme o indicado na alínea "i" do Item 05 do Quadro Resumo no que se refere ao índice de reajustamento.

PARÁGRAFO ÚNICO – A variação acumulado do índice de reajuste indicado no Item 05, alínea "i", do Quadro Resumo, terá como base o índice do mês do contrato ou do último reajustamento, se ocorrido, até o mês anterior ao reajuste e será aplicada sempre na prestação que se vence na data de aniversário deste contrato."

Por sua vez, o "Quadro Resumo" mencionado nas cláusulas contratuais acima descritas é expresso nos seguintes termos:



INSTRUMENTO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA DE IMOVEL
COM FINANCIAMENTO IMOBILIARIO E PACTO ADJETO DE ALIENACAO
FIDUCIARIA EM GARANTIA PELO SISTEMA FINANCEIRO DA
HABITACAO - SFH E OUTRAS AVENCAS

1. IMOVEL OBJETO DA COMPRA E VENDA E DA GARANTIA FIDUCIARIA E SUA PROCEDENCIA

Endereco: R JOSE SANGALETTI,524
Complemento: Quadra C Lote 052 Bairro: NH ANTONIO S. DE GODOY
Municipio: MINEIROS DO TIETE
Matricula: 17.901 Insc. Municipal:8137-0
2° OFICIAL DE REGISTRO DE IMOVEIS DA COMARCA DE JAU-SP
Descricao do Imovel:

4. PRECO DE VENDA E FORMA DE PAGAMENTO

a) Preco de Venda: R$ 110.186,79
b) Recursos Proprios do Comprador: R$ 0,00
c) FGTS do Comprador: R$ 0,00
d) Financiamento CDHU: R$ 110.186,79

5. VALOR DO MUTUO E CONDICOES DE PAGAMENTO

a) Valor do Mutuo: R$ 111.016,32
b) Prazo de Amortizacao: 300 meses
c) Taxa de Juros: c.1) nominal 7,00 % ao ano
c.2) efetiva 7,229 % ao ano
d) Valor da Prestacao (Amortizacao e Juros): R$ 784,64
e) Acessorios: e.1) D.F.I R$ 9,65
e.2) M.I.P R$ 57,73
e.3) TCP R$ 85,20
f) Encargo Mensal Total (Prestacao + Acessorios): R$ 937,33
g) Data de Pagamento da Primeira Prestacao: 30 (trinta) dias apos a data deste instrumento
h) Sistema de Amortizacao: Sistema Frances de Amortizacao (Tabela Price)
i) Indice de Reajuste das Prestacoes: IPC/FIPE
j) Indice de Reajuste do Saldo Devedor: IPC/FIPE

6. VALOR DE AVALIACAO DO IMOVEL PARA OS FINS DE CALCULO DE SEGURO E EVENTUAL LEILAO EXTRAJUDICIAL

R$ 110.186,79

7. DESPESAS ACESSORIAS A COMPRA E VENDA E AO MUTUO

ITBI: R$ 550,93 EMOLUMENTOS: R$ 278,60

8. PRAZO PARA PROCEDIMENTO DE INTIMACAO

PRAZO DE CARENCIA PARA INICIO DO PROCEDIMENTO DE INTIMACAO PARA PAGAMENTO DAS PRESTACOES EM ATRASO: 60 (SESSENTA) DIAS

9. CLAUSULAS ADICIONAIS

VERSO EM BRANCO

Como se vê, nos contratos firmados pela CDHU quanto ao Núcleo Habitacional Antônio Soares,

há previsão expressa de aplicação do **"Sistema Francês de Amortização (Tabela Price)"** (v. item "h" do Quadro Resumo acima), **o que ainda ocorre na maioria dos empreendimentos firmados pela CDHU no Estado.**

Isso implica, então, que **os valores das "prestações mensais, cujo valor inicial é o que se encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo", nesses contratos com amortização pela Tabela Price, devem ser fixos (iguais ao das prestações iniciais), somente sendo reajustados pela aplicação do índice de reajuste previsto no contrato - (que no exemplo concreto utilizado é o IPC/FIPE)- acumulado no período de vigência do contrato.**

Tal sistemática, importa dizer, **é o cerne, o "coração", da aplicação da "Tabela Price"**, que traz como vantagem a estipulação de uma parcela que engloba juros e amortização variáveis, **mas que tem valor nominal fixo, no sentido de que não sofre aumentos com a aplicação dos juros contratuais cumulativos, (ainda que possa ser prevista a revisão de seu valor nominal por um índice especificado no contrato, que, no caso exemplo utilizado, é o IPC/FIPE).**

Sobre a dinâmica de amortização pela Tabela Price incidente nos contratos em questão, é válido transcrever trecho do acórdão proferido na Apelação nº 7.080.409-4, 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual foi relator o Desembargador Antônio Marson, que esclarece didaticamente esse sistema de amortização:

> "Esse sistema, como explica o Prof. José Dutra Vieira Sobrinho, em sua obra 'Matemática Financeira – Juros, capitalização, descontos e séries de pagamentos. Empréstimo, financiamentos e aplicações financeiras. Utilização de calculadoras financeiras',7ª Ed., S.Paulo, Ed. Atlas, Págs. 220/221, se deve ao nome do seu criador, o matemático, filósofo e teólogo inglês Richard Price, que viveu no Século XVIII e que incorporou a teoria dos juros compostos às amortizações de empréstimos ou financiamentos. Denomina-se 'Sistema Francês', por ter sido desenvolvido na França, no Século XIX, e consiste essencialmente, sendo esta a sua característica fundamental, com caráter de novidade, **em plano de amortização de uma dívida, através de prestações periódicas, iguais e sucessivas, em que o valor de cada prestação, ou pagamento, é composto por duas parcelas distintas**: uma de juros e outra de capital (chamada amortização). **Estas parcelas variam de valor (quantia maior de juros e menor de capital), nunca excedendo, no entanto, o valor total de cada prestação, que é sempre igual." (g.n.)**

Ou seja, pela aplicação da Tabela Price, os valores das prestações só pode variar pelo índice de reajuste contratual, estando limitado a esse patamar.

E é importante ressaltar quanto a isso, porque é alvo de contestação pela CDHU, que a limitação do reajuste contratual engloba a prestação "como um todo", não estando restrita à parte que vem descrita nos quadros resumos dos contratos da CDHU como "Valor da Prestação (Amortização e Juros)". Ou seja, o limite de reajuste **engloba também os valores relativos aos chamados "acessórios", que são o prêmio do seguro de danos físicos ao imóvel – DFI, o prêmio do seguro de morte e invalidez permanente – MIP, e a taxa de compensação das prestações – TCP.**

Isso porque, o próprio contrato padrão da CDHU traz expresso que **"as prestações mensais,** cujo valor inicial é o que encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo, **compreende a quantia destinada à reposição do capital financiado, ao pagamento dos juros contratuais e ao pagamento dos acessórios compostos dos Prêmios de Seguros de Danos Físicos ao Imóvel (DFI), de Morte e Invalidez Permanente (MIP) e da Taxa de Compensação das Prestações (TCP) também indicados no item 05 do Quadro Resumo."** (v. parágrafo primeiro da cláusula quinta do contrato usado como exemplo que foi transcrita acima).

Inegável, pois, que ao prever o índice de "reajuste das prestações", **esse índice limita tudo o que é "compreendido" nas prestações**, incluindo-se, assim, os acessórios contratuais para além das parcelas destinadas à recomposição do capital e ao pagamento dos juros. Tal conclusão é extraída seja por uma interpretação literal dos contratos, seja por uma interpretação mais favorável ao consumidor de cláusulas que devem ser escritas de modo claro e sem levar o consumidor a erro (v. arts. 46 e 47 do CDC).

Voltando ao exemplo prático do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, **pode-se verificar a importância da limitação em tela.** Os 119 contratos do referido núcleo foram firmados entre dezembro/2016 a agosto/2017 com previsão de reajuste pelo IPC-FIPE, que, até Setembro/2024, teve um acúmulo que variou entre 45,40% à 42,96% (a depender da data base do contrato). **Assim, pela limitação imposta pela aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE a esses contratos, as prestações mensais teriam que, no máximo, terem sido reajustas entre 45,40% à 42,96%**. Porém, em atendimento em formato de mutirão feito com os mutuários do referido núcleo habitacional, no qual foram analisados 48 dos 119 contratos, **a Defensoria Pública apurou que o aumento do valor nominal das parcelas havido ao longo desses cerca de 7 (sete) anos de vigência dos contratos habitacionais com a CDHU foi de, em média, 112,28%, chegando, em alguns casos, a 191,86%, extremamente superior ao limite global previsto nos contratos (que era, como visto, de 45,40% a 42,96%)!**

Daí porque, em casos como esses, de contratos da CDHU que utilizem a amortização pela Tabela Price e que não haja o respeito índice de reajuste contratualmente previsto para a prestação mensal como um todo, fica caracterizada prática ilegal e abusiva, que deve cessar por influxo do que determinam os artigos 6º, incisos IV, VI, VII e VIII, 47, 48, 54 e 84 do CDC, e 422 do Código Civil, por meio de ação judicial para recálculo das parcelas.

E, nesse particular, de rigor que o recálculo das parcelas mensais para adequação ao IPC-FIPE **alcance não apenas as parcelas vincendas, mas também, e especialmente, as parcelas vencidas, devolvendo-se, mediante procedimentos de liquidação de sentença individuais, os valores já pagos à maior pelos mutuários.**

Tal devolução, por outro lado, deve levar em conta que a CDHU **praticou cobrança em valores extremamente superiores ao índice de revisão previsto nos contratos de adesão firmados entre ela e os mutuários – IPC-FIPE, o que escapa, a toda prova, à boa-fé objetiva que CDHU deveria guardar na execução dos referidos contratos**. Assim, a devolução dos valores pagos a

maior pelos mutuários **deve se dar em dobro, nos termos do que prevê o artigo 42, parágrafo único, do CDC.**

Isso, inclusive, pela aplicação do **novo entendimento fixado pelo STJ por meio do Rito dos Recursos Repetitivos, qual seja:**

> A REPETIÇÃO EM DOBRO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC, **É CABÍVEL QUANDO A COBRANÇA INDEVIDA CONSUBSTANCIAR CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA, OU SEJA, DEVE OCORRER INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DO ELEMENTO VOLITIVO.** (EREsp n. 1.413.542/RS - rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p/acórdão Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 21/10/2020, DJe. 30/3/2021, g.n.)

Ressalta-se, por oportuno, que não se descura da modulação dos efeitos efetuada pelo STJ, segundo a qual o novo entendimento somente se aplica as cobranças realizadas após a data de publicação do v. acórdão (30/03/2021). **Ocorre que o STJ afastou expressamente da referida modulação de efeitos os indébitos que decorram da prestação de serviços públicos, como é o caso dos serviços de financiamento imobiliário prestados pela CDHU para pessoas de baixa renda.** Nesse sentido, vale transcrever o que consta da ementa do v. Acórdão do EREsp n. 1.413.542/RS quanto à modulação de efeito perpetrada pelo STJ para aplicação da tese fixada:

> "Impõe-se MODULAR OS EFEITOS da presente decisão para que o entendimento aqui fixado – quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público – se aplique somente a cobranças realizadas após a data da publicação do presente acórdão." (g.n.)

Destarte, tendo em vista que a postura da CDHU ao reajustar as prestações mensais dos mutuários em patamar extremamente maior que o decorrente da aplicação da Tabela Price e do índice de reajuste contratual acumulado viola a boa-fé objetiva na execução dos contratos firmados, de rigor que seja a empresa pública obrigada a restituir em dobro aos mutuários os valores pagos a maior ao longo da execução do contrato.

Assim, **no que toca ao respeito à forma de amortização dos débitos (Tabela Price) e ao índice de revisão das prestações mensais contratualmente elegidos,** é juridicamente cabível exigir judicialmente que a CDHU seja obrigada a:

a-) promover o imediato **Recálculo das Prestações Mensais Vincendas** dos contratos de financiamento **de modo a adequá-las à aplicação da Tabela Price e do índice de reajuste contratual Acumulado no Período;** e

b-) recalcular todas as obrigações já vencidas anteriormente, **de modo apurar os valores pagos a maior por cada mutuário em relação a aplicação da Tabela Price e do índice de reajuste**

contratual acumulado no período de vencimento das prestações, restituindo referidos valores EM DOBRO aos mutuários, ainda que mediante o abatimento dos referidos montantes do saldo devedor e/ou do valor das prestações vincendas;

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Inúmeros são os casos de empreendimentos da CDHU que se tornaram inviáveis para os mutuários pelos sucessivos aumentos de prestações, com relatos de prestações que iniciaram em valores módicos e que, passados poucos anos, superaram, em muito, as forças financeiras dos mutuários, que, para piorar, na maioria das vezes, ficam expostos ao sistema de alienação fiduciária em garantia.

Como exemplo fático dessa situação dramática, sito o caso do **Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, situado na cidade de Mineiros do Tietê**, em que houve atuação desse Defensor Público (ACP nº 1012668-16.2024.8.26.0302).

No referido núcleo, a CDHU financiou a construção e aquisição, por famílias de baixa renda da cidade de Mineiros do Tietê, de 119 unidades imobiliárias com 47,09m² de área construída cada, que foram avaliadas, à época, em cerca de R$110.000,00. **As casas foram entregues e os contratos firmados entre Dezembro de 2016 a Agosto de 2017 (pouco mais de 7 anos).** Os contratos de compra e venda de imóveis e financiamento firmados possuem prazo de 300 meses e pacto adjeto de **alienação fiduciária em garantia**, e são regidos pelo **Sistema Financeiro de Habitação.** Há previsão de juros contratuais de 7,00% ao ano (efetivos de 7,229% ao ano) **e reajuste** do saldo devedor **e das parcelas pelo IPC/FIPE, com sistema de amortização pela Tabela Price.** Também **há previsão de índice de comprometimento da Renda Familiar com as prestações que variou entre 15% a 30%** (sendo 30% o limite máximo permitido pela Lei 8.692/93).

Por fim, dos 119 contratos de financiamento habitacional firmados, 40 contam com algum tipo de subsídio no valor das parcelas, subsídios esses que possuem montantes, prazos (entre 1 a 23 anos) e prorrogações variáveis de acordo com a renda de cada mutuário.

Como estão sujeitos a amortização pela Tabela Price, **os valores nominais das prestações mensais do financiamento devem permanecer inalterados durante todo o financiamento, com acréscimo apenas do fator de reajuste das parcelas previsto em contrato (que, no caso dos financiamentos aqui tratados, é o IPC-FIPE).**

Destarte, considerando que os 119 contratos de financiamento do núcleo habitacional em questão tiveram sua vigência iniciada a partir de dezembro/2016 a agosto/2017, o IPC-FIPE acumulado sobre esses contratos até setembro/2024 **variou entre 45,40% a 42,96%**. De rigor, pois, que **a variação do valor nominal das parcelas respeitasses acréscimos em patamares máximos equivalentes aos percentuais acumulados do IPC-FIPE no período.**

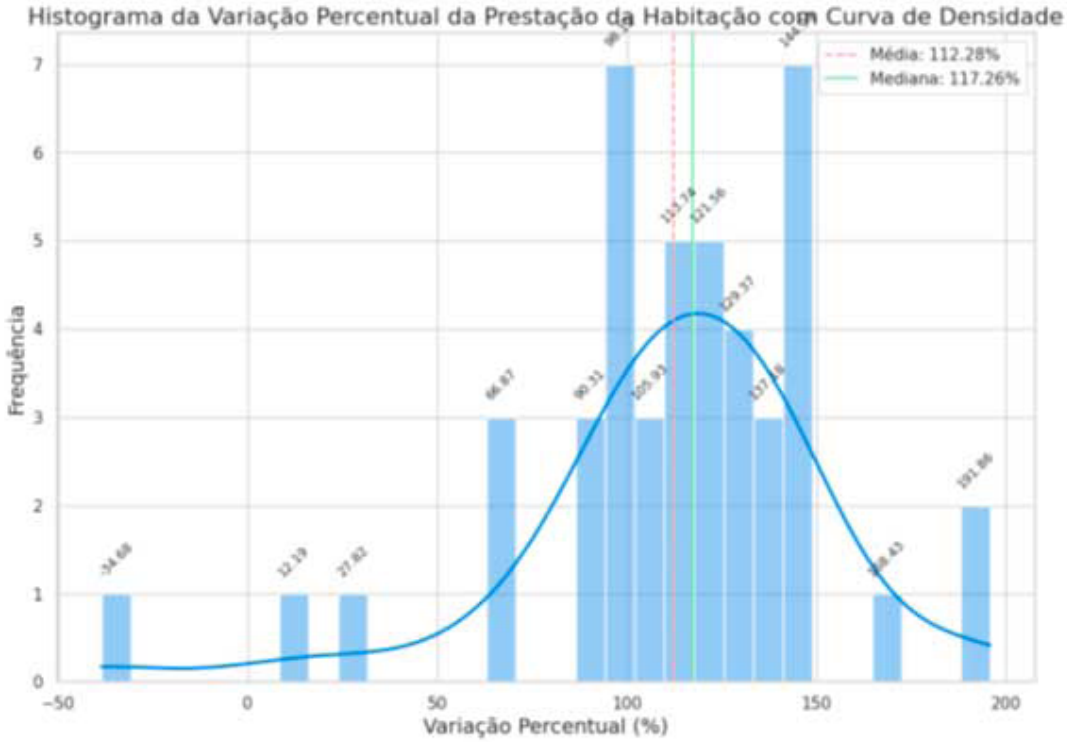
Não obstante, a Unidade de Jaú da Defensoria Pública foi procurada pela Prefeitura de Mineiros do Tietê que solicitou atuação em prol dos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, **"acerca do aumento exponencial dos valores das parcelas pagas em razão das moradias adquiridas junto à CDHU".**

Segundo o ofício encaminhado pela Prefeitura, os moradores fizeram **um abaixo assinado e relataram séria dificuldade em dar continuidade ao pagamento das parcelas do financiamento,** informando, ainda, que "no contrato firmado com a CDHU foram embutidas tarifas tidas por indevidas que elevaram o valor total do ajuste e das parcelas, bem como se insurgem quanto a fórmula utilizada para o reajuste, que geram aumentos expressivos, dissonantes da realidade financeira das famílias".

Frente a isso, a Defensoria Pública instaurou procedimento coletivo de verificação e, no último dia 19/04/2024, foi até a cidade de Mineiros do Tietê para atender os moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, tendo conseguido recolher informações a respeito de 48 dos 119 mutuários do núcleo habitacional em questão.

Pelas informações coletadas percebeu-se que **o aumento do valor nominal das parcelas havido ao longo desses cerca de 7 (sete) anos de vigência dos contratos habitacionais com a CDHU foi de, em média, 112,28%, chegando, em alguns casos, a 191,86%.**

Vale, nesse sentido, verificar o seguinte gráfico representativo da variação percentual das prestações habitacionais em comparação com a ocorrência dentre os mutuários atendidos pela Defensoria Pública no último dia 19/04/2024:



Tais aumentos constatados nos valores nominais das parcelas, como se vê, superam e muito o IPC-FIPE acumulado no período (entre 45,40% a 42,96%), causando, per si, uma ilegalidade e um grande risco de inviabilidade dos financiamentos para os mutuários.

Mas não é só! Esses aumentos extremamente elevados dos valores nominais das parcelas, **acabaram por desassociar por completo os reajustes das parcelas dos reajustes da renda dos mutuários!!**

Isso fez com que, independente da manutenção da fonte de renda e da composição familiar dos mutuários, **fossem ultrapassados os limites contratualmente previstos de comprometimento de renda (entre 15% a 30% a depender da renda do mutuário) e até mesmo até o limite legal (30%)** previsto nos artigos 2º e 11 da Lei 8.692/1993.

Com efeito, seja pelos aumentos dos valores das prestações para além do IPC-FIPE acumulado no período, seja pela extrapolação dos limites contratual e legal de comprometimento de renda, **fato é que a postura da CDHU vem indevidamente criando um sério risco de inviabilidade de pagamento dos financiamentos pelos mutuários, risco esse agravado pela possibilidade de retomada extrajudicial dos imóveis que estão alienados em garantia à própria CDHU!**

Por outro lado, mesmo orientados por essa Defensoria Pública a procurarem a CDHU, inclusive por meio do "agente municipal da habitação", **para revisarem administrativamente os valores das prestações mensais, os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy não têm obtido sucesso nas tratativas com a CDHU, mantendo-se atualmente as cobranças indevidas e o risco da perda de seus imóveis!!**

Nesse sentido, inclusive, **a Prefeitura do Município de Mineiros do Tietê, no último dia 31/10/2024, novamente oficiou a essa Defensoria Pública pleiteando intervenção em prol dos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy**, enfatizando que:

> Como já relatado anteriormente, a Prefeitura já há algum tempo tem recebido inúmeras reclamações dos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy acerca do aumento exponencial dos valores das parcelas pagas em razão das moradias adquiridas junto a CDHU através de "instrumento particular de venda e compra de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia."
>
> Tal situação, vale dizer, foi constatada por essa própria Defensoria Pública quando do atendimento prestado aos moradores do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy em abril de 2024 sobre a referida questão.
>
> Não obstante, mesmo após as intervenções procedidas por essa Defensoria Pública quando do mencionado atendimento, com orientação aos moradores e encaminhamento de ofícios e tratativas junto à CDHU, inúmeros moradores do Núcleo Habitacional continuam procurando a Prefeitura e relatando que as parcelas continuam a subir e que eles não têm conseguido a revisão administrativa das parcelas junto à CDHU.
>
> Ante tal situação, manifestamos nossa preocupação com a situação vivida por esses moradores que podem ver sucumbir o sonho da casa própria, o que contribuirá para agravar o déficit de moradias no município.

Frente a isso e firme na proteção oferecida aos mutuários pelo CDC, pela Lei 8.692/1993 e pelas demais normas de regência, a Defensoria Pública, no último dia 01/11/2024, oficiou a CDHU (v. Doc. 12) requerendo que, no prazo de 10 (dez) dias contados do recebimento do ofício, a empresa:

> "a-) informe qual o índice de comprometimento de renda familiar foi previsto em cada um dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, apresentando a cópia do (i) quadro resumo da operação e do (ii) quadro demonstrativo de valores de cada um dos contratos em que constem os referidos índices;
>
> b-) promova a imediata Revisão das Prestações Mensais dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy **de modo a adequá-las ao IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando a adequação promovida mediante a apresentação dos cálculos utilizados para as revisões pleiteadas;
>
> c-) promova a imediata Revisão das Prestações Mensais dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy **de forma a adequá-las aos limites contratuais e legais de comprometimento de renda;**
>
> d-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratuais e legais de comprometimento de renda acima requerida, promova o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente na cidade de Mineiros do Tietê com a participação de representantes da CDHU e dessa Defensoria Pública e divulgação prévia por vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** e
>
> e-) que nos eventos acima mencionados também haja facilitação de negociação para readequação dos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §1º, do artigo 11, da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem."

Na resposta encaminhada ao ofício em questão, a CDHU, **em linhas gerais, se nega a atender os pedidos formulados, mantendo as cobranças ilegais aos mutuários**. Para além disso, a CDHU **apresenta "a situação da carteira"** nos seguintes termos:

Abaixo a situação da carteira:

SITUAÇÃO	CONTRATOS	%
EM DIA	62	52,54%
EM ATRASO	31	26,27%
INADIMPLENTE	25	21,19%
LIQUIDADO	1	
TOTAL GERAL	119	

PRESTAÇÃO	VALOR
PRESTAÇÃO BRUTA	R$ 1.376,00
BÔNUS	R$ 769,61
PRESTAÇÃO LIQUIDA	R$ 638,99

SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA	CONTRATOS
SEM GRIFO INAD.	97
NOTIFICAÇÃO ALIENACAO FIDUCIÁRIA	8
EM FASE JURIDICO IRREGULAR. CONTRATUAL	3
ACAO JUDICIAL CONTRA A CDHU	2
DANOS FISICOS	2
EM FASE DE TRANSFERENCIA	2
SINISTRO AGUARDANDO DOCUMENTACAO	2
EM REVISAO MONITORADA	1
EXECUÇÃO ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	1

Como se vê, pelos números apresentados pela CDHU, **47,56% dos mutuários (quase metade!!!) está em atraso com as prestações mensais (26,27%) ou já está em situação de inadimplência1 (21,19%),** o que demonstra que **o risco de perda dos imóveis para os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, caso sejam mantidas as cobranças ilegais por parte da CDHU, é imenso.**

Daí porque, foi interposta a ação civil pública nº 1012668-16.2024.8.26.0302 com base na tese aqui exposta (e em outra tese ligada à readequação das prestações ao limite de comprometimento de renda), ação essa que já teve a liminar parcialmente deferida para suspender todas os procedimentos de cobranças de débitos em andamento e obrigar a CDHU a realizar um mutirão de readequação das prestações ao limite de comprometimento de renda.

Frente a esse quadro fático dramático, que se repete em vários outros empreendimentos da CDHU no Estado é que submeto a tese ora ventilada a apreciação desse colegiado de Defensores e Defensoras.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

a. Mutirão para avaliação dos contratos e levantamento dos dados e documentos dos mutuários de um determinado empreendimento da CDHU que esteja com problema de aumento exorbitante dos valores das prestações mensais;

b. Identificação do tipo de amortização (se pela Tabela Price ou não) e do índice de reajuste do saldo devedor e das prestações previstos nos contratos;

c. verificação se houve reajuste do valor das prestações em desacordo com a aplicação combinada da Tabela Price e do índice de reajuste contratual sobre o montante total das prestações (amortização do capital, juros e acessórios);

d. encaminhamento de ofício(s) à CDHU relatando o caso e requerendo informações sobre a taxa de inadimplência dos mutuários do empreendimento em questão, bem como requerendo o recálculo das parcelas vincendas e vencidas;

e. ingresso com a ação civil pública buscando o recálculo das prestações vincendas e vencidas, com devolução em dobro dos valores pagos a maior pelos mutuários, com pedido de suspensão cautelar das cobranças de dívidas dos mutuários, em especial pelo procedimento da alienação fiduciária em garantia.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

EXCELENTÍSSIMO/A SENHOR/A DOUTOR/A JUIZ/A DE DIREITO DE UMA DAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE _____/SP.

Ação Civil Pública - Núcleo _____ - Mineiros do Tietê - ___ **Moradias Populares - Financiamentos pela CDHU com Alienação Fiduciária em Garantia - Correção das Parcelas pelo IPC/FIPE (alterar se for outro índice previsto nos contratos)** e **Amortização pela Tabela Price** - Entrega das Casas entre _____/20__ a _____/20__ - Cerca de __ anos dos Contratos - **Aumento do Valor Nominal das Parcelas no Período de, em média, ___% (chegando a até ___% em alguns casos) - Superação do IPC-FIPE Acumulado (___% a ___%) e da evolução da Renda dos Mutuários. - Comprometimento da Renda dos Mutuários que está ultrapassando os limites previstos nos contratos e até mesmo o limite máximo de 30% previsto pelos artigos 2ª e 11 da Lei 8.692/93** - Perigo de Dano Grave e Irreparável pela Inviabilidade dos Financiamentos e Retomada dos Imóveis pela CDHU (Procedimento Extrajudicial da Alienação Fiduciária em Garantia) - **Necessidade de Recálculo e Revisão das Prestações Mensais de Forma Facilitada para Adequação ao IPC-FIPE e aos Limites de Comprometimento da Renda** por força do previsto nos Contratos, nos Artigos 2º, 4º e 11 da Lei 8.692/93 e no CDC.

PEDIDOS:

A-) Que a CDHU promova o imediato **Recálculo das Prestações Mensais Vincendas** dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de modo a adequá-las à aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período,** comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, no prazo de 10 (dez) dias, dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos 119 contratos;

B-) Que a CDHU seja obrigada, ao final, **a Recalcular todas as Prestações Mensais Vencidas** anteriormente ao recálculo acima pleiteado, **apurando os valores pagos a maior em relação a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE, restituindo-os em DOBRO aos mutuários, ainda que mediante o abatimento dos referidos montantes do saldo devedor e/ou do valor das prestações vincendas** (por liquidações de sentença individualizadas);

C-) Que a CDHU promova a **Revisão das Prestações Mensais Vincendas** dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

D-) Que para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, no prazo máximo de 60 (sessenta dias), o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no**

(local do empreendimento) com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários; e

E-) Que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo Defensor Público que esta subscreve, com endereço funcional Rua Bento Manoel nº 282, Centro, cep 17210-130 Jaú/SP, e com as prerrogativas de intimação pessoal e concessão de prazo em dobro a teor do artigo 128, I, da Lei Complementar nº 80/94, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 1º, inc. VI c/c 5º da Lei 7.347/85, c/c art. 5º, inc. VI, alínea 'g' da Lei Complementar Estadual 988/06, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido liminar

em face da **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU,** sociedade de economia mista inscrita no CNPJ sob nº 47.865.597/0001-09, com seus atos constitutivos arquivados na JUCESP sob nº 596.784/76, atualmente com sede na Rua Boa Vista n° 170, na Capital do Estado, o que faz pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

I – DOS FATOS

(Narrar os fatos expondo o apurado pela Defensoria Pública em atendimento aos mutuários relativamente aos aumentos exorbitantes dos valores das prestações, que estão em desacordo com a aplicação da Tabela Price e do índice de reajuste contratualmente previsto, bem como ocasionaram a superação dos limites contratual e legal de comprometimento de renda)

II – DO DIREITO

1- Legitimidade Ativa da Defensoria. 2 - Aplicação do CDC. 3 - *Pactu Suntis Servants:* Necessidade de Recálculo das Prestações Mensais Para Que se Adequem a Aplicação da Tabela Price Cumulada com o IPC-Fipe do Período. 4 – *Função Social da CDHU e dos Contratos:* Superação dos Índices Contratual e Legal de Comprometimento da Renda Familiar - Hipóteses Obrigatória e Facultativa de Revisão das Parcelas - Obrigação da CDHU de Facilitar a Revisão ao Consumidor Para Atender aos Referidos Limites.

II.1 – PRELIMINAR: Da Legitimidade Ativa da Defensoria Pública e da Pertinência do Objeto da Presente Ação Com a Sua Missão Constitucional

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo é instituição essencial à função jurisdicional, a qual incumbe, "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" (CF/88, art. 134), sendo voltada, pois, a concretizar os objetivos fundamentais da República, como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e mais especialmente o de erradicar a pobreza e a marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incs. I e III da CF/88 c/c art. 3º da Lei Complementar Estadual 988/06).

Por outro lado, as alterações introduzidas pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), deixaram clara a legitimidade da Defensoria Pública para propor ações civis públicas na defesa de interesses metaindividuais, sobretudo quando a ação envolva o interesse de grupo de hipossuficientes econômicos.

Por sua vez, a presente demanda tem como finalidade a tutela de direitos de população de baixa renda do Município de _____ destinatária do atendimento habitacional de caráter definitivo promovido pela CDHU por meio de contratos para a aquisição e financiamento de imóveis destinados a moradia no Núcleo Habitacional _____.

Ou seja, o objeto da presente ação, inegavelmente, visa **tutelar direitos de população econômica e socialmente vulnerável,** estando, pois, umbilicalmente ligado às atribuições constitucionais e legais da Defensoria Pública.

Destarte, está cabalmente demonstrado que a atuação da Defensoria Pública do Estado no presente caso é um dever e que a Instituição, assim, possui legitimidade para propor a presente demanda coletiva, com o objetivo de resguardar os direitos e interesses dos munícipes vulneráveis da cidade de _____.

II.2 – APLICAÇÃO DO CDC

Preliminarmente, cumpre salientar a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, como norma protetora dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ em sua relação com a CDHU

Nessa linha, destaca-se que os mutuários, ao adquirirem seus imóveis residenciais junto à CDHU e firmarem com ela o "instrumento particular de venda e compra de imóvel com financiamento

imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia pelo sistema financeiro da habitação – SFH e outras avenças", pagando os juros remuneratórios impostos no contrato (___% ao ano; _____% de juros efetivos ao ano), integram perfeitamente os moldes do artigo 2º do aludido diploma legal, vejamos:

> "Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Da mesma forma, no que concerne à CDHU, o artigo 3º do referido Diploma Legal prescreve e demonstra que a Ré, ao comercializar os imóveis e os financiamentos em questão, é fornecedora para fins da incidência das normas consumeristas, ainda que seja empresa pública, com atividade de interesse social e não vise, como finalidade última, o lucro:

> "Art. 3° Fornecedor é toda **pessoa física ou jurídica, pública ou privada**, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, **que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.**
>
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, **inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência pátria quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de compra e venda e financiamento imobiliários firmados com a CDHU, valendo destacar os seguintes excertos jurisprudenciais por sua clareza e precisão quanto ao tema:

> Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Decisão saneadora rejeitou preliminar de ilegitimidade passiva e indeferiu pedido de inclusão no polo passivo da construtora. Insurgência da requerida. Aplicação do CDC. Relação de consumo caracterizada. **Inexistência de caráter lucrativo não modifica a natureza da relação. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos relacionados ao SFH. Entendimento do STJ. Legitimidade passiva e denunciação da lide. CDHU é vendedora e credora fiduciária**. Responsabilidade pela regularidade das obras. Inteligência dos artigos 7º, parágrafo único e 14, ambos do CDC. Responsabilidade solidária. Cabe ao autor da demanda eleger a composição do polo passivo. Denunciação da lide é vedada pelo disposto no artigo 88 do CDC. Eventual direito de regresso, em caso de procedência da demanda, deverá ser exercido pelas vias próprias. Decisão mantida. Agravo não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2148810-43.2024.8.26.0000; Relator (a): Edson Luiz de Queiróz; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Brotas - 1ª Vara; Data do Julgamento: 30/07/2024; Data de Registro: 30/07/2024, g.n.)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de reparação de danos - Vícios de construção - Decisão que indeferiu as preliminares arguidas pela CDHU, de ilegitimidade passiva, e inclusão do Município no polo passivo da demanda, como litisconsorte necessário - Irresignação – Não acolhimento – **Existência de relação de consumo entre as partes que não se descaracteriza pelo fato de a ré ser empresa pública, sem finalidade lucrativa e por oferecer habitação popular por meio de programas sociais - Agravante que oferece imóveis no mercado de consumo e se enquadra no conceito de fornecedora, nos termos dos arts. 2° e 3°, do Código de Defesa do Consumidor. Hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, nos termos do artigo 25, §1º, do CDC** - Responsabilidade solidária dos fornecedores de produto em relação consumerista (art. 18, do CDC), de sorte que qualquer um pode ser acionado – DENUNCIAÇÃO À LIDE - Inadmissibilidade nos termos do art. 88 do CDC – Questão relativa à impugnação ao valor da causa que não figura no rol do art. 1015 do CPC, não podendo ser conhecida - Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido, na parte conhecida. (TJSP; Agravo de Instrumento 2229932-78.2024.8.26.0000; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Aprazível - 1ª Vara; Data do Julgamento: 21/08/2024; Data de Registro: 21/08/2024, g.n.)

Vale, ainda, mencionar o teor da Súmula 297 do STJ, a saber: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.".

Destarte, inclusive ante a situação de vulnerabilidade dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ em relação à Ré, aplicam-se em sua inteireza as normas consumeristas aos contratos firmados entre eles e a CDHU.

***II.3 – PACTU SUNTIS SERVANTS*: Necessidade de Recálculo das Prestações Mensais Para Que se Adequem a Aplicação da Tabela Price Cumulada com o** IPC-Fipe.

Os contratos de "venda e compra de imóvel, com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia pelo sistema financeiro da habitação – SFH e outras avenças" firmados entre a Ré e os mutuários do Núcleo Habitacional _____ s**ão, a toda prova, contratos de adesão nos moldes do que prevê o artigo 54 do CDC**. Destarte, **para além de estarem sujeitas a uma interpretação favorável ao consumidor** (CDC, art. 47), suas cláusulas devem ser elaboradas **em termos claros e que não induzam o consumidor a dúvidas e/ou erros.** *In verbis:*

> "Art. 46. **Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores**, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, **ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.**" (g.n.)
>
> "Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar

substancialmente seu conteúdo.

§ 3o **Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros** e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4° **As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."** (g.n.)

Da mesma forma, não apenas durante a formação dos contratos em questão, **como também durante toda a sua execução, a CDHU está vinculada à boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e pode ser compelida a bem executar os termos dos contratos, fazendo cessar práticas abusivas em que esteja incorrendo**, na linha do que prevê os artigos 6º, IV, VI, VII e VIII, 48 e 84 do CDC.

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - **a proteção contra** a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, **bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;**

(...)

VI - **a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;**

VII - **o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;**

VIII - **a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;**" (g.n.)

"Art. 48. **As declarações de vontade constantes de escritos particulares**, recibos e pré-contratos **relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.**" (g.n.)

"Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, **o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento."** (g.n.)

Sob a luz dessas normas, devem ser analisadas as cláusulas dos contratos firmados entre a CDHU e os mutuários do Núcleo Habitacional _____ que preveem juros contratuais de __% ao ano (efetivos de ___% ao ano) **e reajuste** do saldo devedor **e das parcelas pelo IPC/FIPE, com sistema de amortização pela Tabela Price.**

Tais previsões contratuais vêm descritas da seguinte forma nos contratos (v. Doc. ___):

"CLÁUSULA QUINTA – FINANCIAMENTO E CONFISSÃO DE DÍVIDA

Por este instrumento, a CDHU concede ao(à,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) financiamento no valor declarado no item 05, alínea "a" do quadro resumo, importância que o(a,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) confessa(m) dever à CDHU e que se obrigam a pagar, em moeda corrente do pais, com os reajustes e os encargos convencionados, na sede da CDHU ou onde esta indicar, inclusive em agências de instituições à quais o crédito venha a ser cedido, em prestações mensais e sucessivas, nos valores, nas condições e no prazo especificado no Quadro Resumo e na forma indicada nas cláusulas subsequentes.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – PRESTAÇÕES E ENCARGOS MENSAIS - **As prestações mensais, cujo valor inicial é o que encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo, compreende a quantia destinada à reposição do capital financiado, ao pagamento dos juros contratuais e ao pagamento dos acessórios compostos dos Prêmios de Seguros de Danos Físicos ao Imóvel (DFI), de Morte e Invalidez Permanente (MIP) e da Taxa de Compensação das Prestações (TCP) também indicados no item 05 do Quadro Resumo.**

PARAGRAFO SEGUNDO – TCP - Juntamente com as prestações mensais, o(a,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) pagará(ão) a Taxa de Compensação de Prestação (TCP), encargo esse objeto de normas da CDHU e declarado no Quadro Resumo da Operação deste instrumento.

CLÁUSULA SEXTA – FORMA DE PAGAMENTO

O financiamento ora contratado será pago pelo(a,as,s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) através de prestações mensais e consecutivas, calculadas na forma indicada no Item 05 do Quadro Resumo, onde constam: o prazo de amortização na alínea "b", a taxa de juros na alínea "c", o sistema de amortização na alínea "h", a data de vencimento do primeiro encargo mensal na alínea "g", o índice oara o reajustamento das prestações na alínea "i"; o índice para reajustamento do saldo devedor na alínea "j"; e, ainda pelo resgate do saldo devedor residual de que trata a Cláusula Trigésima Terceira.

PARAGRAFO PRIMEIRO – VENCIMENTO DAS PRESTAÇÕES – O vencimento da primeira prestação ocorrerá conforme estabelecido na alínea "g", do item 05 do Quadro Resumo, após a assinatura deste instrumento. As demais prestações vencerão no mesmo dia, em meses subseqüentes.

PARÁGRAFO SEGUNDO – VALOR DO FINANCIAMENTO – O valor total do financiamento, concedido para aquisição do imóvel, está mencionado no item 05, alínea "a" do quadro resumo.

PARÁGRAFO TERCEIRO – SEGUROS E TCP – Juntamente com as parcelas mensais de capital e juros, cujo valor inicial é o demonstrado no Item 05, alínea "d" do Quadro Resumo, o(s) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S), pagará (ão) os seguintes acessórios:

1) os prêmios de seguros de danos físicos ao imóvel, calculados em função do valor de avaliação indicada no Item 06 do Quadro Resumo, cujo valor inicial se encontra indicado na alínea e.1 daquele Quadro e os demais conforme as condições previstas na respectiva Apólice destes seguros que estiver em vigor à época de seus vencimentos;

2) os prêmios de seguros de morte e invalidez permanente, calculados em função

do saldo devedor do financiamento indicado no item 05, alínea "a" do Quadro Resumo, cujo valor inicial se encontra indicado na alínea e.2 daquele Quadro e os demais conforme as condições previstas na respectiva Apólice destes seguros que estiver em vigor à época de seus vencimentos;

3) Taxa de Compensação das Prestações – TCP – indicada no Item 05, alínea "e.3" do Quadro Resumo.

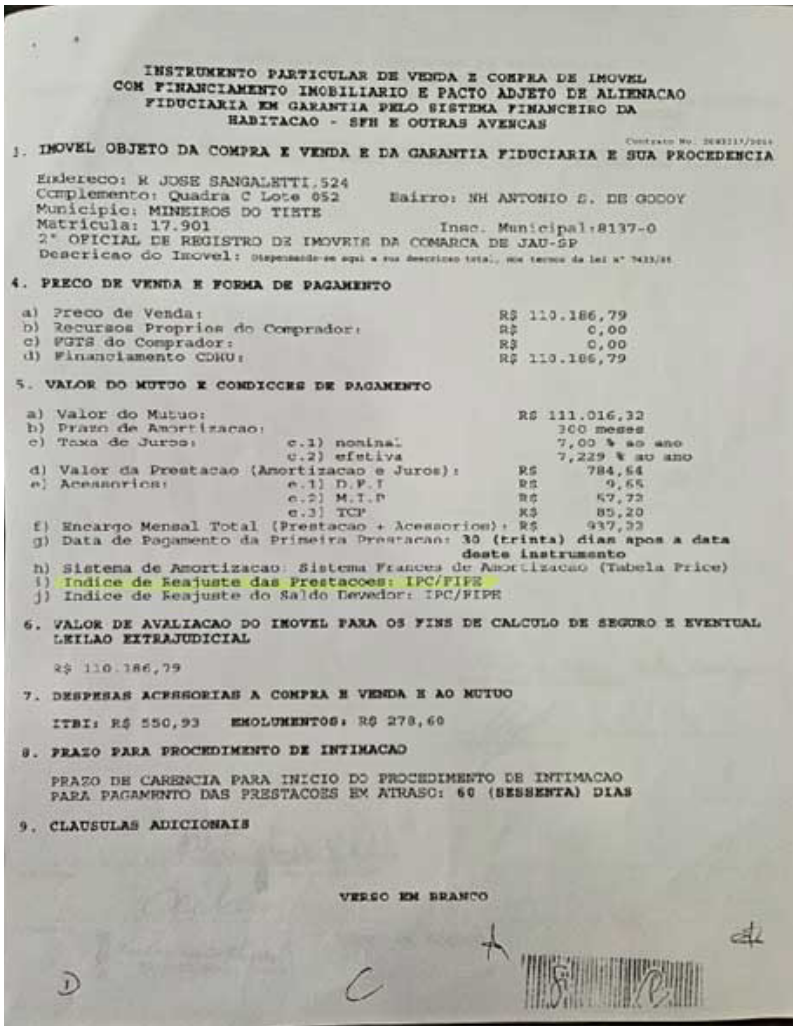
PARÁGRAFO QUARTO – RESPONSABILIDADE DE PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR – O(A,S) COMPRADOR(A,AS,ES) E DEVEDOR(A,AS,ES)/FIDUCIANTE(S) está(ão) ciente(s) de que é (são) responsável(eis), solidariamente, pelo pagamento do saldo devedor até o final do contrato.

CLÁUSULA SÉTIMA – REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES

O reajuste das prestações será efetuado conforme o indicado na alínea "i" do Item 05 do Quadro Resumo no que se refere ao índice de reajustamento.

PARÁGRAFO ÚNICO – A variação acumulado do índice de reajuste indicado no Item 05, alínea "i", do Quadro Resumo, terá como base o índice do mês do contrato ou do último reajustamento, se ocorrido, até o mês anterior ao reajuste e será aplicada sempre na prestação que se vence na data de aniversário deste contrato."

Por sua vez, o "Quadro Resumo" mencionado nas cláusulas contratuais acima descritas é expresso nos seguintes termos:



INSTRUMENTO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA DE IMOVEL
COM FINANCIAMENTO IMOBILIARIO E PACTO ADJETO DE ALIENACAO
FIDUCIARIA EM GARANTIA PELO SISTEMA FINANCEIRO DA
HABITACAO - SFH E OUTRAS AVENCAS

1. IMOVEL OBJETO DA COMPRA E VENDA E DA GARANTIA FIDUCIARIA E SUA PROCEDENCIA

Endereco: R JOSE SANGALETTI,524
Complemento: Quadra C Lote 052 Bairro: NH ANTONIO S. DE GODOY
Municipio: MINEIROS DO TIETE
Matricula: 17.901 Insc. Municipal:8137-0
2° OFICIAL DE REGISTRO DE IMOVEIS DA COMARCA DE JAU-SP
Descricao do Imovel: Dispensada-se aqui a sua descricao total, nos termos da lei n° 7433/85

4. PRECO DE VENDA E FORMA DE PAGAMENTO

a) Preco de Venda:		R$ 110.186,79
b) Recursos Proprios do Comprador:		R$ 0,00
c) FGTS do Comprador:		R$ 0,00
d) Financiamento CDHU:		R$ 110.186,79

5. VALOR DO MUTUO E CONDICOES DE PAGAMENTO

a) Valor do Mutuo:		R$ 111.016,32
b) Prazo de Amortizacao:		300 meses
c) Taxa de Juros:	c.1) nominal	7,00 % ao ano
	c.2) efetiva	7,229 % ao ano
d) Valor da Prestacao (Amortizacao e Juros):		R$ 784,64
e) Acessorios:	e.1) D.F.I	R$ 9,65
	e.2) M.I.P	R$ 57,73
	e.3) TCP	R$ 85,20
f) Encargo Mensal Total (Prestacao + Acessorios):		R$ 937,32

g) Data de Pagamento da Primeira Prestacao: 30 (trinta) dias apos a data deste instrumento
h) Sistema de Amortizacao: Sistema Frances de Amortizacao (Tabela Price)
i) Indice de Reajuste das Prestacoes: IPC/FIPE
j) Indice de Reajuste do Saldo Devedor: IPC/FIPE

6. VALOR DE AVALIACAO DO IMOVEL PARA OS FINS DE CALCULO DE SEGURO E EVENTUAL LEILAO EXTRAJUDICIAL

R$ 110.186,79

7. DESPESAS ACESSORIAS A COMPRA E VENDA E AO MUTUO

ITBI: R$ 550,93 EMOLUMENTOS: R$ 278,60

8. PRAZO PARA PROCEDIMENTO DE INTIMACAO

PRAZO DE CARENCIA PARA INICIO DO PROCEDIMENTO DE INTIMACAO PARA PAGAMENTO DAS PRESTACOES EM ATRASO: 60 (SESSENTA) DIAS

9. CLAUSULAS ADICIONAIS

VERSO EM BRANCO

Ressalta-se, por oportuno, que a aplicação aos contratos do Núcleo Habitacional _____ do sistema de amortização pela Tabela Price e do índice de correção das parcelas do financiamento pelo IPC/FIPE **foi expressamente confirmada pela CDHU ao responder questionamentos feitos por essa Defensoria Pública** (v. ofício resposta de _____ – Doc. __).

Isso implica, então, que **os valores das "prestações mensais, cujo valor inicial é o que encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo",** de cada um dos 119 contratos de financiamento em questão, **deveriam ser fixos (iguais ao das prestações iniciais), somente sendo reajustados pela aplicação do índice previsto no contrato, qual seja, o IPC/FIPE acumulado no período.**

Tal sistemática, importa dizer, **é o cerne, o "coração", da aplicação da "Tabela Price",** que traz como vantagem a estipulação de uma parcela que engloba juros e amortização variáveis, **mas que tem valor nominal fixo, no sentido de que não sofre aumentos com a aplicação dos juros contratuais cumulativos, (ainda que possa ser prevista a revisão de seu valor nominal por um índice especificado no contrato, que, no caso em tela, é o IPC/FIPE).**

Sobre a dinâmica de amortização pela Tabela Price incidente nos contratos em questão, é válido transcrever trecho do acórdão proferido na Apelação nº 7.080.409-4, 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual foi relator o Desembargador Antônio Marson, que esclarece didaticamente esse sistema de amortização:

> "Esse sistema, como explica o Prof. José Dutra Vieira Sobrinho, em sua obra 'Matemática Financeira – Juros, capitalização, descontos e séries de pagamentos. Empréstimo, financiamentos e aplicações financeiras. Utilização de calculadoras financeiras',7ª Ed., S.Paulo, Ed. Atlas, Págs. 220/221, se deve ao nome do seu criador, o matemático, filósofo e teólogo inglês Richard Price, que viveu no Século XVIII e que incorporou a teoria dos juros compostos às amortizações de empréstimos ou financiamentos. Denomina-se 'Sistema Francês', por ter sido desenvolvido na França, no Século XIX, e consiste essencialmente, sendo esta a sua característica fundamental, com caráter de novidade, **em plano de amortização de uma dívida, através de prestações periódicas, iguais e sucessivas, em que o valor de cada prestação, ou pagamento, é composto por duas parcelas distintas: uma de juros e outra de capital (chamada amortização). Estas parcelas variam de valor (quantia maior de juros e menor de capital), nunca excedendo, no entanto, o valor total de cada prestação, que é sempre igual."** (g.n.)

Por sua vez, considerando que os contratos em tela foram firmados entre _____/20__ a _____/20__, o IPC-FIPE acumulado sobre esses contratos até _____/20__ **variou entre ____% a ____% (v. Docs. ___ e ___).**

Daí que, **por determinação contratual**, as prestações dos contratos de financiamento dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ **deveriam ser equivalentes aos montantes nominais**

das primeiras prestações previstas nos contratos, acrescidos de percentual de correção entre % a % a depender da data de celebração do contrato (aniversário do contrato).

Vale ressaltar, por oportuno, que essa limitação do reajuste contratual engloba a prestação "como um todo", não estando restrita à parte descrita nos quadros resumos dos contratos da CDHU como "Valor da Prestação (Amortização e Juros)". Ou seja, o limite de reajuste **engloba também os valores relativos aos chamados "acessórios", que são o prêmio do seguro de danos físicos ao imóvel – DFI, o prêmio do seguro de morte e invalidez permanente – MIP, e a taxa de compensação das prestações – TCP.**

Isso porque, o próprio contrato padrão da CDHU traz expresso que **"as prestações mensais,** cujo valor inicial é o que encontra indicado no item 05 do Quadro Resumo, **compreende a quantia destinada à reposição do capital financiado, ao pagamento dos juros contratuais e ao pagamento dos acessórios compostos dos Prêmios de Seguros de Danos Físicos ao Imóvel (DFI), de Morte e Invalidez Permanente (MIP) e da Taxa de Compensação das Prestações (TCP) também indicados no item 05 do Quadro Resumo."** (v. parágrafo primeiro da cláusula quinta do contrato).

Inegável, pois, que ao prever o índice de "reajuste das prestações", **esse índice limita tudo o que é "compreendido" nas prestações**, incluindo-se, assim, os acessórios contratuais para além das parcelas destinadas à recomposição do capital e ao pagamento dos juros. Tal conclusão é extraída seja por uma interpretação literal dos contratos, seja por uma interpretação mais favorável ao consumidor de cláusulas que devem ser escritas de modo claro e sem levar o consumidor a erro (v. arts. 46 e 47 do CDC).

Todavia, como já informado, essa Defensoria Pública apurou que **os aumentos dos valores nominais das parcelas dos financiamentos aqui tratados foram de, em média, %, chegando, em alguns casos, a % (v. Doc.).**

Inegável, pois, que os reajustes praticados nas parcelas dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ pela CDHU, ao superarem (e muito!) o índice de revisão previsto no contrato (IPC/FIPE), caracterizam prática ilegal e abusiva, que deve cessar por influxo do que determinam os artigos 6º, incisos IV, VI, VII e VIII, 47, 48, 54 e 84 do CDC, e 422 do Código Civil.

E, nesse particular, de rigor que o recálculo das parcelas mensais para adequação ao IPC-FIPE **alcance não apenas as parcelas vincendas, mas também, e especialmente, as parcelas vencidas, devolvendo-se, mediante procedimentos de liquidação de sentença individuais, os valores já pagos à maior pelos mutuários.**

Tal devolução, por outro lado, deve levar em conta que a CDHU **praticou cobrança em valores extremamente superiores ao índice de revisão previsto nos contratos de adesão firmados entre ela e os mutuários – IPC-FIPE, o que escapa, a toda prova, à boa-fé objetiva que CDHU**

deveria guardar na execução dos referidos contratos. Assim, a devolução dos valores pagos a maior pelos mutuários **deve se dar em dobro, nos termos do que prevê o artigo 42, parágrafo único, do CDC.**

Isso, inclusive, pela aplicação do **novo entendimento fixado pelo STJ por meio do Rito dos Recursos Repetitivos, qual seja:**

> A REPETIÇÃO EM DOBRO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC, **É CABÍVEL QUANDO A COBRANÇA INDEVIDA CONSUBSTANCIAR CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA, OU SEJA, DEVE OCORRER INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DO ELEMENTO VOLITIVO.** (EREsp n. 1.413.542/RS - rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p/acórdão Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 21/10/2020, DJe. 30/3/2021, g.n.)

Ressalta-se, por oportuno, que não se descura da modulação dos efeitos efetuada pelo STJ, segundo a qual o novo entendimento somente se aplica as cobranças realizadas após a data de publicação do v. acórdão (30/03/2021). **Ocorre que o STJ *afastou* expressamente da referida modulação de efeitos os indébitos que decorram da *prestação de serviços públicos*, como é o caso dos serviços de financiamento imobiliário prestados pela CDHU para pessoas de baixa renda.** Nesse sentido, vale transcrever o que consta da ementa do v. Acórdão do EREsp n. 1.413.542/RS quanto à modulação de efeito perpetrada pelo STJ para aplicação da tese fixada:

> "Impõe-se **MODULAR OS EFEITOS** da presente decisão para que o entendimento aqui fixado – **quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público** – se aplique somente a cobranças realizadas após a data da publicação do presente acórdão." (g.n.)

Destarte, tendo em vista que a postura da CDHU ao reajustar as prestações mensais dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ em patamar extremamente maior que o decorrente da aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE violou a boa-fé objetiva na execução dos contratos firmados, de rigor que seja a empresa pública obrigada a restituir em dobro aos mutuários os valores pagos a maior ao longo da execução do contrato.

Assim, **no que toca ao respeito à forma de amortização dos débitos (Tabela Price) e ao índice de reajuste das prestações mensais (IPC-FIPE) contratualmente elegidos,** é de rigor seja provida a ação em tela para o fim de obrigar a CDHU que:

a-) promova o imediato **Recálculo das Prestações Mensais Vincendas** dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de modo a adequá-las à aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, no prazo de 10 (dez) dias, dos cálculos utilizados relativamente

a cada um dos 119 contratos; e

b-) ao final, recalcule todas as obrigações já vencidas anteriormente ao recálculo acima pleiteado, **de modo apurar os valores pagos a maior por cada um dos mutuários em relação a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE acumulado no período de vencimento das prestações, restituindo referidos valores EM DOBRO aos mutuários, ainda que mediante o abatimento dos referidos montantes do saldo devedor e/ou do valor das prestações vincendas (o que deverá ser apurado em procedimentos de liquidação de sentença individualizados);**

II.4 – 4 – FUNÇÃO SOCIAL DA CDHU E DO CONTRATO: Superação dos Índices Contratual e Legal de Comprometimento da Renda Familiar - Hipóteses Obrigatória e Facultativa de Revisão das Parcelas - Obrigação da CDHU de Facilitar a Revisão ao Consumidor para Atender aos Referidos Limites.

A CDHU é sociedade de economia mista, com participação majoritária do Estado de São Paulo, e teve sua criação vinculada ao Plano Nacional de Habitação Popular (PLANHAP), nos termos do que estabelece o artigo 1º, da Lei Estadual nº 905/75.

De acordo com o aludido dispositivo, o Governo do Estado de São Paulo fica autorizado a adotar as medidas necessárias para promover a ascensão social das famílias urbanas com renda equivalente até cinco salários-mínimos através: (I) da redução gradual até a eliminação do déficit habitacional; (II) do atendimento da demanda de habitações de novas famílias; e (III) da garantia de condições para melhoria e ampliação das habitações já existentes. Uma das medidas adotadas pelo Estado de São Paulo foi, justamente, a constituição da Companhia Estadual de Casas Populares (CECAP), que, posteriormente, veio a se tornar a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

Desta forma, vê-se que a CDHU não se trata de uma instituição imobiliária/financeira pura e simplesmente, cujo objetivo principal seria obter lucro através da venda e do financiamento de imóveis. Em verdade, o objetivo principal da CDHU é proporcionar financiamento de baixo custo às populações carentes, a fim de viabilizar a todos o direito constitucional à moradia.

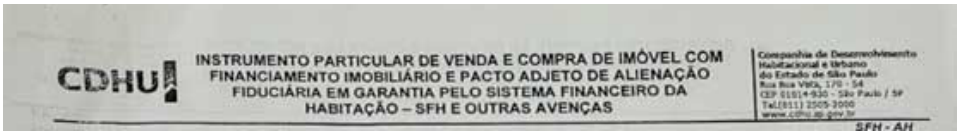
Ainda, a CDHU deve obediência aos planos nacional e estadual de habitação, tanto que está vinculada à Secretaria de Estado de Habitação, fazendo parte, inclusive, do Conselho Estadual de Habitação de São Paulo, que foi criado pela Lei Estadual nº 12.801/08 e regulamentado pelo Decreto nº 53.823/08, normas pelas quais o Estado de São Paulo aderiu ao Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social.

A CDHU, com efeito, está vinculada também aos objetivos do mencionado Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, que foi criado pela Lei nº 11.124/05 para viabilizar à população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável, tendo como princípios a moradia digna, como direito e vetor de inclusão social, e a função social da propriedade

urbana (artigo 4º, inciso I).

Nesse contexto, pode se dizer que a CDHU, bem como os contratos que ela usa como instrumento de sua atuação, têm, em primeira instância, a função social de promover acesso da população carente "ao sonho da casa própria", função social essa que deve ser respeitada na formação e na execução dos contratos firmados pela CDHU (CC, art. 421 e 422).

Justamente por isso, os contratos firmados pela CDHU o são dentro do **"Sistema Financeiro da Habitação",** informação essa que, de tão relevante, vem expressa já no cabeçario dos contratos, do qual consta (v. Doc. ___):


CDHU

INSTRUMENTO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL COM FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – SFH E OUTRAS AVENÇAS

Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo

SFH - AH

Desta feita, estando os referidos contratos dentro do Sistema Financeiro da Habitação, ficam sujeitos aos termos da Lei 8.692/1993, que **"Define planos de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores nos contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e dá outras providências".**

Referida lei define como sendo de 30% o limite máximo de comprometimento de renda dos mutuários com o valor do encargo mensal, definindo hipóteses de revisão obrigatória e facultativa da prestação em caso de superação do referido limite. Assim, é obrigatória a revisão das prestações mensais quando o limite de 30% for superado pela simples aplicação do índice de revisão do contrato; e, por outro lado, é facultativa a revisão (no sentido de que depende de renegociação do saldo devedor) quando o limite de 30% for ultrapassado por força da "redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes".

> "Art. 2º **Os contratos de financiamento habitacional celebrados em conformidade com o Plano de Comprometimento da Renda estabelecerão percentual de no máximo trinta por cento da renda bruta do mutuário destinado ao pagamento dos encargos mensais.**
>
> (...)
>
> Art. 4º O reajustamento dos encargos mensais nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda terá por base o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor dos contratos, **mas a aplicação deste índice não poderá resultar em comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato.**
>
> 1º **Sempre** que o valor do novo encargo resultar em comprometimento da renda do mutuário **em percentual superior ao estabelecido em contrato, a instituição financiadora, a pedido do mutuário, procederá à revisão do seu valor,**

para adequar a relação encargo mensal/renda ao referido percentual máximo.

2º As diferenças apuradas nas revisões dos encargos mensais serão atualizadas com base nos índices contratualmente definidos para reajuste do saldo devedor e compensados nos encargos mensais subseqüentes.

3º Não se aplica o disposto no § 1º às situações **em que o comprometimento da renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.**

4º Nas situações de que trata o parágrafo anterior, **é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido no contrato, mediante a dilação do prazo de liqüidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas.**

5º Nos casos em que for verificada a insuficiência de amortização aplica-se o estabelecido no art. 13 desta lei.

(...)

Art. 11. **O percentual máximo de comprometimento de renda do mutuário nos contratos regidos pelo Plano de Equivalência Salarial, correspondente à relação entre o valor do encargo mensal e a renda bruta do mutuário verificada no mês imediatamente anterior, não poderá ser superior a trinta por cento.**

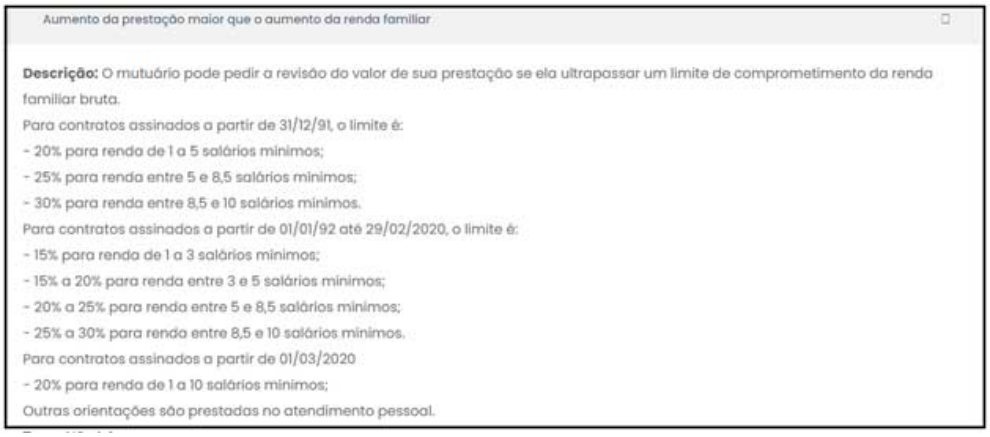
1º **Não se aplica o disposto no caput deste artigo às situações em que o comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.**

2º Nas situações de que trata o parágrafo anterior, **é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido em contrato, mediante a dilação do prazo de liqüidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas."**

Por sua vez, a **CDHU, ao firmar os contratos de financiamento, calcula as prestações mensais com base na renda dos mutuários quando da assinatura dos contratos, possuindo política de manutenção do percentual de comprometimento de renda, que permitiria a revisão das parcelas quando o valor da prestação mensal venha comprometer a renda familiar em percentual superior àqueles definidos no momento do financiamento.**

Em verdade, no próprio site da CDHU (https://cdhu.sp.gov.br/informacoes-cidadao/guia-de-servicos/revisao-da-prestacao) há informações no sentido de que, **para contratos firmados entre _____a_____**, como os aqui tratados que foram firmados entre _____ de 20__ a _____ de 20__, **os limites previstos de comprometimento de renda variam entre 15% a 30% de acordo com**

a renda dos mutuários, que podem requerer a revisão das prestações caso esses limites sejam ultrapassados:



Aumento da prestação maior que o aumento da renda familiar

Descrição: O mutuário pode pedir a revisão do valor de sua prestação se ela ultrapassar um limite de comprometimento da renda familiar bruta.
Para contratos assinados a partir de 31/12/91, o limite é:
- 20% para renda de 1 a 5 salários mínimos;
- 25% para renda entre 5 e 8,5 salários mínimos;
- 30% para renda entre 8,5 e 10 salários mínimos.

Para contratos assinados a partir de 01/01/92 até 29/02/2020, o limite é:
- 15% para renda de 1 a 3 salários mínimos;
- 15% a 20% para renda entre 3 e 5 salários mínimos;
- 20% a 25% para renda entre 5 e 8,5 salários mínimos;
- 25% a 30% para renda entre 8,5 e 10 salários mínimos.

Para contratos assinados a partir de 01/03/2020
- 20% para renda de 1 a 10 salários mínimos;

Outras orientações são prestadas no atendimento pessoal.

Ocorre que, conforme já visto, no caso dos mutuários do Núcleo Habitacional _____, os aumentos dos valores das prestações mensais no período de vigência dos contratos foram de, em média, _____%, chegando, em alguns casos, a _____% (v. Doc. __), **ocasionando a superação dos limites contratual (de 15% a 30%) e legal (30%) de comprometimento de renda, na medida em que a renda dos mutuários não teve aumento compatível com o aumento das parcelas.**

Não obstante, **mesmo orientados por essa Defensoria Pública a procurarem a CDHU para rever administrativamente** os valores das parcelas mensais para se adequar aos limites de comprometimento de renda previstos no contrato e na lei, **os mutuários do Núcleo Habitacional _____ de Godoy não têm conseguido obter a revisão em questão.**

Inegável, pois, que se trata de situação ilegal e abusiva, que deve ser sanada mediante a revisão dos contratos. Mas não é só!

P**ela função social da CDHU e dos contratos que ela firma, e até mesmo pela boa – fé objetiva que ela deve guardar na execução dos referidos contratos (CC, art. 421 e 422)**, bem como pela necessidade de se facilitar o exercício de direitos pelo consumidor, **a CDHU deve garantir os meios necessários e efetivos para que os mutuários exerçam adequadamente seu direito a revisão das parcelas para se adequar aos limites de comprometimento de renda.**

Em verdade, como visto acima, **a CDHU possui como finalidade precípua advinda de sua própria lei de criação (Lei Estadual nº 905/75) auxiliar a população de baixa renda a obter a casa própria, não podendo, pois, adotar postura passiva quanto a efetivação dos direitos contratual e legalmente previstos que permitam aos seus mutuários dar seguimento aos contratos e, ao final, adquirirem suas moradias!**

Daí porque, em situações como as que se encontram os mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, a CDHU não deve apenas ser condenada a "permitir" a revisão das parcelas

para adequação de renda, mas sim **deve ser condenada a adotar mecanismos concretos que facilitem o exercício desse direito pelos mutuários e, em última análise, facilitem a manutenção da integralidade dos próprios contratos de financiamento que levarão os mutuários a aquisição de seus imóveis!!!**

Assim, visando que os mutuários do Núcleo Habitacional _____ efetivamente exerçam seus direitos contratual e legalmente previstos e mantenham íntegros seus contratos de financiamento, no que toca ao respeito aos limites de comprometimento de renda, deve a presente ação ser provida para que a CDHU:

a-) promova a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos 119 contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

b-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, no prazo máximo de 60 (sessenta dias), o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no ___(local do núcleo habitacional)____ com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** e

c-) que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

III – DA TUTELA ANTECIPADA

Nos termos do artigo 12 da Lei nº 7.347/1985, combinado com artigo 84, §3º, do CDC, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá conceder liminar antecipando a tutela pleiteada.

In casu, restou demonstrada a verossimilhança do direito alegado, na medida que as majorações dos valores nominais das parcelas dos mutuários do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy, que, em média, atingiram _____% (chegando a até _____% em alguns casos), **superaram a aplicação do IPC-FIPE acumulado no período (___% a ___%), bem como superaram, e muito, a evolução da renda dos mutuários, fazendo com que o comprometimento da renda dos mutuários com as prestações ultrapassasse o limite contratualmente previsto e, até mesmo, o limite máximo de 30% previsto pelos artigos 2º e 11 da Lei 8.692/93.** Destarte, em

respeito as previsões contratuais, e ao disposto nos artigos 2º, 4º e 11 da Lei 8.692/93, nos artigos 6º, incisos IV, VI, VII e VIII, 47, 48, 54 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 421 e 422 do Código Civil e nas demais normas que resguardam individual e coletivamente as pessoas envolvidas, faz-se de rigor que a CDHU seja obrigada a rever os valores das prestações mensais cobradas dos mutuários do Núcleo Habitacional _____ de modo a adequá-las a aplicação do IPC-FIPE e aos limites contratual e legal de comprometimento de renda dos mutuários com as prestações.

Por outro lado, o perigo de dano grave também está devidamente delineado, na medida em que os aumentos exacerbados nos valores das parcelas **têm dificultado, para não dizer impossibilitado, o pagamento em dia das prestações pelos mutuários, que então ficam sujeitos a terem os contratos rescindidos e os imóveis retomados pela CDHU por meio do procedimento administrativo da alienação fiduciária em garantia.**

Nesse sentido, é de clareza solar o teor do ofício encaminhado a essa Defensoria Pública pela CDHU informando que **____% dos mutuários (quase metade!!!) está em atraso com as prestações mensais (___%) ou já está em situação de inadimplência1 (___%), o que demonstra que o risco de perda dos imóveis para os mutuários do Núcleo Habitacional _____, caso sejam mantidas as cobranças ilegais por parte da CDHU, é imenso.**

Preenchidos os requisitos legais, deve, pois, ser deferida liminarmente, inaudita altera pars, a antecipação da tutela jurisdicional buscada na ação em tela, para determinar à CDHU que:

a-) promova o imediato Recálculo das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de modo a adequá-las a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, **no prazo de 10 (dez) dias,** dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos ___ contratos;

b-) **seja impedida de proceder a cobrança, por meio judicial e/ou pelo procedimento extrajudicial da alienação fiduciária em garantia, das dívidas eventualmente existentes dos mutuários do Núcleo Habitacional _____, suspendendo todo e qualquer procedimento de cobrança eventualmente em andamento, até que seja julgado o presente feito e que tenham sido apurados e restituídos em dobro os valores pagos a maior pelos mutuários nos procedimentos individualizados de liquidação de sentença;**

c-) promova a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

d-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, no prazo máximo de 60 (sessenta dias),

o atendimento facilitado dos mutuários, c**om agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no ___(local do núcleo habitacional)____ com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários**; e

e-) que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

IV – DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO **requer** a esse E. Juízo:

a) o deferimento da **tutela provisória de urgência** descrita no item III supra, para o fim de determinar a CDHU que:

a.1-) promova o imediato Recálculo das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy **de modo a adequá-las a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, **no prazo de 10 (dez) dias**, dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos __ contratos;

a.2-) **seja impedida de proceder a cobrança, por meio judicial e/ou pelo procedimento extrajudicial da alienação fiduciária em garantia, das dívidas eventualmente existentes dos mutuários do Núcleo Habitacional _____, suspendendo todo e qualquer procedimento de cobrança eventualmente em andamento, até que seja julgado o presente feito e que tenham sido apurados e restituídos em dobro os valores pagos a maior pelos mutuários nos procedimentos individualizados de liquidação de sentença;**

a.3-) promova a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

a.4-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, **no prazo de 60 (sessenta) dias**, o atendimento facilitado dos mutuários, **com**

agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no ___(local do núcleo habitacional)____ com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários; e

a.5-) que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

b) a citação da **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU,** na pessoa de seu representante legal para, querendo, apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de confissão ficta e revelia;

c) a intimação do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** para, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Lei n° 7.347/84, manifestar-se no feito a atuar na condição de custos legis;

d) no **mérito**, seja confirmada a tutela provisória de urgência e julgado integralmente procedente o pedido, para o fim de condenar a Requerida a:

d.1-) promover o imediato **Recálculo das Prestações Mensais Vincendas** dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de modo a adequá-las a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE Acumulado no Período**, comprovando em juízo a adequação promovida mediante a apresentação, no prazo de 10 (dez) dias, dos cálculos utilizados relativamente a cada um dos 119 contratos;

d.2-) **recalcular, ao final, todas as obrigações já vencidas anteriormente ao recálculo acima pleiteado, de modo apurar os valores pagos a maior por cada um dos ____ mutuários em relação a aplicação da Tabela Price e do IPC-FIPE acumulado no período de vencimento de cada uma das prestações, restituindo referidos valores EM DOBRO aos mutuários, ainda que mediante o abatimento dos referidos montantes do saldo devedor e/ou do valor das prestações vincendas (o que deverá ser apurado em procedimentos de liquidação de sentença individualizados);**

d.3-) promover a Revisão das Prestações Mensais Vincendas dos ___ contratos de financiamento do Núcleo Habitacional _____ **de forma a adequá-las aos limites contratual e legal de comprometimento de renda;**

d.4-) para realizar a adequação das prestações mensais aos limites contratual e legal de comprometimento de renda acima requerida, a CDHU promova, **no prazo de 60 (sessenta) dias,** o atendimento facilitado dos mutuários, **com agendamento de mais de um evento coletivo para recolhimento dos documentos necessários e adequação das parcelas, eventos esses a serem realizados presencialmente no ___(local do núcleo habitacional)____ com a participação de representantes da Defensoria Pública e divulgação prévia pelos vários canais disponíveis de comunicação com os mutuários;** e

d.5) que nos eventos acima mencionados **também haja facilitação de negociação para readequação das parcelas mensais aos limites de comprometimento de renda nas situações não obrigatórias previstas no §3º do artigo 4º, e no §1º, do artigo 11, ambos da Lei 8.692/93, bem como para negociação para quitação de eventuais dívidas dos mutuários e para prorrogação dos subsídios às famílias que necessitem.**

e) seja, outrossim, condenada a parte Requerida ao pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, os quais deverão ser revertidos ao Fundo Especial de Despesa da Escola da Defensoria Pública do Estado – FUNDEPE, nos termos da Lei Estadual nº 12.793/2008;

f) protesta-se por provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, em especial pela prova documental suplementar, prova testemunhal, pericial, além de outras que se fizerem necessárias**, bem como requer-se a inversão do ônus probatório pela aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, ante à vulnerabilidade dos mutuários perante a CDHU e à verossimilhança das alegações aqui trazidas**; e

g-) ainda quanto ao quadro probatório, **requer-se seja a CDHU intimada a apresentar os "Quadro Resumo", "Quadro Demonstrativo de Valores" e os "Quadro Resumo da Operação" de todos os ___ contratos firmados quanto aos imóveis do Núcleo Habitacional Antônio Soares de Godoy para fins de conferência dos recálculos e revisões pleiteadas no feito em tela.**

Por fim, requer-se a aplicação das prerrogativas da Defensoria Pública previstas no artigo 186 § 1º, do atual Código de Processo Civil, bem como no artigo 128, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 80/1994, quanto à necessidade de intimação pessoal, bem como da contagem em dobro dos prazos, devendo ser observadas ainda todas as demais prerrogativas previstas na referida Lei Orgânica da Defensoria Pública.

Dá-se a causa, para fins fiscais, o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Termos em que,

pede deferimento.

_____, ____ de _____ de 202___.

DEFENSORO/A PÚBLIC/A DO ESTADO DE SÃO PAULO

___ª Defensoria Pública da Unidade de _____-SP

CÍVEL

10. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Não é cabível a solicitação de vaga para pessoas com deficiência em instituições de natureza asilar. Na hipótese de ausência de respaldo familiar e sem condições de autossustentabilidade, deve-se requerer vaga em residência inclusiva, serviço socioassistencial de alta complexidade, ou, inexistindo o serviço, a sua instalação pelo poder público*

Autores/as: Renata Flores Tibyriçá e Carlos Henrique Acirón Loureiro

Assunto

CÍVEL/ FAZENDA PÚBLICA / PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

A Defensoria Pública possui papel essencial na defesa e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, por força da Lei Complementar nº 80/1994. O art. 4.º da LC 80/94 estabelece como funções institucionais a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados em todos os graus. Além disso, após alteração da LC 132/2009 dispõe especificamente que é atribuição da Defensoria Pública exercer a defesa das pessoas com deficiência (art. 4.º, XI, da LC 80/94).

No plano estadual, a Lei Complementar Estadual nº 988/2006, que organiza a Defensoria Pública paulista, prevê também expressamente a atuação com a promoção da tutela das pessoas necessitadas (art. 5.º, VI, alínea l)

Meta Do Plano De Atuação Relacionada

Em diversas conferências estaduais foram aprovadas propostas para atuação na ampliação dos serviços de rede sociassistencial

Fundamentação jurídica

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional (CF, art. 5.º, §3.º), reconhece, em seu preâmbulo, a necessidade de promover os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que necessitam de maior apoio. Entre seus princípios destacam-se o respeito à dignidade, à autonomia, à liberdade de escolhas e à participação plena e efetiva na sociedade (CDPD, art. 3.º, a e c).

A CDPD assegura o direito à vida em comunidade, impondo aos Estados Partes a adoção de medidas efetivas para garantir que as pessoas com deficiência vivam em igualdade de condições com as demais, com acesso a serviços de apoio e cuidadores (CDPD, art. 19 e parágrafo único, b). Além disso, ressalta o impacto negativo da pobreza na vida das pessoas com deficiência (Preâmbulo) e garante o direito a um padrão de vida adequado, incluindo alimentação, vestuário e moradia (CDPD, art. 28, §1.º), com acesso a programas de proteção social, de redução da pobreza e habitacionais (CDPD, art. 28, §2.º, b e d). Ainda, estabelece o direito à liberdade e segurança da pessoa, vedando privação de liberdade ilegal ou arbitrária e garantindo tratamento em condições de igualdade em todos os contextos (CDPD, art. 14).

Na ordem interna, a Constituição Federal assegura a assistência social como direito fundamental independente de contribuição, com objetivos voltados à inclusão das pessoas com deficiência e à garantia de benefício assistencial (CF, art. 203, caput, IV e V). A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei nº 8.742/1993) dispõe que a assistência social será prestada não apenas sob a forma de benefícios continuados ou eventuais, mas também por meio de serviços socioassistenciais (art. 23), cuja execução é de competência municipal (art. 15, V).

Nesse contexto, a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais (Resolução CNAS nº 109/2009), regulamentando o art. 23, parágrafo único, da LOAS, prevê as residências inclusivas, serviços de acolhimento institucional no âmbito da proteção social especial de alta complexidade do Sistema Único de Assistência Social – SUAS. A implementação desses equipamentos está alinhada ao Decreto nº 7.612/2011, que instituiu o Plano Viver sem Limites, destinando-se a jovens e adultos com deficiência em situação de dependência, prioritariamente beneficiários do Benefício de Prestação Continuada – BPC, sem retaguarda familiar ou em processo de desinstitucionalização.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – LBI (Lei nº 13.146/2015) reforça o direito à moradia digna, prevendo expressamente a possibilidade de utilização das residências inclusivas. Cabe aos Municípios ofertarem esse serviço.

A residência inclusiva configura-se como alternativa fundamental à institucionalização de pessoas com deficiência, promovendo o convívio comunitário, a autonomia e a participação social. A institucionalização em instituições totais é incompatível com os preceitos constitucionais, incluindo previsto na CDPD, em especial art. 14, e legais, sendo direito da pessoa com deficiência escolher com quem e onde deseja morar.

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a justiciabilidade dos direitos sociais, sobretudo quanto ao mínimo existencial. Dessa forma, a efetivação da assistência social pode ser exigida judicialmente, incumbindo ao Município fornecer os meios materiais adequados à inclusão social e à vida digna das pessoas com deficiência.

Referências:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 dez. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm Acesso em: 13 set. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nova Iorque: ONU, 2006. Ratificada pelo Brasil com equivalência constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limites. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7612.htm Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Resolução CNAS nº 109, de 11 de novembro de 2009. Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 nov. 2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/normativas/resolucoes/2009/Resolucao%20CNAS%20n%20109-2009.pdf Acesso em: 13 set. 2025.

Fundamentação Fática

Em municípios do Estado de São Paulo, a Defensoria Pública identificou situações em que pessoas com deficiência, já adultas, permaneciam em serviços de acolhimento institucional de crianças e adolescentes (SAICAs) por não existirem alternativas residenciais adequadas para a idade adulta. Esses indivíduos não possuem família de apoio ou a família é composta por pais ou responsáveis idosos que não conseguem prover os cuidados necessários.
Outra situação comum, é de famílias, com pai e/ou mãe idosos que comparecem a Defensoria Pública porque não conseguem mais prover os cuidados adequados e o/a filho/a não tem condições de autossustentabilidade, sendo dependente para as atividades da vida diária.

Sugestão De Operacionalização

No caso da ausência do serviço público e havendo várias pessoas com deficiência que necessitam da vaga, como no caso de pessoas com deficiência em SAICAS, que se tornam adultas, e não existe o serviço ou não há vagas, informação obtida após envio de ofício e não foi possível solução extrajudicial, entende-se que **o ideal é ingressar com ação civil pública contra o Município para que o serviço seja instalado.** O Núcleo já atuou em casos como esse com êxito, dispondo de modelo para ingresso com a ação. Essa solução também é cabível nas situações em que há diversas pessoas que estão internadas em locais asilares e necessitam ser desinstitucionalizadas.

De outro lado, caso a ausência de vaga seja um caso único e não exista informação de outras pessoas que necessitam da vaga é o caso de solicitar extrajudicialmente a vaga e, na omissão do Município, ingressar com ação individual

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE (SE HOUVER)

O Relatório do movimento Vidas Negras com Deficiência Importam (VNDI), elaborado em parceria com o Minority Rights Group e a University of York, documenta que pessoas negras com deficiência no Brasil estão super-representadas em situações de segregação (rua, prisões, instituições), denuncia apagamento estrutural e recomenda coleta de dados desagregados por raça, gênero e deficiência.

Além disso, mulheres negras com deficiência enfrentam desafios adicionais em razão da sobreposição de situações de opressão que caracterizam racismo, machismo e capacitismo. Pesquisas indicam que mulheres negras com deficiência têm maior probabilidade de enfrentar discriminação e exclusão em comparação com mulheres brancas com deficiência. Essas experiências de marginalização podem aumentar o risco de institucionalização, uma vez que essas mulheres podem ter menos acesso a redes de apoio e recursos comunitários. Embora dados específicos sobre a institucionalização de mulheres negras com deficiência sejam escassos, a sobreposição de múltiplas formas de discriminação aumenta a vulnerabilidade social.

UNITED NATIONS. Women with Disabilities Fact Sheet. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/women-with-disabilities-fact-sheet.html Acesso em: 13

set. 2025.

UNITED NATIONS. The Empowerment of Women and Girls with Disabilities: Towards Full and Effective Participation and Gender Equality. Disponível em: https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2018/12/the-empowerment-of-women-and-girls-with-disabilities Acesso em: 13 set. 2025.

UNITED NATIONS. Addressing the Invisibility of Women and Girls with Disabilities. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/addressing-the-invisibility-of-women-and-girls-with-disabilities Acesso em: 13 set. 2025.

VIDAS NEGRAS COM DEFICIÊNCIA IMPORTAM. Relatório CERD – Situação das Pessoas Negras com Deficiência no Brasil. 2022. Disponível em: https://vidasnegrascomdeficiencia.org/relatorio Acesso em: 13 set. 2025.

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelos/as Defensores/as Públicos/as que esta subscrevem, com endereço na **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, São Paulo,** vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 134, caput da Constituição da República, artigo 1º, inciso VI c/c artigo 5º da Lei 7.347/85, artigo 4º inciso VII da Lei Complementar nº 80/94 e artigo 5º, inciso VI, alínea 'g' da Lei Complementar Estadual 988/06, propor a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA com pedido de antecipação dos efeitos da tutela em face do MUNICÍPIO DE XXXXXX pessoa jurídica de direito público, a ser citado na pessoa do Procurador Geral do Município, XXXXXXXXXXXXXXXXX, com endereço na XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

As pessoas com deficiência gozam, como é sabido, de especial proteção no âmbito dos Direitos Humanos, sendo reconhecidas como grupo a demandar atenção específica a fim de se promover, de maneira efetiva, a igualdade plena com as demais pessoas no exercício destes direitos, com a reafirmação de sua dignidade.

Nesse sentido, foi adotada no plano das Nações Unidas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), instrumento que explicitou de forma ampla e aprofundada, em nível supranacional, os Direitos Humanos básicos destas pessoas, ressaltando em seu preâmbulo "a importância de trazer as questões relativas à deficiência ao centro das preocupações da sociedade ...".

Referido documento foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro na forma prevista pelo artigo 5º, §3º da Constituição da República, tendo a referida Convenção, no ordenamento jurídico, status de emenda constitucional

Merece destaque o disposto no preâmbulo da CDPD da "necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio", reconhecendo não apenas a demanda por maior apoio em determinadas circunstâncias, como também, por conseguinte, a prestação de tal apoio.

A CDPD prevê como princípio geral, entre outros, o "respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas" e a "plena e efetiva participação e inclusão na sociedade" – artigo 3º, itens "a" e "c".

O desenvolvimento específico de tais direitos encontra-se na previsão do artigo 19 e art. 28 da CDPD, que garante o direito à vida independente:

> Artigo 19
>
> Vida independente e inclusão na comunidade
>
> Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que: [...]
>
> b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade; [...]

É certo que referida previsão, com a qual o Brasil se obrigou em nível internacional e constitucional, merece conjugação com o quanto disposto no artigo 28 do mesmo documento:

> Artigo 28

> Padrão de vida e proteção social adequados
>
> 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.
>
> 2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:
>
> [...]
>
> b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;
>
> c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso;

Portanto, o que se extrai da CDPD é, para além dos direitos para todas as pessoas com deficiência, uma preocupação especial com aquelas em maior grau de vulnerabilidade.

Nesse sentido, a promoção dos direitos à vida independente e inclusão na comunidade, de que gozam todas as pessoas com deficiência, ainda traz dispositivos específicos para a salvaguarda daqueles especialmente desfavorecidos dentro deste grupo, já que se reconhece no preâmbulo da Convenção "o fato de que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, reconhecendo a necessidade crítica de lidar com o impacto negativo da pobreza sobre pessoas com deficiência" (item "t").

Não é por outra razão que se salienta o direito das pessoas com deficiência em situação de pobreza (como é o caso daqueles que se pretende salvaguardar com a presente ação, que sequer dispõe de um local de moradia e encontra-se sem respaldo de sua família) à devida assistência do Estado, mediante provimento de uma proteção social que se mostre efetiva e adequada às suas necessidades.

Na hipótese, tal proteção se reveste na atuação da Assistência Social pela via de serviço socioassistencial de alta complexidade, conforme se verá ao final.

DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL

De acordo com a Constituição Federal, a Assistência Social é direito de quem dela necessitar, independentemente de contribuição para a Seguridade Social:

> "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> I. a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
>
> II. o amparo às crianças e adolescentes carentes;
>
> III. a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV. a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V. a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei."

A assistência aos desamparados figura, ainda, como Direito Social em nossa Constituição, possuindo estreita e evidente correlação com o direito à vida digna, assegurado no inciso III do artigo 1º e no caput do artigo 5° da Constituição Federal. Isto porque seu perecimento conduz inexoravelmente à perda dos mínimos sociais, extirpando-se, assim, as condições mais básicas de sobrevivência de qualquer indivíduo.

Importante anotar que, nos termos da Constituição, o Direito à Assistência Social se direciona, de forma não contributiva, exatamente àqueles mais necessitados, contemplando de forma expressa as pessoas com deficiência. Aliás, neste ponto, é necessário anotar que o texto constitucional prevê de maneira inequívoca a promoção da integração da pessoa com deficiência à vida comunitária, demonstrando a ligação estreita da Assistência Social com os direitos mencionados na seção anterior.

Nessa linha, é importante assinalar que a assistência social se encontra detalhada na chamada Lei Orgânica da Assistência Social ("LOAS" – Lei 8.742/93), a qual estabelece a assistência como "direito do cidadão e dever do Estado", constituindo-se por "Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas" (art. 1º). Ademais, o mesmo diploma normativo estabelece que a assistência social tem por objetivo a proteção social, visando a garantia da vida (artigo 2º, I).

De acordo com o artigo 23 da Lei 8.742/93, a assistência social será prestada não apenas na forma de benefícios – de prestação continuada ou eventuais – mas também sob o formato de serviços socioassistenciais, atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população. De se anotar que, conforme a mesma normativa, tais serviços são de competência municipal (art. 15, inciso V).

DA RESIDÊNCIA INCLUSIVA

Dentre as diversas formas de atuação para a proteção social, incluem-se as residências inclusivas, previstas expressamente na Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais (instituída pela Resolução nº 109/2009 do Conselho Nacional de Assistência Social).

A Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) garante o direito à moradia, inclusive por meio de residência inclusiva, sendo que "a proteção integral na modalidade de residência inclusiva será prestada no âmbito do Suas à pessoa com deficiência em situação de dependência que não disponha de condições de autossustentabilidade, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos" (art. 31).

A residência inclusiva é, assim, uma unidade que oferta serviço de acolhimento institucional, no âmbito da proteção social especial de alta complexidade do Sistema Único de Assistência Social ("SUAS"), conforme estabelece a tipificação nacional, que constitui o regulamento referido no art. 23, parágrafo único da Lei 8.742/93. Ademais, a existência e implantação das residências inclusivas estão de acordo com as diretrizes e previsões do Decreto nº 7612/2011, que instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver Sem Limites.

São residências adaptadas, com estrutura física adequada, localizadas em áreas residenciais

na comunidade. Devem dispor de equipe especializada e metodologia adequada para prestar atendimento personalizado e qualificado, proporcionando cuidado e atenção às necessidades individuais e coletivas.

Destinam-se a jovens e adultos com deficiência, em situação de dependência, prioritariamente beneficiários do BPC, que não disponham de condições de autossustentabilidade ou de retaguarda familiar e/ou estejam em processo de desinstitucionalização de instituições de longa permanência. Cada residência inclusiva atende de 8 a 10 pessoas com deficiência.

Assim, conforme todo o arcabouço normativo destacado supra, resta evidente que cabe ao Município garantir a inserção das pessoas com deficiência na situação descrita (hipótese em que se incluem os casos verificados) em residência inclusiva, considerando que possuem os requisitos para ser usuário do serviço assistencial.

Na mesma linha, é inadmissível que não haja disponibilização do serviço em questão pelo Município, de modo que a falta em questão, em frontal desacordo com as normas de índole constitucional mencionadas, merece reparação mediante atuação jurisdicional, como se verá adiante.

DO CONTROLE JURISDICIONAL

Por se tratar de obrigação imposta em decorrência das normas constitucionais e sua regulamentação, a instalação da residência inclusiva deve ser cumprida pelo Estado e, no caso de omissão deste, pode o administrado exigir, por meio do Poder Judiciário, que ele o faça, sob pena de serem-lhe aplicadas sanções.

Tem-se, portanto, que o Poder Judiciário pode (e deve) ingressar na análise da atuação (ou, no caso, omissão) da Administração, para exame do efetivo cumprimento desta dos ditames legais. No caso, a partir da omissão do Executivo na implementação de políticas públicas satisfatórias à concretização do direito fundamental à assistência social, o Poder Judiciário está constitucionalmente legitimado a atuar na correção de tal quadro, tutelando o direito fundamental a assistência social aos cidadãos que dela necessitar – em especial quando o desenho da política pública já se encontra integralmente efetivado pelos poderes constituídos democráticos, como é o presente caso.

À Administração não é dado poder discricionário de concretizar ou não políticas públicas direcionadas à assistência social, diante da determinação constitucional clara no sentido do dever de atuação. Não lhe cabe simplesmente optar por não fornecer benefícios, serviços ou atendimento, diante da obrigação imposta pela Normativa Internacional e pela Carta Constitucional, bem como pela legislação infraconstitucional, que as especifica.

Nesse ponto, destaca-se lúcida conclusão doutrinária, na linha de que "a concessão de prestação de Assistência Social não corresponde apenas a um interesse jurídico, mas a um autêntico direito subjetivo à proteção, a qual deve ser satisfeita em todo caso de necessidade tipificado, sem que se possa contrapor a alegação de insuficiência de meios financeiros ..." (SAVARIS, 2012)

Portanto, conclui-se pelo dever do réu de fornecer todos os meios materiais possíveis e adequados à busca do fornecimento do direito à assistência social, na persecução da inclusão social e existência digna.

No presente caso, observa-se, no entanto, que o réu se furta ao cumprimento de suas obrigações. Deste modo, diante do interesse de pessoas com deficiência em situação de dependência, sem respaldo familiar suficiente, impõe-se a concessão da tutela pleiteada, para a instalação do serviço previsto especificamente para tais situações, inexistente no Município.

Anote-se que os argumentos dispostos ao longo do procedimento administrativo pelo Município nem de longe seriam suficientes para que se exima do dever constitucional que sobre ele recai.

Incontestável que nossa ordem jurídica, tanto no plano interno quanto no internacional, se fundamenta na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), valor-chave de todo o sistema normativo e que, de forma bastante sintética, delimita a intangibilidade do ser humano como traço que lhe é distintivo independentemente de quaisquer outras considerações, de modo que a pessoa humana somente poderá existir enquanto fim e nunca como meio.

Assim, não se pode aceitar que se sacrifique os direitos das pessoas com deficiência que se inserem no público-alvo das residências inclusivas em prol de uma suposta economia de recursos ou algo que o valha, eis que tal proceder implicaria em sacrifício da dignidade de tais pessoas, o que vai na contramão de todo o sistema normativo vigente.

Portanto, a argumentação municipal não merece acolhida, reforçando-se a necessidade de concessão do quanto postulado na presente ação civil pública.

IV - DA TUTELA DE URGÊNCIA

Os requisitos para concessão da tutela urgência, quais sejam, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a probabilidade do direito, estão presentes no caso concreto.

Com efeito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo mostra-se presente, já que as pessoas com deficiência, jovens e adultos, do Município XXXXXXX que necessitam do serviço de residência inclusiva seguem sem qualquer apoio, em situação de total vulnerabilidade, pois não contam com respaldo familiar e não podem contar com respaldo do Município.

Ressalte-se que a residência inclusiva é serviço diverso do acolhimento institucional, como albergues para pessoas em situação de rua, já que especificamente voltado para pessoas com deficiência, dependente para realização de atividades da vida diária, já que dispõe de cuidador 24 (vinte e quatro) horas.

No que diz respeito à probabilidade do direito, também se encontra presente, o que se comprova pelos fundamentos de direito que embasam a presente demanda e também pelos documentos acostados a inicial.

Recorde-se, ainda, que, sopesando-se o valor da assistência e, consequentemente, a própria vida do grupo lesado, e o interesse econômico do réu, imperioso reconhecer a prevalência do direito à vida e à assistência, visto que constitui o bem jurídico de maior relevância, pressuposto para todos os outros, conforme também já exposto à saciedade supra.

Diante do exposto, requer-se seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela para que o município apresente em 30 (trinta) dias cronograma de instalação do serviço de residência inclusiva no município e, enquanto não instalado este serviço, sejam custeadas vagas em entidades privadas do município ou região para todos que preencham os requisitos para inserção no serviço, sob pena de, não o fazendo, ser condenado o réu a multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) por pessoa desassistida, ou outro valor que entender Vossa Excelência adequado, nos termos do artigo 537, do Código de Processo Civil, sem prejuízo de medidas outras que visem o resultado prático equivalente (art. 536, § 1°, CPC).

V - DOS PEDIDOS

Diante do exposto posto, requer a Vossa Excelência o quanto segue:

f. a concessão da tutela de urgência, consoante requerimento formulado no item anterior, inaudita altera parte, com a expedição de mandado de intimação aos representantes judiciais do Réu, para que apresente em 30 (trinta) dias cronograma de instalação do serviço de residência inclusiva no município e, enquanto não instalado este serviço, sejam custeadas vagas em entidades privadas, similares a residência inclusiva, do município ou região para todos que preencham os requisitos para inserção no serviço;

g. a citação do Réu para que, no prazo legal, apresente a defesa que tiver, sob pena de revelia;

h. ao fim, seja julgada a ação procedente, para, confirmada a tutela antecipada, condenar o Réu a instalar o serviço de residência pública no município, mantendo-se o custeio das vagas em entidades privadas, similares a residências inclusivas, para todos que preencham os requisitos para inserção no serviço até que este esteja em pleno funcionamento no município, sob pena de, não o fazendo, ser condenada a multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) por pessoa desassistida, ou outro valor que entender Vossa Excelência adequado, nos termos do artigo 537, do Código de Processo Civil, sem prejuízo de medidas outras que visem o resultado prático equivalente (art. 536, § 1°, CPC), para a manutenção da saúde e do bem estar do grupo de necessitados.

i. sejam observadas as prerrogativas da Defensoria Pública, em especial a contagem em dobro de todos os prazos processuais e a intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista, a teor do art. 128, inciso I da LC 80/94.

Provará o alegado através da produção de todos os meios de prova admitidos em direito.

Atribui-se à causa o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Obs: Para ação individual, adaptar a ação acima, com os mesmos fundamentos e alterando o pedido para solicitar custeio de vaga em entidades privada, similar a residência inclusiva, do município ou região, enquanto não seja disponibilizada vaga em residência inclusiva

CÍVEL

11. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *O direito à moradia digna prevalece frente a outros direitos em conflito no caso de respostas à desastres, devendo ser garantido de forma prioritária e proporcionado em casos de famílias atingidas por enchentes, desabamentos ou deslizamentos de terras, bem como aqueles que se encontrem em condições de risco, sendo oferecido de imediato, alternativas equivalentes ou melhores que as habitações anteriores, levando em conta o modo de vida das comunidades, sejam elas urbanas ou rurais. As políticas públicas relacionadas à temática habitacional a atingidos devem ser executadas com garantias de participação popular, controle social e transparência, de forma a promover a justiça climática, protegendo as populações mais vulneráveis. O direito à moradia adequada deve ser uma pauta prioritária das políticas de adaptação às mudanças climáticas, com atuação, sobretudo preventiva, por meio de ações de prevenção, preparação e resposta voltadas à promoção de direitos das populações atingidas, visando evitar ou reduzir ao máximo as perdas humanas, materiais e imateriais frente à ocorrência dos eventos climáticos extremos.*

Autores/as: Artur Freixedas Colito, Sara Brígido de Oliveira, Luíza Antunes Dantas de Oliveira

Assunto

A presente tese tem por objetivo conferir amparo jurídico àquelas pessoas que residem em áreas urbanas ou rurais, que se depara com os efeitos da crise climática, atingidas pelas enchentes, desabamentos ou deslizamentos de terras, bem como aquelas que se encontrem em condições de risco, para que sejam protegidas, garantindo a todos estes o direito constitucional à moradia digna.

Além disso, essas famílias necessitam de políticas públicas relacionadas à temática habitacional, devendo ser executadas com garantias de participação popular, controle social, planejamento e transparência, de forma a promover a justiça climática, protegendo as populações mais vulneráveis. O Poder Público precisa atuar anteriormente e não apenas no pós-evento climático extremo.

Em São Sebastião/SP, várias famílias continuam vivendo em áreas de risco condenadas pela defesa civil, diante da omissão do Estado e do município, mais de dois anos após as chuvas de fevereiro de 2023, que levaram à morte de 64 pessoas.

Mesmo com as obras de contenção e adaptação em andamento no município, um novo estudo do Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), contratado pela Prefeitura, revela que a cidade continua vulnerável a novos deslizamentos de terra.

O levantamento contabilizou 21.387 moradias em áreas sujeitas a deslizamento ou inundação, evidenciando ainda mais as vulnerabilidades e riscos a que a população está exposta nesse momento (https://mab.org.br/2025/07/09/atingidos-de-sao-sebastiao-sp-seguem-em-areas-condenadas-pela-defesa-civil/#:~:text=Atingidos%20em%20%C3%A1rea%20de%20risco,voltar%20a%20dormir%20com%20tranquilidade).

Em 2024, foram reportados 10 eventos climáticos extremos no Brasil, sendo três deles classificados como sem precedentes: chuvas no Rio Grande do Sul, a seca na Amazônia e a onda de calor na região central do país em agosto (https://news.un.org/pt/story/2025/03/1846766).

Portanto, é diante deste cenário que nos encontramos, onde as famílias já atingidas continuam expostas a novas violações de direitos humanos em seus territórios e bairros, sendo necessária uma atuação urgente da Defensoria na proteção dos direitos constitucionais. No que pese a maior frequência dos eventos climáticos extremos nas últimas décadas, e a maior gravidade de suas consequências, conforme mostram os dados produzidos pelo Panorama da Litigância Climática no Brasil, em seu último relatório anual (Moreira, 2024), o tema dos desastres é ainda pouco expressivo, ou mesmo ausente, na agenda do controle judicial das políticas públicas climáticas. Na litigância climática tem prevalecido temas relacionados à mitigação das emissões de gases de efeito estufa (GEE), e pouca atenção tem sido dispensada sobre os mecanismos de adaptação, às iniciativas voltadas à reparação e proteção das populações expostas aos riscos climáticos, ou seja, de promoção de direitos dos atingidos por desastres climáticos.

Portanto, a presente tese em análise propõe servir como instrumento para garantir judicialmente o direito à moradia adequada as famílias atingidas por enchentes, desabamentos ou deslizamentos de terras, bem como aqueles que se encontre em condições de risco, sendo oferecidas de imediato, alternativas equivalentes ou melhores que as habitações anteriores, levando em conta o modo de vida das comunidades, sejam elas urbanas ou rurais. Ademais, as políticas públicas relacionadas à temática habitacionais voltadas aos atingidos devem ser executadas com garantias de participação popular, controle social, planejamento e transparência.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Artigo 5º, inciso III da Lei Complementar Estadual n. 988/06; e Artigo 4º, incisos I e X da Lei Complementar Federal n. 80/94.

Fundamentação jurídica

1. Constituição Federal de 1988;

2. Lei n° 14.755/2023 (PNAB);

3. Lei n° 12.334/2010 (Política Nacional de Segurança de Barragens);

4. Lei da Ação Civil Pública;

5. Lei da Mediação;

6. Código Civil;

7. Política Nacional do Meio Ambiente;

8. Lei de Acesso à Informação;

9. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990);

10. Política Nacional de Recursos Hídricos (**Lei nº 9.433/1997**);

11. Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS);

12. Estatuto do Indígena;

13. Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009)

13. Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010);

14. Lei 12.340/2010, sobre transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil;

15. Decreto n° 7.342/2010, sobre cadastro socioeconômico da população atingida por empreendimento de geração de energia elétrica, sobre os danos;

16. Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei n° 12.608/2012), alterada em 2023 para incluir capítulo sobre gestão de acidentes e desastres induzidos por ação humana;

17. Convenção Americana de Direitos Humanos;

18. Convenção 169/OIT;

19. PEAB (atualmente, em 2025, em MG e MA);

20. Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos da ONU;

21. Declaração Internacional de Direitos Campesinos aprovada na Comissão de Direitos Humanos da ONU em 2018;

22. Declaração Universal dos Direitos Humanos;

23. PNDH-4;

24. Opinião Consultiva da CIDH sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos (2021) e Opinião Consultiva da CIDH sobre Emergência Climática e Direitos Humanos (2025);

25. Condenações do Brasil na CIDH;

26. Pacto de San Salvador (PIDESC);

27. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Fundamentação Fática

Caso acolhida a presente tese, o (a) Defensor (a) Público (a) que estiver representando as famílias atingidas e se deparar com situações como aquelas acima narradas, pode se valer do raciocínio acima, tendo por fundamento os princípios e normas constitucionais supramencionados e corroborados pela jurisprudência colacionada, como forma de garantir o direito à moradia digna, participação popular, controle social e transparência nas políticas públicas relacionadas à habitação em situação de desastres climáticos. Compreendendo que o desastre inicia-se antes da ocorrência dos eventos climáticos extremos, quando situações pré-existentes de vulnerabilidade social são agravadas, levadas ao extremo, ocasionando falecimentos, destruição, perdas materiais e imateriais, que em grande medida poderiam ter sido evitadas por meio de ações adequadas de gestão voltadas à prevenção, preparação e resposta.

Sugestão De Operacionalização

Na linha acima exposta, sugere-se que o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando as famílias atingidas que se encontre nas situações acima narradas ajuíze a competente ação em face dos municípios, formulando pedido de obrigação de fazer c.c. pedido de tutela de urgência na forma antecipada, no sentido de: a) prever a transferência das famílias para áreas seguras como abrigos temporários e posteriormente, a priorização nos programas habitacionais como o Minha Casa Minha Vida para a reconstrução e construção de novas moradias; b) criação de locais para o atendimento adequado às famílias atingidas e para a realização do cadastro dos atingidos; c) implantação de medidas estruturais necessárias à mitigação de riscos e à prevenção de desastres futuros.

Indicação Da Perspectiva/Enfoque De Gênero E Raça Relacionada À Tese, Se Houver.

As pessoas que vivem em ocupações urbanas ou rurais são pessoas pobres que não têm acesso à moradia e à terra, que são deixadas às margens da sociedade. A pobreza no Brasil tem cor, e afeta majoritariamente as pessoas negras, por isso, muitas vezes residem nas áreas periféricas das cidades, bem como no campo, onde áreas mais precarizadas em termos de infraestruturas e acesso a serviços públicos básicos não raro coincidem com regiões onde se encontram comunidades quilombolas, povos indígenas, populações tradicionais e outras formações sociais de

acesso precário à terra, regime de trabalho predominantemente familiar, etc... O último censo demográfico demonstrou que nas cidades brasileiras os territórios periféricos, marcados pela ausência ou insuficiência de infraestrutura urbana essencial, são predominantemente habitados por população negra. Os territórios predominantemente autoconstruídos, por sua vez, são os mais vulneráveis aos efeitos adversos das mudanças climáticas, tanto em razão do histórico de segregação socioespacial como também em vista da interação complexa entre distintos marcadores sociais, que devem ser considerados em sua dimensão interseccional. No que diz respeito aos direitos dos atingidos por desastres climáticos, a dimensão interseccional, combinando marcadores de raça, gênero e classe social, entre outros, implica não somente maior potencial de exposição a perdas e danos imediatos em razão dos eventos climáticos extremos, mas também, devido às dinâmicas desiguais de acesso á recursos e poder, desigualdades relacionadas às possibilidades de agir diante da realidade. Ainda, uma vez tratando-se de tema afeito ao direito à moradia adequada, implicado nas tarefas de cuidado doméstico, na qual o trabalho não remunerado realizado predominantemente pelas mulheres é uma realidade, os desastres climáticos desestruturam a dinâmica familiar cotidiana, não raro implicando ainda mais sobrecarga de trabalho de cuidado para as mulheres. O trabalho não remunerado tende a aumentar drasticamente.

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE..... DA COMARCA DE..... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Direito à moradia. Direito à participação.

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteiro/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO,** dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de famílias atingidas pelos efeitos das mudanças climáticas e que enfrentam diversos problemas para a garantia de direitos fundamentais e acesso a políticas públicas efetivas, como o direito constitucional à moradia.

A Constituição Federal de 1988 assegura como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (art. 6°).

Em 19 de fevereiro de 2023, em meio ao feriado de carnaval, o litoral norte do Estado de São Paulo foi atingido por chuvas de proporções recordes. No município de São Sebastião, local mais afetado pelas fortes chuvas, os efeitos do temporal acompanham o modo desigual pelo qual o espaço urbano da cidade de menos de 90 mil habitantes vem sendo historicamente produzido. Em meio às estradas bloqueadas, acessos obstruídos e mais de 500 ruas afetadas em 18 bairros diferentes, 64 pessoas morreram por ocasião das chuvas, quando um número estimado de 2.250 pessoas ficou desalojadas e 1.815 desabrigadas.

As vítimas e os danos mais graves concentram-se nas regiões periféricas da cidade, marcadas por processo de segregação socioespacial historicamente produzido pelos interesses da indústria petrolífera e do turismo. Os efeitos da dinâmica de valorização imobiliária, que por si só já produzem assimetrias socioespaciais na cidade, ganham especial complexidade em São Sebastião, situada entre a Serra do Mar e o oceano, e, portanto, extensa bacia hidrográfica, em território dividido pela rodovia Rio-Santos, a BR101, cuja construção durante os governos militares é um marco histórico decisivo para compreender os processos sociais posteriores.

Já na época da construção da rodovia BR 101, a jornalista Priscila Siqueira, na obra "Genocídio dos caiçaras" (1984), documentou as violações de direitos das populações indígenas e caiçaras em favor de empreendimentos turísticos e imobiliários, representativos da chegada do "progresso econômico" na região. A atualização deste processo é registrada por Mariana Belmont, na obra Racismo Ambiental e Emergências Climáticas no Brasil (2023), mostrando como a valorização imobiliária em São Sebastião dos dias atuais produz territórios de acesso privilegiado de população branca. Ambas as pesquisas contribuem para demonstração fática acerca de como o histórico de segregação socioespacial reproduz também uma dinâmica de segregação racialmente determinada sobre o acesso mais ou menos precário ao solo urbanizado, à moradia adequada e ao conjunto dos serviços públicos essenciais.

As áreas urbanizadas do município são localizadas junto à orla marítima, correspondendo a menos de 9% do território municipal onde estão os empreendimentos turísticos e condomínios residenciais de alto padrão, com densidade populacional média de 119 hab/ha. Por

outro lado, núcleos urbanos informais, marcados pela ausência de infraestrutura urbana essencial, chegam a uma densidade populacional de 3.500 hab/ha. Em diversos destes núcleos urbanos precários, a existência de riscos associados às inundações e movimentos de massa, bem como a indicação de intervenções estruturais para contenção dos riscos, é velha conhecida das autoridades municipais. A existência de situações de alto risco, acometendo um número estimado de cinco mil famílias, foi objeto de dezenas de ações civis públicas ao longo das últimas décadas, visando obrigar o Município a implementar as políticas de planejamento territorial, omissão que agrava a dinâmica excludente de produção socioespacial urbana.

Passados mais de dois anos desde fevereiro de 2023, as famílias atingidas pelo desastre em São Sebastião seguem expostas a processos de revitimização em meio às iniciativas de reparação e prevenção frente a novas ocorrências semelhantes. Relatos e denúncias veiculados pelo Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) apontam insalubridade nos abrigos temporários, atraso e não realização das obras de contenção, adaptação, entre outras medidas de reparação, recuperação e prevenção frente a novas ocorrências, bem como a ausência de informação, transparência e participação dos atingidos nas verificações de riscos, avaliações sobre alternativas, e uso dos recursos repassados à prefeitura diante da emergência. A organização coletiva das famílias atingidas foi fundamental para minar a continuidade da primeira Ação Civil Pública ajuizada em seguida às fortes chuvas de fevereiro de 2023, por meio da qual a Fazenda Pública do Estado de São Paulo visava obter autorização judicial para promover "evacuação dos imóveis [com riscos detectados de novos deslizamentos de terras] e demolições de construções que se façam necessárias".

Quanto às medidas visando promover o direito à moradia, aponta-se a construção de unidades habitacionais em áreas impróprias, sujeitas a alagamentos ou inundações, não contemplando as especificidades das famílias em termos da diversidade da composição familiar, vínculos sociais, culturais e econômicos com os locais de moradia, bem como as dinâmicas comunitárias.

Em razão da omissão e inércia na garantia de políticas públicas de habitação e direitos fundamentais, é que se ajuíza a presente ação.

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

Prescreve a Constituição Federal uma série de direitos fundamentais com vista a assegurar a dignidade da pessoa humana. In verbis:

> **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:

Já no art. 6° a Carta Magna estabelece como direito social à moradia, saúde, segurança e outros:

> **Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Para Celso Fiorillo, renomado jurista brasileiro, a proteção constitucional à moradia é intrínseca ao princípio da dignidade humana, à proteção da vida privada e a todos os direitos fundamentais. Para o autor:

> (...) é no habitat doméstico, ou seja, na casa que as relações afetivas fundamentais para a dignidade da pessoa humana existem dentro de um contexto familiar, ou seja, dentro de um contexto sociocultural em que o núcleo familiar se caracteriza como o principal "lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º)", conforme já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/RJ. (2021, p. 426).

O Comentário Geral nº 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESCA) da ONU, de 1991, define que o direito à MORADIA ADEQUADA é constituído a partir dos seguintes elementos: SEGURANÇA JURÍDICA DA POSSE (proteção legal contra despejos forçado, perseguição e outras ameaças); DISPONIBILIDADE DE SERVIÇOS, MATERIAIS E INSTALAÇÕES E INFRAESTRUTURA (água potável, saneamento, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos, coleta de lixo, de modo que acesso à terra é acesso à terra urbanizada); ECONOMICIDADE (custo não pode comprometer mais de 30% do orçamento familiar); HABITABILIDDE (segurança física e estrutural, espaço físico adequado, proteção contra frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde, não gerar risco à vida de seus moradores) ACESSIBILIDADE (necessidades específicas são levados em conta), LOCALIZAÇÃO (acesso às oportunidades de emprego, serviços de saúde, escola, creches, distâcia segura de áreas poluídas e perigosas); ADEQUAÇÃO CULTURAL (leva em conta expressão da identidade cultural dos moradores).

O Estatuto da Igualdade Racial, objeto da Lei 12.288/2010, dispõe no parágrafo único do art. 35, que o direito à moradia adequada:

> (...) inclui não apenas o provimento habitacional, mas também a garantia da infraestrutura urbana e dos equipamentos comunitários associados à função habitacional, bem como a assistência técnica e jurídica para a construção, a reforma ou a regularização fundiária da habitação em área urbana.

Ainda, conforme o texto constitucional, "todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária". Também na Constituição Federal de 1988, encontramos no art. 225 o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem jurídico essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações. É de amplo reconhecimento na doutrina, como vemos em autores consagrados como Celso Fiorilo (2021) e José Afonso da Silva (2003), e na jurisprudência, que o conceito de meio ambiente tutelado em sede constitucional não está restrito à noção de meio ambiente natural, abrangendo também o meio ambiente cultural, o meio ambiente urbano/artificial e o meio ambiente laboral. Assim, os danos ocasionados pelos eventos climáticos extremos e as violações dos direitos dos atingidos - dentre as quais destacamos aqui o direito à moradia adequada - integram um conjunto de violações ao direito difuso ao meio ambiente sadio e adequado à qualidade de vida.

Em 2021, a Resolução nº 433 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Nacional do Poder Judiciário para o Meio Ambiente, dispondo sobre a necessidade dos magistrados

considerarem os impactos climáticos dos danos ambientais, ao emitirem suas decisões nas ações de tutela ambiental. O art. 14 da referida Resolução aponta a adoção da terminologia dano ambiental-climático, como aquela que diz respeito à dimensão climática da danosidade ambiental, passando a constituir uma nova lente obrigatória da análise jurídica sobre todo e qualquer dano ambiental. Como veremos adiante, a terminologia é de grande relevo para a presente tese, uma vez que aponta a possibilidade de um enquadramento jurídico ambiental-climático sobre os desastres e sobre os direitos dos atingidos, em geral sujeitos aos motes seletivos das áreas de risco, cujas possibilidades de reparação remanescem sob enfoques demasiado individualistas.

Nos últimos anos, temos acompanhado o crescimento dos desastres climáticos e suas consequências na vida de famílias vulneráveis, além da reconfiguração dos territórios urbanos e rurais em diversos estados da federação. Diante das mudanças climáticas e da maior frequência de fenômenos climáticos extremos desde 1950, e que ganhou novo impulso a partir da primeira década do século XXI, conforme International Disaster Database[1], confirmando projeções do Painel Intergovernamental Sobre Mudança do Clima (IPCC). Não por acaso, a maior frequência de fenômenos extremos tem ocasionado a maior regularidade e agravamento dos desastres climáticos, que já superam os chamados desastres tecnológicos.

Tais efeitos escancaram as fragilidades de uma expansão urbana desigual, impactando de forma direta a garantia do direito humano à moradia adequada. Assim, é imperioso incluir o tema dos desastres dentre o tema de atenção do chamado Direito Ambiental-Climático, como propõe a jurista e pesquisadora Danielle Moreira (2022), ou Direito das Mudanças Climáticas, como defendido pela jurista e magistrada Rafaela da Rosa (2023).

Para o eminente ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, o "sistema climático estável" foi reconhecido como bem jurídico autônomo com a edição da Lei 12.187/2009, que instituiu a Política Nacional de Mudança do Clima, mas integra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988. O direito ao clima estável, como direito difuso, é o que contribui para uma nova conceituação dos danos elaborada, sobretudo pela jurista Rafaela Rosa (2023), sendo DANOS CLIMÁTICOS DIRETOS, como aqueles que atingem a funcionalidade do macrobem jurídico "sistema climático" (por exemplo, as emissões de gases de efeito estuda perda de sumidouros, etc), e DANOS CLIMÁTICOS INDIRETOS, como aqueles relacionados aos efeitos adversos das mudanças climáticas, associados às perdas humanas, danos materiais e imateriais aos sistemas socioeconômicos, ofendendo bens jurídicos distintos do macrobem "sistema climáticos", como a vida, a saúde, memória cultural, vínculos de existência e pertencimento, propriedade, modos de vida, causados como consequência dos danos climáticos diretos (por exemplo, os desastres decorrentes de eventos climáticos extremos).

Esse cenário demonstra a necessidade de empenhar esforços voltados à proteção do direito humano à moradia, especialmente daquelas famílias em condições de hipossuficiência econômica e social, expostas às consequências da crise climática em seus territórios.

De modo coerente com o princípio da Participação Cidadã, previsto no art. 3º da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187/2009), o art. 4º, V da mesma política aponta que as medidas para promover a adaptação às mudanças climáticas implicam responsabilidade das três esferas da federação, e devem contar com "(...) a participação e a colaboração dos agentes econômicos e sociais interessados ou beneficiários, em particular aqueles especialmente vulneráveis aos seus efeitos adversos" (grifo nosso).

Entretanto, mesmo diante da urgência e gravidade dos casos, inúmeras famílias convivem com a incerteza, expostas a novos alagamentos e deslizamentos, sem garantia de acesso e priorização nas políticas de habitação pelo Poder Público.

É urgente a articulação de políticas públicas, capazes de garantir o acesso a moradias adequadas e redução das vulnerabilidades ambientais e climáticas, agindo antes dos desastres, preservando as vidas e o bem-estar da população.

A Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), objeto da Lei 12.608/2012, recentemente foi objeto de alteração pela Lei 14.750/2023, abrange um conjunto de responsabilidades dos entes federativos, como o que Delton Carvalho (2019) aponta como sendo o "ciclo dos desastres", compreendendo obrigações de fazer voltadas ao planejamento contínuo e sistêmico de ações de prevenção, resposta e recuperação. A ideia de "ciclo de gestão" indica que o desastre climático não deve ser tratado como um evento com início e fim demarcados, mas sim como processo social, que se inicia antes mesmo da ocorrência do evento extremo.

Assim, vemos que na sua atual redação a lei que define o arranjo institucional da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil é orientada por uma abordagem que aponta que a ação estatal não deve ser centrada tão somente após a ocorrência do momento de maior gravidade, do impacto imediato do desastre a partir da ocorrência do evento climático extremo, mas, sobretudo visando prevenir e preparar os territórios e populações sujeitos aos riscos, visando diminuir a vulnerabilidade frente a futuras ocorrências de eventos climáticos extremos, como veremos a seguir.

O art. 1º, V, da Lei nº 12.608/2012 define desastre como

> Resultado de evento adverso, de origem natural ou induzido pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis, que causa significativos danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais (grifo nosso).

São definidos como "riscos de desastres", no art. 1º, XIII da mesma Lei acima referida, as probabilidades de ocorrência de significativos danos sociais, econômicos, materiais ou ambientais decorrentes de eventos adversos, de origem natural ou induzidos pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis.

Fazendo coro ao chamado Princípio da Precaução, consagrado na legislação nacional desde a promulgação da Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei nº 6938/1981, também chamada de Lei Geral Ambiental, o art. 2º, §2º da Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil dispõe que eventual incerteza sobre o risco do desastre não isenta os entes da Administração Pública da adoção de medidas necessárias à redução dos riscos de desastres, ações preventivas ou mitigadoras da situação de risco, dever compartilhado por todos os entes da federação, de acordo com o mesmo art. 2.º, caput.

Assim como a Política Nacional de Mudança do Clima, a Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil também é orientada pela diretriz de garantia de participação da sociedade civil, como se extrai dos art. 4º, VI, bem como dos art. 6º, III, art. 7º, IV, e art. 8º, XV, entre outros instrumentos importantes voltados a concretizar o direito à participação informada e à transparência das políticas públicas relacionadas.

O art. 182 da Constituição Federal de 1988 confere o fundamento constitucional da Política Urbana e inaugurou o princípio da função social das cidades na história constitucional brasileira. O capítulo foi regulamentado pelo chamado Estatuto da Cidade, objeto da Lei nº

10.257/2001, que traz alguns dos instrumentos de planejamento urbano mais importantes da consecução da função social das cidades, da posse e da propriedade urbanas, dentre eles a regulamentação do instrumento previsto em sede constitucional, o Plano Diretor, que deve conter o zoneamento urbano.

Em um enfoque transversal, a edição da PNPDEC, em 2012, alterou a redação do chamado Estatuto da Cidade, objeto da Lei nº 10.257/2001, em especial o art.41, §1º, incluindo no conteúdo do Plano Diretor dos municípios as informações relacionadas aos riscos de desastres. Tais informações devem ser exigidas e fiscalizadas por meio de processos contando com participação social, formulação e implementação das políticas habitacionais a partir dos riscos levantados, considerando a transparência na proposição dos parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo e garantindo recursos para o Plano Diretor e para a regularização urbanística e fundiária.

Um dos mais renomados autores do Direito Ambiental, Paulo Afonso Leme Machado (2025), destaca que no arranjo institucional da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil prevalece o enfoque sobre as ações preventivas. Dentre os 15 (quinze) objetivos listados do art. 5º, 09 (nove) são relativos à prevenção e estão estruturadas em torno da articulação de competências em torno de um conjunto de planejamento contínuo e sistêmico, como aponta Carvalho (2019), de ações de prevenção, resposta e recuperação, visando reparar as violações de direitos já ocorridas por força de eventos climáticos extremos, mas sobretudo promover os direitos dos atingidos, por meio de ações prevenção, preparação, voltadas à diminuir a vulnerabilidade frente a futuras ocorrências.

Como vimos, **há um extenso rol de marcos legais**, para além dos marcos da legislação estritamente civilista, centrados na responsabilização pela pretensão resistida de direitos subjetivos de índole privada, **que cabe ser considerado nos processos judiciais envolvendo a tutela do direito social à moradia adequada em contexto de desastres climáticos**, e que não atinge indivíduos e seus bens individualmente em suas moradias, mas sim famílias, sujeitas a múltiplos arranjos familiares e dinâmicas específicas de cuidado, comunidades e instituições, sujeitos coletivos de direitos, que devem ser reparados pelas perdas decorrentes de "deslocamento físico" e/ou "deslocamento dos modos de vida" (perdas ou redução dos meios de vida, redes de sociabilidade, perdas afetivas, imateriais, etc). Essa ampliação do conceito de atingido, como sujeito de direitos frente ao Estado, para fins de reparação e sobretudo de promoção de direitos, é uma conquista histórica do Movimento de Atingidos por Barragens (MAB), e deve ser contemplada também nos processos de garantia de direitos e de reparação pelos danos aos atingidos por desastres climáticos.

Sendo posto, a legislação pátria é cristalina em estabelecer as balizas necessárias para a condição digna de vida para a população, dentre elas, a garantia do direito à moradia adequada, expressa no texto constitucional.

Em razão da omissão e inércia na garantia de políticas públicas de habitação e direitos fundamentais, é que se ajuíza a presente ação.

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

Prescreve a Constituição Federal uma série de direitos fundamentais com vista a assegurar a dignidade da pessoa humana. *In verbis:*

> **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:

Já no art. 6° a Carta Magna estabelece como direito social à moradia, saúde, segurança e outros:

> **Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Para Celso Fiorillo, renomado jurista brasileiro, a proteção constitucional à moradia é intrínseca ao princípio da dignidade humana, à proteção da vida privada e a todos os direitos fundamentais. Para o autor:

> (...) é no habitat doméstico, ou seja, na casa que as relações afetivas fundamentais para a dignidade da pessoa humana existem dentro de um contexto familiar, ou seja, dentro de um contexto sociocultural em que o núcleo familiar se caracteriza como o principal "lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º)", conforme já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/RJ. (2021, p. 426).

O Comentário Geral nº 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESCA) da ONU, de 1991, define que o direito à MORADIA ADEQUADA é constituído a partir dos seguintes elementos: SEGURANÇA JURÍDICA DA POSSE (proteção legal contra despejos forçado, perseguição e outras ameaças); DISPONIBILIDADE DE SERVIÇOS, MATERIAIS E INSTALAÇÕES E INFRAESTRUTURA (água potável, saneamento, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos, coleta de lixo, de modo que acesso à terra é acesso à terra urbanizada); ECONOMICIDADE (custo não pode comprometer mais de 30% do orçamento familiar); HABITABILIDDE (segurança física e estrutural, espaço físico adequado, proteção contra frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde, não gerar risco à vida de seus moradores) ACESSIBILIDADE (necessidades específicas são levados em conta), LOCALIZAÇÃO (acesso às oportunidades de emprego, serviços de saúde, escola, creches, distâcia segura de áreas poluídas e perigosas); ADEQUAÇÃO CULTURAL (leva em conta expressão da identidade cultural dos moradores).

O Estatuto da Igualdade Racial, objeto da Lei 12.288/2010, dispõe no parágrafo único do art. 35, que o direito à moradia adequada:

> (...) inclui não apenas o provimento habitacional, mas também a garantia da infraestrutura urbana e dos equipamentos comunitários associados à função habitacional, bem como a assistência técnica e jurídica para a construção, a reforma ou a regularização fundiária da habitação em área urbana.

Ainda, conforme o texto constitucional, "todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária". Também na Constituição Federal de 1988, encontramos no art. 225 o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem jurídico essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações. É de amplo reconhecimento na doutrina, como vemos em autores consagrados como Celso Fiorilo (2021) e José Afonso da Silva

(2003), e na jurisprudência, que o conceito de meio ambiente tutelado em sede constitucional não está restrito à noção de meio ambiente natural, abrangendo também o meio ambiente cultural, o meio ambiente urbano/artificial e o meio ambiente laboral. Assim, os danos ocasionados pelos eventos climáticos extremos e as violações dos direitos dos atingidos - dentre as quais destacamos aqui o direito à moradia adequada - integram um conjunto de violações ao direito difuso ao meio ambiente sadio e adequado à qualidade de vida.

Em 2021, a Resolução nº 433 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Nacional do Poder Judiciário para o Meio Ambiente, dispondo sobre a necessidade dos magistrados considerarem os impactos climáticos dos danos ambientais, ao emitirem suas decisões nas ações de tutela ambiental. O art. 14 da referida Resolução aponta a adoção da terminologia dano ambiental-climático, como aquela que diz respeito à dimensão climática da danosidade ambiental, passando a constituir uma nova lente obrigatória da análise jurídica sobre todo e qualquer dano ambiental. Como veremos adiante, a terminologia é de grande relevo para a presente tese, uma vez que aponta a possibilidade de um enquadramento jurídico ambiental-climático sobre os desastres e sobre os direitos dos atingidos, em geral sujeitos aos motes seletivos das áreas de risco, cujas possibilidades de reparação remanescem sob enfoques demasiado individualistas.

Nos últimos anos, temos acompanhado o crescimento dos desastres climáticos e suas consequências na vida de famílias vulneráveis, além da reconfiguração dos territórios urbanos e rurais em diversos estados da federação. Diante das mudanças climáticas e da maior frequência de fenômenos climáticos extremos desde 1950, e que ganhou novo impulso a partir da primeira década do século XXI, conforme *International Disaster Database*[1], confirmando projeções do Painel Intergovernamental Sobre Mudança do Clima (IPCC). Não por acaso, a maior frequência de fenômenos extremos tem ocasionado a maior regularidade e agravamento dos desastres climáticos, que já superam os chamados desastres tecnológicos.

Tais efeitos escancaram as fragilidades de uma expansão urbana desigual, impactando de forma direta a garantia do direito humano à moradia adequada. Assim, é imperioso incluir o tema dos desastres dentre o tema de atenção do chamado Direito Ambiental-Climático, como propõe a jurista e pesquisadora Danielle Moreira (2022), ou Direito das Mudanças Climáticas, como defendido pela jurista e magistrada Rafaela da Rosa (2023).

Para o eminente ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, o "sistema climático estável" foi reconhecido como bem jurídico autônomo com a edição da Lei 12.187/2009, que instituiu a Política Nacional de Mudança do Clima, mas integra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988. O direito ao clima estável, como direito difuso, é o que contribui para uma nova conceituação dos danos elaborada, sobretudo pela jurista Rafaela Rosa (2023), sendo DANOS CLIMÁTICOS DIRETOS, como aqueles que atingem a funcionalidade do macrobem jurídico "sistema climático" (por exemplo, as emissões de gases de efeito estuda perda de sumidouros, etc), e DANOS CLIMÁTICOS INDIRETOS, como aqueles relacionados aos efeitos adversos das mudanças climáticas, associados às perdas humanas, danos materiais e imateriais aos sistemas socioeconômicos, ofendendo bens jurídicos distintos do macrobem "sistema climáticos", como a vida, a saúde, memória cultural, vínculos de existência e pertencimento, propriedade, modos de vida, causados como consequência dos danos climáticos diretos (por exemplo, os desastres decorrentes de eventos climáticos extremos).

Esse cenário demonstra a necessidade de empenhar esforços voltados à proteção do direito humano à moradia, especialmente daquelas famílias em condições de hipossuficiência econômica e social, expostas às consequências da crise climática em seus territórios.

De modo coerente com o princípio da Participação Cidadã, previsto no art. 3º da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187/2009), o art. 4º, V da mesma política aponta que as medidas para promover a adaptação às mudanças climáticas implicam responsabilidade das três esferas da federação, e devem contar com "(...) a participação e a colaboração dos agentes econômicos e sociais interessados ou beneficiários, *em particular aqueles especialmente vulneráveis aos seus efeitos adversos"* (grifo nosso).

Entretanto, mesmo diante da urgência e gravidade dos casos, inúmeras famílias convivem com a incerteza, expostas a novos alagamentos e deslizamentos, sem garantia de acesso e priorização nas políticas de habitação pelo Poder Público.

É urgente a articulação de políticas públicas, capazes de garantir o acesso a moradias adequadas e redução das vulnerabilidades ambientais e climáticas, agindo antes dos desastres, preservando as vidas e o bem-estar da população.

A Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), objeto da Lei 12.608/2012, recentemente foi objeto de alteração pela Lei 14.750/2023, abrange um conjunto de responsabilidades dos entes federativos, como o que Delton Carvalho (2019) aponta como sendo o "ciclo dos desastres", compreendendo obrigações de fazer voltadas ao planejamento contínuo e sistêmico de ações de prevenção, resposta e recuperação. A ideia de "ciclo de gestão" indica que o desastre climático não deve ser tratado como um evento com início e fim demarcados, mas sim como processo social, que se inicia antes mesmo da ocorrência do evento extremo.

Assim, vemos que na sua atual redação a lei que define o arranjo institucional da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil é orientada por uma abordagem que aponta que a ação estatal não deve ser centrada tão somente após a ocorrência do momento de maior gravidade, do impacto imediato do desastre a partir da ocorrência do evento climático extremo, mas, sobretudo visando prevenir e preparar os territórios e populações sujeitos aos riscos, visando diminuir a vulnerabilidade frente a futuras ocorrências de eventos climáticos extremos, como veremos a seguir.

O art. 1º, V, da Lei nº 12.608/2012 define desastre como

> *Resultado de evento adverso, de origem natural ou induzido pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis, que causa significativos danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais* (grifo nosso).

São definidos como "riscos de desastres", no art. 1º, XIII da mesma Lei acima referida, as probabilidades de ocorrência de significativos danos sociais, econômicos, materiais ou ambientais decorrentes de eventos adversos, de origem natural ou induzidos pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis.

Fazendo coro ao chamado Princípio da Precaução, consagrado na legislação nacional desde a promulgação da Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei nº 6938/1981, também chamada de Lei Geral Ambiental, o art. 2º, §2º da Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil dispõe que eventual incerteza sobre o risco do desastre não isenta os entes da Administração Pública da adoção de medidas necessárias à redução dos riscos de desastres, ações preventivas ou mitigadoras da situação de risco, dever compartilhado por todos os entes da federação, de acordo com o mesmo art. 2.º, *caput.*

Assim como a Política Nacional de Mudança do Clima, a Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil também é orientada pela diretriz de garantia de participação da sociedade civil, como se extrai dos art. 4º, VI, bem como dos art. 6º, III, art. 7º, IV, e art. 8º, XV, entre

outros instrumentos importantes voltados a concretizar o direito à participação informada e à transparência das políticas públicas relacionadas.

O art. 182 da Constituição Federal de 1988 confere o fundamento constitucional da Política Urbana e inaugurou o princípio da função social das cidades na história constitucional brasileira. O capítulo foi regulamentado pelo chamado Estatuto da Cidade, objeto da Lei nº 10.257/2001, que traz alguns dos instrumentos de planejamento urbano mais importantes da consecução da função social das cidades, da posse e da propriedade urbanas, dentre eles a regulamentação do instrumento previsto em sede constitucional, o Plano Diretor, que deve conter o zoneamento urbano.

Em um enfoque transversal, a edição da PNPDEC, em 2012, alterou a redação do chamado Estatuto da Cidade, objeto da Lei nº 10.257/2001, em especial o art.41, §1º, incluindo no conteúdo do Plano Diretor dos municípios as informações relacionadas aos riscos de desastres. Tais informações devem ser exigidas e fiscalizadas por meio de processos contando com participação social, formulação e implementação das políticas habitacionais a partir dos riscos levantados, considerando a transparência na proposição dos parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo e garantindo recursos para o Plano Diretor e para a regularização urbanística e fundiária.

Um dos mais renomados autores do Direito Ambiental, Paulo Afonso Leme Machado (2025), destaca que no arranjo institucional da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil prevalece o enfoque sobre as ações preventivas. Dentre os 15 (quinze) objetivos listados do art. 5º, 09 (nove) são relativos à prevenção e estão estruturadas em torno da articulação de competências em torno de um conjunto de planejamento contínuo e sistêmico, como aponta Carvalho (2019), de ações de prevenção, resposta e recuperação, visando reparar as violações de direitos já ocorridas por força de eventos climáticos extremos, mas sobretudo promover os direitos dos atingidos, por meio de ações prevenção, preparação, voltadas à diminuir a vulnerabilidade frente a futuras ocorrências.

Como vimos, **há um extenso rol de marcos legais**, para além dos marcos da legislação estritamente civilista, centrados na responsabilização pela pretensão resistida de direitos subjetivos de índole privada, **que cabe ser considerado nos processos judiciais envolvendo a tutela do direito social à moradia adequada em contexto de desastres climáticos**, e que não atinge indivíduos e seus bens individualmente em suas moradias, mas sim famílias, sujeitas a múltiplos arranjos familiares e dinâmicas específicas de cuidado, comunidades e instituições, sujeitos coletivos de direitos, que devem ser reparados pelas perdas decorrentes de "deslocamento físico" e/ou "deslocamento dos modos de vida" (perdas ou redução dos meios de vida, redes de sociabilidade, perdas afetivas, imateriais, etc). Essa ampliação do conceito de atingido, como sujeito de direitos frente ao Estado, para fins de reparação e sobretudo de promoção de direitos, é uma conquista histórica do Movimento de Atingidos por Barragens (MAB), e deve ser contemplada também nos processos de garantia de direitos e de reparação pelos danos aos atingidos por desastres climáticos.

Sendo posto, a legislação pátria é cristalina em estabelecer as balizas necessárias para a condição digna de vida para a população, dentre elas, a garantia do direito à moradia adequada, expressa no texto constitucional.

V. PEDIDOS

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência,

nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

MODELO DE PEÇA

[1] O relatório Natural Disasters Report 1900-2019, da International Disaster Database (EM-DAT), indica que a partir da década de 2000 os desastres climáticos passaram a superar os chamados desastres tecnológicos, ocasionados condições tecnológicas ou industriais, incluindo acidentes, procedimentos perigosos, falhas de infraestrutura ou atividades humanas específicas. (Vieira, 2019)

CÍVEL

12. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *O Defensor Público, em ação de obrigação de fazer relacionada à garantia do direito à educação inclusiva e/ou especial (ou ação congênere utilizada para o mesmo fim), deverá requerer do Estado ou Municípios a apresentação de Plano Municipal ou Estadual de Educação, e o capítulo específico das diretrizes que tratem da educação Inclusiva e/ou do direito à educação de pessoas com deficiência ou espectro autista, em que sejam detalhadas as medidas de políticas públicas adotadas e recursos/ receitas empregadas pelo ente para garantia do direito à coletividade. Na ausência deste documento, podem ser apresentados relatórios de atividades com os resumos de políticas implementadas e recursos empregados para garantir a educação inclusiva, em observância aos princípios de transparência e acesso à informação previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 3°, XV, 14-A. Lei n. 9.394/96) e em acordo com as metas estabelecidas pelo Plano Nacional de Educação (Lei n. 13.005/2014). Caso não seja observado o poder requisição cabe mandado de segurança.*

Tais *informações poderão subsidiar os pedidos formulados na própria ação, bem como municiar o Defensor em ações individuais e coletivas futuras, e a atuação dos Núcleos especializados.*

Autores/as: Mais diferenças

Assunto

Direito de acesso à informação sobre políticas públicas e recursos destinados à educação inclusiva por parte do defensor público em ação individual contra o estado e/ou município.

Item Específico Das Atribuições Instucionais Da Defensoria Pública

A Lei Complementar nº 988, de 09 de janeiro de 2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, estabelece diversas atribuições institucionais que fundamentam o direito do Defensor Público de solicitar informações em ações individuais relativas à educação. As principais atribuições que embasam essa prerrogativa são:

- **Artigo 5º, inciso III:** Representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores.
- **Artigo 5º, inciso VI, alínea c:** Promover a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório.
- **Artigo 5º, inciso IX:** Assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
- **Artigo 5º, inciso XII:** Contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais.

Diante disso, cabe ao Defensor Público do Estado de São Paulo representar os necessitados na tutela de seus interesses individuais (III), promover a tutela dos direitos das pessoas com necessidades especiais (VI, c) e assegurar o contraditório e ampla defesa (IX), em conjunto com a contribuição para políticas públicas (XII), conferem a pessoa Defensora a prerrogativa de requerer todos os dados e documentos necessários para a defesa efetiva do direito à educação, incluindo planos e relatórios, especialmente quando se trata de educação inclusiva. O acesso a essas informações é fundamental para subsidiar a atuação judicial e garantir a efetividade dos direitos dos assistidos.

Fundamentação Jurídica

De acordo com o artigo 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, "Pessoa com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interações com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas"[1]. A Convenção reconhece a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, **à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de**

1 Internalizada por meio do Decreto nº 6.949/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 30 de setembro de 2025.

todos os direitos humanos e liberdades fundamentais[2] . O Art. 24 estabelece que "(...)os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida"[3] .

O direito à educação, de acordo com a Constituição Federal, não inclui somente o direito a aprender conteúdos didáticos. O Art. 205 da CRFB/88[4] estabelece os objetivos da educação: o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para exercício da cidadania e, por último, a qualificação para o trabalho. Nessa perspectiva, o direito à educação inclusiva não é somente da pessoa com deficiência, mas também de toda a sociedade, incluindo as pessoas sem deficiência, contemplando o direito ao ambiente plural que se fundamenta no presente artigo. Ademais, segundo o Art. 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional[5] , é um dever da família e do Estado, inspirado nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho.

Diante disso, o direito à educação inclusiva não se configura apenas como um direito individual, mas sim como expressão de um direito coletivo, que abrange tanto pessoas com deficiência quanto aquelas sem deficiência. Trata-se de um princípio que valoriza o convívio em ambientes educacionais diversos, promovendo o respeito à pluralidade e à formação cidadã.

O ordenamento jurídico vigente supera a separação vigente até meados do século XX das categorias de estudantes ditos "normais" e "especiais" (vide STAINBACK, William; SAINBACK, Susan. "A Rationale for the merger of special and regular education" In Exceptional Children, v.51, n. 2, 1984, p. 103). Superando a discriminatória divisão, o artigo 206 da Constituição estabelece a garantia de igualdade de condições tanto para o acesso, como para a permanência na escola (inciso I). É disposição alinhada com o primeiro objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme expresso no artigo 3º, I da Constituição.

---

2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Artigo 24 "1. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Preâmbulo "v) Reconhecendo a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais". Nova York, 13 dez. 2006. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 29 de setembro de 2025.

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Artigo 24 "1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida". Nova York, 13 dez. 2006. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 29 de setembro de 2025.

4 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 205.

5 BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Art. 2º.

Bem por isso o Brasil adotou a Declaração de Salamanca em 1994, em que reconheceu que o dever de acolhimento a todas as crianças nas escolas, independente de suas condições ou marcadores sociais.

Ainda que o caderno de orientações do Ministério da Educação "Plano Municipal de Educação" [6]não estabeleça obrigatoriedade de estados e municípios terem um plano de educação inclusiva separado ou específico para escolas regulares, o documento enfatiza a necessidade de os Planos Municipais de Educação (PMEs) e Planos Estaduais de Educação (PEEs) estarem alinhados ao Plano Nacional de Educação (PNE), instituído pela Lei nº 13.005/2014[7], com vigência prorrogada até 2025. O PNE funciona como um plano direcionador que estabelece metas e estratégias que exigem ações concretas de inclusão educacional por parte de todos os entes federativos.

O Plano Nacional de Educação trata diretamente da educação inclusiva em sua meta 4:

> Meta 4: universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados.

Essa meta é acompanhada de estratégias específicas como a (i) formação de professores para atuação inclusiva; (ii) adaptação de espaços físicos e recursos pedagógicos; (iii) criação de sistemas de monitoramento da inclusão.

No tocante ao acesso à informação, a Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) destaca como princípio no Art.3º:

> Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> (...)
>
> XV – garantia do direito de acesso a informações públicas sobre a gestão da educação. (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024)

6 Ministério da Educação / Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE), "O Plano Municipal de Educação – Caderno de Orientações", 2014.

7 BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 26 jun. 2014.

Em linha com o art. 5º, XXXIII e art. 37 da Constituição Federal, o art. 14-A[8] da Lei de Diretrizes e Bases da Educação determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão, como princípios de gestão de suas redes de ensino, a transparência e o acesso à informação, devendo disponibilizar ao público, por meio eletrônico, informações acessíveis.

> Art. 14-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão, como princípios de gestão de suas redes de ensino, a transparência e o acesso à informação, devendo disponibilizar ao público, em meio eletrônico, informações acessíveis referentes a: (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024) (Vide Lei nº 15.001, de 2024)
>
> I – número de vagas disponíveis e preenchidas por instituição de ensino, lista de espera, quando houver, por ordem de colocação, e, no caso de instituições federais, especificação da reserva de vagas, nos termos da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012; (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024)
>
> (...)
>
> V – execução física e financeira de programas, de projetos e de atividades direcionados à educação básica e superior financiados com recursos públicos, renúncia fiscal ou subsídios tributários, financeiros ou creditícios, discriminados de acordo com a denominação a eles atribuída nos diplomas legais que os instituíram; (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024)

O art. 72 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dispõe que:

> Art. 72. As receitas e as despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino serão apuradas e publicadas: (Redação dada pela Lei nº 15.001, de 2024)
>
> I – nos balanços do poder público e nos relatórios a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024)
>
> II – nos sítios eletrônicos do Ministério da Educação e dos órgãos gestores da educação pública de cada ente federado subnacional. (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024)
>
> Parágrafo único. Deverão ser publicados, de forma específica, dados relativos a: (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024)
>
> I – receitas próprias, de convênios ou de doações das instituições federais de ensino; (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024)
>
> II – gestão e execução dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb); (Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024)

8 BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 26 jun. 2014. Art. 14-A. Incluído pela Lei nº 15.001, de 2024.

O direito reconhecido não é de mera integração (com conotação geográfica)[9] e sim de inclusão[10-11]. Ao reconhecer que os impedimentos de longo prazo apenas se reputam deficiência quando, em interação com uma ou mais barreiras da sociedade, enfrentem obstrução da sua participação plena e efetiva em sociedade, a Lei Brasileira de Inclusão consagra o caráter relacional da deficiência. As medidas adotadas por instituições de ensino para superação de barreiras não beneficiam um indivíduo, nem apenas os estudantes com deficiência, sendo providências aptas à consecução do direito à educação nas bases estabelecidas pela Constituição Federal.

Desse modo, o direito individual de acesso à educação de pessoas com deficiência é intrinsecamente vinculado a uma dimensão coletiva. A aferição da concretização do direito individual depende da verificação da implementação do direito à educação enquanto política pública. Evita-se com isso o que a ONU / UNICEF atribui como o uso indevido de Convenções Internacionais para justificar a educação segregada[12]. É o que enseja ao Defensor Público solicitar informações e documentos que lhe permitam averiguar as medidas implementadas para garantia da educação inclusiva pelo ente federado.

Diante de todo o exposto, conclui-se que é direito de todo cidadão — inclusive daquele que litiga contra o Estado ou o Município — ter acesso às informações relativas às medidas e aos recursos públicos destinados à educação inclusiva. Tal direito encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que asseguram a transparência da gestão educacional por meio da divulgação de balanços e relatórios públicos.

Recomenda-se, portanto, que a Defensoria Pública adote os fundamentos aqui apresentados em suas manifestações judiciais individuais o pedido de acesso à informação visando a transparência administrativa.

Fundamentação Fática

A presente tese foi elaborada com o objetivo principal de evidenciar a conexão dos pedidos individuais de obrigação de fazer relacionados à garantia do direito à educação inclusiva com a natureza coletiva do direito por meio do acesso à informação sobre políticas públicas e recursos

9 RIESER, Richard. Inclusive education: a human right. In: COLE, Mike (Ed.). Education, Equality and Human Rights: issues of gender, 'race', sexuality, disability and social class. 3. ed. Nova York: Routledge, 2000, p. 203-204.

10 MASON, Micheline; RIESER, Richard. Altogether better: from 'special needs' to equality in education. Charity: Comic Relief, 1994, p. 21 e 41.

11 GLAT, Rosana; FERNANDES, Edicléa Mascarenhas. Da Educação Segregada à Educação Inclusiva: Uma breve reflexão sobre os paradigmas educacionais no contexto da educação especial brasileira. Inclusão – Revista da Educação Especial, v. 5, n. 2, out./2005, p. 39.

12 UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. The State of the World's Children: children with disabilities. Nova York, 2013, p. 28.

empregados pelo Estado de São Paulo e Municípios em educação inclusiva.

A motivação central é municiar o Defensor e a instituição com estas informações públicas para fundamentar os pedidos da ação individual em curso, de eventuais ações futuras (individuais e coletivas) e apoiar a atuação dos Núcleos especializados da Defensoria Pública, fortalecendo a atuação institucional na defesa desse direito fundamental.

O pedido se justifica não apenas em ações que discutam medidas de acessibilidade ou de adaptação razoável em instituições regulares de ensino. Não raro indivíduos buscam acesso a instituições de ensino especial em razão de violações sofridas por pessoas com deficiência nas instituições de ensino regular. Ou seja, diante do descumprimento do mandamento constitucional de garantia do acesso à educação em igualdade de condições, passa a pessoa com deficiência e sua rede de apoio a somente visualizar a expectativa de acesso à educação por meio da rota residual da educação especial. Portanto, a compreensão da política pública de educação inclusiva (com evidências de sua efetividade ou inefetividade) se faz relevante em qualquer ação judicial – individual ou coletiva – cujo tema se refira à educação inclusiva ou educação especial.

Ainda que se trate de ação judicial voltada à tutela de interesse individual, o pedido encontra respaldo no artigo 205 da Constituição Federal, que consagra a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Assim, o direito à educação inclusiva configura também um direito coletivo, ao promover um ambiente educacional inclusivo e diverso.

Para tanto, o acesso à informação mostra-se legítimo e necessário, uma vez que o Defensor Público poderá verificar a existência — ou não — de políticas efetivas de incentivo à educação inclusiva, por meio da análise do Plano de Educação, caso existente, ou de relatório de gestão educacional disponibilizado pelo ente federativo.

Sugestão De Operacionalização

A tese desenvolvida, que afirma o direito do Defensor Público de acessar informações sobre a educação inclusiva em ações individuais, encontra aplicação prática e fundamental na defesa dos direitos dos cidadãos. Em casos concretos onde um indivíduo com deficiência busca judicialmente a garantia de seu direito à educação inclusiva – seja por falta de vagas, ausência de recursos adequados, ou inadequação do atendimento – o Defensor Público pode e deve invocar o direito fundamental ao acesso à informação para fortalecer a pretensão.

Para tanto, o Defensor deverá requerer na petição inicial de ação de obrigação de fazer (ou de outra ação congênere) que o Estado ou Município apresente o Plano Municipal ou Estadual de Educação, destacando o capítulo ou as metas e estratégias relacionadas à educação inclusiva, com os recursos empregados/ previstos para execução das atividades. Caso não haja previsão específica no plano, poderá ser requerida a apresentação de relatórios detalhados de atividades e políticas públicas efetivamente implementadas, juntamente com descrição de recursos empregados para garantir a educação inclusiva na rede regular de ensino. Essa solicitação se fundamenta na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Art. 3º, XV, e Art. 14-A), que assegura a transparência da gestão educacional e o acesso a informações públicas, e na Lei Complementar nº 988/2006, que confere à Defensoria Pública a atribuição de tutelar os direitos individuais e coletivos das pessoas com necessidades especiais. O acesso a esses documentos é crucial para demonstrar o cumprimento (ou descumprimento) das obrigações legais e constitucionais dos entes federativos, subsidiando a argumentação jurídica e garantindo a efetividade do direito à educação inclusiva

Sugere-se, ademais que seja criado formulário com perguntas padronizadas que permitam uma consolidação das respostas ao redor do estado, que incluam, mas não se limitem a:

i. Qual a dotação orçamentária para educação?

ii. De tal valor, qual o montante destinado à garantia de educação inclusiva?

iii. Do valor destinado à educação inclusiva, queira especificar qual o valor destinado a investimentos em instituições de ensino especial e qual o valor destinado à inclusão em instituições de ensino regular?

iv. Quantos alunos com deficiência encontram-se matriculados nesta rede [municipal/estadual] de ensino? Qual o percentual matriculado em instituições de ensino regular? E em instituições de ensino especial?

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) *xxxx, e-mail xxxxx*, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO,** dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. .JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

O direito à educação inclusiva, conforme preconizado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas, pela Constituição Federal (Art. 205) e pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n° 13.146/2015), transcende a esfera individual, configurando-se como um direito coletivo que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao exercício da cidadania em ambientes plurais.

Nesse contexto, o Plano Nacional de Educação (PNE), instituído pela Lei nº 13.005/2014 (prorrogado pela Lei n° 13.934/2024), estabelece metas e estratégias, como a Meta 4, que universaliza o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado para pessoas com deficiência na rede regular de ensino. Conforme dispõe o artigo 8° do PNE, cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios "elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, metas e estratégias previstas neste PNE", de modo a prever políticas e diretrizes para garantia do direito à educação inclusiva.

Para a efetivação desse direito, o acesso à informação sobre a gestão e implementação da educação inclusiva é fundamental. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), em seus artigos 3º, XV, e 14-A, assegura o direito de acesso a informações públicas sobre a gestão da educação, impondo aos entes federativos o dever de transparência e de disponibilização eletrônica de dados. Adicionalmente, o Art. 72 da LDB obriga a publicação de receitas e despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, incluindo a gestão de recursos do Fundeb. Assim, o Defensor Público, na defesa dos interesses de seus assistidos, possui o direito de requerer acesso à informação, requerendo, in casu, acesso aos Planos de Educação (Municipais e Estaduais) e, na sua ausência ou para complementação, relatórios de atividades e/ou políticas implementadas que demonstrem o cumprimento das metas relativas à educação inclusiva previstas no PNE, bem como os recursos previstos, garantindo a transparência administrativa e a efetividade do direito fundamental à educação.

v. Requer-se, ademais, apresente o Réu as seguintes informações:

vi. Qual a dotação orçamentária para educação?

vii. De tal valor, qual o montante destinado à garantia de educação inclusiva?

viii. Do valor destinado à educação inclusiva, queira especificar qual o valor destinado a investimentos em instituições de ensino especial e qual o valor destinado à inclusão em instituições de ensino regular?

ix. Quantos alunos com deficiência encontram-se matriculados nesta rede [municipal/estadual] de ensino? Qual o percentual matriculado em instituições de ensino regular? E em instituições de ensino especial?

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. O acolhimento das preliminares arguidas ...

d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...

e. Requer (i) a apresentação de: Plano Estadual ou Municipal de Educação vigente, com especial destaque para o capítulo, metas e descrição das políticas desenvolvidas com relação à garantia do direito à educação inclusiva; planilha com descrição orçamentária dos recursos empregados e previstos para ações relativas à garantia do direito à educação inclusiva. (ii) Na hipótese de inexistência ou omissão do referido plano, requer-se, alternativamente, a apresentação de relatório atualizado contendo as atividades, políticas públicas e ações de gestão educacional implementadas pelo ente federativo, especialmente aquelas voltadas à educação inclusiva. (iii) Sejam respondidos os quesitos indicados acima para que sejam fornecidas informações suficientes e completas a respeito das medidas implementadas para garantia do direito à educação inclusiva.

f. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

FAMÍLIA

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Nas ações de família, constatada situação de vulnerabilidade que impeça ou dificulte o exercício de direitos materiais ou processuais da parte, é cabível a instauração de Incidente de Apuração de Vulnerabilidade (IAV), destinado a assegurar a declaração judicial da condição vulnerável e a adoção de medidas, apoios e adequações procedimentais necessárias à efetividade da tutela jurisdicional*

Autores/as: : Júlio Camargo de Azevedo

Assunto

Direito das Famílias. Proteção das Vulnerabilidades. Incidente Processual. Adequação procedimental. Cláusula-geral de Vulnerabilidade no CPC.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

LC n. 80/1994

Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

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;

LCE n. 988/2006

Artigo 5° - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

VI - promover:

c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência;

l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;

Fundamentação jurídica

I - Proteção das vulnerabilidades no Direito de Família

A **vulnerabilidade** pode ser definida como a "condição de predisposição a risco ou susceptibilidade pessoal, experimentada por um sujeito ou grupo, que, em razão de determinantes sociais, econômicas ou culturais, favorece situações concretas de violação de direitos humanos, ofendendo a existência digna"[1].

As 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade elencam, entre as causas de vulnerabilidade, a idade, a deficiência, a pertença a comunidades indígenas ou outras diversidades étnico-culturais, a afrodescendência, a vitimização, a migração, a condição de refugiado ou deslocado interno, a pobreza, o gênero, a orientação sexual e identidade de gênero, e a privação de liberdade.

1 AZEVEDO, Júlio Camargo de. Vulnerabilidade: critério para adequação procedimental – a adaptação do procedimento como garantia ao acesso à justiça de sujeitos vulneráveis. Belo Horizonte: Editora CEI, 2021.

O **Direito das Famílias** constitui terreno privilegiado para a emergência de situações de vulnerabilidade, seja pela natureza existencial e sensível dos direitos em disputa, seja pelas assimetrias de poder que caracterizam as relações familiares.

A experiência forense demonstra que conflitos nessa seara frequentemente expõem desigualdades de gênero, dependência econômica, violência doméstica e múltiplas formas de exclusão social, convertendo a vulnerabilidade em elemento recorrente do litígio familiar.

Nessa perspectiva, a vulnerabilidade não deve ser tratada como exceção episódica, mas como elemento estrutural do processo familiar. A resposta do sistema de justiça, portanto, não pode se limitar a previsão de fórmulas procedimentais rígidas, reclamando, ao invés, a construção de soluções capazes de harmonizar a técnica processual com uma perspectiva de proteção dos direitos humanos, assegurando tutela especial a mulheres, crianças, idosos e demais sujeitos em condição de susceptibilidade, de modo a prevenir a revitimização e efetivar o acesso à ordem jurídica justa.

A ausência de um mecanismo específico para apuração da vulnerabilidade no processo pode resultar em:

i. decisões judiciais sem consideração da condição vulnerável no processo;

ii. inadequação das medidas processuais às necessidades específicas das partes;

iii. revitimização ou agravamento da situação de risco;

iv. comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional.

A presente tese busca enfrentar tal problemática. À vista de um processo civil democrático, comprometido com a igualdade substancial e com a concretização dos direitos fundamentais, impõe-se reconhecer que as desigualdades sociais também alcançam a arena processual.

Nesse sentido, é essencial que se assegure às partes a possibilidade de arguir e ver reconhecida sua condição de vulnerabilidade, como corolário de um acesso à justiça que não seja cego às diferenças, mas atento à dignidade e às necessidades concretas de cada sujeito de direito.

II - A cláusula-geral de consideração da vulnerabilidade no CPC

O CPC de 2015 consagrou expressamente a vulnerabilidade como **critério normativo de diferenciação** em nossa ordem processual, legitimando o tratamento desigual dos sujeitos processuais sempre que necessário à realização da igualdade substancial.

Tal diretriz encontra expressão paradigmática no parágrafo único do artigo 190, ao determinar que o juiz controlará a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação quando uma das partes se encontrar em "manifesta situação de vulnerabilidade".

Esta disposição permite identificar no CPC uma autêntica **cláusula-geral de consideração da vulnerabilidade no processo**, que autoriza o magistrado a reconhecer concretamente a condição vulnerável da parte e adequar o procedimento às suas necessidades específicas.

Se o legislador admite a vulnerabilidade como parâmetro apto a restringir a liberdade negocial das partes em matéria processual, com maior razão deve admitir que o mesmo critério fundamente a revisão crítica das inadequações procedimentais previstas em lei, muitas vezes insensíveis às particularidades dos grupos vulneráveis e à insuficiente representação legislativa de seus interesses.

Aplica-se, nesse contexto, a máxima *"in eo quod plus est semper inest et minus"*: quem pode o mais

– limitar a autonomia privada e afastar convenções processuais livremente pactuadas – também pode o menos, ou seja, promover ajustes procedimentais diante de normas gerais cuja presunção de validade não afasta a necessidade de sua compatibilização com a dignidade de grupos vulnerabilizados e a efetividade do acesso à justiça.

III – O Incidente de Apuração de Vulnerabilidade (IAV)

Para o CPC de 2015, a vulnerabilidade consubstancia verdadeira **questão preliminar**[2], a ser previamente aferida pelo juiz, na medida em que sua solução pode remover ou opor obstáculo à apreciação da validade do negócio jurídico processual. Compete, portanto, ao magistrado investigar "se alguma parte se encontra em manifesta situação de vulnerabilidade" (art. 190, parágrafo único).

Trata-se de questão prévia e incidental que, impassível de ser objeto de processo autônomo[3], admite a comprovação do fato alegado pela parte mediante qualquer meio de prova juridicamente admitido (documental, testemunhal, pericial etc.), autorizando inclusive a designação de audiência de justificação para este fim (arts. 300, § 2º, e 381, § 5º).

A afirmação da condição vulnerável pode vir deduzida enquanto matéria de fato no bojo da petição inicial ou da contestação, permitindo-se ao juiz uma oportuna verificação a respeito da presença ou não de referida condição de risco social. Nada impede, entrementes, venha a vulnerabilidade suscitada ao longo dos demais atos procedimentais, seja mediante simples petição proposta com esta finalidade, seja mediante alegação tópica em arrazoados sucessivos (memoriais, apelação etc.).

Na aferição da vulnerabilidade, o juiz deve considerar não apenas a autodeterminação do sujeito processual (a afirmação da própria parte), mas também o contexto fático e social em que se insere, cotejando-o com a legislação protetiva pertinente (ECA, Lei Maria da Penha, Lei Brasileira de Inclusão, entre outras).

Também é relevante a análise da complexidade da causa (questões jurídicas e probatórias envolvidas, número de partes, valor da causa etc.) e da importância da demanda para a esfera existencial da parte – evitando, assim, que pretensões sensíveis, como a retificação de registro civil por pessoa transgênero ou o divórcio de mulher vítima de violência doméstica, sejam tratadas como meras questões patrimoniais.

Sempre que possível, a parte deve indicar os fundamentos de fato e de direito que sustentam a alegação de vulnerabilidade, instruindo-a com documentos, testemunhas ou outros meios de prova idôneos. É igualmente relevante que explicite quais atos processuais estão comprometidos pelo risco alegado (ex.: comunicações processuais em casos de pessoas abrigadas; prazos legais em processos que envolvem pessoas em situação de rua), facilitando ao magistrado a eleição da técnica processual mais adequada, em consonância com o princípio da cooperação processual (art. 6º, CPC).

Por força dos artigos 9º e 10 do CPC, a alegação de vulnerabilidade deve ser submetida ao contraditório da parte adversa, garantindo equilíbrio e transparência. Ademais, os deveres de

2 Ver quanto ao conceito de questão preliminar e sua distinção em relação às questões prejudiciais: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e questões preliminares. Direito processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 87.

3 DIDIER JR., Fredie Souza. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 20ª e. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 515.

fundamentação (arts. 11 e 489, CPC) impedem que o reconhecimento da vulnerabilidade dependa de juízos discricionários ou arbitrários, assegurando decisões juridicamente motivadas.

Por fim, o princípio da proporcionalidade (art. 8º, CPC), em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* –, desempenha papel central na delimitação das adaptações procedimentais. Ele atua, especialmente, nos casos em que a flexibilização de ônus ou deveres processuais da parte vulnerável possa repercutir nos direitos da parte adversa, servindo de baliza para que a proteção específica não se converta em desequilíbrio injustificado.

É factível que, em litígios complexos, surjam situações de **vulnerabilidade cruzada**, isto é, casos em que ambas as partes se apresentem em condição de susceptibilidade, afirmando predisposição ao risco processual. Nessas hipóteses, incumbe optar pela solução que represente o círculo mais amplo de *proteção procedimental*, cuidando para que as medidas instituídas em favor de um sujeito não importem no agravamento da vulnerabilidade do outro polo da demanda.

Nada obsta, ademais, que o magistrado module as adequações procedimentais ao longo do processo, aplicando-as conforme as necessidades que emergem em cada etapa do iter procedimental. Assim, é possível que a flexibilização recaia sobre os atos de comunicação processual dirigidos a uma das partes (v.g., intimação pessoal de idoso agressor afastado do lar), ao mesmo tempo em que se determine o afastamento do ônus da impugnação específica dos fatos pela outra parte (v.g., mulher idosa expulsa de casa sem acesso à documentação patrimonial).

Em síntese, é a concreta situação de vulnerabilidade que deve condicionar a flexibilização de cada fase do procedimento, preservando-se sempre a possibilidade de aplicação das regras gerais do procedimento comum.

Suscita-se, ainda, controvérsia quanto ao recurso cabível contra a decisão que indefere, no curso do processo, o reconhecimento da vulnerabilidade. As hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento (art. 1.015, CPC) não contemplam expressamente essa matéria. A primeira alternativa seria recorrer a sucedâneos recursais, notadamente o mandado de segurança, de modo a garantir a apreciação da condição vulnerável no processo.

Entretanto, mostra-se mais consentâneo com a efetividade processual admitir a recorribilidade imediata da decisão interlocutória, à luz da teoria da taxatividade mitigada encampada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.704.520/MT). A urgência se demonstra na inutilidade do reexame apenas em sede de apelação, uma vez que a negativa de reconhecimento da vulnerabilidade pode gerar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação. Considerando que a vulnerabilidade processual pressupõe situação de risco social juridicamente tutelada – cujo desamparo pode configurar violação a direitos humanos –, revela-se adequada a aplicação do precedente do STJ, garantindo-se, assim, a imediata impugnabilidade dessa questão preliminar.

Em síntese, o **Incidente de Apuração de Vulnerabilidade (IAV)** apresenta-se como instrumento processual adequado para: a) conhecer da situação de vulnerabilidade; b) assegurar o contraditório sobre a questão; c) permitir instrução probatória específica; d) viabilizar decisão declaratória sobre a condição vulnerável; e) definir, de modo claro, as medidas, apoios ou adequações procedimentais necessárias.

IV – Aplicações práticas com perspectiva de gênero

A incorporação da perspectiva de gênero no processo civil, em especial no âmbito do Direito de Família, demanda uma releitura das técnicas processuais de modo a neutralizar desigualdades estruturais e prevenir revitimizações de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* do CNJ reconhece que a desigualdade entre homens e mulheres é histórica, cultural e política, refletindo-se nas relações familiares e no acesso à justiça. Assim, a adequada consideração da vulnerabilidade exige que o magistrado avalie o impacto diferenciado das normas sobre mulheres, sobretudo em situações de violência doméstica e de dependência econômica.

Nesse sentido, algumas soluções processuais revelam-se fundamentais. A **dispensa da audiência de conciliação**, nos casos em que sua realização possa expor a vítima ao agressor, traduz medida compatível com a proteção dos direitos humanos das mulheres.

Da mesma forma, a **concessão do divórcio liminar** constitui instrumento indispensável para assegurar à mulher autonomia imediata, evitando sua permanência em vínculos conjugais marcados pela coação ou pela violência.

No campo patrimonial, os **alimentos compensatórios** oferecem resposta adequada às assimetrias de gênero que se consolidam no curso da vida conjugal, especialmente quando a mulher abdica da inserção no mercado de trabalho para se dedicar aos cuidados familiares e domésticos. A interpretação sob a lente de gênero impõe que essa contribuição seja devidamente valorada, de modo a mitigar o desequilíbrio econômico resultante da dissolução da relação.

Ademais, impõe-se reconhecer a **competência do juízo cível ou de família para a concessão de medidas protetivas de urgência**, sempre que a situação de vulnerabilidade da mulher recomendar tutela imediata de sua integridade física, psicológica ou patrimonial. Nesse ponto, destaca-se decisão do STJ (2023, processo em segredo de justiça) que reconheceu a possibilidade de aplicação de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha para assegurar proteção célere e uniforme, especialmente em casos como ação de divórcio em que a mulher relata agressões físicas e morais contra si. A decisão reforça, assim, que a ausência de vara especializada não exime o Poder Judiciário de agir para prevenir danos irreparáveis.

Por fim, a **destituição do poder familiar do agressor**, quando evidenciada situação permanente de risco, resguarda não apenas a integridade da criança, mas também assegura à mulher vítima de violência uma forma indireta de proteção, rompendo o ciclo de instrumentalização da autoridade parental como meio de perpetuação da violência. Essa medida alinha-se aos compromissos constitucionais e internacionais de tutela integral de mulheres, crianças e adolescentes.

Todas as situações de tutela dos direitos das mulheres antes expostas dependem da prévia caracterização da vulnerabilidade de gênero no processo, o que demonstra a ampla possibilidade de aplicação prática da tese em comento.

V – Conclusão

A análise desenvolvida demonstra que o reconhecimento da vulnerabilidade no processo civil – e de forma ainda mais evidente no Direito de Família – não configura exceção episódica, mas condição estrutural que pode e deve orientar a atividade jurisdicional. O **Incidente de Apuração de Vulnerabilidade (IAV)** apresenta-se, nesse contexto, como instrumento idôneo para dar concretude a tal exigência constitucional, viabilizando a adaptação procedimental às necessidades específicas das partes e prevenindo desequilíbrios decorrentes das assimetrias sociais.

Em síntese: nas ações de família, constatada situação de vulnerabilidade que impeça ou dificulte o exercício de direitos materiais ou processuais, é cabível a instauração do IAV, destinado a assegurar a declaração judicial da condição vulnerável e a adoção das medidas, apoios e adequações procedimentais indispensáveis à efetividade da tutela jurisdicional. Nesse sentido, a institucionalização do IAV reafirma a missão constitucional da Defensoria Pública de promover um acesso

à justiça adequado, inclusivo e atento às desigualdades estruturais de gênero e condição social.

Fundamentação Fática

A experiência forense demonstra que as ações de família constituem ambiente propício para a manifestação de múltiplas formas de vulnerabilidade. A Defensoria Pública, em sua atuação cotidiana, identifica casos recorrentes em que a condição vulnerável da parte compromete o exercício pleno de direitos processuais.

São exemplos paradigmáticos:

- Mulheres vítimas de violência doméstica em ações de divórcio, partilha de bens, alimentos e guarda de filhos;
- Idosos em situação de dependência ou vítimas de violência;
- Pessoas com deficiência intelectual em procedimentos de interdição ou curatela;
- Crianças e adolescentes em disputas de guarda e convivência familiar;
- Pessoas em situação de rua em ações de perda do poder familiar;

Nesses casos, a simples aplicação das regras processuais pode perpetuar ou agravar desigualdades, comprometendo o acesso à justiça, a proteção das vulnerabilidades e a isonomia processual.

A ausência de um mecanismo específico para apuração da vulnerabilidade no processo pode resultar em:

i. decisões judiciais sem consideração da condição vulnerável no processo;
ii. inadequação das medidas processuais às necessidades específicas das partes;
iii. revitimização ou agravamento da situação de risco;
iv. comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional.

Sugestão de Operacionalização

I - Momento Processual

O Incidente de Apuração de Vulnerabilidade pode ser suscitado:

- Na petição inicial, como questão preliminar;
- Na contestação, em sede preliminar;
- A qualquer momento, por meio de petição fundamentada;

Nada impede seja decretado de ofício pelo magistrado, em decisão fundamentada.

II - Procedimento

1. Autuação em apenso ao processo principal;

2. Intimação da parte contrária para manifestação em 15 dias;
3. Instrução específica, com possibilidade de:
    - Prova documental
    - Prova testemunhal;
    - Perícia psicossocial;
    - Audiência de justificação;
4. Decisão fundamentada declarando ou não a vulnerabilidade;
5. Definição das adequações procedimentais necessárias.

III - Adequações Procedimentais Possíveis

- adoção da jurisdição mais favorável (forum shopping)
- suprimento da capacidade postulatória
- tramitação prioritária dos autos
- ampliação das hipóteses de segredo de justiça
- autorização para processamento dos autos durante férias forenses e prática de atos em horário noturno
- Inversão do ônus probatório;
- Prazo diferenciado para manifestações;
- Intimação pessoal obrigatória;
- Atuação de equipes multidisciplinares em apoio ao juízo e às partes;
- Assistência especializada;
- Medidas de proteção específicas

Indicação da Perspectiva/Enfoque de Gênero e Raça Relacionada à Tese (Se Houver)

A tese insere-se na perspectiva de gênero e raça ao reconhecer que as mulheres — em especial mulheres negras, pobres e periféricas — encontram-se em posição de vulnerabilidade acentuada nas ações de família, em virtude de assimetrias históricas de poder, dependência econômica, sobrecarga do trabalho de cuidado e maior exposição à violência doméstica e institucional. O **Incidente de Apuração de Vulnerabilidade (IAV)** constitui resposta processual adequada para assegurar que essas desigualdades sejam consideradas pelo juízo, permitindo a adoção de medidas específicas (como alimentos compensatórios, divórcio liminar, dispensa de audiência de conciliação, medidas protetivas de urgência e flexibilizações procedimentais) e, desse modo, garantir efetividade ao direito fundamental de acesso à justiça sob as lentes interseccionais de gênero e raça.

FAMÍLIA

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *O afastamento da mulher em situação de violência de seu local de trabalho, pelo prazo de seis meses, previsto no art. 9º § 2 º, II da Lei Federal 11.340/2006, deve ser remunerado e o pagamento é devido pelo INSS.*

Autores/as: : Nálida Coelho Monte e Yasmin Oliveira Mercadante Pestana

Assunto

Possibilidade de afastamento da mulher em situação de violência do trabalho sem prejuízo do salário.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Defesa de mulheres em situação de violência.

Fundamentação jurídica

DO OBJETO DA PRESENTE TESE

A presente tese tem como objetivo contribuir para uma interpretação constitucional que promova a máxima efetividade da proteção às mulheres em situação de violência, considerando a centralidade dos direitos humanos na atuação jurisdicional e **objetivará traçar a proteção constitucional de mulheres em situação de violência** e em seguida avaliar a constitucionalidade do art. 9º, §2º ,II da Lei Maria da Penha, que prevê a possibilidade de afastamento de mulheres do trabalho ou emprego, por período de até seis meses, sem prejuízo do vínculo, respondendo as seguintes perguntas: i) de quem é a competência para decidir acerca do afastamento das mulheres em situação de violência doméstica do emprego? ii) o afastamento do emprego da mulher em situação de violência deve ser remunerado? iii) em caso positivo, a quem cabe a responsabilidade desse pagamento das mulheres afastadas?

DO CARÁTER TRANFORMADOR DA LEI MARIA DA PENHA

Marcia Nina Bernardes em seu livro denominado "Violência Doméstica, Discriminação de Gênero e Medidas Protetivas de Urgência" destaca que a Lei Maria da Penha, em certa medida, reconhece que a dependência econômica de mulheres pode ser um dos fatores que impedem a saída da mulher do ciclo da violência e por essa razão criou diversos mecanismos de caráter redistributivo, cujo objetivo é garantir ou fomentar a autonomia financeira de mulheres, com vistas a superação da situação de violência, como é o caso do art. 22, V (prestação de alimentos provisionais ou provisórios) art. 9º , I (O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal) .e do art. 8º , que prevê como obrigação da União, Estados, Municípios, a criação de políticas públicas que garantam autonomia financeira das mulheres, a partir da atuação integrada.

Nisso reside o caráter transformador da Lei Maria da Penha: na previsão de remédios ou medidas de justiça capazes de reduzir a desigualdade existente entre homens e mulheres.

O dispositivo que se discute na presente ação encontra-se inserido nesse contexto. A ideia do art. 9ª, § 2º, II é garantir que a mulher em situação de violência doméstica e familiar, que já possui autonomia financeira- mulher empregada ou autônoma- possam estar protegidas face ao risco social a que, eventualmente, possam estar expostas, que é a violência doméstica e familiar. Tratase de medida fundamental para auxiliar mulheres a romper o ciclo da violência, preservando a autonomia delas.

Portanto, o disposivo em questão seria destituido de eficácia e assim como seria suprimido seu caráter tranformador, caso esse periodo de afastamento da mulher em situação de violencia não fosse remunerado.

DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PARA FIXAR MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA INTERDISCIPLINAR: do afastamento da mulher do trabalho

A Lei Maria da Penha atribui competência à justiça estadual, por meio dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, para adotar medidas de proteção integral, inclusive de caráter emergencial e assistencial:

> Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça
>
> Ordinária com **competência cível e criminal**, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução **das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.**

O dispositivo acima estabelece que a competência dos JVDFs abrange todas as causas que tenham origem, direta ou indiretamente, em situação de violência doméstica ou familiar, nos termos da Lei nº 11.340/2006.

Como princípio orientador, o respectivo diploma material-processual disciplinou que:

> Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os **fins sociais** a que ela se destina e, especialmente, as **condições peculiares das mulheres** em situação de violência doméstica e familiar.

Verifica-se, portanto, conforme argumentado no tópico introdutório desta seção, que a Lei Maria da Penha constitui norma especial que instituiu não apenas diretrizes para a formulação de políticas públicas, mas também regramentos de direito material e processual.

Atender às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica está diretamente relacionado à garantia de que todas as suas demandas sejam apreciadas por um mesmo juízo. A Lei Maria da Penha criou, portanto, **um juízo universal em favor do vulnerável,** no caso em questão, da mulher em situação de violência.

Tal fato se justifica porque os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, quando estruturados nos moldes delineados pela referida norma, são capazes de proporcionar uma abordagem integral das múltiplas dimensões da violência vivenciada por essas mulheres. Tal organização evita a revitimização, a prolação de decisões contraditórias e a necessidade de deslocamento entre diferentes Fóruns e profissionais. Ademais, assegura o atendimento por equipes interdisciplinares com capacitação específica em questões de gênero e raça, elementos fundamentais para a efetiva tutela dos direitos das mulheres.

É igualmente relevante assinalar que o reconhecimento da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento de medidas assecuratórias de direitos sociais, como o afastamento do emprego da mulher de forma remunerada, em decorrência de violência doméstica, constitui um desdobramento lógico da própria finalidade desses órgãos jurisdicionais, cuja criação teve como escopo garantir um atendimento integral, célere e sensível

à especificidade das demandas que envolvem violência de gênero.

Essa compreensão encontra respaldo no **Recurso Especial n.º 1.757.775/SP, relatado pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz,** o qual foi devidamente citado nos presentes autos15 e no qual o Ministro Relator reconhece uma **vez que o** motivo do afastamento não advém de relação de trabalho, mas de situação emergencial que visa garantir a integridade física, psicológica e patrimonial da mulher, a competência para a decisão é do juízo de violência doméstica e familiar contra a mulher e nos locais em que não há vara especifica, dos juízos criminais.

A lição constante do voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz no REsp n.º 1.757.775/SP destaca que a Lei Maria da Penha confere às medidas protetivas um caráter de eficácia imediata e transversal, com a finalidade de salvaguardar a integridade da vítima e facilitar seu acesso à Justiça, inclusive com a possibilidade de concessão de medidas típicas do Direito de Família, como alimentos e guarda.

Assim, a Justiça do Trabalho não tem competência para decidir acerca do afastamento, uma vez que o pedido de reconhecimento do afastamento laboral não decorre de controvérsia oriunda da relação de trabalho, mas de situação de violência doméstica previamente reconhecida por decisão judicial, com a imposição de medidas protetivas nos termos do art. 22 da Lei Maria da Penha.

Além disso, também não se sustenta o argumento de que a matéria seria de competência da Justiça Federal, em razão da *ratione personae*. Isso porque o INSS não possui interesse jurídico na demanda relacionada ao reconhecimento ou não da situação de violência doméstica. No ponto, são clássicas as lições do direito processual civil, que distinguem o interesse jurídico, que garante a pessoa a possibilidade de participar do processo, vez que a decisão a afeta de forma direta e o interesse meramente econômico, de natureza puramente patrimonial e que não se fundamenta em um direito subjetivo.

Portanto, o simples envolvimento de pessoa jurídica de direito público federal não é, por si só, suficiente para deslocar a competência para a Justiça Federal, quando a controvérsia principal não envolver diretamente interesse jurídico dessa entidade. É o que se observa, por exemplo, nas ações falimentares e nos processos de insolvência civil: ainda que um dos credores figure como ente federal, a competência permanece na Justiça Estadual, em razão da natureza do litígio e da concentração da relação jurídica principal.

DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA

A Lei n° 11.340/2006 foi instituída para prevenir, combater e erradicar a violência de gênero ocorrida no âmbito doméstico foi fruto de compromissos assumidos pelo Brasil no Plano Internacional, bem como, decorrente do art. 226, § 8º da Constituição Federal.

A legislação estabelece, pois, sistema protetivo especial para mulheres em situação de violência doméstica que mantenham com o autor da agressão uma relação de afinidade ou afetividade.

Cumpre destacar que a Lei Maria da Penha tem como ponto positivo não somente por apresentar dispositivos de caráter punitivo ou redistributivo (que importam no estabelecimento de reprimenda mais gravosa ao ato da violência, dando por consequência, maior significação social ao fenômeno da violência contra a mulher), mas também devido ao fato de apresentar inúmeros dispositivos destinados a reduzir os impactos da violência.

Dentro dessa perspectiva, a Legislação concedeu ao/a magistrado/a a **possibilidade de afastamento temporário da mulher em situação de violência do trabalho garantindo-lhe a manutenção do emprego.**

Assim, o art. 9º da Lei n° 11.340/2006 estabelece:

> "Art. 9o A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.
>
> § 1o O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.
>
> § 2o O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:
>
> I acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;
>
> II **manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses."** (grifos nossos).

Perceba-se que a Lei Maria da Penha cria uma hipótese de interrupção de contrato de trabalho e estabilidade, ao mesmo tempo em que, para garantir a incolumidade da mulher em situação de violência, permite o seu afastamento do trabalho pelo período de até seis meses.

Em primeiro lugar, cumpre analisar a aplicação e eficácia do artigo 9º, § 2º, inciso II, da Lei n.º 11.340/2006 à luz da Constituição Federal.

Assim, importa destacar que a eficácia do dispositivo acima encontra amparo no ordenamento constitucional brasileiro, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a igualdade substancial entre homens e mulheres (artigos 3º, IV e 5º, I), a proteção da família com garantia mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (artigo 226, § 8º), bem como o direito à previdência social e ao trabalho (artigo 6º e 7º, caput e XXII, todos da CF/88).

Com efeito, a aplicação do benefício previdenciário por incapacidade temporária à hipótese de afastamento por violência doméstica, nos termos do que dispõe o art. 201, I da Constituição Federal, não é apenas juridicamente admissível, como se mostra constitucionalmente exigível.

O princípio da igualdade material (art. 5º, caput, da CF/88), em sua vertente de promoção da equidade, impõe tratamento isonômico a situações de igual gravidade e repercussão social. A violência doméstica, ao inviabilizar o desempenho das atividades laborais, seja por traumas físicos ou psíquicos, insere-se perfeitamente na moldura fática tutelada pela proteção previdenciária. Negar tal enquadramento significaria perpetuar discriminação indireta contra mulheres, sobretudo aquelas em condição de vulnerabilidade socioeconômica, contrariando frontalmente a vedação constitucional à discriminação de qualquer natureza (art. 3º, IV, da CF/88).

Portanto, a concessão do auxílio em virtude do afastamento do trabalho da mulher em situação de violência doméstica e familiar, não apenas reforça o compromisso estatal com a justiça social e com a seguridade, como também está em consonância com obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção de Belém do Pará.

A par do quanto dito, a Emenda Constitucional n.º 103/2019 promoveu alteração significativa no texto constitucional ao substituir a expressão "doença" por "incapacidade temporária" para o trabalho como evento coberto pela previdência social. A nova redação do art. 201, inciso I, da Constituição Federal, passou a prever expressamente:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
>
> I - Cobertura dos eventos **de incapacidade temporária** ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Com essa mudança, o próprio constituinte ampliou o alcance da proteção previdenciária, que deixou de estar limitada à ocorrência de doença ou invalidez, como previsto anteriormente no antigo auxílio-doença, **para abranger qualquer situação que implique incapacidade temporária para o exercício do trabalho**, independentemente de sua causa. Trata-se, portanto, de uma evolução no conceito de proteção social, alinhada à realidade multifatorial das situações que podem comprometer a capacidade laborativa do/a segurado/a.

A nomenclatura ainda utilizada pela Lei n.º 8.213/91, nos artigos 59 a 63, ao se referir ao benefício como "auxílio-doença", não foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

Desse modo, a interpretação sistemática e conforme a Constituição impõe a leitura de "auxílio-doença" como "auxílio por incapacidade temporária".

Nesse contexto, não há impedimento jurídico para que a violência doméstica seja reconhecida como fato gerador do direito ao auxílio por incapacidade temporária. **A legislação previdenciária não estabelece rol taxativo — nem mesmo exemplificativo — de eventos que ensejam a concessão do benefício. Isso porque a verificação da incapacidade é sempre casuística e não decorre de ato legislativo, mas sim por avaliação administrativa (pelo INSS) ou judicial.**

Assim como determinadas doenças podem ou não incapacitar, a depender do caso concreto, o mesmo raciocínio aplica-se à violência doméstica, que pode impedir ou comprometer temporariamente a capacidade laboral da vítima, justificando, portanto, a concessão do benefício previdenciário.

Nesse contexto, a violência doméstica ocupa posição singular no ordenamento jurídico como causa de incapacidade para o trabalho, distinguindo-se das demais por contar com previsão legal expressa e específica no art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Tal dispositivo reconhece, de forma inequívoca, a violência doméstica como um fator que pode ensejar o afastamento do trabalho, com garantia de manutenção do vínculo empregatício.

Ou seja, embora o benefício por incapacidade temporária esteja disciplinado no art. 59

da Lei n.º 8.213/91, as hipóteses concretas de sua incidência não estão taxativamente previstas na norma legal. Elas são complementadas, caso a caso, pela análise do Poder Executivo (por meio do INSS) e do Poder Judiciário, conforme o grau de comprometimento da capacidade laborativa do/a segurado/a.

O critério determinante para a concessão do benefício não é a natureza da causa — se doença, acidente ou violência doméstica e familiar —, mas sim a efetiva incapacidade para o exercício do trabalho. É forçoso argumentar que doença não se confunde com incapacidade, sendo esta última o verdadeiro fato gerador do direito ao benefício previdenciário.

Assim, o afastamento motivado por violência doméstica significa, efetivamente, incapacidade temporária para o trabalho, nos termos do que preceitua o art. 201, I da Constituição Federal.

Conforme mencionado, a Lei Federal 8.213/91 efetivamente cria e regulamenta o mencionado benefício, sendo certo que a sua concessão depende de critérios, já devidamente regulados, como período de carência, prova do impedimento para o trabalho, no caso de segurado obrigatório e impedimento de exercer a atividade habitual, no caso de segurado facultativo.

Ademais, a leitura constitucionalmente adequada da proteção previdenciária determina a rejeição de qualquer interpretação que condicione o direito ao benefício exclusivamente a causas médico-patológicas tradicionais, sob pena de vulnerar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e o dever de proteção integral à mulher em situação de violência, consagrado tanto em normas internas quanto em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

O reconhecimento do direito ao auxílio por incapacidade temporária nesses casos atende aos ditames do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. A Constituição Federal, ao estruturar a seguridade social, não o fez de modo compartimentalizado, mas com vistas à promoção integrada da saúde, previdência e assistência social, conforme o caput do art. 194. A atuação do Estado-juiz, nesse contexto, deve ser orientada por uma leitura funcional da norma previdenciária, que privilegie o conteúdo e a finalidade da proteção social, e não seu formalismo estéril.

Considerar, neste contexto normativo, o afastamento decorrente de uma situação de violência doméstica como hipótese configuradora de incapacidade temporária para o trabalho, **também não viola os princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal ou mesmo da criação de benefício sem previsão de fonte de custeio.** Pelo contrário, embasa-se na hermenêutica constitucional orientada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL. DA OMISSÃO DO INSS NO QUE SE REFERE A REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA EM RAZÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES. DA POSSIBILIDADE DE AJUIZAMANTO DE AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O AUTOR DA VIOLÊNCIA

Considerando que o benefício pleiteado é o auxílio por incapacidade temporária, e que se sustenta a caracterização da violência doméstica como causa de incapacidade laboral, **é importante destacar que já existe a devida fonte de custeio, previamente prevista em lei.** Portanto, não se trata da criação de um novo benefício.

Para ilustrar a questão, é pertinente rememorar o surgimento de uma nova enfermidade: a COVID19. O INSS, em nenhum momento, alegou afronta ao equilíbrio atuarial ou à ausência de fonte de custeio pelo simples fato de que, a partir da eclosão da doença, não houve necessidade de alteração legislativa para reconhecer, em certos casos e conforme a gravidade dos sintomas, a

COVID-19 como causa legítima para a concessão do auxílio por incapacidade temporária — ainda que inexistente até os anos de 2019/2020.

Eventual objeção quanto ao impacto atuarial da medida não resiste a uma análise detida. Primeiro, porque o número de casos de afastamento por violência doméstica que resultam em incapacidade laboral é estatisticamente limitado, não representando ameaça concreta ao equilíbrio do sistema previdenciário. Segundo, e mais relevante, porque a própria Constituição, ao condicionar a proteção previdenciária ao equilíbrio atuarial (art. 201, caput), o faz em caráter programático e sob a premissa

da concretização dos direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de cláusula que justifique a denegação de proteção a segmentos vulneráveis, mas sim de diretriz de gestão responsável, compatível com a ampliação do alcance protetivo em casos de clara relevância social.

Adicionalmente, importa frisar que a negativa da cobertura previdenciária sob o pretexto de alegado desequilíbrio financeiro equivale, na prática, à perpetuação de uma dupla penalização da vítima: além da agressão física e emocional, a mulher sofre o descaso institucional ao ver frustrada a sua proteção social justamente no momento de maior fragilidade. Essa omissão seria frontalmente incompatível com o compromisso assumido pelo Brasil de atuar com **dever de devida diligência** para garantir o acesso à justiça das mulheres, atendendo as necessidades das mulheres para uma proteção eficaz de seus direitos.

Ressalte-se, por fim, que a concessão do benefício não se condiciona unicamente à verificação da incapacidade para o trabalho, tal como ocorre em relação a outras hipóteses de incapacidade. Exige-se, cumulativamente, o cumprimento dos requisitos legais da qualidade de segurado na época do evento, da existência de evento coberto pelo Regime previdenciário, do cumprimento de exigências como a carência. Dessa forma, não há afronta ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário e nem se pretende criar um benefício.

Nesse passo, cabe ao INSS a regulação administrativa da mencionada hipotese de afastamento do traalho, uma vez ue sua função é o reconhecimento do direito, a manutenção e o pagamento de benefícios e os serviços previdenciários do Regime Geral de Previdência Social.

Assim, dada a relevante omissão do INSS, ainda que a Justiça reconheça a causa de afastamento do trabalho, em razão da violência doméstica como legitima, o INSS tem resistido ao pagamento dessas mulheres por não possuir procedimento administrativo para o pagamento. Em muitas situações, as mulheres são obrigadas a comparecer em perícias agendadas e somente são afastadas, caso comprovem alguma doença.

O Instituto de Previdência Social deixa de reconhecer que o que impede que mulheres desenvolvam suas atividades laborais, nesse caso específico, é a necessidade de assegurar sua integridade física, segurança pessoal e a própria vida. Parte dessas mulheres encontra-se, inclusive, acolhida em abrigos sigilosos e por essa razão também impossibilitadas de se deslocar para a realização de perícias.

Embora o benefício por incapacidade para o trabalho, também devido às mulheres, em razão da violência sofrida, tenha natureza urgente e alimentar percebe- se que o seu não pagamento até os dias atuais deve-se, exclusivamente a mora do INSS, que ainda não o regulou administrativamente e ainda se recusa a pagá-lo.

Por fim, importa destacar que para minorar eventuais custos econômicos com o pagamento do benefício por incapacidade temporária, em razão da violência doméstica, é possível que o INSS ingresse com ações regressivas em face dos agressores como aliás o INSS já faz em relação a

empresas responsáveis por acidentes de trabalho em caso de negligência, imperícia ou imprudência.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Diante da omissão do INSS, ainda que a Justiça reconheça a causa de afastamento do trabalho, em razão da violência doméstica como legitima, o INSS tem resistido ao pagamento dessas mulheres por não possuir procedimento administrativo para o pagamento. Em muitas situações, as mulheres são obrigadas a comparecer em perícias agendadas e somente são afastadas, caso comprovem alguma doença.

O Instituto de Previdência Social deixa de reconhecer que o que impede que mulheres desenvolvam suas atividades laborais, nesse caso específico, é a necessidade de assegurar sua integridade física, segurança pessoal e a própria vida. Parte dessas mulheres encontra-se, inclusive, acolhida em abrigos sigilosos e por essa razão também impossibilitadas de se deslocar para a realização de perícias.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Requerimento de medida protetiva e recursos possíveis.

INDICAÇÃO DA PERSPECTIVA/ENFOQUE DE GÊNERO E RAÇA RELACIONADA À TESE

Mulheres em situação de violência que, ao se verem obrigadas a abandonar seus empregos como única forma de garantir sua segurança e de seus filhos, acabam expostas a uma espiral de vulnerabilidade social, econômica e emocional. Sem acesso a mecanismos eficazes de proteção e amparo, muitas retornam ao convívio com o (a) agressor (a) por absoluta ausência de alternativas, ou mergulham em novas relações abusivas, perpetuando ciclos de violência.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRÉ-FORMATADA

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença

de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A Lei n° 11.340/2006 foi instituída para prevenir, combater e erradicar a violência de gênero ocorrida no âmbito doméstico foi fruto de compromissos assumidos pelo Brasil no Plano Internacional, bem como, decorrente do art. 226, § 8º da Constituição Federal.

A nova legislação estabelece, pois, sistema protetivo especial para mulheres em situação de violência doméstica que mantenham com o autor da agressão uma relação de afinidade ou afetividade.

Cumpre destacar que a Lei Maria da Penha tem como ponto positivo não somente por apresentar dispositivos de caráter punitivo ou redistributivo (que importam no estabelecimento de reprimenda mais gravosa ao auto da violência, dando por consequência, maior significação social ao fenômeno da violência contra a mulher), mas também devido ao fato de apresentar inúmeros dispositivos destinados a reduzir os impactos da violência.

Dentro dessa perspectiva, , a Legislação concedeu ao magistrado a **possibilidade de afastamento temporário da mulher em situação de violência do trabalho garantindo-lhe a manutenção do emprego.**

Assim, o art. 9º da Lei n° 11.340/2006 estabelece:

> "Art. 9o A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no istema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

> § 1o O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.
>
> § 2o O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:
>
> I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;
>
> II **- manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses."** (grifos nossos).

Perceba-se que a Lei Maria da Penha cria uma nova hipótese de interrupção de contrato de trabalho e estabilidade, ao mesmo tempo em que, para garantir a incolumidade da mulher em situação de violência, permite o seu afastamento do trabalho pelo período de até seis meses.

A Emenda Constitucional n.º 103/2019 promoveu alteração significativa no texto constitucional ao substituir a expressão "doença" por "incapacidade temporária" para o trabalho como evento coberto pela previdência social. A nova redação do art. 201, inciso I, da Constituição Federal, passou a prever expressamente:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
>
> I - Cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Com essa mudança, **o próprio constituinte ampliou o alcance da proteção previdenciária**, que deixou de estar limitada à ocorrência de doença ou invalidez, como previsto anteriormente no antigo auxílio-doença, **para abranger qualquer situação que implique incapacidade temporária para o exercício do trabalho**, independentemente de sua causa. Trata-se, portanto, de uma evolução no conceito de proteção social, alinhada à realidade multifatorial das situações que podem comprometer a capacidade laborativa do segurado

A nomenclatura ainda utilizada pela Lei n.º 8.213/91, nos artigo59 **a 63, ao se referir ao benefício como "auxílio-doença", não foi recepcionada pela nova ordem constitucional.**

Desse modo, a interpretação sistemática e conforme a Constituição impõe a leitura de "auxíliodoença" como "auxílio por incapacidade temporária".

Nesse contexto, não há impedimento jurídico para que a violência doméstica seja reconhecida como fato gerador do direito ao auxílio por incapacidade temporária. **A legislação previdenciária não estabelece rol taxativo — nem mesmo exemplificativo — de eventos que ensejam a concessão do benefício. Isso porque a verificação da incapacidade é sempre casuística e não decorre de ato legislativo, mas sim por avaliação administrativa (pelo INSS) ou judicial.**

Em relação ao tema já há decisão do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo esse dever no INSS, conforme se observa:

RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. MEDIDA PROTETIVA. AFASTAMENTO DO EMPREGO. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA. VARA ESPECIALIZADA. VARA CRIMINAL. NATUREZA JURÍDICA DO AFASTAMENTO. INTERRUPÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PAGAMENTO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. INTERPRETAÇÃO

EXTENSIVA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. FALTA JUSTIFICADA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. AUXÍLIO DOENÇA. INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARCIALMENTE.

1. Tem competência o juiz da vara especializada em violência doméstica e familiar ou, caso não haja na localidade o juízo criminal, para apreciar pedido de imposição de medida protetiva de manutenção de vínculo trabalhista, por até seis meses, em razão de afastamento do trabalho de ofendida decorrente de violência doméstica e familiar, uma vez que o motivo do afastamento não advém de relação de trabalho, mas de situação emergencial que visa garantir a integridade física, psicológica e patrimonial da mulher.

2. Tem direito ao recebimento de salário a vítima de violência doméstica e familiar que teve como medida protetiva imposta ao empregador a manutenção de vínculo trabalhista em decorrência de afastamento do emprego por situação de violência doméstica e familiar, ante o fato de a natureza jurídica do afastamento ser a interrupção do contrato de trabalho, por meio de interpretação teleológica da Lei n. 11.340/2006.

3. Incide o auxílio-doença, diante da falta de previsão legal, referente ao período de afastamento do trabalho, quando reconhecida ser decorrente de violência doméstica e familiar, pois tal situação advém da ofensa à integridade física e psicológica da mulher e deve ser equiparada aos casos de doença da segurada, por meio de interpretação extensiva da Lei Maria da Penha.

4. Cabe ao empregador o pagamento dos quinze primeiros dias de afastamento da empregada vítima de violência doméstica e familiar e fica a cargo do INSS o pagamento do restante do período de afastamento estabelecido pelo juiz, com necessidade de apresentação de atestado que confirme estar a ofendida incapacitada para o trabalho e desde que haja aprovação do afastamento pela perícia do INSS, por incidência do auxílio-doença, aplicado ao caso por meio de interpretação analógica.

5. Recurso especial parcialmente provido, para a fim de declarar competente o Juízo da 2ª Vara Criminal de Marília-SP, que fixou as medidas protetivas a favor da ora recorrente, para apreciação do pedido retroativo de reconhecimento do afastamento de trabalho decorrente de violência doméstica, nos termos do voto.

(REsp 1757775/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 02/09/2019) (grifos nossos).

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. O acolhimento das preliminares arguidas ...

d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...

e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

FAMÍLIA

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Cabe recurso de agravo de instrumento em face do indeferimento liminar ou em sede de tutela antecipada de medida protetiva de urgência.*

Autores/as: : Nálida Coelho Monte

Assunto

A definição do recurso ou ação impugnativa cabível contra decisão que indefere, liminarmente ou em sede de tutela antecipada, a aplicação de medidas protetivas previstas na lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Ausência de previsão legal expressa na referida Lei. Entendimentos divergentes na jurisprudência nacional. Casos de utilização de recurso em sentido estrito, agravo de instrumento, apelação e mandado de segurança. Entendimentos divergentes que causam grave ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Atendimento de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Meta do Plano de Atuação Relacionada

Eixo 8 - Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres

8.1. Que a Defensoria Pública realize atendimento itinerante nas regiões mais distantes e excluídas dos municípios, para atendimento humanizado e qualificado das mulheres, inclusive as das regiões rurais, possibilitando o efetivo atendimento jurídico dessas mulheres, sem que as mulheres precisem se dirigir até a sede da Defensoria Pública.

8.2. Aprimoramento da atuação da Defensoria Pública na proteção de mulheres em situação de violência, garantindo o acesso a um atendimento mais qualificado, através da criação de cargos especializados na temática.

8.3. Capacitação permanente pela EDEPE e NUDEM de profissionais que compõe a rede de atendimento para enfrentamento de violência doméstica e sexual contra mulheres, como delegacias, CRAS, CREAS, UBS e capacitação interna de estagiários, servidores e defensores para que o atendimento seja realizado com recorte de gênero e observadas as políticas de atendimento prioritário e especializado

Fundamentação jurídica

1. DA IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA POSTO

A despeito de a Lei Maria da Penha ter sido aprovada há mais de 15 anos, ainda persistem sérias questões sobre a sua aplicação. Uma das mais relevantes tem sido a razoável controvérsia jurisprudencial acerca de qual recurso é cabível em relação ao indeferimento liminar de medidas protetivas de urgência.

Assim, a presente **TESE INSTITUCIONAL** buscará demonstrar que: i) a ausência de definição da resposta jurídica para atacar a decisão acima mencionada ofende a Convenção de Belém do Pará, incorporada à legislação brasileira por meio do Decreto nº 1.973/96. Além disso, a presente tese demonstrará a existência de relevante controvérsia jurisprudencial em relação à interpretação da Lei Maria da Penha e o alto grau de discricionariedade evidenciado em decisões de Tribunais Estaduais, deixando as mulheres em situação de violência no Brasil sem resposta uniforme para o mesmo problema levado ao conhecimento de autoridades judiciais, o que revela, no limite, quebra de isonomia.

Em seguida, a tese passará a descrever, de forma breve, a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, analisará a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema e, por fim, justificará o porquê de a escolha do agravo de instrumento se adequar aos fins sociais da Lei Maria da Penha.

Da ofensa a legislação federal: tratados internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres

2. DA OFENSA À LEGISLAÇÃO FEDERAL: TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

A ausência de definição acerca do recurso cabível sobre o indeferimento liminar das medidas protetivas de urgência ofende os arts. 1º, 2º, "e" e "c", 3º (direito à vida sem violência), 4º, "a" (direito à vida), "b" (direito a que se respeite a integridade física, mental e moral), "c" (direito à segurança pessoal), "e" (direito a que se respeite a dignidade e que se proteja a sua família), "f" (direito à igual proteção perante a lei); art. 7º, "b" (agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher), "d" (adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade), "f" (estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher submetida à violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos) e "g" (estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher submetida à violência tenha efetivo acesso à restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes), **TODOS** da Convenção de Belém do Pará, incorporados à legislação brasileira por meio do Decreto nº 1.973/96.

Importante destacar, de forma breve, que a Convenção de Belém do Pará, por meio de seu art. 7º, estabelece aos países signatários o dever de devida diligência, o que significa dizer que estes países estão obrigados a prevenir, investigar, reparar e impor sanções às violações de direitos humanos decorrentes de discriminação de gênero contra as mulheres.

Comentando o mencionado artigo da Convenção, a professora FABIANA SEVERI, em seu livro "LEI MARIA DA PENHA E O PROJETO JURIDICO BRASILEIRO" aduz que "*o dever de devida diligência impõe aos Estados que eles incorporem, nos casos envolvendo violações de direitos das mulheres, as especificidades necessárias para que a proteção seja realmente eficaz*[1]."

Nesse passo, é dever dos Estados – parte da Convenção assegurar procedimentos jurídicos justos e eficazes que possibilitem a proteção de mulheres. **No caso analisado, o razoável dissenso jurisprudencial afeta, de maneira significativa, o acesso de mulheres a meios de impugnação de decisões judiciais e por consequência o direito de acesso à justiça.**

No caso CASO GONZÁLEZ E OUTRAS ("CAMPO ALGODOEIRO") VS. MÉXICO a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que "*o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como*

1 SEVERI, Fabiana Cristina. Lei Maria da Penha e o Projeto Jurídico Feminista. Rio de Janeito: Lumen Juris, 2018.

um fato ilícito[2]". Admitiu a possibilidade de responsabilização do Estado, ainda, por atos privados, desde que não adotem medidas com a devida diligência para impedir a violação dos direitos ou para investigar e castigar os atos de violência e indenizar as vítimas. **Assim, a Corte destaca que os Estados devem contar com marco jurídico de proteção adequada às mulheres** e que esse marco deve ter aplicação efetiva, **sendo eficiente também para prevenir violações dos direitos humanos das mulheres.**

Evidentemente as medidas protetivas da Lei Maria da Penha tem a importante função de interrupção do ilícito, caso já ocorrido, mas também tem uma feição preventiva, uma vez que podem ser deferidas na iminência da violação dos direitos das mulheres. Indubitavelmente, as medidas protetivas são capazes de evitar o agravamento da violência e prevenir feminicídios[3]. Por essa razão, a ausência de segurança jurídica, em relação ao meio de impugnação de decisões judiciais, que indeferem esses provimentos jurisdicionais são extremamente prejudiciais às mulheres em situação de violência.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, no caso Maria da Penha Fernandes vs. Brasil, que "*a falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica*" e que *"a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso de reagir adequadamente ante a violência doméstica"*[4] . Da mesma forma que no caso "CAMPO ALGODOEIRO" a Comissão concluiu que o dever geral de diligência obriga ao Estado não apenas processar e condenar o agressor, mas também prevenir práticas degradantes aos direitos das mulheres.

Vê-se, portanto, que a ausência de definição do rito célere e pré-definido, em relação ao processamento de requerimentos de medidas protetivas de urgência pode caracterizar omissão ou negligência relevante por parte de autoridades do judiciário brasileiro, no que pertine à observância do dever de devida diligência e que por essa razão o acórdão combatido contraria a Convenção Belém do Pará, nos aspectos aqui mencionados.

3. DA ACENTUADA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

A princípio, conforme já descrito acima, é possível identificar que há diversos entendimentos passíveis de dissenso entre os Tribunais, conquanto a discussão nos autos tenha se enveredado pelo recurso cabível quando do deferimento/indeferimento liminar ou em sede de tutela de urgência das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha.

Há acentuada divergência no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em relação ao tema.

---

2 CORTEIDH. CASO GONZÁLEZ E OUTRAS ("CAMPO ALGODOEIRO") VS. MÉXICO SENTENÇA DE 16 DE NOVEMBRO DE 2009. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf> acesso em 11/12/2024.

3 Na pesquisa do Ministério Público do Estado de São Paulo denominada " RAIO X DO FEMINICIDIO" ao verificar se as medidas protetivas são eficientes para evitar o feminicídio, os dados revelaram que nos processos em que houve deferimento de medida protetiva foram 12 (doze) para um universo de 364 casos, o que representa apenas 3% do total de casos, significando que quase a totalidade dos feminicídios ocorridos no Estado eram de casos, nos quais as mulheres não possuíam medidas protetivas deferidas. Disponível em < https://assets-compromissoeatitudeipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2018/03/RaioXFeminicidio-formato-livreto.pdf> acesso em 11/12/2024.

4 CIDH. RELATÓRIO N° 54/01CASO 12.051 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES Vs. BRASIL. 4 de abril de 2001. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> acesso em 11/12/2024.

Cabe registrar que, em razão dessa divergência, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 2044935-96.2020.8.26.0000.

Referido incidente foi instaurado pela Defensoria Pública justamente para reconhecer o cabimento do agravo de instrumento como meio impugnativo das decisões que indeferem/revogam medidas protetivas. Muito embora o IRDR não tenha sido admitido pela Turma Especial Criminal (que entendeu pela inocorrência do pressuposto da quebra de isonomia, exatamente em razão da possibilidade de adoção do princípio da fungibilidade recursal), o Eminente Relator reconheceu a existência do requisito da acentuada divergência jurisprudencial em relação ao tema e assim se manifestou:

"Toda a fundamentação do acórdão embargado se fundou na compreensão de que, não obstante a divergência jurisprudencial sobre o meio impugnativo cabível contra decisão que indefere medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha – primeiro pressuposto para instauração do IRDR, conforme o art. 976, I, do CPC –, a discordância não causa risco à isonomia e à segurança jurídica, segundo requisito para formação do incidente (art. 976, II, do CPC). E a Turma Especial assim entendeu por que, basicamente, **AMPLAMENTE MINORITÁRIAS**, consoante reconhecido pelos próprios embargantes na inicial, as decisões no sentido de que inadmissível a incidência do princípio da fungibilidade. Isso já sugere o não atendimento do art. 976, II, do CPC. Afinal, praticamente a totalidade dos arestos selecionados pela Defensoria, embora possam não concordar com o recurso ou ação interpostos, conhecem da insurgência como outra modalidade, sem qualquer prejuízo para a interessada."

Nesse passo, as 3ª, 6ª, 8ª, 9ª e 14ª Câmaras de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consideram cabível o Agravo de Instrumento contra decisão que defere/indefere medidas protetivas de urgência em sede de tutela antecipada, conforme se verifica abaixo:

a. Agravo de Instrumento n. 2281699-63.2021.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Alcides Malossi Junior, j. 30.06.2022;

b. Agravo de Instrumento n. 2280438-63.2021.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. César Augusto Andrade de Castro, j. 12.05.2022;

c. Agravo de Instrumento n. 2301294-82.2020.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 11.02.2022;

d. Agravo de Instrumento n. 2175182-68.2020.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Luiz Antonio Cardoso, j. 07.01.2021;

Em oposição, a 5ª e 10ª Câmaras Criminais proferiram acórdãos nos quais expressam o entendimento de que é cabível, em razão da interpretação extensiva, o recurso em sentido estrito:

a. a)Recurso em Sentido Estrito: 9000003-03.2017.8.26.0001; Relator: Juvenal Duarte; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 30/08/2018;

b. b)Recurso em Sentido Estrito nº 2222639-09.2014.8.26.0000; 10ª Câmara de Direito Criminal, Relator Nuevo Campos, Julgado em 5 de fevereiro de 2015.

Vê-se, portanto, que o dissenso é atual e persistente.

4. DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: ANÁLISE DOUTRINÁRIA

A divergência em relação ao debate posto ocorre porque parte da doutrina e da jurisprudência parte do pressuposto de que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha são medidas de

natureza eminentemente penal e que, por essa razão, são acessórias a procedimento penal. Uma das consequências desse entendimento é a de que, uma vez submetidas à sistemática do Código de Processo Penal, não seria possível a utilização do agravo de instrumento contra decisão de caráter não terminativo que indeferiu as medidas protetivas de urgência no primeiro grau.

Em primeiro lugar, é importante consignar que a Lei Maria da Penha não prevê, de forma precisa, qual recurso é cabível do indeferimento liminar de medidas protetivas de urgência. A despeito disso, é possível concluir, a partir de uma interpretação sistemática de seus dispositivos, que é cabível o recurso de agravo de instrumento pelos motivos a seguir mencionados.

Em primeiro lugar, as medidas protetivas ostentam natureza jurídica de tutela inibitória. Buscam resguardar o direito material da mulher em ter sua vida, integridade física e psicológica não violadas, de modo que a ofendida busca um provimento judicial que visa inibir um ato ilícito ainda não praticado ou impedir a reiteração de um ato já cometido ou a continuação de uma atividade ilícita em curso por parte do agressor. Trata-se de tutela jurisdicional preventiva, voltada para o futuro.

A adoção de um procedimento célere e simplificado, a partir de juízo de cognição sumária, também não significa que as medidas protetivas sejam cautelares "*propriamente ditas*", razão pela qual não há que se falar em processo principal, pois o procedimento para a decretação de medidas protetivas de urgência é de conhecimento, principal e satisfativo.

Nesse passo, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico estimula a adoção da tutela inibitória apta a prevenir, remover ou impedir a continuação de um ato ilícito. Vê-se que o fundamento maior da tutela inibitória é o art. 5º XXXV da Constituição Federal, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito[5].

Portanto, as medidas de urgência da Lei 11.340/2006 não possuem natureza jurídica de cautelares, pois não são dotadas das características da instrumentalidade, referibilidade e provisoriedade, comuns às "*cautelares propriamente ditas*".

Da mesma forma, as medidas protetivas da Lei 11.340/2006 não se destinam à eficácia da decisão jurisdicional a ser proferida em outro processo (no caso, em feito de natureza criminal); o objetivo das medidas protetivas é a defesa dos direitos à paz, à habitação e à inviolabilidade da integridade física e psicológica de uma mulher em situação de violência.

Como se não bastasse, para a concessão das cautelares penais, a lei adjetiva penal exige como pressupostos o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*. Ocorre que exigir a ocorrência de um crime para concessão de medidas protetivas de urgência pode levar a uma interpretação restritiva da Lei 11.340/2006, contrariando os fins sociais a que a Lei se destina e a especial condição da mulher em situação de violência. Isso porque a Lei 11.340/2006 não enuncia tipos penais, mas formas de violência em rol exemplificativo. Não se pode afirmar que a todo tipo de forma de violência haverá uma correspondente infração penal; tanto por esse motivo, o art. 22, § 4º, da Lei Maria da Penha prevê a adoção de outros mecanismos de coerção, diversos da prisão, para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência.

Em relação ao tema MARIA BERENICE DIAS DESTACA que:

5 CIDH. RELATÓRIO N° 54/01CASO 12.051 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES Vs. BRASIL. 4 de abril de 2001. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> acesso em 11/12/2024.

> *"A violência doméstica não configura somente ilícito penal, mas também ilícito civil capaz de gerar efeitos na órbita civil. Como a jurisdição penal tem por objetivo punir o agente depois do ilícito consumado, há a necessidade de buscar a tutela jurisdicional prevista na lei processual civil. Tanto a tutela inibitória para inibir a prática do ilícito, como a tutela reintegratória para remover ou impedir sua continuação. Desse modo é importante distinguir: a sanção penal ao agressor; as consequências civis do ilícito cometido; e as medidas que visam impedir que a violência ocorra ou se perpetue.*
>
> *Para impedir a violência, a sua repetição ou continuação a Lei Maria da Penha garante um procedimento diferenciado, denominado de medidas protetivas de urgência: providências de conteúdo satisfativo, concedida em procedimento simplificado. Trata-se de procedimento cautelar embora sem conteúdo cautelar. Como a ação para a obtenção da medida protetiva de urgência é satisfativa dispensa o ajuizamento da ação principal em 30 dias).*[6]*"*

Por fim, vale mencionar que a Lei 14.550, de 19 de abril de 2023, porém, alterou a Lei Maria da Penha para inserir os parágrafos 4º a 6º ao art. 19, *in verbis:*

> *Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º As medidas protetivas de urgência serão concedidas em juízo de cognição sumária a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas e poderão ser indeferidas no caso de avaliação pela autoridade de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023) § 5º As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023) § 6º As medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023)*

Desta forma, a recente alteração legislativa pacificou a questão, tornando expressa, na lei, a natureza jurídica autônoma das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha.

Por todo o exposto, vê-se que as medidas protetivas de urgência não são cautelares penais, de forma que o meio impugnativo da decisão que a deferiu ou indeferiu deve ser expressamente previsto na lei adjetiva penal, razão pela qual não se aplica, necessariamente, a sistemática do processo penal.

Dessa forma, **no RESP 1775341/SP**, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, reconheceu-se

---

6 DIAS. Maria Berenice. Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015

que :

> *"Nos termos do Parecer Jurídico emanado pelo Consórcio Lei Maria da Penha, a revogação de medidas protetivas de urgência exige a prévia oitiva da vítima para avaliação da cessação efetiva da situação de risco à sua integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial. Tanto mais que assinala o Protocolo para o Julgamento com Perspectiva de Gênero, "as peculiares características das dinâmicas violentas, que, em regra, ocorrem no seio do lar ou na clandestinidade, determinam a concessão de especial valor à palavra da vítima" (CNJ, 2021, p. 85). [...], enquanto existir risco ao direito da mulher de viver sem violência, as restrições à liberdade de locomoção do apontado agente são justificadas e legítimas. O direito de alguém de não sofrer violência não é menos valioso do que o direito de alguém de ter liberdade de contato ou aproximação. Na ponderação dos valores não pode ser aniquilado o direito à segurança e à proteção da vítima.*
>
> ***Antes do encerramento da cautelar protetiva, a defesa deve ser ouvida, notadamente para que a situação fática seja devidamente apresentada ao Juízo competente, que diante da relevância da palavra da vítima, verifique a necessidade de prorrogação/concessão das medidas, independente da extinção de punibilidade do autor".***

O julgado acima mencionado aponta para duas conclusões relevantes: a primeira relacionada ao período de eficácia das medidas protetivas de urgência, **que se relaciona não com processo principal**-- mas com a necessidade da vítima, ou seja, a existência de um risco concreto e o exercício de um juízo de proporcionalidade por parte do magistrado de instancias ordinárias. A segunda relevante conclusão é a de que no cenário acima estabelecido as medidas protetivas, uma vez concedidas, não podem ser revogadas sem oitiva anterior da vítima.

Outro relevante julgado desse Tribunal é o RESP 2036072/MG, de relatoria da Ministra LAURITA VAZ, no qual ela consignou que:

> *1. As medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha buscam preservar a integridade física e psíquica da vítima, prescindindo, assim, da existência de ação judicial ou inquérito policial. Considerando essas características, vê-se que as referidas medidas possuem natureza inibitória, pois têm como finalidade prevenir que a violência contra a mulher ocorra ou se perpetue. Nesse sentido: "[...] Lei Maria da Penha. Desnecessidade de processo penal ou cível. 3. Medidas que acautelam a ofendida e não o processo" (STF, HC 155.187 AgR, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2019, DJ16/04/2019). 2. Reconhecida a natureza jurídica de tutela inibitória, a única Conclusão admissível é a de que as medidas protetivas têm validade enquanto perdurar a situação de perigo. A decisão judicial que as impõe submete-se à cláusula rebus sic stantibus, ou seja, para sua eventual revogação ou modificação, mister se faz que o Juízo se certifique de que houve a alteração do contexto fático e jurídico. 3. Os referidos entendimentos se coadunam com o atual texto da Lei 11.340/06, conforme previsão expressa contida no art. 19, §§5.º e 6.º, acrescentados recentemente pela Lei n.º 14.550/23. 4. Nesse cenário, torna-se imperiosa a instauração do contraditório antes de se decidir pela manutenção ou revogação do referido instrumento protetivo. Em obediência ao princípio do contraditório (art. 5.º, inciso LV, da Constituição da República), as partes devem ter a oportunidade de influenciar na decisão, ou seja, demonstrar a permanência (ou não) da violência ou do risco dessa violência, evitando, dessa forma, a utilização de presunções, como a mera*

> *menção ao decurso5. Não pode ser admitida a fixação de um prazo determinado para a vigência das medidas aplicadas (revogação automática), sem qualquer averiguação acerca da manutenção daquela situação de risco que justificou a imposição das medidas protetivas, expondo a mulher a novos ataques. 6. A fim de evitar a inadequada perenização das medidas, nada impede que o juiz, caso entenda prudente, revise periodicamente a necessidade de manutenção das medidas protetivas impostas, garantida, sempre, a prévia manifestação das partes, consoante entendimento consolidado pela Terceira Seção desta Corte de Justiça, no sentido de que "a revogação de medidas protetivas de urgência exige a prévia oitiva da vítima para avaliação da cessação efetiva da situação de risco à sua integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial" (AgRg no REsp n. 1.775.341/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 12/4/2023, DJe de 14/4/2023.) 7. É descabida, no entanto, a fixação de um prazo geral para que essa reavaliação das medidas ocorra, devendo ser afastada a analogia com o prazo de 90 dias para revisão das prisões preventivas, que tutela extrema situação de privação de liberdade e pressupõe inquérito policial ou ação penal em curso, o que, como visto, não é o caso das medidas protetivas de urgência. Isso deve ficar a critério do Magistrado de primeiro grau, que levará em consideração as circunstâncias do caso concreto para estabelecer um prazo mais curto ou mais alongado, a partir da percepção do risco a que a Vítima está submetida e da natureza mais ou menos restritiva das medidas aplicadas ao caso concreto.*

Importante ressaltar que não se trata de posições isoladas desse Tribunal, tanto que recentemente, o STJ afirmou o caráter autônomo das medidas protetivas por meio do TEMA REPETITIVO 1249 STJ, cuja questão submetida a julgamento foi: I) Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha; II) (im)possibilidade de fixação, pelo magistrado, de prazo predeterminado de vigência da medida.

Nesse passo, o STJ fixou as seguintes teses:

> *1) As medidas protetivas de urgência têm natureza jurídica de tutela inibitória e sua natureza jurídica não se subordina à existência atual ou vindoura de boletim de ocorrência, inquérito policial, processo cível ou criminal.*
>
> *2) A duração das medidas protetivas de urgência vincula-se à persistência da duração de risco da mulher, razão pela qual deve ser fixada por prazo temporalmente indeterminado.*
>
> *3) Eventual reconhecimento de causa de extinção de punibilidade, arquivamento do inquérito ou absolvição do acusado não origina necessariamente a extinção da medida protetiva de urgência. Máxime pela possibilidade de persistência da situação de risco ensejadora da concessão da medida.*
>
> *4) Não se submete a prazo obrigatório de revisão periódica, mas devem ser avaliadas pelo magistrado de ofício ou a pedido do interessado quando constatado concretamente o esvaziamento da situação de risco. A situação deve ser sempre precedida de contraditório, com as oitivas da vítima e do suposto agressor.*

Portanto, a análise dos julgados mencionados, bem como a fixação de tese por este Tribunal em relação ao tema, demonstra o evidente erro de pressuposto, que ao fixar a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência como CAUTELAR PENAL, exige que o meio impugnativo de provimento jurisdicional que concedeu ou denegou essas medidas esteja previsto no CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

5. DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: ANÁLISE DA COERÊNCIA DOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O reconhecimento do caráter autônomo das medidas protetivas de urgência tem sido apontado não apenas pela doutrina e legislação, conforme demonstrado no item anterior. Conforme se verificará a seguir, o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua função nomofilácica, tem seguido uma linha de julgamentos no sentido aqui mencionado.

Dessa forma, no **REsp 1.775.341/SP,** de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, reconheceuse que:

> *"Nos termos do Parecer Jurídico emanado pelo Consórcio Lei Maria da Penha, a revogação de medidas protetivas de urgência exige a prévia oitiva da vítima para avaliação da cessação efetiva da situação de risco à sua integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial. Tanto mais que assinala o Protocolo para o Julgamento com Perspectiva de Gênero, 'as peculiares características das dinâmicas violentas, que, em regra, ocorrem no seio do lar ou na clandestinidade, determinam a concessão de especial valor à palavra da vítima' (CNJ, 2021, p. 85). [...], enquanto existir risco ao direito da mulher de viver sem violência, as restrições à liberdade de locomoção do apontado agente são justificadas e legítimas. O direito de alguém de não sofrer violência não é menos valioso do que o direito de alguém de ter liberdade de contato ou aproximação. Na ponderação dos valores, não pode ser aniquilado o direito à segurança e à proteção da vítima. Antes do encerramento da cautelar protetiva, a defesa deve ser ouvida, notadamente para que a situação fática seja devidamente apresentada ao Juízo competente, que, diante da relevância da palavra da vítima, verifique a necessidade de prorrogação/concessão das medidas, independentemente da extinção de punibilidade do autor."*

O julgado acima mencionado aponta para duas conclusões relevantes: a primeira, relacionada ao período de eficácia das medidas protetivas de urgência, que se relaciona não com processo principal, mas com a necessidade da vítima, ou seja, a existência de um risco concreto e o exercício de um juízo de proporcionalidade por parte do magistrado de instâncias ordinárias. A segunda relevante conclusão é a de que, no cenário acima estabelecido, as medidas protetivas, uma vez concedidas, não podem ser revogadas sem oitiva prévia da vítima.

Outro relevante julgado desse Tribunal é o **REsp 2.036.072/MG**, de relatoria da Ministra LAURITA VAZ, no qual ela consignou que:

> "1. As medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha buscam preservar a integridade física e psíquica da vítima, prescindindo, assim, da existência de ação judicial ou inquérito policial. Considerando essas características, vê-se que as referidas medidas possuem natureza inibitória, pois têm como finalidade prevenir que a violência contra a mulher ocorra ou se perpetue. Nesse sentido: '[...] Lei Maria da Penha. Desnecessidade de processo penal ou cível. 3. Medidas que acautelam a ofendida e não o processo' (STF, HC 155.187-AgR, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2019, DJe 16/04/2019). 2. Reconhecida a natureza jurídica de tutela inibitória, a única conclusão admissível é a de que as medidas protetivas têm validade enquanto perdurar a situação de perigo. A decisão judicial que as impõe submete-se à cláusula rebus sic stantibus, ou seja, para sua eventual revogação ou modificação, mister se faz que o Juízo se certifique de que houve a alteração do contexto fático e jurídico. 3. Os referidos entendimentos se coadunam com o atual texto da Lei 11.340/06, conforme

> previsão expressa contida no art. 19, §§ 5.º e 6.º, acrescentados recentemente pela Lei n.º 14.550/23. 4. Nesse cenário, torna-se imperiosa a instauração do contraditório antes de se decidir pela manutenção ou revogação do referido instrumento protetivo. Em obediência ao princípio do contraditório (art. 5.º, inciso LV, da Constituição da República), as partes devem ter a oportunidade de influenciar na decisão, ou seja, demonstrar a permanência (ou não) da violência ou do risco dessa violência, evitando, dessa forma, a utilização de presunções, como a mera menção ao decurso [do tempo]. 5. Não pode ser admitida a fixação de um prazo determinado para a vigência das medidas aplicadas (revogação automática), sem qualquer averiguação acerca da manutenção daquela situação de risco que justificou a imposição das medidas protetivas, expondo a mulher a novos ataques. 6. A fim de evitar a inadequada perenização das medidas, nada impede que o juiz, caso entenda prudente, revise periodicamente a necessidade de manutenção das medidas protetivas impostas, garantida, sempre, a prévia manifestação das partes, consoante entendimento consolidado pela Terceira Seção desta Corte de Justiça, no sentido de que 'a revogação de medidas protetivas de urgência exige a prévia oitiva da vítima para avaliação da cessação efetiva da situação de risco à sua integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial' (AgRg no REsp n. 1.775.341/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 12/4/2023, DJe de 14/4/2023). 7. É descabida, no entanto, a fixação de um prazo geral para que essa reavaliação das medidas ocorra, devendo ser afastada a analogia com o prazo de 90 dias para revisão das prisões preventivas, que tutela extrema situação de privação de liberdade e pressupõe inquérito policial ou ação penal em curso, o que, como visto, não é o caso das medidas protetivas de urgência. Isso deve ficar a critério do Magistrado de primeiro grau, que levará em consideração as circunstâncias do caso concreto para estabelecer um prazo mais curto ou mais alongado, a partir da percepção do risco a que a vítima está submetida e da natureza mais ou menos restritiva das medidas aplicadas ao caso concreto."

Importante ressaltar que não se trata de posições isoladas desse Tribunal, tanto que recentemente o STJ afirmou o caráter autônomo das medidas protetivas por meio do **TEMA REPETITIVO 1249 STJ**, cuja questão submetida a julgamento foi: I) Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha; II) (im)possibilidade de fixação, pelo magistrado, de prazo predeterminado de vigência da medida.

Nesse passo, o STJ fixou as seguintes teses:

1. As medidas protetivas de urgência têm natureza jurídica de tutela inibitória e sua natureza jurídica não se subordina à existência atual ou vindoura de boletim de ocorrência, inquérito policial, processo cível ou criminal.

2. A duração das medidas protetivas de urgência vincula-se à persistência da situação de risco da mulher, razão pela qual deve ser fixada por prazo temporalmente indeterminado.

3. Eventual reconhecimento de causa de extinção de punibilidade, arquivamento do inquérito ou absolvição do acusado não origina necessariamente a extinção da medida protetiva de urgência. Máxime pela possibilidade de persistência da situação de risco ensejadora da concessão da medida.

4. Não se submete a prazo obrigatório de revisão periódica, mas devem ser avaliadas pelo magistrado de ofício ou a pedido do interessado quando constatado concretamente o

esvaziamento da situação de risco. A situação deve ser sempre precedida de contraditório, com as oitivas da vítima e do suposto agressor.

Portanto, a análise dos julgados mencionados, bem como a fixação de tese por este Tribunal em relação ao tema, demonstra o evidente erro de pressuposto que, ao fixar a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência como **CAUTELAR PENAL**, exige que o meio impugnativo de provimento jurisdicional que concedeu ou denegou essas medidas esteja previsto no **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

6. DO DESDOBRAMENTO DOS DEBATES EM TORNO DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: DO RECURSO CABÍVEL DO INDEFERIMENTO LIMINAR DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

Afirmar a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha não tem apenas valor acadêmico; também possui efeitos práticos na vida das mulheres. No caso em questão, isso se justifica porque confere às mulheres segurança jurídica em relação ao meio impugnativo eficaz e célere quando seus requerimentos forem indeferidos e lhes confere, em igualdade de condições, a mesma resposta jurídica.

Conforme sustentado ao longo da argumentação, é evidente que o procedimento do agravo de instrumento é o que melhor se adequa ao requerimento de medidas protetivas de urgência.

Segundo a lição da doutrina, repetida pelo artigo 203 do Código de Processo Civil, os pronunciamentos do(a) juiz(a) consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. São consideradas decisões interlocutórias todos os pronunciamentos judiciais de natureza decisória que não põem fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como não extinguem uma execução.

A Comissão de Juristas que elaborou o novo CPC/2015 buscou simplificar o sistema recursal, extinguindo o antigo agravo retido e prevendo que o agravo de instrumento ficaria mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência, para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos em que houvesse previsão legal expressa. Tal categorização e adoção de rol estanque para o manejo de Agravo de Instrumento foi bastante criticada pela doutrina logo no início da vigência do novo CPC. Durante a própria tramitação legislativa do Código de Processo Civil, a possível falha da opção pela taxatividade foi apontada. Exemplo desta discussão foi a Emenda nº 92, proposta pelo Senador Aloysio Nunes.

Apesar da alegação de que existiriam várias hipóteses de decisões interlocutórias que não foram contempladas e que mereceriam ser impugnáveis desde logo, a emenda foi rejeitada por um óbice regimental. A grande velocidade e a dinâmica das relações sociais se mostraram incompatíveis com a previsão de um rol fechado de hipóteses de cabimento de agravo, razão pela qual o STJ, através da sistemática dos Recursos Repetitivos, firmou em 05/12/2018, através do **Tema 988**, a seguinte tese: **"O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação."**

O atual entendimento a respeito das hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento é absolutamente compatível com a aplicação deste às decisões interlocutórias, de caráter inibitório e de natureza cível, proferidas quando do indeferimento de pedidos relacionados às medidas protetivas. Neste sentido, ao concluir o julgamento do Recurso Especial **1.704.520**, sob o rito dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça definiu o conceito de taxatividade mitigada do rol previsto no art. 1.015 do CPC e, como consequência, admitiu a possibilidade de

interposição de agravo de instrumento fora das hipóteses expressamente previstas no texto legal.

Não bastasse isso, as medidas protetivas não estão sujeitas à sistemática do CPP, tanto que o art. 13 da Lei Maria da Penha assim dispõe:

> **Art. 13.** Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

Dessa feita, é perfeitamente possível o manejo do recurso de agravo de instrumento na hipótese aqui debatida, sobretudo porque o rito de processamento do agravo de instrumento é o que melhor se adequa aos fins sociais da Lei Maria da Penha, notadamente porque admite a concessão de tutela de urgência, em procedimentos jurisdicionais cujo tempo é essencial para garantia efetiva de proteção à integridade física e psicológica das mulheres. Tanto é assim, que a Lei Maria da Penha estabelece prazo de 48 horas para que o(a) juiz(a) analise os requerimentos de medidas protetivas (art. 18). Da mesma forma, o procedimento de concessão das medidas é simplificado, possuindo rito de cognição sumária, tendo, inclusive, o legislador se preocupado em determinar que o expediente de requerimento de medida protetiva DEVE SER APARTADO em relação ao encaminhamento de eventual inquérito policial (art. 12, *c*).

Assim, a análise sistemática dos mencionados dispositivos **VAI DE ENCONTRO À** utilização do RESE como meio impugnativo mais adequado na hipótese analisada. Isso porque o RESE sequer possui, em seu rito, a possibilidade de concessão de tutela de urgência. Isso significa, ainda, que mesmo que fosse aplicado o princípio da fungibilidade, recebendo-se o agravo de instrumento como RESE, ainda seria possível vislumbrar prejuízo e quebra de isonomia em relação a mulheres na mesma situação de violência doméstica, uma vez que o tempo do processo seria diverso caso o recurso "considerado adequado" pelo Tribunal seja RESE ou AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Além disso, o Recurso em Sentido Estrito, previsto no art. 581 do CPP, possui hipóteses ou rol taxativo de cabimento, de forma que não consta no mencionado artigo a hipótese específica de indeferimento liminar da medida protetiva de urgência.

Já em relação à apelação, percebe-se que, na espécie, o recurso não seria cabível, pois a decisão recorrida **NÃO** é decisão terminativa.

Em recente decisão, no bojo do **Recurso Especial 2.214.127**, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Eminente Ministro Relator **JOEL ILAN PACIORNIK** reconheceu a acentuada divergência jurisprudencial em relação ao tema e deu provimento ao mencionado recurso para determinar que o agravo de instrumento seja conhecido como recurso cabível em face do deferimento ou indeferimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Federal nº 11.340/2006.

Assim, por toda argumentação expendida, **PERCEBE-SE** que, de fato, o agravo de instrumento é o recurso que melhor se adequa às necessidades do rito de concessão e julgamento das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha, e que a adoção de recurso diverso pode tornar essa tutela inefetiva.

Fundamentação Fática

A divergência em relação a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha,

notadamente, acerca de seu caráter autônomo/ satisfativo ou seu caráter cautelar / instrumental, associada à ausência de previsão legal específica no que se refere ao rito de processamento e julgamento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha tem diversas consequências. Uma delas, é que decorridos mais de 15 anos da promulgação da Lei, não há pacificação nos Tribunais acerca de qual é o recurso cabível em face do indeferimento liminar das medidas protetivas de urgência, fato que gera insegurança jurídica e quebra de isonomia entre mulheres que se encontram no mesmo contexto fático- situação de violência doméstica. A situação se torna mais dramática, uma vez que as soluções jurídicas consideradas – agravo de instrumento, recurso em sentido estrito, apelação, mandado de segurança tem prazos e ritos de processamento distintos e nem sempre compatíveis com a urgência que a apreciação das medidas protetivas impõe. Junte-se a isso, o fato de vários Tribunais, como o de São Paulo, não aplicarem o principio da fungibilidade recursal.

Sugestão de Operacionalização

Elaboração de recursos de agravo de instrumento, agravo interno e recurso especial em relação ao tema.

Indicação da Perspectiva/Enfoque de Gênero e Raça Relacionada à Tese

A ausência de definição do rito célere e pré-definido, em relação ao processamento de requerimentos de medidas protetivas de urgência pode caracterizar omissão ou negligência relevante por parte de autoridades do judiciário brasileiro, no que pertine à observância do dever de devida diligência e que por essa razão o acórdão combatido contraria a Convenção Belém do Pará, nos aspectos aqui mencionados.

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Controvérsia sobre questão exclusivamente de direito: a definição do recurso ou ação impugnativa cabível contra decisão que indefere a aplicação de medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Ofensa a lei federal. Entendimentos divergentes na jurisprudência nacional. Violação à isonomia e à segurança jurídica. Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO

A presente controvérsia reside na definição do recurso cabível contra decisão que indeferiu medidas protetivas de urgência pleiteadas pela ora Recorrente, no âmbito da Lei Maria da Penha;

O Tribunal de origem, ao inadmitir o agravo de instrumento interposto, entendeu que tais medidas possuem natureza penal e são acessórias ao processo principal, não comportando impugnação por meio do mencionado recurso e firmando entendimento de que o meio de impugnação cabível se encontra na legislação adjetiva penal. Não bastasse, recusou-se a aplicar o princípio da fungibilidade recursal, ainda que tenha reconhecido a relevante controvérsia jurisdicional em relação ao tema.

Portanto, o presente recurso tem como principal objetivo a fixar a tese de que o agravo de instrumento é recurso cabível contra o indeferimento liminar das medidas protetivas de urgência;

É fato que não há previsão expressa na Lei Maria da Penha do recurso cabível em caso de indeferimento liminar de medida protetiva de urgência, de forma que os Tribunais vêm decidindo a questão de modo controverso. Assim, há acórdãos que entendem que o recurso cabível é agravo de instrumento; outros, recurso em sentido estrito, mandado de segurança e ainda os que exigem a impugnação por recurso de apelação, gerando forte insegurança jurídica;

Uma vez estabelecido o contexto geral de apresentação do presente recurso, ele deve ser admitido. Isso porque, conforme já reconhecido pelo Tribunal de origem há relevante controvérsia em relação a aplicação da Lei Federal, notadamente, em relação aos **4º, art. 13, 19, § 5º e § 6º, 22, §4º da Lei Federal 11.340/06 ;**

Nos termos do art. 13 da Lei Federal 11.340/2006 **ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão** as normas dos Códigos de Processo Penal e **Processo Civil** e da legislação

específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido na própria Lei Maria da Penha. Logo, descabida a conclusão de necessidade de aplicação do Código de Processo Penal para reger qualquer procedimento previsto na Lei Maria da Penha;

Soma-se a isso, o fato de que a própria Lei Maria da Penha conferiu a/o juiz/a poder geral de cautela, admitindo em seu **art. 22, §4º** a possibilidade de aplicação dos §§ 5º e 6º do art. 461 do CPC anterior e que encontra correspondência no atual art. 497 do CPC. Ou seja: para o caso de descumprimento de medidas protetivas de urgência pode o/a juiz/a aplicar multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial, de forma, que NÃO É LÓGICO concluir que em caso de descumprimento de medida protetiva , a consequência única possível é a decretação da prisão do agressor. **Assim, o entendimento contido na decisão recorrida contraria também o art. 22, § 4º da Lei Maria da Penha;**

Para considerar incabível o recurso de agravo de instrumento, a decisão recorrida se assenta ainda na premissa de que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha são ***"acessórias" em relação ao processo principal, cujo objetivo é "a apuração de uma infração penal" e por essa razão seria "incabível outra sistemática, senão aquela prevista no Código de Processo Penal"***. O entendimento acima **contraria os § 5º e § 6º do art. 19 da Lei federal 11.340/2006**, que dispõem, respectivamente, que as medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência e que essas medidas vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes;

É indubitável, ainda, a decisão recorrida viola o **art. 7º b (agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher), d (adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade), f,(estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos)"** da Convenção Belém do Pará, incorporados a Legislação brasileira por meio do Decreto nº 1973/96;

Isso porque, é dever dos Estados – parte da Convenção assegurar procedimentos jurídicos justos e eficazes que possibilitem a proteção de mulheres. **No caso analisado, o razoável dissenso jurisprudencial afeta, de maneira significativa, o acesso de mulheres a meios de impugnação de decisões judiciais e por consequência o direito de acesso à justiça.** Além disso, a ausência de definição do rito célere e pré-definido, em relação ao processamento de requerimentos de medidas protetivas de urgência pode caracterizar omissão ou negligência relevante por parte de autoridades do judiciário brasileiro, no que pertine à observância do dever de devida diligência e que por essa razão o acórdão combatido contraria a Convenção Belém do Pará, nos aspectos aqui mencionados.

Restou, ainda, demonstrado que é possível identificar que há diversos entendimentos passíveis de dissenso entre os Tribunais brasileiros, a partir do cotejamento de decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Minas Gerais e Distrito Federal, que adotaram, respectivamente, para essa mesma situação as seguintes respostas: RESE(sem aplicação da fungibilidade recursal),

agravo de instrumento (sem aplicação da fungibilidade recursa) e Reclamação Criminal. Portanto, é imperioso ressaltar que os Tribunais Superiores reconheçam a necessidade de uniformizar o entendimento, em relação à temática aqui tratada;

O que se pretende afirmar, no presente recurso, é que, embora a Lei Maria da Penha não tenha previsto de forma expressa o recurso cabível para o caso em questão, uma interpretação teleológica da Lei, bem como a preservação da coerência deste Tribunal são capazes de fixar uma resposta que garanta para as mulheres proteção eficiente, isonomia e segurança jurídica;

A resposta a esse dissenso jurisprudencial passa pelo entendimento da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11340/06. As medidas protetivas ostentam natureza jurídica de tutela inibitória, autônoma e preventiva: busca-se inibir um ato ilícito que está na iminência de ser praticado, ou impedir sua reiteração. São requeridas por meio de processo de conhecimento, de forma autônoma, desvinculada de eventual processo cível ou criminal, a partir da adoção de um rito sumário/ sumaríssimo. Desse modo, defende-se aqui que o recurso cabível é o agravo de instrumento.

A própria lei Maria da Penha evidencia essa conclusão, em sua mais recente alteração, que acresceu ao artigo 19, **os § 5º e § 6º;**

Vê-se que as medidas protetivas de urgência não possuem natureza penal necessariamente e não são cautelares acessórias a qualquer procedimento, fato que infirma o fundamento do acórdão recorrido, segundo o qual as medidas protetivas de urgência são cautelares penais, de forma que o meio impugnativo da decisão que a deferiu ou indeferiu deve ser expressamente previsto na lei adjetiva penal;

O reconhecimento do caráter autônomo das medidas protetiva de urgência tem sido apontado não apenas pela doutrina e legislação, mas o próprio Superior Tribunal de Justiça vem firmando a sua Jurisprudência nesse sentido, conforme se observa **no RESP 1775341/SP**, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, no qual restou fixado entendimento de que **"antes do encerramento da cautelar protetiva, a defesa deve ser ouvida, notadamente para que a situação fática seja devidamente apresentada ao Juízo competente, que diante da relevância da palavra da vítima, verifique a necessidade de prorrogação/concessão das medidas, independente da extinção de punibilidade do autor". O mesmo entendimento foi adotado no julgado RESP 2036072/MG, de relatoria da Ministra LAURITA VAZ;**

Por fim, este e. Tribunal Superior já pacificou a questão por meio do Tema Repetitivo 1249, fixando a seguinte tese: **As medidas protetivas de urgência têm natureza jurídica de tutela inibitória e sua natureza jurídica não se subordina à existência atual ou vindoura de boletim de ocorrência, inquérito policial, processo cível ou criminal;**

Ou seja, conquanto o STJ venha seguindo uma linha de coerência de decisões perfiladas com os objetivos da Lei Maria da Penha, na medida em que maximiza a proteção de mulheres e meninas em situação de violência, o mesmo não ocorre nos Tribunais Estaduais, de sorte que cabe a este Tribunal uniformizar a jurisprudência nacional, mantendo-a estável, íntegra e coerente;

Exigir a ocorrência de um crime para concessão de medidas protetivas de urgência, ou o enquadramento penal do processo, pode levar a uma interpretação restritiva da Lei 11.340/2006 que contraria os fins sociais a que ela se destina e a especial condição da mulher em situação de violência. Esse entendimento além de violar a lei federal, também viola a autonomia das mulheres, que para gozarem da proteção merecida devem não apenas registrar boletim de

ocorrência, mas torcer para que procedimentos de investigação e instrução processual – que não dependem de ações das próprias mulheres- tenham desfecho condenatório, para que somente, a partir daí possam ter direito a ordens de restrição em relação ao agressor;

Uma vez demonstrada a natureza jurídica das medidas protetivas, resta demonstrar porque o agravo de instrumento é a melhor alternativa jurídica a controvérsia posta;

Com relação ao cabimento do recurso de agravo de instrumento, este e. Tribunal Superior, através da sistemática dos Recursos Repetitivos, firmou em 05/12/2018, através do Tema 988, a seguinte tese: "O Rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação."

O entendimento é perfeitamente aplicável às decisões interlocutórias proferidas quando do indeferimento de pedidos relacionados às medidas protetivas. **O rito de processamento do agravo de instrumento é o que melhor se adequa aos fins sociais da Lei Maria da Penha, notadamente porque admite a concessão de tutela de urgência (ao contrário do recurso em sentido estrito): é importante que tramitem em procedimentos jurisdicionais simplificados, com rito de cognição sumária, já que o tempo é essencial à efetividade da proteção da integridade das mulheres;**

Face ao exposto, requer-se que o presente recurso seja conhecido e provido para o fim de fixar a tese no sentido de que o agravo de instrumento é o recurso idôneo a impugnar decisão (de caráter liminar ou em tutela de urgência) que defere ou indefere a aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;
b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;
c. O acolhimento das preliminares arguidas ...
d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...
e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

FAMÍLIA

4. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *No divórcio e dissolução união estável proposto pela mulher vítima de violência doméstica, é cabível pedido de partilha compensatória, atribuindo-se quota maior dos bens à cônjuge ou convivente vitimada.*

Autores/as: : Renata Okano Gimenes Sella

Assunto

Direito de Família

Direito da Mulher Violência de Gênero

Partilha de bens

Protocolo para Julgamento sob Perspectiva de Gênero - CNJ

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Lei 988/2006, Art. 5º, inc. VI: i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência;

Meta do Plano de Atuação Relacionada

Meta 8.2: **Aprimoramento da atuação da Defensoria Pública na proteção de mulheres em situação de violência, garantindo o acesso a um atendimento mais qualificado,** através da criação de cargos especializados na temática;

Meta 8.3. Capacitação permanente pela EDEPE e NUDEM de profissionais que compõe a rede de atendimento para enfrentamento de violência doméstica e sexual contra mulheres, como delegacias, CRAS, CREAS, UBS e **capacitação interna de estagiários, servidores e defensores** para que o atendimento seja realizado com recorte de gênero e observadas as políticas de atendimento prioritário e especializado.

Fundamentação Jurídica

O Direito brasileiro passou a voltar olhares às situações envolvendo a perspectiva de gênero, notadamente inseridas em relações familiares.

O Conselho Nacional de Justiça, através do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, orienta os magistrados e magistradas que, na análise do caso concreto, busquem reduzir essa desigualdade, muitas vezes acompanhada de situações de violência.

O art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, possibilita que a sentença penal condenatória fixe indenização à vítima. Da mesma forma, a Lei Maria da Penha, no art. 9º, § 4º, prevê expressamente a possibilidade de se aplicar multa ao condenado pela prática de crimes nos termos da Lei 11.340/06. Porém, a seara penal, como *ultima ratio* e regida pelo princípio da presunção de inocência, não está alcançando seu intuito de, de forma célere e eficaz, indenizar a vítima em situações de violência.

Os regimes de bens elegidos por ocasião do casamento, previstos nos arts. 1639 a 1688, utilizam a palavra "comunicação" de bens entre os cônjuges, o que não necessariamente leva à conclusão de que a comunicação seja na mesma medida para cada cônjuge ou convivente.

No mesmo soar, o art. 1.575 do Código Civil prevê a necessidade de partilha de bens quando do fim da sociedade conjugal ou união estável, tratando-se se requisito essencial

da petição inicial (art. 319, inciso III, c/c art. 731, inciso I, do CPC). Aqui, o termo partilha também não impede a atribuição de quotas diferentes a cada cônjuge.

É dever da Defensoria Pública, insculpido no art. 134 da CF bem como no art. 1º da LC 988/06, tutelar os interesses das mulheres hipossuficientes, garantido-lhes, por meio de acesso ao poder Judiciário, partilha justa e refratária à violência doméstica. A instituição deve ser protagonista na inovação de teses jurídicas em defesa das pessoas mais necessitadas.

Nos casos de extinção da relação conjugal manchada pela violência doméstica, o ordenamento jurídico pátrio, com base nos princípios da solidariedade familiar (art. 226 da CF) e eticidade (art. 113 do Código Civil), possibilita a atribuição de quotas diferentes dos bens comuns a cada uma das partes, como forma indenizatória pela violência praticada como ilícito civil. Tal instituto pode ser chamado de Partilha Compensatória e é abrangido pelos valores que perpassam a Reforma do Código Civil (atual Projeto de Lei nº 4/2025).

Fundamentação Fática

O divórcio ou dissolução de união estável das pessoas mais vulneráveis, que buscam a Defensoria Pública para obtenção de assistência judiciária, podem ser categorizados em dois vieses. O primeiro, ruptura na relação de pessoas que não amealharam bens. O segundo, fim de relacionamento de pessoas que adquiram bens no curso da união, na grande parte bens imóveis financiados e bens móveis (veículos e bens que guarnecem a residência).

Nos casos de violência doméstica, o que se verifica é uma urgência da parte autora - mulher, na maioria dos casos - em ver-se livre daquele vínculo conjugal. Essa urgência leva ao comportamento processual de, muitas vezes, abrir mão da discussão judicial sobre a partilha dos bens ou, até mesmo, se sentir não merecedora dos bens adquiridos na constância da união (havendo ainda ranço social de que, quem deixa o lar, perderia o direito aos bens).

Com a possibilidade do divórcio liminar - tema, inclusive, abraçado pela Reforma do Código Civil - passou-se a resguardar à mulher, primeiro, conseguir dar fim jurídico ao relacionamento de forma célere e eficaz (sem ter de submeter-se a, muitas vezes, longas buscas pela citação do requerido) e, segundo, empoderá-la para, já divorciada, discutir sobre os bens.

Resguardado o direito potestativo ao divórcio, podemos voltar os olhos a garantir à mulher um próximo passo rumo à igualdade material: a partilha compensatória de bens.

A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na seara penal em favor da vítima ainda é diminuta, restringindo-se a alguns foros onde há Juizado de Violência Doméstica. Logo, impossibilitado o acompanhamento processual em grande escala dessa vítima de violência doméstica para fins de pleitear indenização (art. 387, inciso IV, CPP e art. 9ª da Lei 11.340/06). Há de se buscar, portanto, outro meio de ressarcir financeiramente a vítima pela violência sofrida.

Aqui, dois caminhos de solução se abrem: 1) pedir condenação do requerido por indenização por danos materiais/morais, no processo de divórcio ou de forma autônoma na seara civil, invocando o instituto da Responsabilidade Civil; 2) conferir quotas diferentes dos bens a cada uma das partes, como forma indenizatória pela violência praticada.

No primeiro caso, além da discussão sobre a competência (Vara Cível, Vara de Família ou JVD), há outros obstáculos à efetivação do direito da vítima. Mesmo que superados

os entraves processuais, a sentença condenando o requerido a indenizar terá de ser liquidada, executada e estará sujeita às defesas inerentes ao executado (art. 833 do CPC).

Ainda na primeira opção, no curso da execução, poder-se-ia pensar em penhorar a quota-parte do cônjuge no imóvel partilhado por ocasião do divórcio. Caso tal quota não esteja protegida pelo instituto do bem de família, daí sim a mulher vítima da violência poderia adjudicar a quota do imóvel (ou parte dela, indenizando o requerido pelo valor residual! - sic) e, então, estaria garantido seu direito.

No segundo caso, havendo situação de violência doméstica narrada por ocasião do atendimento inicial, pode o Defensor Público constar tal fato na inicial de divórcio ou dissolução de união estável - juntando o boletim de ocorrência, se houver - e pedir a partilha dos bens em quotas diferenciadas para a mulher vítima de violência doméstica, por aplicação do Protocolo para Julgamento sob Perspectiva de Gênero - CNJ, e princípios da eticidade e solidariedade familiar, podendo, inclusive, culminar na perda de toda meação do cônjuge ou companheiro agressor.

Sugestão de Operacionalização

I. Em triagem, atribuir senha diferenciada para atendimento qualificado de mulher vítima de violência (meta 8.2 do Plano de Atuação);

II. Na redação da inicial de divórcio ou dissolução de união estável, havendo situação de violência doméstica, pode o Defensor Público pedir a partilha compensatória, atribuindo quotas diferenciadas dos bens para a mulher vítima de violência doméstica (ex: 70% para mulher vitimada e 30% para cônjuge ou companheiro/a) (meta 8.3 do Plano de Atuação).

Indicação da Perspectiva/Enfoque de Gênero e Raça Relacionada à Tese

Mulher vítima de violência doméstica

Manifestação Processual Pré-Formatada:

Capítulos relacionados à presente tese para inserir nas iniciais de divórcio ou dissolução de união estável

I. DA TRAMITAÇÃO PRIORITÁRIA

Por primeiro, considerando o artigo 33, parágrafo único da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que estabelece o direito de preferência para o processo e julgamento das causas que envolvam violência doméstica e familiar, pugna-se seja dada preferência à tramitação do presente feito.

II. DOS FATOS

A parte autora casou-se com a parte requerida sob o regime de comunhão parcial de bens em xx/xx/xxx, conforme certidão de casamento em anexo.

Na constância da união, foram amealhados bens.

Ocorre que o relacionamento perdeu a harmonia de outrora, estando ambos separados de fato desde xx/xxxx, em razão de violência praticada pelo cônjuge requerido.

Dessa forma, pretende a parte autora que seja decretado o divórcio do casal, nos seguintes termos.

III. DO DIVÓRCIO EM SEDE LIMINAR, INAUDITA ALTERA PARS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

As partes estão separadas de fato há xx meses, desde a perpetração da violência pela parte requerida. Nesse sentido, tramita no anexo de violência doméstica e familiar contra a mulher no foro de Xxxxx, autos de medida protetiva sob o número xxxxxxx-xx.xxxx.8.26.xxxx.

O artigo 311 do Código de Processo Civil, que trata da Tutela de Evidência, prevê que a concessão deverá ocorrer, nos termos da própria Lei, "independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo". Logo, tratando-se de direito potestativo da parte, é possível a decretação liminar do divórcio. Neste sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. TUTELA ANTECIPADA. ARTIGO226, § 6º, DA CF. ADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO, COMOBSERVAÇÃO. 1. Decisão que, em "ação de divórcio e.e. indenização por danos morais e pedido urgente de antecipação da tutela jurisdicional", movida pela ora agravante contra o agravado, indeferiu o pedido de antecipação de tutela, consistente na decretação imediata do divórcio das partes. 2. Com a nova redação o divórcio passou a ser direto e imotivado. 3. No caso, a agravante não mais pretende estar casada e, ao que consta, as partes concordam com a decretação imediata do divórcio. O litígio entre as partes não diz respeito ao divórcio em si, mas, sim, a questões laterais, tais como, partilha de bens e condenação do agravado ao pagamento de indenização por danos morais. **4. Recurso que comporta provimento para o fim de se decretar, em antecipação de tutela, o divórcio das partes, com a observação de que o feito deve prosseguir na origem quanto às demais questões laterais ao divórcio, ainda não decididas.** 5. Agravo de instrumento provido, com observação". (grifamos) (TJSP, Agravo de Instrumento nº2167896- 15.2015.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rei. Des. Alexandre Lazzarini, j. 10/11/2015).

Nesse sentido, no caso de pedido de divórcio, sabe-se que basta a manifestação de vontade de uma das partes para a decretação do fim do casamento, uma vez que não há qualquer argumento por parte do requerido capaz de impedir a decretação do divórcio. Além disso, o artigo 300 do Código de Processo Civil, que trata da Tutela de Urgência, determina que esta será concedida quando "houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo".

O pleito de decretação liminar do divórcio, inclusive, já é objeto de doutrina pacífica e está alinhando com as diretrizes do IBDFAM, conforme Enunciado nº 18:

> **Enunciado 18 - Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.**

Portanto, requer-se a decretação LIMINAR do divórcio, antes mesma da citação do requerido, por estarem presentes os elementos para tanto, tratando-se o estado civil de direito potestativo da parte.

IV. DA PARTILHA COMPENSATÓRIA

No capítulo referente à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, o Código Civil prevê a partilha de bens na seguinte forma:

> Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.
>
> Parágrafo único. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

O Código Civil disciplina os regimes de bens no casamento, nos arts. 1.639 a 1.688. O regime de comunhão parcial de bens - regime automaticamente aplicado na ausência de pacto antenupcial - está previsto no art. 1.658 do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Vê-se que a lei usa a palavra "comunicação" e "partilha" de bens, o que não necessariamente leva à conclusão de que a comunicação ou a partilha seja na mesma medida para cada cônjuge ou convivente.

O art. 113 do Código Civil trouxe, como princípio de regência das relações humanas, a boa-fé. Trata-se de espelho, no direito civil, da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional da República (art. 1º, III, CF).

Por aplicação do princ1p10 da boa-fé objetiva, exige-se comportamento leal e transparente durante a relação conjugal, mas também por ocasião de sua dissolução. A eticidade deve nortear, também, a partilha de bens.

Com a edição do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, editado pelo CNJ em 02 de fevereiro de 2021, a análise judicial sobre como deve ser a partilha passou a não ser mais tão automática, extravasando o instituto da meação. Ao traçar as quotas de partilha dos bens comuns, cabe ao magistrado e à magistrada analisar a questão sob a ótica da vulnerabilidade de gênero, trazendo Justiça ao caso concreto e evitando perpetuar desigualdades históricas.

No presente caso, a extinção da relação conjugal deu-se em razão de situação de violência doméstica, razão pela qual requer-se a fixação de quotas diferentes dos bens a cada uma das partes, como forma indenizatória pela violência praticada.

O presente pleito está em consonância com o dever do Estado (aqui como Estado-juiz) de coibir a violência nas relações familiares, conforme proteção à familia consagrada no art. 226, §8º, da Constituição Federal:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)
>
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

V. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se:

1. A decretação liminar do divórcio;
2. Ao final, o julgamento procedente da ação para, na forma do art. 1.575 c/c 1.658 do Código Civil, interpretado sob a luz dos princípios da eticidade e solidariedade familiar, bem como por aplicação do Protocolo para Julgamento sob a Perspectiva de Gênero, partilhar os bens adquiridos na constância da união em 70o/o (setenta por cento) para a parte autora e 30% (trinta por cento) para a parte requerida, como forma de indenização pela violência sofrida, independentemente de apuração na seara penal.

FAMÍLIA

5. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Guarda compartilhada.*

Autores/as: : Associação de Assistência às Mulheres, Crianças e Adolescentes e Vítimas de Violência – "RECOMEÇAR"

Meta Do Plano De Atuação Relacionada

O processo deve ser analisado **sob a perspectiva de gênero**, como exige a **Resolução CNJ nº 492/2023** e a **Recomendação CNJ nº 128/2022,** que tornam obrigatória a aplicação das diretrizes do **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**. Tais instrumentos visam **garantir o acesso à justiça por mulheres em situação de vulnerabilidade**, reconhecendo as assimetrias de poder, as violências invisibilizadas no ambiente doméstico, e os impactos específicos da discriminação estrutural.

Fundamentação Jurídica

A orientação pela guarda compartilhada instituída pela Lei 13.058/14, cabe ao Magistrado a sensibilidade de conceber que não se trata de uma regra absoluta, afinal, se os genitores não possuem uma relação saudável, não terão condições de conduzir uma guarda compartilhada. Ainda mais com constante episódios de violências na frente dos filhos Davi e Daniela, salientada pela conduta do genitor que induz a filha a manifestar-se contra a mãe.

Em vigor a Lei 14.713/2023 impede a guarda compartilhada de filhos quando há risco de algum tipo de violência doméstica ou familiar praticado por um dos genitores. A referida lei modificou o § 2º, do art. 1.584, do CC para prever que a guarda será unilateral quando "houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar".

A norma modifica o Código Civil e o Código de Processo Civil – CPC para impedir que o genitor agressor tenha direito à guarda compartilhada.

Fundamentação Fática

A disputa pela guarda dos filhos nos casos que envolve violência domestica e familiar requer extremo cuidado na propositura de ações, criar um mecanismo de atendimento com o olhar a estabelecer guarda e visitas sem vulnerabilizar ainda mais a mulher em situação de violência, verificar se estão presentes os requisitos necessários à boa convivência familiar que justificam a guarda compartilhada, bem como a violência praticada pelo autor, cuja existência de medida protetiva e as retomadas do relacionamento demonstram o grau de violência latente, de modo que a efetivação da guarda unilateral é medida necessária, bem como a fixação de regime de convivência franqueado por terceira pessoa indicada pelo genitor ou pela mãe

Sugestão De Operacionalização

Indagar a assistida sobre as responsabilidades de cuidado que o genitor é capaz de realizar e, se o caso relativizar a regra da guarda compartilhada e as condições que se dariam as visitas , adequando regime usualmente aceito por uma proposta que não coloque a genitora em situação de vulnerabilidade física ou psicológica.

Indicação Da Perspectiva/Enfoque De Gênero E Raça Relacionada À Tese

Resolução CNJ nº 492/2023 e a Recomendação CNJ nº 128/2022, que tornam obrigatória a aplicação das diretrizes do **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**. Tais

instrumentos visam **garantir o acesso à justiça por mulheres em situação de vulnerabilidade,**

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Direito de Família – Guarda e visitas – Violência doméstica – Aplicação da Lei nº 14.713/2023, que alterou o art. 1.584, §2º, do Código Civil, para vedar a guarda compartilhada quando houver elementos que evidenciem risco de violência doméstica ou familiar – Necessidade de preservação da integridade física, psicológica e emocional da mãe e dos filhos – Princípio do melhor interesse da criança – Resolução CNJ nº 492/2023 e Recomendação CNJ nº 128/2022, que orientam a atuação judicial na perspectiva de gênero e com enfoque na proteção integral – Estabelecimento da guarda unilateral em favor da genitora – Regulamentação de visitas de forma a não vulnerabilizar a mulher em situação de violência, priorizando o ambiente seguro e mediado – Medida protetiva que reforça a inviabilidade da guarda compartilhada – Garantia da efetividade dos direitos fundamentais da mulher e das crianças.

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº *yyy*, inscrito/a no CPF sob o nº *yyyy*, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP *yyyy,* telefone(s) *xxxx*, e-mail *xxxxx,* por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

A parte assistida foi vítima de agressão física e psicológica por parte do requerido, tendo sido forçada a sair de sua própria residência, sem quaisquer recursos financeiros para sua subsistência e dos filhos.

1. DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Conforme consigna o artigo 319, VII, do CPC, as partes deverão manifestar seu interesse, ou não, na designação de audiência de conciliação.

Assim, a parte autora manifesta que se opõe a designação de referida audiência, uma vez que sempre sofreu agressões por parte do autor.

A Lei 14.713/23 alterou o CPC ao incluir, em seu art. 699-A, que "nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 do mesmo código, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de 05 dias para apresentação de prova ou de indícios pertinentes", sendo o caso dos autos.

I. FATOS

Trata-se de ação que visa fixar a guarda e forma de convivência dos infantes com o genitor

É a síntese.

II. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A guarda dos filhos deve ser regulada em observância ao **superior interesse das crianças** (art. 227 da Constituição Federal e art. 1.583 do Código Civil). Tal interesse deve considerar, de forma ampla, o ambiente afetivo e psicológico que melhor assegure o desenvolvimento saudável e equilibrado dos infantes.

A Lei 14.713/23 alterou o CPC ao incluir, em seu art. 699-A, que "nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 do mesmo código, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de 05 dias para apresentação de prova ou de indícios pertinentes", sendo o caso dos autos.

Neste sentido, a conduta do Autor demonstra clara tentativa de retaliação e controle da vida da Requerida, incompatível com o exercício saudável da guarda. A ruptura do relacionamento conjugal não pode servir de instrumento para alienação ou exclusão da figura materna da vida dos filhos, principalmente quando, **atualmente, a Requerida se encontra em plenas condições físicas, emocionais e legais para exercer sua maternidade** com responsabilidade.

Importante destacar que o presente processo deve ser analisado **sob a perspectiva de gênero**, como exige a **Resolução CNJ nº 492/2023** e a **Recomendação CNJ nº 128/2022,** que tornam obrigatória a aplicação das diretrizes do **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**. Tais instrumentos visam **garantir o acesso à justiça por mulheres em situação de vulnerabilidade**, reconhecendo as assimetrias de poder, as violências invisibilizadas no ambiente doméstico, e os impactos específicos da discriminação estrutural.

2. DA GUARDA

Conforme já amplamente debatido, a animosidade e distanciamento das partes é evidente. Não havendo o mínimo de consenso ou diálogo, havendo inclusive episódios de violência física, verbal e psicológica, com o autor subjugando a requerida.

De modo que, nada obstante a orientação pela guarda compartilhada instituída pela Lei 13.058/14, cabe ao Magistrado a sensibilidade de conceber que não se trata de uma regra absoluta, afinal, se os genitores não possuem uma relação saudável, não terão condições

de conduzir uma guarda compartilhada. Ainda mais com constante episódios de violências na frente dos filhos Davi e Daniela, salientada pela conduta do genitor que induz a filha a manifestar-se contra a mãe.

Em vigor a Lei 14.713/2023 impede a guarda compartilhada de filhos quando há risco de algum tipo de violência doméstica ou familiar praticado por um dos genitores. A referida lei modificou o § 2º, do art. 1.584, do CC para prever que a guarda será unilateral quando "houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar".

A norma modifica o Código Civil e o Código de Processo Civil – CPC para impedir que o genitor agressor tenha direito à guarda compartilhada.

No presente caso, não estão presentes os requisitos necessários à boa convivência familiar que justificam a guarda compartilhada, bem como a violência praticada pelo autor, cuja existência de medida protetiva e as retomadas do relacionamento demonstram o grau de violência latente, de modo que a efetivação da guarda unilateral é medida necessária.

No presente caso, a guarda em favor da mãe é a que melhor atende os interesses dos filhos menores, entendimento diferente só pode ocorrer em casos extremos, conforme leciona a doutrina sobre o tema:

> "No entender de Sílvio de Salvo Venosa, a mãe, costumeiramente, é mais apta, e teria melhores condições de exercer a guarda dos filhos de tenra idade, devendo, somente em casos muito extremos, ser dela retirada (...)." (MADALENO, Rolf. MADALENO, Ana Carolina Carpes. Síndrome da alienação parental. Importância da detecção. 5ª ed. Forense: 2017. Kindle edition. p. 626)

A guarda dos filhos deve ser regulada em observância ao **superior interesse das crianças** (art. 227 da Constituição Federal e art. 1.583 do Código Civil). Tal interesse deve considerar, de forma ampla, o ambiente afetivo e psicológico que melhor assegure o desenvolvimento saudável e equilibrado dos menores.

Neste sentido, a conduta do Autor demonstra clara tentativa de retaliação e controle da vida da Requerida, incompatível com o exercício saudável da guarda. A ruptura do relacionamento conjugal não pode servir de instrumento para alienação ou exclusão da figura materna da vida dos filhos, principalmente quando, **atualmente, a Requerida se encontra em plenas condições físicas, emocionais e legais para exercer sua maternidade** com responsabilidade.

Importante destacar que o presente processo deve ser analisado **sob a perspectiva de gênero**, como exige a **Resolução CNJ nº 492/2023** e a **Recomendação CNJ nº 128/2022,** que tornam obrigatória a aplicação das diretrizes do **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**. Tais instrumentos visam **garantir o acesso à justiça por mulheres em situação de vulnerabilidade**, reconhecendo as assimetrias de poder, as violências invisibilizadas no ambiente doméstico, e os impactos específicos da discriminação estrutural.

Portanto, não se pode ignorar que a condição clínica vivida pela Ré foi em larga medida reflexo da violência emocional e moral sofrida no relacionamento, tendo sua saúde mental sido manipulada pelo Autor como justificativa para afastá-la dos filhos, contra sua vontade.

Por fim, reitera os fundamentos de Direito já amplamente debatidos, uma vez que a guarda deve levar em consideração estudos psicológico e social — tratando-se, portanto, de decisão devidamente fundamentada, sendo a guarda compartilhada adotada pelo sistema jurídico

brasileiro como o modelo prioritário e não o único, tal instituto não deve prevalecer quando sua adoção for negativa aos interesses da criança ou lhe seja, inclusive, penoso ou arriscado.

3. DA REGULAMENTAÇÃO DE CONVIVÊNCIA

É direito fundamental da criança e do adolescente ter consigo a presença dos pais, e não se nega que é direito do autor, que não reside com os filhos, de lhe prestar visita e convivência nos termos do art. 19 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Além disso, o artigo 1.583, § 5º, do Código Civil diz que àquele que não detenha a guarda tem a obrigação de supervisionar os interesses do filho.

Maria Berenice Dias (Manual de Direito das Família, 2011, p. 447) esclarece que:

> "A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. (…) Consagrado o princípio proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor."

Vislumbrando regras para convivência familiar, faz-se necessário que as crianças estando sob a guarda e companhia da genitora, seja facultando ao pai, visitá-las em fins de semana alternados, podendo o pai tê-los consigo, em consonância com o acatado e no melhor interesse dos filhos, a mãe entende e requer seja regulamentada a convivência do genitor, respeitando a idade, as atividades cotidianas das crianças e seus interesses e seja fixado da seguinte forma:

Caberá ao pai, o exercício do direito de convivência em finais de semana alternados, apesar de ser o Requerido ter sido violento, há que se estabelecer um regime claro de visitas, além disso requer seja discutido no curso do processo e a realização de estudos técnicos, psicológicos e sociais à disposição do juízo, para a definição de como seria o contato sem prejuízo para a genitora e as crianças.

Assim a genitora, propõe que a convivência entre pai e filhos se dê da seguinte forma:

(i) as crianças permanecerão na companhia e sob os cuidados do genitor em finais de semana alternados, iniciando-se o período de visitas na sexta às 18h e terminando no domingo às 18h, comprometendo-se o genitor a retirar as crianças e trazê-las de volta, nos horários estipulados, à residência da genitora; apenas observando que o bebe Davi, apenas poderá permanecer longe da genitora por dois dias (ii) no período de férias escolares, as crianças permanecerão na companhia e sob os cuidados de cada um dos pais por metade do período de recesso letivo; nos anos impares a primeira metade com a mãe e a segunda com pai, invertendo-se a ordem em anos pares, obviamente , tal regra imediata para filha Daniela e para o pequeno Davi após completar 3 anos (iii) independentemente da regra apontada no item "ii" acima, em cada ano as crianças permanecerão na companhia e sob do genitor em anos impares durante as festividades natalinas (no período compreendido entre as 10hs00min do dia 24.12 e as 18hs00min do dia 25.12) e do outro durante os festejos de fim de ano (no período compreendido entre as 10hs00min do dia 31.12 e as 18hs00min do dia 1.1), invertendo-se a ordem em anos pares; (iv) independentemente das regras apontadas nos itens acima, as crianças permanecerão na companhia e sob os cuidados do genitor na data de aniversário deste e no fim de semana relativo ao dia dos pais, e na companhia e sob os cuidados da genitora na data de seu aniversário e no fim de semana relativo ao dia das mães.

Nos feriados, a criança ficará, alternadamente, um com o pai e outro com a mãe, postergando àquele que esteja em período de convivência com a criança; metade das férias escolares, respeitando as regras de horários de acordo com a idade das crianças, sendo a primeira metade em anos ímpares com o pai e a segunda metade em anos pares com a mãe, invertendo-se a ordem;

Deixando claras as regras para a convivência e levando-se em consideração a idade das crianças, evitando-se assim um embate entre os pais, a garantia de frequência escola, e o interesse da criança envolvida, posto que não há possibilidade de diálogo entre os genitores.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. O acolhimento das preliminares arguidas ...

d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...

e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

FAMÍLIA

PROPOSTA DE CANCELAMENTO DE TESE

Súmula: *A atuação do Defensor Público como curador especial autoriza o arbitramento de verba honorária a ser adiantada pelo autor em favor do FUNDEPE, uma vez que esta inserida no conceito de despesas processuais e não se confunde com assistência judiciária. (II Encontro Estadual - 2008).*

Autores/as: Alex Gomes Seixas

Tese Institucional Referida Na Proposta De Cancelamento

Tese 07

A atuação do Defensor Público como curador especial autoriza o arbitramento de verba honorária a ser adiantada pelo autor em favor do FUNDEPE, uma vez que esta inserida no conceito de despesas processuais e não se confunde com assistência judiciária. (II Encontro Estadual - 2008).

Justificativa para o Cancelamento

Apesar da tese, à época, ter buscado o arbitramento de honorários em favor do/a curador/a especial, nos mesmos moldes do que ocorre com as despesas processuais, tal como honorários de perito, temos que, a exemplo do que decidido nos autos do **REsp 1.203.312/SP,** cuja ementa transcrevemos abaixo, a tese não encontrou guarida nos Tribunais:

PROCESSUAL CIVIL. CURADOR ESPECIAL. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria pública no exercício da curadoria especial, visto que essa função faz parte de suas atribuições institucionais. 2. Recurso especial não provido. (REsp 1.203.312/SP, j. 14/04/2011, Rel. Min. Nancy Andrigui).

No voto proferido, a Ministra relatora entendeu que nos termos da Lei Complementar n.º 80/94, artigo 4º, inciso XVI, o exercício da curadoria especial é função institucional da Defensoria Pública, sendo descabida a fixação de honorários pelo exercício de tal função, o que, de fato, é inquestionável.

Em outro julgado, **REsp 1.992.079/SP,** de relatoria do Ministro Marco Buzzi, j. 29/06/2022, **interposto pelo próprio** proponente, mais uma vez se verifica que os precedentes relacionados a tese que se pretende cancelar, foram utilizados para afastar a fixação de honorários de sucumbência quanto a parte representada pela Defensoria Pública no exercício da curadoria especial sai vencedora, ou seja, em situação diversa da situação processual narrada na referida tese institucional.

Desta forma, ao que parece, insistir na referida tese tem causado mais impactos negativos do que positivos, já que não se tem êxito na fixação de horários do curador especial na qualidade de despesas processuais e acaba afastando a fixação de honorários de sucumbência em favor do FUNDEPE.

No mesmo sentido são várias decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Agravo de instrumento. Cobrança. Réu revel. Citação por edital. Defensoria Pública nomeada para exercer a função da curadoria especial. Pretensão de fixação de honorários advocatícios

c.c. adiantamento pela autora. Impossibilidade. Prestação dos serviços que decorre da própria função institucional, sendo remunerada através do subsídio recebido pelo defensor público. Entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2280265-05.2022.8.26.0000; Relator (a): Walter Exner; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 31/01/2023; Data de Registro: 31/01/2023).

Além disso, temos que o exercício da curadoria especial nada mais do que o exercício regular de uma defesa técnica, assim como nos demais casos em que atuamos de forma ordinária em PAs advindos das triagens, com a peculiaridade de ter ocorrido uma citação ficta ou o réu estar preso por exemplo, não havendo hipótese legal de pagamento de honorários a quem patrocina a defesa da parte adversa, exceto no caso de sucumbência.

Caso a premissa fosse verdadeira, deveria haver o pagamento de honorários pelo exercício de qualquer múnus público, seja pela Defensoria Pública, a exemplo da atuação como custus vulnerabilis, seja pelo Ministério Público quando atua como fiscal da lei, o que não ocorre.

Desta forma, ao que parece, insistir na referida tese tem causado mais impactos negativos do que positivos, já que não se tem êxito na fixação de horários do curador especial na qualidade de despesas processuais e acaba afastando a fixação de honorários de sucumbência em favor do FUNDEPE, sendo que o precedente abaixo, **REsp 1.201.674 SP** se adequa mais ao entendimento jurisprudencial atual, conforme ementa que abaixo transcrevemos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CURADORIA ESPECIAL EXERCIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. DESEMPENHO DE FUNÇÃO INSTITUCIONAL. HONORÁRIOS NÃO DEVIDOS. DIFERENCIAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO DA DEFENSORIA PÚBLICA SALVO NA HIPÓTESE EM QUE PARTE INTEGRANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, CONTRA A QUAL ATUA. SÚMULA 421 DO STJ.

1. A Constituição da República, em seu art. 134, com vistas à efetividade do direito de defesa, determinou a criação da Defensoria Pública como instituição essencial à Justiça, tendo-lhe sido atribuída a curadoria especial como uma de suas funções institucionais (art. 4º, XVI, da LC 80/1994).

2. A remuneração dos membros integrantes da Defensoria Pública ocorre mediante subsídio em parcela única mensal, com expressa vedação a qualquer outra espécie remuneratória, nos termos dos arts. 135 e 39, § 4º da CF/88 combinado com o art. 130 da LC 80/1994.

3. Destarte, o defensor público não faz jus ao recebimento de honorários pelo exercício da curatela especial, por estar no exercício das suas funções institucionais, para o que já é remunerado mediante o subsídio em parcela única.

4. Todavia, caberá à Defensoria Pública, se for o caso, os honorários sucumbenciais fixados ao final da demanda (art. 20 do CPC), ressalvada a hipótese em que ela venha a atuar contra pessoa jurídica de direito público, à qual pertença (Súmula 421 do STJ).

5. Recurso especial não provido.

Por fim, faz-se a ressalva que o precedente acima deve ser interpretado com a ressalva do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da **Ação Rescisória 1.937 /DF**, que garante a fixação de honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública mesmo quando litigar contra o ente federativo do local onde instalada.

Pelo exposto, a apresento a presente proposta de cancelamento da tese institucional n.º 07.

INFÂNCIA E JUVENTUDE

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *O tráfico de drogas é uma das piores formas de trabalho infantil e não pode ter como resposta estatal a aplicação de medida socioeducativa de privação de liberdade, como a internação e a semiliberdade.*

Autores/as: Gustavo Samuel a Silva Santos, Gabriele Estábile Bezerra e Ligia Mafei Guidi

Assunto

Trata-se de proposta de tese institucional que visa a fomentar entre os defensores públicos de São Paulo o questionamento às atuais respostas institucionais de sanção a adolescentes incursos no ato infracional análogo ao tráfico de drogas. Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Item Específico Das Atribuições Instucionais Da Defensoria Pública

Tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente

Fundamentação jurídica

O art. 33 da lei 11.343/06 tipifica a conduta do tráfico de drogas no país. A partir de uma interpretação rasa e isolada do art. 103, ECA, considera-se que a prática dos atos descritos como criminosos no citado dispositivo legal da lei de drogas deve ser percebida como atos infracionais.

Entretanto, o sistema que regulamenta direitos e garantias de crianças e adolescentes merece ser compreendido em sua totalidade, levando em consideração o melhor interesse da criança e adolescente, sua proteção integral e prioridade absoluta nas políticas públicas, em seus mais variados aspectos.

Nesse sentido, a leitura da Convenção n° 182 da Organização Internacional do Trabalho, em vigor no país atualmente através do decreto 10.088/19, estabelece no seu art. 3º, alínea c, ser uma das piores formas de trabalho infantil:

> c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes; e,

Convém pontuar que, de acordo com o artigo 1º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, "considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade" (ONU, 1989, n.p.), de modo que os adolescentes também devem ser considerados quando a Convenção n° 182 da OIT utiliza o termo criança.

Também importante observar que o dispositivo em análise não exige, no caso do comércio ilícito de drogas, uma submissão absoluta, explícita ou direta ao empregador. "Utilização", nesse sentido, alcança toda situação de inserção de adolescente no tráfico de drogas. Tal interpretação é reforçada, de um lado, pelos deveres de proteção integral e prioridade absoluta dispensados a esse grupo vulnerável e, de outro, pela presunção de incapacidade de consentir validamente com a prática desse tipo de atividade. Como consequência lógica e necessária, a pessoa utilizada é vítima de exploração, e não autora de delito ou ato infracional.

A Convenção n° 182 da OIT prevê que as crianças e adolescentes explorados pelas piores formas de trabalho infantil, como o tráfico de drogas, devem receber especial proteção do Estado. Nesse sentido, o art. 7.2 prevê uma série de medidas que o Estado deve tomar para proteger as crianças e adolescentes inseridos nesse contexto:

> 2. Todo Membro deverá adotar, levando em consideração a importância para a eliminação de trabalho infantil, medidas eficazes e em prazo determinado, com o fim de:
>
> a) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil;
>
> b) prestar a assistência direta necessária e adequada para retirar as crianças das piores formas de trabalho infantil e assegurar sua reabilitação e inserção social;
>
> c) assegurar o acesso ao ensino básico gratuito e, quando for possível e adequado, à formação profissional a todas as crianças que tenham sido retiradas das piores formas de trabalho infantil;
>
> d) identificar as crianças que estejam particularmente expostas a riscos e entrar em contato direto com elas; e,
>
> e) levar em consideração a situação particular das meninas.
>
> 3. Todo Membro deverá designar a autoridade competente encarregada da aplicação dos dispositivos que colocam em vigor a presente Convenção.

Em momento algum, a Convenção cogita punir as crianças e adolescente **vítimas da exploração pelo tráfico de drogas**, justamente por compreender serem elas o elo mais fraco nessa relação. Dessa forma, como pode o adolescente ser vítima de exploração de trabalho infantil, ou seja, vítima de crime e, ao mesmo tempo, ser considerado autor de ato infracional passível de punição pelo mesmo Estado? Afinal, nosso arcabouço normativo determina que o Estado sancione ou proteja esses adolescentes?

A resposta não pode ser outra: nesse cenário, é indispensável que seja realizado o controle de convencionalidade de atos normativos internos, a fim de reconhecer que adolescentes que efetivamente trabalharam para o tráfico de drogas, praticando conduta análoga aos crimes previstos na Lei nº 11.343/2006, são, antes de tudo, vítimas de exploração laboral e titulares de direitos que foram violados.

Isso porque os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo Brasil têm natureza jurídica de norma supralegal, como já decidido reiteradamente pelo E. STF e por este E. STJ. Assim, nesse conflito aparente de normas – de um lado o art. 33 da lei de drogas e do outro a Convenção Internacional n° 182 – deve, por óbvio, prevalecer a norma hierarquicamente superior, que considera o adolescente vítima e não autor de ato infracional, até porque é impossível que alguém seja juridicamente autor e vítima de crime ao mesmo tempo.

Como se sabe, uma norma jurídica, tal qual o art. 33 da Lei 11.343/06, possui diversas hipóteses de aplicação em seu programa normativo, sendo a sua utilização, em conjunto ao art. 103 do Estatuto de Criança e do Adolescente, em ações infracionais somente uma delas.

E é somente sobre essa hipótese – em que a Lei 11.343/06 é utilizada para tipificar a conduta análoga ao ato infracional, quando restar demonstrado que o adolescente tem efetivamente trabalhado para o tráfico – que recai a oposição descrita na Convenção nº 182 da OIT.

A partir daí surge o questionamento lógico: constatada a não convencionalidade desta hipótese de aplicação da Lei 11.343/06, sem prejuízo das demais, como subsiste a aplicabilidade do art. 33 da Lei 11.343/06?

O ordenamento e a atuação jurisprudencial das Cortes Superiores indicam pacificamente a solução:

trata-se da declaração de inconvencionalidade sem redução de texto. O mecanismo em questão foi positivado no parágrafo único do art. 28, da Lei 9.868/99.

In casu, tendo em vista que a norma paradigma é uma Convenção que foi internacionalizada no direito pátrio com status de supralegal, em comparação com norma ordinária, o controle que deve ser feito é denominado controle de convencionalidade. Neste procedimento de declaração da inconvencionalidade sem redução de texto, o Judiciário não cria uma nova norma jurídica, mas tão somente indica e extirpa, sem alterar o texto da norma, qual interpretação/aplicação viola o texto constitucional/normas de caráter supralegal.

Ou seja, atua como "legislador negativo", não alterando a redação legal, que continuará sendo aplicada/interpretada das maneiras que não atentem contra o texto constitucional, impedindo a criação de uma lacuna no sistema. Esta técnica se apresenta eficiente essencialmente nos casos em que a lei apresenta diversas possibilidades de aplicação, como no presente cenário, no qual a Lei 11.343/06, em seu art. 33, é aplicada como tipificador de condutas realizadas por imputáveis e inimputáveis, neste caso, como conduta análoga, para tipificar atos infracionais.

Por algumas vezes, a aplicação da lei a determinado grupo de pessoas vai de encontro às previsões constitucionais ou supralegais, tais como a Convenção nº 182 da OIT.

Em suma, o que temos é o seguinte: no conflito de normas entre a Convenção n° 182 da OIT e lei ordinária, prevalece aquela, por ser hierarquicamente superior; a partir daí, a lacuna oculta formada se delineia com base na redução teleológica. Na prática, a constatação será feita via declaração de inconvencionalidade sem redução do texto. Nesse contexto, o art. 33 da Lei de Drogas não se aplica como tipificador de atos infracionais, quando restar comprovado que o adolescente efetivamente trabalhava para o tráfico; inadmitida a tipicidade da conduta, o adolescente deixará de ostentar o paradoxal status de autor e vítima, sem prejuízo da aplicação do tipo para imputáveis.

Ressalte-se que toda a discussão acima travada a partir da Convenção n° 182 da OIT também deve considerar outro paradigma para o controle de convencionalidade: A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, internalizada no Brasil pelo Decreto 99.710/90, que prevê no seu art. 33:

> Art. 33 - Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias (destaque acrescido).

As disposições até aqui transcritas permitem uma única conclusão: a inadmissão, no plano internacional, da responsabilização de adolescentes envolvidas em atos infracionais análogos a tráfico de drogas, em contexto de exploração de trabalho infantil.

Ressalte-se ainda que responsabilizar é diferente de acolher e proteger. A observação é necessária diante de um discurso bastante frequente, no contexto do direito brasileiro, de que as medidas socioeducativas são uma "forma de reeducar o jovem". Se o propósito exclusivo dessas medidas fosse a reeducação, desnecessário seria seu pressuposto de aplicação, qual seja, a prática de ato infracional, que, segundo esclarece o ECA no art. 103, é "toda conduta descrita como crime ou contravenção penal".

Diferente é o caso das medidas protetivas, aplicáveis diante da violação ou ameaça a direitos da

criança e do adolescente, conforme o art. 98 do ECA. Por outro lado, uma interpretação cuidadosa e sistemática do ECA e da Lei do SINASE (Lei 12.594/2012) também permite o reconhecimento, no próprio plano normativo, do aspecto aflitivo-sancionatório das medidas socioeducativas, haja vista as expressões e finalidades adotadas pela legislação: no art. art. 112, §1º, ECA, um dos fundamentos de sua aplicação é a gravidade da infração; os incisos I e III do § 2º do art. 1º da Lei do SINASE estabelecem como seus objetivos (a) a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional e (b) a desaprovação da conduta infracional. A jurisprudência, por sua vez, não deixa dúvidas quanto a ser a medida socioeducativa uma forma de punição ou, ao menos, contendo em sua justificativa um caráter punitivo. Veja-se:

> RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO POR ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS. REJEIÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRÂNSITO EM JULGADO. AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL PRO SOCIETADE. DESCABIMENTO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
>
> 1. Embora as medidas socioeducativas tenham natureza pedagógica, é inegável que possuem, igualmente, caráter sancionador e punitivo.
>
> Tanto é assim, que a sua imposição depende da comprovação da prática de ato infracional, feita por meio de processo judicial, no qual devem ser observadas as garantias do devido processo legal e do contraditório.
>
> 2. A admissão de ação rescisória, proposta pelo Ministério Público, visando a rescisão da coisa julgada absolutória formada no processo de apuração de ato infracional, colocaria o menor em situação mais gravosa do que o adulto, o que não é admitido por esta Corte Superior.
>
> 3. O art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente estatui que lhe são aplicáveis, "subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente". No caso de processo para apuração de ato infracional, as regras subsidiárias a serem aplicadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, são aquelas relativas ao Código de Processo Penal que estabelece, em seu arts. 621 e 626, que a revisão criminal é cabível tão-somente contra sentença condenatória e que o julgamento proferido na revisional nunca pode agravar a situação do condenado.
>
> 4. No caso dos autos, o Juízo da Vara da Infância e da Juventude rejeitou a representação imputando a prática de ato infracional ao tráfico de drogas, por falta de justa causa, sob os fundamentos de que se cuidava de delito impossível, pela existência de flagrante preparado pela autoridade policial (Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal), bem assim em razão da falta de materialidade, porque não houve a apreensão de nenhuma droga. O Parquet apelou, mas o recurso foi julgado intempestivo, em acórdão que transitou em julgado.
>
> 5. Não obstante o Recorrente afirme que a intenção seria proteger e educar o menor, que é vulnerável, observa-se que o real escopo da ação rescisória é reabrir a discussão acerca da prática do ato infracional e aplicar ao menor medida socioeducativa por fato em relação ao qual foi definitivamente absolvido, mostrando-se indevida a tentativa de usar a vulnerabilidade do menor em seu próprio desfavor.
>
> 6. A tese trazida no recurso especial é construída a partir da premissa de que a prática do ato infracional pelo Recorrido seria fato incontroverso, quando, na verdade, o fato incontroverso existente, inclusive com formação de coisa julgada, é

> na direção de que o Recorrido não praticou ato infracional. Se não houve ato infracional, não há pretensão socioeducativa a ser exercida, em qualquer de seus aspectos.
>
> 7. Recurso especial desprovido.
>
> (REsp n. 1.923.142/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022.)

Dessa forma, a resposta atualmente apresentada pelos tribunais brasileiros à exploração de adolescentes pelo tráfico de drogas, com a aplicação de medidas socioeducativas e a responsabilização socioeducativa, contraria as previsões convencionais de proteção a criança e adolescente, especialmente a Convenção n° 182 da OIT e o art. 33 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Ao contrário do que se possa argumentar, não se advoga que o tráfico de drogas na adolescência seja ignorado pelo Poder Judiciário. Muito pelo contrário, defende-se que uma resposta para além da punição seja efetivada, garantindo-se que o tema seja enfrentado em sua totalidade, efetivamente protegendo crianças e adolescentes dessa forma de exploração.

O Conselho Nacional de Justiça, nesse sentido, lançou em 2021, o Manual para Incidência da Temática do Tráfico de Drogas como uma das piores formas de trabalho infantil. Nesse documento, reitera-se a importância da aplicação da Convenção n° 182 da OIT no controle de convencionalidade nas decisões proferidas pelos juízes de direito em face de adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas:

> vale ressaltar que a Convenção nº 182 da OIT se refere a direitos humanos, tem força vinculante e suas disposições devem ser interpretadas como obrigações dos Estados Partes, como o Brasil, principalmente considerando o dever de não regressão, ou seja, o dever de progressividade, uma vez que os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis. O artigo 7 da referida Convenção, já reproduzido nesse manual, explicita as medidas que devem ser tomadas diante de crianças e adolescentes ocupadas nas piores formas de trabalho infantil, focando-se em sua reabilitação e inserção social, educação e formação profissional, cabendo à autoridade judiciária sua observância na tomada de decisões com relação a adolescentes utilizados(as) no tráfico ilícito de drogas. (CNJ, 2021, p. 53).

Com isso em mente, o Conselho Nacional de Justiça apresentou 5 possibilidades de fluxos de atendimento que trazem opções fundamentadas nas convenções internacionais que apresentam respostas mais adequadas, e efetivas, à institucionalização.

> é preciso refletir também sobre o caminho majoritariamente adotado da classificação dessa atividade como ato infracional, sobretudo porque essa abordagem exige uma leitura que leve em conta que o(a) adolescente pode estar sendo vitimado(a) dentro de determinado contexto e, não necessariamente, sendo autor(a) – pura e simplesmente – de um ato infracional (CNJ, 2021, p. 81).

As soluções apresentadas pelo CNJ incluem possibilidades como não receber a representação, conceder remissão extintiva, conceder remissão suspensiva cumulada com medida socioeducativa não-privativa de liberdade, encaminhar o caso para a Justiça Restaurativa ou a aplicação de

medida socioeducativa preferencialmente não privativa de liberdade.

Em todos os casos, os magistrados são exortados a acionar a rede socioassistencial do território e o Conselho Tutelar, o programa de proteção da criança e adolescente ameaçado de morte, quando for o caso e o Ministério Público do Trabalho, para registro da ocorrência de trabalho infantil.

Dentre as diversas soluções apresentadas pelo CNJ, não receber a representação nos parece a mais adequada à lógica imposta pelo controle de convencionalidade. No entanto, as outras possibilidades mitigam os efeitos deletérios da punição dirigida a vítimas de exploração infantil.

Por fim, cumpre-nos apontar que essa discussão já esteve em pauta em outros processos no país. Talvez a mais significativa das decisões seja a proferida pelo ministro Edson Fachin no HC 101574/SP, que apesar de decidir sobre o reconhecimento de antecedentes infracionais como fatores influenciadores na dosimetria da pena, reconheceu crianças e adolescentes como vítimas de exploração de trabalho infantil no tráfico de drogas:

> Ademais, não podemos olvidar que a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) identifica a "utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes" como uma das piores formas de trabalho infantil, junto ao abuso sexual e à escravidão. Sem dúvida, crianças e adolescentes envolvidos na atividade de tráfico de drogas são, em verdade, vítimas da criminalidade e da ineficiência do Estado, da família e da sociedade em protegê-los e assegurar-lhes os seus direitos fundamentais. O fato de se tornarem adultos que persistem na conduta ilícita torna evidente a incapacidade de atuação desses atores e a vulnerabilidade desses jovens à época em que eram inimputáveis. Desse modo, repiso que a prática de atos infracionais pretéritos não deve repercutir na dosimetria da reprimenda do agente, sob pena de subverter o sistema de proteção integral ao estigmatizar o adolescente como criminoso habitual, desrespeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sujeito de direito.

Ainda que o objeto do Habeas Corpus seja diferente do aqui discutido, os fundamentos trazidos pelo ministro são os mesmos e a conclusão também: precisamos agir de forma criativa e responsável para enfrentar o problema dos adolescentes submetidos ao tráfico de drogas e não simplesmente taxá-los de criminosos.

Há decisões judiciais de primeira instância que também dialogam com o que defendemos acima. Citamos como exemplo sentença da 4ª vara do juizado da infância e juventude de Porto Alegre nos autos 5073245-62.2021.8.21.0001. Na decisão da magistrada Karla Aveline de Oliveira, pugnou pelo controle de convencionalidade, destacou que é preciso abraçar o princípio da proteção integral, fundante do Estatuto da Criança e Adolescente, para efetivamente proteger os adolescentes e não "punir os menores". Em suas palavras:

> As decisões de encarceramento de trabalhadores infantis apresentam-se em desacordo com o regramento supralegal e amoldam-se a um passado recente e nada glorioso, regido pelo antigo Código de Menores, pois, mantém-se a visão punitivista. O ECA, alterando a sistemática do antigo Código de Menores que se baseava na Doutrina da Situação Irregular (Direito Tutelar do Menor), passou a reconhecer a criança e o adolescente como sujeito de direitos (...).

Na ocasião, a magistrada determinou a remessa dos autos para o juízo responsável pela aplicação de medidas protetivas na comarca e que fosse oficiado o órgão responsável no combate ao trabalho infantil no município.

De forma semelhante, a magistrada Carolina Moreira Gama, nos autos 1500262-66.2022.8.26.0530, que tramitaram na vara da infância e juventude da comarca de Ribeirão Preto-SP, decidiu que não se pode punir um adolescente explorado pelo tráfico de drogas, em face da Convenção n° 182 da OIT, em um controle de convencionalidade.

> Aqui, do que vivenciou G., com o Estado falhando miseravelmente na sua obrigação de o afastar do trabalho ilícito infantil para o qual foi cooptado tantas vezes, outra alternativa não resta ao Juízo senão a de considerar que, para o caso dele, não restou configurado o ato infracional, mas o trabalho infantil que se devia combater. Dessa razão, a improcedência da representação, mas seguida de adoção de imediatas e urgentes medidas de outra ordem, as de proteção ao mesmo jovem.

Fundamentação Fática

Em que pese a tipificação do tráfico de drogas pela lei 11343/06, as respostas institucionais pela prática desse ato por adolescentes não podem ter como consequência a privação da liberdade, ainda que na forma de medida socioeducativa.

O art. 33 da lei de drogas, ao descrever o tipo penal do tráfico, faz menção a uma série de atos empresariais (venda, transporte, depósito, produção, distribuição, etc), sendo proibida em razão da natureza dos produtos da atividade.

A atividade empresarial, inclusive o tráfico de drogas, é calcada na relação Capital x Trabalho, é composta por aqueles que detém os meios de produção e distribuição dos produtos e os que possuem apenas sua força de trabalho. A situação não difere muito mesmo quando a relação de subordinação não é clara, isto é, quando não há um chefe/patrão. O pequeno comerciante, como o pequeno traficante de drogas, pode até ter alguma autonomia, dispor de um pequeno capital para adquirir sem subordinação direta, mas essencialmente depende do próprio trabalho para subsistir.

No grande negócio que é o tráfico de drogas, aos jovens e adolescentes, especialmente os negros e periféricos, são reservados, em regra, as atividades mais degradantes e arriscadas da atividade. São eles que estão nas ruas, muitas vezes por várias horas por dia, em período noturno, em contato com estranhos, enfrentando rivais ou com o risco de prisão.

Não são raras, ainda, as histórias de adolescentes que perdem a mercadoria por algum motivo (apreensão policial, uso abusivo, etc) e precisam prestar contas a traficantes com maior influência e poder, colocando sua integridade em risco.

O Criança Livre de Trabalho Infantil[1], projeto criado a partir das discussões no Fórum Paulista de

1 https://livredetrabalhoinfantil.org.br/noticias/reportagens/adolescentes-no-trafico-de-drogas-punicao-de-vitimas-de-trabalho-infantil/#:~:text=A%20evas%C3%A3o%20escolar%20%C3%A9%20recorrente,trabalho%20no%20tr%C3%A1fico%20de%20drogas

Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, pela Cidade Escola Aprendiz, apresenta uma série de dados que demonstram o quão degradante é o trabalho de crianças e adolescentes no tráfico.

Em primeiro lugar, há turnos de trabalho, que variam entre 8 e 15 horas diárias, inclusive durante a noite. Há relatos de adolescentes que são informalmente apreendidos por policiais-milicianos para forçar o pagamento de propina por "donos de boca".

A evasão escolar é uma outra consequência desse tipo de trabalho insalubre. Com uma carga horária completamente incompatível com a educação formal e os estigmas de criminoso, deixar a escola é uma postura comum para adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas.

No Manual para Incidência da Temática do Tráfico de Drogas como uma das piores formas de trabalho infantil do CNJ, é lembrado que a categoria "traficante" invisibiliza a exploração sofrida por jovens e adolescentes no mercado ilícito de drogas:

> Os(as) adolescentes que se encontram nessas bordas do mercado de drogas ilícitas, compõem de fato mais um conjunto de trabalhadores(as) que se vinculam a essa atividade laboral para sobreviver e, muitas vezes, sustentar a família (GALDEANO; ALMEIDA, 2018; MALVASI, 2012; 2013; FELTRAN, 2017; PEREIRA JÚNIOR; BERETTA, 2020). O tabu em torno da questão das drogas e o foco que se dá ao pequeno traficante obscurece essa economia criminal, que funciona e se expande, mesmo com toda a repressão policial e investimento estatal ostensivo desse mercado (JESUS, 2020)

Por outro lado, a solução atual do sistema de justiça é baseada na aplicação de medida socioeducativa (inclusive, a de internação), que, apesar de também possuir um conteúdo educativo, é uma sanção juvenil. Assim, em que pese os adolescentes, que deveriam ser protegidos pela família, Estado e sociedade, serem vítimas de um trabalho degradante, têm que carregar a responsabilidade pela falta de políticas públicas que os protejam adequadamente.

Sugestão de Operacionalização

Manejo de peças: pedido de não recebimento da representação e concessão de liberdade (não decretação de internação provisória), pedido de remissão, alegações finais em processos de conhecimento, recursos e Habeas Corpus

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUIZ DE DIREITO DA ___ VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE ....

Autos n°

Ação de....

Nome do adolesce, já qualificado, vem, por meio do defensor (a) público (a) que esta subscreve apresentar alegações finais nos autos .... fruto de representação infracional movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

.....

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. Seja julgada improcedente a representação, ante seu desacordo com a Convenção n° 182 da Organização Internacional do Trabalho, devendo ser oficiados os órgãos xxx e xxx para garantir os direitos violados do adolescente e oficiado o Ministério Público do Trabalho para tomar providências ante a exploração do adolescente em uma das piores formas de trabalho infantil.

b. Subsidiariamente, seja concedida a remissão extintiva ou suspensiva ao adolescente, determinando-se sejam oficiados os órgãos acima especificados.

c. Caso também não seja esse o entendimento desse Juízo, que seja fixada medida socioeducativa não-privativa de liberdade, notadamente Liberdade Assistida ou Prestação de Serviços a Comunidade.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

INFÂNCIA E JUVENTUDE

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A tutela jurisdicional diferenciada do direito à saúde de crianças e adolescentes, particularmente na primeira infância, não se subordina necessariamente às restrições e aos requisitos de acesso estabelecidos nos Temas 6 e 1234, do STF, considerando a proteção especial e absolutamente prioritária que lhes confere o texto constitucional, por se tratar de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. A flexibilização de tais requisitos deve ser ponderada caso a caso, mediante adequada fundamentação judicial que considere especialmente a urgência do caso, as alternativas terapêuticas disponíveis e as evidências científicas existentes, ainda que limitadas, considerando ainda a dificuldade da realização de estudos randomizados com crianças.*

Autores/as: Núcleo Especializado da Infância e Juventude, representado pela atual Coordenação – Ligia Mafei Guidi

Assunto

Direito à saúde de Crianças e Adolescentes. Proteção Integral.

Item Específico Das Atribuições Instucionais Da Defensoria Pública

Artigo 5°, inciso VI, alínea c, da Lei Complementar Estadual n° 988/2006.

Fundamentação jurídica

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece um sistema de proteção especial e prioritária à criança e ao adolescente, com base no princípio da proteção integral e da prioridade absoluta. A Constituição Federal, em seu art. 227, estabelece a prioridade absoluta deste grupo populacional na garantia do direito à saúde.

Este comando constitucional é reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que em seu art. 4º estabelece que a garantia de prioridade compreende:

a. primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

b. precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c. preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d. destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Lei nº 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância) reforça essa proteção especial ao estabelecer princípios e diretrizes para políticas públicas voltadas ao desenvolvimento integral na primeira infância, reconhecendo que os primeiros anos de vida são determinantes para o desenvolvimento humano.

No âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90) assegura o mais alto padrão possível de saúde e o acesso a tratamentos essenciais.

O Comentário Geral nº 15 (2013) do Comitê da ONU reforça que os Estados devem garantir medicamentos para doenças raras ou de difícil tratamento — inclusive com medidas legislativas e administrativas.

Na análise judicial de demandas por medicamentos, é necessário considerar que a primeira infância constitui período crítico do desenvolvimento humano. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, os primeiros 1.000 dias de vida (período que vai da concepção aos dois anos) são determinantes para a formação de sistemas e funções biológicas que impactarão a saúde ao longo de toda a vida. Esse contexto biológico peculiar justifica a necessidade de uma proteção diferenciada no acesso a tratamentos de saúde, pois intervenções médicas tempestivas e adequadas nesta fase podem evitar danos irreversíveis ao desenvolvimento da criança.

Outra particularidade muito relevante relacionada a este grupo populacional consiste nos desafios relacionados à realização de estudos clínicos específicos para esta população, bem como a ampla utilização de medicamentos off-label.

O enunciado proposto busca sedimentar estes elementos excepcionais como parte da ponderação

necessária na análise judicial para a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde a crianças e adolescentes.

Fundamentação Fática

Os precedentes se lastrearam em casos pertinentes a pessoas adultas, não se atentando a particularidades dos casos que envolvem crianças e adolescentes. Com efeito, o Tema 106 do STJ — até então o principal parâmetro — estabelecia três requisitos cumulativos para o fornecimento de medicamentos não incorporados:

1. laudo médico comprovando a necessidade e a ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS;
2. incapacidade financeira do paciente;
3. existência de registro na ANVISA.

O l*eading case* foi o REsp 1.657.156/RJ, envolvendo o fornecimento de colírios a uma pessoa adulta com glaucoma crônico bilateral. Posteriormente, surgiu o Tema 500, com origem em caso de uma mulher com doença renal grave, cujo tratamento dependia de um medicamento ainda não registrado no Brasil, embora com pedido já em trâmite na ANVISA. Foi então fixada a possibilidade excepcional de concessão judicial de medicamentos sem registro, desde que:

- haja pedido de registro pendente;
- registro em agências internacionais;
- e inexistência de substituto disponível no SUS.

Já o Tema 6 do STF, que superou o Tema 106, tratou do fornecimento do medicamento Sildenafil 50 mg para uma mulher com miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar. O Estado do Rio Grande do Norte recusou o fornecimento, e a negativa foi judicializada no RE 566.471.

Nesse julgamento, o STF decidiu que, como regra, o Judiciário não pode determinar o fornecimento de medicamentos não incorporados às listas do SUS. No entanto, admitiu exceções, desde que comprovados os seguintes pontos:

1. negativa administrativa;
2. inexistência de pedido de análise na CONITEC, demora excessiva da análise ou ilegalidade da decisão pela não incorporação;
3. inexistência de substituto terapêutico no SUS;
4. comprovação da eficácia e segurança do medicamento por evidência científica robusta;
5. necessidade do fármaco para o tratamento da doença;
6. e incapacidade financeira da parte autora.

Por fim, o Tema 1.234 veio complementar o Tema 6, tratando da responsabilidade dos entes federativos pelo custeio e da competência judicial, estruturando as ações de acordo com o valor do medicamento.

Ou seja, todos os casos envolvem pessoas adultas, não tendo havido, portanto, discussão sobre o direito à assistência farmacêutica no âmbito da infância e juventude.

O histórico permite inferir haver a necessidade de um tratamento diferenciado nos casos que envolverem crianças e adolescentes. O "distinguishing" é uma técnica de julgamento que afasta a aplicação automática de um precedente quando há elementos fáticos relevantes que o diferenciam.

E quando falamos de infância — e, em especial, da primeira infância — essas especificidades que diferenciam os casos daqueles dos precedentes não apenas existem no mundo fático, como também no ordenamento jurídico.

A primeira infância constitui período crítico do desenvolvimento humano. Segundo a OMS, os primeiros 1.000 dias de vida — da concepção aos dois anos — são determinantes para a formação de sistemas e funções biológicas que impactam a saúde ao longo de toda a vida (OMS, 2018).

Segundo a Universidade de Harvard, nesse período o cérebro forma mais de um milhão de conexões neurais por segundo. É uma fase de enorme plasticidade cerebral, em que atrasos ou omissões terapêuticas podem gerar danos irreversíveis *(in:* https://developingchild.harvard.edu/key-concept/brain-architecture/ , acesso em 14/09/2025).

Ocorre que justamente nesse grupo — crianças e adolescentes, sobretudo com doenças raras — faltam estudos clínicos específicos.

- A Agência Europeia de Medicamentos (EMA) estima que 50% dos medicamentos usados em pediatria não foram adequadamente testados nesse grupo.
- No Brasil, dados da ANVISA indicam que apenas 30% dos medicamentos disponíveis possuem estudos pediátricos.

É nítido, portanto, que faltam evidências porque faltam estudos — e faltam estudos porque há desinteresse econômico e entraves éticos.

Então, exigir evidência científica de alto grau — como meta-análises ou ensaios randomizados — para crianças em situações urgentes é, na prática, exigir o impossível.

Daí se extrai que as necessidades típicas dessa fase da vida exigem, muitas vezes, intervenções rápidas; mas, por outro lado, há dificuldade de provar, para além da experiência clínica concreta, a eficácia e segurança de um tratamento especificamente prescrito.

O ordenamento jurídico reconhece essas peculiaridades e recomenda um olhar diferenciado à assistência farmacêutica para esse público, consoante já descrito no artigo 4º, do ECA e artigo 227, da Constituição, supracitados.

Nesse sentido, os Temas 6 e 1.234 precisam ser flexibilizados para crianças, pois os critérios cumulativos do Tema 6 e os mecanismos procedimentais do Tema 1.234 têm lógica sistêmica — buscam racionalizar a judicialização e proteger a sustentabilidade do SUS.Mas, quando aplicados sem diferenciação às crianças, criam um paradoxo: **A Constituição garante prioridade absoluta, mas os precedentes exigem requisitos quase intransponíveis quando se referem a medicamentos para crianças e adolescentes.**

É nesse cenário que foi construída esta proposta de tese, que reconhece que a tutela jurisdicional do direito à saúde de crianças e adolescentes não pode se subordinar, de forma cega ou mecânica, aos Temas 6 e 1.234, justamente porque a condição peculiar de desenvolvimento impõe uma proteção especial.

Não se pretende ausência de critérios ou descontrole judicial, mas, ponderação adequada com base:

- na urgência do caso;
- nas alternativas terapêuticas existentes;
- e nas evidências disponíveis — ainda que limitadas —, considerando a dificuldade de realização de estudos randomizados com crianças.

Essa é uma interpretação que preserva o espírito das decisões do STF, especialmente a busca por equilíbrio institucional, mas sem sacrificar a concretude dos direitos fundamentais.

A título de exemplo imagine-ses um bebê com epilepsia refratária a múltiplos medicamentos da RENAME. O neuropediatra prescreve um fármaco que tem registro na ANVISA e a bula autoriza o uso pediátrico, contudo, a CONITEC desaprovou por questões orçamentárias.

Essa criança deve ser privada do tratamento?

Aplicar, nesses casos, os mesmos requisitos exigidos para um adulto com doença crônica e medicamentos alternativos disponíveis é negar a prioridade absoluta prevista na Constituição.

Ante o exposto, conclui-se que o direito à saúde já exige sensibilidade, quando se trata de criança e adolescente exige algo mais: exige coragem institucional para reconhecer que precedentes têm força, sim — mas que não podem imobilizar a justiça.

O distinguishing, aqui, não é uma escolha. É um dever constitucional.

Porque, como já dizia Aristóteles, tratar igualmente os desiguais é a mais grave das injustiças.

Sugestão de Operacionalização

Inserção de preliminar em ação de obrigação de fazer, alegando a tese.

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Direito a saúde. Medicamento para criança/adolescentes.

Necessidade de tratamento diferenciado na aplicação dos Temas 6 e 1234.

Autos n°

Ação de Obrigação de Fazer para concessão de Medicamento a Criança/Adolescente

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. DA APLICAÇÃO DIFERENCIADA DOS TEMAS 6 E 1234 PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (TESE INSTITUCIONAL)

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece um sistema de proteção especial e prioritária à criança e ao adolescente, com base no princípio da proteção integral e da prioridade absoluta. A Constituição Federal, em seu art. 227, estabelece a prioridade absoluta deste grupo populacional na garantia do direito à saúde.

Este comando constitucional é reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que em seu art. 4º estabelece que a garantia de prioridade compreende:

a. primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b. precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c. preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d. destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Lei nº 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância) reforça essa proteção especial ao estabelecer princípios e diretrizes para políticas públicas voltadas ao desenvolvimento integral na primeira infância, reconhecendo que os primeiros anos de vida são determinantes para o desenvolvimento humano.

No âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90) assegura o mais alto padrão possível de saúde e o acesso a tratamentos essenciais.

O Comentário Geral nº 15 (2013) do Comitê da ONU reforça que os Estados devem garantir medicamentos para doenças raras ou de difícil tratamento — inclusive com medidas legislativas e administrativas.

Na análise judicial de demandas por medicamentos, é necessário considerar que a primeira infância constitui período crítico do desenvolvimento humano. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, os primeiros 1.000 dias de vida (período que vai da concepção aos dois anos) são determinantes para a formação de sistemas e funções biológicas que impactarão a saúde ao longo de toda a vida. Esse contexto biológico peculiar justifica a necessidade de uma proteção diferenciada no acesso a tratamentos de saúde, pois intervenções médicas tempestivas e adequadas nesta fase podem evitar danos irreversíveis ao desenvolvimento da criança.

Outra particularidade muito relevante relacionada a este grupo populacional consiste nos desafios relacionados à realização de estudos clínicos específicos para esta população, bem como a ampla utilização de medicamentos *off-label*.

O enunciado proposto busca sedimentar estes elementos excepcionais como parte da ponderação necessária na análise judicial para a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde a crianças e adolescentes.

V. MÉRITO

.....

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. O acolhimento das preliminares arguidas ...

d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...

e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

INFÂNCIA E JUVENTUDE

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *É direito da adolescente mãe em cumprimento de medida(s) socioeducativa(s) em meio aberto a suspensão da(s) medida(s) pelo período mínimo de 180 dias após o parto a fim de assegurar o direito à amamentação exclusiva, o fortalecimento do vínculo materno-infantil e a proteção integral da criança e da adolescente, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e o artigo 227 da Constituição Federal*

Autores/as: Tatiane Bottan

Assunto

Infância infracional

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Artigo 5°, incisos I, III, VI, "c" da Lei Complementar Estadual n° 988 de 9 de janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI da Lei Complementar nº 80 de 1994.

Meta do plano de atuação relacionada

IX PLANO DE ATUAÇÃO - Eixo 6 - Infância e juventude

6.1. Atuação da Defensoria Pública de forma multidisciplinar (integração da saúde, educação, CRAS, etc) desde a primeira infância, na prevenção e acompanhamento dos direitos das crianças e adolescentes, visando possibilitar melhores condições após o término de cumprimento de medida socioeducativa, com direcionamentos e acompanhamentos também da família, junto com a rede de proteção, defesa e promoção de direitos, visando inclusão de cursos de empreendedorismo e capacitação e cursos profissionalizante, também nas unidades de Fundação CASA durante o cumprimento da medida socioeducativa.

Fundamentação Jurídica

O art. 227 da CF, assim como o art. 1º do ECA, consagrou o princípio da proteção integral. Esse princípio está novamente previsto no parágrafo único do art. 100, que dispõe sobre as medidas de proteção.

Quando uma adolescente comete um ato infracional, a sua responsabilização não justifica a violação do seu direito à proteção psíquica e o direito ao desenvolvimento saudável de seus descendentes, tampouco retira a proteção conferida a estes próprios.

Ademais, o exercício dos Direitos Sexuais e Reprodutivos das adolescentes mães passa pelo reconhecimento da sua necessidade de maior resguardo e menor carga de atividades alheias à maternagem, ao menos, durante os primeiros seis meses de vida do bebê.

Assim, no caso de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas **em meio aberto**, a proteção e a prioridade absoluta (tanto das mães quanto de seus filhos) passa pelo amparo àquelas na condição de **puérperas** – que enseja marcadas alterações metabólicas e hormonais - e de **lactantes** – a quem é devido todo o apoio à amamentação.

Daí a necessidade de, em observância **ao princípio da individualização das medidas** (Art. 35, VI, do SINASE), aplicar o instituto da suspensão de medida socioeducativa pelo período **mínimo** de 180 dias após o parto como forma de proporcionar amparo à maternidade e à criança.

Isso porque a imposição de comparecer ao Serviço de Medidas em Meio Aberto (SMSE/MA) e/ou à unidade acolhedora para cumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade antes de o bebê completar seis meses de vida configura **desproporcional ônus na rotina da educanda e ainda impede a amamentação exclusiva pelo tempo mínimo necessário.**

E, diante da ausência de previsão específica em lei sobre a proteção à maternidade das adolescentes inseridas em medida socioeducativa, deve-se aplicar a suspensão prevista na Lei do SINASE:

> *Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da **suspensão** das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.*

A suspensão das medidas pelo prazo mínimo de 180 dias está relacionada ainda ao incentivo da amamentação exclusiva, a qual tem crucial importância nos primeiros seis meses de vida da criança, repercutindo também no bem-estar da mãe.

De acordo com o Ministério da Saúde[1]:

> *"O aleitamento materno é a mais sábia estratégia natural de vínculo, afeto, proteção e nutrição para a criança e constitui a mais sensível, econômica e eficaz intervenção para redução da morbimortalidade infantil. Permite ainda um grandioso impacto na **promoção da saúde integral da dupla mãe/bebê** e regozijo de toda a sociedade. Se **a manutenção do aleitamento materno é vital,** a introdução de alimentos seguros, acessíveis e culturalmente aceitos na dieta da criança, em época oportuna e de forma adequada, é de notória importância para o desenvolvimento sustentável e eqüitativo de uma nação, para a promoção da alimentação saudável em consonância com os direitos humanos fundamentais e para a prevenção de distúrbios nutricionais de grande impacto em Saúde Pública.*

Nesse ponto, importante destacar que a amamentação exclusiva[2] pelos seis primeiros meses de vida deve ser incentivada e protegida, sendo fortemente recomendada pela Organização Mundial da Saúde, UNICEF [3] , Ministério da Saúde [4], entre outras inúmeras instituições e governos.

Ademais, é preciso reconhecer que é dever do poder público proteger e incentivar a amamentação das crianças também em razão de se tratar de área prioritária para proteção da primeira infância, conforme determina o Marco Legal de proteção (Lei nº 13.257/16).

> *Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, **a alimentação e a nutrição**, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.*
>
> *Parágrafo único. **Será conferida às crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos referidas no § 2º do art. 3º desta Lei prioridade absoluta na oferta de serviços, apoios e recursos necessários ao seu pleno desenvolvimento infantil.** (Incluído pela Lei nº*

1 Caderno de Atenção Básica nº 23. Apresentação - Fls. 7. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_aleitamento_materno_cab23.pdf

2 Quando o leite materno deve ser a única fonte de alimento e hidratação do bebê.

3 Organização Mundial da Saúde. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/breastfeeding#tab=tab_1

4 Ministério da Saúde. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/a/aleitamento-materno

14.880, de 4 de junho de 2024)

Não por coincidência, 180 dias é o período de licença-maternidade que gozam todas as servidoras públicas do Estado de São Paulo [5] ***e das funcionárias de empresas que aderem ao Programa Empresa Cidadã do Governo Federal, políticas públicas de proteção à maternidade e à primeira infância.***

Se é previsto no ordenamento jurídico estadual a licença-maternidade de 180 dias para todos os servidores e servidoras e incentivado pelo Governo Federal em todo país em razão de ser esse o tempo mínimo para os cuidados do bebê e para amamentação exclusiva, é forçoso reconhecer sua aplicação também às educandas lactantes em cumprimento de medida socioeducativa.

A importância de proteger a amamentação é tamanha que até mesmo a Lei de Execuções Penais, em seu art. 82, §2º, dispõe que "*os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los,* **no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.**"

Assim, reconhecer o direito a suspensão pelo prazo **mínimo** de 180 dias é aplicar a lei segundo hermenêutica concretizadora de direitos fundamentais e em observância aos seus objetivos, que, no caso da execução de medida socioeducativa, estão previstos no art. 1º, § 2º, do SINASE, cujo inciso II instituiu o objetivo de promover "*a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento*".

O exercício da maternidade amparado pelo Estado verifica-se a partir de ações de cunho protetivo, não se confundindo com os gravames imanentes ao cumprimento de medida socioeducativa, âmbito no qual a adolescente correria, inclusive, o risco de ser privada de liberdade em uma internação-sanção no caso de descumprir medida, o que ensejaria graves violações direitos a ela e à criança.

Importante destacar que tal entendimento tem sido reconhecido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme decisões proferidas em recursos interpostos pela Defensoria Pública contra decisões que haviam indeferido o pleito de suspensão das medidas socioeducativas por 180 dias:

> *DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. PROVIMENTO. I. Caso em Exame: Agravo de instrumento interposto por E. C. da S. contra decisão que suspendeu medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade por 120 dias, após o nascimento de seu filho, indeferindo pedido de suspensão por 180 dias. II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em determinar se é possível estender a suspensão das medidas socioeducativas para 180 dias, considerando o período de licença-maternidade e a recomendação de aleitamento materno exclusivo até os seis meses de vida. III. Razões de Decidir: 3.* ***A interpretação sistemática das normas protetivas à infância e maternidade, aliada aos princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, justifica a extensão da suspensão das medidas.*** *4. A ausência de previsão legal específica é suprida pela analogia e hermenêutica principiológica, considerando o caráter ressocializador e pedagógico das medidas socioeducativas. IV. Dispositivo e Tese: 5. Dá-se provimento ao agravo de*

5 Artigo 198 da Lei nº 10.261/1968. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/compilacao-lei-10261-28.10.1968.html

instrumento. Tese de julgamento: 1. A suspensão das medidas socioeducativas pode ser estendida para 180 dias em casos de maternidade, considerando o melhor interesse da criança e os princípios constitucionais. 2. A aplicação da analogia é viável diante da lacuna normativa. Legislação Citada: Lei nº 12.594/2012, arts. 43 e 64, § 5º; ECA, arts. 8º e 9º; CF/1988, arts. 1º, III, 6º e 227. Jurisprudência Citada: TJSP, Agravo de Instrumento 2150821-45.2024.8.26.0000, Rel. Silvia Sterman, Câmara Especial, j. 06.08.2024. TJSP, Agravo de Instrumento 3008005-57.2023.8.26.0000, Rel. Xavier de Aquino, Câmara Especial, j. 11.04.2024.

(Agravo de Instrumento nº 3001749-30.2025.8.26.0000. Relator EGBERTO DE ALMEIDA PENIDO. Julgado em 15/05/2025, g.n.)

Ementa. *DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO.*

I. CASO EM EXAME

1. Agravo de instrumento contra decisão que suspendeu execução de medida socioeducativa de liberdade assistida por 120 dias, após o nascimento da filha da educanda, sob fundamento de analogia com o prazo de licença-maternidade previsto no art. 7º, XVIII, da CF/1988 e art. 392 da CLT.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se é possível suspender a execução da medida socioeducativa pelo prazo de 180 dias.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O nascimento de filho exige medidas específicas de proteção integral, considerando as necessidades da criança nos primeiros meses de vida, conforme a CF/1988, art. 227, e o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016).

4. O pós-parto demanda cuidados intensivos da mãe para o desenvolvimento físico e emocional do bebê, o que torna desarrazoado exigir o imediato cumprimento da medida socioeducativa.

5. A legislação aplicável e a interpretação do caso concreto autorizam a suspensão da execução da medida socioeducativa pelo período de 180 dias, e não dos 120 dias inicialmente concedidos.

IV. DISPOSITIVO E TESE

6. Agravo de instrumento provido. Tese de julgamento: "1. ***É possível a suspensão da execução da medida socioeducativa de liberdade assistida pelo prazo de 180 dias em favor de adolescente lactante, em atenção à proteção integral dos direitos da criança. 2. A suspensão busca garantir o aleitamento materno exclusivo e o fortalecimento dos vínculos maternos."***

Dispositivos relevantes citados: Lei nº 13.257/2016, arts. 3º e 8º, caput; ECA, art. 100, II; Lei nº 10.261/1968, art. 198, com redação da LC nº 1.054/2008.

Jurisprudência relevante citada: TJSP, Habeas Corpus Cível nº 2241052-89.2022.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, DEIJ, j. 20.01.2023; TJSP, Habeas Corpus Cível nº 2151383-88.2023.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Bruno, DEIJ, j. 31.07.2023.

(Agravo de Instrumento nº 2057417-03.2025.8.26.0000, Relator CAMARGO ARANHA FILHO, julgado em 13/05/2025, g.n.)

Execução de medida socioeducativa - Recurso em face de decisão que, à vista do nascimento de filha da agravante, suspendeu, por 120 (cento e vinte)dias, o cumprimento de medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, aplicadas à educanda em decorrência da prática de ato infracional análogo ao crime de roubo qualificado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo – ***Pretendida extensão do benefício para 180 (cento e oitenta) dias -Admissibilidade - Educanda em adaptação a novo papel social e a intensos cuidados com uma criança absolutamente dependente- Direito da jovem à convivência familiar assegurado constitucionalmente (art. 227, 'caput' da CF) – Superior interesse da recém-nascida, ademais, tutelado pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/16) - Inexistência de expressa previsão legal para casos como o da espécie - Irrelevância -Analogia, plenamente viável, ao período reconhecido pela Organização Mundial da Saúde*** *(OMS) para aleitamento materno até os 6 (seis) meses de vida, assim como ao período de180 dias, relativo à licença-maternidade, concedida às servidoras públicas - Decisão reformada - Agravo de instrumento provido.*

(Agravo de Instrumento nº 3008005-57.2023.8.26.0000, Relator XAVIER DE AQUINO, Julgado em 11/04/2024, g.n.)

É certo, ainda, que o fomento ao exercício da maternidade responsável com a suspensão da medida socioeducativa poderá trazer impactos positivo no alcance dos objetivos do próprio processo socioeducativo, incentivando comportamentos responsáveis, bem como a construção de um núcleo familiar saudável.

Diante desse cenário, cabível e recomendada a suspensão das medidas socioeducativas em meio aberto das adolescentes mães por, no mínimo, 180 dias após o parto, para proteção à maternagem e para possibilitar e incentivar a amamentação exclusiva, que é essencial para o desenvolvimento saudável da criança.

Fundamentação Fática

Nos processos de execução de medidas socioeducativas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade por adolescentes e jovens adultas, é comum (ao menos na Capital) que, no caso de elas engravidarem e darem à luz, o Poder Judiciário determine a suspensão do cumprimento das medidas pelo período de 120 dias após o parto, havendo consenso de que o nascimento da criança inviabiliza momentaneamente o cumprimento da(s) medida(s).

Todavia, referido lapso temporal é insuficiente para fazer frente às adaptações, necessidades e dificuldades que conformam o período de pós-parto e os primeiros meses de vida da criança.

O período dos primeiros meses de vida do bebê está atrelado a profundas alterações metabólicas e psicossociais para as mulheres, que, em meio a agudas transformações em seu corpo e em sua rotina, está adaptando-se ao seu novo papel social e aos cuidados com uma criança absolutamente dependente. Também as oscilações hormonais caracterizam o período, bem como o processo de vinculação com a criança, que exige intensos cuidados, inclusive durante o período noturno, o que comumente impõe acentuada privação de sono às mães.

A **maternidade na adolescência** ainda traduz realidade especialmente desafiadora e atravessada por vulnerabilidades, a **demandar intervenções do poder público fundadas na proteção aos direitos da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.**

Ademais, especialmente nas execuções acompanhadas pelo Departamento de Execuções da Capital (DEIJ), a frequência escolar tem sido considerada como indispensável para o cumprimento da medida de liberdade assistida e eventual afastamento escolar ou baixa frequência (enquanto vigente a medida socioeducativa) como motivo suficiente para caracterizar o descumprimento e justificar a imposição de internação-sanção.

Daí a importância da atuação da Defensoria Pública no sentido de pleitear a suspensão da medida socioeducativa em meio aberto pelo prazo inicial mínimo de 180 dias e que o levantamento dessa suspensão se dê após avaliação técnica quanto às condições da adolescente de retomar o cumprimento das medidas ou quanto à existência de demanda socioeducativa que justifique a continuidade do processo socioeducativo.

Sugestão De Operacionalização

Sugere-se a apresentação de pedido de suspensão no processo de execução de medida socioeducativa assim que noticiado o nascimento da criança ou indicação de sua iminência, assim como de que a retomada da medida se dê apenas após a apresentação de relatório técnico atestando que a jovem ou adolescente mãe tenha condições de dar-lhe cumprimento.

Sugere-se ainda a interposição de Agravo de Instrumento em caso de indeferimento do pedido de suspensão ou de deferimento em período inferior que 180 dias após o nascimento da criança.

Importante mencionar que a presente tese tem como foco apenas as adolescentes em cumprimento de medidas em meio aberto, já que se entende que não é admissível impor às adolescentes gestantes e mães o cumprimento de medidas em meio fechado, cabendo nesses casos invocar legislação específica e precedente (Habeas Corpus Coletivo STF 143641).

Indicação da Perspectiva/Enfoque de Gênero e Raça Relacionada à Tese

A presente tese tem como foco a proteção de adolescentes e jovens mães em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, considerando sua especial vulnerabilidade psicossocial e orgânica.

Observa-se, na prática da defesa técnica durante a execução dessas medidas, que as adolescentes mães raramente contam com o apoio dos pais de seus filhos ou com uma rede de proteção suficiente para atender às demandas inerentes à maternidade, o que evidencia uma vulnerabilidade acentuada decorrente de seu gênero.

Importa ressaltar que esta tese não parte do pressuposto de que apenas as mães são responsáveis pelo cuidado dos filhos. Os argumentos aqui apresentados podem ser igualmente utilizados para pleitear a suspensão das medidas socioeducativas de adolescentes pais, desde que demonstradas as atividades de cuidado à criança e de proteção à amamentação exclusiva incompatíveis com o cumprimento das referidas medidas.

Manifestação Processual Pré-Formatada

Processo n. XXXX

Adolescente XXXX

MM. Juiz (a),

No relatório retro, a equipe técnica do Serviço de Medidas em Meio Aberto (SMSE/MA) informa sobre o avançado estado gestacional da socioeducanda e sugere, fundamentadamente, a suspensão das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade.

Considerando que o cumprimento das medidas, além dos esforços no sentido do atingimento das metas do PIA e do cumprimento das horas da prestação de serviços à comunidade, exige dedicação de tempo para os contatos com a equipe técnica (ainda que remotos), é certa a dificuldade que impõem ao exercício da maternidade, especialmente durante o puerpério e primeiros meses de vida da criança.

Assim, a execução das medidas deve ser suspensa.

Contudo, diferente do que sugere a equipe técnica, o prazo inicial de suspensão deve ser de, ao menos, **180 dias a partir do nascimento da criança**, pois esse é o período mínimo recomendado para a **amamentação exclusiva**, durante o qual a adolescente estará inteiramente dedicada aos cuidados do bebê[6][7][8].

Ressalto que impor o cumprimento da medida socioeducativa **neste momento** e antes de findados os primeiros 180 dias de vida do bebê não trará qualquer benefício socioeducativo, mas pelo contrário, trará prejuízos à adolescente e ao seu filho, **pois impedirá o exercício da amamentação exclusiva e trará uma série de atividades e compromissos para uma adolescente que já está diante do desafio da maternidade em tenra idade.**

Cabe ressaltar que a licença-maternidade de 180 dias é um direito amplamente reconhecido pelo ordenamento jurídico, especialmente no Estado de São Paulo, onde é garantido para todos os servidores e servidoras, inclusive para os membros da Defensoria Pública, Ministério Público e Judiciário[9]. Assim, a suspensão das medidas pelo prazo de 180 dias também se justifica pela aplicação do artigo 35, I, da Lei do SINASE, que prevê que não pode o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

---

6 O aleitamento materno exclusivo é quando a criança recebe somente leite materno, direto da mama ou ordenhado, ou leite humano de outra fonte, sem outros líquidos ou sólidos, com exceção de gotas ou xaropes contendo vitaminas, sais de reidratação oral, suplementos minerais ou medicamentos. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_aleitamento_materno_cab23.pdf

7 Disponível em: https://www.who.int/nutrition/topics/exclusive_breastfeeding/en/

8 Ministério da Saúde. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/a/aleitamento-materno

9 Artigo 198 da Lei nº 10.261/1968. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/compilacao-lei-10261-28.10.1968.html

E, diante da ausência de previsão específica em lei sobre a proteção à maternidade das adolescentes inseridas em medida socioeducativa, deve-se aplicar a suspensão prevista na Lei do SINASE:

> *Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da **suspensão** das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual **pode ser solicitada a qualquer tempo**, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável (g.n.).*

Diante de todo o exposto, requeiro seja imediatamente suspensa a presente execução devendo o SMSE/MA, ultrapassado o prazo de 180 dias após o nascimento da criança, ser instado a apresentar relatório detalhado sobre as condições da adolescente de retomar o cumprimento das medidas.

São Paulo, data certificada digitalmente.

Defensor/a Público/a

INFÂNCIA E JUVENTUDE

4. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A aplicação das medidas de Prestação de Serviço à Comunidade (PSC) no âmbito socioeducativo deve se dar sob uma perspectiva coletiva, de interesse geral e com finalidade pedagógica, garantindo que tais medidas respeitem os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e não se confundam com formas de exploração do trabalho infantojuvenil.*

Autores/as: CEDECA

Assunto

Aplicação qualificada das medidas socioeducativas de PSC para adolescentes em conflito com a lei

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 5º, VI, c) promover a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

Meta do Plano de Atuação Relacionada

6.3. A Defensoria Pública deverá implementar uma política institucional que possibilite a disponibilização de vagas de jovem-aprendiz para adolescentes, em especial os egressos da Fundação CASA e em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto, favorecendo a oportunidade de geração de renda como estratégia de prevenção à violação de direitos.

Fundamentação Jurídica

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), especialmente os arts. 100, 112, 113, 117

> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as **necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.**
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
> I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;
> II - **proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;**
> IV - **interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;**

> Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de **interesse geral**, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.
> Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas **conforme as aptidões do adolescente**, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Constituição Federal, art. 227.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU).

> **Artigo 3**
>
> Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar **primordialmente o melhor interesse da criança.**
>
> **Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar**, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
>
> Os Estados Partes devem garantir que as instituições, as instalações e os serviços destinados aos cuidados ou à proteção da criança estejam em **conformidade com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde da criança, ao número e à adequação das equipes e à existência de supervisão adequada.**

> Artigo 32 Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de ser **protegida contra a exploração econômica** e contra a realização de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja prejudicial para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

Fundamentação Fática

A prática atual de PSCs tem se mostrado descolada de qualquer finalidade pedagógica, sendo muitas vezes aplicada como mera punição simbólica, sem acompanhamento, sem contextualização e sem respeito à dignidade dos adolescentes. Jovens relatam sentimentos de exploração e desvalorização, o que contraria os princípios do sistema socioeducativo e reforça estigmas sociais.

Sugestão de Operacionalização

- Reivindicar que as PSCs sejam aplicadas em formato coletivo, com atividades que promovam pertencimento, cidadania e protagonismo juvenil.
- Exigir do Judiciário a especificação da finalidade pedagógica da medida, com acompanhamento por equipe multidisciplinar.

- Estimular parcerias com organizações da sociedade civil para projetos de PSC com enfoque educativo, artístico, ambiental ou comunitário.
- Criar protocolos de fiscalização da execução das PSCs, com relatórios periódicos e escuta ativa dos adolescentes.
- Considerando a forma atualmente estruturada das Prestação de Serviço à Comunidade, garantir que tal medida não seja aplicada a adolescentes com idade inferior a 14 (quatorze) anos.

Indicação da Perspectiva/Enfoque de Gênero e Raça Relacionada à Tese

A PSC deve considerar os marcadores sociais da diferença, reconhecendo que adolescentes negros e periféricos são os mais afetados pelas medidas punitivas. A abordagem pedagógica deve ser interseccional, combatendo estigmas e promovendo equidade.

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A. DA FINALIDADE PEDAGÓGICA DA MEDIDA

Nos termos do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a aplicação de qualquer medida socioeducativa deve observar as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. A PSC, portanto, não pode ser reduzida a uma tarefa punitiva ou meramente simbólica, mas deve ser planejada e executada com propósito educativo, respeitando a dignidade e as aptidões do adolescente (art. 117, parágrafo único, do ECA).

B. CONDIÇÃO DE SUJEITO DE DIREITOS E DO INTERESSE SUPERIOR

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos (art. 100, I, do ECA), titulares de proteção integral e prioritária (art. 100, II), sendo que toda intervenção judicial deve atender ao seu interesse superior (art. 100, IV). A imposição de PSCs que não considerem essas diretrizes — como tarefas repetitivas, desvalorizadas ou sem acompanhamento — configura violação direta aos princípios norteadores do sistema socioeducativo.

C. DA PROTEÇÃO CONTRA A EXPLORAÇÃO E O TRABALHO INFANTOJUVENIL

Nos termos do art. 227 da Constituição Federal e dos artigos 3 e 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU), é dever do Estado assegurar que crianças e adolescentes estejam protegidos contra qualquer forma de exploração econômica ou trabalho que interfira em sua educação, saúde ou desenvolvimento. A PSC, quando aplicada sem critério pedagógico e sem supervisão adequada, pode se confundir com formas indevidas de trabalho, contrariando os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

I. V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. O acolhimento das preliminares arguidas ...

d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...

e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

f. Que a medida de PSC seja aplicada com **finalidade pedagógica explícita**, com acompanhamento por equipe técnica e planejamento individualizado;

g. Que se priorize a **PSC em formato coletivo**, com atividades que promovam cidadania, pertencimento e protagonismo juvenil;

h. Que o juízo determine à entidade executora a elaboração de plano de atividades compatível com as **aptidões e interesses do adolescent**e, conforme previsto no art. 117 do ECA;

i. Que seja garantida a **fiscalização periódica** da execução da medida, com escuta qualificada do adolescente e relatório de impacto pedagógico

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

INFÂNCIA E JUVENTUDE

5. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *É ilegal a omissão estatal na implementação de políticas de adaptação climática que comprometam os direitos fundamentais de crianças e adolescentes à educação, saúde, dignidade e proteção integral, especialmente quando se trata da garantia de infraestrutura escolar resiliente.*

Autores/as: Instituto Alana

Assunto

Impactos da crise climática na segurança, educação e direitos de crianças e adolescentes em unidades escolares.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Item 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;

Meta do plano de atuação relacionada (se houver)

1.2. Criação de um núcleo específico de Meio Ambiente na Defensoria Pública, com foco em populações marginalizadas e vítimas de racismo ambiental, como as vítimas de deslizamentos, alagamentos e enchentes em razão das chuvas, bem como nos efeitos da degradação da saúde ambiental e das mudanças climáticas sobre a população vulnerável.

Fundamentação jurídica

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, estabelece o princípio e regra da proteção integral e da prioridade absoluta, determinando que é dever do Estado assegurar, com primazia sobre quaisquer outros interesses, os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, incluindo a educação, a saúde e um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Essa previsão constitucional não é meramente programática: ela impõe obrigações positivas, imediatas e verificáveis às instâncias estatais, vinculando a formulação e a execução de políticas públicas educacionais à necessidade de responder aos riscos concretos impostos pela crise climática. A proteção climática, nesse sentido, não se configura como política pública facultativa, mas como dever jurídico decorrente diretamente do texto constitucional e da centralidade da criança na ordem de prioridades da República. O Estado que deixa de adaptar suas unidades escolares aos eventos climáticos extremos – como calor intenso, enchentes, deslizamentos ou poluição do ar – viola o núcleo essencial do direito à educação associado ao direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça essa compreensão ao afirmar, no artigo 19, que toda criança e adolescente têm direito a ser educados em ambiente que favoreça seu desenvolvimento integral, o que inclui condições materiais e ambientais adequadas. Quando uma escola, por ausência de infraestrutura adaptada aos novos padrões climáticos, submete crianças à exposição prolongada ao calor extremo, à interrupção recorrente das aulas por enchentes ou à contaminação do ar e da água, não garante esse ambiente protetivo e viola o dever jurídico de cuidado especial. Nessa perspectiva, a emergência climática adquire contornos de questão infantojuvenil, pois opera diretamente sobre a concretização do direito fundamental à educação, que é indissociável das condições ambientais em que se realiza.

No plano internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao emitir a Opinião Consultiva OC-32/25, qualificou a crise climática como uma ameaça sistêmica à realização dos direitos humanos e estabeleceu que os Estados têm deveres imediatos de prevenção, mitigação e adaptação com enfoque diferenciado para grupos em situação de vulnerabilidade, entre os

quais crianças e adolescentes ocupam posição central. **A Corte foi categórica ao afirmar que a infância deve ser considerada prioridade absoluta nas políticas de adaptação climática, inclusive no âmbito escolar, e que a omissão estatal diante de riscos climáticos previsíveis pode configurar violação grave de direitos humanos com responsabilização internacional.** Tal entendimento projeta sobre o sistema jurídico brasileiro um dever de conformação normativa, interpretativa e orçamentária, reforçando que **a proteção climática no espaço escolar não é política facultativa, mas obrigação jurídica vinculante.**

O Comentário Geral nº 26 do Comitê sobre os Direitos da Criança – dedicado especificamente às mudanças climáticas e aos direitos da infância – introduz, de maneira contundente, o conceito de "obrigação de adaptação sistêmica" e afirma que escolas devem ser espaços resilientes, seguros e preparados para eventos climáticos extremos, com planos de contingência, infraestrutura adequada e educação climática crítica e participativa. O documento adverte que expor crianças a ambientes educacionais inseguros ou insalubres em decorrência de negligência climática estatal constitui violação direta da Convenção sobre os Direitos da Criança. Ao lado dele, ainda em elaboração, mas com o rascunho já disponível, o Comentário Geral nº 27 fortalece o direito de acesso à justiça, reconhecendo que crianças e adolescentes têm legitimidade para exigir judicialmente remédios efetivos quando seus direitos são afetados por políticas ambientais insuficientes ou pela omissão do Estado diante de riscos climáticos.

Inclusive, posicionamento semelhante já foi acolhido e sistematizado no âmbito institucional da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que, em 23 de maio de 2025, publicou a **"Carta Aberta: Adaptação Justa e Inclusiva às Mudanças Climáticas"**, documento assinado por defensoras e defensores de diversos estados que consolidou diretrizes prioritárias para atuação defensorial em justiça climática — incluindo a obrigação de responsabilização do Estado por omissões em mitigação e adaptação, a priorização de populações vulneráveis, a exigência de planos de adaptação e a necessidade de atuação multidisciplinar e participativa nos territórios e nas escolas — posicionamento esse que respalda institucionalmente a tese de proteção especial à infância em ambientes escolares frente à emergência climática.

Fundamentação Fática

A crise climática já impacta de forma concreta e documentada a garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes no Brasil, incluindo o estado de São Paulo, transformando-se em um vetor direto de insegurança sanitária, educacional e física nas escolas. Análises internacionais e regionais mostram interrupções massivas de ensino por eventos climáticos extremos: o UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância, registrou que pelo menos 242 milhões de estudantes tiveram sua escolaridade afetada por desastres em 2024, o que inclui ondas de calor, inundações e incêndios que provocam suspensões e perdas de dias letivos. No plano nacional e estadual, o Instituto Nacional de Meteorologia (INMET)[1] confirmou que os períodos recentes (verão 2024–2025) estiveram entre os mais quentes registrados, com elevação consistente de médias mensais de temperatura que intensificam os riscos à saúde infantil em ambientes escolares sem adaptações.

1 INMET – Instituto Nacional de Meteorologia. **Verão 2024-2025 foi o sexto mais quente no Brasil desde 1961**. Publicado em 20 mar. 2025. Disponível em: https://portal.inmet.gov.br/noticias/ver%C3%A3o-2024-2025-foi-o-sexto-mais-quente-no-brasil-desde-1961. Acesso em 10 out. 2025.

Estudos e monitoramentos sobre qualidade do ar e fogo urbano/periurbano evidenciam riscos respiratórios e toxicológicos que atingem de modo desproporcional escolas em territórios periféricos. O MapBiomas[2] documentou o expressivo aumento das áreas queimadas em 2024, indicando que as frentes de fogo ampliaram significativamente material particulado atmosférico e fumaça que afetam unidades escolares próximas. A Fiocruz, por meio de suas plataformas e grupos de trabalho sobre qualidade do ar e saúde ambiental, vem alertando para a associação entre poluição, eventos de queima e agravamento de doenças respiratórias infantis, o que exige medidas preventivas específicas nas escolas.

No Estado de São Paulo, há evidências locais da tensão entre risco conhecido e insuficiente institucionalização de respostas: comunicados internos das Diretorias de Ensino orientaram medidas de proteção em períodos de altas temperaturas, mas faltam planos sistemáticos, investimentos e integração formal com instrumentos de proteção civil (SINPDEC/Cemaden) para tornar as escolas infraestruturas resilientes; assim, a previsibilidade do dano convive com respostas episódicas e fragmentadas. Ao mesmo tempo, iniciativas técnicas e de campo — como os estudos e propostas do Instituto Alana sobre acesso ao verde e resiliência escolar e a parceria municipal "Refresca SP" — demonstram caminhos práticos de mitigação e adaptação, mas também revelam a lacuna entre projetos-piloto e uma política pública estadual vinculante que garanta a segurança ambiental nas escolas.

Esses elementos comprovam a materialidade do risco, a previsibilidade das ocorrências climáticas adversas e a desigualdade estrutural de exposição, que recai com maior intensidade sobre crianças em territórios racializados e periferizados, configurando omissão estatal passível de responsabilização administrativa e judicial. O Plano Nacional de Adaptação (PNA)[3] reconhece a educação como setor estratégico de adaptação, mas a ausência de cronogramas e metas vinculantes por ente federado, diante dos sinais científicos e dos eventos já verificados, legitima a necessidade de tutela jurisdicional urgente para obrigar medidas de infraestrutura, protocolos de contingência, monitoramento da qualidade do ar e programas pedagógicos de continuidade educativa e proteção psicossocial nas escolas paulistas.

Sugestão de Operacionalização

Em suma, considerando que a crise climática agrava desigualdades históricas e incide de forma desproporcional sobre crianças e adolescentes, sobretudo aqueles pertencentes a territórios periféricos, racializados e com menor infraestrutura urbana, e diante da omissão estatal em implementar medidas de adaptação, prevenção e proteção nos espaços de convivência e educação, inclusive nas escolas públicas paulistas, sugere-se a defesa, em juízo e no debate público, da tese de que **a ausência de políticas de justiça climática voltadas às infâncias e adolescências,**

2 MAPBIOMAS. **Área queimada no Brasil cresce 79 % em 2024 e supera os 30 milhões de hectares**. 22 jan. 2025.Disponível em: https://brasil.mapbiomas.org/2025/01/22/area-queimada-no-brasil-cresce-79-em-2024-e-supera-os-30-milhoes-de-hectares/. Acesso em 10 out. 2025.

3 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima: volume 1 — estratégia geral : Portaria MMA nº 150, de 10 de maio de 2016. Brasília: MMA, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade-e-biomas/biomas-e-ecossistemas/biomas/arquivos-biomas/plano-nacion al-de-adaptacao-a-mudanca-do-clima-pna-vol-i.pdf. Acesso em 10 out. 2025.

considerando especificamente o ambiente escolar (com infraestrutura adequada, protocolos de resposta a eventos extremos e garantia de permanência segura nos territórios) configura violação direta ao princípio da proteção integral e demanda atuação judicial estruturante e imediata para reposicionar crianças e adolescentes como sujeitos centrais nas políticas de adaptação climática.

Indicação da Perspectiva/Enfoque De Gênero e Raça Relacionada à Tese

Embora a emergência climática atinja toda a população, seus efeitos incidem de forma racializada e generificada, já que c**rianças e adolescentes negros, sobretudo meninas e jovens cuidadoras nos territórios periféricos de São Paulo, estão mais expostos a escolas sem infraestrutura térmica, com altos índices de poluição e maior risco de enchentes e calor extremo, compondo um cenário típico de racismo ambiental, no qual a geografia da cidade reproduz desigualdades históricas na distribuição do risco climático.** Nas periferias, onde se concentram corpos negros e femininos, a sobrecarga de cuidado recai sobre meninas que, diante de interrupções escolares e desastres climáticos, assumem responsabilidades domésticas e de sobrevivência, o que impacta diretamente sua permanência escolar e saúde emocional. Assim, a tese assume como eixo estruturante a justiça climática com enfoque de gênero e raça, reconhecendo que proteger a infância frente à crise climática exige enfrentar a lógica ambientalmente desigual que produz territórios sacrificáveis e infâncias descartáveis.

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteiro/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da D**EFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, estabelece o princípio e regra da proteção integral e da prioridade absoluta, determinando que é dever do Estado assegurar, com primazia sobre quaisquer outros interesses, os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, incluindo a educação, a saúde e um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Essa previsão constitucional não é meramente programática; ela impõe obrigações positivas, imediatas e verificáveis às instâncias estatais, vinculando a formulação e a execução de políticas públicas educacionais à necessidade de responder aos riscos concretos impostos pela crise climática. A proteção climática, nesse sentido, não se configura como política pública facultativa, mas como dever jurídico decorrente diretamente do texto constitucional e da centralidade da criança na ordem de prioridades da República. O Estado que deixa de adaptar suas unidades escolares aos eventos climáticos extremos – como calor intenso, enchentes, deslizamentos ou poluição do ar – viola o núcleo essencial do direito à educação associado ao direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça essa compreensão ao afirmar, no artigo 19, que toda criança e adolescente têm direito a ser educados em ambiente que favoreça seu desenvolvimento integral, o que inclui condições materiais e ambientais adequadas. Quando uma escola, por ausência de infraestrutura adaptada aos novos padrões climáticos, submete crianças à exposição prolongada ao calor extremo, à interrupção recorrente das aulas por enchentes ou à contaminação do ar e da água, deixa de garantir esse ambiente protetivo e viola o dever jurídico de cuidado especial. Nessa perspectiva, a emergência climática adquire contornos de questão infantojuvenil, pois opera diretamente sobre a concretização do direito fundamental à educação, que é indissociável das condições ambientais em que se realiza.

No plano internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao emitir a Opinião Consultiva OC-32/25, qualificou a crise climática como uma ameaça sistêmica à realização dos direitos humanos e estabeleceu que os Estados têm deveres imediatos de prevenção, mitigação e adaptação com enfoque diferenciado para grupos em situação de vulnerabilidade, entre os quais crianças e adolescentes ocupam posição central. A Corte foi categórica ao afirmar que a infância deve ser considerada prioridade absoluta nas políticas de adaptação climática, inclusive no âmbito escolar, e que a omissão estatal diante de riscos climáticos previsíveis pode configurar violação grave de direitos humanos com responsabilização internacional. Tal entendimento projeta sobre o sistema jurídico brasileiro um dever de conformação normativa, interpretativa e orçamentária, reforçando que a proteção climática no espaço escolar não é política facultativa, mas obrigação jurídica vinculante.

O Comentário Geral nº 26 do Comitê sobre os Direitos da Criança – dedicado especificamente às mudanças climáticas e aos direitos da infância – introduz, de maneira contundente, o conceito de "obrigação de adaptação sistêmica" e afirma que escolas devem ser espaços resilientes, seguros e preparados para eventos climáticos extremos, com planos de contingência, infraestrutura adequada e educação climática crítica e participativa. O documento adverte que expor crianças a ambientes educacionais inseguros ou insalubres em decorrência de negligência climática estatal constitui violação direta da Convenção sobre os Direitos da Criança. Ao lado dele, ainda em elaboração, mas com o rascunho já disponível, o Comentário Geral nº 27 fortalece o direito de acesso à justiça, reconhecendo que crianças e adolescentes têm legitimidade para exigir judicialmente remédios efetivos quando seus direitos são afetados por políticas ambientais insuficientes ou pela omissão do Estado diante de riscos climáticos.

Inclusive, posicionamento semelhante já foi acolhido e sistematizado no âmbito institucional da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que, em 23 de maio de 2025, publicou a Carta Aberta: Adaptação Justa e Inclusiva às Mudanças Climáticas, documento assinado por defensoras e defensores de diversos estados que consolidou diretrizes prioritárias para atuação defensorial em justiça climática — incluindo a obrigação de responsabilização do Estado por omissões em mitigação e adaptação, a priorização de populações vulneráveis, a exigência de planos de adaptação e a necessidade de atuação multidisciplinar e participativa nos territórios e nas escolas — posicionamento esse que respalda institucionalmente a tese de proteção especial à infância em ambientes escolares frente à emergência climática.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. O acolhimento das preliminares arguidas ...

d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...

e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

INFÂNCIA E JUVENTUDE

6. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *É ilegal o decreto de suspensão ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão da situação de rua da/o genitora e/ou família.*

Autores/as: Instituto Alana

Assunto

Suspensão e/ou destituição do poder familiar de crianças cujas mães e/ou família estejam em situação de rua.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

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;

Meta do plano de atuação relacionada

1.3. Criar uma Coordenação para o atendimento da população em situação de rua, fortalecendo a prática de atendimentos itinerantes que devem ser realizados de forma descentralizada e que atue também no monitoramento das políticas públicas. A coordenação deve contar com ampla participação popular, por meio de conselho com representantes da sociedade civil e dialogar com a ouvidoria externa da Defensoria.

Fundamentação jurídica

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a doutrina da proteção integral da

criança e do adolescente - rompendo definitivamente com o paradigma da situação irregular - os reconhecendo enquanto sujeitos de direito, que devem ter sua peculiar condição de desenvolvimento respeitada, assegurando, assim, o seu melhor interesse e a absoluta prioridade de seus direitos. Nesse sentido, o artigo 227 prevê: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Para viabilizar e trazer efetividade ao artigo 227, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu artigo 4º, parágrafo único, alíneas "b" e "c", aponta que a garantia da absoluta prioridade compreende a "precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública" e a "preferência na formulação e na execução das políticas sociais ou de relevância pública".

Por sua vez, o direito à convivência familiar encontra garantia no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo que: "É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral". O dispositivo consagra a prioridade pela manutenção do vínculo familiar nas discussões de destituição do poder familiar, reservando à excepcionalidade essa possibilidade. Ainda, em seu artigo 23 aponta que "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar". A pobreza, portanto, bem como seus frequentes desdobramentos em dificuldades e violências cotidianas, não é suficiente para justificar a destituição do poder familiar.

Ainda, a Nota Técnica nº 001 de 2016[1], em que o Ministério da Saúde e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome definem "diretrizes e fluxograma para a atenção integral à saúde das mulheres e das adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos"[1], nas quais é promovida a autonomia das mães, o acompanhamento das redes de atendimento e uma análise minuciosa nos casos de possibilidade de suspensão ou destituição do poder familiar.

Inclusive, tese semelhante já foi acolhida pela Defensoria Pública em relação ao uso de drogas: "A Lei nº 13.257/16 (Marco Legal da Primeira Infância), ao suprimir a locução 'em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes' da redação original do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou uma proibição jurídica prima facie para o acolhimento institucional e/ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão do uso de drogas pelos genitores" (Tese 122).

Além disso, há também a Resolução CNJ n. 425/2021[2], que estabelece diretrizes específicas para a proteção de crianças e adolescentes em situação de rua, centrando-se na preservação do direito à convivência familiar e comunitária. A norma determina que a situação de rua, por si só, não constitui motivo para suspensão ou perda do poder familiar, seguindo o princípio do art. 23 do ECA supramencionado, que veda a destituição por carência material.

Nesse sentido, é válido mencionar o Protocolo **"Mulheres em Situação de Rua e Proteção às Maternidades"** (2025)[3], elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça e fundamentado na Resolução CNJ nº 425/2021. O Protocolo consiste em um instrumento normativo e interpretativo essencial, que atua como guia especializado para a aplicação coerente, humanizada e sensível das normas legais às especificidades vivenciadas por mulheres em situação de rua.

O referido Protocolo estabelece diretrizes claras para a atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos dessas mulheres e de seus filhos e filhas, tendo como eixo central a **garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Trata-se de um documento que deve orientar e fundamentar as decisões judiciais e também a atuação do sistema de justiça, não podendo ser ignorado ou relativizado, sob pena de perpetuar práticas discriminatórias e de violação de direitos humanos.

Fundamentação Fática

Em que pese a existência desses marcos normativos, o relatório de pesquisa Primeira Infância e Maternidade nas ruas da cidade de São Paulo (Gomes et al., 2017) [3], produzido pela Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama (CDHLG) em parceria com o Instituto Alana, constatou que o modus operandi do Poder Judiciário nos casos de mães em situação de rua é justamente decidir pela

1 BRASIL. Nota Técnica Conjunta n.º 01/2016/MDS/MSaúde: diretrizes, fluxo e fluxograma para a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de álcool e/ou crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério da Saúde, 10 maio 2016. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/bolsa_familia/nota_tecnica/nt_conjunta_01_MDS_msaude.pdf>. Acesso em: 05 out. 2025

2 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 425, de 08 de outubro de 2021. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144748202110116164e94ab8a0.pdf>. Acesso em: 05 out. 2025.

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo Mulheres em Situação de Rua e Proteção às Maternidades. Brasília, DF: CNJ, 2025

destituição do poder familiar, em detrimento da absoluta prioridade de crianças e adolescentes à convivência familiar, com base em estigmas sociais e à revelia do entendimento das redes de atendimento próximas a estas mulheres.

Ainda, a partir do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/16), foi suprimido do ECA trecho que previa que crianças precisariam estar livres do convívio de pessoas que fizessem uso de drogas, buscando superar a visão estigmatizante na legislação, mas não alcançando o imaginário e prática dos magistrados e magistradas. Por tais motivos, destaca-se o fenômeno da destituição do poder familiar de crianças e adolescentes em situação de rua, **como mais uma forma de violência** que atinge tal público.

A heterogeneidade da população em situação de rua, com suas formas específicas de viver e sobreviver, nem sempre encontra lastro no sujeito de direito padronizado do ordenamento brasileiro e seus moldes legais. Exemplo disso são as disputas em torno do conceito de família, base conceitual por trás das decisões judiciais que retiram das mães, pais ou cuidadores, e também das crianças ou adolescentes, o direito à convivência familiar. Nessas situações, o Judiciário tende a contrapor o chamado melhor interesse da criança à condição de vulnerabilidade das mães em situação de rua, estas tratadas como um risco sob o ponto de vista do padrão social contido no imaginário social: "A prática nas redes de atendimento e proteção e mesmo no judiciário, tem mostrado que as famílias, em especial as mães, são vistas como violadoras dos direitos das crianças, grosso modo, por serem usuárias de drogas e/ou estarem em situação de rua. A solução seria, nessa perspectiva, o afastamento de genitoras e bebês para a proteção do melhor interesse das crianças.

Contudo, essa construção vai contra o ordenamento jurídico brasileiro, e tem como substrato a polarização de direitos que, sob o prisma deste relatório, não deveria existir" (Gomes et. al, 2017, p. 75).

A complexidade da situação de rua exige um **atendimento intersetorial** a fim de identificar as dificuldades específicas de cada caso e encaminhá-los de maneira adequada e não violadora de direitos. No caso das mulheres em situação de rua de São Paulo, a rede de atendimento é composta pela Defensoria Pública e uma série de entidades de saúde e assistência social. Na pesquisa apontada, constatou-se que, em muitos casos de decisão judicial pela destituição, os profissionais da rede socioassistencial, os quais de fato tinham proximidade das famílias julgadas, não consideravam necessária a medida. E que, muitas vezes, o Judiciário decidiu pela destituição exclusivamente em razão da condição de precariedade em que a mãe vivia: "Desta maneira, ao longo desta pesquisa, escutamos narrativas de mulheres que, vulnerabilizadas e sem acesso a direitos, por diversos motivos e, dentre eles a falta de estrutura das políticas públicas intersetoriais, perdem a guarda e o poder familiar de suas famílias justamente em razão desta precariedade. Em muitos dos casos narrados não houve a prática de nenhum tipo de violência ou negligência para com a criança mas, sim, tão somente, seu nascimento no contexto de precariedade que é o que vive sua mãe." (Gomes et. al, 2017, p. 91). O que ocorre, com isso, é a consolidação de uma prática arbitrária de destituição de poder familiar que viola o direito à convivência familiar.

A insuficiência e a fragmentação dos dados sobre a população em situação de rua no Brasil não são meras falhas técnicas: constituem, em si mesmas, uma expressão da negligência estrutural do Estado e da sociedade diante dessa realidade. A ausência de informações sistematizadas e de levantamentos censitários específicos reflete o tratamento marginal e emergencial que historicamente tem sido dado ao tema, relegando-o a políticas de caráter paliativo e descontinuado. **Nesse sentido, a ausência de dados também é um dado — um indicador da invisibilização política e social de uma população cuja existência é, muitas vezes, tratada**

como incômoda ou descartável.

Segundo o Observatório Brasileiro de Políticas Públicas com a População em Situação de Rua (OBPopRua/UFMG), entre dezembro de 2023 e dezembro de 2024, o número de pessoas vivendo nas ruas aumentou aproximadamente 25%, saltando de 261.653 para 327.925 indivíduos registrados no CadÚnico. Esse total é 14 vezes superior ao de 2013, quando havia pouco mais de 22 mil pessoas em situação de rua. Apenas o estado de São Paulo concentra 43% do total nacional, com 139.799 pessoas, número doze vezes maior do que o verificado em 2013 (10.890). Essa concentração geográfica, associada à alta subnotificação em outros estados e municípios, evidencia como a ausência de um sistema unificado de monitoramento contribui para distorcer a dimensão real do problema e dificultar a formulação de políticas públicas estruturantes e não punitivistas.

Sendo assim, as decisões judiciais, ao desconsiderarem o contexto de desigualdade social e estrutural em que essas famílias vivem, acabam por confundir vulnerabilidade com incapacidade parental. O simples fato de uma mãe estar em situação de rua - o que decorre, muitas vezes, da insuficiência de políticas de cuidado, habitação, saúde e assistência - é interpretado como sinal inequívoco de inaptidão para o exercício da maternidade. O resultado é a substituição de uma abordagem protetiva por uma abordagem punitiva, na qual a família em situação de rua é culpabilizada por uma condição que, em última instância, é resultado de falhas do próprio Estado.

Sugestão De Operacionalização

Em suma, considerando a situação de rua enquanto manifestação de pobreza não necessariamente relacionada ao uso de drogas ou a quaisquer maus tratos por parte dos genitores, bem como a prioridade da manutenção do vínculo familiar conferida pelo ECA, sugere-se a defesa em juízo e no debate público da tese de que é ilegal o decreto de suspensão ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão da situação de rua dos genitores.

Indicação da Perspectiva/Enfoque de Gênero e Raça Relacionada à Tese

Embora os dados apontem que a população em situação de rua seja formada, em sua maioria por homens, e o grupo feminino seja numericamente menor (cerca de 16% do total nacional), as mulheres, mães, cuidadoras que se encontram em situação de rua, para além de toda a vulnerabilização vivida, possuem seus direitos sexuais e reprodutivos e o próprio direito a exercer a maternidade violado. Além disso, há também a necessidade de um recorte racial, tendo em vista, tomando a cidade de São Paulo como exemplo, dado seu censo realizado em 2021, pretos e pardos somam 70,8% da população em situação de rua na cidade.

Portanto, o enfrentamento dessa ilegalidade exige não apenas a defesa jurídica das famílias atingidas, mas também a adoção de uma perspectiva interseccional na formulação das políticas públicas e na atuação do sistema de justiça, de modo a reconhecer as especificidades de gênero e raça que atravessam a realidade da população em situação de rua.

Manifestação Processual Pré-Formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ação de suspensão/destituição do poder familiar em razão da situação de rua da genitora/família da criança/adolescente.

É a síntese.

IV. MÉRITO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente - rompendo definitivamente com o paradigma da situação irregular - os reconhecendo enquanto sujeitos de direito, que devem ter sua peculiar condição de desenvolvimento respeitada, assegurando, assim, o seu melhor interesse e a absoluta prioridade de seus direitos. Nesse sentido, o artigo 227 prevê: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Para viabilizar e trazer efetividade ao artigo 227, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu artigo 4º, parágrafo único, alíneas "b" e "c", aponta que a garantia

da absoluta prioridade compreende a "precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública" e a "preferência na formulação e na execução das políticas sociais ou de relevância pública".

Por sua vez, o direito à convivência familiar encontra garantia no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo que: "É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral". O dispositivo consagra a prioridade pela manutenção do vínculo familiar nas discussões de destituição do poder familiar, reservando à excepcionalidade essa possibilidade. Ainda, em seu artigo 23 aponta que "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar". A pobreza, portanto, bem como seus frequentes desdobramentos em dificuldades e violências cotidianas, não é suficiente para justificar a destituição do poder familiar.

Ainda, a Nota Técnica nº 001 de 2016, em que o Ministério da Saúde e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome definem "diretrizes e fluxograma para a atenção integral à saúde das mulheres e das adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos"[1], nas quais é promovida a autonomia das mães, o acompanhamento das redes de atendimento e uma análise minuciosa nos casos de possibilidade de suspensão ou destituição do poder familiar.

Inclusive, tese semelhante já foi acolhida pela Defensoria Pública em relação ao uso de drogas: "A Lei nº 13.257/16 (Marco Legal da Primeira Infância), ao suprimir a locução 'em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes' da redação original do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou uma proibição jurídica prima facie para o acolhimento institucional e/ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão do uso de drogas pelos genitores" (Tese 122).

Além disso, há também a Resolução CNJ n. 425/2021, que estabelece diretrizes específicas para a proteção de crianças e adolescentes em situação de rua, centrando-se na preservação do direito à convivência familiar e comunitária. A norma determina que a situação de rua, por si só, não constitui motivo para suspensão ou perda do poder familiar, seguindo o princípio do art. 23 do ECA supramencionado, que veda a destituição por carência material.

Nesse sentido, é válido mencionar o Protocolo "Mulheres em Situação de Rua e Proteção às Maternidades" (2025), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça e fundamentado na Resolução CNJ nº 425/2021. O Protocolo consiste em um instrumento normativo e interpretativo essencial, que atua como guia especializado para a aplicação coerente, humanizada e sensível das normas legais às especificidades vivenciadas por mulheres em situação de rua.

O referido Protocolo estabelece diretrizes claras para a atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos dessas mulheres e de seus filhos e filhas, tendo como eixo central a **garantia do direito à convivência familiar e comunitária.** Trata-se de um documento que deve orientar e fundamentar as decisões judiciais e também a atuação do sistema de justiça, não podendo ser ignorado ou relativizado, sob pena de perpetuar práticas discriminatórias e de violação de direitos humanos.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. O acolhimento das preliminares arguidas ...

d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...

e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

INFÂNCIA E JUVENTUDE

7. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Considerando que o cuidar e o educar são indissociáveis, bem como considerando que as atividades pedagógicas na primeira infância são inerentemente lúdicas e recreativas, e, por isso, reconhecendo o caráter docente do cargo de quem está com atuação direta junto às crianças educandas, garantindo o direito à integralidade da docência às crianças, há necessidade de enquadrar o respectivo cargo como parte da classe docente na carreira do magistério.*

Autores/as: Alexandre Tortorella Mandl

Assunto

Direito à integralidade da docência às crianças na educação infantil. Reconhecimento da função docente dos cargos na estrutura da educação infantil. As atividades pedagógicas na primeira infância são inerentemente lúdicas e recreativas, sendo que o cuidar e o educar são indissociáveis. Prefeituras devem regularizar sua estrutura da educação infantil, aplicando o artigo 61 da Lei Federal nº 9394/96 (LDB), completando a transição da lógica da "década da educação", ainda vigente, nos termos do disposto nos Planos Nacionais de Educação (o atual vigente é a Lei Federal nº 13.005/2014) e superação do preconceito com a educação infantil, impedindo que o Poder Executivo diferencie os segmentos da educação com prejuízo ao reconhecimento da função docente na primeira infância, garantindo, de vez, a perspectiva educacional e não meramente assistencial do atendimento às crianças de 0 a 3 anos, e mesmo de 0 a 5 anos e 11 meses.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Instauração de inquérito civil (e eventual Ação Civil Pública) contra Prefeituras para garantir o disposto no artigo 61 da LDB

Meta do plano de atuação relacionada

Garantir fiscalização da implementação do Plano Nacional de Educação, e respectivos planos municipais, em especial, quanto ao reconhecimento da função docente na primeira infância, como forma de garantir o cumprimento dos parâmetros nacionais da qualidade na educação infantil.

Fundamentação jurídica

Artigo 61 e seguintes da LDB (Lei federal nº 9394/1996)

Lei Federal nº 11.738/08

Lei Federal nº 13.005/2014

Lei Federal nº 14.817/2024

Resolução nº 01, de 17 de outubro de 2024 (CNE/CEB-MEC)

Fundamentação fática

Fundamentos pedagógicos: cuidar e educar são indissociáveis. Educa-se brincando. Brinca e cuida, educa-se. Educação infantil é a primeira etapa da educação básica. Superação do assistencialismo reinante nas estruturas da educação infantil, como um "depósito" de crianças. Garantia do direito à integralidade da docência às crianças.

Sugestão de operacionalização

Abertura de inquérito civil em cada cidade, com orientação do núcleo da infância, articulado com um núcleo de defesa da educação.

Manifestação processual pré-formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de ...

É a síntese.

IV. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

.....

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. O acolhimento das preliminares arguidas ...

d. Caso não se entenda pelo acolhimento das preliminares suscitadas, sejam, ainda assim, acolhidas as alegações de mérito, ...

e. Seja, ao final, julgado procedente/improcedente o pedido, por todas as razões de fato e de direito ora sustentadas.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - MODELO DE PEÇA

CRIMINAL

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A quesitação do feminicídio (incisos I ou II do § 1º do art. 121-A do Código Penal) deve ser feita apenas após a quesitação das teses defensivas alegadas.*

Autores/as: Bruno Martinelli Scrignoli

Assunto

A inclusão da tipificação autônoma do feminicídio no art. 121-A do Código Penal pela lei nº 14.994/2024 deve produzir uma mudança na sistemática anterior de quesitação do feminicídio?

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Art. 5º, incisos III e IX, da Lei 988/06:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX – assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

Fundamentação fática e jurídica

Em razão da lei nº 14.994/2024, crime de feminicídio está hoje tipificado no art. 121-A do Código Penal, cuja redação é: (caput) Matar mulher por razões da condição do sexo feminino. (§ 1º) Considera-se que há razões da condição do sexo feminino quando o crime envolve: (I) *violência doméstica e familiar;* (II) *menosprezo ou discriminação à condição de mulher.*

Embora a redação da lei nº 14.994/2024 (caput e § 1º) seja idêntica à redação da revogada lei nº 13.104/2015 (121, § 2º, VI e §2º-A, incisos I e II) do Código Penal, juristas expoentes do Tribunal do Júri entendem que deve haver uma alteração significativa na ordem da quesitação do feminicídio (por exemplo, Denis Sampaio, Rodrigo Faucz, Gina Ribeiro Gonçalves Muniz e Daniel Ribeiro Surdi de Avelar no artigo *Alguns pontos sobre a quesitação no crime de feminicídio* na coluna Justo Processo do Conjur).

Uma vez que se trata agora de tipo penal específico – o art. 121-A, do Código Penal –, argumentam esses autores que o quesito da materialidade (art. 483, inciso I, do CPP) deve ser desdobrado em dois: o primeiro, sobre a existência do fato; o segundo, sobre as razões da condição do sexo feminino.

Exemplificando:

1º quesito (materialidade do fato): na data ..., aproximadamente às ..., na rua ..., bairro ..., na cidade de..., a vítima ... foi atingida por disparos de arma de fogo, os quais causaram os ferimentos descritos no laudo de f. ..., que foram a causa de sua morte?

2º quesito (característica especial do feminicídio - § 1º, inciso I): o crime foi cometido por razões da condição do sexo feminino, por envolver violência doméstica e familiar, eis que (descrição fática admitida de pronúncia); ou

2º quesito (característica especial do feminicídio - § 1º, inciso II): o crime foi cometido por razões da condição do sexo feminino, por envolver menosprezo ou discriminação à condição de mulher, eis que (descrição fática admitida de pronúncia).

Em seguida, deve-se indagar acerca da autoria (art. 483, inciso II, do CPP) e, na sequência, se os jurados absolvem o acusado (art. 483, inciso III, do CPP).

Essa estrutura de quesitação não deve ser acolhida porque: 1) viola a metodologia dogmática de análise do fato punível, que confere lógica e racionalidade ao julgamento; 2) viola a plenitude de defesa, garantida no art. 5º, inciso XXXVIII e a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) da Constituição Federal, porque torna a quesitação possivelmente contraditória (o que pode levar à exclusão do quesito defensivo) e acirra a dissonância cognitiva dos jurados em prejuízo da defesa.

1) Viola da metodologia dogmática de análise do fato punível.

Do ponto de vista objetivo, o fundamento da criminalização do feminicídio é a ausência de reconhecimento da vítima como **sujeito de direitos** (violação à igualdade como bem jurídico autônomo).

Segundo Lucas Montenegro (*Por que se qualifica o homicídio? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio - Lei 13.104, de 2015* -, editora Marcial Pons, p. 134), tratando especificamente da "discriminação" (hoje no art. 121-A, § 1º, inciso II, mas cujo raciocínio é aplicável ao art. 121-A, § 1º, inciso I), isso significa *o* ***não reconhecimento de igual status jurídico*** *ou simplesmente da própria* ***qualidade de pessoa.***

O autor afirma que *a discriminação só se realiza como ilícito se ela é cometida tendo por meio outro ilícito* (Montenegro, p. 135), isto é, a discriminação (em razão de gênero) só se realiza se materializada no homicídio de uma mulher.

Nesse caso, a *vítima é agredida não só em seu direito concreto* (à vida), *mas como sujeito de direito* (igualdade), na sua qualidade de pessoa (dignidade intrínseca ao ser humano) (Montenegro, p. 139).

É por isso que o tipo exige a realização da morte de uma mulher *por razões da condição do sexo feminino.*

Do ponto de vista subjetivo, o delito exige a *intenção discriminatória* (dolo específico de discriminar).

Portanto, só se pode falar em *feminicídio* (enquanto violação em segundo grau de um dever jurídico de reconhecimento da vítima como pessoa) se antes houver a plena definição por parte do Conselho de Sentença de que houve, de fato, por parte de um determinado agente (que precisa ser identificado), a causação intencional da morte de uma mulher (violação do bem jurídico vida) com pleno domínio do curso causal (tipicidade objetiva do homicídio), de maneira consciente, intencional (tipicidade subjetiva), não justificada (ilícita) e de forma reprovável (culpável).

Em outras palavras: apenas se pode se submeter à decisão dos jurados se a morte de determinada mulher é um **feminicídio (morte em razão de gênero)** se antes houverem decidido pela condenação de **determinada pessoa** por um **homicídio (causação ilícita e culpável de uma morte).**

Consequentemente, o quesito acerca da prática do crime por razões da condição do sexo feminino só pode ser feito após, no mínimo, **1)** a definição, pelo Conselho de Sentença, da **autoria** (para que se defina a relação subjacente entre autor e vítima, que é essencial no juízo de valor do feminicídio e para que se saiba efetivamente quem agiu em razão da condição do sexo feminino) e **2)** condenação do agente em razão de um **homicídio**, isto é, da prática de uma ação típica, ilícita e culpável.

Feminicídio significa a prática de um homicídio especialmente reprovado pelo ordenamento jurídico.

É um adjetivo que qualifica um substantivo.

Logo, o Conselho de Sentença deve votar, antes de qualquer qualificativo do homicídio, quem foi o agente do fato (autoria) e se esse agente deve ser absolvido ou não em razão de alguma causa, legal ou supralegal, excludente de crime (de tipicidade, de antijuridicidade ou de culpabilidade).

Ou seja, apenas após a definição pela condenação em um homicídio (maioria de votos contrários ao quesito *o jurado absolve o réu?*) é que se pode passar à análise da especial reprovabilidade do fato, que desloca a pena mínima de 6 para 20 anos.

É um pressuposto lógico.

2) Viola a plenitude de defesa, garantida no art. 5º, inciso XXXVIII e a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV), da Constituição Federal.

O Código de Processo Penal veda a **contradição** entre os quesitos elaborados ao Conselho de Sentença (art. 490 e art. 564, parágrafo único) e determina o reconhecimento da **prejudicialidade** de quesito subsequente incompatível a resposta anteriormente dada (art. 490, parágrafo único).

Estabelecem os artigos mencionados:

> Art. 490. *Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas. Parágrafo único. Se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.*

A não observância de coerência/prejudicialidade dos quesitos enseja **nulidade** do julgamento, nos termos do art. 564, parágrafo único: *ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e* ***contradição*** *entre estas*, o que enseja recurso de apelação, com fundamento no art. 593, incido III: *caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias (III) das decisões do Tribunal do Júri, quando: (a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia.*

Em muitas ocasiões, há uma incompatibilidade entre o reconhecimento de uma tese defensiva e as qualificadoras e causas de aumento imputadas na denúncia.

Para que não ocorra o risco de uma tese defensiva deixar de ser quesitada em razão da contradição/prejudicialidade com uma tese acusatória e para evitar o risco de dissonância cognitiva em desfavor da defesa (desconforto decorrente da incoerência das novas informações apresentadas pelo quesito defensivo com a decisão eventualmente já tomada), o Código de Processo Penal (art. 483, §§ 2º, 3º e 4º) estabelece que as teses defensivas (absolvição, desclassificação - própria, negando a intenção homicida, e imprópria, afirmando diretamente a culpa ou elementar privilegiadora no infanticídio –, e causas de diminuição) **devem ser quesitadas anteriormente às da acusação** (qualificadoras e causas de aumento).

Eis o teor dos dispositivos:

> Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:
>
> I – a materialidade do fato;
>
> II – a autoria ou participação;
>
> III – se o acusado deve ser absolvido;
>
> IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

> V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.
>
> § 2º. Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: o jurado absolve o acusado?
>
> § 3º. Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre: I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa; II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.
>
> § 4º. Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2o (segundo) ou 3o (terceiro) quesito, conforme o caso.

A violação à priorização de quesitação das teses defensivas configura **nulidade absoluta** (leitura a *contrario sensu* do art. 572 do Código de Processo Penal), sendo esse também o teor da Súmula 162 do Supremo Tribunal Federal: *é* ***absoluta*** *a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes.*

Agora, imaginem-se os seguintes exemplos:

Exemplo 1: marido e mulher, após uma acirrada discussão em evento de família, decidem ir embora do local. Ele, na direção de veículo automotor. Ela, no banco do passageiro. O veículo colide e apenas a passageira vem a óbito. O Ministério Público imputa ao agente prática de homicídio doloso, na modalidade dolo eventual, em razão da condição do sexo feminino, por envolver violência doméstica e familiar (art. 121-A, § 1º, inciso I, do Código Penal), uma vez que o agente, em razão da discussão havida minutos antes com sua esposa, o agente ingeriu bebida alcoólica e decidiu dirigir da maneira imprudente (em velocidade incompatível com a via), assumindo o risco de matar sua esposa, o que de fato veio a ocorrer. A defesa, em sessão plenária, pede aos jurados que absolvam o réu em razão da **heterocolocação em perigo consentida** (excludente de ilicitude), uma vez que a vítima, ciente do estado físico e emocional do acusado, consentiu em entrar com a situação de perigo criada. Subsidiariamente, argumenta que não houve assunção de risco de morte (afastamento do dolo eventual) e que não havia questão de gênero envolvida (o crime não ocorreu por *razões da condição do sexo feminino*) já que o fato não teve relação com a prévia discussão anterior.

Problematização: atenderia à melhor técnica indagar aos jurados se se trata de um crime em razão de gênero (isto é, se o crime deve ser especialmente reprovado) antes de se indagar se houve crime (se os jurados absolvem o réu em razão da excludente de ilicitude) ou se de fato havia dolo eventual homicida (caso de exclusão da competência do Conselho de Sentença)? Uma vez que os jurados, por maioria de votos no 2º quesito, votassem "sim" ao feminicídio imputado, as duas perguntas subsequentes (absolvição e ausência de dolo eventual) ainda fariam sentido (haveria lógica nisso)? Ainda que fossem feitas, os jurados estariam decidindo essas questões de modo imparcial, isto é, sem estarem psicologicamente comprometidos com a decisão incompatível anterior?

Exemplo 2: A e B são ex-cônjuges e dessa relação adveio o filho C, atualmente com 5 anos. A guarda de C foi fixada judicialmente para seu pai B, tendo a mãe A o direito de visitas aos finais de semana. Em determinado final de semana, a mãe diz ao pai que levará a criança para uma viagem de férias por 15 dias. O pai concorda mas, em determinado momento desse período, recebe a informação de que a criança estava hospitalizada e dirige-se ao hospital. Lá, é informado

pelos médicos de que a criança deu entrada no hospital extremante machucada e com indícios de violência sexual. Pedindo informações a conhecidos da esposa, lhe é dito que seu atual companheiro teria sido em tese o responsável, que a criança já havia se queixado anteriormente das agressões à mãe e que sua ex-companheira não havia tomado as providências adequadas para protegê-la. Enfurecido, o pai adquire uma arma e vai até o apartamento onde estão sua esposa e o companheiro dela, contra ambos desferindo disparos de arma de fogo. A morte não ocorre por circunstância alheias à vontade do agente. Em relação à ex-esposa, é imputada ao agente tentativa de homicídio em razão da condição do sexo feminino, por envolver violência doméstica e familiar (art. 121-A, § 1º, inciso I, do Código Penal). E sessão plenária, a defesa alega que não se trata de violência em razão de gênero, mas por motivo de relevante valor moral (art. 121, § 1º, do Código Penal) pois se trata de uma ação que, embora desmedida, decorreu da indignação do agente em razão da violação a um valor nobre e relevante para o agente – integridade física e dignidade sexual de seu filho de 5 anos - que é digno de indulgência, misericórdia ou compaixão e que a vítima tinha o dever de proteger mas conscientemente se omitiu.

Problematização: preliminarmente, caberia a discussão se, com a vigência da nova lei nº 14.994, de 2024, o feminicídio teria se tornado, de fato, uma qualificadora subjetiva. Isso porque o art. 121-A, no § 2º, inciso V, estabelece como causas de aumento (de 1/3) as circunstâncias qualificadoras dos incisos III (meio insidioso ou cruel), IV (modo de execução) e VIII (emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido) do § 2º do art. 121 do Código Penal, excluindo intencionalmente a compatibilidade do feminicídio com causas de aumento que integram as qualificadoras subjetivas (motivo fútil ou torpe, dos incisos I e II do § 2º do art. 121 do Código Penal). Além disso, o § 3º do art. 121-A estabelece que *comunicam-se ao coautor ou partícipe as* ***circunstâncias pessoais*** *elementares do crime previstas no § 1º deste artigo, que são as razões da condição do sexo feminino: violência doméstica e familiar* (inciso I) e *menosprezo ou discriminação à condição de mulher* (inciso II). ***Circunstância pessoais*** só podem dizer respeito a **motivos**. Se se trata de motivo qualificador, este é incompatível com os motivos que privilegiam (art. 121, § 1º, do Código Penal)

Mas, superando a discussão da natureza objetiva ou subjetiva do feminicídio, a questão é que os **fatos** alegados pela defesa para fundamentar o motivo dos disparos (que se traduzem na causa de diminuição do relevante valor moral) são **absolutamente incompatíveis** com os **fatos** invocados pelo Ministério Público para fundamentar a imputação de feminicídio. E os fatos alegados pela defesa como o motivo do crime **excluem** a conclusão por infração *em razão de gênero*. Sendo assim, indaga-se: o que deve ser quesitado antes: se o fato se deu em razão da condição do sexo feminino, por envolver violência doméstica e familiar (art. 121-A, § 1º, inciso I, do Código Penal) ou se se deu em razão de relevante valor moral (art. 121, § 1º, do Código Penal)? Se os jurados, por maioria de votos, afirmarem o feminicídio, faria sentido perguntar se o motivo do crime foi o fato afirmado pela defesa como relevante valor moral? Sendo quesitos excludentes entre si, haveria razão lógica para o da defesa ser quesitado em seguida? Se sim, segundo a sistemática estabelecida pelo (art. 483, §§ 2º, 3º e 4º, pela Súmula 162 do Supremo Tribunal Federal e como garantia da plenitude de defesa e acesso à jurisdição, haveria dissonância cognitiva que prejudicaria a análise imparcial do quesito defensivo?

A resposta a ambas as problematizações propostas só pode ser negativa. Os quesitos defensivos que negam ter o fato sido cometido em razão de gênero devem ser formulados anteriormente porque apenas assim é que se garante que as respostas serão fornecidas pelos jurados com originalidade cognitiva (essencial à imparcialidade), sem o risco de os quesitos serem considerados prejudicados (o que violaria a garantia de acesso à jurisdição) e a resposta afirmativa a eles possivelmente afasta, por incompatibilidade lógica, as imputações qualificadoras e majorantes da acusação, o que prestigia plenitude de defesa.

O art. 121-A, incluído pela nova lei nº 14.994, de 2024, embora tenha elevado consideravelmente a pena do feminicídio, manteve a estrutura de imputação da Lei nº 13.104, de 2015, repetindo seus termos. O efeito almejado pela lei, que é qualificar o tipo básico do homicídio aumentando-lhe consideravelmente a pena, não fica comprometido pelo fato de a indagação sobre o feminicídio ser feita apenas após as teses defensivas. E essa é a única maneira de se primar pela coerência e racionalidade na formulação dos quesitos.

Sugestão de operacionalização

Na fase do art. 484 do Código de Processo Penal, da formulação dos quesitos *(a seguir, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata)*, requerer ao juízo que o quesito específico sobre o feminicídio (fundado nos incisos I ou II do § 1º do art. 121-A do Código Penal) conste apenas após as teses defensivas alegadas.

CRIMINAL

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Não podem ser ouvidos, na qualidade de testemunha, agentes de segurança pública ou de polícia judiciária, bem como peritos e assistentes que tenham contribuído para acusação*

Autores/as: Bruno Salles Ribeiro – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Assunto

Penal. Processo Penal. Testemunha. Suspeição. Contradita.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Atuação Criminal

Fundamentação jurídica

O artigo 202, do Código de Processo Penal, dispõe que qualquer pessoa poderá ser testemunha. Tal disposição constitui a regra no processo penal brasileiro, comportando, no entanto, exceções, como é o caso da proibição de depor por aqueles que em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo, nos termos do artigo 207, do CPP. O diploma também contempla, em seu artigo 214, a possibilidade de impugnação da oitiva da testemunha quando restar identificada *"circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé".*

A legislação processual penal não especifica quais seriam as hipóteses de suspeição e impedimento das testemunhas, razão pela qual pertinente a invocação do artigo 3º do diploma para sua integração pela legislação processual civil, que aponta com precisão as pessoas impedidas de prestar testemunho:

> *"Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.*
>
> *(...)*
>
> ***§ 2º São impedidos:***
>
> *I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;*
>
> *II - o que é parte na causa;*
>
> *III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes".*

É evidente que a norma processual civil, até porque mais recente, aprofunda e detalha as hipóteses de vedação ao testemunho, sistematizando-as nos conceitos de **suspeição** e **impedimento**. Tais categorias, na legislação processual penal, só foram dispostas em relação aos magistrados e não tiveram sua aplicação vinculada às testemunhas.

Em realidade, o art. 214, do diploma processual penal, refere-se à possibilidade de arguição da suspeição de parcialidade das testemunhas, por meio de contradita, mas **se queda silente sobre quais seriam as hipóteses dessa suspeição.**

Logo, cabe a interpretação analógica, já que as disposições do Código de Processo Civil integram as normas já contidas no Código de Processo Penal, dando a elas o lídimo alcance necessário à realização de uma relação processual justa.

Segundo **Guilherme Madeira Dezem**, "*a interpretação extensiva (que também é conhecida como ampliativa) consiste em método em que a fórmula positiva era demasiado estreita*"[1]. Esse é o caso em apreço. O CPP traz a possibilidade de impugnação do testemunho, mas não exaure as hipóteses em que se afiguraria a suspeição ou o impedimento. Tais hipóteses são encontradas no Código de Processo Civil.

Também, na lição de **Gustavo Badaró**, "*nas questões eminentemente de direito, em que não há qualquer controvérsia fática, não havendo dúvida a ser eliminada pela atividade probatória, mesmo assim, **deve prevalecer a decisão mais favorável ao acusado***".[2]

Não faria sentido que se admitisse que no processo civil houvesse regras mais precisas e estritas de garantia da imparcialidade da jurisdição e da formação da prova do que no processo penal, ramo no qual, está em jogo, a instrumentalização das formas que nortearão a pretensão de privação da liberdade do cidadão.

Fundamentação fática

Segundo pesquisa produzida pela Defensoria Pública fluminense e pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad) do Ministério da Justiça (2018), em 53,79% das condenações por tráfico de drogas no Rio de Janeiro, a palavra dos policiais foi a única prova usada pelo juiz para fundamentar sua decisão. Em 71,14%, elas foram as únicas testemunhas do processo (https://www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unicaprova-54.pdf).

No estudo intitulado Prisão Provisória e Lei de Drogas – um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo (2011), o NEV-USP (Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo), 74% das prisões em flagrante por tráfico de drogas têm apenas os policiais que participaram da operação como testemunha. E 91% dos processos terminam em condenação. O NEV-USP aponta, ainda, que 85% dos autos não têm fotos, sendo a palavra dos policiais o único elemento (https://nev.prp.usp.br/publicacao/priso-provisria-e-lei-de-drogas/).

Ainda vivemos sob a égide da confiança absoluta na palavra das Forças de Segurança Pública. Essa profissão de fé não impacta somente os acusados, assistidos pela defensoria, como toda a sociedade, já que desestimula a atividade investigatória mínima que, ao fim e ao cabo, resta despicienda em processos que se satisfazem com a palavra de órgãos que auxiliam a acusação.

Nesse sentido, o reconhecimento da parcialidade de mencionadas testemunhas ganha especial relevo, tendo em vista que podem desconstruir esse tipo de processo.

Sugestão de operacionalização

O sugestão de operacionalização é que, em audiência, os defensores contraditem o testemunho de policiais militares, civis, bem como qualquer outro agente de segurança, tendo em vista que eles, de alguma forma, assistiram uma das partes do processo, a saber, o Ministério Público. Na medida em que a Polícia forma o libelo acusatório, na fase administrativa, que alimenta o órgão acusatório, não pode ser considerada imparcial. Ainda como sugestão de operacionalização, no caso de negativa à contradita, sugere-se a impetração de habeas corpus, suscitando-se nulidade absoluta.

---

1 Curso de Processo Penal. Ed. RT. 5ª Edição, 2019. P. 76.

2 Processo Penal. Ed. RT. 4ª Edição rev., atual. e ampl., 2016. P. 117.

CRIMINAL

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *O indeferimento do pedido defensivo de participação virtual da pessoa acusada na sessão plenária de julgamento do tribunal do júri gera injustificado cerceamento de defesa, com nulidade absoluta por violação à garantia constitucional da plenitude de defesa prevista no artigo 5°, XXXVIII, a, da Constituição Federal.*

Autores/as: Cristina Emy Yokaichiya, Juliana Garcia Belloque e Karla Janaina Castro Y Rodriguez de França

Assunto

Plenitude de defesa no júri. Possibilidade de participação virtual da pessoa acusada na sessão plenária do tribunal do júri como legítima ferramenta do exercício da autodefesa, conforme escolha da pessoa acusada e de sua defesa técnica. Indevida sujeição da pessoa acusada ao risco de prisão como condição ao exercício do direito de defesa.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

LC 80/1994

Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

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;

LCE 988/2006

Art. 5º. São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Fundamentação jurídica

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, consagra o direito ao contraditório e à ampla defesa como garantias inafastáveis de todo acusado, assegurando-lhe os meios necessários para o exercício pleno dessas garantias fundamentais ao processo penal. No Tribunal do júri, ainda há previsão específica da garantia da *plenitude de defesa*, insculpida no inciso XXXVIII, a, do mesmo artigo.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, essas mesmas garantias judiciais estão previstas no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 14) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8º), que asseguram ao acusado o direito de se fazer presente aos atos processuais e de ser ouvido.

> *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*
>
> Artigo 14. Toda a pessoa terá **direito a ser ouvida publicamente** e com as devidas garantias por um tribunal competente.
>
> (...)
>
> Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

b) a dispor do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar com um defensor de sua escolha;

d) a **apresentar-se em julgamento e a defender-se pessoalmente** ou ser assistida por um defensor de sua escolha;

Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Artigo 8°. Garantias Judiciais.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) **direito do acusado de defender-se pessoalmente** ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de **comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;**

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consolidou interpretação acerca do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, destacando como garantias fundamentais o "direito de ser ouvido" e o "direito à autodefesa".

É vedado ao Poder Judiciário a criação de qualquer entrave para a manifestação livre dos acusados nos processos criminais, diminuindo a efetividade das garantias ao contraditório e à ampla defesa, como bem ponderou o Desembargador Luís Geraldo Lanfredi:

> *A Corte IDH tem reiterado que os Estados-Partes não devem [apenas] garantir formalmente os direitos processuais elencados, mas sobretudo tem o dever de adotar medidas efetivas para que esses direitos sejam [e estejam] materialmente assegurados.*
>
> *Em se tratando do direito à defesa (derecho a la defensa) de corolário do devido processo legal, não há como ignorar-se suas duas dimensões, complementares e reciprocamente interdependentes:* ***o direito à defesa técnica e o direito à autodefesa.***
>
> *Seja por qual for o prisma de análise, a concreção do direito à defesa pressupõe a salvaguarda de posições processuais necessárias ao pleno exercício do contraditório, estando os Estados-Parte da Convenção obrigados [para além de prevê-las formalmente na legislação] a* ***efetivar tais garantias concretamente nos procedimentos judiciais.***
>
> *Aliás,* ***é do exercício [com qualidade e efetividade] da defesa que se aspira a uma justiça substancial, razão maior para que se impeça flertar com toda e qualquer espécie de limitação indevida e desarrazoada a essa liberdade fundamental.***
>
> ***TJSP.*** *Habeas Corpus Criminal Processo nº 2286263-80.2024.8.26.0000 Relator(a): LUÍS GERALDO LANFREDI Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal. D.J. 04.11.2024*

Ainda, em **sentença proferida pela Corte IDH no caso Ruano Torres e outros versus El Salvador (2015)**, houve especial destaque ao direito à defesa plena, pontuando o direito à autodefesa do acusado. "Quanto ao direito à defesa, a Corte afirmou que é um componente central do devido

processo, que obriga o Estado a tratar ao indivíduo em todo momento como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido deste conceito, e não simplesmente como objeto do mesmo. Além disso, observou que o direito à defesa se projeta em duas facetas dentro do processo penal: por um lado, **através dos próprios atos do acusado, sendo seu expoente central a possibilidade de prestar uma declaração livre sobre os fatos que lhe são atribuídos** e, por outro, por meio da defesa técnica, exercida por um profissional do Direito, que cumpre a função de assessorar o investigado sobre seus deveres e direitos e executa, inter alia, um controle crítico e de legalidade na produção de provas".

No campo da legislação infraconstitucional, há expressa previsão de utilização de recursos virtuais quando há dificuldade de presença física do acusado. O artigo 185, §2º, do Código de Processo Penal admite a realização do interrogatório por meio de videoconferência em algumas hipóteses, quais sejam: (i) risco à segurança pública; (ii) dificuldade em comparecimento à audiência, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (iii) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima; ou (iv) em face de gravíssima questão de ordem pública.

A excepcionalidade das hipóteses legais funciona, neste dispositivo, como garantia à pessoa acusada, sobretudo àquela em restrição de liberdade, quando deseje participar presencialmente do ato. A previsão claramente não se presta a limitar o exercício da autodefesa no processo penal quando se está tratando de pedido de participação virtual feito pela própria defesa.

Não se pode olvidar que nos últimos anos houve efetiva implementação de audiências virtuais em todas as comarcas, a partir da pandemia de Covid-19, com advento de regulamentação mais abrangente por parte do Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução 354, de 19/11/2020.

A resolução garante, em seu artigo 3°, a realização de audiências na forma telepresencial a pedido da parte e ainda prevê:

> *4º Salvo requerimento de apresentação espontânea, o ofendido, a testemunha e o perito **residentes fora da sede do juízo serão inquiridos e prestarão esclarecimentos por videoconferência**, na sede do foro de seu domicílio ou no estabelecimento prisional ao qual estiverem recolhidos.*
>
> *§1º. No interesse da parte que residir distante da sede do juízo, o depoimento pessoal **ou interrogatório será realizado por videoconferência**, na sede do foro de seu domicílio.*

Dessa forma, o comparecimento presencial dos acusados nos atos processuais é um direito, e não uma obrigação, sendo opção legítima o modo de exercício da autodefesa, que pode se dar tanto com a presença física, quanto por meio virtual, sempre através da escolha do próprio acusado, em conjunto com sua defesa técnica, o que escapa ao arbítrio judicial, sobretudo para se limitar o exercício da garantia fundamental à defesa ampla ou plena.

No júri popular, é patente o prejuízo da não participação do acusado durante toda a sessão de julgamento e em seu interrogatório. Os efeitos da ausência, para além da falta de oportunidade de oferecer a sua versão sobre os fatos, agravam-se pelo fato de o conselho de sentença ser composto por jurados leigos, que são influenciados por todos os elementos que compõem o ambiente, sendo profundo o impacto gerado pela ausência de um dos principais sujeitos do processo.

A importância da participação do acusado no interrogatório durante a sessão plenária do júri revela-se ainda mais evidente quando se considera que este ato processual constitui o momento privilegiado de exercício da autodefesa, podendo inclusive resultar em consequências jurídicas favoráveis ao réu.

O interrogatório representa a oportunidade em que o acusado pode oferecer sua versão dos fatos, esclarecer circunstâncias atenuantes, ou mesmo confessar sua participação no delito, hipótese que enseja a incidência da atenuante genérica prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, com reflexos diretos na redução da pena a ser aplicada, inclusive a confissão qualificada (STJ-HC 992.740).

Tamanha é a relevância deste ato para a garantia da autodefesa que a jurisprudência consolidou entendimento no sentido de que o acusado possui o direito de responder exclusivamente às perguntas formuladas por sua defesa técnica, podendo se recusar a responder aos questionamentos da acusação, sem que tal postura gere qualquer presunção de culpabilidade (STF-RHC 213849).

Negar ao réu a possibilidade de participação virtual no interrogatório significa privá-lo não apenas do exercício de um direito fundamental, mas também de eventual benefício concreto na dosimetria da pena, configurando prejuízo material irreparável que transcende a mera formalidade processual e atinge diretamente o direito de liberdade e a própria finalidade do processo penal democrático.

Em resumo, a falta de presença física da pessoa acusada na sessão de julgamento não pressupõe a renúncia tácita ao direito de autodefesa, em especial quando há manifestação expressa de interesse em participação por meio digital.

O indeferimento do pedido defensivo de participação virtual, não apenas no interrogatório, mas durante toda a sessão de julgamento, gera grave cerceamento de defesa e nulidade absoluta por violação à garantia constitucional da plenitude de defesa prevista no artigo 5°, XXXVIII, *a,* da Constituição Federal.

Nessa mesma linha de raciocínio, é importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu no sentido de reconhecer que a garantia do contraditório e da ampla defesa não pode estar condicionada à submissão do acusado a constrangimentos desproporcionais. Assim como o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não há mais necessidade de prisão para que o réu possa recorrer em segunda instância – superando a antiga exigência do recolhimento à prisão prevista no artigo 594 do CPP, que foi declarada inconstitucional por violação ao princípio da presunção de inocência –, também deve ser reconhecido que o exercício do direito fundamental à autodefesa no júri não pode ficar condicionado ao risco de prisão imediata em caso de condenação. Em ambos os casos, o que se busca é evitar que o Estado imponha ao acusado a escolha entre exercer seus direitos fundamentais processuais ou preservar sua liberdade, pois tal dilema configura coação indevida e representa grave violação às garantias constitucionais do devido processo legal.

A participação virtual, quando solicitada pela defesa, surge como instrumento hábil a conciliar o exercício pleno da autodefesa com a preservação da dignidade da pessoa humana, impedindo que circunstâncias externas ao mérito da causa prejudiquem o direito constitucional de ser ouvido pelos juízes naturais da causa.

Fundamentação fática

A articulação dessa tese jurídica tem sido muito importante para garantir a participação das pessoas acusadas na sessão plenária do júri quando, por qualquer razão, não desejam comparecer presencialmente ou não podem se deslocar ao local do julgamento, lembrando que os júris se realizam sempre presencialmente, mas há tecnologia em todos os fóruns que possibilita a participação virtual de vítimas, testemunhas ou acusados.

A tese se aplica a todas as pessoas acusadas, como ferramenta fundamental ao exercício da plenitude de defesa, mas ganha maior importância na defesa judicial das pessoas necessitadas residentes fora da comarca do julgamento, que apresentam dificuldades financeiras e sociais de deslocamento.

Com o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela execução imediata da condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada (Tema 1068, fixado no julgamento do RE 1.235.340), juízes têm indeferido a participação virtual das pessoas acusadas como forma de garantir a imediata aplicação da prisão em plenário em caso de condenação.

Paradoxalmente, sob a justificativa de garantir a soberania dos veredictos (garantia constitucional em favor do indivíduo prevista no art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal) tem-se subvertido a presunção de inocência e restringido a plenitude de defesa, consagradas no mesmo rol de direitos fundamentais. Utiliza-se, portanto, uma garantia do acusado para limitar outra garantia (de igual estatura) do próprio indivíduo, o que é uma grave distorção do texto constitucional. Com isso, a pessoa acusada não apenas fica sujeita à prisão baseada em condenação ainda não transitada em julgado, como também é cerceada do direito de participar efetivamente de seu próprio julgamento.

A participação virtual por vezes tem sido indeferida inclusive em casos nos quais a pessoa acusada reside em outro estado com a concordância expressa do juízo e cumpre medidas cautelares, como o comparecimento periódico, em outra comarca.

Essa postura não apenas fere a isonomia de tratamento – uma vez que se tem permitido a oitiva virtual de vítimas e testemunhas no júri, em especial das residentes fora da comarca – como viola gravemente a garantia constitucional da plenitude de defesa, impondo à pessoa acusada que se submeta ao risco de prisão para o exercício de seu direito fundamental de ser ouvida pelos juízes naturais da causa e de presenciar as inquirições e debates de seu julgamento.

Em resumo, a autodefesa desaparece por completo com o impedimento de participação da pessoa acusada, reduzindo sobremaneira a atuação da defesa técnica em plenário.

O prejuízo é evidente e substancial e se agrava quando houver a legítima opção pelo direito ao silêncio no sumário da culpa para posterior apresentação da versão defensiva em sessão plenária do júri.

A presente tese institucional tem por finalidade a construção e a consolidação do entendimento de que a participação presencial ou virtual da pessoa acusada na sessão plenária do júri está no campo da livre escolha da defesa, em qualquer circunstância.

Sugestão de operacionalização

Na fase do artigo 422 do Código de Processo Penal, ou em petição apartada após a designação da sessão plenária de julgamento, a partir da definição com o acusado em atendimento, o(a) Defensor(a) Público(a) deve incluir nos pedidos a participação virtual da pessoa acusada no interrogatório e em toda a sessão. Em caso de indeferimento, conforme avaliação do caso concreto, pode haver escolha por um dos seguintes caminhos: a) imediata impetração de habeas corpus a fim de garantir a participação virtual no júri ou b) no início da sessão plenária de julgamento, invocar a nulidade por cerceamento de defesa, solicitando que conste em ata, a fim de arguição da nulidade em eventual preliminar de apelação.

Manifestação processual pré-formatada

Modelo de peça para o 422

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de....

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 422 do Código de Processo Penal, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. DAS TESTEMUNHAS

Nos termos do artigo 422 do Código de Processo Penal, a defesa requer seja determinada a intimação das seguintes testemunhas de defesa, em caráter de imprescindibilidade, para a sessão de julgamento do Tribunal do Júri:

A)

B)

C)

IV. DA PARTICIPAÇÃO VIRTUAL DO RÉU

Manifesta a defesa a opção de participação virtual do acusado na sessão plenária de julgamento, durante toda a sessão, incluindo o interrogatório, requerendo desde logo o deferimento do juízo e o posterior envio de link ao número (ddd)xxxxx-xxxxx.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", consagra a **plenitude de defesa** como garantia fundamental no Tribunal do Júri. Essa garantia constitucional assegura ao acusado não apenas a defesa técnica, mas também o direito à **autodefesa**, que se materializa principalmente através de sua participação ativa no processo e, especialmente, no interrogatório.

O direito à autodefesa encontra respaldo no **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos** (artigo 14) e na **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (artigo 8º), que asseguram ao acusado o direito de se defender pessoalmente e de ser ouvido durante o processo.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. Seja determinada a **intimação das testemunhas de defesa** acima arroladas, em caráter de imprescindibilidade, para comparecimento à sessão plenária do Tribunal do Júri;

d. A **autorização da participação virtual do acusado** durante toda a sessão plenária, incluindo o interrogatório, como garantia da plenitude de defesa;

e. Seja disponibilizado o **link de acesso** e demais informações técnicas necessárias para a participação virtual, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

PARÁGRAFO PARA CONSTAR NA ATA DE JULGAMENTO

A defesa protesta pela nulidade absoluta do presente julgamento por cerceamento de defesa e violação à garantia constitucional da plenitude de defesa prevista no artigo 5º, XXXVIII, "a", da Constituição Federal. O indeferimento da participação virtual do acusado impediu o exercício pleno da autodefesa, direito fundamental assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos e pela Resolução 354/2020 do CNJ. A ausência do réu compromete substancialmente a defesa técnica e priva o acusado da oportunidade de ser ouvido pelos juízes naturais da causa, configurando prejuízo irreparável. Requer seja consignado em ata o presente protesto para fins de eventual recurso, nos termos do artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal.

Modelo de HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR

EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu órgão de execução que esta subscreve, exercendo suas funções Na X Vara do Tribunal do Júri da comarca XX (endereço X), vem, respeitosamente, à presença de Vossas Excelências, com fundamento no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, e nos arts. 647 a 667, do Código de Processo Penal, impetrar o presente **HABEAS CORPUS**, **com pedido de ordem liminar** em favor de **XXXX**, contra ato do MM. Juízo de Direito da XXX Vara do Tribunal do Júri da comarca de XXX, (autos nº **XXXXXX**), pelos motivos que passa a expor.

I. DOS FATOS

O paciente responde a processo criminal perante o Tribunal do Júri da Comarca de _____, nos autos do processo nº [NÚMERO], pela suposta prática do crime previsto no artigo [dispositivo legal].

Por meio de petição protocolada em [data], a defesa requereu a participação virtual do paciente na sessão plenária do julgamento, incluindo o interrogatório, tendo em vista [especificar a razão: residência em outra comarca/estado, dificuldades de deslocamento, questões de saúde, etc.].

Em decisão proferida em [data] (doc. anexo), a autoridade coatora INDEFERIU o pedido defensivo, sob o fundamento de que [transcrever o fundamento da decisão impugnada].

A sessão plenária do julgamento está designada para o dia [data], razão pela qual se faz necessária a concessão de LIMINAR para garantir a participação virtual do paciente.

II. DO DIREITO

A) DA VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA

A decisão impugnada viola frontalmente a garantia constitucional da plenitude de defesa, expressamente consagrada no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", da Constituição Federal, que estabelece:

> *"Art. 5º (...) XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa;"*

Conforme magistério do Desembargador Luís Geraldo Lanfredi, do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> *"Em se tratando do direito à defesa (derecho a la defensa) de corolário do devido processo legal, não há como ignorar-se suas duas dimensões, complementares e reciprocamente interdependentes: o direito à defesa técnica e o direito à autodefesa. (...) Seja por qual for o prisma de análise, a concreção do direito à defesa pressupõe a salvaguarda de posições processuais necessárias ao pleno exercício do contraditório" (TJSP, HC nº 2286263-80.2024.8.26.0000, Rel. Des. Luís Geraldo Lanfredi, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 04.11.2024).*

B) DO DIREITO À AUTODEFESA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O direito à autodefesa encontra amparo não apenas na Constituição Federal, mas também nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário:

> Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Artigo 14):
>
> *"Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) d) a apresentar-se em julgamento e a defender-se pessoalmente ou ser assistida por um defensor de sua escolha"*
>
> Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 8º):
>
> *"Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor "*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador (2015), destacou que o direito à defesa *"se projeta em duas facetas dentro do processo penal: por um lado, através dos próprios atos do acusado, sendo seu expoente central a possibilidade de prestar uma declaração livre sobre os fatos que lhe são atribuídos* e, por outro, por meio da defesa técnica, exercida por um profissional do Direito, que cumpre a função de assessorar o investigado sobre seus deveres e direitos e executa, *inter alia*, um controle crítico e de legalidade na produção de provas".

C) DA PREVISÃO LEGAL DA PARTICIPAÇÃO VIRTUAL

No campo da legislação infraconstitucional, há expressa previsão de utilização de recursos virtuais quando há dificuldade de presença física do acusado. O artigo 185, §2º, do Código de Processo Penal admite a realização do interrogatório por meio de videoconferência em algumas hipóteses, quais sejam: (i) risco à segurança pública; (ii) dificuldade em comparecimento à audiência, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (iii) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima; ou (iv) em face de gravíssima questão de ordem pública.

A excepcionalidade das hipóteses legais funciona, neste dispositivo, como garantia à pessoa acusada, sobretudo àquela em restrição de liberdade, quando deseje participar presencialmente do ato. A previsão claramente não se presta a limitar o exercício da autodefesa no processo penal quando se está tratando de pedido de participação virtual feito pela própria defesa.

Não se pode olvidar que nos últimos anos houve efetiva implementação de audiências virtuais em todas as comarcas, a partir da pandemia de Covid-19, com advento de

regulamentação mais abrangente por parte do Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução 354, de 19/11/2020.

A resolução garante, em seu artigo 3°, a realização de audiências na forma telepresencial *a pedido da parte* e ainda prevê:

> *4º Salvo requerimento de apresentação espontânea, o ofendido, a testemunha e o perito* ***residentes fora da sede do juízo serão inquiridos e prestarão esclarecimentos por videoconferência****, na sede do foro de seu domicílio ou no estabelecimento prisional ao qual estiverem recolhidos.*
>
> *§1º. No interesse da parte que residir distante da sede do juízo, o depoimento pessoal* ***ou interrogatório será realizado por videoconferência****, na sede do foro de seu domicílio.*

D) DA PARTICIPAÇÃO VIRTUAL COMO DIREITO, NÃO OBRIGAÇÃO

É fundamental compreender que a participação virtual não constitui limitação ao direito de defesa, mas sim ampliação das possibilidades de exercício da autodefesa.

O comparecimento presencial dos acusados nos atos processuais é um direito, e não uma obrigação, sendo opção legítima o modo de exercício da autodefesa, que pode se dar tanto com a presença física, quanto por meio virtual, sempre através da escolha do próprio acusado, em conjunto com sua defesa técnica, o que escapa ao arbítrio judicial.

E) DA IMPORTÂNCIA DO INTERROGATÓRIO PARA A AUTODEFESA E COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO

No júri popular, é patente o prejuízo da não participação do acusado durante toda a sessão de julgamento e em seu interrogatório. Os efeitos da ausência, para além da falta de oportunidade de oferecer a sua versão sobre os fatos, agravam-se pelo fato de o conselho de sentença ser composto por jurados leigos, que são influenciados por todos os elementos que compõem o ambiente, sendo profundo o impacto gerado pela ausência de um dos principais sujeitos do processo.

A importância da participação do acusado no interrogatório durante a sessão plenária do júri revela-se ainda mais evidente quando se considera que este ato processual constitui o momento privilegiado de exercício da autodefesa, podendo inclusive resultar em consequências jurídicas favoráveis ao réu.

O interrogatório representa a oportunidade em que o acusado pode oferecer sua versão dos fatos, esclarecer circunstâncias atenuantes, ou mesmo confessar sua participação no delito, hipótese que enseja a incidência da atenuante genérica prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, com reflexos diretos na redução da pena a ser aplicada, inclusive a confissão qualificada (HC.STJ 992.740).

Tamanha é a relevância deste ato para a garantia da autodefesa que a jurisprudência consolidou entendimento no sentido de que o acusado possui o direito de responder exclusivamente às perguntas formuladas por sua defesa técnica, podendo se recusar a responder aos questionamentos da acusação, sem que tal postura gere qualquer presunção de culpabilidade (RHC.STF 213849).

Negar ao réu a possibilidade de participação virtual no interrogatório significa privá-lo não apenas do exercício de um direito fundamental, mas também de eventual benefício concreto na dosimetria da pena, configurando prejuízo material irreparável que transcende a mera formalidade processual e atinge diretamente o direito de liberdade e a própria finalidade do processo penal democrático.

III. DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Resta caracterizado o constrangimento ilegal na medida em que:

1. A autoridade coatora negou ao paciente o exercício de direito expressamente previsto na Constituição Federal e em tratados internacionais;
2. A decisão impugnada viola a Resolução 354/2020 do CNJ, que assegura a participação telepresencial a pedido da parte;
3. O indeferimento configura cerceamento de defesa e violação à plenitude de defesa garantida constitucionalmente;
4. Não há fundamento legal que impeça a participação virtual quando solicitada pela própria defesa;
5. A postura adotada fere a isonomia, uma vez que se tem permitido a oitiva virtual de vítimas e testemunhas no júri.

IV. DO PEDIDO LIMINAR

A concessão da **liminar** se justifica pela presença dos requisitos legais necessários. A **urgência** decorre do fato de que a sessão plenária está designada para [data], não sendo possível aguardar o julgamento definitivo do presente writ sem prejuízo irreparável ao paciente.

O **periculum in mora** está caracterizado, uma vez que o julgamento realizado sem a participação do paciente causará prejuízo irreparável ao exercício da autodefesa, direito fundamental que não pode ser recuperado posteriormente.

O **fumus boni** juris encontra-se presente, considerando que estão demonstrados os requisitos legais e constitucionais para a participação virtual, conforme Resolução 354/2020 do CNJ e garantia da plenitude de defesa.

Por fim, a **irreversibilidade** do dano é evidente, pois uma vez realizado o julgamento sem a participação do paciente, o constrangimento ilegal não poderá ser reparado, configurando cerceamento definitivo do direito de defesa.

V. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se:

LIMINARMENTE:

a. Seja concedida LIMINAR para determinar à autoridade coatora que autorize a participação virtual do paciente na sessão plenária do julgamento, incluindo o interrogatório;

b. Seja determinado à autoridade coatora que disponibilize o link de acesso e demais informações técnicas necessárias para a participação virtual.

NO MÉRITO:

c. Seja CONCEDIDA a ordem de habeas corpus para, confirmando a liminar, garantir definitivamente o direito do paciente de participar virtualmente da sessão plenária do Tribunal do Júri;

d. Seja DECLARADA A NULIDADE de eventual julgamento realizado sem a participação do paciente, caso a liminar não seja concedida tempestivamente.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link: MODELO DE PEÇA

EXECUÇÃO CRIMINAL

1. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Deve permanecer suspensa a exigibilidade da pena de multa imposta em sentença criminal contra pessoas em situação de rua. A suspensão da exigibilidade deve perdurar até que a situação econômico-social da pessoa condenada se altere, de forma que possa pagar a multa sem prejuízo do mínimo existencial, mediante prova do Ministério Público. Por fim, a pena de multa será extinta automaticamente na forma do Tema 931/STJ quando do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta cumulativamente, caso inalterada a situação econômico social, ou até o advento de outra causa de extinção da punibilidade, o que ocorrer primeiro.*

Autores/as: André Ferreira

Assunto

Multa penal.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Defesa no âmbito criminal e de execução penal de pessoas em situação de rua (Artigo 5º, incisos III e VI, alínea "l", da LC 988/2006).

Meta do plano de atuação

Reduzir a superlotação no sistema carcerário, coibindo a aplicação indiscriminada de faltas disciplinares e o consequente prolongamento do período de permanência no cárcere.

Fundamentação jurídica

Adotamos a fundamentação jurídica exposta em prévio trabalho nosso, intitulado "A suspensão da exigibilidade da pena de multa criminal para pessoas condenadas hipossuficientes", publicado na Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, v. 6, n.1, p. 51-68, jan./jun. 2024.

I - INTRODUÇÃO

Desde 2019, o regime jurídico da pena de multa vem passando por sensíveis alterações, que tiveram por efeito prático a organização do Poder Judiciário e Ministério Público para execução das penas de multa impostas, com criação de varas especializadas, alocação de recursos para essa atividade, designação de promotores etc, bem como o aumento sem precedentes do número de ações de cobrança distribuídas em face dos condenados do sistema de justiça criminal. Com efeito, em 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 3.150, fixando a obrigação de o Ministério Público executar as penas de multa criminal, pois supostamente elas teriam um "papel retributivo e preventivo geral", de "desestimular no próprio infrator ou em infratores potenciais, a conduta estigmatizada pela legislação penal" (Tribunal Pleno, DJe-170 divulg. 5/8/2019 public. 6/8/2019, Rel. Min. Roberto Barroso). Posteriormente, tivemos a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 na redação do art. 51 do Código Penal, que atribuiu ao Ministério Público a execução dos valores da pena de multa, retirando-a da alçada da Fazenda Pública. A primeira consequência destas duas alterações foi a de que todas as penas de multa passaram a ser executadas, ao passo que anteriormente as Procuradorias dos Estados apenas executavam multas que justificassem o custo com a movimentação da máquina pública. Na sequência, vimos a revogação do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça de que a falta de pagamento da multa pena não impedia a declaração de extinção da punibilidade do/a condenado/a, se cumprida a pena privativa de liberdade (Tema 931 dos Recursos Repetitivos. Afetação e julgamento na sessão eletrônica iniciada em 14/10/2020 e finalizada em 20/10/2020). A partir da revisão desse posicionamento jurisprudencial, o pagamento da pena de multa passou a ser condição indispensável para que o/a condenado/a pudesse ter sua punibilidade definitivamente extinta e ver recuperado seu status político pleno, suspenso após a condenação criminal, por força do art. 15, III, da Constituição da República. Após intervenção do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores (GAETS), o próprio Superior Tribunal de Justiça modulou esse posicionamento para fixar primeiro que, caso o/a condenado/a demonstre não

possuir recursos para arcar com o valor da multa, é dispensado seu recolhimento para que seja declarada extinta a punibilidade [(Tema 931 dos Recursos Repetitivos. Afetação (Revisão de Tese) na sessão eletrônica iniciada em 25/8/2021 e finalizada em 31/8/2021)]. Depois, modulou novamente a tese para fixar que essa dispensa se dá após a extinção da pena privativa de liberdade e mediante alegação do interessado, possível de afastamento no caso concreto, desde que exista fundamentação específica [(Tema 931 dos Recursos Repetitivos. Nova afetação (Nova Revisão de Tese) na sessão eletrônica iniciada em 11/10/2023 e finalizada em 17/10/2023, nos Recursos Especiais n. 2.090.454/SP e 2.024.901/SP (acórdão publicado no DJe de 30/10/2023)]. Por fim, o Supremo Tribunal Federal revisitou o tema ao julgar a ADI 7032, fixando que "a pena de multa obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade, salvo na situação de comprovada impossibilidade de seu pagamento pelo apenado, ainda que de forma parcelada" e que é possível ao Juízo da execução "extinguir a punibilidade do apenado, no momento oportuno, concluindo essa impossibilidade de pagamento através de elementos comprobatórios constantes dos autos" (DJE divulgado em 11/04/2024, publicado em 12/04/2024). Diante do atual regramento da pena de multa, a pena de multa passa a integrar o cotidiano da justiça criminal, com reflexos na vida dos usuários da Defensoria Pública. Nesse contexto, urge o desenvolvimento de teses que possam mitigar os efeitos da pena de multa sobre a vida financeira dos usuários da instituição, a partir de uma perspectiva de redução de danos[1].

II – ARGUMENTOS

a) **Os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana impõem que a execução da pena de multa respeite o mínimo existencial de pessoas condenadas**

O primeiro argumento pela suspensão da exigibilidade da pena de multa imposta a pessoas claramente hipossuficientes, como as pessoas em situação de rua, decorre dos vetores constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição e Artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos) e da proporcionalidade (art. 5º, LV, da Constituição e Artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Tais vetores constitucionais e convencionais estabelecem o denominado "mínimo existencial", que diz respeito ao patrimônio mínimo que cada indivíduo deve ter acesso para existência material digna. Como aponta Ricardo Lobo Torres[2]:

> "sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados".

Apesar de não existir um estatuto jurídico concreto a respeito do conteúdo do mínimo existencial, a legislação e a jurisprudência indicam de forma clara as barreiras de proteção ao indivíduo que garantem meios mínimos para sobrevivência digna, que não foram excepcionados na construção do novo regime de execução da pena de multa. Na legislação federal, são copiosos os exemplos de proteção ao patrimônio mínimo do indivíduo, como a proibição da penhora de bem de família (Lei n.º 8.009/90, art. 1º), a proibição de penhora de instrumentos de trabalho (Código de Processo Civil, art. 833, V), a proibição de penhora de depósitos em conta poupança de até 40 salários-mínimos (Código de Processo Civil, art. 833, X), a proibição de penhora de saldo de Fundo de Garantia por

1 Utilizados como referencial teórico a teoria agnóstica da pena. Cf., por todos, Zaffaroni, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal, Rio de Janeiro, Revan, 1991 (5ª Edição), *passim*.

2 O direito ao mínimo existencial, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pág. 36.

Tempo de Serviço (Lei n.º 8.036, art. 2º, §2º) e outros. Na jurisprudência, verifica-se que o conceito de mínimo existencial tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões, como ao tratar da obrigação do fornecimento de vaga em creches e pré-escolas (ARE 1322879 AgR, j. 10/10/2021 e ARE 639337 AgR, j. 23/08/2011); da prestação de pensão previdenciária (MS 31472, j. 27/10/2015); do acesso a serviços da Defensoria Pública (RE 763667 AgR, j. 22/10/2013 e AI 598212 ED, j. 35/03/2014); da não exigibilidade de devolução de valores de pensão pagos a partir de lei declarada inconstitucional (ADPF 590, j. 08/09/2020); da necessidade de prestar serviço de assistência social e benefício de prestação continuada a estrangeiros (RE 587970, j. 04/04/2017); do direito ao meio ambiente saudável e equilibrado (RE 835558, j. 09/02/2017); do direito de toda pessoa presa ao mínimo de 2h diárias de banho de sol (HC 172.136, j. 10/10/2020); da responsabilidade do Estado pela garantia de padrões mínimos de humanidade nos presídios (RE 580252, j. 16/02/2017); da proteção insuficiente do Estado no combate à pobreza por programas de distribuição de renda (MI 7300, j. 24/04/2021.); entre outros. Assim, ainda que não exista regulação específica sobre a impenhorabilidade de bens essenciais diante da execução da pena de multa, existe uma gama de normas protetivas das pessoas executadas contra a ação do Estado, que permanecem intocadas diante das recentes alterações jurisprudenciais sobre os contornos da multa – que trataram basicamente sobre a legitimidade ativa para cobrança e necessidade ou não de pagamento para extinção de punibilidade criminal. No que toca especificamente à população em situação de rua, vale destacar que a situação de pobreza extrema decorre de reconhecimento expresso no ordenamento jurídico: o parágrafo único do art. 1º do Decreto 7.053, que institui a política nacional para população em situação de rua, caracteriza esse grupo vulnerável justamente pela pobreza extrema[3]. Logicamente, portanto, já de partida tais pessoas não têm respeitada a garantia do mínimo existencial. Nessa ordem de ideias, não se mostra proporcional que seja necessário ajuizar a execução da multa, realizar a busca e o bloqueio de bens integrantes do mínimo existencial para, apenas então, se reconhecer a aplicabilidade do Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça naquele caso concreto. Seria a imposição de sofrimento e violação de bens jurídicos constitucionalmente protegidos sem nenhuma necessidade justificável. Assim, já a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade pode-se concluir que devem ser evitadas, em Juízo ex ante, as execuções de pena de multa de pessoas claramente hipossuficientes, como as pessoas em situação de rua, suspendendo sua exigibilidade desde o momento de sua fixação em sentença condenatória.

De outro lado, como tivemos a oportunidade de discorrer em outra ocasião[4], a Constituição Federal de 1988 traz diversas passagens em que se nota a preocupação do legislador constituinte originário com a proporcionalidade na aplicação e execução das penas. O catálogo de direitos do art. 5º previu a proibição de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (alíneas a a e do inciso XLVI); o respeito à integridade física e moral do preso (inciso XLIX); o dever de o Estado indenizar a prisão que extrapole o disposto na sentença (inciso

3 art. 1º [...] Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

4 INSTITUTO DA DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. MUTIRÃO CARCERÁRIO: Pena de multa, sentenças de exclusão: Caminhos e estratégias para garantir cidadania à pessoa condenada. 2022. Disponível no link: < https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2022/08/ boletim-iddd-mutirao-carcerario-v2-1.pdf> (Acesso em 04/02/2024), pág. 24.

LXXV); e o dever de observar a individualização da pena (inciso XLVI). No âmbito internacional, o princípio da proporcionalidade das penas pode ser deduzido da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1949), que previu que "ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes" (artigo 5º); da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), que interditou a tortura e penas degradantes ou desumanas (artigo 3º); do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), que trouxe disposição idêntica (artigo 7º); da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que também dispôs sobre a vedação à tortura e às penas cruéis ou degradantes, bem como previu a necessidade de tratamento respeitoso a toda pessoa presa, devido à dignidade inerente a todos seres humanos (artigo 5.2); e da Convenção Africana de Direitos Humanos (1981), que igualmente proscreveu as penas cruéis ou degradantes (artigo 5º). A proporcionalidade, agora especificamente da pena de multa, já foi pensada pelo legislador infraconstitucional de 1984, pois é previsto no Código Penal que a imposição da pena de multa deve guardar proporcionalidade com o fato e com a situação econômica do réu (art. 60). Além disso, o Código Penal, ao prever a possibilidade de desconto do salário ou vencimento do(a) apenado(a), dispõe que a penalidade pecuniária não pode incidir sobre recursos indispensáveis ao sustento do condenado e sua família (art. 50, §2º), demonstrando a obrigação de se considerar a situação econômico-financeira do(a) apenado(a) como critério para fixação da multa. Veja-se que a solução proposta – a suspensão da exigibilidade da multa - não é novidade, tendo sido adotada expressamente pelo Código Penal na hipótese da superveniência de doença mental do condenado, conforme seu art. 52[5]. Conforme indica a doutrina, o legislador buscou, a partir do princípio da humanidade das penas, suspender a cobrança da multa de quem presumidamente não tem a possibilidade física de prover seu sustento[6].

O que se propõe com a suspensão da exigibilidade de toda pena de multa imposta a réus claramente hipossuficientes, como as pessoas em situação de rua, é a extensão da ratio deste dispositivo legal para casos em que – ao menos temporariamente – existe uma presunção de que a pessoa condenada não vá conseguir arcar com a multa sem comprometimento de recursos integrantes de seu mínimo existencial. Assim, a fixação e cobrança de valores de multa exacerbadamente superiores à capacidade econômica e financeira da pessoa condenada – entendida tanto em seu aspecto estático (recursos econômicos) quanto em seu aspecto dinâmico (capacidade material de gerar renda por meio do trabalho) - coloca em risco a proteção ao mínimo existencial e ofende o princípio da proporcionalidade das penas, tão caros aos diplomas de proteção de direitos e garantias fundamentais, sendo um dever do Poder Judiciário não permitir sua execução quando puder comprometer tais aspectos de natureza constitucional[7].

---

5 Art. 52. É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

6 REALE JÚNIOR, Miguel. Código Penal Comentado. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2023, pág. 122.

7 Em especial para os crimes de tráfico de drogas, cuja modalidade simples, do caput do art. 33, pode resultar na aplicação de multa penal de mais de R$ 20 mil. Não devemos nos esquecer que quase´ da população carcerária é condenada por tráfico (½ entre as mulheres) e o preceito secundário do tipo penal já foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. SEMER, Marcelo. Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. 2ª Ed. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 55 e FERREIRA, André; HASHIMOTO, Juliana. O não pagamento da multa penal como óbice à extinção da punibilidade. Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, v. 6, p. 139-157. Disponível no link: < https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/ 8c5a-3724-e67f-2429-dd15-3e2718552b2f> (Acesso em 11/12/2024), pág. 139.

b) **A imposição da multa não deve necessariamente resultar em sua execução se a cobrança ofender princípios constitucionais que limitam o poder de punir do estado**

Ao lado do argumento anterior, soma-se a conclusão de que a imposição da multa não deve levar, necessariamente, à tentativa de execução do valor. Se a multa é sanção penal, então deve se submeter aos princípios constitucionais da humanidade das penas e da proporcionalidade, que equacionam a exigência da pena com outros valores constitucionais basilares. Conforme Rodrigo Roig[8], o princípio da humanidade funciona como elemento de contenção da irracionalidade do poder punitivo e:

> "em uma visão redutora da execução pena a humanidade também se identifica com o imperativo da alteridade, exigindo do magistrado da execução uma diferente percepção jurídica, social e humana da pessoa presa, capaz de reconhecê-la como sujeito de direitos. [...] Sob o viés redutor de danos, o princípio da humanidade revela também como mandamento primordial a vedação ao retrocesso humanizador penal, demandando assim que a legislação ampliativa ou concessiva de direitos e garantias individuais em matéria de execução penal se torne imune de retrocessos tendentes a prejudicar a humanidade das penas".

O mesmo autor, ao tratar do princípio da proporcionalidade da execução das penas, traz a importante reflexão de que o princípio permite a correção de iniquidades na execução penal[9]:

> [...] A vontade do constituinte, extraída do princípio da humanidade das penas, consiste precisamente na minimização da afetação das pessoas presas. Adequado, portanto, é o meio de execução penal que melhor contribua para a promoção dos fins propugnados (redução de danos). Já a vertente da necessidade tem como principal função determinar ao Poder Público que o manejo das normas sobre execução penal se atenha aos limites estritamente necessários de intervenção em direitos elementares do sentenciado. Assim, considera-se necessário o instrumento que, entre os disponíveis, onere o preso (e seu círculo familiar) de forma menos ruinosa. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que o ônus imposto pela norma ou medida seja inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade. [...]

Isso significa que a exigência da pena pode e deve ceder diante da presença de outros valores constitucionais de igual ou maior importância. É por isto que a lei excepciona o cumprimento de pena por razões de idade, saúde, existência de dependentes e outros, conforme art. 117 da Lei de Execuções Penais, que garante o recolhimento domiciliar do condenado maior de 70 anos; do acometido por doença grave; da condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; e da condenada gestante. Pela mesma razão é que se admite a suspensão da pena em caso de crimes de menor lesividade, para que se evite submeter o condenado aos efeitos do cárcere (art. 77 do Código Penal); da execução da pena de multa daquele que é acometido por doença mental, dada a perda da possibilidade de auferir renda para pagá-la (art. 52 do Código Penal); da permissão de saída para atender a urgência médica de familiar ou velório, para garantia do convívio e dignidade familiar (art. 120 da Lei de Execuções Penais). Pelas mesmas razões é que se admite a aplicação

8 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2015, pág. 25.

9 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria Crítica. 5ª Ed. São Paulo, Thomson Reuters, 2021., pág. 63.

de indulto por questões humanitárias (Constituição Federal, art. 84, XII); a aplicação de indulto ou comutação de pena como política penitenciária para reduzir o encarceramento (Constituição Federal, art. 84, XII); e mais atualmente a contagem em dobro de penas cumpridas em condições materiais precárias (Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos). Para além da materialização do princípio em regras, nota-se sua utilização direta na solução de conflitos entre regras contrárias aos princípios constitucionais, no que a doutrina denomina de eficácia negativa do princípio[10]. É o caso, por exemplo, da criação pretoriana de limitações à ação do Estado e de particulares, como o uso desnecessário de algemas (HC 91.952, rel. Min Marco Aurélio, j. 8/8/2008, Plenário do Supremo Tribunal Federal) ou o abrandamento da exigência de comprovação de emprego para progressão ao regime aberto (HC 337.938, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 3/12/2015, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça). Os exemplos são múltiplos, mas todos eles demonstram o argumento de que a pena não é inevitável e seu cumprimento não é exigido em toda e qualquer situação, pelo contrário: os princípios da humanidade e proporcionalidade iluminam a execução penal e orientam a extinção e suspensão de penas que foram impostas, mas que não são humana e eticamente exigíveis. Em síntese, se a execução da pena privativa de liberdade pode ser obstada por fatores pessoais da pessoa condenada, que tornam desproporcional ou desumana a execução da pena; e se a pena de multa é espécie de sanção penal; então a pena de multa está submetida aos mesmos princípios e deve ficar suspensa diante de pessoas condenadas que claramente não possuam recursos para pagá-la, em função dos princípios da humanidade e proporcionalidade da pena.

Fundamentação fática

Conforme traz o art. 51 do Código Penal, a cobrança da pena de multa ocorre após o trânsito em julgado da condenação e a ela se aplicam as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública[11]. Significa que a execução da multa, na prática, é idêntica a um processo judicial de execução fiscal, regido pela Lei 6.830/80. Assim, o Ministério Público (fazendo as vezes do "credor") distribui a ação, instruída com a sentença penal ("título executivo"), a certidão de trânsito em julgado, a certidão de não pagamento e o cálculo do valor. O Poder Judiciário, por sua vez, intima a pessoa condenada ("devedor") a pagar no prazo legal, sob pena de execução forçada de seus bens, isto é, penhora - que poderá recair a princípio sobre quaisquer bens do devedor, dada a falta de regulamentação legal a respeito da natureza (se ordinário ou preferencial) desse crédito em relação aos bens da pessoa condenada. A execução forçada da multa resulta em geral na adoção do sistema de bloqueio "SISBAJUD", denominação do "Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário". O SISBAJUD é utilizado como primeira ferramenta de busca e bloqueio de ativos. Conforme traz o Banco Central, após o juiz expedir a ordem judicial, o SISBAJUD envia arquivos com as ordens às instituições bancárias. Cabe a elas analisarem e cumprirem a ordem judicial, comunicando o resultado à unidade judicial. A utilização dessa tecnologia permite o rápido bloqueio de bens do executado que estejam sob gestão do sistema financeiro nacional, sem mesmo sua prévia manifestação. Considerando que a execução segue o rito da Lei 6.830/80, cabe ao devedor pagar ou se defender, sendo que o processo tramitará sem sua presença caso não constitua advogado ou procure atendimento na defensoria pública. Porém, na maioria das vezes, dado o perfil socioeconômico

10 RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 8ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2021, pág. 84.

11 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Comentários a Lei de Execução Penal. 4ª Ed. Belo Horizonte, CEI, 2023, pág. 322.

do condenado pela justiça criminal[12], o resultado prático é que a execução resultará no bloqueio de bens integrantes do mínimo existencial do executado, atingindo inevitavelmente aspectos de relevo da vida da pessoa interessada, como a possibilidade de aquisição de itens do "jumbo" para aqueles que estão presos (essencial diante da estrutural deficiência material das cadeias no Brasil); auxílio financeiro para familiares (pensão alimentícia, auxílio na aquisição de bens essenciais); e formação de poupança a ser utilizada quando da saída da prisão (o pecúlio, fundamental para a vida após cárcere). No caso da população em situação de rua, ainda poderá atingir o pagamento de bolsa família, benefício de prestação continuada-LOAS e outros benefícios previdenciários ou assistenciais de caráter essencial - especialmente diante do reconhecimento legal das condições de extrema pobreza deste grupo (art. 1º, parágrafo único, do Decreto 7053). Outro efeito prático importante da execução da pena de multa é que ela tende a prolongar a extinção da punibilidade das pessoas condenadas, pois muitas vezes elas cumprem integralmente a pena privativa de liberdade, contudo não conseguem extinguir suas condenações pela pendência da multa. Isso prolonga o tempo para depuração da reincidência e o período de suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da Constituição Federal), tornando tormentoso o exercício de aspectos básicos da cidadania, como regularização documental e exercício do direito de voto. Por fim, a pendência da situação de condenado, sem baixa do processo, expõe os usuários a abordagens policiais para checagem de antecedentes ativos no sistema (que muitas vezes são demoradas) e aumenta o receio que eles possuem de frequentar serviços públicos.

Por outro lado, além de ofender a dignidade da pessoa humana e princípios basilares da execução penal, a execução não se justifica nem pela sua alegada finalidade preventiva e repressiva, provocando desnecessários custos ao erário, em afronta ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Ela onera o Poder Judiciário com ações de execução de pena de multa que não possuem, em sua generalidade, perspectivas reais de êxito, gerando movimentação desnecessária da máquina pública. Vale destacar a pesquisa empírica realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em São Paulo-SP. Em amostra de mais de 250 casos, constatou-se o seguinte[13]: 80% dos executados se declararam negros; 72% afirmaram ter filhos ou dependentes, sendo que mais de um terço afirmou ter três filhos ou mais; quase 20% declararam estar em situação de rua; 72,1% disseram ganhar menos de um salário-mínimo por mês; 36,3% não completaram o ensino fundamental, 72,5% não concluíram o ensino médio, e mais da metade está desempregada. Entre os empregados, 82,4% não têm carteira assinada. Não é de se surpreender que, segundo dados do Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas 1% das pessoas condenadas conseguem efetivamente pagar a pena de multa[14]. Os dados demonstram, assim, que a taxa de êxito na execução da multa penal é ínfima. Ainda que se afirme – sem base empírica e criminológica – que a cobrança de pena poderia, abstratamente, cumprir funções penais preventivas ou repressivas, o resultado prático de sua cobrança diante do perfil socioeconômico das pessoas presas demonstra a completa falta de propósito na adoção indiscriminada dessa estratégia de punição e seus efeitos adversos, especialmente para as pessoas em situação de rua.

12 BRASIL. SENAPPEN. Relatório de informações penais - RELIPEN - 1º semestre de 2023. Brasília, 2023. Disponível no link: < https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semestre-de-2023/relipen > (Acesso em 04/02/2024).

13 Disponível no link: https://apublica.org/2023/05/prisao-em-liberdade-apos-cumprir-pena-ex-presos-sao-obrigados-a-pagar-multas/. Acesso em 28/05/2024.

14 https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/09/23/apenas-1percent-dos-ex-detentos-do-estado-de-sp-pagaram-multa-da-condenacao-fixada-pela-justica-em-um-ano.ghtml

Sugestão de operacionalização

Durante a instrução, buscar registrar e destacar as provas da situação de rua da pessoa atendida pelo defensor/a, como: documentos relacionados à situação de moradia da pessoa na fase policial (auto de qualificação); circunstâncias da prisão que indiquem que a pessoa estava em situação de rua; juntada de relatórios produzidos pelo CAM; expedição de ofício para confirmar utilização de albergues ou outros equipamentos públicos destinados a esta população; formulação de perguntas diretamente aos policiais envolvidos na prisão; perguntas ao próprio usuário em seu interrogatório judicial. Também é possível solicitar que o processo seja tarjado para indicar que se refere a pessoa em situação de rua, conforme estabelecido no art. 8º, III, da Resolução CJN 425/2021[15]. **Em alegações finais/memoriais**, apresentar a tese para decisão do Juízo em sentença, a partir das provas produzidas sobre a situação econômico social da pessoa atendida.

Indicação da perspectiva/enfoque de gênero e raça relacionada à tese

A tese pode ser acrescida de recortes de gênero e raça, considerando o impacto desproporcional que a imposição da multa causa sobre pessoas negras e mulheres em situação de rua, o que constitui forma de discriminação indireta. Conforme definido na Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto 10.932/2022, internalizada no Brasil seguindo o rito do art. 5º, §3º, da Constituição da República), a discriminação indireta é aquela "ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos" (art. 1.2). Entende-se que a imposição da multa em face de pessoas em situação de rua já configura discriminação indireta, pois sua exigibilidade tem impactos maiores na vida de quem está nesta situação jurídica, caracterizada pela extrema pobreza. Contudo, o impacto se agrava no caso de mulheres, dado que segundo o DEPEN, o percentual de mulheres condenadas pela prática de tráfico de drogas, crime que possui das maiores multas, é substancialmente superior ao de homens condenados pelo mesmo crime (mais de 50%, enquanto entre os homens gira em torno de 30%). Por fim, informações atualizadas do RELIPEN[16] traçam o perfil da mulher encarcerada: em 31 de dezembro de 2024, eram 29.137 mulheres encarceradas, sendo 9.145 delas em São Paulo. Eram 180 gestantes (49 em São Paulo), 98 lactantes (44 em São Paulo), com um total de 120 crianças presas em estabelecimentos com suas mães (44 em São Paulo). Nota-se, ainda, que a maioria das mulheres presas é preta ou parda (68%); jovens ou adultas em idade economicamente produtiva, de 18 a 34 anos (68%); com ensino fundamental incompleto (50%). Por fim, a

15 Art. 8 Os órgãos judiciais e administrativos, quando do processamento de ações judiciais e procedimentos extrajudiciais afetos aos direitos e garantias das pessoas em situação de rua, zelarão pela prioridade, celeridade, inclusão, humanização e desburocratização desses processos, inclusive por meio da adoção das seguintes estratégias:[...] III – identificação dos processos judiciais e procedimentos extrajudiciais em que sejam parte ou tenham interesse jurídico as pessoas em situação de rua, a fim de propiciar transparência de dados no âmbito nacional e por Tribunal, gestão e inovação em relação à temática, em conformidade com Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sobretudo quanto ao tratamento de dados pessoais e sensíveis dessa população;

16 BRASIL, Secretaria Nacional de Políticas Penais. 2025. Disponível: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2o-semestre-de-2024.pdf

multa imposta contra a mulher causa maior impacto sobre seus dependentes, como filhos, pais/mães, dada a divisão sexual do trabalho presente na sociedade, em que a mulher recebe o papel de cuidados com a família, violando com mais frequência, assim, o princípio da transcendência mínima das penas. Também é necessária a discussão do impacto desproporcional que a multa causa em relação a pessoas negras em situação de rua, que pelo recorte de raça são aquelas que possuem índices proporcionalmente maiores de pobreza, encarceramento, dificuldade de acesso a serviços públicos e outros, que tornam a multa especialmente aflitiva.

Manifestação processual pré-formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA CRIMINAL DO FORO DA COMARCA DE _____ - SP

Ementa da petição:

Pessoa em situação de rua – fixação de multa penal – necessidade de decretação da suspensão da exigibilidade – postulado da dignidade da pessoa humana – garantia do mínimo existencial – limitação à possibilidade executiva do valor

Autos n°

NOME, já qualificado, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO,** dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. FATOS

Trata-se de ação penal instaurada em face de (NOME) pela suposta prática do crime de (CRIME).

Após regular instrução, verificou-se que o réu está em situação de rua, pois (DESCRIÇÃO DAS PROVAS DA SITUAÇÃO DE RUA).

Nesse cenário, em caso de condenação, emerge a necessidade de se suspender, desde logo, a exigibilidade da pena de multa.

II. MÉRITO (TESE INSTITUCIONAL)

1. Princípios constitucionais e proteção ao mínimo existencial

A exigência da pena de multa, em face de pessoa hipossuficiente, como a que está em situação de rua, afronta os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal e art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos) e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF e art. 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos), bem como o direito ao mínimo existencial, corolário do Estado Democrático de Direito. Isto porque a pena não pode ser cumprida pelo réu sem prejuízo de direitos básicos, como alimentação, transporte e moradia. Ademais, o Código Penal, em seu art. 50, §2º, veda expressamente que a multa penal recaia sobre recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família. O art. 60 do mesmo diploma determina que a fixação da multa deve considerar a situação econômica do réu. A legislação infraconstitucional e a jurisprudência também protegem o patrimônio mínimo do indivíduo, como a impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009/90, art. 1º), instrumentos de trabalho (CPC, art. 833, V), depósitos em conta poupança até 40 salários-mínimos (CPC, art. 833,

X), e saldo de FGTS (Lei 8.036/90, art. 2º, §2º), demonstrando a preocupação do legislador com a preservação do mínimo existencial. **No caso das pessoas em situação de rua**, como o réu/ré, **a pobreza é elemento definidor de sua própria situação jurídica para fins de política pública, conforme Decreto 7053/2009:**

> *Art. 1o Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto.*
>
> *Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.*

Por outro lado, a imposição da multa não deve levar, necessariamente, à tentativa de execução do valor. Se a multa é sanção penal, então deve se submeter aos princípios constitucionais da humanidade das penas e da proporcionalidade, que equacionam a exigência da pena com outros valores constitucionais basilares. Conforme Rodrigo Roig[17], o princípio da humanidade funciona como elemento de contenção da irracionalidade do poder punitivo e:

> "em uma visão redutora da execução pena a humanidade também se identifica com o imperativo da alteridade, exigindo do magistrado da execução uma diferente percepção jurídica, social e humana da pessoa presa, capaz de reconhecê-la como sujeito de direitos. [...] Sob o viés redutor de danos, o princípio da humanidade revela também como mandamento primordial a vedação ao retrocesso humanizador penal, demandando assim que a legislação ampliativa ou concessiva de direitos e garantias individuais em matéria de execução penal se torne imune de retrocessos tendentes a prejudicar a humanidade das penas".

O mesmo autor, ao tratar do princípio da proporcionalidade da execução das penas, traz a importante reflexão de que o princípio permite a correção de iniquidades na execução penal[18]:

> [...] A vontade do constituinte, extraída do princípio da humanidade das penas, consiste precisamente na minimização da afetação das pessoas presas. Adequado, portanto, é o meio de execução penal que melhor contribua para a promoção dos fins propugnados (redução de danos). Já a vertente da necessidade tem como principal função determinar ao Poder Público que o manejo das normas sobre execução penal se atenha aos limites estritamente necessários de intervenção em direitos elementares do sentenciado. Assim, considera-se necessário o instrumento que, entre os disponíveis, onere o preso (e seu

17 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2015, pág. 25.

18 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria Crítica. 5ª Ed. São Paulo, Thomson Reuters, 2021., pág. 63.

> círculo familiar) de forma menos ruinosa. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que o ônus imposto pela norma ou medida seja inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade. [...]

Isso significa que a exigência da pena pode e deve ceder diante da presença de outros valores constitucionais de igual ou maior importância. É por isto que a lei excepciona o cumprimento de pena por razões de idade, saúde, existência de dependentes e outros, conforme art. 117 da Lei de Execuções Penais, que garante o recolhimento domiciliar do condenado maior de 70 anos; do acometido por doença grave; da condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; e da condenada gestante. Pela mesma razão é que se admite a suspensão da pena em caso de crimes de menor lesividade, para que se evite submeter o condenado aos efeitos do cárcere (art. 77 do Código Penal); da execução da pena de multa daquele que é acometido por doença mental, dada a perda da possibilidade de auferir renda para pagá-la (art. 52 do Código Penal); da permissão de saída para atender a urgência médica de familiar ou velório, para garantia do convívio e dignidade familiar (art. 120 da Lei de Execuções Penais). Pelas mesmas razões é que se admite a aplicação de indulto por questões humanitárias (Constituição Federal, art. 84, XII); a aplicação de indulto ou comutação de pena como política penitenciária para reduzir o encarceramento (Constituição Federal, art. 84, XII); e mais atualmente a contagem em dobro de penas cumpridas em condições materiais precárias (Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos). Para além da materialização do princípio em regras, nota-se sua utilização direta na solução de conflitos entre regras contrárias aos princípios constitucionais, no que a doutrina denomina de eficácia negativa do princípio[19]. É o caso, por exemplo, da criação pretoriana de limitações à ação do Estado e de particulares, como o uso desnecessário de algemas (HC 91.952, rel. Min Marco Aurélio, j. 8/8/2008, Plenário do Supremo Tribunal Federal) ou o abrandamento da exigência de comprovação de emprego para progressão ao regime aberto (HC 337.938, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 3/12/2015, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça). Os exemplos são múltiplos, mas todos eles demonstram o argumento de que a pena não é inevitável e seu cumprimento não é exigido em toda e qualquer situação, pelo contrário: os princípios da humanidade e proporcionalidade iluminam a execução penal e orientam a extinção e suspensão de penas que foram impostas, mas que não são humana e eticamente exigíveis.

Portanto, se a imposição de multa resultará na afronta a tais dispositivos, deve ela ser suspensa sua exigibilidade desde logo, evitando-se o comprometimento do mínimo existencial do réu, de forma análoga como ocorre com as custas processuais.

2. Jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm reconhecendo a possibilidade de dispensa do pagamento da multa penal em caso de comprovada hipossuficiência (STF, ADI 7032; STJ, Tema 931 dos Recursos Repetitivos; HC 337.938/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 3/12/2015).

Ora, se os Tribunais autorizam o mais (dispensa de pagamento diante da pobreza), está implícito que eles podem o menos (suspender a exigibilidade da pena de multa), diante da comprovada situação de pobreza do réu. Ademais, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução n.º 425, previu que a multa não deve ser aplicada a pessoas em situação de rua:

---

19 RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 8ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2021, pág. 84.

Art. 29. *Deverá ser observada a vulnerabilidade decorrente da situação de rua no momento de aplicação da pena, evitando-se a aplicação da pena secundária de multa.*

Portanto, o Poder Judiciário está autorizado a deixar de aplicar a multa ou dispensar seu pagamento, é evidente que tem poderes também para determinar a suspensão de sua exigibilidade, evitando-se a execução.

3. Outros argumentos: inviabilidade prática e ausência de finalidade preventiva ou repressiva e Princípio da eficiência e racionalidade administrativa

Estudos recentes (SENAPPEN, 2023; IDDD, 2023) apontam que apenas 1% dos ex-condenados conseguem efetivamente pagar a multa penal, evidenciando a ineficácia da execução da multa contra pessoas hipossuficientes. A execução da multa, nessas condições, não cumpre função preventiva ou repressiva, mas apenas perpetua a exclusão social e impede a reintegração do egresso, mantendo-o em situação de inadimplência perpétua e com direitos políticos suspensos, sem qualquer perspectiva real de adimplemento.

Por outro lado, a manutenção da exigibilidade da multa penal em face de pessoas hipossuficientes representa gasto desproporcional de recursos públicos, em afronta ao princípio da eficiência administrativa (art. 37, caput, da CF). A movimentação da máquina judiciária para cobrança de créditos inexigíveis, sem perspectiva de êxito, apenas onera o erário e não atende ao interesse público.

III. PEDIDOS

Assim, em caso de condenação, requer seja determinada a suspensão da exigibilidade da pena de multa, até que a situação econômico-social do réu/ré se altere, de forma que possa pagar a multa sem prejuízo do mínimo existencial, mediante prova do Ministério Público, autorizando desde logo sua superveniente extinção na forma do Tema 931/STJ quando do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta cumulativamente, caso inalterada a situação econômico social do réu, ou até o advento de outra causa de extinção da punibilidade, o que ocorrer primeiro.

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

EXECUÇÃO CRIMINAL

2. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *A impossibilidade de adimplemento da pena de multa criminal é presumida quando o/a réu/ré é assistido/a pela Defensoria Pública, incumbindo ao Ministério Público provar o contrário como condição precípua para realização de medidas constritivas. Caso contrário, deve-se, desde logo, ser extinta a punibilidade nos termos do Tema nº 931/STJ.*

Autores/as: Roberto Soares Garcia; Guilherme Ziliani Carnelós; Theuan Carvalho Gomes da Silva; Marina Dias Werneck de Souza; Brian Alves Prado; Martim Schein Landgraf, Catherine Fasoranti

Assunto

Processo penal – Multa – Tema 931/STJ – Presunção de imposssibilidade de pagamento (Área temática: Execução Criminal)

Item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública

Artigo 5°, incisos III, IX, da Lei Complementar 988/2006 do estado de São Paulo:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Fundamentação jurídica

A revisão do Tema nº 931 do Superior Tribunal de Justiça, fixada no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.785.383/SP e 1.785.861/SP, firmou entendimento segundo o qual: "Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade."

Pretende-se, com a presente proposta de súmula, autorizar a presunção de que, caso o condenado tenha sido representado judicialmente pela Defensoria Pública, a ele é impossível adimplir a sanção pecuniária e, consequentemente, deveria ser extinta a punibilidade das penas aplicadas nos termos do Tema nº 931/STJ.

Nesse contexto, é necessário tratar da distribuição do ônus da prova e suas respectivas regras, para se concluir que, independentemente da linha assumida, a presunção enunciada é válida.

A distribuição do ônus da prova segue diferentes critérios a depender da esfera de atuação. No processo penal, em regra, o encargo recai sob a acusação, diante do princípio da presunção de inocência. Tal fundamento principiológico, impõe "ao Ministério Público ou ao querelante provar os fatos constitutivos do ius puniendi que, no caso, seriam: a conduta típica, incluindo os elementos subjetivos do tipo penal, bem como a autoria"[1].

Segundo o critério da normalidade, sobre cada direito coexistem condições essenciais e condições gerais, ou genéricas. Aquele que pretendente invocar o direito, deve comprovar a presença de suas condições essenciais. As condições gerais, por seu turno, presumem-se existentes, uma vez que partem de um lugar do ordinário: "[o] que é ordinário, não necessita se provar; já o que é anormal, excepcional ou extraordinário deve ser provado".[2]

1 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 259.

2 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

Ora, tal premissa decorre da própria concepção lógica de reconhecimento de um direito. Quando certa condição, em situações habituais, se verifica, não é necessário prová-la. Se alguém acusa sua ausência, este tem a incumbência de provar a alegação ou o fato impeditivo. O que se importa provar é a exceção e não a regra. A regra geral sempre deverá ser presumida.

Forçoso concluir, pois, pela necessidade de se guiar pela condição geral. No caso da presunção de impossibilidade de pagamento da multa penal de réu assistido pela Defensoria Pública, bastaria, portanto, se identificar o perfil dos assistidos para concluir se a presunção é, de fato, uma condição geral. Não se desconhece o fato de que, dentro do processo criminal, não é necessária prova da hipossuficiência para acesso à Defensoria Pública. Contudo, ao se analisar os dados[3] daqueles que são representados pelo órgão, logo se conclui tratar-se de populações vulneráveis, incapazes financeiramente de arcar com a pena de multa sem prejuízo de seu próprio sustento. A impossibilidade de adimplemento é a regra, a condição geral, ordinária. Daí porque deve-se presumir que o acusado representado pela Defensoria Pública, em regra, é pessoa economicamente vulnerável e em condição de hipossuficiência material.

Entender o contrário, todavia, impõe que se demonstre a diferenciação decorrente de fatos constitutivos, impeditivos ou modificativos. O critério adotado pelo Código de Processo Civil perpassa pela diferenciação entre esses conceitos: os fatos constitutivos, de um lado, e os impeditivos, modificativos ou extintivos, de outro. Quanto aos primeiros, incumbiria ao autor o ônus da prova, quanto aos demais, ao réu. É o que enuncia o caput e os incisos do artigo 373 do Código de Processo Civil:

> **Art. 373**. O ônus da prova incumbe:
>
> **I** - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> **II** - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)

Contudo, o dispositivo mencionado, em seu parágrafo primeiro, trata também das situações envolvendo provas diabólicas: "diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso". As chamadas provas diabólicas frequentemente associam-se às provas de fatos negativos, apesar de seus conceitos não se confundirem.

No caso da comprovação da impossibilidade de pagamento da pena de multa, exigida no Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça, evidente que se trata de prova de fato negativo (não possibilidade de adimplemento) e também diabólica, porque exige de populações vulneráveis documentos a que, muitas vezes, elas não têm acesso ou que tampouco conseguem submeter ao Defensores e Defensoras que lhes representam em juízo. O Ministério Público, por seu turno, tem acesso a sistemas informatizados que facilmente comprovariam eventual capacidade econômica do réu.

A Súmula aqui debatida nem chega a demandar a inversão do ônus da prova sem indícios. O que se coloca é que, para os assistidos pela Defensoria Pública deve haver a presunção de hipossuficiência e, diante de tal condição, incumbiria ao Ministério Público a prova no sentido contrário. Esse fato - representação pela Defensoria Pública - caracterizaria uma *probatio levior*, o que autorizaria

3 Os dados comprobatórios serão expostos na seção da fundamentação fática.

o magistrado "a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência."[4]

Diante de todo o exposto, evidencia-se que, seja qual for a compreensão acerca da repartição do ônus da prova, a representação do réu pela Defensoria Pública caracteriza presunção suficiente para o reconhecimento de impossibilidade de adimplemento da pena de multa, conforme será comprovado adiante.

Fundamentação fática

A presunção de impossibilidade de pagamento da pena de multa por réu assistido pela Defensoria Pública fundamenta-se em dois eixos: (i) perfil socioeconômico das pessoas assistidas e; (ii) e as elevadas penas de multa impostas para pequenos traficantes, em regra jovens, pretos e periféricos, que revelam a criminalidade à qual essas multas estão associadas.

Quanto ao primeiro eixo, a Defensoria Pública do estado de São Paulo, nos autos do Recurso Especial nº 1.785.383/SP, apresentou dados obtidos por meio das mais de 4.000 intimações recebidas no Portal Eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nessa oportunidade, destacou-se o perfil socioeconômico das pessoas executadas às quais as intimações se referem, a partir de pesquisa elaborada por amostragem com base nas declarações no inquérito policial, chegando-se aos seguintes resultados:

> "a) Ao redor de **96%** informaram **não possuir valores depositados em banco**, e 95% relataram não ter bens imóveis; b) Em torno de 31% declararam expressamente não possuir trabalho, e em 24% dos casos não há dados sobre isso; c) Dentre os que declararam o valor mensal recebido pelo trabalho, por volta de 51% ganham até 1.000,00 reais e 26% entre 1.000,00 e 1.500,00 reais, **redundando em quase 77% de pessoas recebendo menos de dois salários mínimos.** d) Dentre os que declararam o valor diário recebido pelo trabalho, denotando a existência e emprego informal, quase 20% recebem diárias de até 50,00 reais e 73% recebem diárias entre 50,00 e 100,00 reais; e) 47% têm o ensino fundamental completo e 23% o fundamental incompleto, totalizando, então, em torno de **70% de pessoas sem sequer terem iniciado do ensino médio."** (grifos nossos)

Não há dúvida que tais dados revelam a vulnerabilidade das pessoas representadas pela Defensoria Pública nos processos de execução da pena de multa, como também enunciam a evidente impossibilidade de pagamento sem prejuízo do sustento do/a assistido/a. Prova disso é que: 96% declararam não possuir valores depositados em banco, e 77% das pessoas que declararam o valor recebido como salário informaram receber menos de dois salários-mínimos. Ora, executar a multa de tais pessoas, impondo-lhes medidas constritivas, obviamente prejudicará seu sustento e de sua família, sendo imperioso o reconhecimento da presunção de hipossuficiência.

4 DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Direito Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2, p. 139.

Dados semelhantes foram encontrados no monitoramento realizado pelo Instituto de Defesa do Direto de Defesa em mutirão jurídico, realizado em 2022, com 241 pessoas assistidas[5]: 72,2% delas declararam ganhar menos de um salário-mínimo; 71,4% declararam não ter completado o Ensino Médio; quase um quinto das pessoas relataram estar em situação de rua no momento do atendimento; 59,3% informaram estarem desempregadas e, das pessoas empregadas, 82,1% relataram não estarem registradas.

Segundo dados informados pelo Ministério Público de São Paulo em resposta a pedido do Núcleo Especializado em Situação Carcerária da Defensoria Pública do estado de São Paulo, "[e]ntre janeiro de 2020 e maio de 2021, foram ajuizadas quase 74.000 ações de execução de pena de multa nesse Estado", sendo que, em média, são ajuizadas 5.000 novas execuções por mês no estado. É fato notório que uma parcela significativa da defesa dessas execuções recai sob a responsabilidade da Defensoria Pública que, vale dizer, não tem acesso aos mesmos sistemas informatizados que o Ministério Público.

Para além disso, com base na análise das 4.000 intimações, mencionada anteriormente, foi possível obter informações sobre os valores das multas cobradas:

> "a) 53% das ações ajuizadas tratam de cobrança de multa cujo valor não ultrapassa 500,00 reais; b) 65% dizem respeito a valores que não ultrapassam 1.000,00 reais; c) 99% dos valores não chegam ao teto de não execução pela Fazenda Estadual; d) 91% não alcançam o limite de não execução da Fazenda Nacional."

Esses dados desvelam a forma de criminalidade de que tratam essas execuções, crimes cuja penalização incide justamente sob a parcela hipossuficiente da população: "Afinal, o valor das multas cobradas revela a existência de penas de multa baixas e de ausência de capacidade financeira para pagamento, conforme dispõe os critérios legais para a sua fixação."[6]

Ainda com base nos dados informados pelo Ministério Público de São Paulo, vale destacar que, enquanto a Lei Estadual nº 14.272/10, em seu artigo 1º[7] e a Resolução PGE/SP-21, de 23/8/2017, também no artigo 1º[8], estabelecem como valor mínimo para execução 1.200 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs) – que atualmente corresponde a mais de R$ 40.000,00 -, calcadas em premissas e estudos de custo-efetividade, no âmbito criminal são executadas multas que, em 53% dos casos, não ultrapassam R$ 500,00. Executa-se todo e qualquer valor, movendo todo o aparato judicial, contra hipossuficientes.

As pessoas executadas, diante do não reconhecimento da hipossuficiência, permanecem com seus direitos políticos suspensos. A suspensão dos direitos políticos, por sua vez, leva ao cenário

---

5 Em 2022, o IDDD deu início a um novo mutirão voltado ao atendimento jurídico gratuito de pessoas condenadas a pagar a multa penal, a partir da identificação das mazelas causadas pela impossibilidade de pagamento da multa em decorrência da hipossuficiência de grande parte das pessoas condenadas.

6 Trecho da manifestação da Defensora Pública do estado de São Paulo, na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.785.383/SP (e-STJ fl. 250).

7 "Artigo 1º - Fica o Poder Executivo, por meio dos órgãos competentes da Procuradoria Geral do Estado, autorizado a não propor ações, inclusive execuções fiscais, assim como requerer a desistência das ajuizadas, para cobrança de débitos de natureza tributária ou não tributária, cujos valores atualizados não ultrapassem 1.200 (mil e duzentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs." (NR)."

8 "Artigo 1º Não será proposta execução fiscal visando à cobrança dos débitos abaixo relacionados, quando o valor da causa for igual ou inferior a 1.200 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs)"

de (ainda maior) exclusão social do egresso e da egressa, pois promove a impossibilidade prática de obtenção de emprego formal, de celebração de negócios jurídicos que dependam de garantias (v.g. contrato de aluguel), de acesso a crédito, de abertura de conta corrente em bancos, da possibilidade de prestar concurso público, bem como a maior dificuldade de reinserção familiar e comunitária.

Outra consequência prática do não reconhecimento da presunção de hipossuficiência de assistidos da Defensoria Pública é viabilizar a execução de valor contra a pessoa condenada, atingindo patrimônio essencial para sua subsistência, como a penhora de auxílio-emergencial, de valores de pensão alimentícia, valores módicos em poupança e até mesmo valores depositados em conta de pecúlio por trabalhos executados pela pessoa egressa enquanto se encontrava no estabelecimento prisional, o que atinge não apenas o(a) executado(a), mas igualmente seus dependentes e familiares.

Diante de tal cenário, exigir-se uma prova de fato negativo e diabólica, sobre uma condição – de hipossuficiência - que é identificada na imensa maioria das situações, transmuta-se em algo irracional e cujas consequências vão em sentido totalmente oposto ao objetivo disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal, de "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

Considerando os dados de perfil dos assistidos nos processos de execução, corroborados pelos dados colhidos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o montante de execuções de penas de multa, os valores das penas de multa executados contra os/as assistidos/as e seus efeitos deletérios, não há outra conclusão senão a presumida impossibilidade de pagamento por aqueles/as que são assistidos/as pela Defensoria Pública.

Sugestão de operacionalização

Nos processos de execução criminal, seja de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, ao se deparar com um/a assistido/a que tenha sido condenado/a concomitantemente à pena privativa de liberdade e multa, o/a defensor/a deverá, desde logo, requerer a extinção da pena de multa, fundamentando seu pedido na presunção de impossibilidade de pagamento, quando o/a réu/ré for representado/a pela Defensoria Pública.

Manifestação processual pré-formatada

AO JUÍZO DA ___ª VARA .... DO FORO REGIONAL DE .... DA COMARCA DE .... DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa da petição:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Autos n°

Ação de execução da pena de multa

NOME, brasileiro/a, solteir/a, profissão, portador/a da cédula de identidade RG nº yyy, inscrito/a no CPF sob o nº yyyy, residente e domiciliado/a na Rua yyyy, nº yyy, bairro, cidade/SP, CEP yyyy, telefone(s) xxxx, e-mail xxxxx, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, dispensada de apresentar instrumento de mandato, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

I. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarece-se, inicialmente, que aos/às membros/as da Defensoria Pública é garantida a prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos e a intimação pessoal mediante o encaminhamento dos autos com vistas, previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015.

II. JUSTIÇA GRATUITA

A parte assistida é pobre na acepção jurídica do termo, não podendo arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme declaração de necessidade anexa, fazendo, portanto, jus aos benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.510/86, e do art. 98 do Código de Processo Civil.

III. FATOS

Trata-se de processo de execução de pena de multa, imposta nos autos do processo nº _____, que resultou na condenação do/a Sr/a. _____, nos termos do artigo __, da Lei nº _____, à pena de _____, e X dias multas, calculados no mínimo legal.

Diante da condenação à pena de multa, o órgão acusatório instaurou a presente execução.

É a síntese.

IV. MÉRITO

Em 2019, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 3.150, fixou o entendimento de que o regime instituído pelo art. 51 do Código Penal não retirava a atribuição primária do Ministério Público para execução da pena de multa, nem a competência do Juízo da execução penal para processar e julgar os pedidos de execução, cabendo à Fazenda Pública um papel subsidiário na cobrança dos valores.

A razão adotada pela Corte Suprema, a partir do voto do Ministro Barroso, foi de que a pena de multa seria uma sanção penal autônoma, cabendo a ela "papel retributivo e preventivo geral" de "desestimular no próprio infrator ou em infratores potenciais, a conduta estigmatizada pela legislação penal."

Posteriormente, foi promovida alteração no art. 51 do Código Penal pela Lei n.º 13.964/2019 (o "Pacote Anticrime"), em que foi atribuída expressamente ao Ministério Público e à Justiça Criminal a competência para execução dos valores da pena de multa.

Em 25/11/2021, o Superior Tribunal de Justiça modulou a aplicabilidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado na ADI 3.150. Revisando o Tema 931, firmou entendimento segundo o qual: "Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade."

Na hipótese dos autos, por se tratar de réu/ré representado/a pela Defensoria Pública, presume-se a hipossuficiência, devendo, desde logo, ser extinta a punibilidade nos termos do Tema 931/STJ.

O critério adotado pelo Código de Processo Civil de distribuição do ônus da prova perpassa pela diferenciação entre os fatos constitutivos, de um lado, e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, de outro. Quanto aos primeiros, incumbiria ao autor o ônus da prova, quanto aos demais, ao réu. É o que enuncia o caput e os incisos do artigo 373 do Código de Processo Civil:

> "Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)"

Contudo, o dispositivo mencionado, em seu parágrafo primeiro, trata também das situações envolvendo provas diabólicas, "diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso". As chamadas provas diabólicas frequentemente associam-se às provas de fatos negativos, apesar de seus conceitos não se confundirem.

No caso da comprovação da impossibilidade de pagamento da pena de multa, exigida no Tema 931 do Superior Tribunal de Justiça, evidente que se trata de prova de fato negativo (não possibilidade de adimplemento) e, também, diabólica, porque exige de populações vulneráveis, em inegável estado de exclusão digital, documentos a que, muitas vezes, elas não acesso. O Ministério Público, por seu turno, tem acesso a sistemas informatizados que facilmente comprovariam caso o/a réu/ré tivesse condições de arcar com a pena de multa sem prejuízo de seu sustento.

Portanto, é evidente que não se pode exigir do sentenciado que prove o negativo. É o Ministério Público quem tem o ônus de provar as condições do cumprimento da pena.

Mesmo assim, a representação pela Defensoria Pública caracteriza probatio levior, que autoriza o magistrado "a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência."[9]

A Defensoria Pública do estado de São Paulo analisou dados obtidos através das mais de 4.000 intimações recebidas no Portal Eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo. Nessa oportunidade, destacou-se o perfil socioeconômico das pessoas executadas às quais as intimações se referem, a partir de pesquisa elaborada por amostragem com base nas declarações no inquérito policial, chegando-se aos seguintes resultados:

a. Ao redor de 96% informaram não possuir valores depositados em banco, e 95% relataram não ter bens imóveis;

b. Em torno de 31% declararam expressamente não possuir trabalho, e em 24% dos casos não há dados sobre isso;

c. Dentre os que declararam o valor mensal recebido pelo trabalho, por volta de 51% ganham até 1.000,00 reais e 26% entre 1.000,00 e 1.500,00 reais, redundando em quase 77% de pessoas recebendo menos de dois salários-mínimos.

d. Dentre os que declararam o valor diário recebido pelo trabalho, denotando a existência e emprego informal, quase 20% recebem diárias de até 50,00 reais e 73% recebem diárias entre 50,00 e 100,00 reais;

e. 47% têm o ensino fundamental completo e 23% o fundamental incompleto, totalizando, então, em torno de 70% de pessoas sem sequer terem iniciado do ensino médio.

Não há dúvida que tais dados revelam a vulnerabilidade das pessoas representadas pela Defensoria Pública nos processos de execução da pena de multa, como também enunciam, evidentemente, a impossibilidade de pagamento destas sem prejuízo do sustento do assistido. Prova disso é que: 96% declararam não possuir valores depositados em banco, e 77% das pessoas que declararam o valor recebido como salário informaram receber menos de dois salários-mínimos.

Ora, no caso concreto, a imposição de medidas constritivas ao Sr(a).____, obviamente prejudicará seu sustento e de sua família, sendo imperioso o reconhecimento da presunção de hipossuficiência.

As pessoas executadas, diante do não reconhecimento da hipossuficiência, e consequente não extinção da punibilidade, permanecem com seus direitos políticos suspensos.

A suspensão dos direitos políticos, por sua vez, leva ao cenário de (ainda maior) exclusão social do egresso e da egressa, pois promove a impossibilidade prática de obtenção de emprego formal, de celebração de negócios jurídicos que dependam de garantias (v.g. contrato

9 DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Direito Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2, p. 139.

de aluguel), de acesso a crédito, de abertura de conta corrente em bancos, da possibilidade de prestar concurso público, bem como a maior dificuldade de reinserção familiar e comunitária.

Outra consequência prática do não reconhecimento da presunção de hipossuficiência de assistidos da Defensoria Pública é viabilizar a execução de valor contra a pessoa condenada, atingindo patrimônio essencial para sua subsistência, como a penhora de auxílio-emergencial, de valores de pensão alimentícia, valores módicos em poupança e até mesmo valores depositados em conta de pecúlio por trabalhos executados pela pessoa egressa enquanto se encontrava no estabelecimento prisional, o que atinge não apenas o(a) executado(a), mas igualmente seus dependentes e familiares, subtraindo dele toda e qualquer traço de dignidade, impondo óbice por muitas vezes instransponível à ressocialização, fim máximo do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

A partir de todo o exposto, conclui-se que a impossibilidade de adimplemento da pena de multa é presumida quando o/a réu/ré é assistido/a pela Defensoria Pública, incumbindo ao Ministério Público a colação de elementos fáticos-probatórios que apontem em sentido contrário como condição precípua para realização de medidas constritivas. Caso contrário, deve-se, desde logo, ser extinta a punibilidade nos termos do Tema nº 931/STJ.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a. O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa hipossuficiente e sem condições para arcar com as taxas e despesas processuais sem prejuízo de sua própria subsistência, nos termos do art. 98 e ss do CPC;

b. A observância das prerrogativas garantidas aos/às membros/as da Defensoria Pública, notadamente a intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos processuais previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Complementar 80/94, bem como no artigo 186, do Código de Processo Civil/2015;

c. Seja dispensado o recolhimento da pena de multa, extinguindo-se a obrigação em razão da impossibilidade de pagamento e desproporcionalidade de sua exigência no caso concreto, declarando-se extinta a punibilidade do apenado e oficiando-se ao cartório eleitoral e ao Juízo do processo de conhecimento para anotação da extinção da pena;

Termos em que espera deferimento.

Cidade, data.

NOME

Xª Defensoria Pública da Unidade xxx

Link - MODELO DE PEÇA

EXECUÇÃO CRIMINAL

3. PROPOSTA DE TESE

Súmula: *Execução Penal – Progressão de Regime pós-Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Limites da irradiação da reincidência e exigência de reincidência específica para a fração de 60% (art. 112, VII, LEP)*

Autores/as: Douglas Schauerhuber Nunes e Saulo Dutra de Oliveira

Assunto

Aplicação dos percentuais do art. 112 da LEP no pós-Pacote Anticrime em hipóteses de unificação de penas com capítulos heterogêneos quanto à especificidade; limites da irradiação da reincidência; vedação de estender 60% a condenações não cobertas pelo requisito objetivo de reincidência específica.

Item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública

A proposta se relaciona diretamente com dois pontos das atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Tem relação direta com o art. 5º, III, que prevê: "*representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores*". Isso porque a proposta propõe defender em todos os graus de jurisdição a correta interpretação da lei de execução penal em prol dos usuários da Defensoria Pública. Há também relação com a previsão do art. 5º, VII, quando prevê como atribuição institucional "atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais". Neste ponto, a atuação visa proteger o devido processo de execução da pena, com a interpretação da lei mais benéfica à pessoa executada.

Meta do plano de atuação relacionada

Não há nenhuma meta diretamente relacionada. Todavia, a proposta tem eminente caráter desencarcerador, de modo a se relacionar, por exemplo, com a meta nº 1do I Plano de Atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a saber: "Atuar na garantia dos Direitos Humanos no sistema carcerário".

Fundamentação jurídica

A Lei 13.964/2019 revogou, por seu art. 19, o §2º do art. 2º da Lei 8.072/1990 e concentrou a disciplina dos requisitos objetivos de progressão no art. 112 da LEP, que passou a prever percentuais fechados e tipificados por grupos normativos. Entre eles: (i) 40% para o condenado por crime hediondo ou equiparado primário (art. 112, V, LEP); (ii) 60% para o reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado (art. 112, VII, LEP).

Tais percentuais são normas materiais de cumprimento de pena, dotadas de leitura taxativa e submetidas à retroatividade benéfica (*lex mitior*). A Constituição (art. 5º, XL e XLVI) e a CADH (art. 9) asseguram a aplicação da lei penal mais benéfica e a individualização da pena no momento da execução.

Tema 1.084/STJ (repetitivo): núcleo objetivo da tarifação

A Terceira Seção do STJ, ao julgar o Tema 1.084, fixou que, para crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, o reincidente genérico (isto é, sem especificidade) submete-se ao patamar de 40% — o mesmo do primário —, reconhecendo a retroatividade da norma benéfica. A *ratio decidendi* coloca em evidência que os percentuais do art. 112 não derivam de um automatismo subjetivo, mas de gatilhos objetivos (natureza do delito e específico tipo de reincidência).

O obstáculo jurisprudencial e o distinguishing proposto: uma genealogia do atual entendimento

Há precedentes do STJ afirmando que a reincidência é condição de caráter pessoal, considerada na fase de execução, que se estende à totalidade das penas unificadas, com vedação de aplicação de percentuais diferentes por reprimenda. Essa diretriz, todavia, não resolve — e não pode suprimir — a exigência objetiva introduzida pelo art. 112, VII: a fração de 60% pressupõe reincidência específica em hediondo/equiparado. Em outras palavras, a irradiação alcança o status de reincidente; já a tarifa de 60% não se projeta automaticamente quando o fato-tipo objetivo (especificidade) não está presente.

A pesquisa de julgados diante do Superior Tribunal de Justiça indica que o tema relacionado à forma de aplicação da reincidência na execução penal e sua extensividade a outras condenações do passado, ainda que o apenado ostentasse ao tempo primariedade, teve início com o instituto do livramento condicional.

Em 2007, por exemplo, nos autos do HABEAS CORPUS Nº 95.505 – RS, buscava o impetrante o direito de provar ser "o paciente vítima de constrangimento ilegal, pois os requisitos do livramento condicional deviam ser analisados individualmente no que tange a cada execução, circunstância que impõe a utilização do prazo de 1/3 (um terço) nas condenações em que era primário e 1/2 (um meio) para a em que era reincidente."

Porém, assim ficou ementado o HC:

> "Sendo o paciente reincidente em crime doloso, deve ser adotado o lapso preconizado no art. 83, II, do Código Penal, impondo-se o transcurso do patamar de 1/2 (um meio) da sanção para a obtenção da liberdade clausulada, não havendo de se cogitar na aplicação concomitante do patamar de 1/3 (um terço) para a execução de pena aplicada ao tempo em que o réu ostentava a primariedade e de 1/2 (um meio) para as demais execuções." (MINISTRO JORGE MUSSI Relator, 29 de outubro de 2009).

Nas razões externadas pelo Ministro relator do HC, há citação doutrinária ao entendimento esposado por SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR, em sua obra "Execução Criminal". **Chama a atenção que a edição do livro é datada de 2005, retrocedendo, ainda mais, a celeuma.**

> "O requisito temporal, se o condenado for reincidente em crime doloso, será de metade. Assim, se o mesmo for primário em um crime e reincidente em outro, o requisito para obtenção do livramento condicional será de metade do total das penas aplicadas, não sendo feita a soma de 1/3 da pena de um crime, somando com a metade de 1/2 da outra pena, **tendo em vista que a lei fala em condenado reincidente."** (4ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2005, p. 266)

A explicação do entendimento de extensão da reincidência foi descrita no HC e do trecho doutrinário e decorrente da literalidade da Código Penal, de seus arts. 83 e 84 – (*com redações mantidas até os dias de hoje)* sempre com gênese legislativa da estrutura do instituto do livramento condicional.

Vejamos:

> **Requisitos do livramento condicional**
>
> Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

> I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> II - cumprida mais da metade **se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)**
>
> **Soma de penas**
>
> Art. 84 - **As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)**

Ou seja, seguindo a doutrina de SIDIO ROSA, **era a legislação que não fazia distinção entre o tempo do crime** após a aquisição da condição de reincidência para concessão do livramento condicional na execução penal e sua extensão para os demais delitos: a norma aplicável ao LC sempre foi simplesmente mencionar a necessidade de cumprir "mais da metade (da pena) se o condenado fosse reincidente em crime doloso".

Assim Superior Tribunal de Justiça seguiu a trilha desta consolidação, como no HC 307.180/RS, JULGADO: 16/04/2015, de relatoria do Exmo. Ministro FELIX FISCHER:

> "Razão não assiste ao paciente. Isso porque, na linha da jurisprudência desta eg. Corte Superior, a reincidência é circunstância pessoal que interfere na **execução como um todo** e não somente nas penas em que ela foi reconhecida, **fazendo com que haja o cumprimento de 1/2 da pena para a concessão do livramento condicional."**

Do livramento condicional à progressão de regime, o entendimento foi seguido, utilizando-se da mesma norma dos arts. 83 e 84 do CP, inobstante dever ser aplicável temática e topologicamente, pelo princípio da legalidade estrita, da reserva legal e da especialidade, as normas da Lei de Execução Penal, em seu artigo 112.

Sobre *decisum*, cite-se, por exemplo, HABEAS CORPUS Nº 498.546 – MS:

> "Há, nos autos, comprovação de duas condenações pelos crimes de tráfico de drogas, sendo a primeira com trânsito em julgado em 14/02/2014 e a segunda, transitada em julgado em 18/11/2014. (cálculo de pena – fls. 35-37). Dessa forma, ainda que reconhecida a primariedade do agravado quando do primeiro fato, a reincidência posteriormente reconhecida influi na totalidade das penas em execução, para fins de obtenção dos **benefícios legais**, **como o livramento condicional, porquanto, nos termos do art. 84 do Código Penal, 'As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento'.** (MINISTRA LAURITA VAZ, 08 de maio de 2019).

O tempo incumbiu-se de implementar uma interpretação extensiva ou pior, analogia in malam partem, para a progressão de regime.

A Eminente Ministra Laurita Vaz, no bojo de seu voto do retro HC, trouxe à baila, por exemplo, julgamento para embasar aquilo que já caminhava (ou mesmo, pode-se dizer, já firmado entendimento) para a pacificação em torno dos **"benefícios da execução penal" e não apenas do livramento condicional.** Naquilo que se viu evoluir como expressão de **"condição pessoal do sentenciado"** a ser analisada pelo juízo da execução penal. Assim, fez parte do julgado acima a deferência ao HC 370.735/ES:

> "Esta Corte Superior entende ser possível o reconhecimento pelo Juízo da Execução da **reincidência** para fins de análise do critério subjetivo exigido pela lei para a concessão **dos benefícios executórios**, inexistindo violação ao princípio da *non reformatio in pejus*. Precedentes. 5. Agravo improvido." (AgRg no HC 370.735/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017, sem grifos no original.)

Portanto, sem a necessidade de se tecer mais citações concretas da evolução jurisprudencial do STJ sobre o assunto, concluiu-se pela formação e afirmação da aplicação da **extensão da condição de reincidência para os "direitos da execução penal" por ser "condição de caráter pessoal". Repise-se, houve uma ampliação da interpretação, em prejuízo da parte executada, do livramento condicional para todos os benefícios executórios.** Por todos, à guisa de conclusão, no ano de 2018, por exemplo, o Eminente Ministro Rogério ROGERIO SCHIETTI CRUZ assentiu:

> "O apenado que registra mais de uma condenação transitada em julgado terá que cumprir frações mais elevadas **para alcançar a progressão de regime e o livramento condicional,** pois exige-se daquele que viola reiteradamente o ordenamento jurídico maiores responsabilidades antes de fazer jus às benesses que hoje integram o sistema progressivo de pena. Reafirmo que não cabe ao Juiz da Execução rever a pena e o regime aplicados no título judicial a cumprir. Contudo, é de sua competência realizar o somatório das condenações (unificação das penas), **analisar a natureza dos crimes (hediondo ou a ele equiparados) e a circunstância pessoal do reeducando (primariedade ou reincidência) para fins de fruição de benefícios da LEP.**" (AgRg no AREsp 1.237.581/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018, sem grifos no original.)

Sem saber do futuro, o Ministro Schietti plantou a semente útil à presente discussão deste petitório, ao expressar a necessidade de analisar a natureza dos crimes: se naquela época, antes do pacote anticrime a necessidade era de separação apenas entre crimes comuns e hediondos (*naturalmente imiscíveis*) para perpetrar a individualização da pena na execução, com o pacote nova análise viria para além da natureza do crime – o tipo de reincidência suportada pelo apenado, como se verá: específica e geral.

O Eminente Ministro fazia, assim, uma das primeiras distinções entre natureza dos crimes e a reincidência, nos termos do trecho grifado: "é de sua competência realizar o somatório das condenações (unificação das penas), **analisar a natureza dos crimes (hediondo ou a ele equiparados)** e a **circunstância pessoal do reeducando (primariedade ou reincidência) para fins de fruição de benefícios da LEP"**

Para prosseguir, é necessário também resgatar uma segunda discussão que pairou no Judiciário brasileiro: a evolução da progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. A Lei 8.072/90 determinava o cumprimento integral das penas dos crimes hediondos em regime fechado. Somente com o julgamento do HC 82959/SP pelo STF foi declarada inconstitucional a proibição. O ano era 2006: reconhecido o direito à progressão de regime, a fração de 1/6 do art. 112 da LEP passou a ser o requisito objetivo, único previsto pela legislação. Não tardou e a Lei nº 11.464, publicada no DOU de 29.3.2007, introduziu as frações de 2/5 (*sentenciados primários*) e 3/5 (*sentenciados reincidentes*) para a promoção prisional, na especial Lei dos Crimes Hediondos.

A partir da vigência dessa diferenciação, o sistema de progressão passa a vigorar no Brasil com as três frações - art. 112, LEP: 1/6 para crimes comuns (*sentenciados primários ou reincidentes*); Lei 8.072/90, art. 2º, § 2º, crimes hediondos: 2/5 (*sentenciados primários*) e 3/5 (*sentenciados reincidentes*).

Daqui em diante, exsurge a tese defensiva de usar, pela primeira vez, o pleito de reconhecimento da necessária "reincidência específica" como condição para aplicação da fração mais gravosa de 3/5 para progressão de regime, previsto pela Lei 8.072. **A base normativa principiológica derivava da "especialidade".**

Por todos, o HABEAS CORPUS Nº 264.841 – RJ. Em sua peça inicial do writ, a Defensoria Pública bem resumiu:

> "A toda evidência, o prazo de 3/5 só há de ser exigido do reincidente específico em delitos hediondos ou equiparados em razão da aplicação do princípio da especialidade, pois se a lei visa disciplinar crimes hediondos e equiparados, logicamente estará tratando da reincidência em crimes de tal natureza especificamente.

Porém, o que se firmou na jurisprudência está sedimentado no próprio julgado do HC 264.841-RJ:

> Consoante a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, o § 2º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, modificado pela Lei n.º 11.464/2007, não faz distinção entre reincidência comum ou específica, devendo, portanto, incidir a fração de 3/5 a todos os agentes reincidentes, independentemente da natureza do delito antes cometido. Precedentes.
>
> **Como se vê, o legislador, ao impor a fração de 3/5 de pena cumprida aos reincidentes, para fins de obtenção da progressão de regime, <u>não distinguiu as modalidades de reincidência</u>, tendo apenas exigido a condição de primário** àqueles agentes condenados pela prática de delito hediondo, para que o lapso temporal utilizado para o cálculo da concessão do benefício fosse o de 2/5.
>
> Deste modo, não sendo o ora paciente primário, eis que já condenado anteriormente pela prática de delitos contra o patrimônio, **não faz jus à progressão de regime com o cumprimento de 2/5 da pena, pois o § 2º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, modificado pela Lei n.º 11.464/2007, não exige reincidência específica em crime hediondo.**

É necessário resgatar a previsão do art. 83, inciso V parte final do CP – de onde advém a proibição da concessão de livramento condicional ao preso *<u>reincidente específico</u>* em crime hediondo ou equiparado como parâmetro irrefutável de violação da legalidade.

Foi a primeira vez que a legislação brasileira adotou a terminologia que é diretamente ligada à individualização da pena e as Cortes especiais não tiveram problema em entender a característica que permeava a necessária irretroatividade da lei penal mais gravosa: **a reincidência específica.**

> Art. 12. O inciso V do art. 83 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 83 (...)
>
> V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, **<u>se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.</u>**

A jurisprudência entendeu que se estava diante de uma nova situação – que não poderia haver retroatividade da vedação da concessão do livramento condicional, seja na visão do STJ, seja para o STF, em detrimento do reincidente não específico, diante do tempo do crime.

> "PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CRIME HEDIONDO (TRÁFICO). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ART. 83. V, DO CP. LEI No 8.072/90. 1 - **A reincidência específica,** de que trata o art. 83, V, do CP, com redação dada pela Lei nº 8.072/90, somente se perfectibiliza quando ambos os delitos tenham sido cometidos já na vigência do mencionado diploma legal, não sendo suficiente que somente o último crime tenha ocorrido sob a égide da Lei dos Crimes Hediondos. 2 - Ordem concedida. (STJ - HC 14.532 - SC - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DI: 24/09/2001).
>
> PENAL. CRIMES HEDIONDOS. **REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA IMPEDITIVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.** INCISO V INSERIDO NO ART. 83 DO CÓDIGO PENAL PELO ART. 5º DA LEI Nº 8.072/90. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA ART. 5º XL, DA CF. Não incidência do dispositivo quando o primeiro crime foi cometido antes do advento da Lei 8.072/90, em face do princípio constitucional em referência. Recurso conhecido e provido (STF - RE 3 04.385- 4 - Rel. Min. Imar Galvão - DI 22/02/2002)".

Se somente o preso reincidente específico em crime hediondo ou equiparado não tem direito ao livramento condicional segundo o Código Penal (art. 83, inciso V, parte final do CP) é porque o próprio legislador distingue essa modalidade de reincidência, enquadrando-a numa outra característica mais gravosa, que tem a ver com o tipo de delito e não só com a condição pessoal do agente. Afinal, o reincidente em crime comum tem direito ao livramento condicional, o reincidente genérico (comum mais hediondo) igualmente, com a separação e individualização de frações de acordo com o crime praticado.

Portanto, a mesma diferenciação legal trazida no início dos anos 90 ao Livramento Condicional, que está legislada e inalterada até hoje, deve necessariamente acontecer com a progressão de regime a partir do pacote anticrime.

Não se pode estender (e retroagir) a fração de 3/5 para crimes pretéritos, antes de formalizar e aperfeiçoar a reincidência específica, que necessariamente só pode acontecer por evento futuro, após um novo julgado condenatório - por um novo crime hediondo/equiparado - posteriormente ao trânsito em julgado do primeiro delito também hediondo/equiparado.

Do contrário, o pacote anticrime é letra morta frente à previsão mais gravosa e revogada da Lei 8.072/90.

Num simples exemplo: crime 1 – tráfico de drogas, *caput* – sentenciado primário que cumpria sua reprimenda no patamar de 40 por cento; pratica um crime 2 de mesma categoria, tráfico de drogas, *caput* – reincidência específica reconhecida – 60 por cento.

Mesmo com a evidente alteração do art. 112 da LEP, incluindo a criação do Tema 1184 pelo STJ, o caso acima ainda é acoimado por entendimento retrógrado e calcado na antiga previsão da Lei dos Crimes Hediondos, revogada no que toca aos percentuais de progressão, que não discernia reincidência comum da reincidência específica.

Curiosamente, a mensagem desse entendimento que se busca aplicação, foi passada pelo Eminente Ministro Rogério SCHIETTI CRUZ, quase acolhendo in totum as razões desse estudo:

> ***Embora amplamente reconhecida a reincidência, a título de condição pessoal, como instituto próprio da execução da pena, sua aplicação hodierna requer a observação das recentes alterações legislativas, promovidas pela Lei n. 13.964/2019, quanto aos patamares exigidos para aferição da progressão de regime.***

> ***O Pacote Anticrime implementou um cenário de maior complexidade quanto à recidiva do reeducando, visto que, agora, não se trata apenas do simples exame da natureza do delito (se comum ou hediondo) e da existência de registros aptos a caracterizarem a reincidência (genérica) do apenado, mas sim de uma incursão mais apurada no exame dos antecedentes criminais do indivíduo encarcerado, passando a ganhar ampla relevância se se trata de crime cometido com ou sem violência a pessoa ou grave ameaça, crime hediondo ou equiparado ou, ainda, crime hediondo ou equiparado com resultado morte.***
>
> Na hipótese, o apenado cumpre pena por roubo circunstanciado e outros dois delitos de tráfico de drogas, ou seja, percebe-se que o reeducando é, então, reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado, porém, reincidente genérico quanto a delitos cometidos mediante violência a pessoa ou grave ameaça. Por consequência, quanto aos crimes de tráfico de drogas, considerado o caráter pessoal da reincidência, é cogente o cumprimento de 60% de ambas as penas impostas, visto que se trata de reincidência de mesma natureza – a saber, reincidência em crime hediondo ou equiparado. Todavia, tal lógica não se aplica ao crime comum, visto que o sentenciado é primário na prática de crime com violência a pessoa ou grave ameaça, de modo que incide na espécie o lapso previsto no art. 112, III, da Lei de Execução Penal, o qual exige o cumprimento tão-somente de 25% da pena para que se perquira a progressão a regime menos gravoso.
>
> ***Habeas corpus parcialmente concedido determinar a retificação do cálculo de progressão da pena relativo à condenação do paciente pelo crime comum, nos termos da conclusão do voto.*** (HABEAS CORPUS Nº 654.870 – MG - JULGADO: 20/09/2022)

Porém, a quaestio ainda persiste sem a mesma conclusão para os delitos de presos primários ou reincidentes genéricos e presos reincidentes específicos: o entendimento não evoluiu para reconhecer a existência novel de dois elementos para reincidência, para fins de progressão de regime, que nunca houve na legislação pátria: como vem decidindo o STJ, há singularidade ao conceito de que a reincidência é uma condição pessoal extensível na fase executiva penal, aplicando-se 3/5 a todas as penas, mesmo que para casos pretéritos fosse o réu primário ou reincidente genérico.

É nesse ponto que a presente tese está focada. Por todos os julgados, apenas a título de exemplificação:

> No caso dos autos, portanto, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal, uma vez que as instâncias ordinárias decidiram em conformidade com a orientação desta Corte Superior, tendo o Tribunal local destacado que, "tratando-se de reincidente específico em crime hediondo ou a ele equiparado (PEC nº 0002881-05.2024.8.26.0520), o lapso necessário para a progressão de regime corresponde a 3 /5 da pena, ou 60%, abarcando todas as condenações desta natureza excluídos naturalmente os furtos, no caso em voga" (e-STJ fl. 101).
>
> Com efeito, na definição do percentual de cumprimento da pena para a finalidade de progressão de regime, o reconhecimento da reincidência em crime hediondo, na fase de execução, abrange os delitos dessa natureza como um todo, excluindo apenas os crimes comuns. (HABEAS CORPUS Nº 1019736 – SP, 12 de agosto de 2025. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO – Relator).

Em suma, a redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais foi alterada. A do art. 83 do Código Penal não. É nítida a diferença, portanto, que reclama aplicação do princípio da legalidade estrita em sede de Direito Penal.

O *distinguishing* é, pois, claro: (a) preserva-se a natureza 'pessoal' da reincidência; (b) reconhece-se que, após a Lei 13.964/2019, a aplicação do patamar de 60% depende da verificação de requisito objetivo autônomo (especificidade); (c) onde faltarem os pressupostos do inciso VII (objetivo e subjetivo), aplica-se 40% (Tema 1.084).

Legalidade estrita, taxatividade e vedação de analogia *in malam partem*

A leitura que 'puxa' 60% para todo o bloco unificado quando apenas parte das condenações satisfaz a especificidade alarga indevidamente o inciso VII por analogia, contrariando a taxatividade inaugurada pela Lei 13.964/2019. Ao intérprete não é dado presumir especificidade onde a lei a exige expressamente.

Temporalidade da reincidência (CP, art. 63) e *lex mitior*

A reincidência tem estrutura cronológica: o segundo fato há de ser posterior ao trânsito do primeiro. Projetar a fração de 60% sobre capítulo cujo fato se deu quando o agente era primário produz, na prática, reclassificação retrospectiva do passado, com resultado materialmente mais gravoso e incompatível com a lex mitior. O critério temporal reforça a impropriedade de se colar 60% indistintamente a títulos não específicos.

Individualização da pena, proporcionalidade e ne bis in idem material

A unificação de penas gera execução única, mas não apaga a pluralidade ontológica dos títulos e de suas naturezas. Aplicar 60% 'a granel' desconsidera diferenças relevantes entre capítulos (uns com, outros sem especificidade), revalorando múltiplas vezes o mesmo antecedente específico e esgarçando a individualização e a proporcionalidade.

Coerência sistêmica com o livramento condicional (CP, art. 83, V)

O Código Penal distingue a reincidência específica em hediondo/equiparado para fins de vedação do livramento condicional. Trata-se de desenho legislativo que reconhece a especificidade como categoria qualificada. É incoerente que a execução, na progressão, desconsidere essa separação, impondo 60% a condenações não específicas do bloco.

Fundamentação fática

Na prática forense, persistem cálculos/atestados que, após a unificação de penas (LEP, art. 111), aplicam a fração de 60% (art. 112, VII, LEP) a todo o bloco, sob o argumento de que a reincidência é condição pessoal que se estende à totalidade das penas somadas e que não se admite 'fatiamento' de percentuais por reprimenda. Tal entendimento ignora a taxatividade do art. 112, contraria o Tema 1.084 do STJ (que fixa 40% ao primário e ao reincidente genérico em hediondo/equiparado) e tende a neutralizar a retroatividade benéfica (lex mitior), além de gerar desproporções materiais.

Casos concretos apreciados no âmbito dos DEECRIMs revelam cálculos/atestados que aplicam 60% ao conjunto unificado por mera irradiação do status de reincidente, sem discriminar, na peça técnica, quais capítulos são cobertos por reincidência específica e quais não. Não há, até o momento, estatística pública consolidada da SAP/DEECRIM sobre a extensão do problema. Sugere-se oficiar esses órgãos para mapear quantitativamente a incidência e mensurar o impacto da correção proposta.

Sugestão de operacionalização

a) Litigância caso a caso no DEECRIM (retificação de cálculo/atestado), com fundamentação normativa e precedentes do Tema 1.084.

b) Capacitação interna: modelos de petição, roteiros de audiência e checklists probatórios; padronização de requerimentos de cálculo.

c) Monitoramento: criação de banco de decisões favoráveis e incidentes de resistência; avaliação de eventual provocação para uniformização de jurisprudência.

Indicação da perspectiva/enfoque de gênero e raça relacionada à tese

Considerando que o sistema carcerário brasileiro acentua o racismo estrutural da sociedade brasileira, na medida em que há acentuado número de pessoas negras aprisionadas, bem como de pessoas pobres e que moram na periferia, a tese defende essas minorias que são alvo da seletividade do sistema penal, ao visar diminuir o seu tempo de encarceramento indevido.

Manifestação processual pré-formatada

AO JUÍZO DO DEECRIM (...)

PEC nº XXXXXXX. XXX

PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE CÁLCULO PENAL

Execução Penal – Progressão de Regime pós-Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Limites da irradiação da reincidência e exigência de reincidência específica para a fração de 60% (art. 112, VII, LEP)

Sem alterar a natureza jurídica da reincidência como condição de caráter pessoal, a redação objetiva e taxativa do atual art. 112 da Lei de Execução Penal, dada pela Lei 13.964/2019, impõe requisito específico para o patamar de 60% (ou 3/5): a reincidência deve ser específica em crime hediondo ou equiparado. A qualidade de reincidente pode irradiar-se na unificação; contudo, a mera irradiação do status não autoriza, por si, a aplicação da fração de 60% a capítulos em que falte a especificidade. Nesses, aplica-se a fração de 40%, nos termos do Tema 1.084 do STJ aos primários e reincidentes genéricos em delitos hediondos/equiparados).

A Defensoria Pública vem diante de V. Excelência requerer a retificação do cálculo de penas, em favor do sentenciado, já devidamente qualificado nos autos do processo de execução.

Conforme os documentos que embasaram a elaboração do cálculo de pena do sentenciado, trata-se das seguintes condenações, com as respectivas condições originais da primariedade/reincidência e natureza dos crimes praticados:

1. XXXXXXX - data do delito 22/03/2016 - art. 33 § 4º c/c art. 40 "caput", III do(a) SISNAD (tráfico privilegiado - crime comum - réu primário);

2. XXXXX – data do delito 02/03/2018 – art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (crime hediondo – réu reincidente genérico);

3. XXXXXX – data do delito 03/02/2022 – art. 33, *caput*, do(a) SISNAD (crime hediondo – reincidente específico);

A Lei 13.964/2019 revogou, por seu art. 19, o § 2º do art. 2º da Lei 8.072/1990 e concentrou a disciplina dos requisitos objetivos de progressão no art. 112 da LEP, que passou a prever percentuais fechados e tipificados por grupos normativos.

Entre eles: (i) 40% para o condenado por crime hediondo ou equiparado primário (art. 112, V, LEP); (ii) 60% para o reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado (art. 112, VII, LEP).

Tais percentuais são **normas materiais de cumprimento de pena**, dotadas de leitura taxativa e submetidas à retroatividade benéfica (*lex mitior*).

A Constituição (art. 5º, XL e XLVI) e a CADH (art. 9) asseguram a aplicação da lei penal mais benéfica e a individualização da pena no momento da execução.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou a existência da diferenciação legislativa, advinda com o pacote anticrime:

> A Terceira Seção do STJ, ao julgar o Tema 1.084, fixou que, para crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, o reincidente genérico (isto é, sem especificidade) submete-se ao patamar de 40% — o mesmo do primário —, reconhecendo a retroatividade da norma benéfica. **A *ratio decidendi* coloca em evidência que os percentuais do art. 112 não derivam de um automatismo subjetivo, mas de gatilhos objetivos (natureza do delito e específico tipo de reincidência).**

Sabe-se que, mesmo após esse entendimento decorrente da estrita legalidade e da aplicação da lei penal mais benéfica, não houve alteração sobre a aplicação e irradiação dos efeitos da reincidência como circunstância pessoal apenas, ainda permanecendo arraigada como único requisito para análise das frações de progressão.

Há a necessidade e um obstáculo jurisprudencial a demandar a técnica do ***distinguishing.***

Tudo começou com o entendimento externado para o Livramento Condicional. Em 2007, por exemplo, nos autos do HABEAS CORPUS Nº 95.505 – RS, buscava o impetrante o direito de provar ser "*o paciente vítima de constrangimento ilegal, pois os requisitos do livramento condicional deviam ser analisados individualmente no que tange a cada execução, circunstância que impõe a utilização do prazo de 1/3 (um terço) nas condenações em que era primário e 1/2 (um meio) para a em que era reincidente.*"

Mas, a redação do Código Penal era clara em mencionar apenas a existência da reincidência, sem distinguir modalidades.

É o que exulta de antiga doutrina, por exemplo - SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR, em sua obra "Execução Criminal". **Chama a atenção que a edição do livro é datada de 2005.**

> "O requisito temporal, se o condenado for reincidente em crime doloso, será de metade. Assim, se o mesmo for primário em um crime e reincidente em outro, o requisito para obtenção do livramento condicional será de metade do total das penas aplicadas, não sendo feita a soma de 1/3 da pena de um crime, somando com a metade de 1/2 da outra pena, **tendo em vista que a lei fala em condenado reincidente."** (4ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2005, p. 266)

Do livramento condicional à progressão de regime, o entendimento foi seguido, utilizando-se das mesmas normas dos arts. 83 e 84 do CP, inobstante dever ser aplicável temática e topologicamente, pelo princípio da legalidade estrita, da reserva legal e da especialidade, as normas da Lei de Execução Penal, em seu artigo 112.

Sobre *decisum*, cite-se, por exemplo, HABEAS CORPUS Nº 498.546 – MS:

> "Há, nos autos, comprovação de duas condenações pelos crimes de tráfico de drogas, sendo a primeira com trânsito em julgado em 14/02/2014 e a segunda, transitada em julgado em 18/11/2014. (cálculo de pena – fls. 35-37). Dessa forma, ainda que reconhecida a primariedade do agravado quando do primeiro fato, a reincidência posteriormente reconhecida influi na totalidade das penas em execução, para fins de obtenção dos **"benefícios legais", como o livramento condicional, porquanto, nos termos do art. 84 do Código Penal, 'As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento'.** (MINISTRA LAURITA VAZ, 08 de maio de 2019).

Concluiu-se pela formação e afirmação da aplicação da **extensão da condição de reincidência para os "direitos da execução penal" por ser "condição de caráter pessoal".**

Repise-se: houve uma ampliação da interpretação (analogia in malam partem), em prejuízo das partes executadas, do livramento condicional para todos os benefícios executórios. Por todos, à guisa de conclusão, no ano de 2018, por exemplo, o Eminente Ministro Rogério ROGERIO SCHIETTI CRUZ assentiu:

> "O apenado que registra mais de uma condenação transitada em julgado terá que cumprir frações mais elevadas **para alcançar a progressão de regime e o livramento condicional,** pois exige-se daquele que viola reiteradamente o ordenamento jurídico maiores responsabilidades antes de fazer jus às benesses que hoje integram o sistema progressivo de pena. Reafirmo que não cabe ao Juiz da Execução rever a pena e o regime aplicados no título judicial a cumprir. Contudo, é de sua competência realizar o somatório das condenações (unificação das penas), **analisar a natureza dos crimes (hediondo ou a ele equiparados) e a circunstância pessoal do reeducando (primariedade ou reincidência) para fins de fruição de benefícios da LEP."** (AgRg no AREsp 1.237.581/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018, sem grifos no original.)

Aqui também é necessário resgatar a previsão do art. 83, inciso V parte final do CP – **de onde advém a proibição da concessão de livramento condicional ao preso "reincidente específico em crime hediondo ou equiparado" como parâmetro irrefutável de violação da legalidade**.

A jurisprudência entendeu que se estava diante de uma nova situação – que não poderia haver retroatividade da vedação da concessão do livramento condicional, seja na visão do STJ, seja para o STF, em detrimento do reincidente não específico, diante do tempo do crime.

> "PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CRIME HEDIONDO (TRÁFICO). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ART. 83. V, DO CP. LEI No 8.072/90. 1 - **A reincidência específica**, de que trata o art. 83, V, do CP, com redação dada pela Lei nº 8.072/90, somente se perfectibiliza quando ambos os delitos tenham sido cometidos já na vigência do mencionado diploma legal, não sendo suficiente que somente o último crime tenha ocorrido sob a égide da Lei dos Crimes Hediondos. 2 - Ordem concedida. (STJ - HC 14.532 - SC - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DI: 24/09/2001).
>
> PENAL. CRIMES HEDIONDOS. **REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA IMPEDITIVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.** INCISO V INSERIDO NO ART. 83 DO CÓDIGO PENAL PELO ART. 5º DA LEI Nº 8.072/90. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA ART. 5º XL, DA CF. Não incidência do dispositivo quando o primeiro crime foi cometido antes do advento da Lei 8.072/90, em face do princípio constitucional em referência. Recurso conhecido e provido (STF - RE 3 04.385- 4 - Rel. Min. lmar Galvão - DI 22/02/2002)".

Se somente o preso reincidente específico em crime hediondo ou equiparado não tem direito ao livramento condicional, segundo o Código Penal (art. 83, inciso V, parte final do CP) **é porque o próprio legislador distingue essa modalidade de reincidência, enquadrando-a numa outra característica mais gravosa, que tem a ver com o tipo de delito e não só com a condição pessoal do agente.** Afinal, o reincidente em crime comum tem direito ao livramento condicional, o reincidente genérico (comum mais hediondo) igualmente, com a separação e individualização de frações de acordo com o crime praticado.

Portanto, a mesma diferenciação legal trazida no início dos anos 90 ao Livramento Condicional, que está legislada e inalterada até hoje, deve necessariamente acontecer com a progressão de regime a partir do pacote anticrime.

Não se pode estender (e retroagir) a fração de 3/5 para crimes pretéritos, antes de formalizar e aperfeiçoar a reincidência específica, que necessariamente só pode acontecer por evento futuro, após um novo julgado condenatório - por um novo crime hediondo/equiparado - posteriormente ao trânsito em julgado do primeiro delito também hediondo/equiparado.

Do contrário, o pacote anticrime é letra morta frente à previsão mais gravosa e revogada da Lei 8.072/90.

Sabe-se que a *quaestio* ainda persiste sem a mesma conclusão para os delitos de presos primários ou reincidentes genéricos e presos reincidentes específicos: o entendimento não evoluiu para reconhecer a existência novel de dois elementos para reincidência, para fins de progressão de regime, que nunca houve na legislação pátria: como vem decidindo o STJ, há singularidade ao conceito de que a reincidência é uma condição pessoal extensível na fase executiva penal, aplicando-se 3/5 a todas as penas, mesmo que para casos pretéritos fosse o réu primário ou reincidente genérico.

É nesse ponto que a presente petição está focada:

> O ***distinguishing*** é, pois, claro: (a) preserva-se a natureza 'pessoal' da reincidência; (b) reconhece-se que, após a Lei 13.964/2019, a aplicação do patamar de 60% depende da verificação de requisito objetivo autônomo (especificidade); (c) onde faltarem os pressupostos do inciso VII (objetivo e subjetivo), aplica-se 40% (Tema 1.084).
>
> **Legalidade estrita, taxatividade e vedação de analogia in *malam partem***
>
> A leitura que 'puxa' 60% para todo o bloco unificado quando apenas parte das condenações satisfaz a especificidade alarga indevidamente o inciso VII por analogia, contrariando a taxatividade inaugurada pela Lei 13.964/2019. Ao intérprete não é dado presumir especificidade onde a lei a exige expressamente.
>
> **Temporalidade da reincidência (CP, art. 63) e *lex mitior***
>
> A reincidência tem estrutura cronológica: o segundo fato há de ser posterior ao trânsito do primeiro. Projetar a fração de 60% sobre capítulo cujo fato se deu quando o agente era primário produz, na prática, reclassificação retrospectiva do passado, com resultado materialmente mais gravoso e incompatível com a lex mitior. O critério temporal reforça a impropriedade de se colar 60% indistintamente a títulos não específicos.
>
> **Individualização da pena, proporcionalidade e *ne bis in idem* material**
>
> A unificação de penas gera execução única, mas não apaga a pluralidade ontológica dos títulos e de suas naturezas. Aplicar 60% 'a granel' desconsidera diferenças relevantes entre capítulos (uns com, outros sem especificidade), revalorando múltiplas vezes o mesmo antecedente específico e esgarçando a individualização e a proporcionalidade.

Coerência sistêmica com o livramento condicional (CP, art. 83, V)

O Código Penal distingue a reincidência específica em hediondo/equiparado para fins de vedação do livramento condicional. Trata-se de desenho legislativo que reconhece a especificidade como categoria qualificada. É incoerente que a execução, na progressão, desconsidere essa separação, impondo 60% a condenações não específicas do bloco.

Em conclusão, pugna-se correção das frações para progressão de regime:

1. XXXXXXX - data do delito 22/03/2016 - art. 33 § 4º c/c art. 40 "caput", III do(a) SISNAD (tráfico privilegiado - crime comum - réu primário); - aplicação de fração de 1/6.

2. XXXXX – data do delito 02/03/2018 – art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (crime hediondo – réu reincidente genérico) – aplicação de 40% ou 2/5.

3. XXXXXX – data do delito 03/02/2022 – art. 33, *caput*, do(a) SISNAD (crime hediondo – reincidente específico) – aplicação de 60% ou 3/5.

P. Deferimento.

Local, data.

DEFENSOR/A PÚBLICO/A