

EXCELENTÍSSIMO JUIZ DE DIREITO DA QUARTA VARA DA XXXXXX

Processo nº: XXXXXX

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXX**, atuando na defesa dos interesses processuais de FULNA DE TAL, representada por sua genitora, ambas já qualificadas nos autos em epígrafe, vem à presença de Vossa Excelência, por intermédio da Defensoria Pública do XXXXXXXXXXXXXXXX, apresentar, com fundamento no art. 437 do CPC, **RÉPLICA**, em face do arguido na contestação de ID nº. xxxxxxxx.

Em síntese, a autora ajuizou a presente ação pleiteando a condenação do réu na obrigação de fazer consistente na matrícula em uma creche do ensino público do xxx. A Liminar pretendida foi indeferida.

Citada, a ré arguiu em sua defesa matéria puramente de direito. Tanto que a contestação sem negar o direito da autora afirma que devem ser observados parâmetros na sua obrigação estatal de garantir o acesso à educação. Sustenta, ainda, que para atingir tal desiderato devem ser observados o critério cronológico (**princípio constitucional da isonomia**), através da fila de inscrição em sistema próprio. Afirma, ainda, que a determinação de matricular a parte autora fere o direito de outras crianças que também realizaram o procedimento, não se podendo privilegiar um em detrimento do outro, o que, no entendimento da parte contestante ofenderia o **princípio constitucional da razoabilidade**. Por fim, afirma a existência de limitação material/econômica, como impeditivo do direito autoral.

Princípio da isonomia. Igualdade formal. Igualdade material. Igualdade procedimental. O princípio constitucional da igualdade, em uma perspectiva formal, visa abolir privilégios ou regalias de

classe, tendo em vista o tratamento isonômico entre todos. Já no aspecto material, a igualdade é voltada para o atendimento de condições de **justiça social**, mediante uma atuação positiva do Estado para atenuação das desigualdades. Por fim, a igualdade procedimental (**discriminação e diferenciação**), é, segundo a doutrina moderna é um ir além da igualdade formal e material, com a garantia da igual condição de participação do cidadão, em todas as práticas estatais. A preocupação do constitucionalismo contemporâneo tem sido de diferenciar **discriminação** (discriminação arbitrária e absurda), que se funda na própria ilicitude da conduta, posto que arbitrárias, e **diferenciação** (discriminação adequada e razoável), que tem por escopo a proteção das minorias, excluídas da condição de participação na tomada de decisões institucionais.

Feita essa pequena incursão na doutrina de Bernardo Gonçalves Fernandes (Curso de Direito Constitucional), percebe-se que o fundamento do Distrito Federal para afastar a pretensão autoral, no que tange ao princípio da isonomia, foi faticamente afirmado na existência de **critérios** para o atendimento desse direito fundamental da criança, qual seja, a educação (creche).

A fixação de critérios, em termos normativos, decorre do permissivo constitucional conferido ao Poder Executivo de regulamentar leis, de explicitar seu conteúdo, de estabelecer a forma que o ato normativo será aplicado na prática.

O vocábulo creche aparece na constituição federal em 02 artigos. Como direito social dos trabalhadores urbanos e rurais de terem assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas (artigo 7º, inciso XXV) e, ainda, como **dever** do Estado com a educação, o qual será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 05 anos de idade (Art. 208, inciso IV).

No caso em tela, tem-se que o fundamento da inicial é baseado no artigo 208, da Constituição Federal, já que a pretensão é voltada para um direito do menor e um dever do Estado. Sendo claro, ainda,

que a Constituição Federal não indica nenhuma restrição, em nenhum critério para a sua efetivação.

Em termos legais, tem-se que o ECA, em seu artigo 54, basicamente, repete o conceito constitucional de ser um dever do Estado assegurar a criança o atendimento em creche.

Portanto, é de ser observado que essa garantia fundamental da criança, não sofreu limitações ou permissões de limitações por atos normativos inferiores, sendo, a priori, ilegal qualquer ato normativo em sentido oposto.

Tanto é que o Distrito Federal ao alegar a existência de uma fila de inscrição e atendimento de creche o faz, sem indicar qualquer ato normativo do legislativo ou do executivo que regulamenta os artigos acima mencionados. Tratando-se, a priori, de ato administrativo ilícito, posto que não amparado em regra específica, em **clara ofensa ao princípio da legalidade**, aplicado a administração Pública que somente pode agir quando houver outorga legal, em sentido lato.

Ressalte-se, por fim, quanto a alegada ofensa ao princípio da isonomia, o que se tem é a alegação de um fato impeditivo do direito autoral, qual seja, a existência de outros menores em mesma situação fática, com base em critérios estabelecidos pelo próprio **Poder Executivo**, cabendo a este o ônus de demonstrar a sua legalidade (colacionar o ato normativo infralegal que deu origem a “lista de espera”) e os critérios utilizados para a classificação, tanto do autor quanto dos demais pretendentes às vagas disponíveis.

Direitos sociais. Normas programáticas. Direito social como direito não subjetivo. Direito social como direito subjetivo definitivo. Direito social como direito subjetivo prima facie. Os direitos sociais (educação, saúde, seguridade social, etc) afirmam a necessidade de ação do Estado, ou seja, um agir, um implementar políticas públicas em prol da concretização da igualdade material, reduzindo as desigualdades socioeconômicas e garantindo, destarte, ao chamado **núcleo mínimo existencial**. Tradicionalmente, os direitos sociais receberam o **status** de norma **programática**, que são de baixa efetividade, e indicando

muito mais um projeto político do que obrigações jurídicas. Além desse status (norma programática) a doutrina sustenta a existência de três outras vertentes dos direitos sociais. **Direitos sociais como direitos não subjetivos**, para essa corrente, os direitos sociais não são dotados de uma dimensão subjetiva e, portanto, não ensejam a exigibilidade por seus titulares de prestações positivas pelo poder público, sendo que se admite um exame de razoabilidade, pelo poder judiciário, das eventuais políticas públicas implementadas. **Direitos sociais como direitos subjetivos definitivos**, corrente esta que vai além da mera perspectiva programática, permitindo a exigência de forma incondicional da atuação positiva do Estado, com a finalidade de concretizar estes. **Direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie***, para esta corrente os direitos sociais devem ser analisados em virtude de sua natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de **ponderação (princípio da democracia, separação dos poderes, razoabilidade)** no caso concreto, que precede o reconhecimento desses direitos como definitivos. Implicando dizer que esses direitos subjetivos *prima facie* poderiam se tornar definitivos a luz do caso concreto.

Nos parece cristalino que a tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie* é defendida pelo ente público, se contrapondo a tese da Defensoria Pública de direitos sociais como direitos subjetivos definitivos, apresentado na petição inicial.

Reserva do possível. Conteúdo fático e jurídico. A tese desenvolvida pelo ente federativo, de não dispor de recursos materiais e econômicos para a implementação total de disponibilizar creche a todos os menores de 05 anos, é juridicamente, fundamentada na reserva do possível. O **conteúdo fático da reserva do possível** envolve a real e efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito social postulado em juízo. Já o **conteúdo jurídico da reserva do possível** está consubstanciado na exigência de autorização orçamentária (**princípio da legalidade da despesa**) para o Estado implementar aludidos direitos.

Assim, quando o ente público afirma não dispor de recursos econômicos e materiais para implementar a todos os menores de 05 anos, a educação em creche, indica que adota como tese defensiva a reserva do

possível. Logicamente, tal fato somente é possível quando o ente adota a tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*, demonstrando, assim, a petição defensiva uma coerência lógica.

Todavia, a ponderação feita pelo Distrito federal não pode e não deve ser acatada posto que desprovida de qualquer elemento de prova. Observe-se, nobre julgador, que, como afirmado anteriormente, o ente público necessitaria demonstrar faticamente (conteúdo fático da reserva do possível) a falta de recursos financeiros e, ainda, indicar, concretamente, a lei orçamentária relacionada ao direito social vindicado pelo autor.

Veja que o doutrinador **Daniel Sarmento**, em sua obra *Por um Constitucionalismo Inclusivo*, sustenta que *o conteúdo fático da reserva do possível deve ser trabalhado como uma espécie de teste de razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes, sendo que, não se poderia exigir do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições.*

Verifica-se, assim, que o requerido, **ao alegar fato impeditivo do direito autoral (reserva do possível)** tem que demonstrar a sua existência, colacionando aos autos não apenas a autorização legislativa para gastos nesse setor específico, como também, a falta de recursos públicos para atender ao direito subjetivo pretendido. Isso, adotando-se a tese defensiva. E, deste ônus não se desincumbiu, impedindo, assim, que o juízo exerça critérios de ponderação quanto ao direito vindicado.

E mais, há um descumprimento de ordem constitucional reiterado pelo Distrito Federal no que tange ao seu dever de implementar políticas públicas a fim de atender a todas as crianças de até 05 anos em creche. Isso é fato notório, diante da enorme quantidade de ações deste tipo realizadas pela Defensoria Pública. Acresça-se a isso, ainda, a determinação judicial, com trânsito em julgado, proferida no bojo da Ação Civil Pública nº. 614-24/1993, que condenou o Distrito Federal no cumprimento da obrigação de fazer consistente em garantir a partir do ano seguinte ao trânsito em julgado da sentença, **OU SEJA 2011**, o

atendimento gratuito de todas as crianças de zero a seis anos, domiciliadas no Distrito Federal, em creches e pré-escolas oficiais, nos seguintes termos:

DECISÃO: *Vistos, etc.*

Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão assim ementado (fls. 114):

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGRAS PROGRAMÁTICAS.

Os preceitos constitucionais que contém definição de tarefas a serem cumpridas pelo Estado ou determinações de seu fim, são normas programáticas. Estas geram situações subjetivas negativas para o legislador e a Administração, que não podem desenvolver suas atividades senão nos limites estabelecidos no programa, mas não conferem direito subjetivo no seu aspecto positivo.”

2. Pois bem, a parte recorrente alega violação ao inciso IV do art. 208 da Magna Carta de 1988.

3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos, opina pelo conhecimento e provimento do apelo extremo.

4. Tenho que a insurgência merece acolhida. É que o aresto impugnado destoa da jurisprudência desta nossa Corte, que me parece juridicamente correta. Jurisprudência no sentido de considerar como norma de eficácia plena o mencionado inciso IV do art. 208 do Magno Texto. Leia-se, a propósito, a ementa do RE 410.715-AgR, sob a relatoria do ministro Celso de Mello:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO

ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes

municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina."

5. Vejam-se, ainda, o AI 592.075-AgR, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; bem como os REs 463.210-AgR, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso; 401.673-AgR e 411.518-AgR, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 594.018, sob a relatoria do ministro Eros Grau; 592.937-AgR, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso; 554.075-AgR, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia; e 410.715-AgR e 436.996-AgR, sob a relatoria do ministro Celso de Mello.

Isso posto, e frente § 1º-A do art. 557 do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário.

A Defensoria Pública faz aqui um adendo, para demonstrar porque entende que no caso de educação - creche, se posiciona como um direito social como direito subjetivo definitivo. Isso ocorre porque a decisão acima mencionada já confere ao autor o status de ter um direito subjetivo a

creche, logo, qualquer alegação defensiva deveria ter por fundamento o caso concreto e não abstratamente como descrito na peça defensiva.

Esse descumprimento reiterado do comando constitucional pelo Distrito Federal pode e deve ser enquadrado juridicamente como **Estado de Coisas Inconstitucionais**, posto que, conforme afirmado alhures constata-se violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais (direito social como direito fundamental), em face da omissão do poder público, a exigir, do Poder Judiciário uma postura mais ativa na defesa da própria Constituição Federal, com vistas a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse quadro de violação massiva de direitos das populações (dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional).

Conduta esta do Poder Judiciário consistente em fazer cumprir, no caso concreto, o direito subjetivo já reconhecido na ação civil pública mencionada anteriormente, condenando o requerido na obrigação de fazer, constante na peça inicial.

Dos Honorários de Sucumbência. DISTINGUISH ou inaplicabilidade da Súmula 421. Cumpre-nos discorrer, ainda, acerca da obrigatoriedade da condenação do Distrito Federal, mesmo sendo a demanda patrocinada pela DPDF.

De início, há que se ter presente que a Defensoria Pública é órgão autônomo do Distrito Federal, conforme restou estabelecido pela EC 45/2004 e EC 74/2013, que incluíram os § 2º e §3º ao art. 134 da Constituição Federal para conferir autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas Estaduais, do Distrito Federal e da União, o que foi posteriormente reforçado pela EC 80/2014, de forma que não há dúvida de que estas instituições gozam de autonomia funcional, administrativa e orçamentária, repisa-se.

Assim, a partir da envergadura atribuída à Defensoria Pública por norma constitucional superveniente à edição da Súmula 421, não há mais como sustentar que os honorários advocatícios não são devidos

quando esta instituição atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertence.

Com efeito, após a autonomia funcional, administrativa e orçamentária conferida pelas Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, clara é a permissão de condenação do ente federativo em honorários advocatícios em demandas patrocinadas pelas Defensorias Públicas, de sorte que não há que falar no instituto da confusão entre o Órgão e o ente federativo nas qualidades de credor e devedor, hipótese elencada no art. 381 do Código Civil para regulação de relações jurídicas de ordem eminentemente privada.

Essa autonomia já foi reconhecida pelo STF inúmeras vezes, como no exemplo abaixo:

(...) I - A EC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º).

II - Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. (...)

STF. Plenário. ADI 4056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 07/03/2012.

Dessa forma, os bens da Defensoria Pública não se confundem com bens de propriedade da Administração Direta. Confirma esse entendimento o fato de o repasse dos recursos destinados à Defensoria Pública, imperativo constitucional, deve ser efetuado sob a forma de duodécimos, até o dia 20 de cada mês, conforme previsto no art. 168 da CF/88. Nesse sentido decidiu o STF:

(...) 1. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, bem como a prerrogativa de formulação de sua própria proposta orçamentária (art. 134, § 2º, da CRFB/88), por

força da Constituição da República, após a Emenda Constitucional nº 45/2004.

2. O repasse dos recursos correspondentes destinados à Defensoria Pública, ao Poder Judiciário, ao Poder Legislativo e ao Ministério Público sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CRFB/88) é imposição constitucional; atuando o Executivo apenas como órgão arrecadador dos recursos orçamentários, os quais, todavia, a ele não pertencem.

3. O repasse dos duodécimos das verbas orçamentárias destinadas ao Poder Legislativo, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando retidos pelo Governado do Estado constitui prática indevida em flagrante violação aos preceitos fundamentais esculpidos na CRFB/88. (...)

STF. Plenário. ADPF 339, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/05/2016.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal – STF – já decidiu que é possível a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública da União, não havendo, no caso, confusão em virtude da autonomia conferida à Instituição. Veja as palavras do Ministro Relator Gilmar Mendes:

Percebe-se, portanto, que, após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição de âmbito federal, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária, cuja constitucionalidade foi reconhecida no seguinte precedente:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 134, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, INCLUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 74/2013. EXTENSÃO, ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DA UNIÃO E DO DISTRITO FEDERAL, DA AUTONOMIA

FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA E DA INICIATIVA DE SUA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA, JÁ ASSEGURADAS ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DOS ESTADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. EMENDA CONSTITUCIONAL RESULTANTE DE PROPOSTA DE INICIATIVA PARLAMENTAR. ALEGADA OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, “c”, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. USURPAÇÃO DA RESERVA DE INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA NÃO DEMONSTRADOS. 1. No plano federal, o poder constituinte derivado submete-se aos limites formais e materiais fixados no art. 60 da Constituição da República, a ele não extensível a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista de modo expresso no art. 61, § 1º, apenas para o poder legislativo complementar e ordinário – poderes constituídos. 2. Impertinente a aplicação, às propostas de emenda à Constituição da República, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de emendas às constituições estaduais sem observância da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, fundada na sujeição do poder constituinte estadual, enquanto poder constituído de fato, aos limites do ordenamento constitucional federal. 3. O conteúdo da Emenda Constitucional nº 74/2013 não se mostra assimilável às matérias do art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição da República, considerado o seu objeto: a posição institucional da Defensoria Pública da União, e não o regime jurídico dos respectivos integrantes. 4. O art. 60, § 4º, da Carta Política não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem

constitucional. Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV). 5. Ao reconhecimento da legitimidade, à luz da separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III, da Lei Maior), de emenda constitucional assegurando autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União não se desconsidera a natureza das suas atribuições, que não guardam vinculação direta à essência da atividade executiva. Fumus boni juris não evidenciado. 6. Alegado risco de lesão aos cofres públicos sem relação direta com a vigência da norma impugnada, e sim com atos normativos supervenientes, supostamente nela calcados, é insuficiente para demonstrar a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requisito da concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Eventual exegese equivocada ou abusiva não conduz à inconstitucionalidade da emenda constitucional, somente inquinando de vício o ato do mau intérprete. Periculum in mora não demonstrado. Medida cautelar indeferida". (ADI 5296 MC, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 11.11.2016).

No mesmo sentido, a ementa do julgado AR 1937 AgR:

Agravo Regimental em Ação Rescisória. 2. Administrativo. Extensão a servidor civil do índice de 28,86%, concedido aos militares. 3. Juizado Especial Federal. Cabimento de ação rescisória. Preclusão. Competência e disciplina previstas constitucionalmente. Aplicação analógica da Lei 9.099/95. Inviabilidade. Rejeição. 4. Matéria com repercussão geral reconhecida e decidida após o julgamento da decisão rescindenda. Súmula 343 STF. Inaplicabilidade. Inovação em sede recursal. Descabimento. 5. Juros moratórios. Matéria não arguida, em sede de recurso extraordinário, no

processo de origem rescindido. Limites do Juízo rescisório. 6. Honorários em favor da Defensoria Pública da União. Mesmo ente público. Condenação. Possibilidade após EC 80/2014. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. 8. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC). 9. Agravo interno manifestamente improcedente em votação unânime. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 5% do valor atualizado da causa. (STF. Plenário. AR 1937 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2017, Acórdão Eletrônico DJe-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017.

Na mesma linha são os seguintes precedentes: ADPF 339, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/05/2016; ADI 3.965/MG, Tribunal Pleno, Relator a ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/3/12; ADI 4.056/MA, Tribunal Pleno, Relator o ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1/8/12; ADI 3.569/PE, Tribunal Pleno, Relator o ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/5/07; MS 3.3193 MC/DF. Decisão de 30/10/2014. STF. Plenário. AR 1937 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2017, Acórdão Eletrônico DJe-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017, nos quais restou afirmado o entendimento de que “após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição de âmbito federal, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária, cuja constitucionalidade foi reconhecida (...)”.

Forçoso reconhecer, então, a superação do entendimento de que os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertence.

A uma, porque após a autonomia funcional, administrativa e orçamentária conferida pelas Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, clara é a permissão de condenação do ente federativo em honorários advocatícios em demandas patrocinadas pelas Defensorias Públicas, de sorte que não há que falar no instituto da confusão entre o

Órgão e o ente federativo nas qualidades de credor e devedor, hipótese elencada no art. 381 do Código Civil para regulação de relações jurídicas de ordem eminentemente privada.

A duas, porque referido entendimento fora sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2010, sem que tenha havido atualização após alterações da legislação pátria, notadamente a Lei Complementar 132/09 e Emendas Constitucionais 74/2013 e 80/2014.

A três, porque as verbas sucumbenciais (art. 4º, XXI, da Lei Complementar 80/94, com redação conferida pela Lei Complementar 132/09) têm a finalidade exclusiva de dar reforço orçamentário/financeiro à Defensoria Pública, e são devidas por quaisquer entes públicos. Senão vejamos:

Art. 4º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XXI - executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;.

Conclui-se afirmando que a aplicação do entendimento contido na Súmula 421 ofende os preceitos estabelecidos com as Emendas Constitucionais 74/2013 e 80/2014.

Ante o exposto, requer:

1. Que seja afastada a alegada ofensa ao princípio da isonomia e da reserva do possível, já que ausente de provas concretas quanto aos fatos impeditivos alegados, em especial, norma infralegal que fixa os critérios de inserção em lista de espera; ausência da demonstração de existência da própria lista de espera de vagas em creche; ausência de demonstração de falta de recursos orçamentários e de previsão em lei orçamentária;

2. Que seja afastada a ofensa ao princípio da ponderação, mormente porque o item 01 é desprovido de provas, impedindo que sejam utilizados como parâmetro entre os princípios da isonomia, reserva do possível e a garantia fundamental ao direito a educação/creche, aos menores de 05 anos;
3. Que seja superada a súmula 421 do STJ, posto que houve alteração fática (autonomia financeira da Defensoria Pública), a qual dispõe de recursos orçamentários próprios, distintos do ente federal.
4. Que seja dada vista, após saneado o feito, com a indicação de eventuais pontos controvertidos, distintos destes apresentados pela Defensoria Pública, para fins de especificação de provas. E, em caso de manutenção destes pontos controvertidos, que seja julgado antecipadamente a demanda, posto que desnecessária a produção de provas pelo autor, quanto a estes pontos.

Pede deferimento.

Fulano de tal

Defensor Público do xx