



Pedido de Providências - PP

N.º: 0.00.000.001475/2011-84

Requerente: Maria de Lurdes Rodrigues Santa Gema e outros

RELATÓRIO

Conselheiro Nacional **ALMINO AFONSO FERNANDES:**

Trata-se de processo originário de ofício encaminhado a este Conselho Nacional pelos Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais **Maria de Lurdes Rodrigues Santa Gema, Matilde Fazendeiro Patente e Celso Penna Fernandes Júnior**, autuado como Pedido de Providências, por meio do qual noticiam o conteúdo da **Orientação Funcional n.º 36, emanada da Corregedoria-Geral da Defensoria Pública de Minas Gerais (fl.10-A)**, via da qual se recomenda, em síntese, aos Defensores Públicos daquele Estado, que atuem na qualidade de *curadores especiais de crianças e adolescentes*, inclusive nos casos de acolhimento institucional ou familiar, com base no disposto nos artigos 142, parágrafo único e 148, par. único, "f", do ECA, bem como no art. 9º, I, do Código de Processo Civil.

Segundo entendem os requerentes, referida orientação pode distorcer o papel legal e constitucionalmente reservado à Defensoria Pública, a saber, o de prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/88, gerando prejuízos processuais à população que efetivamente necessitaria dos trabalhos da Instituição e invadindo campo de atribuição do



Ministério Público.

Após regular autuação e encaminhamento do feito à Comissão de Preservação da Autonomia do Ministério Público deste Conselho Nacional, fui indicado para relatar a matéria, conforme item 6 (seis) da ata de reunião acostada às fls.13/16.

Vieram aos autos, posteriormente, além de novo ofício encaminhado a este Conselho Nacional pela Promotora de Justiça Matilde Fazendeiro Patente (fl.18), cópia de ofícios enviado pelas duas ora requerentes ao então Corregedor-Geral do Ministério Público Márcio Heli de Andrade (fls.19/32), cópia de recomendação da Corregedoria-Geral do MP/MG (fls.33/36), cópia de recomendação conjunta da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais e da Corregedoria-Geral do MP/MG (fls.41/43), dentre outros, todos abordando a matéria objeto do presente Pedido de Providências.

É o relato do necessário.

Decido.

Prefacialmente, observo que, muito embora o tema apresentado no presente Pedido de Providências tenha conteúdo específico (possível invasão de atribuições próprias do Ministério Público pela Defensoria Pública, que pretende atuar como *custos legis* e curadora especial de crianças e adolescentes nos feitos de competência das Varas de Infância e Juventude), a questão de fundo é de abrangência muito maior

Merece, portanto, em razão da enorme relevância e repercussão que tem provocado na sociedade brasileira e, sobretudo, no âmbito de atuação do



Ministério Público, abordagem em diferentes tópicos, a seguir delineados.

I - Introito

A edição da Lei nº 7.347, em 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dando ainda outras providências, representou inegável avanço na ordem jurídica brasileira ao disciplinar a ação civil pública, trazendo, em seu artigo 5º, amplo rol de legitimados.

Em que pese o fato de o Ministério Público ser o principal legitimado para o ajuizamento das ações civis públicas, tendo em vista as relevantes atribuições constitucionais previstas no artigo 129 da Constituição da República, o legislador federal agiu acertadamente ao prever outros legitimados ativos para tal desiderato, reconhecendo a possibilidade de ingressarem em juízo em defesa de direitos de índole transindividual¹.

Com o advento da Lei nº 11.448, de 2007² - lei federal que alterou a redação do art. 5º da lei n.º 7.347/85 -, a Defensoria Pública passou a ser legitimada para o ajuizamento de ação civil pública, na medida em que, ao atuar no exercício de sua atribuição de **defesa daqueles que se encontrem em situação de hipossuficiência econômica**, também tutela interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

¹ Os direitos transindividuais se originaram de conflitos sociais instaurados no último século, obrigando o reconhecimento e a proteção de direitos como a educação, segurança, meio ambiente, saúde, dentre outros de natureza fluída, cuja titularidade compete a todo cidadão. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual civil coletivo. 2. ed. São Paulo: Srs., 2008, p. 4

² "Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- [...]



Outra não poderia ser a interpretação do referido dispositivo, eis que, caso não fosse observada a limitação constitucional de atuação em prol dos hipossuficientes econômicos, teríamos duas instituições Estatais, o Ministério Público e a Defensoria Pública, legitimadas para o ajuizamento de ações civis públicas, no desempenho de idênticas atribuições na tutela de interesses transindividuais, o que certamente não foi o objetivo do legislador constituinte, até porque seria contraproducente, encetando possibilidades frequentes de sobreposição de atividades e conflitos positivos de atribuição, sobretudo em matéria extrajudicial. A celeridade na proteção do direito a ser tutelado restaria prejudicada.

Em virtude de tais fatos, no ano de 2007, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.943, questionando a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública. (artigo 5º da lei 7.347/1985, com redação dada pela lei 11.448/2007)

A CONAMP alega que a possibilidade da Defensoria Pública propor, sem restrição, ação civil pública afeta diretamente as atribuições do Ministério Público. Segundo a associação, a lei contraria os artigos 5º, LXXIV, e art. 134, da Constituição Federal, que versam sobre as funções da Defensoria Pública de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos suficientes.

Entretanto, é forçoso reconhecer que a necessidade de demonstração da hipossuficiência econômica dos beneficiados para condicionar a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas não tem sido observado por parte de nossa doutrina e jurisprudência, que têm entendido que a instituição em comento tem legitimidade ampla para a propositura das ações para tutela de interesses individuais, independente de comprovação da sua condição econômica.



Ademais, um aspecto que não vem sendo adequadamente observado é a distinção entre substituição processual e representação processual.

A Constituição é dotada de um atributo que a distingue das demais espécies normativas, qual seja, sua supremacia em relação a todo o sistema. Deste modo, partindo da premissa de que os princípios constitucionais devem ser observados obrigatoriamente pelas leis de conformação, impõe-se o reconhecimento de que a Defensoria Pública tem por objetivo e fins institucionais a representação judicial, e não a substituição processual dos necessitados, como vem sendo verificado hodiernamente no país. Explico.

Como nos ensina Chiovenda:

Nem sempre aquele que é dotado de capacidade processual pode comparecer em juízo e realizar um ato ou alguns atos processuais; freqüentemente, ao contrário, a parte ou o representante da parte tem de ser representado por um procurador judicial. [...] O Defensor é nomeado pelas partes mediante uma declaração que recebe o nome de *poder* (procuração). [...] Divisa-se assim que na doutrina clássica da processualística civil, a representação judicial se dá em nome alheio, na defesa de direito ou interesse alheio.

Na doutrina mais moderna Nelson Nery preleciona que:

A representação processual é a relação jurídica pela qual o representante age em nome do representado. Seus atos aproveitam apenas o representado, beneficiando-o ou prejudicando-o. O representante não é parte no processo.

Sob outra perspectiva, revela-se a substituição processual que, segundo a doutrina clássica, pode ser conceituada quando pessoa diversa da parte tutela em nome próprio direito alheio. Nas palavras de Carnelutti:

Existe substituição no processo quando a ação de uma pessoa diferente da parte se



deve, não à iniciativa desta, e sim ao estímulo de um interesse conexo com o interesse imediatamente comprometido na lei.

Por corolário, importa evidenciar que a diferença entre os institutos ora sob comento reside na coincidência ou não das pessoas titulares do direito material e da pessoa titular da relação processual: havendo a referida coincidência, haverá *representação processual*, em não havendo, haverá *substituição*.

Daí advém a pergunta: pode a Defensoria atuar como substituto processual, e assim ser titular do polo ativo da ação civil pública para tutelar direitos coletivos?

O já citado art. 5º não traz restrições. Contudo, a melhor resposta é não já que, pela Constituição de 1988, confia-se ao Ministério Público a defesa dos interesses meta e transindividuais. Para a Defensoria, a Carta Magna não listou tal missão, até porque não haveria a necessidade de duas estruturas estatais para realizar o mesmo *munus*, de modo que é lícito deduzir que exerce representação.

Só a Constituição da República, no cumprimento dos seus objetivos de criação do Estado brasileiro, poderia conferir, em tese, à Defensoria Pública atribuição cujo caráter processual redundasse em substituição processual (em nome próprio tutelar direito alheio sem necessidade de provocação), na defesa de interesses ou direitos meta ou transindividuais. Contudo, não o fez.

Outro ponto que está a merecer destaque é o fato de que o titular do bem jurídico a ser tutelado tem o direito de escolher quem o representará judicialmente. Não lhe pode ser imposto ser representado por quem não voluntariamente constituiu. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é unânime em apontar que o advogado é de livre escolha do postulante³. Sendo

³ HC 113.433/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/07/2011.



assim, é corolário lógico deduzir que a Defensoria Pública apenas atuaria, ao contrário do que tem sido constatado, se instada expressamente pelo titular do direito a ser protegido, e, desde que economicamente hipossuficiente, como dispõe a Constituição da República⁴.

A despeito de tais ilações, a Defensoria Pública vem atuando como substituto processual, ferindo a Carta de 1988. Exemplo disto são as ações civis públicas ajuizadas para a defesa de interesses coletivos *lato sensu*.

Tratado internacional firmado durante o 8º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado em Havana (Cuba), realizado entre 27 de agosto a 07 de setembro de 1990, fixou princípios básicos sobre o papel dos Advogados. No item relacionado ao acesso à assistência jurídica e serviços jurídicos, o dispositivo encontra-se vazado nos seguintes termos:

1. Todos têm direito a solicitar a assistência de um advogado de sua escolha para proteger e estabelecer os seus direitos e defendê-los no processo penal.

Este dispositivo pode ser usado por analogia no presente caso. A defensoria, ao atuar como substituto processual, avilta o direito do interessado de escolher seu advogado.

Deve ser ainda ressaltado que, até mesmo quando defende judicialmente direito individual, reivindica direito alheio em nome próprio.

Em caso colacionado, no Estado do Espírito Santo, a Defensoria vindicou em nome próprio, direito individual em ACP em favor de paciente acometido de *glioblastoma multiforme*.

Como resultado desse cenário jurídico, desde o ano de 2007, tem-se

⁴ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.



deparado com atuações inapropriadas da Defensoria Pública na tutela de interesses individuais indisponíveis e coletivos, em conflito com as atribuições constitucionais do Ministério Público, o que tem trazido prejuízos efetivos às partes, como poderá ser demonstrado neste estudo, nas mais diversas áreas de atuação.

Destarte, considerando que a Lei n.º 11.448/2007, de constitucionalidade duvidosa, ainda esteja em vigor, constata-se em um exame perfunctório, que a atuação do Ministério Público, constitucionalmente sedimentada, vem sofrendo embaraços constantes, com colidência de intervenções, o que, via de regra, acaba por repercutir em prejuízo ao interesse público que se visa proteger.

Neste diapasão, passa-se à exemplificação de casos em que tal prejuízo ficou evidenciado.

II - Direito Ambiental

Nesta seara, a atuação ampla da Defensoria revela-se, *data venia*, sem nenhum sentido, já que os direitos a um meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável são interesses notadamente difusos. Mais uma vez há um claro excesso de atuação que, possivelmente, pode estar deixando sem amparo a defesa dos direitos individuais dos necessitados, real e nobre missão constitucional da Defensoria.

Vejamos alguns exemplos:

Em novembro de 2011, a Defensoria Pública da União (DPU), a despeito da investigação em curso do Ministério Público Federal, abriu procedimento administrativo para que a *Chevron* indenizasse o Estado do Rio de Janeiro por dano ao meio ambiente, causado por vazamento na Bacia de



Campos. Note-se que o próprio Estado, por meio de sua Procuradoria, poderia ter ajuizado a ação. Mas a Defensoria, em nome próprio, buscou defender direito alheio, de pessoa jurídica de direito público, apartada de qualquer hipossuficiência econômica.

De acordo com a assessoria de comunicação da Defensoria, o valor da indenização vai ser fixado com base na avaliação de especialistas sobre o tamanho do dano ambiental. Ainda segundo a assessoria, o Defensor-Público Federal André Ordacgy vai tentar fixar um termo de ajustamento de conduta (TAC) com a empresa.

O estarrecedor é que o Ministério Público Federal, atuando dentro de suas missões constitucionais, diferentemente da Defensoria, investigou o mesmo fato, acabando por, em março de 2012, oferecer denúncia.

Em notícia publicada em site da revista *Veja*, o Ministério Público Federal (MPF) comunicou que denunciou as empresas Chevron e Transocean por crime ambiental e dano ao patrimônio público, devido ao vazamento de petróleo no Campo de Frade, na Bacia de Campos, em novembro do ano passado. Também foram denunciadas 17 pessoas.

Segundo a Revista Consultor Jurídico, de 24 de novembro de 2007 (doc. anexo), no Estado de São Paulo, a Defensoria Pública propôs Ação Civil Pública contra a expansão da monocultura de eucaliptos geneticamente modificados pela Votorantim e Suzano, no município de São Luiz do Paraitinga, no Vale do Paraíba.

O pedido liminar é para a suspensão do plantio de eucaliptos até que sejam feitos estudos de impacto ambiental com audiências públicas junto às comunidades rurais afetadas. Por fim, a ação pede a condenação das empresas a indenizarem os prejuízos causados, o corte das árvores cultivadas em área de preservação ambiental permanente e a recomposição da floresta nativa,



agindo como se substituto processual fosse.

Nesses casos citados, a Defensoria Pública perdeu completamente o foco de sua atuação, prejudicando, ademais, a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

III - Patrimônio Público

Como já citado, também a defesa do patrimônio público é matéria, por excelência, ligada a interesses difusos. Como se não bastasse, a Defensoria está advogando em causa própria.

A Defensoria Pública da Paraíba ajuizou ACP (doc. anexo) contra o Estado com os seguintes pedido:

a) que o réu envie projetos de lei à Assembleia Legislativa para instruir o quadro de pessoal permanente de apoio administrativo da Defensoria Pública, com respectiva previsão orçamentária; e para regularizar os subsídios dos Defensores Públicos;

b) suspensão de atos administrativos (nomeações pelo governador, quando deveria ser do Defensor Público-Geral)

c) reconhecimento de improbidade administrativa.

Outro fato curioso foi a suspensão do 25º Concurso para Procurador da República, em razão de uma ação civil pública proposta no Ceará, pela Defensoria Pública da União. A liminar foi cassada pelo Tribunal Regional Federal da 5a. Região.

Independentemente do mérito do pedido, que se refere ao conteúdo



de questões da prova de direito internacional, o que se detecta é que a Defensoria Pública, que tanto reclama da falta de estrutura, de Defensores, de servidores, dispense seu tempo e seus recursos financeiros e humanos na elaboração de ações complexas, relacionadas a outras carreiras integrantes do sistema de Justiça.

A Defensoria existe para defender os necessitados e não para defender aquilo que seus integrantes consideram importante, relevante ou de impacto midiático.

Em ACP similar, em que a instituição mais uma vez entendeu por bem tutelar os **interesses de candidatos ao concurso de Policial Rodoviário Federal**, os argumentos da decisão que cassou a liminar são eloqüentes e enfrentam a questão posta:

Em adição, penso ser razoável se entender que a DPU não seria parte legítima para ajuizar a ação civil pública em defesa do interesse de todos os candidatos do concurso, independentemente de se tratar de pessoas social ou economicamente hipossuficientes. Nesse sentido, traz-se à colação o seguinte precedente deste Tribunal: "CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS INTERESSES DE CANDIDATOS DE CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE DA PRESENÇA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. AGRAVO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. 1. Trata-se de Agravo em Medida Cautelar, incidental à ação civil pública nº. 2007.80,00.007139-0, promovida visando obrigar a UNIÃO a realizar todas as fases da primeira etapa do Concurso Público para o provimento de cargos de Policial Rodoviário Federal em todas as capitais do País, e não somente nas capitais das regiões Norte e Centro-oeste, conforme prevê o edital do certame. 2. Conquanto a Lei nº. 11.448/07 tenha alterado o art. 5º da Lei nº. 7.374/85 de modo a reconhecer a legitimidade à Defensoria Pública para promover ação civil pública, não assegurou à mesma, a propositura de ação civil pública sobre qualquer matéria, sobretudo quando extrapole a sua função institucional, que é defender os direitos e interesses das pessoas hipossuficientes, conforme previsto no art. 134, da Constituição Federal de 1988. 3. Assim, como as decisões do STF proferida em



sede do controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante e eficácia erga omnes, por força da decisão proferida na ADI-MC 558/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/08/1991, DJ 26/03/1993, p. 5001, Ement., Vol. 01697-02, p. 00235, a Defensoria Pública somente terá legitimidade para promover ação civil pública quando evidenciada a hipossuficiência dos titulares do direito ou interesse coletivo ou individual. 4. Em síntese, não cabe à Defensoria Pública promover a defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos de candidatos em concurso público que não são necessitados, como o fez, no caso em tela, mas tão somente a defesa dos necessitados, por ser esta sua função institucional (art. 134 c/c o art. 5º. LXXIV, ambos da Constituição Federal de 1988). Precedente do STJ: EDRESP 200500386890 - (734176 RJ) - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 28.09.2006 - p. 203. 5. Agravo Interno conhecido, mas improvido." (TRF5. Primeira Turma. AGTMC nº 2420. Rel. Des. Federal FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (convocado). Julg. 05/06/2008. Publ. DJ 14/07/2008). No mesmo sentido, confira-se precedente do colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE EM VIRTUDE DA DESVINCULAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DOS NECESSITADOS. Ainda que a Lei nº 11.448/07 tenha elencado a Defensoria como legitimada a propor a Ação Civil Pública, sem fazer menção aos economicamente hipossuficientes, tal circunstância não afasta a delimitação, à que está submetida à Defensoria, de defender os interesses dos necessitados. Não cabe à Instituição defender interesses coletivos e individuais homogêneos de candidatos em concurso público, na medida em que não são pessoas hipossuficientes economicamente, fato que arreda a atuação da Defensoria Pública. (TRF4. Quarta Turma. AC 200870000148820. Rel. Des. Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA. Julg. 19/08/2009. Publ. DE 08/09/2009)

Os exemplos de atuação da Defensoria, por meio do ajuizamento da ACPs em favor de direitos difusos, é infinita, também na área do patrimônio público, segundo se vê das seguintes notícias:

1 - Defensoria contesta processo de licença de táxis no Município de Campinas/MG;

2 - No Município de Almas, no Tocantins, a Defensoria ajuíza ACP com



vistas a obter afastamento de Prefeito;

3 - Em Ipatinga/MG, Defensoria apura contratações supostamente ilegais de estagiários pela Prefeitura;

4 - Defensoria Pública questiona junto ao STF constitucionalidade de Decreto que veta chamada do cadastro de reserva da Saúde;

5 - Defensoria Pública de Goiás propôs ACP pedindo a liberação imediata da via Marginal Botafogo, em Goiânia;

6 - Defensoria Pública da União instaura procedimento para apurar falta de segurança no aeroporto Santos Dumont, na cidade do Rio de Janeiro;

7 - A Defensoria Pública de São Paulo em Taubaté ajuizou, em 8 de novembro de 2011, ACP para que o Palacete Manoel Bento seja restaurado pela empresa *Telefônica*, proprietária do imóvel;

8 - Defensoria Pública investiga mortes em hospitais psiquiátricos da região de Sorocaba/SP;

9 - Defensoria da União investiga ambulâncias paradas no Rio de Janeiro;

10 - Defensoria Pública da União investiga problemas em serviço dos Correios;

11 - A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul ingressou com uma ação por atos de improbidade administrativa contra um servidor público municipal e outro cidadão de Venâncio Aires, município do Vale do Rio Pardo, por supostamente venderem sepulturas no cemitério Vila Rica, pertencente ao executivo municipal;

12 - Limite de idade é dispensado em Curso de Formação de



Sargentos do Exército Goiânia, agora em agosto de 2012, em razão da Justiça Federal ter deferido pedido liminar em ACP ajuizada pela Defensoria, que assegura a inscrição de candidatos, independente do limite de idade, no concurso público para admissão no Curso de Formação de Sargentos do Exército.

Os fatos narrados beiram a calamidade. Em nenhum dos casos, restou evidenciado que a Defensoria tutelava os interesses dos necessitados. E mais. Vem instaurando procedimentos investigatórios próprios do Ministério Público. Resta saber amparada em quais dispositivos constitucionais e legais. Isto nos leva a uma contradição, uma vez que a conceituação, e até mesmo a nomenclatura da instituição, não contém nenhuma carga de ser também acusação, muito pelo contrário.

Contudo, muito embora as incursões citadas sejam absurdas, há outras que chamam ainda mais nossa atenção.

Na Bahia, o MPF havia instaurado um inquérito civil público com vistas a investigar a armação de camarotes por ocasião do Carnaval, tendo a Defensoria se valido de cópia das peças da investigação feita pelo *Parquet*, que ainda não havia sido concluída, obtendo a liminar no plantão do feriado de Carnaval para que o equipamento fosse demolido.

Mais uma vez há que se questionar: algum hipossuficiente seria amparado com essa ação civil pública?

Mais grave ainda foi o que ocorreu no Espírito Santo. A procedência integral da ACP, para que o réu ESTADO DO ESPÍRITO SANTO fosse condenado à definitiva e perpetuamente retirar todos os "flanelinhas" (guardadores de automóveis das ruas e praças públicas, em todo o seu território estadual), em clara afronta ao princípio constitucional da liberdade de ir vir. Neste caso, a Instituição agiu diretamente contra o público hipossuficiente que



constitucionalmente está compelida a defender.

O curioso é que, não obstante esteja abertamente usurpando do Ministério Público o seu mister, quer coibir a atuação de outras estruturas destinadas a prover assistência jurídica aos necessitados. Segundo a revista eletrônica *Consultor Jurídico*, de 25 de janeiro de 2012, o Município mato-grossense de Nova Olímpia foi proibido, por decisão liminar, de prestar assistência jurídica a moradores. A decisão da 3ª Vara da Comarca de Barra do Bugres é fruto de uma ACP ajuizada pela Defensoria Pública do Mato Grosso, que acusou a prefeitura de Nova Olímpia de ter uma "defensoria pública municipal".

Os Defensores Públicos Leandro Fabris Neto e Rafael Pereira Cardoso alegaram, na ação, que a assistência jurídica prestada pelos municípios é vedada pela Constituição Federal, "ainda mais quando a Comarca é provida dos serviços prestados pela Defensoria Pública do Estado". O Município, porém, afirma que não se trata de uma defensoria pública paralela, mas, sim, de um advogado preenchendo cargo de livre nomeação dentro da Secretaria de Assistência Social. "A Lei da Assistência Social (Lei 8.742) permite que se crie o cargo do advogado da assistência social. O trabalho dele é assistir às pessoas que precisam de orientação."

Sustenta o Município, ademais, que por conta da demanda de moradores, talvez não atendidas pela Defensoria, o advogado passou a atuar em ações de pensão alimentícia e reconhecimento de paternidade. "Não tem comarca na cidade, estamos agregados a Barra do Bugres, a 40 km de distância, e, como a cidade é essencialmente agrícola, 90% da população está abaixo da classe C e não tem dinheiro para ir à outra cidade."

Mais uma vez, atuou a Defensoria em detrimento dos interesses dos necessitados, ferindo de morte a Constituição da República.



IV) Consumidor

Também nesta área, existem inúmeros exemplos da atuação equivocada da Defensoria Pública que denotam confusão com as áreas de atuação constitucional do Ministério Público. E não deixa de ser curiosa a atuação da Defensoria neste campo, quando ajuíza ação civil pública em defesa dos proprietários de veículos automotores ou em favor de consumidores com contrato de prestação de serviços em hospital particular. Ambos os casos estão relatados em anexo.

Nos exemplos carreados, podemos ver a assinatura, sem atribuição para tanto, de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e Ajuizamento de Ações Cíveis Públicas (ACP) tutelando, claramente, interesses difusos e coletivos de públicos notadamente não hipossuficientes.

O TAC foi assinado no Rio Grande do Sul, com as torcidas organizadas do Grêmio, clube de desporto daquele Estado. No caso em tela, embora louvável a iniciativa, o interesse tutelado é evidentemente difuso, e nem de longe denota a existência de hipossuficiência. Nesta categoria de torcedores, pode haver uma grande parte de "necessitados", mas evidentemente que não se pode presumir, ainda que relativamente, que toda a classe o seja.

As ACPs ajuizadas também seguem esta linha: tutelar direito difuso de categoria não classificada como composta por necessitados individualmente considerados, como disciplina a Carta de 1988: devolução de quantia arrecada por cálculo errôneo do DPVAT (taxa a ser recolhida por todos os proprietários de veículos automotores, baratos ou caros, nacionais ou importados), retirada de programa televisivo do ar, melhoria dos serviços de hospital privado, correção monetária em razão das perdas encetadas pelo Plano Verão I e II em aplicações bancárias. Todos os casos estão evidenciados em anexo.



V - Educação

Nesta seara, a Defensoria Pública vem atuando do mesmo modo como está procedendo em matéria de Direito do Consumidor: ajuizando ações coletivas para tutelar direitos de categoria que não se caracteriza como de hipossuficientes.

Aliás, este ponto merece maior atenção. Se formos atentar plenamente ao dispositivo constitucional previsto no art. 136, a Defensoria estaria absolutamente impedida de atuar na defesa de direitos difusos.

Consoante a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre processo coletivo, direitos difusos *são interesses ou direitos "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato* (art.81, parágrafo único, I).

Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzili⁵, conceituado estudioso da matéria:

Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas. (melhor do que pessoas indeterminadas, são pessoas *indetermináveis*), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. [...] O objeto dos direitos difusos é indivisível. Assim, por exemplo, a pretensão ao meio ambiente hígido, posto que compartilhado por número indeterminado de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade.

Ora, se os interesses tutelados em uma ACP são difusos, os titulares sequer conseguem ser identificáveis. Sendo assim, como presumir que todo este grupo, que nem determinável é, possa ser representado pela Defensoria Pública que, constitucionalmente, está vocacionada para tutelar direitos de

⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, São Paulo, 9ª ed. Editora Saraiva, 2006.
Sede: Setor de Administração Federal Sul - SAFS, Quadra 2, Lote 3, CEP 70070-600
Telefone nº (61) 3366-9100 e Fax nº (61) 3366-9151.



peças necessitadas? Como presumir que toda uma coletividade indeterminável possa ser hipossuficiente? Evidentemente trata-se de uma aberração, até porque tem se falado insistentemente que, embora a divisão de renda no país seja aviltante, existe uma classe média em ascensão e classes A e B numerosas, com alto poder econômico.

Ainda assim, na área de educação, a Defensoria, segundo dados colacionados, ajuíza ACPs com vistas a mudar o currículo de escolas públicas, bem como para recolher livros didáticos que circulam no mercado, em uma clara incursão na pretensa "defesa" de interesses difusos, ignorando solenemente sua vocação constitucional.

Outra informação digna de nota, e também colacionada, foi a iniciativa da Defensoria Pública da União ajuizar ação para anular o ENEM do ano passado, mais uma vez tutelando direitos difusos, em detrimento de sua atuação em defesa de direitos de pessoas hipossuficientes assim identificadas.

VI) Infância e Juventude

Na área da infância e juventude, a principal tese da Defensoria Pública versa sobre a atuação do curador especial de crianças e adolescentes.

Conforme disposto no artigo 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados. Dispõe o art. 4º, Inciso XVI, da Lei Complementar Federal nº 80/94, com a redação dada pela LC 132/09, que a função de curadoria especial é privativa da Defensoria Pública, apenas nas hipóteses previstas em lei.

O instituto do curador especial encontra-se previsto no artigo 9º do Código de Processo Civil que, em seu inciso I, estabelece duas hipóteses para



essa atuação: (i) em favor de incapaz que não possua representante legal ou (ii) se os interesses do incapaz colidirem com o de seu representante legal, podendo ser citados como exemplos desta segunda hipótese a atuação do curador especial nas ações de alimentos, registro tardio, suprimento de capacidade, emancipação, dentre outros.

Além do Código de Processo Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu mesma regra referente ao curador especial, conforme disposto em seu artigo 142:

Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

A curadoria especial exercida pela Defensoria Pública reveste-se, portanto, da natureza de legitimação extraordinária processual apenas em tais hipóteses, devendo o Defensor Público atuar, após a necessária nomeação judicial, para suprir a representação do incapaz, **em processo específico e observados os limites estabelecidos pela lei.**

Em virtude disso, conclui-se que a Defensoria Pública não possui legitimidade para atuar como curador especial de crianças e adolescentes fora das hipóteses acima expostas.

Se por um lado é inegável que com o advento do ECA crianças e adolescentes passaram à condição de sujeitos de direitos, é também forçoso reconhecer que nos processos das Varas de Infância e Juventude em que se



discutem os seus interesses, eles somente poderão ser representados por curador especial quando tal instituto processual tiver cabimento.

Por conseguinte, não é possível que a Defensoria Pública ingresse em nome próprio, para a defesa de interesse de criança ou adolescente, especialmente diante do fato de que seus direitos individuais indisponíveis já estão sendo defendidos pelo Ministério Público, como substituto processual, na forma prevista no ECA.

O artigo 201, III do ECA é claro ao conferir ao Ministério Público atribuição para “promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão ou destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da justiça da Infância e da Juventude”.

Trata-se de hipótese de “legitimação extraordinária”, também denominada de “substituição processual”, conferida, **em caráter exclusivo por opção do legislador**, ao Ministério Público que, na condição de autor, deflagrará, em nome próprio, as ações necessárias à defesa dos direitos do substituído.

Tal entendimento é reforçado no inciso VIII do mesmo artigo 201 do ECA, ao prever que compete ao Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”.

É oportuno destacar que o artigo 6º do Código de Processo Civil estabelece que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei”, outra razão pela qual resta afastada a atuação da Defensoria Pública nos casos ora em análise.

Merece destaque a lição de Maciel (2010) ao analisar a atuação da



Defensoria Pública como curador especial:

Figurando o Ministério Público como autor da ação, não haverá necessidade de ser intimado outro membro do *Parquet* para funcionar na qualidade de fiscal da lei, em razão do papel constitucional daquele órgão de zelar pelos interesses individuais indisponíveis (art. 127) e diante dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade da instituição (par. 1º do art. 127).

Agindo a Promotoria de Justiça contra os pais, ou contra um deles somente, assim o faz exclusivamente no interesse do incapaz (art. 155 c/c 201, II, do ECA). Em outras palavras, o agente ministerial atua buscando preservar o pleno exercício do poder familiar, de forma a manter este dever adequadamente ou destituir aquele que não o exerça com zelo e amor.

Desta maneira, a nosso sentir, é desnecessária a nomeação de curador especial ao filho, em se cuidando de destituição do poder familiar promovida pelo *Parquet*.

É importante salientar que a Defensoria Pública não possui respaldo legal para postular a sua nomeação na função de Curador Especial da criança ou do adolescente cujos pais figurem como réus em ação de destituição do poder familiar, vez que a Constituição Federal ao atribuir à Defensoria a função de orientação jurídica e defesa dos necessitados (art. 134 da CF/88), não pretendeu atribuir-lhe legitimidade extraordinária para defesa destes interesses, com o Ministério Público, de acordo com o antes explanado. Destarte, a Defensoria atua quando o incapaz não tiver representante legal ou os interesses do incapaz colidirem com os do seu representante, desde que devidamente provocada (e não de ofício), ou ainda, quando o réu estiver preso, revel ou tiver sido citado por edital ou por hora certa (artigo 9º do CPC).⁶

Logo, os requerimentos ou petições nas quais a própria Defensoria Pública postula seu ingresso para atuar como curador especial de crianças e adolescentes em processos nos quais o Ministério Público é autor e nos quais já atua Defensor Público em defesa dos interesses dos genitores, é ato equivocado sob o enfoque jurídico, pois ao assim agir a Defensoria Pública busca o exercício de função que incumbe ao Ministério Público, burocratizando

⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo. (Coord). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 599-600.



e retardando o trâmite dos processos nos quais se discutem direitos fundamentais de crianças e adolescentes, notadamente aqueles referentes à convivência familiar e comunitária.

No ponto, compete consignar que o próprio c. Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo em matéria de interpretação do direito federal no país, já teve a oportunidade de consolidar seu posicionamento a respeito do tema ora discutido nos presentes autos, especificamente com relação à desnecessidade da intervenção geral da Defensoria Pública em prol de incapazes nos processos em que estes não sejam partes, ainda que haja alegação de ameaça ou violação de algum direito da criança ou do adolescente. Vale a pena conferir o teor da ementa ora trazida à colação:

"RECURSO ESPECIAL Nº 1.177.636 - RJ (2010/0017190-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO SIDNEI BENETI

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : FABRÍCIO EL JAICK RAPOZO - DEFENSOR PÚBLICO

INTERES. : B D DE S C F

INTERES. : V A DA S F

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA. ATUAÇÃO COMO CURADOR ESPECIAL. HIPÓTESES EM QUE INCAPAZ NÃO É PARTE. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA NÃO CONFIGURADA. SOBREPOSIÇÃO DAS FUNÇÕES DO PARQUET E DO CURADOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1.- Não há obrigatoriedade de intervenção geral da Defensoria Pública em prol de incapazes nos processos em estes que não sejam partes, ainda que haja alegação de ameaça ou violação de algum direito da criança ou do adolescente.

2.- Já atuando o Ministério Público no processo como "custos legis" não ocorre necessidade da intervenção obrigatória do Defensor Público para a mesma função.

3.- O art. 9º, I, do CPC, dirige-se especificamente à capacidade processual das partes e dos procuradores. Dessa forma, a nomeação de Curador Especial ao incapaz só ocorre, de forma obrigatória, quando este figurar como parte, não na generalidade de casos que lidem com crianças ou adolescentes, sem ser na posição processual de partes, ainda que se aleguem fatos graves relativamente a eles.

4.- Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, divergindo da Sra. Ministra Relatora, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Villas Bôas Cueva, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao Re-



curso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Sidnei Beneti. Votaram com o Sr. Ministro Sidnei Beneti os Srs. Ministros Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sidnei Beneti.
Brasília, 18 de outubro de 2011 (Data do Julgamento)
Ministro SIDNEI BENETI
Relator p/ Acórdão"

Por ocasião do voto vista, que se sagrou vencedor, o eminente **Ministro Sidnei Beneti** deixou expressamente consignados como fundamentos determinantes da decisão as seguintes razões de decidir, as quais, por sua indiscutível relevância para a melhor compreensão da questão debatida no presente Pedido de Providências, passam a ser transcritas na sequência, posto que, *mutatis mutandis*, aplicáveis à espécie:

"O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- Trata-se de definir se, em processo ajuizado pelo Conselho Tutelar contra genitores de menores sob a alegação de abuso sexual, deve atuar, além do Ministério Público, na qualidade de "custos legis", também a Defensoria Pública, obrigatoriamente, com fundamento no art. 9º, I, do Cód. de Proc. Civil, e art. 148, § ún., letra "f", do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.- Peço licença para divergir do entendimento da E. Relatora, pese, embora, o imenso respeito que ora reitero, e reafirmada a maior consideração pela importantíssima instituição da Defensoria Pública.

3.- Nenhum dos artigos de lei invocados estabelece a obrigatoriedade de intervenção geral da Defensoria nos processos em que incapazes, não sejam partes, ainda que haja alegações de fatos graves contra seus genitores, reservada, evidentemente, a possibilidade da tomada de medidas processuais pela Defensoria.

4.- Estão envolvidos na questão os artigos de lei que dispõem da forma seguinte:

CPC, Art. 9º, I:

"Art. 9º. O juiz dará curador especial:

"I – ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele".

ECA, Art. 148, § ún, letra "f", do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069, de 13.7.1990), por sua vez, dispõe que

"Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

(...)



"Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

(...)

"f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesse de criança ou adolescente"

ECA, art. 98, referido no artigo anterior:

"Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados:

"I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

"II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

"III – em razão de sua conduta".

A intervenção obrigatória da Defensoria não resulta de nenhum dos citados dispositivos legais (art. 9º., I, do Cód. de Proc. Civil, e art. 148, par. ún., letra "f", do Estatuto da Criança e do Adolescente).

- a) Art. 9º., I, do Cód. de Proc. Civil.- Esse dispositivo insere-se no Capítulo I do Título II do Cód. de Proc. Civil, isto é, dirige-se especificamente à capacidade processual das partes e dos procuradores, de modo que forçosa a conclusão de que só se dará, obrigatoriamente, Curador Especial, ao incapaz que detiver a condição de parte, não a todo e qualquer menor que se encontre envolvido no processo sem ser parte, ainda que se aleguem fatos graves a colocá-lo em risco.

A Curadoria Especial exerce-se apenas em prol da parte, visando a suprir-lhe a incapacidade na manifestação de vontade em Juízo. Não é exercida para a proteção de quem se coloque na posição de destinatário da decisão judicial.

Para essa proteção do destinatário da decisão judicial atua, em primeiro lugar, a própria função jurisdicional, por intermédio do Juiz e, em segundo, no caso, o Ministério Público, como representante da sociedade, à qual interessa que crianças e incapazes sejam o mais possível preservados contra as ações lesivas das partes, alertando o Juízo e requerendo e promovendo diligências que os resguardem, não se podendo presumir que sobre essas figuras institucionais pare, superior, a relevante função da Defensoria, como se sem ela o órgão julgador e o representante do Ministério Público fossem incapazes de zelar por crianças e adolescentes.

- b) Art. 148, § ún., letra "f", do Estatuto da Criança e do Adolescente.- Esse dispositivo legal, combinado com o art. 4º, XVI, da Lei Complementar 80, de 12.1.1994, que prescreve normas para a organização das Defensorias Públicas nos Estados e em boa hora garante à Defensoria Pública a legitimidade para atuar como "curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de



outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesse de criança ou adolescente”, não leva à necessidade de intervenção obrigatória da Defensoria nos processos em que crianças ou adolescentes não sejam partes, mas pessoas destinatárias da proteção legal.

Essa proteção, lembre-se, dá-se, em primeiro lugar, por intermédio da atuação dos genitores ou representantes legais, dos Conselhos Tutelares, que possuem legitimidade para promover medidas administrativas ou judiciais em prol de crianças e adolescentes e, ainda, por intermédio da vigilância de “custos legis” do Ministério Público na aplicação da Lei.

Suficiente a rede protetiva dos interesses da criança e do adolescente em Juízo, não há razão para que se acrescente a obrigatória atuação da Defensoria Pública, atuação que, por mais elevados que notoriamente sejam os propósitos da Instituição, viria apenas a complexizar o desenvolvimento do processo, com o acréscimo de mais uma intervenção, e, ainda, de titular de vários privilégios processuais – como já se frisou, quanto a intimações pessoais, por forma ainda não estabilizada em cada unidade, prazos privilegiados e desoneração em diligências, tudo a somar-se a esses mesmos privilégios processuais assegurados ao Ministério Público.

5.- Não se nega, evidentemente, a possibilidade de a Defensoria Pública (à notícia, por qualquer forma, inclusive comunicação do Juízo, do Ministério Público, do Conselho Tutelar ou, ainda, de conhecimento direto de ocorrência de situação que envolva a criança ou adolescente), vir a usar dos instrumentos processuais disponíveis para atuação, podendo promover ações e, mesmo, intervir como assistente de algumas das partes em casos específicos em que se legitime concretamente a atuação.

O que a Lei não autoriza é a proclamação de regra de intervenção obrigatória, sob a invocação do disposto nos arts. 9º, I, do Cód. de Proc. Civil, e 148, § ún, letra “f”, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como foi julgado no caso.

6.- A matéria, pelo potencial catastrófico ao andamento de várias espécies de processos em que se envolvam crianças e adolescentes, é extremamente relevante, pois, se proclamada a tese de obrigatoriedade de intervenção da Defensoria toda vez em que haja alegação de ameaça ou violação de algum direito de criança ou adolescente, haverá necessidade de aludida intervenção, pena de nulidade, em qualquer espécie de processo.

Daí se segue que se imporá a obrigatória atuação da Defensoria não só em caso em que ambos os genitores são acusados de abuso, mas também em processos como os atinentes a guarda, responsabilidade, adoção, visitas, alienação parental, separação, divórcio, inventários e partilhas, ações indenizatórias, enfim, todas as ações em que se entreveja alguma consequência de moléstia, direta ou indireta que seja, a alguma criança ou adolescente.



As consêquências para o andamento desses processos certamente virão contra os interesses das próprias crianças ou adolescentes, pois, como já antes se disse, gozando a Defensoria de privilégios processuais específicos da função, como o direito à intimação pessoal, prazo privilegiado, gratuidade de custeio de providências requeridas e outros, certamente daí resultarão ônus suplementares à atividade dos demais participantes do processo – as partes, o Ministério Público, o Juízo, testemunhas e auxiliares da Justiça.

Relembre-se, mais uma vez, que já atuando o Ministério Público, com prerrogativas idênticas, certamente se somarão tempos enormes, os necessários à atuação da Defensoria, à caminhada processual, decorrentes da aparentemente singela inserção, neles, da atuação obrigatória da Defensoria Pública.

Ademais, proclamada a obrigatoriedade de integração, certamente emergirão alegações de nulidades de casos passados, alegações essas hibernadas por longo tempo, que serão vitalizadas diante do esgotamento de outros argumentos, daí se antevendo a imposição de duração de processos apenas limitada ao atingimento da maioria de crianças e adolescentes envolvidos.

7.- Pelo exposto, rogando, mais uma vez, a *maxima venia* à E. Ministra Relatora, bem como reafirmando o maior respeito pela relevante atuação institucional da Defensoria Pública, pelo meu voto dá-se provimento ao Recurso Especial, anulando-se a decisão que determinou a intervenção da Defensoria Pública, com a observação de que, entendendo necessário, o Juízo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará a extração de peças e envio à Defensoria Pública, para, na modalidade de atuação processual que entender apropriada, tomar as providências, cíveis ou criminais, que veja adequadas à proteção dos menores.

Ministro SIDNEI BENETI"

No contexto atual, em que são princípios essenciais a intervenção mínima, também consagrada no artigo 100, VII, do ECA e a celeridade processual, torna-se impertinente a atuação simultânea e concorrente de dois agentes estatais exercendo a mesma atribuição em um único processo, cabendo frisar que a atuação do Defensor Público na condição de curador especial é hipótese excepcional e que somente tem razão de ser quando há conflito real de interesses verificado no processo.

No presente estudo, juntamos quadro com menção à atuação equivocada da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, criadora da tese do curador especial, posteriormente divulgada aos núcleos da infância e juventude da instituição em todo país.



A leitura das ementas nos evidencia que, em que pese a atuação prévia do Ministério Público na adoção das medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis à defesa dos interesses de crianças e adolescentes -- notadamente através do ajuizamento de representações cíveis pela prática de infração administrativa e ação de destituição do poder familiar em face dos pais -- a Defensoria Pública tem realizado intervenção como curador especial de crianças e adolescentes.

Essa atuação tem se mostrado desnecessária, provocando retardamento no trâmite processual e dificultando o efetivo exercício do direito fundamental à convivência familiar e comunitária por crianças e adolescentes, cuja possibilidade de reintegração familiar encontra-se exaurida.

Em diversos casos, constata-se a prática de gravíssimas violações aos direitos de crianças e adolescentes por seus pais, através da prática de violência sexual, tortura, lesões corporais, dentre outras hipóteses.

A par de tais situações fáticas, a Defensoria Pública tem ingressado nos feitos sempre postulando a reintegração familiar de crianças e adolescentes, como direito absoluto e praticamente inquestionável, o que representa efetivo prejuízo aos direitos fundamentais da população infanto-juvenil.

Vale também tecer algumas considerações a respeito da atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, através do seu núcleo especializado da infância e juventude e órgãos de execução.

Como se pode constatar a partir do exame do material ora em análise, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo tem desenvolvido projetos de cunho institucional e ingressado com ações civis públicas visando à implementação de políticas públicas, no exercício de atribuições típicas do



Ministério Público da área da infância e juventude.

Pode ser ser citado, como exemplo, o ajuizamento de ação civil pública pelo Defensor Público de Taubaté requerendo a implementação de equipamentos do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) naquele Município (documento anexo). Considere-se, ainda, a expedição de Recomendação ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) visando à realização de Conferência Municipal de Direitos. Outra atuação que fere as atribuições do Ministério Público na área da infância e juventude concerne na realização de projeto institucional de capacitação de Conselhos Tutelares, na medida em que a fiscalização de tais órgãos municipais incumbe ao *Parquet*, em conformidade com o estabelecido pelo ECA.

Outro exemplo da dificuldade de a Defensoria introjetar realmente quais são seus propósitos, foi a assinatura de um acordo entre esta instituição e a Secretaria Especial de Direitos Humanos do Estado de São Paulo. Pelo documento, além das denúncias individuais, também serão encaminhados casos coletivos, que serão acompanhados pelo Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria, de acordo com o coordenador da divisão.

Ainda nesta seara, merece destaque a Lei Estadual mineira n.º 18.685, que tornou obrigatória a comunicação, pelos Cartórios de Registro Civil, de nascimentos sem identificação de paternidade à Defensoria Pública. Restam claras, também neste caso, além das inconstitucionalidades decorrentes da regulamentação por lei estadual de matérias que, a toda evidência, exigem normatização em âmbito federal, a duplicidade e a sobreposição de atuações do Ministério Público e da Defensoria Pública, que, em várias ocasiões, têm ajuizado ações de investigação simultaneamente. Tal circunstância não só gera desnecessário tumulto processual e, por consequência, certo grau de insegurança jurídica, como também pode gerar



prejuízo ao réu, sobretudo em eventual segunda instância.

VII) Penal

Nesta área, a comprovação de que a Defensoria Pública reivindica para si as atribuições do Ministério Público fica patente. Consegue-se aferir casos em que a Defensoria Pública requisita a instauração de inquérito policial, bem como ajuíza ação penal subsidiária da pública, sem que haja previsão legal para tanto, e fora do âmbito de sua atuação. Um verdadeiro superadvogado de defesa, segundo o próprio STF.

Com relação ao poder requisitório, recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 230) em que o Estado do Rio de Janeiro questionava itens da Constituição Estadual sobre prerrogativas dos Defensores Públicos daquele Estado, em especial no tocante ao poder de requisição.

Em relação ao artigo 178, inciso IV, alínea a, da aludida Carta, que estabelecia como prerrogativa do Defensor Público o poder de requisitar administrativamente de autoridade pública e dos seus agentes ou de entidade particular certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos, providências necessárias ao exercício de suas atribuições, a ministra Cármen Lúcia encaminhou a votação no sentido de julgar procedente apenas a expressão ou de entidade particular e dar interpretação conforme ao que ficaria em relação à autoridade pública.

Seguiu-se um debate sobre a interpretação conforme, com a preocupação de não se criar um advogado com superpoderes, o que quebraria a igualdade com outros advogados, que precisam ter certos pedidos deferidos pelo Judiciário. O ministro Carlos Ayres Britto lembrou que, pela Constituição Federal, o Ministério Público pode requisitar informações e documentos. E após



as ponderações, a ministra Cármen Lúcia reajustou seu voto para declarar integralmente inconstitucional o dispositivo.

Ocorre que este dispositivo também está previsto com redação similar na Lei Complementar da Defensoria (LC 80/94), a qual foi publicada em janeiro de 1994, nos artigos 128, inciso X; artigo 8º, incisos XVI e XIX; artigo 43, inciso X; artigo 56, inciso XVI; e artigo 89, inciso X, o que não foi abordado expressamente pelo STF.

Diante disso, surge importante debate sobre a possibilidade, ou não, do Defensor Público poder requisitar.

A redação dos artigos é praticamente idêntica, e apenas varia na Lei Orgânica por se referir à Defensoria da União, ou dos Estados, bem como do Distrito Federal.

Artigo 127:

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

Na linguagem jurídica, requisitar é exigir com autoridade. Dessa forma, a requisição é a exigência legal, a ordem emanada da autoridade competente para que se cumpra, se preste ou se faça o que está sendo ordenado.

No caso do Ministério Público, o poder de requisição está expresso na Constituição Federal, pois é Instituição de responsabilização e não apenas de assistência, assessoria. Nesse sentido, descumprir a requisição do Ministério Público caracteriza crime previsto no artigo 10 da Lei 7347/85, e eventualmente crime de desobediência (330 do CP), ou crime praticado por



prefeito (DL 201/67), além de improbidade.

O fato é que tudo isto repercute em confusão, sobretudo para a população, de qual seja realmente o papel da Defensoria. Além de atuar na defesa dos necessitados, ela responsabiliza? Evidentemente que não, sua vocação não é esta. Este anseio por requisitar ou ainda ajuizar ação penal apenas destaca o esforço da Defensoria Pública em exercer funções próprias do Ministério Público em suas atividades.

Contudo, a despeito da decisão do STF, angariamos notícia de que Defensores Públicos estão investigando estudantes universitários por eventual cometimento de homofobia, no *campus* da Universidade de São Paulo (USP).

A animosidade se encontra em tal grau, que colacionou-se a notícia de que um Defensor Público, durante sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, deu voz de prisão em flagrante a Promotor de Justiça.

Imagine-se, ainda, que nesta seara a Defensoria quer exercer a atividade concernente ao controle externo da atividade policial. É o que demonstra caso ocorrido em Guarulhos (anexo), cujo relato pela imprensa, transcrevemos parcialmente:

O Denarc (Departamento de Investigação sobre Narcóticos do Estado de São Paulo) está obrigado a apresentar à Delegacia da Polícia Federal do Aeroporto Internacional de Guarulhos (SP), toda e qualquer substância entorpecente e pessoas nacionais ou estrangeiras que forem presas em flagrante no interior, exterior ou imediações do Aeroporto. A liminar é da juíza federal Maria Isabel do Prado, da 2ª Vara Federal de Guarulhos.

Segundo a Defensoria Pública da União, responsável pela ação, os policiais estaduais do Denarc voltaram a apreender drogas e lavrar prisões em flagrante oriundas do aeroporto, mesmo depois de terem concordado em deixar o procedimento após audiência feita em julho de 2008.



“Somente a Polícia Federal tem poderes legítimos, no âmbito de sua competência, para restringir os direitos individuais dos cidadãos e priva-los de sua liberdade. Afigura-se injustificável, portanto, o transporte de pessoas presas no âmbito do Aeroporto Internacional de Guarulhos e sua conseqüente condução até a sede do Denarc, localizada no Butantã, cerca de 40 Km de distância do local do crime, quando a autoridade mais próxima e competente é a Delegacia de Polícia Federal, localizada no Aeroporto”.

Em seu argumento, a Defensoria Pública da União diz que apesar da estrutura policial existente no aeroporto, tanto da Polícia Federal como da própria Polícia Civil e Militar, a atuação do grupo de inspetores do Denarc é feita de forma independente das outras polícias (sobretudo da Polícia Federal), o que pode gerar repetidas e desnecessárias abordagens policiais ao mesmo indivíduo, além de prejudicar as investigações e o efetivo combate ao tráfico internacional de drogas.

VIII - Saúde

A exemplo de outros campos, a Defensoria se arvora no papel de investigadora na tutela coletiva do direito à saúde de necessitados e não necessitados, desviando-se claramente de sua essência constitucional, que é a defesa das pessoas desassistidas. Exemplos colacionados do despautério:

1 - Defensoria abre processo administrativo por considerar medidas contra gripe suína inadequadas;

2 - Defensoria está ajuizando ações coletivas na área de saúde sem comprovar a carência dos clientes e se tornando a curadora da saúde e até mesmo instaurando procedimentos de investigação, como fez no Rio de Janeiro;

3 - Defensoria demanda por reativação de hospital de servidores no



Rio.

Como se admitir, uma vez mais, que todos os beneficiários das referidas ações sejam necessitados?

IX – Eleitoral

Também na seara da fiscalização da regularidade das eleições a Defensoria Pública começa a se imiscuir em campo de atuação reservado ao MP brasileiro, legítimo defensor do regime democrático e responsável pela fiscalização da lisura do pleito eleitoral.

Com efeito, conforme se pode observar da leitura atenta da notícia abaixo transcrita, a Defensoria Pública, **a pretexto de garantir o exercício do direito de voto aos presos provisórios do Município de Serrinha/BA**, já começa a dar mostras inequívocas de que também pretende exercer a tarefa constitucionalmente atribuída ao Ministério Público de zelar pela higidez e regularidade das eleições (típico interesse coletivo em sentido amplo). Uma vez mais, resta a indagação: quais os interesses de pessoas comprovadamente necessitadas estão sendo tutelados através de referida ação da Defensoria Pública? Confira-se, a propósito, o teor da notícia abaixo:

“Defensoria Pública acompanhará votação em presídio de Serrinha

É um direito previsto na constituição.

Em meio ao processo eleitoral que acontece neste domingo (07), a Defensoria Pública acompanhará a votação dos presos provisórios no município de Serrinha. **Um defensor público está designado para atuar no Conjunto Penal da cidade para acompanhar o processo de votação e garantir o direito de voto e a lisura do pleito.**

Para a defensora pública da especializada de Execuções Penais, Bethânia Ferreira, o trabalho realizado pela Defensoria Pública do Estado e pelo TRE nas unidades penais desde 2010 é fundamental.



“A maior disposição dos internos em participar das eleições é motivada por um intenso trabalho de alistamento, nomeação de mesários e **conscientização eleitoral feita pela Defensoria** e pelo TRE. Não podemos permitir que a pessoa deixe de exercer a cidadania. Devemos disponibilizar toda a estrutura que estiver ao nosso alcance”, destacou.

Em todo o Estado, 2.291 presos provisórios (que não foram condenados em caráter definitivo) e adolescentes entre 16 a 21 anos que cumprem medidas socioeducativas de internação, estão aptos a comparecer às urnas, segundo dados do Tribunal Regional Eleitoral (TRE-BA). Ao todo, serão 17 seções eleitorais para atender este segmento, na capital e seis cidades do interior – Feira de Santana, Serrinha, Vitória da Conquista, Itabuna, Teixeira de Freitas e Paulo Afonso.

Direito previsto na Constituição

O direito de voto aos presos provisórios – aqueles que ainda aguardam julgamento ou decisão de recurso – é uma garantia prevista na Constituição Federal. De acordo com o inciso III do artigo 15, presente na Carta Magna, a suspensão dos direitos políticos – que inclui o voto – só é prevista em casos de condenação criminal com trânsito em julgado, ou seja, quando o réu não pode mais recorrer da sentença condenatória.

Desde 1988, quando foi promulgada, a Constituição assegura aos presos provisórios o direito ao voto. No entanto, apenas nas eleições de 2010 a exigência foi devidamente regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por meio da resolução 23.219/2010 e passou a ser aplicada na Bahia.

A norma eleitoral exige a instalação de seções eleitorais em todas as unidades penais com mais de 20 votantes e unidades de internação de adolescentes. Desde 2010, esta é segunda vez que os presos provisórios da Bahia têm direito ao voto.”

Ora, parece evidente, que a atribuição de zelar pela lisura e regularidade do pleito eleitoral, exercendo a fiscalização das eleições e garantindo o livre exercício do direito de voto, inclusive por presos provisórios, é conferida por lei ao Poder Judiciário e ao Ministério Público Eleitoral.

De fato, o Ministério Público Eleitoral atua em todas as fase do processo eleitoral. Nas eleições municipais, agem os promotores eleitorais. Os procuradores regionais são responsáveis pelas ações contra candidatos a governador, deputado e a senador, pois o julgamento cabe ao Tribunal Regional Eleitoral. Também atuam nos recursos contra as decisões dos juízes de primeiro grau. Quando se trata de candidato à Presidência da República, a competência para julgar é do Tribunal Superior Eleitoral, e para propor ação, portanto, do procurador-geral Eleitoral.



Cabe ao Ministério Público Eleitoral zelar por um processo eleitoral escorreito, assegurando igualdade de condições entre os postulantes, coibindo todas as formas de desvio do curso eleitoral, tais como propaganda eleitoral irregular, captação ilegal do sufrágio, abuso do poder econômico nas eleições e uso indevido da máquina administrativa em prol de determinadas candidaturas. Buscando assegurar a legitimidade do processo eleitoral é que o Ministério Público Eleitoral intervém no alistamento de eleitores, no registro das candidaturas, na fiscalização das atividades dos partidos políticos, nas eleições, na diplomação e na prestação de contas por parte de candidatos e partidos políticos.

Qualquer ingerência da Defensoria Pública nessa seara não relacionada à defesa judicial de pessoas necessitadas (verdadeira missão da Defensoria segundo a CF) constitui flagrante usurpação de campo material de atuação reservado ao Ministério Público brasileiro, que não pode ser tolerada por este e. CNMP.

X - PEC QUE RETIRA DO MP A TITULARIDADE EXCLUSIVA DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E A COMPARTILHA COM A DEFENSORIA PÚBLICA

Como se não bastassem todos os exemplos até aqui mencionados, assombra o Ministério Público brasileiro a recente **proposta de emenda à Constituição de n. 194/2012**, de autoria do Deputado Federal Bernardo Santana de Vasconcellos, acrescentando um parágrafo ao artigo 129 da Constituição, ao que parece com apoio das lideranças da Defensoria Pública, para retirar do Ministério Público a exclusividade para a propositura da ação penal pública e a compartilhar com a Defensoria Pública, que passaria a estar autorizada ao ajuizamento da denominada *ação penal privada subsidiária da pública*, **a favor de qualquer vítima de crime**, necessitada ou não, uma vez



constatada omissão do MP no ajuizamento da ação dentro do prazo legal. É o que se infere da leitura do texto abaixo, extraído do sítio eletrônico conjur.com.br, *verbis*:

"Proposta de Emenda à Constituição que tramita no Congresso pretende tirar do Ministério Público a exclusividade para propor Ação Penal Pública.

A PEC 194/2012, de autoria do deputado Bernardo Santana de Vasconcellos (PR-MG) acrescenta um parágrafo ao artigo 129 da Constituição, determina que, em caso de omissão injustificada do Ministério Público, após decorridos 30 dias do recebimento do inquérito policial concluído, a Ação Penal Pública poderá ser promovida pela vítima ou seus familiares; por meio de advogado ou defensor público; pelo advogado público; pela Ordem dos Advogados do Brasil e por entidades de direitos humanos.

Vasconcellos justifica sua proposta questionando o o fato de a ação penal ficar nas mãos de uma única instituição. "A ação penal constitui-se numa das formas de recompor um dano suportado. Esse direito de natureza postulatória não pode ficar indistintamente nas mãos de uma única instituição, eis que se trata de questão reparatória, cuja realização da justiça dela depende", explica.

A PEC estabelece ainda que, se a ação penal for proposta pela vítima, por seus familiares ou pelo advogado público, caberá ao Ministério Público acompanhar a ação como parte subsidiária, podendo oferecer denúncia substitutiva ou intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do denunciante, retomar a ação como parte principal, dela não podendo desistir.

A PEC 194/12 aguarda análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) quanto à admissibilidade. Se aprovada, será criada uma comissão especial para analisar o mérito da PEC, que ainda deverá ser votada em dois turnos pelo Plenário. Com informações da Agência Câmara"

Como se observa, não há qualquer necessidade de reforma da Constituição Federal, via EC, para assegurar o direito de a própria vítima ajuizar, por intermédio de advogado ou da Defensoria Pública, conforme o caso, a denominada ação penal privada subsidiária da pública, na hipótese de retardamento indevido da persecução penal pelo Ministério Público.

Isto porque, como cediço, o próprio Código de Processo Penal já assegura à vítima o direito de ajuizamento de referida ação penal subsidiária, consoante se infere do disposto no art. 29 - CPP, adiante transcrito:

"Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do pro-



cesso, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.”

Assim, a referida PEC somente se justifica numa perspectiva política de ampliar e desfocar, em foro constitucional, o espectro de atuação da Defensoria Pública para outros casos que não digam respeito à defesa de pessoas necessitadas (art. 134 – CF), de sorte a possibilitar o incremento da instituição em detrimento da atuação do Ministério Público **ou mesmo da advocacia privada**, já que nem sempre a vítima do crime poderá ser considerada “necessitada” na acepção jurídica do termo, sendo descabido o ajuizamento de ação penal privada subsidiária pela Defensoria Pública em tais condições.

XI - Conclusão

Cumprе ressaltar que, enquanto a Defensoria Pública tem se ocupado de exercer atribuição em matéria de tutela coletiva de forma ampla e irrestrita, em desconformidade com a sua atribuição constitucional de prestar assistência jurídica gratuita aos que dela necessitam, já podem ser constatados inúmeros prejuízos à população e, noutra banda, um absurdo desperdício e/ou desvio da adequada aplicação de recursos públicos das Defensorias Públicas com atividades diversas do rol de atribuições constitucionalmente estabelecido.

Como tem sido relatado por Promotores de Justiça em todo país, a lotação descabida de Defensores Públicos nos núcleos de tutela coletiva em vários Estados tem prejudicado sua função típica, qual seja o atendimento das demandas individuais nas comarcas, retardando o ajuizamento de ações para a garantia dos direitos individuais da população hipossuficiente assistida.



Nesse sentido, não têm sido raros os relatos da existência de filas extensas de atendimento individual da defensoria, tendo início no período da madrugada, com a distribuição de um número reduzido de senhas para atendimento, causando uma insatisfação geral às pessoas que precisam de assessoria jurídica.

Ademais, o número deficiente de defensores públicos na área individual tem gerado fenômeno que beira a ilegalidade, com a realização de atendimentos diretos pelos estagiários e servidores da defensoria pública, que muitas vezes dão orientações jurídicas equivocadas à população, trazendo a falsa ilusão de que foram atendidos pelo defensor público em atuação na Comarca.

Como consequência direta dessa situação, passa a ocorrer uma verdadeira inversão de papéis, que resultam na realização de inúmeros atendimentos para a defesa de interesses individuais pelo Ministério Público, em prejuízo da atuação do Promotor Natural em matéria de tutela coletiva e penal e, em contrapartida, verifica-se o exercício de atribuições constitucionais típicas do *Parquet* pela Defensoria Pública, órgão, por excelência, com vocação para a defesa de direitos individuais.

Certamente essa não foi a pretensão do legislador constituinte ao conferir atribuições distintas entre duas instituições Estatais essenciais à justiça, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Notícias frequentes divulgadas na imprensa, e informações aferidas no cotidiano forense, evidenciam que, em muitas oportunidades, a população realmente necessitada não consegue acessar os serviços da Defensoria Pública e, por conseguinte, o próprio Poder Judiciário.

Notícia angariada no site do Jornal do Acre 24 horas⁷, denuncia:

⁷ Texto acessado em 19 de agosto no site www.ac24horas.com/.../em-cruzeiro-do-sul-populacao.
Sede: Setor de Administração Federal Sul - SAFS, Quadra 2, Lote 3, CEP 70070-600
Telefone nº (61) 3366-9100 e Fax nº (61) 3366-9151.



Em Cruzeiro do Sul, população reclama da demora no atendimento pela Defensoria Pública.

A Defensoria Pública em Cruzeiro do Sul é alvo de inúmeras reclamações da população. Segundo os usuários, virou rotina procurar o órgão e esperar horas para ser atendido ou simplesmente voltar pra casa sem conseguir atendimento. O número de defensor na unidade, que atende também outros municípios do Juruá, passou de quatro para um.

Tal situação não pode perseverar, sob pena de sobreposições de atuações funcionais em determinadas áreas e vazios institucionais em outras, desencontro que não se coaduna com o texto constitucional, tampouco com os interesses sociais.

Vale a menção, neste ponto, o magistério dos eminentes constitucionalistas **Gilmar Ferreira Mendes** e **Paulo Gustavo Gonet Branco**⁸ no seguinte sentido:

"A Defensoria não apenas recebeu a missão de defender os necessitados em todos os graus de jurisdição, como também lhe foi assinada a tarefa de orientar essa mesma população nos seus problemas jurídicos, mesmo que não estejam vertidos em uma causa deduzida em juízo. (...) **Não é dado à legislação estender as atribuições da Defensoria Pública para alcançar sujeitos que não sejam hipossuficientes. O STF já teve ocasião de declarar a inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição Estadual, que atribuía à Defensoria Pública a defesa de todo o servidor público estadual que viesse a ser processado civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo. O Tribunal afirmou que isso 'extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV.'**" (Grifos nossos)

Por fim, em posicionamento recentemente adotado, em 17 de

⁸ Mendes, Gilmar; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Ed. Saraiva, 6a. Edição, São Paulo, 2011, págs. 1050/1051.

Sede: Setor de Administração Federal Sul - SAFS, Quadra 2, Lote 3, CEP 70070-600

Telefone nº (61) 3366-9100 e Fax nº (61) 3366-9151.



setembro próximo passado, o Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em resposta a uma solicitação apresentada pela Seccional da OAB de Pernambuco – preocupada com divergências de opinião sobre a assistência entre o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União – ocasião em que concluiu que cabe à Defensoria Pública atuar, única e exclusivamente, na defesa dos “necessitados” economicamente, conforme disposto em normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes.

Merece traslado, por sinal, o seguinte excerto de tal decisão:

A Carta Magna em seus artigos 5º, inciso LXXIV, e 134, abaixo transcritos, concretizou a prestação de assistência jurídica gratuita e escolheu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, dos economicamente desprovidos de recursos, para custear a prestação dos serviços de atendimento jurídico. Veja-se o que diz o texto constitucional referido:

“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 igualdade, à segurança e à propriedade:

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

A interpretação destes dispositivos é dada pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode verificar na seguinte manifestação jurisprudencial:

“(…) De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados **por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da CR (...)**”. (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008). (grifamos).

No julgamento acima, resta claro que a Defensoria Pública é incumbida exclusivamente da defesa de necessitados em sentido financeiro.

Aliás, nas situações em que se pretendeu ampliar as atribuições da Defensoria Pública o Supremo Tribunal Federal prontamente se manifestou pela inconstitucionalidade de tal ampliação. É o que se pode ver, por exemplo, do julgamento da ADI 3.022/RS:

“(…) Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial dos servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição



Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. Declaração de inconstitucionalidade da expressão "bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais(...).

Por outro lado, **também a legislação infraconstitucional dispõe no mesmo sentido.** Segundo a Lei Complementar nº 80/94, a incumbência da Defensoria Pública da União é a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, **aos necessitados**, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Já o art. 2º da Lei nº 1.060/50 esclarece que são considerados **necessitados**, para os efeitos legais, todos aqueles cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários do advogado sem prejuízo do seu sustento ou de sua família.

Portanto, as pessoas desprovidas de recursos econômicos podem e devem ter acesso aos serviços prestados pela Defensoria Pública.

Nesse caminho, o Conselho Superior da Defensoria Pública acertou os seguintes entendimentos, por meio da Resolução nº 13, de 25 de outubro de 2006, que utiliza o critério financeiro para verificar a "necessidade":

Art. 1º. Presume-se necessitado todo aquele que integre família cuja renda mensal não ultrapasse o valor da isenção de pagamento do imposto de renda.

§ 1º.(...).

§ 2º. Renda familiar mensal é a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pela totalidade dos membros da família maiores de dezesseis anos, excluindo-se os rendimentos concedidos por programas oficiais de transferência de renda e de benefícios assistenciais.

(...).

Art. 5º O Defensor Público deverá exigir de todo aquele que requerer a assistência jurídica a declaração de necessidade.

Art. 8º (...)

§ 1º. O Defensor Público poderá, justificadamente, afastar a presunção de necessidade se identificar indícios de que as informações prestadas pelo requerente da assistência judiciária não coincidem com a realidade.

§ 2º. Afastada a presunção de necessidade, o Defensor Público deverá intimar o requerente da assistência judiciária, demonstrar sua necessidade no prazo mínimo de dez dias.

Art. 12. O Defensor Público deverá indeferir a assistência jurídica quando:

(...)

IV. Considerar, justificadamente, que o requerente não é necessitado."

Ocorre, entretanto, que o legislador previu também situações nas quais o sujeito do processo depara-se com algum tipo de necessidade que não possua caráter econômico, sendo sua condição financeira satisfatória. Surgem, assim, as exceções do direito nas figuras dos necessitados juridicamente, cujo direito à assistência independente da análise da sua capacidade econômica.

Nesses casos, dispõe o Código de Processo Penal que cabe ao Magistrado oferecer advogado dativo ao réu, a fim de que lhe seja garantida uma defesa técnica. Tal situação, entretanto, não autoriza a atuação da Defensoria Pública, eis que inexistente a condição de necessitado economicamente.

Deve-se ter em mente que **cabe à Defensoria Pública única e exclusivamente a assistência aos economicamente necessitados, como dispõe as normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes.**" (Grifos nossos)



De acordo com a aludida deliberação, a diretoria do Conselho Federal da OAB foi autorizada a encaminhar providências para dar efetividade ao entendimento de que à Defensoria Pública só incumbe dar assistência jurídica às pessoas em situação de pobreza econômica ou necessitadas economicamente.

A própria OAB, aliás, também tem sofrido consequências decorrentes da mencionada atuação desmedida da Defensoria, sendo de se destacar, neste sentido, recente episódio ocorrido em Santa Catarina, no qual a Defensoria Pública da União ajuizou ação civil pública pleiteando que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) mantivesse a triagem da advocacia dativa na Subseção Judiciária de Florianópolis, deixando de considerar a evidente autonomia e independência das Instituições, bem como a declaração de inconstitucionalidade pelo STF do modelo de advocacia dativa em vigor em Santa Catarina.

A reflexão acerca dos exemplos citados indica que a atuação desregrada da Defensoria Pública brasileira, sobretudo em seara própria de atuação do Ministério Público e, por conseguinte, de sua missão constitucional, está pautada por uma atividade de interpretação e hermenêutica constitucional flagrantemente desvirtuada e descomprometida com as funções essenciais para as quais aquela instituição de defesa de pessoas necessitadas foi pensada e legitimada, com o que certamente não pode compactuar este CNMP, a quem incumbe adotar providências administrativas em defesa da autonomia do MP, o que passa, inelutavelmente, pela defesa das atribuições legais e constitucionais deste órgão contra toda sorte de usurpações e ingerências indevidas.

XII - Encaminhamentos

Forte em tais considerações, esta Comissão de Preservação da



Autonomia do Ministério Público, tendo em vista todos os fatos relatados, manifesta-se pela necessidade de solução institucional e jurídica da questão posta, considerando: i) que a sobreposição das atribuições entre o Ministério Público e a Defensoria Pública causa insegurança jurídicas aos jurisdicionados; ii) a clara afronta que disso decorre aos princípios da razoabilidade, economicidade e eficiência no serviço público, com desperdício de recursos públicos, e, sobretudo, com prejuízo ao atendimento individual e ao acesso à justiça da população desassistida.

Para tanto, parece-me fundamental que o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de resguardar a supremacia jurídica e política no sistema de justiça, delibere o quanto antes sobre os termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.943, proposta pela Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP), com vistas a se obter tutela judicial adequada no sentido de, pelo menos, se conferir interpretação conforme a Constituição ao disposto no artigo 5º da Lei n.º 7.347/1985, com redação dada pela Lei n.º 11.448/2007, que conferiu legitimidade à Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública.

Do mesmo modo, as conclusões deste Conselho Nacional sobre a grave questão apresentada devem ser levadas ao conhecimento da Presidência da República e dos Ministérios da Justiça e da Casa Civil, mormente no que concerne à proliferação de iniciativas do Poder Executivo no sentido de se conferir às respectivas Defensorias Públicas atribuições frontalmente contrárias às suas funções de promover a defesa e a orientação jurídica de pessoas hipossuficientes individualmente consideradas em todos os graus de jurisdição.

De igual sorte, vislumbro como medida adequada a entrega do presente relatório ao Presidente do Senado da República e da Câmara dos Deputados, tendo em vista as competências legislativas do Congresso Nacional, assim como à Presidência do Conselho Federal da Ordem dos



Advogados do Brasil.

Sugiro, ainda, o encaminhamento da matéria à apreciação do Procurador-Geral da República para que, em sendo o caso, no exercício das atribuições previstas no artigo 103 da Constituição Federal, possa adotar as providências que entender cabíveis à espécie, sobretudo considerando a sua legitimidade ativa para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade e a condição de autoridade oficiante perante a Suprema Corte.

Por derradeiro, especificamente em relação à questão que deu ensejo à instauração deste Procedimento, manifesto-me no sentido de se remeter cópia dos autos ao Conselho Nacional de Justiça, para que aquele respeitável órgão possa deliberar sobre a matéria e determinar as providências urgentes que o caso requer, sem prejuízo de eventual ajuizamento de Reclamação perante o c. STJ por parte dos ora requerentes ou do Procurador-Geral da República, na perspectiva de garantir a autoridade da decisão proferida por aquela Corte Máxima de Interpretação do Direito Federal, com base na transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão proferida nos autos do já mencionado Recurso Especial n. 1.177.636 - RJ (2010/0017190-9), cuja cópia da íntegra segue em anexo.

É como voto.

Brasília, 24 de outubro de 2012.

ALMINO AFONSO FERNANDES
Conselheiro Nacional

Recurso, 20.10.12
De acordo!
Almino Afonso
De acordo
24.10.2012
Almino Afonso