



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª Câmara de Coordenação e Revisão

VOTO Nº 2713 /2011

PROCEDIMENTO MPF Nº 1.00.000.006882/2011-22

ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO

PROCURADORES OFICIANTE: PEDRO JORGE COSTA E

ANDERSON VAGNER GOIS DOS SANTOS

RELATORA: MÔNICA NICIDA GARCIA

REPRESENTAÇÃO. ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO (LC 75/93, ART. 62, I). POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM DEFESA DE RÉUS NÃO NECESSITADOS ECONOMICAMENTE NO PROCESSO PENAL. RECOMENDAÇÃO.

1. Representação, por Procuradores da República, sugerindo a edição de enunciado da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão a respeito da atuação dos Membros do Ministério Público Federal nos casos concretos em que a Defensoria Pública da União defenda os interesses de réus **não** hipossuficientes economicamente no processo penal.

2. Nos termos da Constituição da República, 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, da CF/88, os quais são definidos como **aqueles que comprovarem insuficiência de recursos**.

3. Ocorre que "*recentes inovações promovidas pela Lei Complementar 132/2009 (altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994), modificaram substancialmente o perfil desta instituição*", viabilizando-se, assim, a atuação dos Defensores Públicos da União em outras causas que não aquelas para orientação e defesa dos necessitados. Tal disposição não se coaduna com a disciplina constitucional da DPU.

4. A defesa técnica há de ser garantida a todo e qualquer réu em processo criminal; se não tiver ele recursos, enquadrando-se como o necessitado a que se refere a Constituição, a Defensoria Pública atuará em sua defesa. Se tiver recursos, nomeará seu próprio defensor ou, caso não o faça, ser-lhe-á nomeado defensor dativo, nos termos do artigo 263, parágrafo único do CPP, com o que lhe serão garantidas a defesa técnica, a ampla defesa e o contraditório.

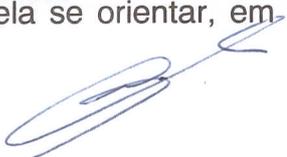
5. Recomenda-se aos membros do Ministério Público Federal oficianes em matéria criminal que pugnem pela atuação da Defensoria Pública da União nos estritos casos em que a Constituição Federal permite, somente **concordando com tal atuação nas hipóteses em que estiver caracterizada a insuficiência de recursos do defendido**, nos termos do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. A garantia da defesa técnica nos casos de abandono ou retirada da defesa constituída, em que o réu não for pobre, deverá ser feita por defensor dativo, a ser remunerado pelo defendido, observado o disposto no artigo 263, do Código de Processo Penal.

1.- Os Procuradores da República Pedro Jorge Costa e Anderson Vagner Gois dos Santos encaminharam ao Exmo. Procurador-Geral da República representação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, objetivando a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos das Resoluções nº 32/2009 e 13/2006 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, bem como a interpretação conforme a Constituição de dispositivos da Lei Complementar nº 132/2009, que alterou a Lei Complementar 80/94. Tais dispositivos estariam a afrontar o disposto nos artigos 134 e 5º, LXXIV, da Constituição da República, segundo os quais a Defensoria Pública só está autorizada a atuar na orientação jurídica e na defesa dos “necessitados”, ou seja, dos “que comprovarem insuficiência de recursos”.

Promoveram, então, os Procuradores da República representantes, a remessa de cópia daquela peça a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, com o intuito de *“sugerir o estudo de um enunciado da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão para fomentar nos membros o pleito em seus casos concretos da atuação da Defensoria Pública da União dentro dos limites constitucionais e legais”*.

O tema é, sem dúvida, relevante, estando presente no dia a dia de todos os membros do Ministério Público Federal que oficiam em matéria criminal, cuja integração e coordenação cabe à Câmara de Coordenação, à qual cabe, também, encaminhar informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais que atuem em seu setor (art. 62, I e IV, da Lei Complementar nº 75/93).

Dentro desse contexto, e tendo em vista a correção e pertinência da tese exposta pelos Procuradores da República, entendo ser o caso de acolhê-la e divulgá-la entre os membros do Ministério Público Federal oficiantes em matéria criminal, para que possam por ela se orientar, em sua atuação cotidiana.





2.- Nos termos da Constituição da República, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos **necessitados**, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/88, os quais são definidos como **aqueles que comprovarem insuficiência de recursos**.

Rezam, de fato, o artigo 134 e o art. 5º, LXXIV:

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

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Como lembrado pelos Procuradores da República representantes, “a opção política do Constituinte de 1988 foi a de criar uma instituição pública com a finalidade da defesa dos pobres”, de molde a lhes garantir – de fato e não apenas de direito – o acesso à justiça. Salientam eles:

“Não há espaço no texto constitucional para dúvidas acerca do perfil institucional e do escopo da Defensoria Pública: a instituição é um dos ramos da advocacia do Estado brasileiro e serve para a defesa de Necessitados em sentido financeiro.

Em outras palavras, a Defensoria Pública é uma advocacia pública com finalidade específica, qual seja, a **defesa de pobres**.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu na ADI 3022/RS que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa de necessitados em sentido financeiro” (fl. 07).

De fato, da ementa do referido acórdão (ADI 3022/RS) constou expressamente:

“(…) 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial de 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 (…).”

Do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, extrai-se:

“(…) o art. 134 da Constituição Federal é claro ao restringir a finalidade institucional da Defensoria Pública à orientação jurídica e defesa dos necessitados, clareza essa reforçada pela remissão desse dispositivo ao art. 5º, LXXIV, da Constituição qual impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Em suma, o modelo constitucional da Defensoria Pública, no Brasil, é o de atuação na orientação e defesa de pessoa necessitada, carente de recursos materiais.

Esse modelo constitucional é aquele dentro do qual se encontram as disposições da Lei Complementar nº 80/94 (grandemente alterada pela Lei Complementar nº 132/2009), cujo artigo 1º já traz expressa referência à atuação em prol dos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. A mesma lei arrola, entre as funções institucionais da Defensoria Pública, a de *“prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus”* (art. 4º, I), sendo esta a norma que tem aplicação no processo penal, que é o que interessa, *in casu*.

Quanto à identificação da pessoa necessitada, carente de recursos materiais, tem-se que a Lei 1.060/50 considera como tal *“todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”* (art. 2º, parágrafo único).

Mais especificamente, a própria Defensoria Pública da União, por meio de seu Conselho Superior, de maneira consentânea com o modelo constitucionalmente fixado, editou Resolução a fim de *“fixar parâmetros*



objetivos e procedimentos para a presunção e para a comprovação da necessidade. Dispõe a Resolução 13, de 25 de outubro de 2006:

“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. Família é a unidade formada pelo grupo doméstico, eventualmente ampliado por outros indivíduos que possuam laços de parentesco ou afinidade, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros.

§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. 2º. Todo aquele que não se enquadrar no critério estabelecido para a presunção da necessidade poderá requerer a assistência jurídica gratuita demonstrando que, apesar de sua renda ultrapassar o limite estabelecido no caput do art. 1º, não tem como arcar com os honorários de advogado e com as custas processuais sem prejuízo do seu próprio sustento ou do de sua família.

Assim é que, estabelecidos os limites constitucionais de atuação da Defensoria Pública da União, em dispositivos já regulamentados, parece não haver qualquer dúvida quanto às hipóteses em que se admite a intervenção dos Defensores Públicos da União, nos processos criminais: **aquelas em que o réu se enquadrar no conceito de “necessitado”, nos termos dos artigos 1º e 2º, da Resolução nº 13/2006 que, nessa parte, se coaduna, perfeitamente, com as normas constitucionais.**

3.- Ocorre que, conforme alertam os Procuradores da República representantes, *“recentes inovações promovidas pela Lei Complementar 132/2009 (altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994), modificaram substancialmente o perfil desta instituição”*, viabilizando-se, assim, a atuação dos Defensores Públicos da União em outras causas que não aquelas para orientação e defesa dos **necessitados**.

De fato, a nova redação do artigo 1º, da Lei Complementar 80/93 faz referência, agora, **fundamentalmente** aos necessitados, o que abre a possibilidade de serem contemplados, também, outros **não** necessitados.

Essa ampliação das atribuições constitucionais da DPU já estava sendo delineada desde a edição da Resolução nº 13/2006, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, que, em seu artigo 4º, rezava:

“Art. 4º. O exercício da curadoria especial e da defesa criminal não depende de considerações sobre a necessidade econômica do seu beneficiário.

Parágrafo único. O exercício da curadoria especial e da defesa criminal de quem não é hipossuficiente não implica na gratuidade constitucionalmente deferida apenas aos necessitados”.

Tal disposição veio a ser alterada – e oportunamente, já que de manifesta inconstitucionalidade – pela Resolução nº 32, de 03 de junho de 2009 que, porém, introduziu nova redação ao artigo 5º que, desta feita, revelou-se inconstitucional. Confira-se a nova redação dos dois artigos mencionados:

Art. 4º. O exercício da curadoria especial não depende de considerações sobre a necessidade econômica do seu beneficiário.

Art. 5º O exercício da defesa criminal e da defesa em processo administrativo disciplinar deve ser precedida da análise da situação econômico-financeira do réu pelo Defensor Público Federal, objetivando o deferimento da assistência jurídica integral e gratuita caso constatada a hipossuficiência.

§ 1º A Defensoria Pública da União atuará na defesa criminal independente da análise da situação econômico-financeira do réu, caso este seja intimado para constituir advogado e não providencie, por se tratar de direito indisponível e em homenagem e resguardo ao Princípio Constitucional da Ampla Defesa e do Contraditório.

Assim é que não mais está prevista a possibilidade de defesa criminal independentemente “*de considerações sobre a necessidade econômica do seu beneficiário*”. Entretanto, prevê-se, agora, na resolução, uma atuação na defesa criminal “*independente da análise da situação econômico-financeira do réu*”, em homenagem à ampla defesa e ao contraditório.



À toda evidência, tal disposição não se coaduna com a disciplina constitucional da Defensoria Pública da União que, como antes demonstrado, está baseada na necessidade de se garantir aos pobres o acesso à Justiça. Por isso, não se há de admitir sua aplicação.

A ampla defesa, o contraditório, enfim, a defesa técnica há de ser garantida a todo e qualquer réu em processo criminal; se não tiver ele recursos, enquadrando-se como o necessitado a que se refere a Constituição, a Defensoria Pública atuará em sua defesa. Se tiver recursos, nomeará seu próprio defensor ou, caso não o faça, ser-lhe-á nomeado defensor dativo, nos termos do artigo 263, parágrafo único do CPP, com o que lhe serão garantidas a defesa técnica, a ampla defesa e o contraditório.

Por sua propriedade, valem ser transcritas as considerações feitas pelos Procuradores da República, na representação inicialmente mencionada:

“Quando se sustenta a divergência entre o desenho constitucional e o legal da Defensoria Pública, é necessário relembrar que *“Num sistema democrático, a constituição é o estuário das decisões políticas conformadoras da sociedade. É o repositório das regras estruturantes e organizatórias do Estado e definidoras dos direitos fundamentais.”* (TAMER, Sérgio Victor. Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias: Um Estudo sobre o Controle dos Atos Políticos e a Garantia Judicial dos Direitos Sociais. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris editor. 2005, p. 25).

No entanto, o Poder Judiciário vem assentindo com o inconstitucional desvirtuamento da Defensoria Pública por motivos meramente práticos e orçamentários, ao designar defensores públicos para a defesa de réus não pobres. Com isso, não percebe que além de malferir a Constituição Federal, vai permitindo que escassos recursos públicos destinados à defesa dos necessitados se esvaíam para a defesa daqueles que não precisam do Estado para tanto.

Nesse ponto, nota-se falta de **“vontade de constituição”** para lembrar as palavras de Konrad Hesse em sua discussão em torno da normatividade constitucional. A constituição escrita não é apenas uma folha de papel como afirmava Ferdinand Lassale, possuindo certa capacidade de conformar as relações sociais por ela abrangidas. No entanto, é necessário que os órgãos incumbidos da jurisdição constitucional e a própria sociedade tenha a vontade de ver a constituição ser efetivada, pois quem sacrifica um interesse próprio em nome da afirmação da constituição presta tributo a um

indispensável valor à convivência social e ao funcionamento das instituições.

Para além de extrapolar o papel constitucional atribuído à Defensoria Pública, a atribuição de defesa de réus não necessitados ofende um dos princípios basilares da ordem econômica brasileira, a **livre iniciativa**.

De fato, a advocacia é uma atividade econômica privada no País. Por isso está sujeita à liberdade de iniciativa.

No Brasil, o Estado somente pode se imiscuir nessa atividade em razão de **relevante interesse coletivo** ou **imperativo de segurança nacional** na forma do art. 170 da CF/1988, o que é indefensável no caso.

Veja que não estamos falando de pessoas que não podem pagar. Estes devem ser representados em juízo pela Defensoria Pública. Estamos falando de pessoas que podem pagar por advogado e, não designando defensor particular, serão defendidos e pagarão para a Defensoria Pública fazê-lo.

Qual o imperativo de segurança nacional ou o relevante interesse coletivo envolvido para que o Estado, por meio da Defensoria Pública, assumira essa atividade?

O único argumento é o de que, no processo penal, é interesse do Estado que o réu tenha uma defesa técnica. Mas isso não legitima a Defensoria Pública a promover essa defesa.

A solução no caso é a defesa dativa do art. 263, parágrafo único, do CPP, pelo qual, "Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado que não for pobre será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz".

O entendimento contrário tem levado a um protelamento de feitos. De fato, alguns advogados têm se valido do artifício de arrolar testemunhas que nada sabem sobre os fatos em Estados distantes daquele onde tramita o processo apenas para atrasar a marcha procedimental. E, sabendo que a Defensoria atuará em favor do réu, sequer comparecem à audiência respectiva. Como a Defensoria não recebe honorários, o réu nem mesmo terá despesas decorrentes desse ato. Isto significa meramente atraso gratuito e sem qualquer sanção no processo, o que o ordenamento de um país civilizado não pode admitir" (fls. 23/25).

4.- Por todo o exposto, de manifesta inconstitucionalidade as disposições da Lei Complementar 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009 que admitem a atuação dos Defensores Públicos da



União na defesa de pessoas que não se enquadrem na categoria de “necessitados”, sobre cuja definição já se discorreu anteriormente.

Já tendo sido ofertada representação pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade, cabe a esta Câmara, no exercício de suas atribuições legais, supra referidas, **recomendar aos membros do Ministério Público Federal oficiantes em matéria criminal que pugnem pela atuação da Defensoria Pública da União nos estritos casos em que a Constituição Federal permite, somente concordando com tal atuação nas hipóteses em que estiver caracterizada a insuficiência de recursos do defendido, nos termos do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. A garantia da defesa técnica nos casos de abandono ou retirada da defesa constituída, em que o réu não for pobre, deverá ser feita por defensor dativo, a ser remunerado pelo defendido, observado o disposto no artigo 263, do Código de Processo Penal.**

Voto pela divulgação da representação dos Procuradores da República Pedro Jorge Costa e Anderson Vagner Gois dos Santos, juntamente com o presente e a recomendação respectiva, a todos os membros do Ministério Público Federal, por meio eletrônico e por meio de publicação na página da *internet* da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, encaminhando-se, ainda, cópia ao Exmo. Procurador-Geral da República.

Brasília-DF, 07 de novembro de 2011.


Mônica Nicida Garcia
Procuradora Regional da República
Suplente – 2ª CCR

