

PR - PE - 00010734/2011.

Protocolo Fênix-PGR

2ª CCR 5176

Data: 20/05/2011.



Ministério Pùblico Federal  
Procuradoria da República em Pernambuco  
Av. Agamenon Magalhães, 1.800, Espinheiro. CEP: 52021-170 – Recife - PE  
Tel.: (81) 2125-7370. Fax: 2125-7360.

Ofício n.º 3.097/2011/GAB/PR PJC

Recife, 02 de maio de 2011.

À Sua Excelência, a Senhora  
**RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

DD. Coordenadora da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Pùblico Federal  
Procuradoria Geral da República  
SAF Sul, quadra 04, Conjunto C  
CEP: 70.050-900 Brasília/DF

MINISTÉRIO PÙBlico FEDERAL  
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA  
  
1.00.000.006882/2011-22

1. Autum

2. Distribuiçõ  
19/5/11

Raquel Dodge  
Raquel Elias Ferreira Dodge  
Subprocuradora-Geral da República  
Coordenadora da 2ª CCRMPF

Excelentíssima Senhora Coordenadora,

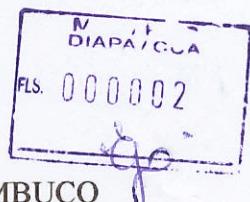
Enviamos anexa representação que encaminhamos ao Procurador-Geral da República de constitucionalidade de alguns dispositivos que permitem a atuação da Defensoria Pública da União em defesa de réus não hipossuficientes economicamente no processo penal.

O intuito dos signatários é 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.

Aproveitamos o ensejo para renovar os protestos de estima e consideração.

Pedro Jorge Costa  
Procurador da República

Anderson Vagner Gois dos Santos  
Procurador da República



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Os procuradores da República signatários, ante o disposto no artigo 103, VI, da Constituição da República, vem à presença de Vossa Excelência, pelas razões fáticas e jurídicas que passa a expor oferecer a presente **REPRESENTAÇÃO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

### **I – OBJETO DA REPRESENTAÇÃO**

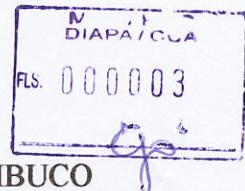
A presente representação tem por objetivo requerer a Vossa Excelência a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para que sejam declarados inconstitucionais dispositivos das resoluções nº 32/2009 e nº 13/2006 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União e dada interpretação conforme a Constituição a dispositivos da Lei Complementar nº 132/2009.

### **II – FUNDAMENTAÇÃO**

#### **II.1 – DO ACESSO À JUSTIÇA**

Como leciona BOBBIO, o problema atual do Direito não é o da legitimação ou busca de fundamentos, mas o da efetivação ou concretização<sup>1</sup>. Nesse

<sup>1</sup> Apud. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de direito constitucional: atualizado até a EC n. 52/2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

diapasão, Cappelletti e Garth lembram que: “*O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.*”<sup>2</sup>

Capelleti e Garth falam em três ondas de acesso à Justiça. A primeira onda é da remuneração de advogados para a defesa de pobres. A Segunda é a defesa de interesses difusos. Por fim, a terceira se refere à promoção da Justiça por meios extrajudiciais e de procedimentos judiciais adequados às especificidades dos direitos materiais tutelados.

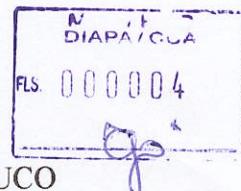
O acesso à Justiça é dificultado por questões econômicas, de desinformação dos próprios direitos, pela morosidade da Justiça e até por questões culturais (existem dados para afirmar que certos indivíduos preferem perder um direito do que enfrentar um processo judicial). É também conhecido o fenômeno da inadequação do sistema judicial para a defesa de direitos de pequeno valor financeiro.

Embora os fatores de exclusão do acesso à justiça seja complexo, exceto na Suécia, os Estados tem se limitado a prover advogados apenas para pobres.

Até mesmo a defesa de pobres tem sido um desafio nos diversos sistemas jurídicos mundo afora e não apenas por questões de índole orçamentária.

São conhecidos basicamente dois modelos de provimento do acesso à Justiça para pobres: o sistema do *judicare* do direito inglês e o sistema de escritórios de advocacia de vizinhança remunerados pelo poder público dos Estados Unidos.

<sup>2</sup> CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant, Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

No primeiro sistema, existe uma extensa lista de advogados privados cadastrados junto ao Poder Judiciário para fazer a defesa de pobres. O cidadão tem a possibilidade de escolher o seu advogado e ao final do processo a conta vai para o Estado. Os valores pagos são os de mercado, razão pela qual tem sido grande o interesse de advogados na prestação desta defesa. Esse sistema, embora tenha ampliado substancialmente o acesso à Justiça por parte dos pobres, é criticado por não levar em consideração o problema do acesso à justiça do pobre enquanto classe, restringindo-se à sua condição individual.

No sistema de advogados remunerados pelo Poder Público, são constituídos escritórios de vizinhança, instalados em comunidades pobres. Estes escritórios são mantidos pelo Poder Público e tem uma certa margem de liberdade para a escolha de causas que tenham um impacto mais relevante para a coletividade onde estão inseridos. A grande vantagem deste sistema é que consegue captar a condição do pobre enquanto classe. No entanto, é criticado como paternalista. Além disso, é fato que os Estados não dispõem de recursos orçamentários para prover um advogado para cada pobre que precise de assistência jurídica.

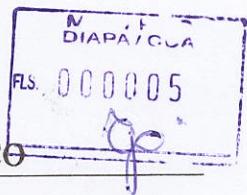
Em razão das limitações inerentes aos referidos sistemas, muitos países tem combinado os dois modelos.

## **II.2 - DO PERFIL INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

No Brasil, 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**. Fora desse campo a Defensoria Pública não tem capacidade postulatória.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**



Desde a época das ordenações filipinas que começaram a vigorar em 1603, o ordenamento jurídico vigente no Brasil tem revelado preocupação com a defesa de pobres:

"Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Nost pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo"

A defesa de pobres pelo Estado passou a ser tradição no direito brasileiro. Não havia previsão dessa defesa nas constituições de 1824 e de 1891, mas as ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até o Código Civil de 1916.

Na Constituição de 1934 foi previsto que:

*"Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos."*

Na Constituição de 1946:

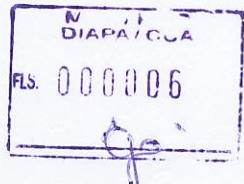
*"Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados."*

Na Constituição de 1967:

*" Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)"*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

*§ 32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei."*

Na Emenda Constitucional 01/69:

*"Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*§ 32. Será concedida assistência jurídica aos necessitados, na forma da lei.*

Na Constituição de 1988:

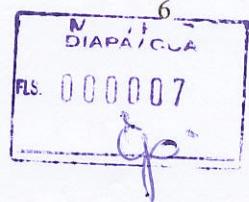
*"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
(...)LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;*

*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.)*

Como se percebe, a Constituição de 1988 não inova ao estabelecer o direito fundamental de acesso à justiça aos necessitados. Apenas o faz ao criar uma instituição específica para isso, qual seja, a Defensoria Pública.

A opção política do Constituinte de 1988 foi a de criar uma instituição pública com a finalidade da defesa dos pobres.

Conforme leciona José Afonso da Silva, a Defensoria Pública não é uma advocacia universal, mas apenas daqueles que não possuam recursos financeiros para



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO

contratação de advogados particulares. Nesse mesmo sentido, Gabriel Dezen Júnior, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e a Doutrina Constitucionalista majoritária.

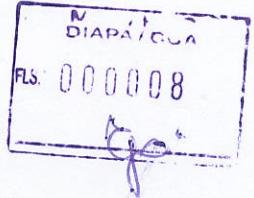
Há corrente minoritária na Doutrina que sustenta o contrário. Segundo Peña de Moraes, em seu *Curso de Direito Constitucional*, a Defensoria Pública deverá prestar assistência aos necessitados em sentido econômico e Jurídico. No Entanto, o autor não explica o que seja a necessidade jurídica.

A ideia do hipossuficiente jurídico é mesmo de difícil definição, uma vez que, a rigor, até mesmo quem possui formação jurídica pode ser um hipossuficiente jurídico em área especializada que não tenha domínio. Que dizer então de uma sociedade de iletrados? A prevalecer tal entendimento, a Defensoria Pública poderá defender qualquer interesse, perdendo-se completamente em uma pléiade infinita de atribuições com prejuízo concreto não só aos pobres, mas também a um controle social da atuação do órgão que sem qualquer identidade, não será responsável por qualquer prestação de serviço específica.

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 em julgado assim ementado:



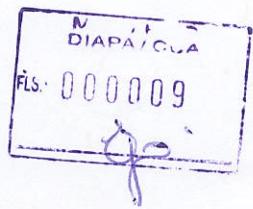
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

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.
2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”, contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004.
3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.
4. Ação julgada parcialmente procedente.”

Embora o referido julgamento tenha fulminado a lei do estado Rio Grande do Sul, o mais importante é que os motivos determinantes da decisão foram o de que, sendo a Defensoria Pública incumbida da defesa de **necessitados em sentido financeiro**, não seria compatível com o seu perfil constitucional a defesa de servidores e ex-servidores em ações penais e de improbidade administrativa.

Conforme sustenta José Afonso da Silva, em Comentário Contextual à Constituição, a atuação da Defensoria Pública “(...) *não tem destinatário universal, porque se dirige apenas a um grupo específico de pessoas, formado por aqueles que, necessitando de assistência jurídica, não disponham de recursos para a contratação de advogado particular.* (...)”



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

Mas o que caracteriza a "insuficiência de recursos"?

**II.3 - DO CONCEITO DE NECESSITADO EM SENTIDO FINANCEIRO OU POBRE PARA FINS LEGAIS**

José Afonso da Silva adverte que nem sempre o conceito de "insuficiência" pode ser definido *a priori*. O caso, a situação jurídica concreta, especialmente quando se trate de defesa em juízo, é que não indicar se o interessado está ou não em condições de organizar a defesa de seus direitos por conta própria. Não é necessário que o interessado seja absolutamente desprovido de recursos, seja miserável.

No entanto, sustenta o citado professor que o conceito de "necessitado" da Lei 1.060/1950 atende às considerações supra: Considera-se necessitado - diz seu art. 2º, parágrafo único - "*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*"<sup>3</sup>

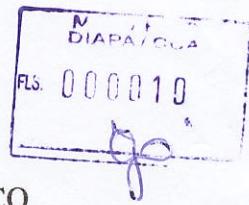
Assim, necessitado para se valer dos serviços da Defensoria Pública é aquele que atende os requisitos da Lei 1060/50<sup>4</sup>, ou seja, é todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Demais disso, o próprio Estado estabelece uma faixa de isenção do imposto de renda em razão de pobreza. Este patamar encontra-se em R\$ 1.499,15 (mil,

<sup>3</sup> José Afonso da Silva. Comentário Contextual à Constituição. Editora Malheiros. São Paulo. 2ª Edição.

<sup>4</sup> Art. 2º. (...)

Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, 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.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

quatrocentos e noventa e nove reais e quinze centavos), por mês, a partir do ano-calendário de 2010 na forma da Lei 7713/1988 alterada pela Lei nº 11.482, de 2007.

Desta forma, é possível dizer que se presume pobre quem ganhe até 1.499,15 por mês na forma das Lei 7713/1988 c/c Lei 1.060/50, exigindo-se nestes casos uma mera declaração de necessidade na forma do art. 4º da Lei nº 1.060/50.

Nos demais casos, caberia a prova da situação econômica não permita ao acusado de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, para valer-se dos serviços da Defensoria Pública.

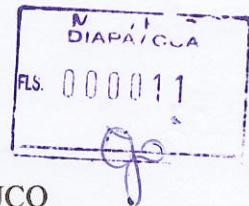
Como se vê, não há falta de critério objetivo para se definir a pobreza para efeitos legais, o que deve pautar o defensor público no exercício da atribuição definida na Resolução CSDPU N° 09, de 06 de julho de 2005, que dispõe sobre a identificação da hipótese de atuação da Defensoria Pública da União e sobre o deferimento da assistência jurídica.

A própria Defensoria Pública da União editou a resolução nº 13, de 25 de outubro de 2006 no seguintes termos:

“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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

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.

Art. 3º. Independente da renda mensal, não se presume necessitado aquele que tem patrimônio vultoso.”

**II.4 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM DEFESA DE RÉUS NÃO NECESSITADOS EM SENTIDO FINANCEIRO**

A Defensoria Pública foi criada pelo constituinte de 1988 para ser uma advocacia pública com finalidade específica, qual seja, a **defesa de pobres**.

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.

No entanto, não houve qualquer mudança no texto constitucional que permita uma modificação do seu escopo de atuação.

O art. 134 da CRFB/88 diz que: “*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)*”

Porém, o *caput* do art. 1º da Lei 132/2009 é enuncia que Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

Há uma sutil mas importante diferença entre o perfil da Defensoria Pública da LC 132/2009 e o da CRFB/88. Enquanto a Constituição determina a defesa do **pobre**, a LC 132/2009 determina que à Defensoria compete **fundamentalmente** a defesa de pobres, deixando subtendido que esta instituição também tenha atribuições para a defesa de não necessitados em sentido financeiro.

Neste ponto, pode-se levantar a crítica infundada de que aqui se está a fazer uma interpretação restritiva do art. 134 da CRFB. Mas, a rigor, não existe nenhum princípio de hermenêutica constitucional que se comprometa com uma **interpretação extensiva** de qualquer de suas normas. Ao invés disso, o compromisso do interprete constitucional é com o princípio da **máxima efetividade do dispositivo constitucional** interpretado.

Nesse ponto, malfere a Constituição aquele que dá interpretação ao texto que o torna inexecuível no mundo dos fatos, divorciando-o da realidade em que se insere. É que como bem ressaltou o Ministro Joaquim Brabosa na relatoria da ADI 3.022/RS, (...) *se por um lado, dessa previsão constitucional surgem direitos subjetivos dos cidadão, dela também decorre, numa dimensão objetiva, a exigibilidade de um padrão de organização das defensorias públicas para melhor atender ao direito à assistência Judiciária do art. 5º*. Em outras palavras, ainda que juridicamente possível, teria o Estado Brasileiro condições materiais de sustentar uma advocacia pública universal para pobres e não pobres?

A resposta só pode ser negativa.

Além disso, nenhum sentido existe em o Estado brasileiro assumir a defesa judicial daqueles que podem pagar por estes serviços. A alocação de recursos públicos para a manutenção de uma advocacia para pobres é medida que se justifica por um critério de **justiça distributiva**, uma vez que aqueles que tem recursos contribuem para os que não os tem possam se defender judicialmente.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO

Assim, acertadamente decidiu o STF na ADI 3.022/RS que a Defensoria Pública existe para a defesa de necessitados em sentido financeiro.

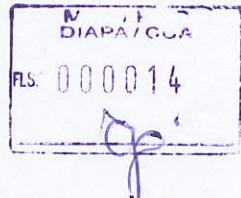
É bem verdade que a **mutação constitucional** é um fenômeno conhecido de alteração do sentido na norma constitucional sem a mudança do seu texto, fenômeno este que pode ser desencadeado por via legislativa infraconstitucional tal qual a LC 139/2009.

De fato, a Constituição sofre alteração pela reforma e pela mutação constitucional. A reforma é um processo formal de alteração do texto da constituição. A mutação constitucional é o que se chama de reforma difusa ocorre por meio da interpretação do texto constitucional pela Corte Constitucional. Só existe mutação constitucional quando a jurisprudência se modifica sobre aquele ponto, o que seria o caso em face do precedente da ADI 3.022/RS.

Assim, é possível que, com o passar do tempo, ocorram transformações sociais tanto de natureza material quanto em seu espírito (valores, cultura, moral, ideias etc.) que modifiquem determinada interpretação vigente de um texto constitucional. Estas mudanças, são muitas vezes provocadas pelos embates e conflitos inerentes ao organismo social.

Em suma, a mutação constitucional é atualização do texto pela via hermenêutica a fim de conformá-lo à mudança de contexto.

Neste caso, caso fosse admitido que a Defensoria Pública teria espectro de atuação universal e não apenas limitado aos pobres, estar-se-ia diante de uma clara mutação constitucional, pois o STF na ADI 3.022/RS já decidiu que a Defensoria Pública deve defender exclusivamente quem não possua recursos financeiros.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

No entanto, mesmo que se admita essa possibilidade, a mutação constitucional deve guardar sintonia com o estágio de evolução social sob pena se tornar um exercício ilegítimo e antidemocrático de poder constituinte (Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Editora Saraiva).

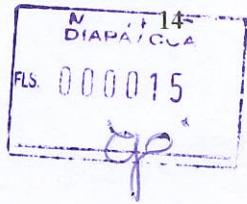
Infelizmente, nem sempre o processo legislativo garante essa sintonia nas democracias modernas. Como bem lembrado aliás pelo professor Paulo Bonavides:

*"A classe dominante perdeu em grande parte a legitimidade do seu exercício de autoridade, sendo patente o hiato entre a vontade dos que governam e a vontade dos que são governados. O que estes últimos ainda não perderam foi a consciência de que são os depositários dessa legitimidade. Mas já não podem transmiti-la aos governantes nas vigentes condições políticas e sociais do funcionamento dos mecanismos do poder.*

*Com efeito, as instituições representativas padecem em todo o País uma erosão de legitimidade como jamais aconteceu em época alguma de nossa história, ficando, assim, a cláusula da soberania popular reduzida a mero simulacro de mandamento, sem correspondência com a realidade e a combinação de interesses que se confrontam e se impõem na região decisória onde se formulam as regras de exercício efetivo do poder."* (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: Temas Políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*, Ed. Malheiros, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 29.)

Nesse ponto, pergunta-se: será que a ampliação do rol de atribuições da Defensoria Pública para a defesa de não necessitados atende aos mais lídimos e reais sentimentos vigentes na sociedade brasileira atual? Ou será o resultado da distorção provocada por grupos de pressão num parlamento completamente dissociado da vontade popular?

Se nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, a sociedade brasileira houvesse conseguido erradicar a pobreza e a marginalização, realizando as promessas da modernidade, é certo que o conceito de necessitado deveria ser atualizado para os novos desafios propostos nessa nova sociedade.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

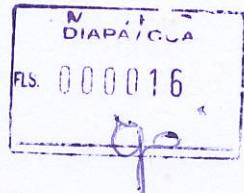
No entanto, embora se possa reconhecer um certo avanço do Brasil em aspectos sociais desde o advento da Constituição de 1988, é possível, desde já, garantir que não houve alteração substancial na estrutura da distribuição da riqueza que suponha o desaparecimento dos pressupostos de criação de uma advocacia de pobres subsidiada pelo Estado brasileiro na constituinte.

Segundo números do IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, a partir de 2005, o Brasil registra uma importante inflexão na evolução da identidade social da população. Isso pode ser observado quando se reparte arbitrariamente o conjunto da população brasileira no ano base de 2001 em três partes equivalentes.

No primeiro terço da base da pirâmide social encontram-se aqueles cujo rendimento individual alcançam até R\$ 188 mensais no ano de 2008. No segundo terço populacional, que compreende o segmento intermediário de renda, identifica-se o intervalo de rendimento individual de R\$ 188 a R\$ 465 mensais. Por fim, no terceiro e último terço da população, que representa o estrato superior da renda, encontram-se os rendimentos individuais acima de R\$ 465 mensais.

A partir da divisão populacional em três partes equivalentes se tornou possível retroagir e avançar no tempo em relação ao ano de 2001. Com a atualização do valor do rendimento individual, em termos reais, constitui-se a evolução da população brasileira em conformidade com a repartição dos três principais estratos de renda (baixo, médio e alto) de 1995 a 2008.

O que mais chamou a atenção nesse período de tempo considerado foi a recente perda de importância relativa no total da população do estrato de renda menor.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

Entre 1997 e 2004, por exemplo, o segmento de baixa renda representou quase 34% da população nacional, mas desde 2005 passou a reduzir rapidamente a sua participação relativa. **No ano de 2008, o segmento de menor renda representou 26% dos brasileiros, a menor participação relativa desde 1995.**

Apesar disso, o Brasil possui  $\frac{1}{4}$  de sua população vivendo com rendimentos extremamente baixos.

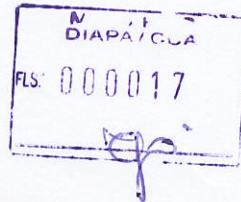
Calculando-se esse percentual sobre um universo de aproximadamente cento e oitenta milhões de brasileiros, tem-se mais de cinquenta milhões vivendo com até R\$ 188,00 (cento e oitenta e oito reais) por mês no país.

Em 2008, o segundo estrato de renda (**rendimento individual de R\$ 188 a R\$ 465 mensais**) representou 37,4% da população, enquanto em 1995 respondia por somente 32,9%<sup>5</sup>. Ou seja, mais de sessenta milhões de brasileiros vivem com renda entre R\$ 188 a R\$ 465 mensais por mês.

Considerando os dois dados, tínhamos em 2008 no Brasil, quase cem milhões de pessoas vivendo com rendimentos de até **R\$ 465 mensais**.

Outro número que chama a atenção no Brasil é o de famílias que recebem o benefício do bolsa-família extraído do sítio do Ministério do Desenvolvimento Social e combate à Fome. São doze milhões de famílias. **Para tanto é preciso ter uma renda per capita familiar de até cento e vinte reais.**

Por fim, segundo levantamento do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística acerca da condição de vida das famílias brasileiras, foi evidenciado que, apesar de 35% das famílias pesquisadas terem relatado algum tipo de insuficiência



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

alimentar, cerca de 75% destas famílias informaram ter dificuldade para encerrar o mês com os seus rendimentos<sup>6</sup>.

Em outras palavras, a pobreza em nosso país ainda é muito acentuada, consistindo no principal entrave ao gozo de direitos pela maior parte da população e, no caso específico, do acesso à Justiça. Nesse sentido, é correta a colocação de José Afonso da Silva:

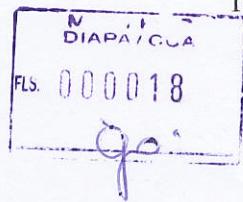
“(...) Uma velha observação de Ovídio ainda vigora nos nossos dias, especialmente no Brasil: *Cura pauperibus clausa est - ou, no vernáculo: "O tribunal está fechado para os pobres"*. Os pobres ainda tem acesso muito precário a Justiça. Carecem de recursos para contratar advogados. O patrocínio gratuito tem-se revelado de deficiência alarmante. Os Poderes Públicos não tinham conseguido até agora estruturar um serviço de assistência judiciária aos necessitados que cumprisse efetivamente esse direito prometido entre os direitos individuais. Ai e que se tem manifestado a dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na

<sup>6</sup>Foi investigado, junto aos domicílios, se o rendimento total da família durante um mês era suficiente para as despesas daquele mês. As alternativas de respostas foram apresentadas num gradiente de seis alternativas, onde as três primeiras referem-se às dificuldades (muita dificuldade, dificuldade e alguma dificuldade) e as três seguintes às facilidades (alguma facilidade, facilidade e muita facilidade).

Cerca de 75% das famílias brasileiras referiram dificuldades e somente 25% fizeram referência a facilidades. Este quadro não se diferencia muito ao se tornar as situações urbanas ou rurais, o que pode ser visto nos Gráficos 18 e 19. Nas áreas rurais do País, 81% das famílias mencionaram dificuldades com 22,1% afirmando muita dificuldade. No Brasil urbano, cerca de 74% das famílias declararam dificuldades sendo que 17,1% declararam muita dificuldade, 20,7% dificuldade e mais de um terço do contingente de famílias, alguma dificuldade.(...)

Uma outra indagação novamente feita pela POF 2008-2009 referiu-se à quantidade de alimentos consumidos pela família. No confronto com a POF 2002-2003, os resultados da POF 2008-2009 apontam uma robusta melhora de satisfação das famílias para todas as regiões. No País, mais da metade das famílias investigadas (64,5%) avaliaram suficiência de quantidade de alimentos, ante 53% da pesquisa anterior. Por outro lado, 35,5% das famílias destacaram que a quantidade de alimento consumido era normalmente insuficiente ou eventualmente insuficiente.

Nas áreas rurais, 45,6% das famílias referiram algum grau (normalmente e eventualmente) de insuficiência da quantidade de alimentos consumidos; nas urbanas este percentual se aproxima de 34%. Na POF 2002-2003, estas mesmas áreas apresentaram respectivos resultados de 56,9% e 44,8%. Estes resultados estão apresentados no Gráfico 21.[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pof/2008\\_2009/POFpublicacao.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pof/2008_2009/POFpublicacao.pdf)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa, assegurado na Constituição.

Nesse sentido é justo reconhecer que a Constituição deu um passo importante, prevendo, em seu art. 134, a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional, incumbida da orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

(José Afonso da Silva. Comentário Contextual à Constituição. Editora Malheiros. São Paulo. 2ª Edição. Fls. 612)

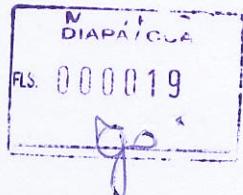
Em que pese a dicção clara dos arts. 134 c/c com o art. 5º, inciso LVXXIV, da CRFB/88, a Defensoria Pública vem, paulatina e conscientemente, distanciando-se da defesa dos pobres e assumindo novas atribuições que lhes são incompatíveis.

A atuação da Defensoria Pública nestes casos busca justificação em leitura injurídica e politicamente desaconselhável do termo **necessitado**.

Vem-se defendendo que o necessitado ali referido não se restringe ao pobre, mas também à figura do hipossuficiente jurídico.

A ideia do hipossuficiente jurídico é de difícil definição, uma vez que, a rigor, até mesmo quem possui formação jurídica pode ser um hipossuficiente jurídico em área especializada que não tenha domínio. Que dizer então de uma sociedade de iletrados? A prevalecer tal entendimento, a Defensoria Pública poderá defender qualquer interesse, perdendo-se completamente em uma plêiade infinita de atribuições com prejuízo concreto não só aos pobres, mas também a um controle social da atuação do órgão que sem qualquer identidade, não será responsável por qualquer prestação de serviço específica.

O perfil da Defensoria Pública está intimamente ligado ao próprio modelo de Estado brasileiro, qual seja um estado social com forte cunho providencial. É cediço que uma das finalidades do Estado brasileiro é a erradicação da pobreza e da



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

marginalização. Nesse ponto, é de grande importância garantir o acesso dos pobres ao sistema de justiça, a fim de lhe garantir a defesa dos seus direitos.

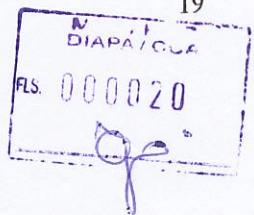
Também não se sustenta o argumento de que a defesa do necessitado em sentido financeiro seja um mínimo a ser feito pela Defensoria Pública, podendo o Estado a partir da cláusula de abertura material do art. 5º, § 2º, da CRFB/88, conferir direito de defesa aos não necessitados, ampliando o espectro de sujeitos.

Em primeiro lugar não existe o direito fundamental a ser defendido gratuitamente. O que existe é o **direito fundamental do acesso à Justiça** previsto no art. 5º, inciso XXXVII, da FRFB/88. Como este acesso se torna impossível para aqueles que não tem recursos para a contratação de advogados particulares o Estado em alguns casos dispensa a exigência de representação técnica (vg. Lei 9.099/95) e em outras paga um advogado para o pobre.

O acesso à Justiça é um direito fundamental, portanto, universal. A assistência de advogado remunerado pelo Estado é um meio para se ter acesso à Justiça e somente conferido a quem não pode pagar.

Mesmo que existisse no plano constitucional algum direito fundamental à defesa técnica no processo judicial, não seria razoável, em um país com tamanhas desigualdades sociais, que aqueles que pudessem pagar exigissem do Estado esta prestação em detrimento dos que não podem por ela pagar.

É que os direitos consistentes em prestações materiais do Estado estão sempre sujeitos ao que se pode razoavelmente exigir do Poder Público. Estamos com Ingo Wolfgang Sarlet neste ponto:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

“Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã - da ponderação por parte do legislador.”

Nesse caso, o reconhecimento da cláusula da reserva do possível tem, no sentido oposto do qual é normalmente utilizada, uma dimensão progressista, pois visa justamente priorizar o atendimento dos pobres em detrimento do daqueles que podem pagar com recursos próprios. Mais uma vez, cita-se Ingo Wolfgang Sarlet:

“(...) A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático de direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação - observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial e relação a todos os direitos - da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.”

Em suma, enquanto o Estado não conseguir atender a todos os pobres de uma maneira satisfatória, não existe razoabilidade na interpretação que confira ao art. 134 da CF/88 o papel de um mínimo que deve ser feito pela Defensoria Pública.

Assim qualquer legislação ou ato normativo infraconstitucional que estenda as atribuições da Defensoria Pública para a defesa de não necessitados em sentido financeiro fere o princípio da razoabilidade - pois se nem o mínimo



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

indispensável para se garantir o acesso à Justiça foi feito, não pode o Estado desviar parcela destes recursos para outras finalidades – e são inconstitucionais.

**II.5 – DA DEFESA DE RÉUS NÃO NECESSITADOS EM SENTIDO FINANCEIRO NO PROCESSO PENAL**

Um desses casos é a atuação da Defensoria Pública em defesa de réus não-necessitados em sentido financeiro no processo penal. A Defensoria Pública da União vem entendendo que, embora a Constituição Federal tenha delegado a esta instituição a atribuição da defesa daqueles que não dispõem de recursos, não definiu que tais recursos devam ser de ordem financeira.

Assim, ainda que o réu comprovadamente disponha de meios financeiros para realizar a sua defesa, basta que se recuse a constituir advogado para impor o dever ao Estado, por meio da Defensoria Pública, de promover-lhe a defesa.

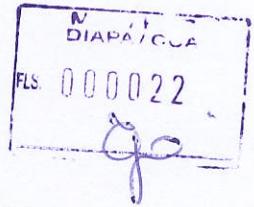
Desta forma, a Defensoria Pública da União vem defendendo sua legitimidade para defender réus economicamente abastados em casos que define como de **comprovada insuficiência de recursos jurídicos**.

O Conselho Superior da Defensoria Pública da União sufragou este entendimento por meio da Resolução n. 13, de 25 de outubro de 2006, nos seguinte termos:

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

No mesmo sentido é a Resolução nº 32 de 03 de junho de 2009:

(...)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

§ 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”

O mesmo entendimento parece inspirar o projeto do novo Código de Processo Penal em tramitação no Senado quando dispõe exatamente que:

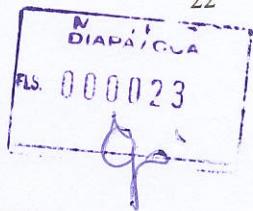
“Art. 58. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

§ 1º Com o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo penal, caberá à Defensoria Pública o patrocínio da defesa do acusado que, por qualquer motivo, não tenha constituído advogado, independentemente de sua situação econômica, ressalvado o direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

§ 2º O acusado que possuir condição econômica e não constituir advogado arcará com os honorários decorrentes da defesa técnica, cujos valores serão revertidos à Defensoria Pública, nos termos da lei.”

Ao mesmo tempo, a Defensora Pública da União expediu Memorando n.º 2.825/2009 – DPGU/GAB, firmado pelo Defensor Público-Geral da União, que permitiu aos defensores públicos lotados no estado do Amapá a sonegarem a assistência jurídica requerida pela população, em casos específicos, ainda quando comprovada a insuficiência de recursos, como se depreende do excerto subsequente: “(...) autorizo apenas a restrição de atendimento em demandas trabalhistas e de Execução Fiscal para os Defensores Públicos da União lotados nessa Unidade da Defensoria Pública da União no Amapá, permanecendo as atuações referentes à Justiça Eleitoral.” (fls. 7 – sem grifos no original).

Com isso fica patente que a assunção das novas atribuições pela Defensoria Pública vem desvirtuando suas nobres atribuições originárias. Como bem anteviu o Ministro Joaquim Barbosa na Relatoria da ADI 3.022-1/RS:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

“(...) Pode-se argumentar que em nada a assistência jurídica gratuita tenha sido prejudicada pelo acréscimo de atribuições contido na legislação gaúcha. Mas entendo, Sr. Presidente, que a atribuição de quaisquer outras atribuições à Defensoria Pública tende a desvirtuar sua missão institucional vinculada à concretização de um direito fundamental específico, cujo fim último é a democratização do acesso à Justiça.”

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 assentido 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 esvaiam 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 vontade de ver a constituição ser efetivada, pois que sacrifica um interesse próprio em nome da afirmação da constituição presta tributo a um indispensável valor à convivência social e ao funcionamento das instituições.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

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, assuma 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.”



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

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 procedural. 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.

### **II.6 – CONCLUSÃO**

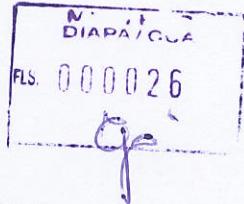
A defensoria Pública é uma advocacia com finalidade específica, qual seja, a defesa de necessitados em sentido financeiro.

Não existe em nosso ordenamento jurídico o direito fundamental à defesa gratuita em juízo, mas o do acesso à Justiça. Nesse diapasão, não há como ampliar o rol de atribuições da Defensoria Pública sob o argumento da não taxatividade dos direitos fundamentais. Tal atuação contrariaria a reserva do possível e desacataria o princípio da justiça distributiva.

Para a garantia do direito fundamental de acesso à Justiça, os pobres são defendidos gratuitamente pelo Estado por meio da Defensoria Pública.

Todos aqueles que não se enquadrem no conceito legal de pobre, e por algum motivo não constituem defensor, devem ser defendidos por advogados particulares dativos os quais serão remunerados à custa do defendido na forma do art. 263, parágrafo único, do CPP.

Já existe decisão do STF acerca do tema. Essa decisão foi tomada na ADIN 3022/RS. Os fundamentos determinantes dessa decisão afirmam que a Defensoria Pública existe para a defesa de necessitados em sentido financeiro.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

Assim, todos os atos administrativos, tal como Resolução n. 13, de 25 de outubro de 2006 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União – bem como toda decisão judicial que determina a nomeação de Defensores Públicos para a defesa de réus não necessitados em sentido financeiro são inconstitucionais e nulos de pleno direito.

**A nomeação de defensor público em casos que tais também acarreta violação ao princípio da igualdade** (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Com efeito, o advogado particular não tem privilégios processuais como a contagem em dobro de todos os prazos processuais e nem a intimação sempre pessoal, previstos para os defensores públicos (Art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/94).

E qual a razão desse privilégio dos defensores públicos? Precisamente o fato de defenderem hipossuficientes econômicos, que carecem de fatores de desigualdade formal para que possam se igualar materialmente às outras partes processuais, tanto que há a mesma previsão no art. 5º, §5º, da Lei da assistência judiciária (Lei nº 1.060/50). Não se trata, pois, de privilégio concedido a todo e qualquer réu em processo penal.

Pense-se na seguinte hipótese: dois réus, igualmente possuidores de recursos financeiros. O primeiro cumpre com o seu dever de lealdade processual e constitui advogado. O segundo, mesmo podendo pagar por um causídico, faz pouco caso da Justiça e em um dado momento se queda inerte.

Pois bem, na situação acima descrita, o primeiro réu teve que pagar pelos serviços de um causídico que não pôde contar com prazos processuais em dobro e nem intimação pessoal; o segundo, a seu turno, foi verdadeiramente premiado por sua inércia e teve nomeado defensor público, isto é, gratuito (ou, antes, pago pela sociedade) e detentor dos privilégios processuais acima indicados.



26

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

**Por óbvio, a mera desídia do réu em constituir advogado não se cuida de motivo suficiente para tamanha diferença de tratamento.** E, como cediço, uma desigualdade sem fundamento razoável nada mais é que **violação da igualdade**.

Nessas hipóteses de réus que podem pagar pelos serviços de um advogado, o beneficiamento indevido pela atuação da Defensoria Pública, além de abarrotar sobremaneira os serviços de seus agentes, afronta a Constituição Federal de 1988, razão pela qual essa prática não deve prosperar.

### **III – A URGÊNCIA DA MEDIDA**

Fora dos casos de sua atuação, deve ser reconhecida a ausência de capacidade postulatória dos defensores públicos.

Ora, a capacidade postulatória se trata da aptidão de postular em juízo, ou seja, é pressuposto processual subjetivo imprescindível para que o processo exista e se desenvolva validamente.

Assim, a atuação de defensores públicos em favor de pessoas não necessitadas acarreta defeito quanto à capacidade postulatória, pois que seu mandato *ex lege* é para atuar em favor de economicamente hipossuficientes.

Portanto, em se tratando de pessoa não legitimada para pleitear a representação jurídica por parte da Defensoria Pública, infere-se que essa instituição não detém capacidade postulatória para defender o réu, pressuposto processual indispensável ao regular andamento do feito.

Equivocado dizer que a DPU sempre tem capacidade postulatória: não, tanto quanto os advogados não a tem sempre, mas apenas quando regularmente



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO**

constituídos, dado que capacidade postulatória é o direito de defender em juízo uma determinada parte ou pretensão.<sup>7</sup> Da mesma forma, o membro do Ministério Público não tem capacidade postulatória para defender direitos individuais disponíveis e um procurador federal não tem capacidade postulatória para defender interesses de clientes particulares, embora ambos os agentes públicos tenham capacidade postulatória conferida por lei para o estrito cumprimento de seus deveres.

A prevalecer o entendimento aqui esposado, uma série de feitos podem ser anulados pela ausência de capacidade postulatória da DPU.

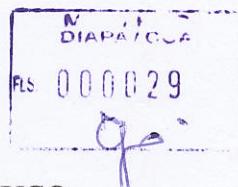
Não bastasse isso, a DPU vem gastando recursos públicos fora de suas atribuições institucionais e deixando de atender necessitados economicamente. Outrossim, uma série de feitos vem sendo retardada por conta de atuação indevida da DPU, que, como dito acima, estimula a procrastinação.

**Sendo assim, encontram-se demonstrados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* necessários a uma medida liminar.**

#### **IV – PEDIDO**

Por todo o exposto, requerem os procuradores da República signatários a Vossa Excelência que seja ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade, se possível com pedido de liminar, nos termos acima expostos.

<sup>7</sup> Nesse sentido, por exemplo: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL POR ADVOGADO IRREGULARMENTE CONSTITuíDO. INADMISSIBILIDADE. I. Constatado que o substabelecimento da procuração era vedado, de nenhum valor a representação do advogado substabelecido, que assinou o recurso, eis que carece de capacidade postulatória. II. Recurso especial não conhecido. (RESP 200401370329, ALDIR PASSARINHO JUNIOR, STJ - QUARTA TURMA, 23/04/2007)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO

Recife, 24 de março de 2011.

Pedro Jorge Costa  
Procurador da República

Anderson Vagner Góis dos Santos  
Procurador da República