

A Defensoria Pública e o município na concreção do direito à assistência jurídica integral e gratuita

Camilo Flávio Santos Fonseca

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Ciências Penais pela PUC Minas. Analista de Controle Externo do TCEMG.

Resumo: O presente artigo propõe uma reflexão sobre o tratamento jurídico conferido à criação de serviço municipal de assistência jurídica integral e gratuita para os cidadãos hipossuficientes, na hipótese de a comarca não ser atendida pela Defensoria Pública, a partir da análise crítica de disposições jurisprudenciais.

Palavras-chave: Assistência jurídica gratuita. Município. Defensoria Pública. Dignidade humana. Acesso à justiça. Igualdade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O panorama atual do constitucionalismo pátrio elenca a dignidade da pessoa humana como sustentáculo dos direitos fundamentais, entre os quais se destacam a igualdade e o acesso à justiça.

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 8) ensinam que o princípio do acesso à justiça indica duas finalidades basilares do ordenamento jurídico: “o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos” e “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

E complementam (1988, p. 12) ao aduzir que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Nesse contexto, erige-se uma vertente dos princípios da dignidade humana, da igualdade e do acesso à justiça, que é a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, inserta entre os direitos

fundamentais positivados na Constituição da República de 1988 (CR/88), art. 5º, LXXIV, o qual prenuncia que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A norma em comento estabelece uma ordem, um mandado, e impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica, de forma integral e gratuita, aos que comprovarem a insuficiência de recursos.

Com o intuito de instrumentalizar o comando, o próprio texto constitucional prevê, em seu art. 134, a Defensoria Pública:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-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, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Verifica-se, portanto, que os princípios da dignidade humana, da igualdade e do acesso à justiça fundamentam o direito dos necessitados à assistência jurídica integral e gratuita, garantido pelo Estado por meio da Defensoria Pública.

Contudo, a lógica constitucional é violada pela desídia estatal em instituir e aparelhar o órgão defensorial nos termos legais.

É certo que a Defensoria Pública ganha cada vez mais espaço e relevância no cenário jurídico brasileiro, e o advento da Emenda Constitucional (EC) n. 80, de 4 de junho de 2014, é mais uma demonstração do tão almejado crescimento institucional, mas ainda persiste considerável desequilíbrio entre a demanda dos hipossuficientes por assistência jurídica e a capacidade laboral da instituição defensorial, prejudicada pela insuficiência de defensores públicos, de servidores de apoio e pela carência logística.

O citado desequilíbrio proporcionou a ingerência do ente municipal, com espeque no art. 30, I, da CR/88, segundo o qual cabe ao Município “legislar sobre assuntos de interesse local”, em matéria constitucional cuja competência é atribuída à União, Estados e Distrito Federal (DF), pelo art. 24, XIII, da Constituição Federal, que confere competência a esses entes para legislar sobre “assistência jurídica e Defensoria Pública”.

Verificada tal situação, instaurou-se a seguinte dúvida: consideradas as comarcas e circunscrições judiciárias em que não há defensor público, a criação do serviço municipal de assistência jurídica integral e gratuita para os cidadãos hipossuficientes seria juridicamente viável ou configuraria usurpação de competência da instituição defensorial?

O estudo das disposições jurisprudenciais pertinentes indica que o Supremo Tribunal Federal (STF) versou, recentemente, sobre a importância do Poder Judiciário no controle da omissão estatal na efetivação de garantias fundamentais discriminadas na CR/88.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) apresentou duas correntes interpretativas sobre o tema: uma que vedou e outra que permitiu a interferência municipal na concreção do direito à assistência jurídica gratuita.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) posicionou-se pela proibição da ingerência municipal na efetivação do direito em estudo e abordou temas conexos relevantes.

Passa-se, então, à análise conceitual do direito à assistência jurídica integral e gratuita, ao estudo do órgão defensorial na concreção do direito fundamental em questão e à exposição das disposições jurisprudenciais

atinentes, para extrair os argumentos contrários e favoráveis à criação do serviço municipal de assistência jurídica aos necessitados, com as ulteriores considerações conclusivas.

2 ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

As expressões *assistência jurídica gratuita*, *assistência judiciária gratuita* e *gratuidade judiciária (justiça gratuita)* indicam direitos e benefícios corolários dos princípios da dignidade humana, da igualdade e do acesso à justiça. Comumente são consideradas sinônimas, mas representam institutos jurídicos distintos.

Cumprido asseverar, inicialmente, que todos os termos jurídicos supracitados vinculam o titular do direito público subjetivo ao cidadão necessitado, considerado aquele que, por circunstância permanente ou eventual, não dispõe de recursos suficientes para fomentar, sem prejuízo próprio ou da família, a prestação jurisdicional do Estado, inclusive os honorários advocatícios, as custas e as despesas processuais.

E a abrangência da expressão “recursos” não sofreu restrição de conteúdo no art. 5º, LXXIV, da CR/88, por que se afirma, com fulcro no princípio da máxima efetividade do texto constitucional, que a hipossuficiência não se limita ao aspecto econômico, devendo ser identificada no caso concreto.

O jurista Hélio Márcio Campo (2002, p. 119) define gratuidade judiciária ou justiça gratuita como o benefício estatal de isenção do recolhimento das taxas e das despesas processuais. Assim, mesmo após a comprovação da insuficiência de recursos do postulante perante o órgão que prestará o serviço de assistência jurídica gratuita, persiste o dever de o cidadão requerer o benefício da gratuidade judiciária ao juiz.

A assistência *judiciária* gratuita exprime o patrocínio gratuito de demanda judicial, com recursos estatais, daqueles que não podem arcar com custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sem inviabilizar o sustento próprio e da família. Divide-se em três sistemas, consoante doutrina de Hélio Márcio Campo (2002, p. 17-21):

- a) *sistema judicare* ou *service model*, em que o hipossuficiente pode escolher um advogado particular de sua confiança para representá-lo em juízo, que será remunerado pelo Estado por meio de um fundo criado pela lei de assistência judiciária;
- b) *sistema de defesa oficial* ou *de advogado remunerado pelos cofres públicos* ou *modelo estratégico de serviço social*, no qual escritórios de advocacia são instalados próximos à comunidades pobres para prestar serviços jurídicos aos necessitados, com recursos do Estado;
- c) *sistema combinado* ou *misto*, em que o beneficiário pode indicar um advogado particular ou optar por defensor público especializado para representá-lo em juízo.

Observa-se que a assistência *judiciária* gratuita limita-se ao atendimento judicial. A assistência *jurídica* gratuita, por sua vez, engloba o atendimento judicial e o extrajudicial, sendo este identificado como consultoria jurídica, que abarca a educação em direitos, orientação preventiva e solução extrajudicial de conflitos.

A ordem constitucional brasileira adotou o modelo da assistência *jurídica* gratuita e integral, acrescida da possibilidade de concessão de gratuidade judiciária pelo juiz competente.

Logo, é garantido ao hipossuficiente o direito de ser assistido em demanda judicial e de obter consultoria jurídica por meio da Defensoria Pública, além de não pagar custas e despesas processuais em caso de deferimento do pedido de justiça gratuita pelo juiz competente.

3 A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCREÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA E INTEGRAL

O art. 134 da CR/88 prenuncia que a Defensoria Pública é a instituição especializada em prestar assistência jurídica integral e gratuita aos grupos vulneráveis, conferindo-lhe *status* normativo de órgão essencial à função jurisdicional do Estado e de instrumento do regime democrático.

O órgão divide-se em Defensoria Pública da União, que atua nos processos de competência da justiça federal, e em Defensorias Públicas dos Estados e do DF, que exercem suas atribuições no âmbito da justiça estadual e distrital, respectivamente.

Na esfera judicial, o defensor público patrocina os interesses e proporciona o acesso dos hipossuficientes à tutela jurisdicional efetiva. No âmbito extrajudicial, promove a educação dos necessitados na consolidação de seus direitos e garantias, oferece orientação jurídica preventiva e busca a solução extrajudicial dos conflitos.

Certamente, a instituição defensorial vem ganhando espaço no cenário jurídico nacional. A autonomia financeira e orçamentária das Defensorias da União e Estaduais foi alcançada com o advento das ECs n. 45/2004 e n. 74/2013, respectivamente.

A EC n. 80, de 4 de junho de 2014, representa a materialização do crescimento institucional. Estende aos defensores públicos as garantias da magistratura previstas no art. 93 da CR/88, aplicadas no que couber, e confere ao próprio órgão a iniciativa de projetos de lei relativos à sua estruturação. Incluiu, ainda, o art. 98 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

A norma do § 1º do art. 98 do ADCT confere um prazo de oito anos para que todas as unidades jurisdicionais sejam atendidas pela Defensoria Pública.

Confirma-se, assim, uma realidade de inobservância do direito fundamental do cidadão à assistência jurídica gratuita, devido à ausência de defensores públicos em várias comarcas e seções judiciárias do Brasil.

Segundo dados da Associação Nacional da Defensoria Pública¹, nos Estados de Goiás, Amapá, Paraná e Santa Catarina, a defensoria está em processo de implantação.

Em grande parte dos estados, o atendimento se restringe à capital, e a Defensoria Pública da União não foge à regra da carência logística e de recursos humanos.

Apenas no Distrito Federal e no Rio de Janeiro, os defensores atuam em todas as comarcas, mas ainda em número insuficiente para conferir efetividade ao valor constitucional da universalização da justiça.

Atesta-se, por conseguinte, que os regramentos atinentes à Defensoria Pública não vêm sendo observados pelos entes federativos.

¹ Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2013.

Para exemplificar a dissonância entre norma e realidade, cite-se o Estado de Minas Gerais, onde várias comarcas não são atendidas pela instituição defensorial, apesar de a Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu art. 130, § 2º, dispor que “é obrigatória a criação de órgão da Defensoria Pública em todas as comarcas”.

E a Lei Complementar Estadual n. 65, de 16 de janeiro de 2003, integraliza o comando normativo ao estabelecer que:

Art. 5º Compete à Defensoria Pública: [...]

§ 3º O exercício da assistência jurídica aos necessitados é privativo da Defensoria Pública. [...]

Art. 41. É obrigatória a instalação de Defensoria Pública em todas as comarcas do Estado.

Art. 43. As Defensorias Públicas poderão ser agrupadas em regiões, sob a coordenação de um Defensor Público, nos termos do Regulamento Interno.

A incapacidade da União, dos Estados e do DF em prestar assistência jurídica integral e gratuita gerou, inicialmente, a consolidação da figura do advogado dativo, nomeado pelo juiz.

Em concepção pragmática, nas comarcas ou seções judiciárias sem defensores públicos, os juízes podem designar advogado para atuar em juízo na representação dos interesses do necessitado, sendo geralmente remunerado pelo Poder Executivo.

Considerando as dificuldades encontradas pelos juízes na nomeação de defensores dativos com atuação restrita ao atendimento judicial, a demanda por assistência jurídica subsistiu e incentivou a prática de ações dos gestores municipais para suprir a deficiência dos outros entes federativos e efetivar direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Alguns municípios criaram (e outros foram impedidos) um serviço de assistência jurídica gratuita e integral, conforme veremos na jurisprudência colacionada adiante.

4 DISPOSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

4.1 Supremo Tribunal Federal (STF)

O STF consignou, por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento n. 598.212, que a omissão estatal em implantar a Defensoria Pública se enquadra em uma “situação constitucionalmente intolerável” e destacou a importância do Poder Judiciário no “controle de legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas discriminadas na ordem constitucional”. Condenou o ente federativo “a cumprir a obrigação de implantar e estruturar a Defensoria Pública” no prazo de seis meses, sob pena de multa diária.

Em apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.903/PB, o STF fez apontamentos pertinentes sobre a instituição defensorial:

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas — carentes e desassistidas, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam — 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. [...]

A Corte Constitucional decidiu, nos autos da ADI n. 3.700/RN, pela inconstitucionalidade de norma estadual que permitia ao Estado-membro contratar advogados, em caráter precário e temporário, para o exercício da função de defensor público, com base nos princípios da moralidade pública e do concurso público:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei n. 8.742, de 30 de novembro de 2005, do Estado do Rio Grande do Norte, que “dispõe sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de defensor público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado”.

1) A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/1988).

2) Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira.

3) A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade.

4) Ação direta julgada procedente.

No mesmo sentido, cita-se a ADI n. 2.229/ES, cuja decisão asseverou que a não realização de concurso público para preenchimento de cargos de defensor público incompatibiliza o requisito de necessidade temporária de excepcional interesse público para a contratação de advogados pelo ente estadual:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: DEFENSOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, II e IX. Lei 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo: inconstitucionalidade.

I — A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.

II — Lei 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade.

III — Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Lembre-se de que a CR/88 confere à União, aos Estados e ao DF competência para legislar sobre “assistência jurídica e Defensoria Pública”, atribuição constitucional esta que não afeta o ente municipal.

4.2 Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)

O TJMG, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, atestou a constitucionalidade de lei que criou serviço municipal de assistência jurídica e gratuita com fundamento no art. 23, II, da CR/88, o qual estabelece como competência legislativa de todos os entes da federação “cuidar da assistência pública”, e no art. 30, I, do mesmo diploma, que autoriza o município a legislar sobre serviço público de interesse local:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEI N. 1.347/1995 DO MUNICÍPIO DE [OMISSIS] — PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ATINENTES À ASSESSORIA JURÍDICA GRATUITA — COMPETÊNCIA CONJUNTA DOS ENTES FEDERADOS — ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL — AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE — IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

Não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei Municipal que cria serviço de assistência jurídica gratuita a ser prestada pela prefeitura municipal de [omissis], haja vista que, além de o artigo 23, inciso II, da CR/88, estabelecer como sendo competência administrativa da União, Estados e Municípios “cuidar da assistência pública”, que deve ser entendida com toda a amplitude que lhe consagra o Texto Constitucional, o art. 30, I, da CF/88, autoriza os Municípios a legislar sobre serviço público de interesse local, neles incluída a assistência jurídica aos seus municipes.²

Ocorre que, há menos de um mês da decisão supramencionada, o mesmo órgão julgador havia vetado a aplicação de norma municipal que previa a criação de Defensoria Pública, com fulcro na inobservância das disposições constitucionais relativas à competência legislativa, no vício de iniciativa legislativa e na preservação do pacto federativo:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEIS MUNICIPAIS — CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO — FUNÇÕES DA ROTINA ADMINISTRATIVA — INEXISTÊNCIA DE CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO — CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA MUNICIPAL — COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO E DOS ESTADOS — OFENSA AO ART. 165, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO — INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

Declara-se a inconstitucionalidade dos artigos das Leis do Município de [omissis] que criam cargos de provimento em comissão para funções da rotina administrativa e que devem ser ocupados por servidores de carreira da Administração.

É inconstitucional, por ofensa ao art. 165, §1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, artigo de Lei Municipal que dispõe sobre a criação da Defensoria Pública Municipal, já que compete concorrentemente à União e aos Estados legislar sobre tal matéria.

Julgada procedente a ação.³

No mesmo sentido, aponta-se o julgamento da ADI n. 1.0000.11.075371-2/000:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEI MUNICIPAL — CONTRATO TEMPORÁRIO — FUNÇÕES — EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO — AUSÊNCIA — CARÁTER ESSENCIAL E PERMANENTE — CLÁUSULA ABERTA E GENÉRICA — IMPOSSIBILIDADE — INCONSTITUCIONALIDADE — LEI MUNICIPAL — CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA MUNICIPAL — COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO E DOS ESTADOS — OFENSA AO ART. 165, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO.

² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.12.037938-3/000. Relator: des. Elias Camilo. Julgado em 11 dez. 2013. Publicado em 19 dez. 2013.

³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.12.126006-1/000. Relator: des. Kildare Carvalho. Julgado em 13 de nov. de 2013. Publicado em 10 jan. 2014.

Não se admite a manutenção no ordenamento jurídico municipal de dispositivos de lei que contenham cláusulas abertas e genéricas, quando estas possam implicar ofensa à Constituição Estadual.

São inconstitucionais os dispositivos de Lei Municipal que autorizam a celebração de contratos temporários para funções de caráter essencial e permanente na Administração Pública, ofendendo o disposto no art. 22 da Constituição do Estado.

Incabível a interpretação conforme a Constituição quando a técnica enseja a criação de norma jurídica, atividade própria do Poder Legislativo.

É inconstitucional por ofensa ao art. 165, § 1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, Lei Municipal que dispõe sobre a criação da Defensoria Pública Municipal, prevendo inclusive a contratação temporária para o cargo de Defensor Público Municipal, já que compete concorrentemente à União e aos Estados legislar sobre tal matéria.

Julgada procedente a ação.

Impende realçar que o Órgão Especial do TJMG decidiu, em curto intervalo de tempo, pela possibilidade e impossibilidade de criação do serviço municipal de assistência jurídica integral e gratuita para os cidadãos hipossuficientes.

4.3 Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG)

A Segunda Câmara da Corte de Contas posicionou-se, nos autos da Denúncia n. 887.949, pela anulação do pregão presencial em que a Prefeitura Municipal de Buenópolis pretendia consolidar a contratação de prestação de serviços de assessoria jurídica no Departamento Municipal de Assistência Social.

DENÚNCIA — PREFEITURA MUNICIPAL — PREGÃO PRESENCIAL — PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA A PESSOAS CARENTES — INSTITUIÇÃO DE DEFENSORIA PÚBLICA MUNICIPAL — ILEGALIDADE DO OBJETO — USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA ESTADUAL — PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA — DETERMINADA A ANULAÇÃO DO CERTAME — ENVIO DE CÓPIA DA DECISÃO À DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS — NÃO APLICAÇÃO DE MULTA — INTIMAÇÃO AO DENUNCIANTE E COMUNICAÇÃO DO TEOR DA DECISÃO AO LICITANTE VENCEDOR.

Julga-se procedente a denúncia e, diante da constatação de que o objeto licitado afronta os ditames constitucionais por pretender instituir no Município um tipo de Defensoria Pública paralela, em clara usurpação à competência estadual, determina-se à Administração que promova a anulação do Pregão Presencial, consoante o disposto no art. 49 da Lei n. 8.666/93.

O ato convocatório estabelecia, entre outras atribuições laborais, a representação em processos criminais dos munícipes que declarassem falta de condições financeiras para contratação de advogado.

Insta destacar que não houve aplicação de multa ao prefeito municipal e ao pregoeiro, visto que “agiram no intuito de suprir a deficiência de assistência jurídica que assola o Município, embora equivocadamente”, consoante notas taquigráficas.

Salienta-se que, na Consulta n. 687.067, o TCEMG já havia entendido que “foge à competência do Município a prestação de assistência jurídica às pessoas carentes já que, de acordo com o art. 134 da Constituição Federal, esta é uma atribuição do Estado”.

E na Consulta n. 694.461, a Corte de Contas havia se posicionado pela inviabilidade de o Poder Legislativo criar, às suas expensas, um serviço de atendimento ao cidadão, com o objetivo de prestar orientação e assistência jurídica aos hipossuficientes, sob o argumento de que

[...] dentre as atribuições do Poder Legislativo não se encontra o exercício direto da atividade como pretendido. Cabe à Câmara Municipal promover gestões, inclusive elaborando leis que permitam à Prefeitura celebrar termos de cooperação com órgãos estaduais ou federais, objetivando a instalação, no Município, de serviços próprios para o exercício dessas atividades.

Todavia, é importante relatar que a Corte de Contas deliberou ser possível firmar termo de parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), “objetivando promover a assistência judiciária à população carente nas áreas de direito previdenciário e de direito do consumidor”, desde que, entre outras exigências, a matéria esteja devidamente regulamentada no âmbito municipal e que sejam observadas as normas da Lei n. 8.666/93, conforme exarado na Consulta n. 716.238.

Em matéria de direito do consumidor, reporta-se à manifestação do TCEMG na Consulta n. 746.715,

[...] no sentido da possibilidade da Câmara Municipal criar e manter, às suas expensas, com seus recursos orçamentários, Órgão de Defesa e Proteção do Consumidor - PROCON, posto que o art. 5º, inciso XXXII, da CR/88, c/c o art. 5º e o art. 105, ambos, da Lei n.º 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, atribuem de forma genérica ao Estado esta incumbência, não apresentando vedação alguma a que o Poder Legislativo o faça, ressaltando, no entanto, que o PROCON, depois de criado, passa a pertencer ao SNDC - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, não se subordinando, portanto, ao Órgão que o constituiu e o sustenta.

Menciona-se, ainda, o Resumo da Tese Reiteradamente Adotada publicado em resposta à Consulta n. 776.295, segundo o qual

[...] a criação, pela Câmara Municipal, de Centro de Atendimento ao Cidadão, destinado a fornecer orientação jurídica, informações de acompanhamento das tramitações dos projetos afetos ao Poder Legislativo Municipal, bem como outras informações municipais de interesse dos munícipes, encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, desde que detenha caráter estritamente institucional e não invada a competência do Poder Executivo de execução de políticas públicas e prestação de serviços públicos.

Nesse viés, transcrevem-se trechos do parecer lavrado pelo conselheiro Sebastião Helvecio, nos autos da Consulta n. 812.116:

Conforme relatado na questão de n. 1 da presente consulta, o Centro de Atendimento hipoteticamente criado pelo Poder Legislativo Municipal prestar-se-ia a fornecer orientação jurídica e informações sobre projetos afetos ao Poder Legislativo Municipal.

Entendo que tais atividades relacionam-se, diretamente, com as atividades constitucionalmente atribuídas à Casa Legislativa Municipal e, por isso, estão albergadas pelo ordenamento jurídico.

Tal iniciativa pode ser vista, inclusive, como uma sadia forma de publicidade, pois apresenta o caráter educativo, informativo e de orientação social, enunciado no §1º do art. 37 da Constituição Cidadã.

Mais que isso, entendo que um projeto com esse intento, obedecendo aos termos dispostos na presente consulta, de orientação dos cidadãos a respeito das atividades do legislativo municipal, apresenta-se como um fator de democratização e aproximação entre o povo — verdadeiro titular do poder estatal (art. 1º, parágrafo único, CR/88) — e seus representantes.

Respondendo, portanto, em tese, entendo que a criação do Centro de Atendimento descrita pelos consulentes tem amparo no ordenamento jurídico pátrio, desde que detenha caráter estritamente institucional e não invada a competência do Poder Executivo de execução de políticas públicas e prestação de serviços públicos.

Cumprido referenciar, por fim, entendimento delineado em 2006, em apreciação sobre a Consulta n. 703.162, na qual o TCEMG decidiu, em tese, que não compete aos municípios “contratar advogados e colocá-los à

disposição da Defensoria do Estado”, mas asseverou que “poderá ele, o município, a exemplo do que ocorreu em vários outros, instituir, organizar e manter a sua própria defensoria municipal desde que reclamada pela população local”, conforme transcrição a seguir:

[...] a teor do art. 18 da Constituição Federal, o município é autônomo, podendo assumir toda e qualquer obrigação para satisfazer o interesse de sua população, mas não se deve perder de vista que referida autonomia não é um fim em si mesma, mas meio legal de dotar a entidade política de instrumentos capazes de promover os peculiares anseios da comunidade municipal.

Nesse sentido, convém não olvidar que o município deve evitar o perigoso e indesejável comprometimento de seu orçamento para arcar com despesas próprias de defensoria estadual, prejudicando, assim, a consecução de serviços que lhes são afetos.

O direito fundamental de acesso universal à Justiça, art. 5º, LXXIV, da Constituição da República, presente também na Carta Estadual de Minas Gerais, art. 129, materializa inafastável mandamento aos entes federados de efetivamente instituir a defensoria pública.

Noutras palavras, se dúvida existisse quanto ao dever constitucional de o Poder Público prestar, diretamente, por defensoria pública, os serviços de acesso do cidadão carente à justiça, essa incerteza, depois de uma atenta e sistemática leitura das citadas Cartas Magnas, não se sustentaria diante da clarividência dos comandos legais que cuidam da matéria.

A colaboração dos municípios com a Defensoria do Estado, se assim exigir o peculiar interesse local, devidamente comprovado e justificado, não pode ir além da cooperação prevista nos arts. 181 e 182 da Lei Maior Mineira, vedado o fornecimento de recursos humanos, salvo estagiários, sob pena de intermediação de mão-de-obra de servidor público estadual, numa verdadeira burla ao concurso público e, por conseguinte, a direitos difusos.

De outra feita, se de um lado os municípios estão, pela Constituição, desobrigados de organizar defensoria, por outro têm eles o dever legal de manter serviços de apoio jurídico à população carente, donde se conclui, com suporte na forma federativa adotada pela Carta da República de 1988, que é constitucional a instituição, por lei, de defensoria pública municipal.

Do parágrafo único do art. 134 da Constituição Federal destacamos o comando segundo o qual:

‘lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, por concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.’

Observa-se que, além de a Carta Magna não proibir a criação de defensoria pública pelos municípios, o art. 30, II, do mesmo diploma, possibilita a esses entes locais suplementar a legislação federal e estadual, inclusive nas matérias do art. 24 da referida Carta.

A título de exemplificação, trago à baila a informação de que Contagem, numa iniciativa pioneira, foi um dos primeiros municípios de Minas a prover, por meio de sua Defensoria Pública, a assistência jurídica gratuita à sua população carente, garantindo, assim, o serviço de acesso à justiça.

Ressalta-se que, no âmbito do TCEMG, o entendimento atual é no sentido da proibição de criação de serviço municipal de assistência jurídica integral e gratuita para os cidadãos hipossuficientes, mesmo na hipótese de inexistir atendimento da Defensoria Pública no município.

5 ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS

Diante do exposto, extraem-se os elementos argumentativos que embasam a decisão dos julgadores que são contrários e dos que são favoráveis à criação de serviço municipal de assistência jurídica gratuita e integral aos grupos vulneráveis.

O entendimento jurisprudencial majoritário, que defende a inviabilidade jurídica do referido serviço, traz como fundamentos precípuos o disposto no art. 24, XIII, da CR/88, o qual atribui apenas à União, Estados e DF a competência legislativa referente à “assistência jurídica e Defensoria Pública”, e no art. 134 da Carta Federal de 1988, que confere à Defensoria Pública o *status* de instituição essencial à função jurisdicional.

Impõe-se ao ente federativo observar os limites constitucionais, sob pena de comprometimento da simetria constitucional, da estrutura federativa e da convivência harmônica dos entes.

Outro argumento de cunho legislativo que se encontra no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, defende a inconstitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição n. 12/2007, que pretendia incluir o seguinte parágrafo no art. 134 da CR/88:

Art. 134. [...]

§ 4º Às Defensorias Públicas Municipais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no Art. 99, § 2º.

Aduz-se, ainda, que as prerrogativas inerentes ao cargo de defensor público, tais como a contagem do prazo em dobro, a dispensa de procuração e a necessidade de intimação pessoal, constituem mecanismos compensatórios destinados a viabilizar, em plenitude, o princípio da igualdade.

Destaca-se a independência funcional, que possibilita ao defensor público a contraposição ao interesse municipal, hipótese improvável em se tratando de advogados do município.

Por outro lado, os que defendem a possibilidade de criação de serviço municipal de assistência jurídica gratuita e integral aos hipossuficientes apresentam como alegações principais a norma prescrita no art. 23, II, da CR/88, que estende a competência de “cuidar da assistência pública” para todos os entes federados, cumulado com o estabelecido no art. 30, I e II, da Carta Federal, o qual autoriza o município a legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber, respectivamente.

Os adeptos dessa corrente argumentam que: a assistência jurídica está contida no conceito de assistência pública e figura, portanto, entre as matérias de competência municipal; o atendimento judicial e extrajudicial aos necessitados constitui matéria de interesse local, por promover a integração social dos desfavorecidos; compete ao município suplementar a lei federal ou estadual no que couber, razão pela qual tem competência legislativa constitucional para dispor sobre a matéria em exame.

Ainda lembram que o art. 86 da Lei n. 8.069/90 prevê a atribuição municipal de estabelecer a política de atendimento à criança e ao adolescente, oferecendo inclusive assistência jurídica. E citam ainda o art. 4º, V, r, da Lei n. 10.257/01, o qual institui a obrigação municipal de prestar assistência técnica e jurídica para aplicação do Estatuto da Cidade.

6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Ultimada a discussão, auferem-se plausibilidade no raciocínio jurídico de duas correntes jurisprudenciais diametralmente opostas, tendo em vista a complexidade da concreção do direito fundamental à assistência jurídica gratuita e integral.

A questão deve, então, ser analisada sob três perspectivas: pragmatismo jurídico, instituição defensorial e concreção dos direitos fundamentais.

Ressalta-se, sob a ótica do *pragmatismo jurídico*, que as disposições jurisprudenciais tendem a consolidar o entendimento de que as atribuições da Defensoria Pública só podem ser exercidas por integrantes da

carreira, vedada a criação do serviço municipal de assistência jurídica gratuita, destinado aos grupos vulneráveis.

Nesse contexto, compete ao gestor de município em que não há atendimento por defensor público priorizar ações colaborativas para implantação do órgão defensorial na unidade jurisdicional respectiva, proibido o fornecimento de recursos humanos.

O gestor deve ainda buscar estabelecer convênio com faculdades de direito para que os municípios necessitados recebam assistência jurídica gratuita dos estudantes que cursam o estágio de prática forense.

Lembra-se de que o TCEMG permite que o gestor municipal firme termo de parceria com Oscip para promoção de assistência jurídica gratuita, nas áreas de direito previdenciário e do consumidor.

E, no âmbito do Poder Legislativo Municipal, a Corte de Contas possibilita criar e manter órgão de defesa e proteção ao consumidor bem como centro de atendimento ao cidadão, que fornece orientação jurídica e informações de caráter institucional.

Destaca-se, com enfoque na *instituição defensorial*, que a dinâmica constitucional consolida a aptidão do órgão em operacionalizar e concretizar o direito dos hipossuficientes à assistência jurídica integral e gratuita.

Em 4 de junho de 2022, a dúvida sobre a viabilidade jurídica da criação do serviço municipal de assistência jurídica integral e gratuita para os cidadãos hipossuficientes não subsistirá. O advento da EC n. 80/2014, com a inclusão do art. 98 no ADCT, o qual confere prazo de oito anos para que União, Estados e Distrito Federal disponibilizem defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, representa a sedimentação constitucional do órgão defensorial.

E a recente decisão em que o STF condena ente federativo a implantar e estruturar Defensoria Pública no prazo de seis meses, sob pena de multa diária, denota o controle de legitimidade do Poder Judiciário sobre omissão estatal na implementação de políticas públicas discriminadas na ordem constitucional.

Logo, a implantação do serviço municipal de assistência jurídica gratuita será usurpação de competência da instituição defensorial, que atuará em todas as unidades jurisdicionais, nos termos estabelecidos pelo constituinte ou, nos casos omissivos, por determinação judicial.

Entretanto, cumpre aduzir que a ausência da Defensoria Pública em várias comarcas e seções judiciárias, entre junho de 2014 e junho de 2022, enseja análise da discussão sob a perspectiva da *concreção de direitos fundamentais*.

O Estado tem a atribuição inafastável de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não dispõem de recursos, com fulcro no art. 5º, LXXIV, da CR/88, e nos princípios da dignidade humana, da igualdade e do acesso à justiça.

Nesse sentido, defende-se que seja permitida ao gestor municipal, em municípios não atendidos pelo órgão defensorial, a contratação temporária, por meio de procedimento licitatório, de advogados para o atendimento judicial e extrajudicial dos necessitados.

Observa-se que há necessidade de excepcional interesse público, e o requisito da temporariedade é garantido pela obrigação da União, dos Estados e do DF de implantar e estruturar a Defensoria Pública, nos termos do art. 98 do ADCT.

Admite-se que cargos de natureza permanente não devem ser objeto de contratação temporária, mas há exceções em que prevalece o interesse social, como na contratação adicional de professores em caso de suspensão de concurso público e de médicos em situação de epidemia, entre outras situações.

Com efeito, demanda-se a previsão em lei municipal dos cargos, editada com supedâneo na competência legislativa para interesses locais.

A ação municipal representaria o fortalecimento da estrutura federativa, ao demonstrar solidariedade entre os entes na concreção dos direitos fundamentais, que representam vetores da criação, interpretação e aplicação das normas. Constituem cláusulas pétreas, com conteúdo normativo impassível de restrição.

A CR/88 confere ao Estado uma atribuição inafastável e ao cidadão um direito público subjetivo. Proporcionar a educação em direitos, a orientação jurídica preventiva, a solução extrajudicial de conflitos e o atendimento judicial aos hipossuficientes significa possibilitar o exercício da cidadania, em sua concepção substancial, e promover a almejada inclusão social dos grupos vulneráveis.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. 352 p.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 864 p.
- CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita: assistência judiciária e gratuidade judiciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 200 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. 1.228 p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 553 p.
- PASSOS, Fernando. Acesso à justiça e modelo de administração da justiça — Papel da Advocacia, do Ministério Público e da Magistratura. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 9, n. 37, p. 64-83, out./dez. 2001.
- ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 314 p.
- ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 220-245, jul./set. 2009.
- SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.

Abstract: This article proposes a reflection on the legal treatment given to the creation of municipal service for full and free citizens hyposufficient legal assistance, in the event the county not served by public defender from the study of case law provisions.

Keywords: Free legal assistance. Municipality. Public Defender. Human dignity. Access to justice. Equality.