

PARECERES

PARECER Nº 08/93 - MILTON FLAKS

Defensoria Pública --- Funções institucionais --- Patrocínio coletivo de direitos fundamentais de presos --- Requisição de perícia em carceragem à autoridade policial --- Legitimidade.

1. Pede-se parecer normativo (fls. 52) em face de conflito de entendimento entre a Secretaria de Estado da Polícia Civil (SEPC) e a Procuradoria Geral da Defensoria Pública (PGDP), a ser solucionado pelo Chefe do Poder Executivo, uma vez que são órgãos de igual hierarquia (CE, art. 177, *caput*).

2. Motivou a divergência requerimento de defensor público a delegado policial solicitando fosse requisitada a realização de perícia local e médico-legal nas dependências de Delegacia, especialmente na carceragem e nos detentos ali recolhidos, para avaliar as condições em que se encontravam.

Cifra-se o dissídio em saber: a) se é lícito aos defensores públicos, *ex officio*, adotar medidas genéricas no interesse de presos recolhidos nas Delegacias Policiais; b) se o respectivo titular está obrigado a atender à requisição de perícia ou providência análoga com o mesmo objetivo.

3. Registre-se, desde logo, que o tema foi versado com brilho profissional e profundidade na pesquisa doutrinária por ambos os ilustres Assessores Jurídicos que funcionaram no processo, Delegado EDGARD BAETA NEVES FLORES, pela SEPC, e Defensor Público ROBERTO DUARTE BUTTER, pela PGDP, o que dificulta sobremodo o arbitramento inicial desta PGE, visto que caberá ao Senhor Governador do Estado dar a última palavra. Como se trata de parecer normativo, eventualmente destinado a publicação oficial, impende resumir os argumentos de ambos os lados.

4. Sustenta a Procuradoria Geral da Defensoria Pública (fls. 22/31), inicialmente, que os defensores públicos são *agentes políticos do Estado*, conclusão que extrai de dispositivos da Constituição Federal, da Constituição Estadual e da Lei Complementar nº 06/77, bem como do magistério de HELY MEIRELLES, segundo o qual

"Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais." (*Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., Malheiros, 1992, ps. 72/74).

5. Lembra que, entre as prerrogativas que a Constituição Estadual concede aos defensores públicos, inclui-se a de

"requisitar, administrativamente, de autoridade pública ou dos seus agentes ou de entidade particular: certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências, necessários ao exercício de suas atribuições;" (art. 178, nº IV, alínea "a").

6. Salaria que a Constituição Federal (art. 5º, nº XLVIII em disposição reproduzida, em substância, pela Carta Estadual (art. 27), assegurou aos presos "o respeito à integridade física e moral".

Acrescenta que a Lei de Execução Penal (art. 88), incorporou exigências mínimas constantes de Resoluções da ONU sobre o tratamento a ser dispensado aos condenados (cela individual, salubridade, metragem mínima), exigências essas que, *a fortiori*, devem ser

observadas na carceragem das Delegacias Policiais, legalmente destinadas a presos não condenados.

7. Reproduz observação do eminente constitucionalista LUÍS ROBERTO BARROSO no sentido de que

"As diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas". (*Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 1ª ed., Renovar, 1990, p. 112).

para sublinhar que a efetividade dos direitos fundamentais assegurados aos presos, condenados ou não, também depende da existência de órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de concretizá-los.

8. Destaca o opinamento da PGDP que o art. 28 da Constituição do Estado, com o escopo de garantir ao preso os seus direitos, considera falta grave impedir ou dificultar o servidor público, sob qualquer pretexto, a verificação imediata das condições de permanência, alojamento e segurança de prisioneiros, por parte de autoridades, órgãos e entidades que menciona, entre os quais inclui expressamente os membros da Defensoria Pública.

9. Depois de invocar o art. 22, nº XIII, da Lei Complementar nº 06/77, que inscreve entre as atribuições dos defensores públicos a de "requerer a transferência de presos para local adequado, quando necessário", recordando, ainda, que, nos termos do art. 176, § 2º, da CE, as funções institucionais nele arroladas são apenas exemplificativas ("dentre outras que lhe são inerentes"), assevera o parecer:

"A interpretação do ordenamento positivo, que é uno, demonstra, também, que há diferença entre a atribuição de defesa do acusado em processo criminal (execução penal, inclusive) e a defesa dos direitos fundamentais assegurados aos presos; esta tem caráter amplo, não se limitando aos presos que tenham seus interesses processuais (*rectius*: em autos de ação penal) defendidos pela Instituição, alcançando, pois, todos os presos, inclusive aqueles cujas defesas criminais não são patrocinadas pela Defensoria Pública (compare-se, p. ex., o disposto nos incisos XIV e XIX do art. 22 da Lei Complementar nº 06/77), ou seja, a primeira tem natureza individual e a segunda coletiva." (fls. 27)

10. Responde, em seguida, ao argumento de que a autoridade policial não teria competência, ainda que o desejasse, para requisitar a perícia solicitada, porque só poderia fazê-lo no contexto da apuração de infrações penais.

Observa que a autoridade policial exerce, fundamental e não exclusivamente, funções de polícia judiciária, e que entre as suas atribuições administrativas encontra-se o poder-dever de zelar pelas condições de carceragem, bem como pela segurança e saúde dos presos nela recolhidos.

Não poderia, assim, recusar o pedido, tanto mais porque existe, no âmbito da SEPC, resolução determinando que os institutos componentes do Departamento de Polícia Técnica e Científica só podem atuar mediante requisição da autoridade policial.

11. Conclui o ilustre Assessor Jurídico da Procuradoria Geral da Defensoria Pública, Doutor ROBERTO DUARTE BUTTER, sustentando, em suma:

a) os membros da Defensoria Pública, nos termos da legislação invocada, têm competência para requerer aos Delegados de Polícia a realização de perícia visando a apurar as condições em que se encontram os presos recolhidos nas diferentes unidades policiais;

b) se houver recusa da autoridade policial, por ato próprio ou em obediência à ordem de superior hierárquico, poderão os defensores públicos impetrar mandado de segurança em defesa de suas prerrogativas funcionais;

c) a recusa poderá, inclusive, configurar crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 3º, alínea "j", da Lei nº 4.898/65.

13. Por seu turno, argumenta a Secretaria de Estado da Polícia Civil (fls. 13/19 e fls. 33/52) que, quando menos, é duvidosa, em sede doutrinária, a qualificação dos defensores públicos como *agentes políticos*, trazendo à colação o magistério de MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO, segundo o qual:

"Essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional, sem grande poder de influência na atuação política do governo, a não ser pelo controle *a posteriori*.

O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o primeiro exercendo uma das funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia, e o segundo a função de auxiliar do Legislativo no controle sobre a Administração. Em suas atribuições nada se encontra que justifique a sua inclusão entre as funções de governo; não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais.

Não basta o exercício de atribuições constitucionais para que se considere como agente político aquele que as exerce.

São portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores." (*Direito Administrativo*, 3ª ed., Atlas, 1992, p. 305/306).

14. Aduz o parecer que, não obstante a relevância das atribuições conferidas à Defensoria Pública, elas não envolvem a "responsabilidade de decisão e opções políticas", correspondente às "altas e complexas funções governamentais decisórias", que justificam a "plena liberdade funcional" com que atuam os agentes políticos, no dizer de HELY MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 72/74).

15. Não nega que os defensores públicos, a exemplo de outros agentes do Poder Público, para o adequado desempenho de suas funções, desfrutem de prerrogativas por vezes idênticas às dos *agentes políticos*. Como tais prerrogativas não são privativas destes, essa circunstância não os transforma em *agentes políticos*.

Assim sendo, acrescenta o parecer, também os defensores públicos devem pautar sua atuação dentro dos precisos limites da competência que lhes é deferida pelo ordenamento jurídico, pois consoante ensina DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO.

"Importante é a afirmação de que a competência resulta da lei, donde o princípio da reserva legal da competência, que pode enunciar-se assim: nenhum ato sem

competência, nenhuma competência sem lei anterior que a defina" (*Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., Forense, 1989, p. 106/107),

16. Frisando que o ponto nodal da controvérsia reside em saber se o requerimento formulado pelo defensor público se inclui na competência que lhe é outorgada pelo Direito positivo, passa o parecer a analisar os limites dessa competência.

17. Observa que o campo de atuação da Defensoria Pública é delimitado pelo art. 5º, nº LXXIV, da CF ("O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos"), combinado com o art. 134, *caput* ("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").

Com apoio em escólios de SILVIO ROBERTO MELLO SOARES e HUMBERTO PEÑA DE MORAES (*A Defensoria Pública como Órgão do Estado na Constituição de 1988*, in "Livro de Estudos Jurídicos", 2ª ed., Instituto de Estudos Jurídicos, nº I, p. 114) e ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ TUCCI (*Constituição de 1988 e Processo*, 1ª ed., Saraiva, 1989, p. 25), sobre o conceito de *assistência jurídica integral*, afirma que a atuação da Defensoria Pública se restringe, mesmo assim tão-somente em relação aos comprovadamente necessitados que a ela recorram:

a) à defesa individual em juízo, em todos os graus de jurisdição;

b) à orientação jurídica preventiva extrajudicial.

18. Partindo de tal delimitação, em nível constitucional, pela Carta de 1988, invoca o "princípio da superioridade das normas constitucionais", exposto por CELSO RIBEIRO BASTOS (*Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., Saraiva, 1989, p. 103) e o "princípio da recepção", lembrado por NAGIB SLAIB FILHO (*Anotações à Constituição de 1988*, 2ª ed., Forense, 1989, p. 80), para ressaltar que são inconstitucionais, se posteriores, ou mostram-se revogadas, se anteriores, quaisquer disposições que ampliem o campo de atuação da Defensoria Pública. Sublinha o parecer, a propósito:

"(...) a Constituição Federal traçou o círculo de competência que delimita a atuação da Defensoria Pública e, ao fazê-lo, condicionou a estes limites todas as normas subconstitucionais relativas à matéria.

Note-se, ainda, que a Constituição Federal, ao relacionar em seu art. 129 as funções institucionais do Ministério Público, previu, expressamente, no inciso IX, o exercício de outras funções que lhe fossem conferidas, obviamente por lei subconstitucional, desde que compatíveis com a sua finalidade.

A constatação de que o legislador constituinte não reservou igual previsão ampliativa para as funções da Defensoria Pública revela que, também sob a ótica da interpretação lógico-sistemática, o conteúdo do art. 134 da CF deve ser considerado restritivamente." (fls. 39/40).

19. Com fulcro nessa premissa, o parecer da SEPC considera írrito o disposto no art. 28 da Constituição Estadual e no art. 22, XIII, da LC nº 06/77, precisamente as normas legais que basicamente informam o parecer da PGDP, por incompatíveis com a delimitação estabelecida no art. 134 da Lei Maior. Sobre o ponto salienta:

"Ora, a toda evidência, a natureza da atividade a que se refere o art. 28 da CERJ (inspeção de presídios por parte de defensores públicos) não se coaduna com os requisitos apontados. Com efeito, não pressupõe conjuntura efetiva já deflagrada a exigir consultoria jurídica ou defesa, nem o comprovado estado de pobreza da

pessoa, tampouco a expressão de sua vontade de ser assistida pela Defensoria Pública.

Quanto ao art. 22, XIII, da Lei Complementar Estadual 06/77 (requerer a transferência de presos para local adequado), visto que a medida a que se refere tem por objeto presos em geral, não se restringindo àqueles sob os cuidados profissionais da Defensoria Pública em conformidade com os precitados requisitos, ao nosso ver também se reveste de duvidosa constitucionalidade perante o art. 134 da CF. Neste caso, o dispositivo estadual em tela não teria sido recepcionado pela Constituição superveniente". (fls. 43/44, acrescidos os parênteses)

20. Nota, a seguir, que o direito positivo não deixou os presos ao desamparo, elegendo um órgão ao qual conferiu amplos poderes para fazer observar os seus direitos fundamentais: a autoridade judiciária.

Lembra que, nos termos do art. 66, nºs VII e VIII, da Lei de Execução Penal, e do art. 93, nº V, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, compete ao juiz criminal inspecionar mensalmente os estabelecimentos penais sob sua jurisdição, adotando providências para o adequado funcionamento, inclusive interdição e apuração de responsabilidade, quando for o caso.

21. Admitindo, apenas para argumentar, a validade dos dispositivos em causa, o parecer extrai do seu exame conjunto o consectário de que a autoridade judiciária, e não a autoridade policial, é que seria a competente para examinar a conveniência e a oportunidade de qualquer medida requerida pelo defensor público. Diz textualmente:

"Realmente, o exame conjunto do art. 93, V, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, art. 66, VII e VIII, da Lei de Execução Penal e art. 28 da Constituição Estadual (este apesar das reservas já justificadas) indica como procedimento que seria aceitável em casos análogos ao que se examina:

a) a verificação pessoal, *in loco*, pelo Defensor Público, das condições prisionais;

b) se fosse o caso, encaminhamento de comunicação fundamentada, ao Juiz de Direito competente, notificando as deficiências e/ou irregularidades encontradas e requerendo as providências que entendesse necessárias - dentre elas, a realização de perícia - as quais seriam ou não atendidas, a critério do Juiz." (fls. 46/47).

Nessa linha de raciocínio, arremata que a autoridade policial não tem poderes para acatar a requisição solicitada pelo defensor público, por faltar a este competência legal para lhe requerer a perícia e não estar em causa nenhum fato criminoso, pelo menos em tese, que justifique a sua determinação.

22. A par dos aspectos técnico-jurídicos do problema, o parecer da SEPC não se furta a algumas considerações de ordem política, *in verbis*

"É público e notório que as prisões em geral, por razões que não cabe examinar nesta oportunidade, não atendem os requisitos estabelecidos no art. 88 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), os quais o nobre parecerista da Defensoria Pública entende devem ser observados também nas carceragens das Delegacias de Polícia.

Sem entrar no mérito, o fato é que a situação atual das condições prisionais, considerado o sistema como um todo, representa grave e difícil questão

governamental, cuja solução pertence à esfera do Poder Executivo, e que certamente não poderá ser resolvida no prazo que todos desejaríamos.

Isto posto, cumpre-nos alertar que, caso admitida a requisição que se examina, abrir-se-ia a preocupante perspectiva de todas as Autoridades Policiais Titulares de Unidades de Polícia Judiciária estarem sujeitas, a todo tempo, ao atendimento de perícias prévias de igual conteúdo, expedidas segundo o exclusivo critério dos membros da Defensoria Pública, sem qualquer intervenção, nem sequer o conhecimento, do Juiz de Direito competente para apreciar a matéria.

Se de um lado só temos dúvidas quanto aos resultados efetivos que esta prática poderia trazer para a solução do problema carcerário, por outro, estamos certos de que ela acarretaria permanente e considerável ônus para os já sobrecarregados órgãos desta Secretária de Estado, especialmente aqueles da área técnico-científica, sem falar no compreensível inconformismo das Autoridades Policiais face à instabilidade jurídica inerente a ditas requisições."

23. Finaliza o ilustre Assessor Jurídico da Secretaria de Estado da Polícia Civil, Doutor EDGARD BAETA NEVES FLORES, ponderando:

a) ausente a prerrogativa de os defensores públicos requererem perícias nas carceragens à própria autoridade policial, falece-lhes o direito líquido e certo que ensinaria o mandado de segurança diante de eventual recusa em atendê-los;

b) inexistente o dever legal de atender a requisição, não há como falar em abuso de autoridade por parte dos Delegados de Polícia.

24. Colocada a discepção em tais termos, por ambos os lados, cumpre analisar os argumentos de que se valem. Observe-se, desde logo, que ao deslinde da controvérsia é irrelevante saber se são *agentes políticos* ou servidores públicos de *status* especial os membros das denominadas *procuraturas constitucionais* (Ministério Público, Advocacia Geral da União e Procuradoria dos Estados, Defensoria Pública), expressão feliz cunhada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que adere à primeira tese, com a sua autoridade de destacado administrativista, em artigo doutrinário onde afirma, *ad litteram*:

"Definido o radical constitucional dos agentes das procuraturas incumbidos do exercício das funções essenciais à justiça, não há dúvida de que podemos classificá-los como *funções necessárias* e ressaltar-lhes, assim, a sua *natureza política*.

Mesmo seguindo distinto método, outro autor que tratou da classificação dos agentes públicos na atual Constituição, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em seus recentes e valiosos *comentários*, enquadra os titulares de funções (cargos) nas instituições de provedoria de justiça, as *procuraturas públicas*, como são aqui designadas, entre os *agentes políticos*, por considerá-las "instituições governamentais complementares" aos Poderes Políticos. (*As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais*, in Revista de Direito da Procuradoria Geral - RJ, v. 45, 1992, p. 52, grifos do original)

Só seria indispensável aprofundar o tema se houvesse necessidade de extrair a competência dos defensores públicos de *princípios doutrinários e prerrogativas implícitas* que informam a atuação dos *agentes políticos*. Não é o caso, porque a solução pode ser encontrada no próprio direito positivo.

25. Fiel à tradição constitucional, o legislador constituinte de 1988 disciplinou as garantias e funções institucionais da Magistratura e do Ministério Público.

Inovou, porém, discriminando minuciosamente as funções institucionais do *parquet*. Daí a cautela de impedir que tal discriminação fosse interpretada como exaustiva, autorizando que Leis Complementares da União e dos Estados lhe atribuíssem outras funções, além das elencadas, desde que compatíveis com a sua finalidade, vedada a representação judicial e a consultoria das entidades públicas (CF, arts. 127, § 5º, e 129, nº IX).

26. Elevando em nível constitucional, pela primeira vez, as demais *procuraturas* (Advocacia do Estado e Defensoria Pública), e incluindo-as entre as funções essenciais à justiça, procurou ser mais sucinto. É o que se apura dos três dispositivos da Lei Maior que tratam da matéria:

"Art. 131 - A Advocacia Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial ou extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Art. 132 - Os procuradores do Estado e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observando o disposto no art. 135.

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.

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

27. Nesse passo, optou a Carta de 1988 por dar maior liberdade à legislação infraconstitucional, para que melhor pudesse atender às peculiaridades locais, desde que respeitados dois princípios básicos: isonomia salarial entre as carreiras jurídicas (CF, art. 135) e compatibilidade de outras atribuições acaso outorgadas à missão institucional nuclear de cada procuratura. E porque não desceu a pormenores, dispensou-se de reproduzir, em relação a cada uma delas, o preceito do art. 129, nº IX.

É óbvio que o legislador ordinário ou mesmo o legislador constituinte estadual não poderiam, por exemplo, ainda que supletivamente, atribuir aos Procuradores do Estado a defesa dos necessitados, ou aos Defensores Públicos a cobrança da dívida ativa.

28. Compreende-se, assim, que o Advogado-Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal, intervenha obrigatoriamente também na defesa de leis ou atos normativos estaduais, e não apenas nas demandas de interesse do Poder Executivo Federal, ao que levaria uma interpretação restrita do art. 103, § 3º, combinado com o art. 131, *caput*, da CF. Note-se que esta interpretação restrita foi sustentada no STF, sem sucesso, pela própria representação judicial da União (ADin nº 97, RTJ, 131/470).

Quanto aos defensores públicos, prevalecerá o que dispuser a Lei Complementar prevista no art. 134, parágrafo único, da CF, que poderá ampliar ou restringir as atribuições que atualmente lhes são deferidas pela legislação estadual. Sobrevindo o Estatuto da Defensoria Pública, ainda em elaboração, cessará a eficácia da lei local no que lhe for contrário (CF, art. 24, § 4º).

29. Sublinha JOSÉ AFONSO DA SILVA que "não existe autonomia federativa sem capacidade normativa sobre determinada área de competência" e que "os Estados federados dispõem dessa capacidade, agora mais do que antes". Inclui nessa competência, dentro dos limites que a Constituição Federal lhes traçou, precisamente a de "dispor sobre a organização do seu Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria ou Advocacia Geral do Estado" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., RT, 1989, p. 523).

Com efeito, os Estados foram autorizados a se organizarem segundo as respectivas Constituições, observados os princípios da Constituição Federal (art. 25). Estes princípios sensíveis e de observância obrigatória não foram indicados e o Supremo Tribunal Federal, como reiteradamente vêm afirmando os seus Ministros, ainda não fixou os exatos lindes da competência do legislador constituinte estadual.

De toda sorte, o certo é que as unidades federadas não mais se encontram tolhidas pelas amarras do art. 200 da EC nº 1/69 ("As disposições desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados"), não reproduzido pela Carta de 1988. Recorde-se que, com base no citado preceito, o STF tendia a considerar inconstitucionais quaisquer disposições das Cartas estaduais que não fossem cópia servil do modelo federal, este funcionando como verdadeira "camisa de força". Presentemente, os Ministros da Suprema Corte inclinam-se a conceder maior liberdade de ação ao constituinte estadual, como adiante se demonstra.

30. Usando dessa maior liberdade sobre o que poderia dispor e com fulcro na competência concorrente prevista no art. 24, nº XIII, da CF, a Constituição do Estado proclamou que à Defensoria Pública incumbe "fundamentalmente, a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicial, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados" (art. 176, *caput*).

Elencou como suas funções institucionais, além da inspeção de estabelecimentos prisionais (art. 28) e outras inerentes que lhe poderiam ser atribuídas em Lei Complementar estadual (art. 178, *caput*), as seguintes (art. 176, § 2º):

- I - promover a conciliação entre as partes em conflito de interesses;
- II - atuar como curador especial;
- III - atuar junto às delegacias de polícia e estabelecimentos penais;
- IV - atuar como defensora do vínculo matrimonial;
- V - patrocinar:
 - a) ação penal privada;
 - b) ação cível;
 - c) defesa em ação penal;
 - d) defesa em ação civil;
 - e) ação civil pública em favor das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a proteção do meio ambiente e a de outros interesses coletivos ou difusos;

- f) os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma da lei;
- g) a defesa do interesse do menor e do idoso, na forma da lei;
- h) os interesses de pessoas jurídicas de direito privado e necessitadas na forma da lei;
- i) assistência jurídica integral às mulheres vítimas de violência específica e seus familiares."

31. Não obstante, a douta Assessoria Jurídica da SEPC sustenta que o legislador constituinte estadual extrapolou os limites do art. 134, *caput*, da CF, que, no seu entender, circunscreve a atuação da Defensoria Pública à *orientação jurídica pré-processual e à defesa individual em juízo dos necessitados*.

Poderia, se quisesse, ser mais restritiva em seu parecer e acrescentar: *pessoa física necessitada*. É que, apesar de não ser esse o entendimento do STF, conforme aresto a seguir mencionado, parece ainda dominar nas instâncias ordinárias a opinião de que, à luz da Lei nº 1.060/50, somente as *pessoas físicas* hipo-suficientes fazem jus à assistência judiciária (TJRJ, Emb. Infr. 7.888, RT 543/209; cf. THEOTONIO NEGRÃO, *CPC e Legislação Processual*, 22ª ed., Malheiros, 1992, nota 2-A ao art. 1º da Lei nº 1.060/50, apoiando-se em acórdão do TJRS).

De qualquer modo, autorizando à Defensoria Pública o patrocínio de entidades voltadas a interesses altruísticos ou à defesa das populações carentes --- autorização essa que mereceu o respaldo do Excelso Pretório --- o legislador constituinte estadual, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, espancou dúvidas a respeito.

32. Consoante já aflorado, o argumento de que se vale a douta Assessoria Jurídica da SEPC não é novo e serviu de base, substancialmente, em ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o STF pela Procuradoria Geral da República, impugnando várias disposições da Constituição do Estado, entre elas algumas concernentes à missão institucional dos defensores públicos.

Diz a petição inicial do Procurador-Geral da República, no que interessa à hipótese *sub examinem*:

"A presente iniciativa atende às solicitações do Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro e da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constantes dos expedientes anexos, cujos fundamentos, ora adotados pelo Autor, podem ser assim resumidos:

.....
e) a expressão "e coletivos" do *caput*, o § 1º e os incisos I a IV e V, letras "e" e "i", do § 2º, todos do art. 176, bem assim a alínea "g" do inciso I e a alínea "a" do inciso IV, ambos do art. 178, infringem o art. 134, parágrafo único, da Constituição da República, que remeteu a matéria concernente às normas gerais de organização da Defensoria Pública dos Estados à lei complementar federal, e ainda os arts. 61, § 1º, II, *b e d*, e 66, §§ 1º e 2º, combinado com o art. 25, da Constituição Federal, que tratam da iniciativa, sanção e veto dos projetos de lei relativos à organização da Defensoria Pública;

f) o *caput* do art. 176 e as alíneas "e" e "f" do § 2º do mesmo artigo, ao conferirem à Defensoria Pública a defesa dos interesses coletivos e o patrocínio da ação civil pública e dos direitos e interesses do consumidor, afrontam os arts. 129, § 1º e 2º, e 134 da Lei Maior e a Lei nº 7.347, de 24.07.85 (art. 5º), que não atribuíram essa prerrogativa à Instituição;"

33. Tendo solicitado a suspensão cautelar, dentre os dispositivos citados, apenas da expressão "e coletivos" do art. 176, bem como das alíneas "e" e "f" do inciso IX de seu § 2º, por só nelas vislumbrar o *periculum in mora*, "pelo estorvo à atuação do Ministério Público do Estado", o Procurador-Geral da República não abriu ensejo a que o STF examinasse, liminarmente, todas as inconstitucionalidades argüidas.

Apesar disso, a diretriz adotada pelo Excelso Pretório no julgamento da medida cautelar - mesmo porque, no que concerne à missão institucional da Defensoria Pública, a decisão foi unânime - permite antever uma clara tendência no sentido de manter íntegras as funções outorgadas pela Carta Estadual, com pequenas ressalvas a que adiante se faz referência.

34. Apreciando o pedido cautelar, assentou o STF em aresto proferido na ADIn nº 558-8 (sessão plenária de 16.08.91), ainda no que interessa ao problema ora examinado:

"3. Defensoria Pública: argüição de inconstitucionalidade de normas que lhe conferiram atribuição para:

a) orientação jurídica, postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos dos necessitados (art. 176, *caput*): denegação da liminar;

b) patrocinar (e não, promover) ação civil pública em favor de associações destinadas à proteção de interesses difusos (art. 176, § 2º, V, e, 1ª parte): suspensão cautelar recusada;

c) *idem*, em favor de associações de defesa de interesses coletivos (art. 176, § 2º, V, e, 2ª parte): suspensão liminar deferida, em termos, para restringir provisoriamente a aplicação do dispositivo à hipótese em que se cuide de entidade civil desprovida de meios para o custeio do processo;

d) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma da lei (art. 176, § 2º, V, f): medida cautelar deferida em termos similares à da alínea c *supra*."

35. Em seu voto, acompanhado no particular pela unanimidade de seus pares, o eminente Relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, observa inicialmente que a argüição, em certas passagens, "*trai o mau vezo de reduzir o poder constituinte estadual à imitação servil da Constituição Federal*."

Passa, em seguida, a responder aos argumentos da Procuradoria Geral da República, segundo os quais a Constituição do Estado, em seu art. 176, parágrafos e alíneas, ao definir as atribuições institucionais da Defensoria Pública: a) disciplinou matéria concernente à Lei Complementar prevista no art. 134, parágrafo único, da CF; b) estatui sobre temas que dependiam da iniciativa do Chefe do Executivo; c) extrapolou o âmbito da atuação dos defensores públicos, tal como previsto no art. 134, *caput*, da Lei Maior. Colhe-se no voto, *in verbis*:

"18. Quanto à suscitada inconstitucionalidade formal, sua fundamentação, de início, prova demais: com efeito, a ser procedente, não alcançaria apenas os dispositivos atacados, mas todo trato, na Constituição do Estado, de matéria relativa à Defensoria Pública, que teria de aguardar a edição da lei complementar federal.

19. Faz-se abstração, aí, porém, de que o tema --- 'assistência judiciária e defensoria pública' (CF, art. 24, XIII) --- se inclui na esfera da competência concorrente da União e dos Estados, na extensão do qual, a teor do § 3º do art. 24 CF,

'inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência plena, para atender a suas peculiaridades.'

20. De resto, cuida-se de um órgão constitucional do Estado-membro (CF, art. 134): ao seu tratamento na Constituição do Estado não creio se possa opor a iniciativa privativa do Executivo para a legislação ordinária a respeito."

36. Dissertando sobre os limites da atuação da Defensoria Pública, sustenta o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

"21. Certo, a própria Constituição da República giza o raio de atuação institucional da Defensoria Pública, incubindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134).

22. Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos 'direitos e interesses (...) coletivos dos necessitados', a que alude o art. 176, *caput*, da Constituição do Estado: é óbvio que o serem direitos e interesses coletivos, não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da respectiva coletividade."

37. Não vislumbrou o Ministro-Relator, também, qualquer inconstitucionalidade no dispositivo da Carta fluminense (Art. 176, § 2º, V, e) que incumbe à Defensoria Pública o patrocínio de associações votadas pelos seus estatutos à proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos, acentuando:

"24. Estou em que o caráter altruístico da destinação institucional de tais entidades confere razoabilidade plena à outorga pelo Estado do patrocínio judicial gratuito das ações que sirvam à sua persecução, independentemente da indagação *in concreto* da sua capacidade financeira para arcar com os ônus da defesa privada."

Arremata o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE o seu raciocínio em passagem que merece ser sublinhada, na medida em que também serve ao desate da controvérsia objeto deste opimento:

"25. A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre o interesse social que justifique esse subsídio estatal."

38. Fez o Ministro-Relator restrições, apenas, e também aqui acompanhado pela unanimidade de seus pares, à extensão indiscriminada do patrocínio da Defensoria Pública às associações de defesa de interesses coletivos e ao consumidor lesado. Observou, a propósito:

"(...) ao contrário do que ocorre com a defesa dos interesses difusos, o patrocínio do interesse coletivo não é necessariamente altruístico, mas pode traduzir-se em privilégio de defesa gratuita de interesses privados de uma série de titulares não necessitados, o que não só desbordaria dos deslindes da vocação constitucional da Defensoria Pública, como caracterizaria afronta à isonomia das partes no processo.

30. O mesmo é de dizer-se da alínea f, questionada, quando estendida a incidência do dispositivo ao patrocínio do consumidor lesado, quando não concorra o requisito da hipossuficiência econômica do interessado."

39. Não obstante, recusou-se o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE a suspender a vigência inclusive desses dispositivos, optando por aplicar a doutrina da "interpretação conforme a Constituição" (ADIn nº 491, julgada em 13.06.91). Continuam eficazes, mas

com a ressalva feita em voto, ou seja, desde que a associação de defesa de direitos coletivos ou os consumidores se enquadrem no conceito de *necessitados*.

40. Da fundamentação e das conclusões do aresto do STF, acima resumidas, extraem-se as seguintes conseqüências:

a) pode a Defensoria Pública patrocinar direitos individuais, coletivos ou difusos desde que, pela natureza da causa ou condição pessoal dos assistidos, o patrocínio decorra de um *interesse social*;

b) subsistem íntegras as funções institucionais atribuídas aos defensores públicos pela Constituição do Estado, pelo menos até o advento do Estatuto da Defensoria Pública, salvo se a Suprema Corte, apreciando o mérito da ADin nº 558-8, decidir em contrário.

41. Oportuno recordar que a Carta fluminense, em seu art. 176, *caput*, declarou incumbir à Defensoria Pública "a postulação e a defesa, (...), *judicial e extrajudicialmente*, dos direitos e interesses *individuais e coletivos* dos necessitados."

Não se concebe, em processo penal, inclusive na fase de execução da pena, a *defesa coletiva* (que não se confunde com a *defesa simultânea* de vários co-réus). É admissível, no entanto, a hipótese de *postulação coletiva extrajudicial*, particularmente na área administrativa.

Incumbe ao defensor público velar pelas condições em que são mantidos presos os seus assistidos, e nisso todos estão acordes. Não há motivo para impedi-lo de exercer esse mister coletivamente, perante a autoridade administrativa, beneficiando também os não assistidos, ainda porque seria impossível separá-los, se sujeitos ao mesmo cárcere.

De toda sorte, zelar o defensor público pelos direitos fundamentais dos presos, atribuição que se extrai do art. 28 da Constituição Estadual e do art. 22, nº XIII, da LC nº 06/77 (que não distinguem entre assistidos e não assistidos), será sempre uma iniciativa em que se vislumbra o *interesse social que justifica esse subsídio estatal*, no dizer do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

42. Admitida a constitucionalidade de tal atribuição, a douta Assessoria Jurídica da SEPC indica como procedimento adequado: a) verificação *in loco* das condições prisionais; b) comunicação ao juiz criminal das irregularidades acaso encontradas, requerendo desde logo as providências que entender cabíveis.

É certo que o defensor público, em nome de um ou alguns de seus assistidos, pode dirigir-se ao juiz criminal informando-o das condições em que se encontram e solicitando medidas destinadas a corrigir eventuais irregularidades, correção essa que necessariamente se estenderá aos não assistidos.

A solução alvitrada, porém, apresenta duplo inconveniente. Personaliza a reclamação, gerando nos reclamantes o compreensível receio de possíveis represálias. Além disso, a atitude do defensor público, dirigindo-se diretamente ao juiz, pode ser interpretada pela autoridade responsável pelo cárcere como manifestação de antagonismo.

Assim sendo, é sempre preferível despersonalizar as providências acaso solicitadas e situá-las no âmbito do próprio Executivo, dando-lhes uma conotação de *controle interno* (como fez o defensor público ao dirigir-se diretamente à autoridade policial responsável pela carceragem), em homenagem à harmonia que deve presidir a atuação de seus vários órgãos.

43. Não se justificam, outrossim, os receios da douta Assessoria Jurídica da SEPC quanto às conseqüências políticas e administrativas de se multiplicarem os pedidos de perícia nas carceragens das diferentes unidades policiais.

É de supor que os defensores públicos se utilizem da faculdade que a lei lhes concede com prudência e bom-senso. Além disso, serão atendidos na medida em que o permitir a capacidade operacional dos institutos técnico-científicos. Por derradeiro, a autoridade policial, em despacho fundamentado, poderá indeferir o pedido por razões de conveniência ou oportunidade, ressalvando-se ao defensor público manifestar o seu inconformismo perante a autoridade administrativa superior ou a própria autoridade judiciária.

44. São conhecidas as condições degradantes dos estabelecimentos prisionais em todo o território nacional. É um problema que não depende apenas do Executivo, mas também do Legislativo, ao qual, por intermédio de planos plurianuais, das leis de diretrizes orçamentárias e da própria lei orçamentária anual, incumbe definir prioridades e alocar os recursos correspondentes.

Não se pode negar à Defensoria Pública, no exercício de uma de suas funções institucionais, a faculdade, ou melhor, o *poder-dever* de chamar a atenção das autoridades para esse grave problema, independentemente de qualquer resultado prático que venha a ser obtido.

45. Do exposto ressuma:

a) inclui-se entre as funções institucionais da Defensoria Pública a de velar pelas condições em que presos são mantidos nos estabelecimentos prisionais do Estado, independentemente de serem ou não seus assistidos;

b) no exercício de tal atribuição, os defensores públicos têm legitimidade para requerer à autoridade policial a realização de perícia em carceragem;

c) a perícia só poderá ser indeferida, em despacho fundamentado, por razões de conveniência ou oportunidade;

d) sempre que possível, convém dar-se primazia ao controle *interno* sobre o *externo*, em homenagem à harmonia que deve presidir as relações entre os vários órgãos da Administração.

46. Em conclusão, alvitra-se:

a) o encaminhamento do presente processo ao Gabinete Civil, após *visto* dessa Chefia e do Senhor Procurador-Geral, para que, se aprovadas suas conclusões pelo Senhor Governador do Estado, ao parecer seja dado caráter normativo;

b) a remessa de cópias do parecer, por Ofício, aos órgãos interessados, Secretaria de Estado de Polícia Civil e Procuradoria Geral da Defensoria Pública.

SUB CENSURA

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 1993.

Milton Flaks
Procurador do Estado

VISTO.

1. Aprovo o percuciente Parecer nº 8/93-MF, do culto Procurador do Estado e eminente jurista Dr. MILTON FLAKS, placitado pelo ilustre Procurador e Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Chefe da Procuradoria Administrativa.

2. Encaminhem-se cópia, por ofício, aos Exmos. Srs. Desembargador-Presidente do E. Tribunal de Justiça, Procuradores-Gerais da Justiça e da Defensoria Pública, e Secretários de Estado da Polícia Civil e da Justiça.

3. Ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, alvitando se digne conferir *feito normativo* ao Parecer, determinando sua publicação na íntegra, acompanhado do pronunciamento de fls. 88 e deste "Visto".

Em 04 de fevereiro de 1993.

RICARDO AZIZ CRETTON
Procurador-Geral do Estado

P
nã
qu
de
Va
leg
pú
co
ca
pri
pa
tra
de
pre
sat
sec
a p
da
seg
a a
aq
co
a p
pa
vo
O e
cas
pu
do
sub
gro
cu
R. D