03/11/2021

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 279 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República.

Depois de aditada a petição inicial, acabaram impugnadas a Lei n. 735, de 23 de novembro de 1983, bem assim os arts. 15, 18 e 19 da Lei Complementar n. 310, de 16 de dezembro de 1999, com as alterações promovidas pela Lei Complementar n. 310, de 19 de março de 2010, e pela Lei Complementar n. 345, de 19 de dezembro de 2011, todas do Município de Diadema/SP.

Os dispositivos questionados referem-se à criação, à organização e às atribuições confiadas ao órgão hoje denominado Departamento de Assistência Judiciária e Procon, no Município de Diadema, em São Paulo.

O arguente sustenta que é tarefa entregue à União, aos Estados-Membros e ao Distrito Federal a instituição e manutenção da Defensoria Pública (CF, arts. 134 e 135), de modo que não caberia ao Município imiscuir-se nesse mister.

Portanto, segundo alega o Procurador-Geral da República, o Município de Diadema, ao instituir órgão destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados, teria invadido esfera de competência legislativa reservada à União, em concorrência com Estados-Membros e Distrito Federal (CF, art. 24, XIII, §§ 1º e 2º), ao arrepio do preceito fundamental da forma federativa de Estado (CF, art. 1º, *caput*, e art. 60, § 4º, I).

ADPF 279 / SP

Os Poderes Legislativo e Executivo do Município prestaram informações.

Foram admitidos como *amici curiae*: a Associação dos Procuradores e Advogados do Município de Diadema/SP; a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos; e a Defensoria Pública da União.

Destacado o processo do Plenário Virtual, torna à pauta de julgamento.

Eis o contexto.

Passo ao voto.

Em preliminar, duas breves observações:

1ª) O objeto impugnando é lei municipal, não suscetível de fiscalização abstrata em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade;

2ª) A norma impugnada foi editada em 1983, antes, portanto, da nova ordem constitucional, inaugurada em 5 de outubro de 1988. Sendo assim, eventual incompatibilidade com a vigente Lei Maior haverá de ser resolvida com base nas regras de direito intertemporal, não se tratando propriamente de inconstitucionalidade.

Logo, está presente o requisito da subsidiariedade e, consequentemente, é adequada a via processual eleita.

No mérito, observo que as atribuições confiadas ao Departamento de Assistência Judiciária e Procon da cidade de Diadema, em São Paulo, nada obstante o *nomem iuris* que ao órgão se outorgou, revela a existência de **uma autêntica Defensoria Pública na esfera municipal**, concebida

ADPF 279 / SP

para a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, nas expressões de que se utiliza o art. 134 da Constituição Federal.

Veja-se a redação dos arts. 1º e 11 da Lei n. 735/1983 do referido Município:

Art. 1º. Com a finalidade de amparar a população carente de Diadema, em sua necessidade de seu direito à obtenção de Justiça, fica criada e instituída a Assistência Judiciária do Município, que ficará subordinada diretamente ao Departamento Jurídico, cujo funcionamento e atribuições serão reguladas pela presente lei e pelos demais dispositivos legais aplicáveis à matéria, inclusive e especialmente as contidas na Lei n. 4.215/63.

[...]

Art. 11. Salvo casos excepcionais, de comprovada emergência, a critério do Departamento Jurídico da Prefeitura, a atuação do Serviço de Assistência Judiciária terá sua atuação limitada aos seguintes casos:

a) procedimento especiais de jurisdição voluntária prevista no Livro IV, Título II do Código de Processo Civil Brasileiro à exceção da Organização e Fiscalização das Fundações e Especialização da Hipoteca Legal;

b) requerimento de alimentos provisionais ou de pensão alimentícia;

c) investigação de paternidade;

d) suprimimento de idade e, em casos especiais a critério da Assistência, suprimimento de consentimento;

e) defesa em procedimentos de despejo e ações possessórias, em casos especiais, quando envolva interesses coletivos, de acordo com o prudente critério do Departamento Jurídico;

f) retificação de assentos e registros civis;

g) postulação em benefício de réu preso, em casos excepcionais, apreciados sob o ângulo do interesse social e humanitário, resguardando-se sobretudo o aspecto de

ADPF 279 / SP

segurança da população e a critério do Departamento Jurídico;

h) orientação jurídica e social verbal, dentro dos critérios prescritos na presente Lei.

Houve notícia de alterações legislativas no âmbito municipal que supostamente tornariam sem objeto esta demanda. Porém, como bem observado pela Procuradoria-Geral da República (PGR) – peça 23 –, essas modificações não atingiram o cerne da discussão, qual seja, saber se o Município pode instituir serviço de assistência judiciária local para pessoas necessitadas. Nesse sentido, disse a PGR:

O fundamento central da ação é de que o art. 24, inciso XIII, da Constituição da República prevê competência legislativa concorrente a respeito de matérias referentes a assistência jurídica e à defensoria pública. Nesse âmbito, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais, sem excluir a competência suplementar dos Estados (art. 24, §§ 1º e 2º, da Constituição), e não contempla os Municípios.

Os novos atos normativos, mesmo sem aditamento à inicial, não importariam em prejuízo ao cerne da ação, pois se limitam a promover alterações de nomenclatura do “Departamento de Defensoria Pública da Secretaria de Assuntos Jurídicos (SAJ)” (art. 2º da LC 106/1991) para “Departamento de Assistência Judiciária e Serviço de Defesa do Consumidor” (art. 5º da LC 310/2012) e, posteriormente, para “Departamento de Assistência Judiciária e PROCON” (art. 1º da LC 345/2013).

Essas alterações legislativas não repercutem no núcleo da discussão, que permanece tal qual apresentada originariamente, a respeito da falta de competência dos municípios para legislar a respeito de assistência jurídica e defensoria pública.

Sem embargo, em homenagem à segurança jurídica e a fim de evitar discussões processuais pouco produtivas, promove-se aditamento da inicial e ressalta-se que, no processo objetivo, essa medida pode se dar a qualquer tempo, antes do julgamento da ação.

ADPF 279 / SP

Na espécie, o âmbito de atuação da Assistência Judiciária de Diadema/SP, hoje denominada Departamento de Assistência Judiciária e Procon, mostra-se menos extenso que aquele confiado às Defensorias Públicas, porém revela, em vários pontos, intersecção com o conjunto de atribuições dessas últimas.

Além disso, os ocupantes dos cargos do aludido Departamento de Assistência Judiciária não detêm as prerrogativas institucionais próprias das Defensorias Públicas, a exemplo da inamovibilidade e das autonomias funcional e administrativa, que não se fazem presentes no Departamento de Assistência Judiciária e Procon, em Diadema, São Paulo.

Tais distinções, todavia, não são suficientes para eliminar a evidente apropriação, pelo órgão municipal, de **tarefas típicas de Defensoria Pública**.

Ocorre que o modelo inaugurado com a Constituição de 1988, ao contrário do que outrora até poderia ocorrer, entregou à União, aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, **e apenas a eles**, a tarefa de instituir e manter Defensorias Públicas, com as funções e prerrogativas institucionais elencadas nos arts. 134 e 135 da Lei Maior.

É verdade que a Constituição não submeteu a monopólio público a assistência judiciária gratuita aos necessitados, tanto assim que advogados particulares podem exercer livremente a advocacia *pro bono*, atendidos os requisitos éticos estipulados pelo Conselho Federal da OAB. Todavia, **se a assistência judiciária gratuita for prestada pelo Poder Público, tem de sê-lo por meio da Defensoria Pública**. É o que decorre da própria estruturação orgânica concebida pela Constituição Federal.

A Constituição (art. 134, § 1º), para melhor caracterização dos

ADPF 279 / SP

contornos fundamentais da Defensoria Pública, estabeleceu a necessidade de edição de uma Lei Orgânica, sob a forma de lei complementar de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, “d”), voltada a organizar a Defensoria Pública da União e a prescrever normas gerais para a organização das Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal. Tal lei complementar foi elaborada ainda em 1994 – LC n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Segundo esse diploma legal (art. 4º, § 5º), **qualquer assistência judiciária gratuita prestada pelo Estado deve se dar por meio da Defensoria.**

Outra hipótese seria a de que a assistência judiciária gratuita, no caso, se revelaria uma forma de **assistência social**. Mas aqui também esbarra o intérprete no fato de a Constituição claramente haver separado a **assistência judiciária gratuita** (arts. 5º, LXXIV; 24, XIII; 134; 135), cujas ações governamentais devem estar a cargo das Defensorias Públicas, da **assistência social em geral** (arts. 203 e 204), passível de ser exercida por qualquer dos entes da Federação.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – também não prevê, entre os serviços assistenciais, a prestação de assistência judiciária gratuita, certamente no pressuposto de esse tema carecer de disciplina própria. No art. 15 da LOAS, que transcrevo a seguir, está previsto o âmbito de atuação dos Municípios no tema da assistência social:

Art. 15. Compete aos Municípios:

- I – destinar recursos financeiros para custeio do pagamento dos benefícios eventuais de que trata o art. 22, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Municipais de Assistência Social; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)
- II – efetuar o pagamento dos auxílios natalidade e funeral;
- III – executar os projetos de enfrentamento da pobreza, incluindo a parceria com organizações da sociedade civil;
- IV – atender às ações assistenciais de caráter de

ADPF 279 / SP

emergência;

V– prestar os serviços assistenciais de que trata o art. 23 desta lei. [serviços psicossociais]

VI – cofinanciar o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito local; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

VII – realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social em seu âmbito. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

Já se vê que entre as competências municipais não está o serviço de assistência judiciária gratuita, de modo que a assunção desse serviço por Município contraria a organização administrativa estabelecida pela Constituição Federal e pela legislação que a regulamenta.

Os Municípios devem atuar sobretudo na prestação de **serviços públicos de interesse local** (CF, art. 30, V), além de outros expressamente indicados na Constituição, entre os quais **não se inclui a assistência judiciária a pessoas carentes**. Também não parece razoável inserir o tema entre aqueles do chamado “interesse local”, dado que a assistência judiciária pode ter efeitos muito amplos, inclusive fora do território da cidade.

Ao buscar atender demanda dos cidadãos para a qual a Constituição reservou a atuação aos entes políticos maiores (União, Estados-Membros e Distrito Federal), o Município **não apenas verte recursos públicos para a satisfação de um serviço que não é seu**, em detrimento de suas verdadeiras competências, como também **agrider o pacto federativo**, no qual as autonomias se realizam simultaneamente a partir de uma postura de obediência aos quadrantes, administrativo e legislativo, reservados a cada um dos entes políticos.

É certo que há subdimensionamento dos quadros das defensorias públicas estaduais, e, por isso, a preocupação do Município de Diadema

ADPF 279 / SP

em atender a demanda dos seus cidadãos tem certo apelo prático. No entanto, a Constituição Federal foi inclusive reformada, por meio da Emenda de n. 80, de 4 de junho de 2014, com o intuito de estabelecer regra de proporcionalidade entre a população local e a quantidade de defensores residentes. Nesse sentido, dispõe o art. 98 do ADCT, na redação dada pela referida Emenda:

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.

Em outras palavras, a solução para os casos de carência de defensores públicos, segundo a Constituição, não passa pela delegação dos serviços aos Municípios, mas, sim, pela contratação de mais defensores.

O § 1º c/c o *caput* do art. 98 do ADCT prescreve que, no prazo de oito anos, considerada a publicação da Emenda Constitucional em 2014, cada unidade jurisdicional deverá contar com número de defensores públicos proporcional à efetiva demanda e à respectiva população. Isto é, se essa norma não for observada até o fim do prazo, em 2022, decerto poderão ser manejados instrumentos próprios para fazer valer o comando, mostrando-se, em todo caso, inadequada a assunção do serviço pelos Municípios.

Diante das razões expostas, fica claro que a existência, de fato, de

ADPF 279 / SP

uma verdadeira defensoria pública no âmbito do Município de Diadema não se compatibiliza com a ordem constitucional inaugurada em 5 de outubro de 1988, por violar o **pacto federativo**, assim como o **modelo de assistência judiciária gratuita instituído pela Constituição de 1988** (arts. 21, XIII; 22, XVII; 24, XIII; 48, IX; 61, § 1º, II, “d”; e 134).

Em face do exposto, conheço desta arguição de descumprimento de preceito fundamental e, ao fazê-lo, julgo procedentes os pedidos nela formulados para **declarar incompatíveis com a Constituição Federal os seguintes diplomas legislativos do Município de Diadema/SP:**

- a) Lei n. 735, de 23 de novembro de 1983;
- b) Lei Complementar n. 106, de 16 de dezembro de 1999;
- c) Arts. 15, 18 e 19 da Lei Complementar n. 310, de 16 de dezembro de 1999, com as alterações que promovidas pelas Leis Complementares n. 310/2010 e 345/2011.

É como voto.