



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

PROCESSO n°: TC-A - 42.244/026/2014

ÓRGÃO: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

ASSUNTO: Auditoria extraordinária objetivando avaliar a utilização dos recursos do Fundo Especial de Despesa e as despesas de pessoal, incluindo a concessão de quaisquer benefícios.

1. Relatório

Versam os autos sobre **auditoria extraordinária** realizada na Administração da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE-SP), “*objetivando avaliar a utilização dos recursos do Fundo Especial de Despesa e bem assim as despesas de pessoal, incluindo a concessão de quaisquer benefícios*”, determinada em 05.11.2014 pela Presidência desse E. Tribunal de Contas, com fulcro no art. 27, inc. XXI do Regimento Interno dessa Corte (fls. 04).

Após a manifestação ministerial de fls. 151/162, foram os autos à Procuradoria da Fazenda do Estado para suas considerações, externadas às fls. 169/175.

No exercício do contraditório e da ampla defesa, a Defensoria Pública retornou ao feito trazendo justificativas e documentos de fls. 177/247 e fls. 256/272, oportunidades em que reiterou a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão praticados, pugnando pela regularidade e arquivamento do processo.

Em nova análise, a Procuradoria da Fazenda do Estado reiterou sua manifestação no sentido da irregularidade dos praticados (fls. 274/275).

Por fim, retornam os autos ao Ministério Público de Contas para o exercício de sua função constitucional de fiscal da lei no âmbito do controle externo da Administração Pública.

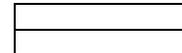
É o breve relato.

2. Introdução

Antes de entrar na matéria propriamente dita, oportuno ressaltar que os membros do Ministério Público de Contas, aprovados em concurso público de provas e títulos, oficiam perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nos termos da Lei Complementar Estadual n° 1.110/10, sem qualquer vinculação ou condicionamento político-partidário ou político-institucional, atuando de maneira estritamente técnica, segundo os ditames constitucionais e legais.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria



Feitas essas considerações, importa destacar e reconhecer o relevante papel desempenhado pela Defensoria Pública.

A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 5º, inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A fim de viabilizar o exercício deste direito fundamental, o legislador constituinte instituiu a Defensoria Pública, inserindo-a no Capítulo referente às *Funções Essenciais à Justiça*.

Ao tratar especificamente da Defensoria Pública, o art. Art. 134 da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014, assim estabelece:

“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, desse modo, não só a essencialidade, mas a nobreza da missão constitucionalmente atribuída aos defensores públicos, podendo ser sintetizada como: a proteção e a defesa dos necessitados.

Nesse sentido, as *Considerações Finais* constantes da Exposição de Motivos da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09/01/2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público, bem descreveu o desígnio da distinta Instituição:

“Antes de encerrar, todavia, permito-me ponderar que a instituição da Defensoria Pública em São Paulo, por iniciativa de Vossa Excelência, constituirá um marco no processo de avanço e consolidação do Estado Democrático de Direito em nosso país. Sabemos todos que não é suficiente editar textos normativos garantindo amplos direitos aos cidadãos. É de mister que estes contem com instrumentos para fazer valer essas conquistas, retirando-as do papel e efetivando-as na vida cotidiana. No Estado de São Paulo, como assinalai acima, já havia uma longa tradição, de mais de meio século, na prestação de assistência judiciária gratuita à população carente. Com a aprovação deste Anteprojeto, entretanto, dar-se-á um salto qualitativo de difícil mensuração: nasce a um só tempo uma instituição pública e independente, em constante interação com a sociedade civil e marcada pela transparência, que assegurará às gerações presentes e vindouras o acesso aos meios necessários para a solução pacífica e regrada dos conflitos sociais. Cuida-se de avanço civilizatório de que devemos todos nos congratular.” (g.n)



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

Para o exercício de tão nobres atribuições, entendeu o legislador constituinte derivado ser necessário conferir às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária, a fim de exercer suas atribuições com ampla liberdade e de modo incondicionado.

No entanto, o arcabouço jurídico reunido em torno da Defensoria Pública, seja por meio da autonomia funcional e administrativa, seja por meio dos princípios da unidade, da independência funcional e da inamovibilidade, não pode ser observado e tampouco aplicado dissociado dos parâmetros constitucionais. Como bem destacou o Barão de Montesquieu, no “Espírito das Leis”, *“trata-se de uma experiência eterna que todo homem possui poder é levado a dele abusar. Ele vai até onde encontra limites. Quem diria, até a virtude precisa de limites.”*

Os limites, no caso da Administração Pública, aqui inseridos os gestores da Defensoria Pública, são aqueles insculpidos no art. 37, da Constituição Federal, notadamente, o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, quando voltado para a Administração Pública, pode ser bem traduzido nos ensinamentos de Miguel Seabra Fagundes, onde *“administrar é aplicar a lei de ofício”*, e, também, nos dizeres do eminente professor Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro”, ao destacar que *“enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza”*.

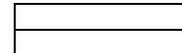
Assim, tendo como baliza os ensinamentos dos ilustres mestres sobre o postulado da legalidade no exercício da gestão na Administração Pública, far-se-ão as considerações a seguir expostas, mantendo-se, em grande parte, a sistematização já utilizada no processo.

Antes, contudo, é preciso pontuar, com veemência, que a análise dos autos tem como parâmetro a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, e não os atos administrativos praticados por outras Instituições do Estado, que não são fontes de direito.

Desse modo, reforça-se a assertiva feita pela própria Defensoria Pública às fls. 258, referindo-se à Procuradoria do Estado: *“Assim, não se mostra lícito aferir a legitimidade dos atos de uma instituição à luz dos critérios adotados por outra”*.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**



3. Criação de gratificações por ato normativo secundário, excedendo autorização legal.

Depreende-se dos autos que houve a criação de gratificações por ato normativo secundário, excedendo autorização legal.

De fato, a Lei Complementar Estadual nº 988/2006 autoriza o Conselho Superior da Defensoria Pública a regulamentar o que entender por “atividades em condição de especial dificuldade decorrente da natureza do serviço ou localização” e, assim, atribuir gratificação aos defensores públicos que desempenharem tais atividades, nos seguintes termos:

Artigo 17 - O Defensor Público que estiver no exercício de atividades próprias do cargo, em condições de especial dificuldade decorrente da localização ou da natureza do serviço, assim definidas em lei ou em deliberação do Conselho Superior, fará jus a uma gratificação pecuniária que corresponderá a 15% (quinze por cento), 10% (dez por cento) ou 5% (cinco por cento) dos vencimentos de Defensor Público Nível I, de acordo com os critérios a serem fixados pelo colegiado. (g.n.)

Verifica-se, pelo texto da lei, que a liberdade conferida ao Conselho Superior para instituir a gratificação decorrente da localização ou da natureza do serviço não é plena, ao contrário, a própria lei estabeleceu os seus limites, quais sejam: atividades próprias do cargo e condições de especial dificuldade.

Em relação às **atividades próprias do cargo**, não se vislumbra maiores questões, pois a própria defesa esclarece às fls. 184 o que seriam: “*Percebe-se que o próprio legislador autorizou a concessão de gratificação para atividades inerentes às funções institucionais da Defensoria Pública, desde que realizadas em condições de especial dificuldade, seja decorrente da localização, seja decorrente da natureza do serviço*”.

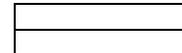
As funções institucionais estão, por sua vez, descritas no art. 5º da mesma LC nº 988/2006, as quais se pede vênua para transcrever:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

- I - prestar aos necessitados orientação permanente sobre seus direitos e garantias;*
- II - informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais;*
- III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;*
- IV - manter comissões permanentes para formular e acompanhar propostas de elaboração, revisão e atualização legislativa;*
- V - prestar atendimento interdisciplinar;*
- VI - promover:*



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**



- a) a mediação e conciliação extrajudicial entre as partes em conflito de interesses;
- b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;
- c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;
- d) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos do consumidor necessitado;
- e) a tutela do meio ambiente, no âmbito de suas finalidades institucionais;
- f) a tutela dos interesses dos necessitados no âmbito dos órgãos ou entes da administração estadual e municipal, direta ou indireta;
- g) ação civil pública para tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo;
- h) a orientação e a representação judicial das entidades civis que tenham dentre as suas finalidades a tutela de interesses dos necessitados, desde que não disponham de recursos financeiros para a atuação em juízo;
- i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência;
- j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar;
- l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;
- VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;
- VIII - atuar como Curador Especial nos casos previstos em lei;
- IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
- X - atuar nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais;
- XI - integrar conselhos federais, estaduais e municipais cujas finalidades lhe sejam afetas, nos termos da lei;
- XII - contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais;
- XIII - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas da sociedade civil, no âmbito de suas funções.

Dessa forma, só podem ser objeto de eventual gratificação as atividades aqui descritas, que são próprias do cargo a ser desempenhado pelo defensor público (por óbvio, não se cogita que o defensor público exerceria atividades diversas de suas funções, pois, neste caso, a irregularidade seria outra, a de desvio de função).

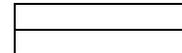
Quanto às **condições de especial dificuldade**, cabe destacar o que se segue.

O art. 17 da LCE nº 988/2006 atribuiu ao Conselho Superior, além do poder normativo nos termos do art. 31, o poder discricionário para identificar as atividades próprias do cargo de defensor público que entendesse ser realizadas em especial dificuldade.

É cediço, no entanto, que o ato discricionário dá liberdade de escolha ao administrador conforme os critérios da conveniência e oportunidade, mas o ato em si não pode ultrapassar ou driblar os parâmetros legais pré-estabelecidos, tampouco a razoabilidade da opção.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria



Aliás, as autonomias funcional e administrativa da Defensoria Pública não significam liberdade normativa plena ao gestor, pois ele permanece submetido à Constituição e às leis, não podendo desbordar de tais balizas. Significa, apenas, que não está obrigado a observar regulamentos e instruções normativas de outras instituições, pois tem capacidade própria de decisão. No entanto, frise-se, submetida aos preceitos constitucionais, notadamente, aqueles relativos à boa administração e às leis.

Note-se que o parâmetro trazido pelo legislador a fim de permitir o pagamento da gratificação é a identificação pelo Conselho Superior de atribuições que não sejam apenas difíceis de serem exercidas, mas **especialmente** difíceis, ou seja, há um *plus* em relação à mera dificuldade encontrada no dia a dia.

Nesse sentido, com este norte, caminhou o parecer ministerial proferido às fls. 151/162, ao destacar:

“A Deliberação CSDP 286/2013 previu que a dita ‘especial dificuldade’ pode ser decorrente ou da localização ou da natureza do serviço. Foram previstas 4 hipóteses de especial dificuldade decorrente da localização (art. 2º) e 22 hipóteses de especial dificuldade decorrente da natureza do serviço (arts. 4º e 7º).

Entretanto, verifica-se que grande parte das hipóteses trazidas pela regulamentação infralegal extrapolam a previsão da norma originária, sendo, portanto, ilegais.

As ilegalidades podem ser agrupadas em três espécies: (i) gratificações para o desempenho das próprias atribuições ordinárias do cargo; (ii) gratificações que criam funções gratificadas não previstas em lei e (iii) gratificações para situações corriqueiras, não eventuais, ou já ressarcidas pelo pagamento de diárias.” (g.n)

Com isso, passa-se às seguintes considerações.

3.1. Gratificações para o desempenho das próprias atribuições ordinárias do cargo

Dentre as 21 (vinte e uma) hipóteses identificadas pelo Conselho Superior da Defensoria Pública por meio Ato CSDP nº 286, de 29 de novembro de 2013, artigos 4º e 7º, como sendo de **especial dificuldade decorrente da natureza do serviço**, 04 (quatro) delas são, na verdade, atribuições ordinárias do cargo de defensor, assim descritas:

Artigo 4º - São consideradas atividades em condições de especial dificuldade decorrente da natureza do serviço:

I – o atendimento inicial especializado ao público;

II – a visita periódica aos estabelecimentos prisionais e aos estabelecimentos voltados ao cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade;

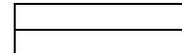
III – a atuação em curadoria especial;

IV – a atuação em processos de revisão criminal;

[...]



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**



Conforme destacado pelo parecer ministerial precedente, estes 4 incisos descrevem as “atividades nucleares a serem desempenhadas por quem ocupa um cargo de defensor público, vale dizer, são responsabilidades inerentes à própria função para a qual já são remunerados. Não faz sentido obrigar o Estado a pagar vantagem pecuniária suplementar a quem está simplesmente desempenhando as funções que deveriam ser sua rotina básica. Há, no caso, dupla remuneração para pagar o mesmo serviço”.

Ao se debruçar sobre a questão, a Defensoria Pública, em duas oportunidades (fls. 136 e 185), destacou:

*“Ressalte-se, por primeiro, que se extrai há uma “essência comum” a todas as hipóteses arroladas: a existência de **condições de especial dificuldade** que justificam a vinculação de tais atividades à gratificação abstratamente prevista no art. 17, das Disposições Transitórias, da LC 988/06.*

*Todas as situações descritas se unem, ainda, por outra condição comum: **o reduzido número de Defensores Públicos no Estado**, ...”.* (g.n.)

Cabe rechaçar, *prima facie*, a segunda condição enumerada pela Defensoria Pública como justificativa à criação da gratificação em razão da especial dificuldade.

Ora, o reduzido número de defensores públicos, ou até mesmo a carência de recursos financeiros e materiais, não é fundamento jurídico hábil a permitir o CSDP atribuir gratificação a uma ou outra atividade típica e corriqueira da função do defensor público.

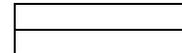
O texto do art. 17 das Disposições Transitórias (DT) da LC nº 988/06 é evidente: é possível atribuir a gratificação em razão da especial dificuldade **decorrente da natureza do serviço, e não em razão da especial dificuldade decorrente do reduzido número de defensores públicos.**

Aliás, é necessário pontuar, também, **que a especial dificuldade não pode decorrer do alegado excesso de serviço**, isto é: o excessivo volume de trabalho não pode servir de fundamento jurídico para a instituição da gratificação, pois não encontra respaldo na legislação. Note-se que a existência de escala de trabalho, conforme relatado às fls. 138, apenas reforça a necessidade de maior estruturação da Defensoria, e não o pagamento da gratificação.

É notória que a carência de pessoal aflige todos os Órgãos da Administração Pública e, também, a Defensoria. O que não se permite, contudo, é tentar compensar uma deficiência utilizando-se dos instrumentos jurídicos equivocados para tanto.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**



Nesse aspecto, o *Parquet* de Contas se sensibiliza com alegação de ser reduzido número de defensores públicos frente a enorme demanda de trabalho, entretanto, entende que esta argumentação não pode ser utilizada com supedâneo à implementação da gratificação trazida pelo art. 17 da LCE nº 988/06.

Já em relação às atividades enumeradas pelo art. 4º, acima citado, cabe tecer as seguintes ponderações.

Como ponto de partida, é essencial enfatizar que a **especial dificuldade decorre da natureza do serviço e não do reduzido número de defensores públicos ou do excessivo volume de trabalho.**

Conforme mencionado anteriormente, **a dificuldade deve ser especial**. Mas o que seria dificuldade especial?

Especial é aquilo que é fora do comum, que não é corriqueiro ou do dia a dia, que não é geral. Então, a dificuldade para fins da gratificação não pode ser aquela do dia a dia, nem a comum. Ela deve ser especial, tomada de caráter peculiar.

Pois bem. O Conselho Superior da Defensoria Pública entendeu como “especiais” as seguintes atividades, assim descritas no art. 4º: I – o atendimento inicial especializado ao público; II – a visita periódica aos estabelecimentos prisionais e aos estabelecimentos voltados ao cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade; III – a atuação em curadoria especial; IV – a atuação em processos de revisão criminal.

Consoante exposto por este *Parquet*, às fls. 155, o exercício das ditas atividades especiais pelos defensores públicos ensejou o pagamento da gratificação nos seguintes montantes:

*“Ademais, a reforçar o caráter corriqueiro destas atividades que foram indevidamente rotuladas como sendo desempenhadas ‘em condições de especial dificuldade’, frise-se que, no mês analisado (fls. 60/62, coluna ‘quantidade’), de um total de **cerca de 700 defensores**:*

- **514 defensores** receberam gratificação por terem atendido o público (acréscimo de R\$1.843,12 ao subsídio de cada um);
- **243 defensores** receberam gratificação por terem visitado presídio ou estabelecimento de cumprimento de medidas socioeducativas (acréscimo de R\$1.843,12 ao subsídio de cada um);
- **358 defensores** receberam gratificação por terem atuado em curadoria especial (acréscimo de R\$1.843,12 ao subsídio de cada um);
- **181 defensores** receberam gratificação por terem atuado em processos de revisão criminal (acréscimo de R\$1.843,12 ao subsídio de cada um).” (g.n.)



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

Ora, se a atividade é especial, singular, como pode 514 (ou 243, 358 e 181) defensores, do total de 700, terem percebido a gratificação?

Verifica-se, portanto, que **as atividades enumeradas no art. 4º são tão comuns que não passam no crivo legal da especial dificuldade**. Oportuno lembrar que a especial dificuldade não pode decorrer da carência de membros ou do volume de trabalho.

Além, observa-se que as atividades eleitas fazem parte das funções típicas de um defensor público, caracterizando-se como corriqueiras e não especiais.

A Deliberação CSDP nº 143, de 2009, utilizada pela defesa para afiançar seus atos, apenas corrobora o entendimento aqui esposado, seja pelo exercício das funções gerais ou funções específicas lá descritas, por exemplo: em todas elas há a previsão de atendimento ao público, por óbvio.

Por fim, não se pode entender como sendo de especial dificuldade a atuação nas diversas áreas do direito pelo mesmo defensor, pois o concurso de provas e títulos é realizado para o preenchimento do cargo de “Defensor Público”, e não para defensor público criminal, ou civil, ou consumerista e etc. Estas são funções a serem desempenhas por qualquer defensor público, que deve estar preparado para atuar em qualquer área do direito.

Dessa forma, reitera-se a manifestação ministerial de fls. 154/155/156, no sentido da ilegalidade do pagamento da gratificação prevista no art. 17 das Disposições Transitórias da LCE nº 988/2006, em razão da Deliberação CSDP nº 286 ter, no art. 4º, incisos I, II, III e IV, ultrapassado as balizas legais no exercício de seu poder discricionário e atribuído gratificação pelo exercício em especial dificuldade decorrente da natureza do serviço a atribuições comuns e ordinárias dos defensores públicos.

3.2. Criação de funções gratificadas por ato normativo infralegal, sem autorização legislativa.

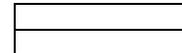
Às fls. 157, o parecer ministerial destacou:

“A Deliberação CSDP 286/2013, a pretexto de disciplinar quais seriam as ‘atividades em condições de especial dificuldade decorrente da natureza do serviço’, acabou por criar outras funções gratificadas, ou melhor, outras hipóteses, não previstas em lei, de gratificação de função.”

Inseridas nestas hipóteses estariam as seguintes funções:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria



“Deliberação CSDP 286/2013, art. 7º. São, também, consideradas atividades em condições de especial dificuldade decorrente da natureza do serviço:

I – a atuação como **Conselheiro**;

(...)

III – a atuação como **Presidente da Comissão Processante Permanente da Defensoria Pública**;

IV – a atuação como **Defensor Público Assistente da Escola da Defensoria Pública**, desde que esteja não afastado de suas atribuições ordinárias;

V – o efetivo exercício, por designação do Defensor Público-Geral, das atribuições administrativas atinentes à função de **Coordenador Regional** ou **Coordenador de Núcleo Especializado**, quando não houver Defensor Público interessado que preencha os requisitos da Lei Complementar nº 988, de 09 de janeiro de 2006.

VI – o efetivo exercício, por designação do Defensor Público-Geral, das atribuições administrativas atinentes à função de **Coordenador Auxiliar de Unidade, de Núcleo Especializado da Defensoria Pública** ou do **Centro de Atendimento Multidisciplinar**, quando não houver Defensor Público interessado que preencha os requisitos da Lei Complementar nº 988, de 09 de janeiro de 2006.

VII – a atuação como **Coordenador de Execução Penal**;

VIII – a atuação como **membro de Comissão para fiscalização de convênio celebrado para prestação de assistência jurídica**;

IX – a atuação como **Presidente da Comissão de Prerrogativas da Defensoria Pública do Estado**;

X – a atuação nos Centros Integração da Cidadania – CIC, Centros de Referência e Apoio à Vítima, Centros e Casas de Atendimento à Mulher, Central de Flagrantes, a prestação de assistência jurídica à população em situação de rua, em centros de atendimento, albergues e a atuação em outros órgãos e equipamentos congêneres em cuja atuação foi autorizada por Ato do Defensor Público-Geral (redação alterada pela Deliberação CSDP nº 287, de 13 de dezembro de 2013);

XI – a atuação como **Subouvidor**;

XII – a atuação como **membro da Comissão de Prerrogativas da Defensoria Pública do Estado**;

(...)

Na defesa do art. 7º da Deliberação CSDP nº 286/13, às fls. 198/203, a Defensoria Pública argumentou, em síntese, que a gratificação pelo exercício de atividades em condições de especial dificuldade decorrente da natureza do serviço tem fundamento jurídico diverso da gratificação de função prevista no art. 19 das DT da LC nº 988/06. Nesse sentido, traz amplo arrazoado a respeito da diferença entre adicionais de função e gratificações de serviço, a fim de concluir que o art. 7º, em comento, não cria uma gratificação de função, mas sim gratificação de serviço nos termos permitidos pelo art. 17 das mesmas Disposições Transitórias citada, entendendo, ao fim, pela sua legalidade.

A par da atecnia legislativa ou do amplo debate doutrinário com as mais diversas classificações jurídicas, entende-se que o deslinde da questão retorna à análise do indubitável princípio constitucional de legalidade, cujo conteúdo jurídico veste-se, novamente, no dizeres do eminente professor Helly Lopes Meirelles, na pacífica compreensão de que “*enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza*”.

Nesse sentido, pede-se vênia para transcrever novamente o art. 17 das DT da LC nº 988/06:



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

Artigo 17 - O Defensor Público que estiver no exercício de atividades próprias do cargo, em condições de especial dificuldade decorrente da localização ou da natureza do serviço, assim definidas em lei ou em deliberação do Conselho Superior, fará jus a uma gratificação pecuniária que corresponderá a 15% (quinze por cento), 10% (dez por cento) ou 5% (cinco por cento) dos vencimentos de Defensor Público Nível I, de acordo com os critérios a serem fixados pelo colegiado.
(g.n.)

Nota-se que a concessão de gratificação para as condições de especial dificuldade decorrente da natureza do serviço só será possível **quando o defensor público estiver no exercício de atividades próprias do cargo.**

Por sua vez, as atividades próprias do cargo, conforme já mencionado, são aquelas descritas no art. 5º da mesma LC nº 988/06.

Ocorre que dentre as atribuições institucionais enumeradas pela Lei Complementar, **não se encontram aquelas beneficiadas pela gratificação do art. 7º** (da deliberação nº 286), razão pela qual o pagamento da gratificação foi apontado pelo Ministério Público de Contas como sendo ilegal, por não encontrar respaldo no art. 17 das Disposições Transitórias para o seu pagamento.

Assim, independente do debate sobre a natureza jurídica a respeito de adicionais de função e de gratificação, fato é que as funções previstas no art. 7º da Deliberação nº 286/13 (aquelas acima destacadas), não se enquadram no parâmetro legal do art. 17 das DT da LC nº 988/06, por não serem atividades próprias do cargo de defensor público nos termos do art. 5º da mesma Lei Complementar, sendo, portanto, ilegais os pagamentos da gratificação em razão da especial dificuldade decorrente da natureza do serviço àquelas funções.

3.3. Gratificação pelo exercício de atividades em especial dificuldade decorrente da localização

Ao regulamentar o art. 17 das DT da LC nº 988/06, quanto ao pagamento de gratificação em razão da **especial dificuldade decorrente da localização**, a Deliberação CSDP nº 286/2013 definiu 04 (quatro) hipóteses para sua percepção:

Art. 2º. São consideradas atividades em condições de especial dificuldade decorrente da localização as prestadas nos seguintes locais:

I – Capital: nos Foros Regionais ou nos locais de atendimento da Defensoria Pública, desde que situados a 10 Km (dez quilômetros) ou mais do marco zero;

II – Região Metropolitana;

III – Interior do Estado: nos Foros Regionais;

IV – Brasília.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

Em sua defesa, rechaçando os apontamentos iniciais deste *Parquet*, a Defensoria Pública defendeu a legalidade dos atos praticados, dizendo que os critérios eleitos são objetivos e razoáveis para a estipulação da gratificação.

Novamente, andou mal a Defensoria Pública, inclusive ao trazer comparações de situações desiguais a fim de justificar a irregularidade de seus atos.

O art. 17 da LC n° 988/06 prevê a possibilidade de gratificação ao defensor público que estiver no exercício de atividades próprias do cargo, **em condições de especial dificuldade decorrente da localização.**

Ora, qual é a especial dificuldade decorrente da localização encontrada pelo defensor público em exercer suas atividades, por exemplo, no Fórum de Santana? Ou no Fórum da Lapa? Ou no Município de Osasco? Ou São Caetano?

A resposta trazida aos autos pela Defensoria, às fls. 205, merece transcrição:

“De fato, a lotação de um Defensor Público na Capital do Estado, cujas distâncias e tráfego urbano são reconhecidamente problemáticos, autoriza, por si só, o estabelecimento de valores acrescidos para fóruns mais distantes. O mesmo se aplica às Unidades sediadas na Região Metropolitana, na medida em que não é raro Defensores Públicos residirem na Capital e estarem lotados em Unidades na Região Metropolitana, ou vice-versa, ante a possibilidade de autorização para residência em Município diverso. Tal situação se verifica, outrossim, nos fóruns regionais situados junto às maiores cidades do interior do Estado, pelas mesmas razões.”

Essa argumentação comporta algumas conclusões.

Como a própria defesa indica, todos os defensores têm o dever legal de residir no município onde atuam, salvo se obtiverem autorização para residir em outro município.

Então, v.g., se um defensor público estiver lotado no Município de Osasco, deverá solicitar autorização para residir no Município de São Paulo. Concedida a autorização, automaticamente o defensor público fará jus à gratificação por exercer suas atividades em condições de especial dificuldade decorrente da localização.

Outra hipótese é a do defensor público que reside no Município de São Paulo, por exemplo, no bairro da Vila Mariana, e trabalhar no Fórum de Santana. Fará jus à gratificação por exercer suas funções em local de especial dificuldade, em razão do “tráfego urbano”.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

Bastam dois exemplos para se verificar quão desarrazoada é a Deliberação CSDP n° 286/13.

Ao se observar o já citado art. 17 da LC, a conclusão lógico-jurídica a que se chega é a de que o texto legal conferiu ao Conselho Superior da Defensoria a possibilidade de conceder gratificação ao defensor público **que estiver lotado em municípios pequenos, espalhados pelos diversos rincões do Estado, de difícil acesso e com pouca infraestrutura urbana.**

No entender do Ministério Público, a especial dificuldade decorrente da localização se refere a estas características, e não ao tráfego intenso na Capital ou aos eventuais transtornos de se pegar o metro na Praça da Sé em direção ao Fórum de Santana.

Outro aspecto a se debater é o exercício da função de defensor público **em Brasília.**

A defesa menciona às fls. 206, *in fine*, e 207, que “*Fóruns Regionais no interior e o Núcleo Especializado em Brasília constituem efetivamente a sede, o padrão de lotação, a comarca de atuação dos Defensores Públicos oficiais neste locais*”.

Se Brasília é considerada sede para a Defensoria Pública, comarca do defensor que lá oficia, com maior razão não cabeira a gratificação por exercer suas atribuições em condições de especial dificuldade decorrente da localização. Brasília, Capital Federal, não parece ser um local de especial dificuldade, com precária estrutura urbana. Comportaria, talvez, diárias, mas como é considerada sede, perderia o fundamento legal para a referida indenização.

Aliás, a inteligência do art. 16 da LC n° 988/06 parece de extrema clareza:

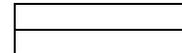
*“Artigo 16 - Quando em **exercício ou diligência fora de sua comarca, sede ou circunscrição**, o Defensor Público terá direito à percepção de diárias integrais calculadas à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor dos vencimentos do cargo da classe inicial.*

Parágrafo único - Terá direito à percepção de diárias o Defensor Público que se afastar do cargo para estudo ou missão, no país ou no exterior, bem como para participar de congressos e outros certames científicos, no interesse da Defensoria Pública do Estado. (g.n.)

Dessa forma, pelo acima exposto, o Ministério Público de Contas entende que a Deliberação CSDP n°286/13 extrapolou os limites legais estabelecidos para a normatização da gratificação em razão do exercício de atividades próprias do cargo em condições de especial dificuldade decorrente da localização, devendo ser consideradas ilegais as disposições do seu art. 2º, tal como aplicadas atualmente.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**



3.4. Compensação das Substituições

Outro ponto que merece atenção desta E. Corte de Contas é a Deliberação CSDP n° 253/2012, que disciplina a possibilidade de compensação de dias trabalhados no âmbito da Defensoria Pública do Estado.

Preceitua o art. 1° desta Deliberação:

*Artigo 1º. A atuação do Defensor Público em razão de designação para acumular, oficiar ou auxiliar em processos e/ou procedimentos, sem prejuízo das atribuições de suas funções ou em decorrência de substituição automática, em virtude de férias, licenças ou outras formas de afastamento do titular ou ainda por excesso de serviço, **poderá ser anotado para compensação**, desde que observado o limite de 60 dias por ano, nas hipóteses e proporções indicadas na presente Deliberação, mediante solicitação expressa do membro da Defensoria Pública interessado.*

§ 1º. A atuação de que trata o presente artigo poderá ser compensada na proporção de 02 (dois) dias de atividade para 01 (um) dia de compensação.

§ 2º. O membro da Defensoria Pública poderá usufruir, no máximo:

I – no mesmo ano, 20 (vinte) dias de compensação;

II – no mesmo mês, 05 (cinco) dias de compensação.

§ 3º - A atividade de que trata o caput do presente artigo não poderá ser compensada quando for gratificada.

§ 4º - O requerimento de anotação para compensação deverá, obrigatoriamente, compreender todo o período constante do Ato de designação, sendo vedado fracioná-lo em anotação para compensação e remuneração por gratificação.

Conforme indica a Defensoria às fls. 141, a sistemática de compensação de substituições foi instituída pelo art. 10 da Deliberação CSDP n° 268/10 e, posteriormente, regulamentada pela Deliberação CSDP n° 253/12.

Novamente, constata-se que houve ofensa ao princípio da legalidade ao instituir compensação de substituições por meio de ato deliberativo do Conselho Superior.

Observa-se nos “*considerandos*” da Deliberação n° 253/12, que a benesse ali regulada teve como base, primeiro, a autonomia administrativa conferida à Defensoria Pública, segundo, a competência normativa do Conselho Superior.

É possível constatar dessa maneira a não compreensão do significado da autonomia administrativa, entendendo-a como se fosse um cheque em branco aos gestores para não se submeter às determinações constitucionais voltadas à Administração Pública. No mesmo sentido, verifica-se o abuso do poder normativo conferido ao Conselho Superior, que “legisla” sem qualquer observância das balizas legais.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

Dessa forma, o Ministério Público de Contas entende que a instituição da compensação por substituição carece de fundamento legal, devendo a prática ser imediatamente interrompida até ulterior regulamentação por meio de lei.

3.5. Pagamento de quinquênios, sexta-parte, e outras verbas incompatíveis com a remuneração por subsídio imposta aos Defensores Públicos pelo art. 135 da Constituição Federal e pelo art. 103, § 1º da Constituição Paulista;

Estabelece o art. 135 da Constituição Federal de 1988, em relação à Defensoria Pública:

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.

Por sua vez, o art. 39, § 4º preceitua:

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (g.n)

Já o art. 103, §1º, da Constituição Paulista preconiza:

***Artigo 103** - À Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, compete a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, em todos os graus.*

§ 1º - Lei Orgânica disporá sobre a estrutura, funcionamento e competência da Defensoria Pública, observado o disposto na Constituição Federal e nas normas gerais prescritas por lei complementar federal. (g.n)

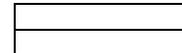
Observa-se que a Constituição Federal é taxativa em relação ao sistema remuneratório dos defensores públicos: “... serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, ...”.

Conforme se verifica, trata-se de verdadeiro mandamento constitucional e não opção deixada a cargo dos gestores. Aliás, a determinação está estampada na CF desde a Emenda Constitucional nº 19, **de 1998**.

Nesse sentido caminhou a manifestação ministerial proferida às fls.151/153, que, por seus sólidos fundamentos, não merece reparo.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**



Ainda, em relação a esta questão, a Defensoria Pública argumentou, em síntese, que cumpre o determinado na Lei Complementar nº 988/06, que fixa aos defensores a remuneração por meio de vencimentos. E conclui alegando:

“Em relação a este aspecto, por fim é preciso registrar que a insurgência do Parquet dirige-se mais ao Legislativo – que ainda não legislou sobre o subsídio dos Defensores Públicos estaduais – que à Defensoria Pública, que não pode utilizar o sistema de subsídios diante da ausência de Lei que o cria e regulamenta e da existência de Lei que cria e regulamenta o sistema remuneratório através de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

(g.n)

Interessante argumentação da Defensoria Pública.

Ao dizer que o Legislativo não legislou sobre o subsídio dos defensores públicos, atribuindo a desídia unicamente aos nobres legisladores estaduais, “esqueceu-se” de mencionar que **a iniciativa do projeto de lei para tais fins é exclusiva do Defensor Público-Geral**, em virtude da autonomia administrativa e funcional da Defensoria Pública.

Conclui-se, então, dessa argumentação, que quando lhe é conveniente a Defensoria Pública defende ferozmente a autonomia administrativa e funcional (inclusive utilizando tais conceitos para extrapolar seu poder de normatização interna); já quando não lhe interessa, atribui a responsabilidade à outra Instituição.

Posto isso, cabe destacar que hoje o sistema remuneratório da Defensoria está regulamentado pelos artigos 7º e 8º das Disposições Transitórias da Lei Complementar nº 988/06.

Contudo, não se pode deixar de destacar que os dispositivos transcritos estão localizados nas Disposições Transitórias, ou seja: os artigos 7º e 8º não são permanentes, são transitórios, temporários, até advento da lei que estabeleça a modificação para o sistema remuneratório de subsídios.

Dessa maneira, embora o sistema remuneratório por vencimentos da Defensoria Pública encontre fundamento na Lei Complementar nº 988/06, há de se reconhecer a incompatibilidade com o mandamento constitucional do art. 39, 4º, da CF/88, que determina a remuneração por meio de subsídio dos defensores públicos.

Assim, conclui-se que há patente inconstitucionalidade por omissão ao se eternizar o sistema de remuneração por vencimentos (que é apenas transitório), identificando-se evidente mora da Defensoria Pública-Geral por não encaminhar projeto de lei alterando o sistema remuneratório para subsídios, tal como fez oportunamente o E. Tribunal de Justiça e o d. Ministério Público do Estado.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

3.6. Códigos de pagamento diferentes para descrições idênticas, gerando possíveis pagamentos em duplicidade. Pagamentos com base em ato normativo revogado.

No que tange às observações feitas quanto aos códigos de pagamento diferentes para descrições idênticas, gerando possíveis pagamentos em duplicidade e pagamentos com base em ato normativo revogado, o Ministério Público de Contas entende que as justificativas trazidas aos autos às fls. 243 são pertinentes e comportam acolhimento.

4. Lei de Acesso à Informação.

Em relação ao cumprimento à Lei de Acesso à Informação, reitera-se a manifestação ministerial precedente no sentido de que as informações não são disponibilizadas nos moldes determinados pela Lei¹, vez que os dados são praticamente todos apresentados no formato PDF não pesquisável, que dificulta muito a exportação e o processamento automatizado.²

Tal irregularidade impossibilitou que se levantasse, por exemplo, o total de Defensores em cada categoria, informações que seriam facilmente verificadas caso os dados pudessem ser baixados e manuseados em planilhas (por exemplo, no formato aberto e não proprietário ODS, ou no formato CSV³).

Dessa maneira, o Ministério Público de Contas entende ser necessário que a Defensoria Pública promova as adequadas correções, a fim de cumprir adequadamente a **transparência ativa** nos moldes da Lei nº 12.527/11.

¹ Em especial, a exigência do art. 8º, § 3º, inc. II da Lei Federal 12.527/11:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. (...)

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos: (...)

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

² Segundo a Cartilha '**Guia da transparência ativa: como publicar informações de sua organização em site e portal**', elaborada pela Secretaria Estadual da Gestão Pública, "*os conteúdos devem ser disponíveis em formato de dados abertos (tabelas), sem restrição de uso (licença livre), possíveis de serem processados automaticamente por meio de programas de computador não proprietários. O contrário disso são os dados fechados, impossíveis de ser exportados (planilha em PDF) ou manipulados sem um programa proprietário (planilha, Word, Excel.)*" (negrito do original, sublinha do MPC/SP).

Cartilha disponível em <http://gestaolai.sp.gov.br/attachments/article/45/gestaolai.sp.gov.br-lai-guia-transparencia-ativa.pdf>, acesso em 23.02.2015.

³ Comma-Separated Values.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria**

5. Conclusão

Por fim, não se pode deixar de registrar, após minudente apreciação dos autos, a impressão de que se buscou, por meio das Deliberações do Conselho Superior da Defensoria Pública, aumentar os vencimentos dos defensores públicos sem o necessário processo legislativo, utilizando-se de interpretações distorcidas da Lei Complementar nº 988/06 e da alegada falta de estrutura para o cumprimento pleno de suas atribuições.

É preciso destacar que as distorções constatadas no pagamento de gratificações seriam mitigadas caso fosse cumprida a determinação constitucional para se adotar o sistema remuneratório por subsídio, que só se viabilizará com o envio do projeto de lei pela própria Defensoria Pública à Assembleia Legislativa.

Dessa forma, o **Ministério Público de Contas**, no exercício de sua função constitucional de fiscal da lei, observada a adequação da instrução processual, o respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, com a suficiência dos elementos probatórios coligidos aos autos, reiterando-se a manifestação de fls. 151/162, e com fulcro nos argumentos supra delineados, opina pela **IRREGULARIDADE** dos atos praticados pela Defensoria Pública, objeto de análise destes autos, tendo em vista, de modo geral, a não observância do princípio da legalidade nos atos de gestão praticados pelo Defensor Público-Geral e pelo Conselho Superior da Defensoria Pública, este no exercício de seu restrito poder normativo.

Nesse sentido, ante o acima exposto, pugna-se, com base no art. 71, inc. IX da Constituição Federal⁴, no art. 33, inc. X da Constituição Estadual⁵ e no art. 2º, inc. XIII da LCE 709/93⁶, pela expedição das seguintes **DETERMINAÇÕES** para que o gestor adote as seguintes providências necessárias ao exato cumprimento da lei:

⁴ CF, art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

⁵ CE/SP, art. 33. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: (...)

X - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade;

⁶ LCE 709/93, art. 2º. Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete: (...)

inc. XIII - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Procuradoria

1. Cesse imediatamente o pagamento das gratificações que remuneram o desempenho das próprias atribuições ordinárias do cargo (Deliberação CSDP art. 4º, incisos I a IV);
2. Cesse imediatamente o pagamento das gratificações que criaram funções gratificadas sem autorização legislativa (Deliberação CSDP art. 7º, incisos I, III a XII);
3. Cesse imediatamente o pagamento das gratificações para situações corriqueiras, não eventuais, ou já ressarcidas pelo pagamento de diárias (Deliberação CSDP art. 2º, incisos I a IV; art. 7º, inciso II);
4. Cesse imediatamente o sistema de compensação de substituições previstos na Deliberação CSDP nº 253/12;
5. Encaminhe o projeto de lei que estabeleça o sistema remuneratório por subsídio, a fim de dar cumprimento ao disposto no art. 39, §4º, da Constituição Federal/88; e
6. Reformule seu Portal da Transparência de modo que possibilite a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações, conforme determina o art. 8º, § 3º, inc. II da Lei Federal 12.527/11.

Inobstante o cumprimento das determinações acima destacadas, propugna-se, ainda, pela apuração dos valores totais pagos com fundamento na Deliberação CSDP nº 286/13 pelo setor de cálculos, a fim de se imputar aos gestores e ordenadores de despesa o montante exato a ser devolvido aos cofres públicos, em vista da ilegalidade dos pagamentos efetuados com base naquela deliberação.

Por fim, requer a V. Exa. a remessa imediata dos autos ao Ministério Público do Estado, tendo em vista a existência de **indícios da prática de atos de improbidade administrativa**, relativos aos pagamentos ilegais ora analisados, bem como para aferição do Exmo. Senhor Procurador-Geral de Justiça da pertinência de se propor a **ação direta de inconstitucionalidade em face da omissão na instituição do sistema remuneratório por subsídios** da Defensoria Pública, por serem providências que fogem da alçada desta E. Corte de Contas.

São Paulo, 30 de setembro de 2015.

CELSO AUGUSTO MATUCK FERES JR.
Procurador do Ministério Público de Contas