

A NOVA FORMATAÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 80/14

Franklyn Roger Alves Silva
Mestre em Direito Processual pela UERJ
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
Professor da disciplina Princípios Institucionais da Defensoria Pública

I - Introdução

Quando da promulgação da Constituição de 1988, o constituinte delineou o Sistema de Justiça colocando o Judiciário e o Ministério Público como vértices do acesso à justiça, em razão das inúmeras garantias e funções previstas em seu texto.

Com o passar dos anos e a evolução do pensamento sobre o conceito de acesso à justiça, verificou-se que o Ministério Público não era capaz de tutelar os interesses individuais de hipossuficientes, de modo que o art. 134 da Constituição Federal, que tratava da Defensoria Pública, ganhou aplicabilidade plena, com a edição da Lei Complementar n. 80/94.

No processo de amadurecimento legislativo da Defensoria Pública, a instituição ganhou novas funções, deixando de se constituir como um mero organismo estatal apto a prestar assistência jurídica individual e se apresentando como um novo vértice do sistema de Justiça, principalmente em razão de sua autonomia concedida pelas Emendas Constitucionais n. 45/04, 69/12 e 74/13.

Recentemente o universo da Defensoria Pública foi presenteado com a aprovação e promulgação Emenda Constitucional n. 80, de 29 de maio de 2014, fruto da Proposta de Emenda à Constituição n. 04/14 do Senado Federal, também conhecida como PEC n. 247/13, em razão de sua numeração na Câmara dos Deputados.

Em linha de síntese, a alteração do texto constitucional culminou na reformulação do art. 134 da Constituição Federal e na reestruturação das Seções atinentes ao Capítulo das Funções Essenciais à Justiça. Além disto, a estrutura funcional e administrativa da Defensoria Pública ganham novas funções, em consequência da aplicação das normas constitucionais que regulam matérias administrativas aos tribunais.

No entanto, necessário compreender a dimensão da nova formatação constitucional da Defensoria Pública, que parece muito maior do que se apresenta.

II – A posição da atividade da Defensoria Pública no plano das funções essenciais à Justiça

A primeira modificação relevante da Emenda Constitucional diz respeito a posição estrutural da Defensoria Pública no plano das funções essenciais à justiça, visto que a Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública, integrante do Capítulo IV, trazia a falsa ideia de que a Defensoria Pública faria parte do mesmo regime jurídico da Advocacia.

Uma das grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais que persiste na atualidade consiste no enquadramento das funções de advocacia e Defensoria Pública, uma vez que o Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), especificamente em seu art. 3º, prevê que os membros da Defensoria Pública estão sujeitos ao regime jurídico ali estatuído.

Note-se que a Defensoria Pública sempre se desvinculou da Advocacia, constituindo função essencial autônoma, destinada à assistência jurídica gratuita. Tanto que o art. 4º, §6º da LC n. 80/94, assegura que a capacidade postulatória do Defensor Público é obtida por meio de sua nomeação posse no cargo, revelando a total desnecessidade de vinculação dos Defensores Públicos aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ademais, a distinção entre as funções, sempre muito bem delineada no plano doutrinário, deixa claro que o regime de advocacia é totalmente incompatível com o modo de atuação da Defensoria Pública. A natureza estatutária do vínculo estabelecido entre o assistido e a instituição constitucional é um dos grandes pilares que contrastam o modelo de advocacia, que se pauta em um vínculo de natureza contratual existente entre o cliente e seu causídico.

Com a nova formatação introduzida pela Emenda Constitucional, criou-se uma nova seção destinada exclusivamente ao regramento da Defensoria Pública, demonstrando-se a sua total autonomia e desvinculação ao regime jurídico da Advocacia.

Parece-nos que a mudança do parâmetro constitucional terá influência determinante no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.636, em trâmite no Supremo Tribunal Federal que somada às manifestações favoráveis da Procuradoria Geral da República e da Advocacia-Geral da União, no sentido da constitucionalidade do art. 4º, §6º da LC n. 80/94, põem em xeque a pretensão da OAB.

Assim, o que o texto constitucional passa a prever hoje nada mais é que um reflexo da doutrina institucional e da jurisprudência que sempre encararam a Defensoria Pública como uma atividade distinta da advocacia.

III – A nova formatação constitucional das funções institucionais da Defensoria Pública no plano das funções essenciais à Justiça

A segunda alteração no texto constitucional diz respeito a nova redação do art. 134 da Constituição Federal, que passou a dialogar com o art. 1º da LC n. 80/94. O novo dispositivo assegura que *“Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.”*

A estrutura do paradigma constitucional da Defensoria Pública merece detida análise, a qual passamos a discorrer nos seguintes subtópicos.

III.1 – Instituição de caráter permanente

Verifica-se que a primeira novidade do art. 134 é o reconhecimento do caráter permanente da Defensoria Pública, tal qual se confere ao Ministério Público no art. 127. Pela determinação constitucional do caráter perene da instituição, depreende-se que a Defensoria Pública não pode ser objeto de qualquer norma jurídica tendente a sua abolição do ordenamento jurídico.

É verdade que a doutrina sempre sustentou que a Defensoria Pública faria parte da proteção das cláusulas pétreas (art. 60, §4º da CF), em razão de sua incumbência de prestação de assistência jurídica integral e gratuita dos necessitados, refletindo um direito individual materializado no art. 5º, LXXIV.

A partir do momento em que o texto constitucional consagra o direito a assistência jurídica prestada pelo Estado de forma gratuita aos necessitados e também prevê que essa função é exclusiva da Defensoria Pública não havia como fechar os olhos para o caráter permanente da instituição.

Diante de tal fato, sempre sustentamos¹ a total inviabilidade de supressão da Defensoria Pública do ordenamento jurídico, em razão de a encarmos como uma cláusula pétrea dada a sua natureza de instrumento de promoção da assistência jurídica estatal.

A alteração do texto constitucional apenas tornou expressa uma norma cuja existência se extraía da interpretação dos dispositivos constitucionais.

III.2 – A Defensoria como instituição democrática e de promoção dos direitos humanos

Em seguida, ao analisarmos a nova redação do art. 134, é importante observar o destaque da Defensoria Pública como instituição que expressa e instrumentaliza o regime democrático, nos demonstrando a existência de duas vertentes bem delineadas.

A primeira delas, de caráter *interna corporis* nos reforça a necessidade de fortalecimento de mecanismos democráticos no seio da Defensoria Pública, em especial no tocante a figura a Ouvidoria-Geral. Este órgão auxiliar da estrutura das Defensorias Públicas estaduais precisa ser melhor aparelhado e reproduzido no texto legal em relação às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

A figura da Ouvidoria-Geral representa o caminho conferido à sociedade civil para se aproximar da Defensoria Pública, tendo maior participação na sua estrutura orgânico-administrativa e contribuindo para a materialização do regime democrático.

Em uma segunda vertente, o reflexo do regime democrático nos obriga a reconhecer que a Defensoria Pública deve, no desempenho de suas funções, potencializar a sua atuação de modo a fortalecer a democracia e a própria cidadania.

Neste ponto, importantíssimo o aparelhamento da Defensoria Pública em todas as Justiças e suas especializações, com enfoque principal na Justiça Eleitoral, que não deixa de ser um elemento integrante do regime democrático e da própria Justiça

¹ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

do Trabalho, áreas onde a Defensoria Pública ainda não se estruturou de modo adequado, em razão da negligência do Executivo Federal.

É certo que a concessão da autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União, por meio da Emenda Constitucional n. 74/13 foi o primeiro passo neste caminho. No entanto, o reforço constitucional se apresenta agora com a demonstração da importância da Defensoria Pública no regime democrático.

Por último, verificamos que a Constituição Federal passa a tratar de funções de natureza típica e atípica em seu texto, deixando expresso que a Defensoria Pública é uma instituição com uma nova estrutura, atuando na promoção de direitos humanos e na tutela em caráter individual e coletivo, dos direitos dos necessitados.

A promoção dos direitos humanos independe da condição econômica ou social de seus titulares, em razão do caráter universal que estes exprimem. Por esta razão, a Defensoria Pública no desempenho desta função institucional de natureza atípica, buscará conceder a mais ampla assistência, não apenas jurídica, mas de qualquer outra vertente que se afigure necessária para a salvaguarda destes direitos.

A última década revelou um profundo ativismo da Defensoria Pública no sistema interamericano de defesa dos direitos humanos, a partir da participação incisiva das Defensorias Públicas junto a Comissão Interamericana e na própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da indicação de Defensores Públicos para atuação em sua estrutura.

Assim, o requisito hipossuficiência econômica não constitui elemento essencial quando a atuação da Defensoria Pública versar sobre a promoção dos direitos humanos.

III.3 – A função institucional de atuação na tutela coletiva

Do ponto de vista funcional e levando-se em consideração a atual realidade da Defensoria Pública, a grande alteração operada pela Emenda Constitucional n. 80/2014, no art. 134, *caput*, refere-se a atuação coletiva da instituição.

O processo histórico-evolutivo da participação da Defensoria Pública na tutela coletiva revela o quão bem intencionada é a instituição no plano da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O primeiro passo da Defensoria Pública no plano das ações coletivas se deu através do desempenho da representação processual das associações legitimadas que não poderiam arcar com os custos de um advogado e procuravam a instituição para o ajuizamento de ação coletiva.

Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, reconheceu-se que os órgãos da Defensoria Pública voltados para a assistência jurídica de consumidores poderiam exercer a legitimidade da ação coletiva com suporte no art. 82, III do CDC².

O sucesso da atuação da Defensoria Pública no plano consumerista levou o legislador a conceder a ampla legitimação, através da inclusão da instituição no rol do art. 5º da Lei n. 7.347/85, por meio de alteração operada pela Lei n. 11.448/07.

O próprio Superior Tribunal de Justiça em acórdão paradigmático que tratava da legitimidade institucional com fundamento na atuação em defesa de consumidores³, reafirmou na *ratio decidendi* de seu acórdão, que a legitimação da Defensoria Pública prevista na Lei n. 7.347/85 derivava da máxima interpretação das

² STJ - RECURSO ESPECIAL Nº555.111-RJ (203/01630-9). Rel. Min. CASTRO FILHO.

³ STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 912.849-RS (206/0279457-). Min. JOSÉ DELGADO.

normas constitucionais, em especial os arts. 5º, LXXIV e 134, que reconheciam o direito a assistência jurídica integral e gratuita.

Este momento histórico de evolução da tutela coletiva no seio da Defensoria Pública não poderia deixar de sofrer obstáculo criado pelo próprio ordenamento jurídico. A história tem revelado que a evolução da Defensoria Pública se baseia em diversos percalços e obstáculos criados por um sistema baseado em exclusão e reserva de mercado que permeia as demais instituições e poderes constituídos.

A sensação de alegria sofreu um baque em razão do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943, pela CONAMP perante o Supremo Tribunal Federal, em que se pretende a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, II da Lei da Ação Civil Pública, sob o fundamento de que a tutela coletiva desvirtua o desempenho das funções institucionais da Defensoria Pública.

Não obstante o questionamento da constitucionalidade da legitimação da Defensoria Pública, a instituição não se acovardou e na reforma da Lei Complementar n. 80/94, realizada em 2009 com o advento da Lei Complementar n. 132, foram introduzidas diversas novas funções no rol de atuação da Defensoria Pública, dentre elas o reforço da legitimidade para a tutela coletiva.

Pois bem, diante de todo este panorama histórico, o fato de o constituinte expressar no texto da Carta a legitimação coletiva tem grande relevância para o destino da instituição nesta seara funcional. No entanto, apesar da modificação do parâmetro constitucional, não nos parece que a ADI ajuizada pela CONAMP sofra de prejudicialidade tendente a sua extinção.

Isto porque, tanto o texto constitucional como a própria Lei Complementar n. 80/94, em sua redação atual, remetem a função institucional da tutela coletiva ao atendimento de necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Se por um lado, nenhuma legitimidade para a tutela coletiva é plena, vide que o próprio Ministério Público sofre limitações quando lida com interesses individuais homogêneos, a realidade é que pelo texto legal e constitucional a atuação da Defensoria Pública está condicionada a verificação da extensão do conceito de necessitado.

A CONAMP traz como pedido subsidiário de sua demanda objetiva de controle de constitucionalidade a aplicação de interpretação conforme ao dispositivo do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, de modo a limitar a atuação da instituição à tutela de interesses individuais homogêneos, onde se torna possível a verificação dos beneficiários da decisão e, por conseguinte, a sua condição de necessitados.

No entanto, o grande desafio enfrentado pela Defensoria Pública, consiste em saber a extensão do conceito de necessitado? Até que ponto a Defensoria Pública deve suprir a hipossuficiência de determinado grupo?

Este tema demanda reflexões que serão objeto de outro estudo, com foco na alteração do perfil institucional da Defensoria Pública, de modo a se apresentar no ordenamento jurídico como personagem apto a tutelar os interesses coletivos de grupos vulneráveis não do ponto de vista econômico, mas sob novas vertentes.

IV – A incorporação dos princípios institucionais da Defensoria Pública e a nova norma de extensão do regime jurídico do Poder Judiciário aplicável a iniciativa de leis sobre Defensoria Pública

A reforma do texto constitucional também inclui um §4º ao art. 134, que passa a prever expressamente como “princípios institucionais da Defensoria Pública

a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96.”

Trata-se de um grande reforço hermenêutico aos princípios norteadores da Defensoria Pública. No entanto, parece-nos que a grande repercussão da Emenda Constitucional se situa na parte final do §4º do art. 134 ao determinar a aplicação, no que couber, do disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 da Constituição Federal.

A utilização da fórmula “no que couber” estabelece um limite normativo a ser utilizado pela Defensoria Pública. O primeiro limite consiste na compreensão de que apenas as normas indicadas pelo art. 134, §4º da Constituição são aplicáveis, não sendo possível a utilização de outras normas existentes no plano constitucional do regime jurídico da magistratura.

O segundo limite consiste em analisar, dentro do art. 93 e do art. 96, II, quais normas guardam simetria com o regime jurídico da Defensoria Pública e possuem formato bastante para ser aplicadas à realidade institucional, em uma técnica de *fattispecie*, se assim nos permitir a utilização do termo do direito italiano, que exprime a atividade de interpretação da aplicação da norma abstrata a um fato concreto.

Deste modo, faz-se necessário interpretar a extensão do novo §4º do art. 134, e compreender como compatibilizar as disposições dos arts. 93 e 96, II da Constituição Federal à realidade da Defensoria Pública, sem que a instituição perca sua própria identidade e desconsidere suas próprias normas.

IV.1 – A nova natureza constitucional dos princípios institucionais

A incorporação dos princípios institucionais ao texto constitucional apenas reforça a importância destes postulados normativos no seio da instituição, sendo certo que tais máximas já se encontravam presentes no art. 3º da Lei Complementar n. 80/94.

A Unidade, a Indivisibilidade e a Independência Funcional tornam a Defensoria Pública uma instituição diversa das Procuradorias Jurídicas e revela que a atividade por ela prestada não se confunde com a advocacia, conforme já exposto anteriormente.

Por Unidade, devemos entender que a Defensoria Pública compõe-se de um todo orgânico, repleto de membros que agem em seu nome, todos regidos por uma única chefia e um mesmo regime jurídico, tendo como norte a consecução das funções institucionais previstas em lei.

No entanto, apesar de a atividade prestada pela Defensoria Pública não ser passível de interrupção, os membros que compõem o seu corpo estão sujeitos a intempéries da vida (férias, licenças e afastamentos). Por esta razão surge a Indivisibilidade como princípio capaz de autorizar que os membros da Defensoria Pública possam se substituir uns aos outros, mediante critérios objetivos previamente estabelecidos em lei ou atos normativos internos, assegurando-se aos seus membros a não vinculação às manifestações de seus antecedentes durante o desempenho da função.

Esta não vinculação às manifestações e opiniões antecedentes também são um reflexo da própria independência funcional que permite ao Defensor Público atuar livre de pressões ou ingerências dos entes e órgãos externos ou da própria instituição, sendo a consciência do Defensor Público o seu norte de atuação.

A matéria dos princípios institucionais da Defensoria Pública contribui para uma melhor atuação institucional, permitindo a organização da Defensoria Pública de modo que a assistência jurídica prestada pelo membro da instituição seja a mais completa possível.

IV.2 – A utilização da norma extensiva de equivalência entre regimes jurídicos

Como ponto de partida, necessário estabelecer a premissa de que a expressão “no que couber”, cunhada na parte final do §4º do art. 134 do texto constitucional, não acarreta a imediata reprodução de todas as normas à estrutura da Defensoria Pública. Assim, a interpretação do texto constitucional deve compatibilizar elementos comuns ao regime da magistratura que guardem simetria com a Defensoria Pública, de modo a permitir que as normas sejam reproduzidas, em caráter extensivo.

Poder-se-ia indagar a razão pela qual o constituinte simplesmente não reproduziu as disposições constitucionais dos arts. 93 e 96, II ao regramento da Defensoria Pública, realizando as devidas adaptações. A resposta parte da técnica legislativa de evitar a reprodução literal de textos na Constituição, utilizando-se do formato das normas de extensão, assim como a própria Carta faz em relação ao Ministério Público, como consta do art. 129, §4º.

Nossa Constituição Federal sofre duras críticas pelo processo de acolhimento excessivo de temas em seu texto normativo. Nota-se que muitas das normas veiculadas em seu texto não precisariam ali estar, sendo plenamente aceitável a sua veiculação por meio da legislação infraconstitucional.

No entanto, não se pode fechar os olhos para a instabilidade legislativa que permeia o ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que inclusão de determinados temas na Constituição tem o propósito de conferir maior proteção, em razão do processo legislativo mais complexo que envolve a alteração de seu texto.

Esta é a razão que leva o legislador a utilizar a norma de extensão e esta conclusão não parte apenas do intérprete, mas é a própria vontade do legislador constituinte, como se percebe da justificativa que integra a proposta que deu ensejo a promulgação da emenda constitucional.

Lamentavelmente, poucos são aqueles que interpretam a essência da lei a partir de seus relatórios e justificativas⁴. Apesar de a justificação da proposta de emenda a Constituição não dispor de força cogente, serve de norte para a exegese do diploma normativo, permitindo ao seu aplicador compreender o momento em que aquela norma foi editada e a intenção do legislador em ver seus efeitos aplicados.

Assim, o presente estudo se volta para a reflexão individualizada de todas as normas constantes dos arts. 93 e 96, II da Constituição Federal de modo a verificar a sua compatibilidade com a estrutura da Defensoria Pública.

⁴ No relatório do Senado Federal consta a seguinte justificação para a aprovação da Emenda: “Por outro lado, a aplicação à Defensoria Pública, no que couber, do art. 93 e do inciso II do art. 96 da Carta Magna também se reveste de caráter meritório. O art. 93, por exemplo, prevê, entre outros dispositivos: a adoção de requisitos objetivos de promoção na carreira; a realização de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção; a aplicação de normas claras de remoção, disponibilidade, aposentadoria e permuta; a existência de profissionais na unidade jurisdicional em número proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; e a distribuição imediata de processos, em todos os graus de jurisdição. Já a aplicação à Defensoria do inciso II do art. 96 permitirá que essa instituição tenha a iniciativa de projetos de lei sobre: a alteração do número de seus membros; a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros; a criação ou extinção dos seus órgãos; e a alteração de sua organização e divisão, assegurando sua autonomia como instituição democrática e de nível constitucional.”

IV.3 – A iniciativa legislativa concedida a Defensoria Pública

A interpretação do *caput* do art. 93 e do art. 96, II deve ser feita em conjunto, pois ambos tratam de iniciativa de lei sobre normas da magistratura. Enquanto o art. 93 determina que cabe ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de leis referentes ao Estatuto de Magistratura o art. 96, II estabelece que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça podem propor ao Poder Legislativo respectivo a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; a criação ou extinção dos tribunais inferiores; a alteração da organização e da divisão judiciárias.

Voltando nossos olhos a regra do art. 93, *caput*, em relação às normas de organização da Defensoria Pública entendemos que a Emenda Constitucional não é capaz de alterar a realidade até então consubstanciada no art. 61, §1º, II ‘d’ que confere ao Presidente da República a iniciativa de leis referentes a organização da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Esta conclusão parte da premissa de que o Supremo Tribunal Federal é a instância máxima da estrutura do Poder Judiciário, estando todos os demais órgãos sujeitos a sua hierarquia. No plano da Defensoria Pública, apesar de se tratar de uma instituição una, a realidade é que não há um órgão de hierarquia superior na estrutura da instituição. Isto porque, o Defensor Público-Geral Federal é chefe da Defensoria Pública da União, mas não possui qualquer poder hierárquico nas Defensorias Públicas Estaduais.

Assim, o conteúdo normativo do *caput* do art. 93 da Constituição Federal não possui equivalência total com a Defensoria Pública, não podendo ele ser adaptado por meio da norma de extensão da parte final do art. 134, §4º.

Neste passo, em relação às normas de organização da Defensoria Pública, a iniciativa de leis permanecerá nas mãos do Presidente da República, como manda o art. 61, §1º, II, ‘d’.

O Defensor Público Geral Federal terá iniciativa legislativa concorrente com o Presidente da República para editar normas específicas da Defensoria Pública da União, através do processo legislativo constitucional, observando-se a exigência de Lei Complementar e a relação com as normas apontadas no art. 93.

No plano dos Estados e do Distrito Federal os respectivos Governadores terão legitimidade concorrente com os Defensores Públicos Gerais para a proposição de normas específicas, seguindo a mesma linha acima apontada.

No entanto, em relação à iniciativa de lei que veicule normas gerais aplicáveis à todas as Defensorias Públicas, entendemos que a legitimidade permanece nas mãos do Presidente da República.

A mesma conclusão, entretanto, não pode ser aplicada a realidade do art. 96, II. Isto porque, a referida norma constitucional confere iniciativa legislativa concorrente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça para propor ao Poder Legislativo respectivo a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; a criação ou extinção dos tribunais inferiores; a alteração da organização e da divisão judiciárias.

Neste caso, verifica-se que cada órgão do Poder Judiciário possui legitimação autônoma, pois os temas versados dizem respeito a realidade de cada um, de forma isolada. Neste ponto, percebe-se a simetria entre a norma do Judiciário e a realidade da Defensoria Pública sendo possível que o respectivo comando constitucional seja adaptado a cada Defensoria Pública.

Por tal razão, com a incidência da norma do art. 134, §4º será possível sua combinação com o art. 96, II, alíneas 'a', 'b' e 'd' da Constituição Federal, de modo que o Defensor Público-Geral Federal, o Defensor Público-Geral do Distrito Federal e os Defensores Públicos-Gerais dos Estados poderão realizar, por meio de lei a alteração do número de membros da carreira (alínea 'a'), mediante lei que discipline o número de cargos na estrutura da instituição e como reflexo da própria autonomia administrativa consagrada no art. 134, §§ 2º e 3º.

Ademais, os respectivos chefes institucionais poderão propor diretamente ao Poder Legislativo respectivo a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros (alínea 'b'), bem como a alteração das atribuições previstas em lei (alínea 'd').

Parece-nos, no entanto, que a alínea 'c' do art. 96, II da Constituição que versa sobre a criação ou extinção dos tribunais inferiores não possui a necessária compatibilidade com a estrutura da Defensoria Pública, não sendo passível de incidência na realidade da Defensoria Pública.

A estrutura do Poder Judiciário e sua composição não guardam simetria com a estrutura de órgãos e atribuições da Defensoria Pública, razão pela qual, inviável o traçado de um paralelo entre os regimes jurídicos, de modo a justificar a incidência desta alínea.

V – O novo requisito para o cargo de Defensor Público – a exigência de três anos de atividade jurídica

A norma do art. 93, I da Constituição Federal possui extrema importância no plano do Poder Judiciário, pois regula a forma de ingresso na carreira da magistratura, no cargo de Juiz Substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Assim, o ingresso na carreira da Defensoria Pública pressupõe a realização de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB, a demonstração da atividade jurídica pelo prazo de 3 (três) anos e o respeito a ordem de classificação nas nomeações.

A princípio, a realização do concurso público de provas e títulos e a participação da OAB em todas as suas fases não apresenta qualquer novidade, uma vez que a Lei Complementar n. 80/94 em seus arts. 24 (União), 69 (Distrito Federal) e 112 (Estados), já determinava estas exigências para fins de ingresso na carreira.

A grande inovação diz respeito a exigência de 3 (três) anos de atividade jurídica para ingresso no cargo. Neste ponto, temos um conflito de normas, tendo em vista que a Lei Complementar n. 80/94 exigia a comprovação de 02 (dois) anos de atividade jurídica, por meio dos dispositivos acima destacados.

Temos, portanto, uma ampliação do tempo de atividade jurídica, o que nos leva a uma segunda indagação, referente a forma de comprovação deste período. Isto porque, em relação ao Ministério Público e a Magistratura, apesar do silêncio normativo, o próprio CNJ por meio das Resoluções n. 11/2006 e 75/2009, o CNMP por

meio da Resolução n. 40/09 e o Supremo Tribunal Federal em alguns julgados estabeleceram que o tempo de atividade jurídica é comprovado a partir da obtenção do grau de bacharel em Direito.

A leitura do inciso I do art. 93 da Constituição Federal dava margem a duas interpretações distintas, em razão da expressão “*exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica*”. A primeira delas partia da premissa de que o ingresso na magistratura presumia a obtenção do grau de bacharelado em Direito e que o candidato deveria comprovar 3 (três) anos de atividade jurídica, independente do momento em que esta atividade foi desenvolvida, ou seja, antes ou depois de formado, criando dois requisitos diversos e que não eram sucessivos.

A segunda interpretação, que foi a aplicada majoritariamente e deu ensejo aos atos normativos já referenciados, partiu da premissa de que o grau de bacharel a comprovação de 3 (três) anos consistiam requisitos sucessivos. Ou seja, os três anos só seriam passíveis de comprovação após a prévia colação de grau.

Entretanto, necessário enfrentar a problemática referente a possibilidade de incidência das limitações estabelecidas pelo CNJ e STF ao concurso para ingresso na carreira da Defensoria Pública, ante a redação do art. 26, §1º da Lei Complementar n. 80/94, que considera como atividade jurídica para efeito do concurso no âmbito da Defensoria Pública da União, o exercício da advocacia, o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas.

A nosso ver, diferentemente do que ocorre na magistratura e no Ministério Público, em que a ausência de disposição legal exigiu a regulamentação por parte do CNJ, CNMP e STF, no caso da Defensoria Pública a exigência da atividade jurídica é satisfeita por meio da norma constante da Lei Complementar n. 80/94 e pelas legislações estaduais que regem as Defensorias Públicas dos Estados.

Isto porque, os dois Conselhos Nacionais não possuem ingerência sobre a Defensoria Pública e os precedentes do STF não trataram da questão relativa a nossa instituição, mas sim a questão específica da magistratura e do Ministério Público.

Assim, interpretando o texto constitucional e a regulamentação da Lei Complementar n. 80/94, forçoso reconhecer que nos concursos da Defensoria Pública da União, a exigência dos 3 (três) anos de atividade jurídica é aplicável, com a ressalva de que o modo de comprovação é o indicado no art. 26, §1º.

Por esta razão, seria possível que o candidato comprovasse parte do tempo de atividade jurídica por meio do estágio reconhecido por lei. Tal ocorre, por força do art. 9º, §1º do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), que regula o estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, sendo realizado nos últimos anos do curso jurídico, podendo ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior pelos Conselhos da OAB, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela OAB, sendo obrigatório o estudo deste Estatuto e do Código de Ética e Disciplina.

É oportuno observar que o Conselho Superior da Defensoria Pública da União editou a Resolução n. 88/14 estabelecendo que o tempo de atividade jurídica será contabilizado a partir do momento do bacharelado em direito, o que despreza o texto expresso da Lei Complementar n. 80/94, que admite a contagem do tempo de estágio.

A nosso ver o referido ato normativo padece de flagrante vício de legalidade, visto que em desacordo com o texto expresso da lei federal. Se a Defensoria Pública da União pretende modificar o método de comprovação do tempo de atividade jurídica, deve fazer por meio de Lei Complementar, admitido que o próprio Defensor Público-Geral Federal exerça a iniciativa do projeto de lei.

Em relação às Defensorias Estaduais, necessário observar o conteúdo de cada legislação estadual, de modo a se extrair a interpretação quanto ao método de contagem do tempo de atividade jurídica. Isto se dá pelo fato de a norma veiculada na parte da Lei Complementar destinada ao regramento da DPU não ter sido reproduzida na parte relativa às Defensorias Públicas Estaduais.

Na eventual omissão da legislação estadual o Conselho Superior ou qualquer outro órgão da administração superior tem liberdade para estabelecer os meios de comprovação do tempo de atividade jurídica, diante do silêncio normativo.

No caso do Rio de Janeiro, por exemplo, o art. 47 e seu parágrafo único da Lei Complementar n. 06/77 estabelecem a forma de comprovação da atividade jurídica, que pode se dar por meio da atividade de advocacia, do Ministério Público e da Magistratura, além daquela obtida em estágios profissionais de direito, oficiais ou reconhecidos, bem como o exercício de atividades de apoio ou assessoria de funções jurídicas nos órgãos administrativos do sistema jurídico do Estado, da Procuradoria-Geral da Justiça e do Poder Judiciário.

Assim, entendemos que para o ingresso na carreira de Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro faz-se necessária a demonstração de 3 (três) anos de atividade jurídica, sendo admissível a utilização dos 2 (dois) anos desenvolvidos por meio de estágio profissional de advocacia durante o bacharelado, até que a lei estadual sofra alteração.

Uma última observação deve ser registrada. Em relação a concursos públicos em andamento, parece-nos que o requisito introduzido pela emenda constitucional já é passível de exigência, uma vez que a norma constitucional em tela goza de aplicabilidade imediata.

A demonstração dos 3 (três) anos de atividade jurídica é um novo requisito para aptidão ao ingresso na carreira. Logo, independentemente da data em que se iniciou o concurso, deve se ter em mente que a comprovação dos requisitos para o cargo se dá no momento da nomeação e posse. Logo, se a emenda constitucional entra em vigor antes deste marco temporal, plenamente cabível a exigência.

VI – As promoções por antiguidade e merecimento na Defensoria Pública

A matéria atinente a promoção dos membros da Defensoria Pública encontra previsão expressa na Lei Complementar n. 80/94 e nas legislações das Defensorias Públicas Estaduais.

Como é cediço, no plano da Defensoria Pública os seus membros estão sujeitos a lotação, promoção e remoção, como modos de movimentação na carreira e nos órgãos de atuação.

O espírito do legislador foi o de tornar objetivos os critérios de movimentação na carreira, de modo a prestigiar a garantia constitucional da inamovibilidade dos membros. Assim, evitam-se as designações casuísticas e os deslocamentos indevidos de membros da carreira na estrutura orgânica da instituição.

Assim, convencionou-se, por meio da Lei Complementar n. 80/94, que as promoções dos membros da Defensoria Pública deveriam ocorrer por meio dos critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente. Para cada vaga disponível na classe imediatamente subsequente, o Defensor Público, se assim aceitar, poderá alçá-la, por meio de sua antiguidade ou se for exitoso em lista de merecimento.

Não obstante as críticas, a promoção por antiguidade e merecimento ainda é a forma mais honesta de movimentação na carreira, pois força a transparência da

administração superior no processo de alocação dos membros da Defensoria Pública em suas diferentes classes.

Mesmo havendo o regramento da promoção por antiguidade e merecimento, não há qualquer óbice a aplicação do art. 93, II da Constituição Federal, em razão de sua plena adequação ao regime jurídico da Defensoria Pública.

O texto constitucional aqui se apresenta como uma norma de reforço, de modo a ratificar a legislação infraconstitucional no sentido de que as promoções entre as carreiras ocorram pelos critérios de antiguidade ou merecimento, em caráter alternado, como já expressa a lei nacional de regência da Defensoria Pública (arts. 31, 76 e 116).

Do mesmo modo, a obrigação de promoção para os Defensores Públicos que figurem por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento, traçando o paralelo com o art. 93, II, 'a' da Constituição Federal já é regida pela Lei Complementar n. 80/94 (arts. 33, §3º, 78, §3º e 116, §5º), assim como o pressuposto de 2 anos de exercício na classe, para efeito de promoção, saldo se houver vaga na classe subsequente, como prevê o art. 93, II 'b' da Constituição, já regulado na Lei Complementar Federal n. 80/94 (arts. 30, §3º, 75, §3º e 116, §4º).

É certo que o texto constitucional também possui algumas novidades aplicáveis ao regime jurídico da Defensoria Pública, em razão das normas previstas nas alíneas 'c', 'd', 'e', do art. 93, II, pois estas possuem adequação bastante para aplicação na instituição.

Como ponto de partida, temos as disposições constantes do art. 93, II, 'c' da Constituição Federal, referentes à aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

Os critérios indicados na Constituição Federal, agora são agregados aos requisitos que já constam dos arts. 33, 78 e 117 da Lei Complementar n. 80/94, bem como das normas estaduais e atos administrativos internos de cada Defensoria Pública.

A promoção por merecimento, apesar de ostentar o caráter objetivo em sua formação, reveste-se de tamanha subjetividade, a medida que sua avaliação pressupõe uma infinidade de critérios previstos nas normas que regem a Defensoria Pública, diferentemente do que ocorre com a antiguidade, onde sua avaliação é inteiramente objetiva, pois restringe-se a análise do tempo de serviço desempenhado pelo Defensor Público.

O que não se pode admitir é que os critérios para a promoção por merecimento sejam implementados após a inscrição dos Defensores Públicos interessados em progredirem na classe subsequentes, sob pena de se por em risco a transparência do processo de promoção, abrindo-se a possibilidade de que os requisitos incidentes variem de acordo com os candidatos interessados.

Outra grande novidade consiste na possibilidade de o Conselho Superior recusar a promoção por antiguidade, mediante voto fundamentado de dois terços de seus membros, em procedimento próprio, assegurando-se a ampla defesa e repetindo-se a votação até fixar-se a indicação, na forma do art. 93, II, 'd', que possui aplicabilidade ao regime jurídico da Defensoria Pública, cabendo apenas a edição de atos normativos internos que regulem este procedimento.

Em relação ao obstáculo à promoção, constante do art. 93, II, 'e' da Constituição referente ao magistrado que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou

decisão, também se verifica a possibilidade de se traçar um paralelo entre o regime jurídico da Magistratura e o da Defensoria Pública.

Assim, nas hipóteses em que o Defensor Público, no desempenho de suas funções retiver expedientes em seu poder, além do prazo legal, não poderá o mesmo declinar destes sem a devida manifestação.

Apesar de situação rara, uma vez que os membros da Defensoria Pública atuam mediante os prazos processuais, há situações em que os expedientes se acumulam, em especial, na área administrativa da Defensoria e nos núcleos de primeiro atendimento, onde as pretensões não se sujeitam, em regra, a prazos processuais.

Importante destacar que a adaptação de uma norma constitucional desta natureza pressupõe a implementação de um sistema próprio de distribuição e controle de atendimento e de processos com vista aberta aos membros da Defensoria Pública, de modo que a recusa da promoção não se transforme em um instrumento casuístico.

Por fim, a disposição do art. 93, III da Constituição Federal trata do acesso aos tribunais de segundo grau por meio da antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância. Da referida norma pode ser extraído o princípio de que a promoção entre as classes da carreira da Defensoria Pública pressupõe a observância destes preceitos, o que já se encontra positivado nos arts. 31, 76 e 116 da Lei Complementar n. 80/94.

VII – A previsão de cursos Oficiais e a criação de uma Escola Nacional para formação e aperfeiçoamento de Defensores Públicos

A norma constitucional insculpida no art. 93, IV, introduzida pela E.C. n. 45/04 determina a previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento⁵ a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

Do mesmo modo, a Defensoria Pública, aqui encarada em seu caráter uno, nos termos do art. 2º da Lei Complementar n. 80/94, deverá se organizar de modo a instituir uma Escola Nacional para aperfeiçoamento de Defensores Públicos, seja com o propósito de ministrar os cursos oficiais que servirão de base para os critérios de promoção, seja como fase de adaptação dos recém ingressos na carreira, tal como ocorre com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, vinculada ao Superior Tribunal de Justiça.

Nada impede que as associações da Defensoria Pública se organizem de modo a instituir uma instituição deste porte, tal como ocorreu recentemente junto a Associação Nacional dos Defensores Públicos, que fomentou a criação da Escola Nacional dos Defensores Públicos do Brasil.

No entanto, necessário que haja um consenso entre as Defensorias Públicas, de modo a reconhecer em uma única instituição a sua abrangência como Escola Nacional, nos termos da Constituição Federal. Do contrário, teremos diversas instituições com os mesmos objetivos que, por questões políticas, poderão não atuar de forma una e desconsiderar o preceito constitucional, consistente no fomento da

⁵ A expressão vitaliciamento empregada na norma constitucional não significa que os Defensores Públicos gozem da garantia da vitaliciedade conferida aos magistrados e membros do Ministério Público pelo art. 95 da Constituição Federal, norma esta que não se aplica a Defensoria Pública. Ademais, o próprio STF já afastou a garantia da vitaliciedade no julgamento da ADI n. 230-9, de modo que a sua reincorporação ao regime jurídico da Defensoria Pública necessitaria de nova reforma constitucional.

atividade acadêmica e do aprimoramento dos Defensores Públicos e da própria Defensoria Pública.

O processo de recepção e adaptação dos recém empossados na carreira da Defensoria Pública é de extrema importância, e a norma constitucional se bem cumprida terá enorme efetividade na formação do perfil do Defensor Público.

VIII – A remuneração dos membros da Defensoria Pública – implementação do subsídio

A grande controvérsia atinente ao novo regramento da emenda constitucional diz respeito a norma do art. 93, V da Constituição Federal, ao tratar da aplicabilidade da política remuneratória da Magistratura às Defensorias Públicas.

De acordo com a redação do inciso V, do art. 93, *o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º.*

No plano dos inativos, o inciso VI estabelece que a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40.

Ocorre que esta não é a única norma que trata da política remuneratória dos cargos públicos, uma vez que o art. 37, XI estabelece que *“a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.”*

Antes mesmo de tecermos comentários a aplicabilidade destas normas ao regime jurídico da Defensoria Pública, cabe aqui uma breve digressão acerca da política remuneratória da magistratura, em razão das alterações na Constituição Federal, assim como a decisão do Supremo Tribunal Federal relativa ao tema em análise.

Em momento anterior a promulgação da Emenda n. 41/03, a Constituição Federal estabelecia como teto do serviço público o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Assim, os ocupantes de cargos públicos, políticos de toda a administração direta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios encontravam este único limitador constitucional.

Com a reforma constitucional operada pela EC n. 41/03, foi determinado que o teto da magistratura no plano estadual estaria limitado a 90,25% do

subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, criando-se a figura de um subteto, também aplicável aos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e Procuradorias, em razão da parte final do art. 37, XI da Constituição Federal.

Esta circunstância acabou ocasionando um descompasso entre a magistratura federal e a estadual, uma vez que os magistrados federais teriam como parâmetro remuneratório 100% do teto do Supremo Tribunal Federal, enquanto que os magistrados estaduais estariam limitados a 90,25% do teto do STF.

Diante de tal fato, e levando em consideração que o Poder Judiciário é um só, não podendo haver distinção entre o plano federal e o plano estadual, o Supremo Tribunal Federal decidiu medida cautelar no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.854, reconhecendo que a distinção de tetos não poderia ser aplicada ao Judiciário.

Partindo da premissa da isonomia, a Constituição Federal não poderia criar distinções entre juízes federais e estaduais que exercem as mesmas funções constitucionais e integram um único poder.

Pois bem, igual discussão relacionada ao Ministério Público também é objeto de questionamento no STF, em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade b. 3.831, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, questionando Resolução do CNMP que conferia o mesmo tratamento uniforme ao teto remuneratório dos membros de Ministérios Públicos Estaduais. Na referida demanda objetiva o STF deferiu medida liminar suspendendo os efeitos do ato normativo do CNMP e restabelecendo o subteto aos membros do *Parquet*, sob o argumento de que a referida instituição não possui a estrutura nacional tal qual o Poder Judiciário.

O fato é que a questão atinente ao subteto não possui uma certeza jurídica em relação às funções essenciais à justiça, uma vez que o STF encara o Poder Judiciário em caráter nacional, enquanto que o Ministério Público não é encarado do ponto de vista nacional, mas como integrante do Poder Executivo, como se percebe do julgamento da referida medida liminar.

Com o devido respeito ao Supremo Tribunal Federal, tanto a Defensoria Pública quanto o Ministério Público e as Procuradorias são tratadas pela Constituição como funções essenciais à justiça e aplicam-se às duas primeiras instituições, no que couber os arts. 93 e 96, II como determinam as normas de extensão dos arts. 134, §4º e 129, §4º da Constituição Federal.

Este tratamento constitucional reconhece que entre as instituições e o Poder Judiciário não pode haver nenhum tipo de hierarquia ou submissão, compondo todos o sistema de justiça.

Desta premissa, conclui-se que as duas funções de provedoria de justiça (Ministério Público e Defensoria Pública) ao lado das Procuradorias, justificam a concessão de garantias próprias do texto constitucional.

Por esta razão, se o próprio art. 37, XI da Constituição Federal assegura aos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Procuradorias o teto da magistratura estadual e se o STF afirma que a Justiça Estadual tem como teto remuneratório 100% do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não há razão alguma que justifique a situação de disparidade entre as referidas carreiras jurídicas, aplicando-se a estas, o subteto do art. 37, XI.

Em finalização da abordagem deste tópico nos resta refletir sobre a incorporação da remuneração por meio de subsídio aos membros da Defensoria Pública, em razão da aplicação do regime jurídico da magistratura.

O cerne da controvérsia consiste em saber se após o advento da Emenda Constitucional n. 80/14, o mandamento constitucional impõe a implementação do subsídio como forma de remuneração dos membros da Defensoria Pública.

A resposta, a nosso ver, é positiva, tendo em vista que a remuneração por meio de subsídio em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, prevista no art. 39, §4º da Constituição Federal se aplica a Defensoria Pública em razão da aplicação do art. 93, V combinado com o art. 96, II, 'b'.

No entanto, não nos parece que a modificação da remuneração seja automática. Em outras palavras, não se trata de uma norma constitucional de eficácia plena a ser aplicada de imediato à Defensoria Pública.

Isto porque, uma das grandes características da remuneração por meio de subsídio é a impossibilidade de incorporação de outras verbas remuneratórias, em razão de seu caráter exclusivo. Por tal razão, faz-se necessária a edição de norma adaptativa de modo a readequar a remuneração dos membros da Defensoria Pública a luz da nova espécie remuneratória, respeitando a garantia da irredutibilidade de vencimentos constante do art. 127, III da Lei Complementar n. 80/94 e reconhecida pela jurisprudência do STF, ainda que haja a modificação de regime jurídico.

Esta norma adaptativa pode ser a inauguração da iniciativa legislativa do Defensor Público Geral conferida pelo art. 96, II combinado com o art. 134, §4º da Constituição Federal.

IX – O dever de residência na comarca

O dever imposto ao magistrado titular de manter residência na comarca, podendo não fixá-la apenas mediante autorização do tribunal, constante do art. 93, VII da Constituição também não é novidade no plano da Defensoria Pública, uma vez que a própria Lei Complementar n. 80/94, nos arts. 45, I; 90, I e 129, I, já determinava a obrigação de o Defensor Público residir na comarca.

Duas observações merecem destaque no tema que ora analisamos. A primeira delas, diz respeito ao fato de que a Constituição Federal estabelece o dever de residência ao magistrado titular, visto que exerce suas funções em caráter permanente na comarca onde se encontra lotado.

Igual modo deve ocorrer no plano da Defensoria Pública, de sorte que os Defensores Públicos que obtenham a titularidade de órgãos de atuação mediante lotação deverão estabelecer residência na comarca.

Por outro lado, apenas mediante deliberação do Conselho Superior é que será possível a não fixação da residência. Note-se, neste ponto, que a Constituição Federal determina que o juiz só não fixará a residência mediante ato do tribunal, demandando assim a manifestação coletiva do órgão do Poder Judiciário. Assim, no plano da Defensoria Pública, igual providência deve ficar afeta a órgão de composição coletiva da Defensoria Pública, no caso, o Conselho Superior.

X – A remoção dos membros da Defensoria Pública

As normas constitucionais relativas ao regime jurídico da Magistratura também preveem, no art. 93, VIII, que o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.

No que diz respeito ao regime jurídico da Defensoria Pública, a norma constitucional é passível de aplicação com alguns temperamentos.

O primeiro deles diz respeito ao órgão encarregado da deliberação acerca da remoção, disponibilidade e aposentadoria que, no caso, ficará a cargo do Conselho Superior, em razão de sua natureza coletiva em compatibilidade com o regime jurídico da magistratura.

Em segundo lugar, a possibilidade de remoção do membro da Defensoria Pública, por razão de interesse público acaba por relativizar a garantia da inamovibilidade, que também possui sede constitucional (art. 134, §1º) e nos leva a concluir que o instituto da remoção compulsória previsto nos arts. 50, §4º, 95, §4º e 134, §1º) passa a estar em conformidade com a Constituição Federal.

Até a promulgação da emenda, sempre houve uma grande controvérsia doutrinária acerca da natureza normativa da garantia de inamovibilidade, podendo ser indicadas duas grandes linhas de pensamento.

A primeira delas⁶ partia da premissa de que o art. 134, §1º da Constituição, em sua redação anterior a emenda, não estabelecia qualquer espécie de restrição à inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública, ao contrário do que ocorria em relação aos magistrados e membros do Ministério Público.

Partindo-se dessa premissa, os arts. 8º, XVII, 34, 36, 50, §1º, III e §4º, 56, XVII, 79, 81, 95, §1º, III e §4º, 118, 120 e 134, §1º da LC nº 80/94, que prevêm a remoção compulsória dos membros da Defensoria Pública, seriam materialmente inconstitucionais, por confrontarem a garantia constitucional.

Outro posicionamento doutrinário⁷ estabelecia que a inamovibilidade teria caráter relativo, por conta da inexistência de poderes absolutos no atual Estado Democrático de Direito. Apesar de Constituição não estabelecer exceções à inamovibilidade, o dispositivo remeteria à legislação infraconstitucional o dever de regulamentar a matéria, o que tornaria a remoção compulsória constitucional.

Apesar de termos nos filiado ao entendimento de que a garantia da inamovibilidade revestia-se de caráter absoluto, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 80/94 somos forçados a rever nosso entendimento e concluir que a inamovibilidade passa a sofrer limitações no plano constitucional, tornando-se admitida a possibilidade da remoção compulsória prevista na Lei Complementar n. 80/94, assim como a remoção por interesse público prevista no art. 93, VIII da Constituição Federal.

Além disto, o processo de remoção dos membros da Defensoria Pública submete-se ao regramento do inciso VIII-A da Constituição Federal também, que condiciona a remoção dos magistrados aos requisitos indicados nas alíneas 'a', 'b', 'c' e 'e', do art. 93, II.

⁶ Estas posições são referendadas por Silvio Moraes (MORAES, Sílvio Roberto Mello. *A garantia da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública*, Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n.7, pág.45), Cléber Alves e Marília Pimenta (ALVES, Cléber Francisco. PIMENTA, Marília Gonçalves Pimenta. *Acesso à Justiça em preto e branco: retratos Institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág.114).

⁷ São as posições de Gustavo Corgosinho (CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública*. Minas Gerais: Dictum, 2009, p. 148/150) e Frederico Lima (LIMA, Frederico Viana de. *Defensoria Pública*, Salvador: JusPodivm, 2011. p.391/392).

XI – Das deliberações do Conselho Superior

Na estrutura orgânica da Defensoria Pública cabe ao Conselho Superior exercer atividade consultiva, normativa e decisória nos termos dos arts. 10 e 102 da Lei Complementar n. 80/94, além das disposições das leis estaduais e distritais.

O art. 10, parágrafo único e o art. 102, §3º da LC n. 80/94, estabelecem que as decisões do Conselho Superior serão motivadas e publicadas, salvo as hipóteses legais de sigilo, o que segue a linha da parte inicial do inciso X do art. 93 da Constituição Federal.

A grande novidade, no entanto, diz respeito às decisões em matéria disciplinar, tendo em vista que o referido dispositivo constitucional determina que as decisões administrativas em matéria disciplinar sejam tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

A primeira vista, a interpretação literal nos levaria a concluir que quando o Conselho Superior exercer a sua atribuição de julgamento recursal em matéria disciplinar (art. 10, incisos VI e VII, bem como o art. 102, §1º da LC n. 80/94) a decisão deva ser tomada pela maioria absoluta de seus membros.

No entanto, tal não parece a interpretação mais adequada, tendo em vista que a interpretação da norma constante do art. 93, X, parte final da Constituição Federal se apresenta como uma garantia do magistrado.

Assim, para que o magistrado sofra qualquer tipo sanção disciplinar, seria necessário que a decisão fosse tomada pela maioria absoluta dos membros do órgão censor.

No plano da Defensoria Pública, a aplicação de sanção disciplinar é ato privativo do Defensor Público-Geral, cabendo recurso ao Conselho Superior contra esta decisão.

Ora, a pretensão recursal favorável ao Defensor Público não pode ter como pressuposto a decisão da maioria absoluta dos membros do Conselho Superior, pois não é esta a exegese que se extrai do dispositivo quando aplicado aos magistrados.

Na verdade, se houver a possibilidade de incidência de uma decisão desfavorável ao membro da Defensoria Pública, mediante ato do Conselho Superior, esta é que deverá ser tomada pela maioria absoluta de seus membros.

Do contrário, quando se tratar de decisão favorável ao membro da Defensoria Pública esta deverá ser tomada por maioria simples, visto que o objetivo da norma constitucional é conferir uma garantia ao membro da carreira.

XII – Da proporcionalidade do número de Defensores Públicos

O intento originário da Proposta de Emenda a Constituição era o de ampliar a estrutura de pessoal da Defensoria Pública, uma vez que vários estudos apontaram a carência de profissionais nas diversas unidades federativas, o que prejudica o cumprimento do mandamento constitucional de que o Estado deverá prestar assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

Assim, o primeiro passo desse caminho é a aplicação do art. 93, XIII que passa a ser norte para a administração superior da Defensoria Pública, quando do desempenho de sua autonomia administrativa.

Com base neste dispositivo, cuja determinação é a de que o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população, o mesmo raciocínio será aplicável a Defensoria Pública, que se organizará de modo que nas localidades onde haja maior demanda institucional, haja

uma maior distribuição de órgãos de atuação e, por consequência, de Defensores Públicos. Curiosamente, este raciocínio passa a integrar a nova norma insculpida no art. 98 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que assegura a obrigação de o número de defensores públicos na unidade jurisdicional ser proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

Temos portanto, um mesmo preceito estabelecido em dois pontos da Constituição Federal, o que apenas reforça a tese de melhor aparelhamento do quadro de membros da Defensoria Pública.

A vantagem da norma do ADCT é o §1º, que estabelece o prazo de 8 (oito) anos, para que a União, os Estados e o Distrito Federal realizem todos os atos necessários para que hajam defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observando o disposto no próprio *caput*, que estabelece o parâmetro de distribuição dos órgãos de atuação.

Além da regra de distribuição constante do art. 93, XIII e do *caput* do art. 98 do ADCT, o §2º desta última norma estabelece um segundo critério temporário para lotação dos membros da Defensoria Pública, estabelecendo como prioridade de distribuição, as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Hoje, em razão da existência de um prazo determinado para a lotação de membros das Defensorias Públicas em todas as comarcas, podemos reconhecer que a materialização da assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado finalmente dispara no plano do acesso à justiça brasileira.

XIII – Das normas que não guardam simetria com a estrutura da Defensoria Pública – a impossibilidade de utilização das normas da LOMAN ao regime jurídico da instituição

A medida que o texto constitucional determina aplicação das disposições do art. 93, no que couber, à Defensoria Pública, encontraremos normas pelas quais não há a necessária simetria e compatibilidade com o regime jurídico da Defensoria Pública.

Neste contexto, parece-nos que os incisos IX, X, XI, XII, XIV e XV não se aplicam ao regime jurídico da Defensoria Pública.

O inciso IX diz respeito ao exercício da função jurisdicional do Estado, tornando obrigatória a motivação das decisões e a publicidade dos atos processuais. Por se tratar de uma característica da atividade judicante, não vemos como compatibilizar este ditame constitucional a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública.

A regra relativa a previsão de um órgão especial no âmbito dos tribunais, prevista no inciso XI também não é aplicável ao regime jurídico da Defensoria Pública, em razão da estruturação dos cargos da administração superior.

Isto porque, não há no plano da Defensoria Pública um órgão administrativo composto por todos os membros da última classe da carreira. O órgão de representação coletiva da Defensoria Pública é o Conselho Superior, composto pelos integrantes da administração superior (Defensor Público Geral, Subdefensor Público Geral, Corregedor Geral), pelo Ouvidor Geral e pela representação classista (Defensores Públicos eleitos pelos membros).

Na mesma linha parece-nos que o inciso XIV, que trata da possibilidade de os servidores receberem delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório não guarda simetria com a atividade de assistência jurídica.

A atividade jurisdicional tem como características a prática de atos de mero expediente na condução do processo (determinação de juntada de documentos, abertura de vista às partes etc.) assim como a atividade decisória. Diante desta característica da função jurisdicional, é plenamente possível que alguns dos atos que o juiz pratica possam ser delegados a servidores.

No entanto, a atividade de assistência jurídica (orientação, peticionamento, participação nos atos processuais etc.) pressupõe habilidade técnica de um profissional legalmente habilitado, razão pela qual é reconhecida a sua indelegabilidade na própria Lei Complementar n. 80/94 (art. 4º, §10). Não é possível encontrar atividades características da Defensoria Pública que são desempenhadas no processo e sejam passíveis de delegação.

A norma do inciso XV ao tratar da imediatidade na distribuição de processos em todos os graus de jurisdição tem relação direta com o princípio da razoável duração dos processos previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. Assim, não há qualquer relação com a atividade prestada pela Defensoria Pública, tendo em vista que cabe ao juiz a condução do processo, de sorte que a referida norma não tem incidência na instituição.

Por fim, parece-nos que a aplicação dos arts. 93 e 96, II da Constituição Federal à Defensoria Pública em razão da norma de extensão do art. 134, §4º não tem o condão de reproduzir os dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional à carreira da Defensoria Pública.

O propósito do texto constitucional no art. 93 é o de estabelecer premissas normativas ao regime da magistratura, cabendo à legislação complementar a edição das normas específicas, tal como se deu com a LC n. 35/79 (LOMAN). A Defensoria Pública possui norma regulamentadora própria em razão de mandamento constitucional (art. 134, §1º), não sendo possível, por falta de previsão constitucional querer aplicar uma norma regulamentadora de uma carreira jurídica a outra que possui normatividade própria.

Com o devido respeito aos que pensam em contrário, pretender aplicar a LOMAN ao regime jurídico da Defensoria Pública é simplesmente rasgar o texto da Lei Complementar n. 80/94 e afirmar que a instituição não possui identidade própria.

O propósito da Emenda Constitucional n. 80/14 é o de promover o desenvolvimento da Defensoria Pública mediante aplicação de normas gerais que guardassem simetria entre os regimes jurídicos das duas carreiras e não tornar a Defensoria Pública um apêndice do Poder Judiciário, sujeitando-a ao regramento da LOMAN.

De igual modo, diante do silêncio constitucional e da limitação trazida pelo art. 134, §4º da própria Constituição, não vemos como sustentar, por ora, a incidência dos arts. 94 e 95 da Carta, que tratam das vagas do quinto constitucional e das garantias e proibições aplicadas à magistratura.

XIV – Conclusão

Não há como negar que a Emenda Constitucional n. 80/14 reflete o significativo avanço da Defensoria Pública no ordenamento jurídico e contribui para o processo de metamorfose constitucional que a instituição se submete desde a última década, sempre tendente a ampliar suas funções institucionais.

A nosso ver, dois grandes desafios serão trilhados nos próximos anos. O primeiro deles relativo ao obstáculo que será posto quando do desempenho da iniciativa legislativa, uma vez que o Poder Executivo é extremamente reticente em matéria de

avanços institucionais da Defensoria Pública e, por dispor do poder de veto, poderá criar obstáculos aos projetos de lei veiculados pela instituição.

O segundo desafio será o de conferir ampla efetividade ao art. 98, §2º do ADCT e finalmente se assegurar a população brasileira a plenitude do direito a assistência jurídica integral e gratuita, mediante a presença de um Defensor Público em cada comarca deste gigantesco país.