



CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## PROCEDIMENTO Nº 036/2008

Assunto: Vinculação à OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

Requerente: Corregedoria-Geral

Relatora: Gilmara Andrade dos Santos

Revisor: Galeno Gomes Siqueira

### VOTO

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nicolliello

### I - RELATÓRIO

Alguns membros da Defensoria Pública solicitaram à Casa Correcional orientação institucional acerca da conduta a ser adotada diante da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a qual negou pedidos de cancelamento de inscrição formulados por Defensores Públicos, vem promovendo a representação destes ao Ministério Público, com fundamento em suposto exercício irregular da profissão; bem como, promovendo a execução judicial dos mesmos, com base em títulos executivos originados da cobrança de anuidade. Provocada por este membro do Conselho Superior, a assessoria da Corregedoria Geral informou, ainda, a existência de averiguação preliminar - AVP nº 293/08 – por conta de eventual falta funcional praticada por Defensora Pública que promoveu o cancelamento de sua inscrição junto à OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

Diante deste quadro de incerteza e insegurança jurídica, em **outubro de 2008**, foi instaurado neste órgão colegiado, por provocação do Corredor Geral da Defensoria Pública, procedimento para deliberação acerca da vinculação de membros da Defensoria Pública à Ordem dos Advogados do Brasil, ou seja, se há, ou não, o dever funcional de manterem-se inscritos e submetidos ao regime jurídico da advocacia.

O tema é da alçada do Conselho Superior, a quem incumbe “zelar pela observância dos princípios institucionais da Defensoria Pública” (art.22 LC 65/03), competindo-lhe, para tanto, “exercer o poder normativo” no âmbito interno (art.28, inciso I, da LC 65/03).



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Antes mesmo de instaurar o procedimento 36/08, em **dezembro de 2007**, o Eg. Conselho Superior, na 9ª sessão ordinária, já havia deliberado pela criação de comissão de estudo para apresentação de parecer, e, ao meu sentir, no transcurso destes 3 (três) anos, após as grandes inovações legislativas, e o fortalecimento da Defensoria Pública no seio do Estado Democrático de Direito, este órgão colegiado encontra-se em condição privilegiada para enfrentar o tema.

Há um ano, em **novembro de 2009**, foi apresentado o parecer final da comissão de estudos, dividido em 5 (cinco) partes, cada qual a cargo de um membro, com as seguintes conclusões, em apertada síntese:

1. Operou-se uma evolução constitucional no que tange ao papel do Estado na promoção da Justiça Social, partindo-se da garantia à assistência judiciária, prevista nas constituições de 1934, 1946 e 1967, e culminando-se, na Constituição de 1988, com o direito à assistência jurídica integral e gratuita por meio de órgão público autônomo.
2. O regime jurídico constitucional dispensado à Defensoria Pública não é compatível com o exercício da advocacia, havendo sensíveis diferenças entre o papel constitucional a ser exercido pela Defensoria Pública por meio dos seus órgãos de execução (art.3º da CR 88), e o papel dos advogados no âmbito do nosso Estado Democrático de Direito.
3. Mais ainda, o regime jurídico da Defensoria Pública exaure todas as funções confiadas às entidades privadas de regulação profissional, tornando-as absolutamente dispensáveis, quando não incompatíveis, de tal sorte que o regime jurídico do ente estatal não consegue conviver harmonicamente se justaposto ao regime jurídico da advocacia.
4. Precedentes do TRF 4ª Região decidiram que os agentes fiscais da Fazenda Nacional e os agentes fiscais do INSS não são obrigados a se vincularem ao Conselho Regional de Contabilidade, assim como o exercício das funções de auditor de finanças públicas independe de inscrição no conselho profissional de administração, ao fundamento de que a função decorre de lei e “o ingresso se deu por concurso público em regime estatutário” (TRF 4ª Região, AC 200671990017935/RS, Rel. Artur César de Souza; DJ 26/07/2006, p.681). Daí se pode inferir que os



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

servidores em regime estatutário de dedicação exclusiva não se submetem ao regime jurídico das entidades de classe, de natureza privada.

5. Em consulta formulada pela Comissão de Estudos, à Ordem dos Advogados de Portugal, esta enviou a seguinte resposta:

“Nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei nº 15/2005 de 26 de janeiro, a natureza da profissão é estritamente privada, estritamente independente, pelo que qualquer vínculo a instituição pública, gera incompatibilidade com o exercício da advocacia (art.76º e 77º)”

6. O Estado, por razões de economicidade, transfere a entidades privadas a regulamentação profissional, a qual não pode ultrapassar os limites próprios daquela profissão, respeitando os demais regimes estatutários criados pelo Poder Público.
7. As regras deontológicas da advocacia estão centradas na concorrência, na publicidade, e nos honorários, matérias que não guardam a menor pertinência em relação às funções e atribuições dos órgãos de execução da Defensoria Pública, os quais não se submetem ao regime jurídico da concorrência, podem, e devem, promover ampla publicidade de suas funções, sendo-lhes vedado o recebimento de honorários de qualquer espécie.
8. As funções típicas das entidades de fiscalização profissional, quais sejam, normatização, fiscalização, sanção, seleção, arrecadação, e representação política ou corporativa, em se tratando de Defensoria Pública, não são exercidas pela OAB, pois, as 4 (quatro) primeiras competem ao Conselho Superior, à Corregedoria, e à Defensoria Pública Geral da Defensoria Pública; e a última é confiada à entidade privada representativa dos Defensores Públicos. A função de arrecadação para manutenção das entidades profissionais não se aplica à Defensoria Pública, posto que mantida com recursos do Estado.
9. Por fim, o art.3º, § 1º, da Lei Federal 8.906/94 deve ser interpretado conforme a constituição, com redução de texto, por força de



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**inconstitucionalidade formal**, tanto de índole subjetiva, decorrente do vício de origem, quanto objetiva, decorrente do tratamento da matéria em lei ordinária, e não por lei complementar; e ainda, por força de inconstitucionalidade material da norma por afrontar o princípio da autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Encerro o sintético relatório, e passo ao voto.

### **II - FUNDAMENTAÇÃO**

Aproveitei pedido de vista do revisor para realizar a leitura atenta e tranqüila de todo procedimento, especialmente, o brilhante e conclusivo parecer da Comissão de Estudos, e o irretocável voto da relatora.

A relevância da matéria, e os reflexos da decisão sobre os indivíduos e a coletividade, assim como, sobre o futuro da sociedade, fazem-me crer que não haverá oportunidade similar para deixar minha contribuição à Instituição, e, sobretudo, aos cidadãos que dela necessitam.

Pretendo não repetir os fundamentos já lançados, buscando, o quanto possível, trazer novos elementos que contribuirão para o convencimento deste órgão colegiado.

Nesta senda, elaborei um raciocínio e um discurso de fundamentação abordando a questão a partir de 3 tópicos: 1 – evolução da Defensoria Pública nas constituições brasileiras; 2 – Regime Jurídico da Defensoria Pública na Constituição de 1988; buscando delinear o regime jurídico próprio da Defensoria Pública, distinguindo-o dos regimes jurídicos dos demais poderes e órgãos do Estado, bem como, dos serviços públicos industriais, e da iniciativa privada; e 3 – Aspectos Políticos da Vinculação, ou Desvinculação à OAB; para, ao final, apresentar a conclusão e sugestão de texto para eventual deliberação.

#### **II. 1 – BREVE EVOLUÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entender a origem e evolução da Defensoria Pública nos permite uma melhor compreensão da questão, visualizando o caminho já percorrido, e o que ainda nos falta galgar.

José Fontenelle Teixeira da Silva e Humberto Peña de Moraes, na obra “Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado” (pág.86), trouxeram a lume importante registro histórico do período imperial, qual seja, a criação do cargo de “Advogado dos Pobres” pela **Câmara Municipal da Corte do Rio de Janeiro**, com atribuição específica para defesa de réus carentes economicamente nos processos criminais.

Deste fato pode-se concluir que, mesmo sob a égide de uma Constituição Liberal Clássica, o Estado assumiu a necessidade de uma defesa técnica gratuita para garantia do contraditório no processo criminal, o qual pode resultar, como se sabe, na restrição à liberdade do indivíduo.

Embora restrita ao processo criminal, a defesa técnica custeada pelo Estado deixa transparecer a preocupação do mesmo com o direito fundamental do homem à liberdade, o direito de ir e vir, bem jurídico tutelado nas Constituições Liberais de 1822 e 1891<sup>1</sup>.

Constata-se que desde sua mais remota manifestação, as funções precípua da Defensoria Pública estão associadas à defesa de um **direito humano indisponível**: a liberdade.

Contudo, MORAES e SILVA ressaltam que referido cargo foi extinto em 1884, e a defesa técnica gratuita aos pobres na cidade do Rio de Janeiro, na ocasião sede administrativa do país, passou a depender da caridade dos advogados. Daí a relevância social dos advogados, os quais, durante o período colonial, durante

---

<sup>1</sup> Dispõe a Constituição de 1891:

“SEÇÃO II - *Declaração de Direitos*

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.”



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

todo o período Imperial, e até a Constituição da República de 1934, assumiram com exclusividade a defesa gratuita de cidadãos desafortunados.

Na obra “A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil: Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94), ao Regulamento Geral da Advocacia e ao Código de Ética e Disciplina da OAB”, do advogado mineiro, Prof. Gladston Mamede, são relacionados alguns réus indefesos, dentre os quais, os inconfidentes mineiros, e Luis Carlos Prestes, os quais foram defendidos de forma graciosa por advogados munidos de espírito público e grandeza de alma. Boa parte da nobreza relacionada ao exercício da advocacia decorre exatamente dos momentos em que ela se coloca a serviço do cidadão vulnerável, quando este se encontra submetido ao arbítrio ou abuso do Poder Estatal, ou do Poder Econômico Privado.

Veremos, contudo, que a evolução da sociedade e, em especial, da cultura jurídica brasileira, transformarão a nobre função de assistência jurídica ao desafortunado num direito público subjetivo do cidadão, não mais numa atividade benevolente de advogados. Por via de consequência, o papel social outrora desempenhado, eventualmente, pela advocacia, passará a ser exercido por órgão público destinado exclusivamente para este fim.

No magistério do Prof. Sérgio Luiz Junkes, a partir da Constituição Brasileira de 1934, com exceção apenas da carta de 1937, o Estado passou a assumir o dever de prestar assistência judiciária aos necessitados, estabelecendo em seu art.113 que os Estados Federados deveriam criar órgãos para este fim<sup>2</sup>, o que foi feito por São Paulo, em 1935, seguido do Rio Grande do Sul e Minas Gerais.

Ainda segundo Junkes, a Carta de 1937 não preservou a assistência jurídica como dever do Estado, criando, novamente, um vazio normativo, pelo menos até a Constituição de 1946, a partir da qual foram criados diversos órgãos para

---

<sup>2</sup> TÍTULO III - DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS

CAPÍTULO II - DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS

**Art.113** A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

assistência judiciária nos Estados Federados, como afirma o magistrado catarinense:

“Com a promulgação da Constituição de 1946, o dever estatal da prestação da assistência judiciária ressurgiu através do seu art.141, § 35. Em razão disso, vários Estados-membros criaram órgãos governamentais específicos para a prestação de Assistência Judiciária. O Estado de São Paulo, por exemplo, no ano de 1947, criou a Procuradoria de Assistência Judiciária, sob a chefia superior do Procurador Geral do Estado. O Distrito Federal, em 1948 incluiu o cargo de Defensor Público no início da carreira do Ministério Público.

No então antigo Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1954, criou-se, no âmbito da Procuradoria Geral do Justiça, os seis primeiros cargos de Defensor Público, os quais eram isolados e de provimento efetivo. No Distrito Federal – então Rio de Janeiro – e territórios, através da Lei Federal 3.434, de 20.07.1958, implementaram-se os serviços de assistência judiciária. Eram prestados por Defensores Públicos ocupantes da **classe inicial da carreira do Ministério Público Federal.**”

A constitucionalização do dever estatal de prestação da assistência judiciária ao desafortunado revela o inegável interesse público no exercício desta função, sem a qual o processo penal não se legitima, e a justiça empalidece.

Em 1962 registra-se um salto evolutivo na Defensoria Pública do Rio de Janeiro, a qual passou a atuar em todo o território daquele Estado, nas duas instâncias, e também nos processos civis. Em 1970, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro passou a ser um órgão chefiado pelo **Procurador Geral de Justiça**, sendo obrigatório, desde então, o concurso público para ingresso na carreira. Finalmente, em 1977, por meio da Lei Complementar Estadual nº 6, a instituição passou a ser dirigida pelo **Defensor Público Geral**, tendo seu estatuto jurídico próprio.

A evolução experimentada pela Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro não se verificou noutros Estados da Federação, bastando dizer que até os dias





## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atuais existem unidades federativas que ainda não criaram a Defensoria Pública Estadual.

A simples garantia constitucional de um direito à assistência judiciária mostrou-se insuficiente para o imenso desafio da sociedade brasileira, identificada com precisão pelo Poder Constituinte, qual seja: o desafio de “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.” (art.3º, inciso I a IV, da Carta Magna).

Nesta quadra do constitucionalismo brasileiro, passa a constituir objetivo do Estado uma igualdade de conteúdo material, e não meramente formal, com reflexos em todo sistema de justiça. Assim, a defesa e a acusação devem ser dotadas dos mesmos instrumentos e estrutura para garantir-se, materialmente, a igualdade no curso de um processo judicial.

E para garantir-se uma igualdade fora do âmbito judicial, evidencia-se uma proliferação de leis específicas para cada categoria de cidadão vulnerável econômica e socialmente, como forma de conferir tratamento desigual aos desiguais.

Nesta esteira, vão sendo criados diversos micro sistemas jurídicos para defesa de sujeitos vulneráveis, quais sejam, o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, o deficiente, a mulher, o negro; enfim, numa perspectiva mais ampla, um sistema jurídico orientado pela perspectiva da efetiva proteção aos direitos humanos.

Todas estas conquistas no campo dos direitos humanos, desde os direitos de primeira dimensão até os atuais direitos de quarta dimensão, com destaque para os diversos direitos sociais e econômicos, poderiam se tornar absolutamente ineficazes caso não dispusessem de mecanismos para sua concretização ou reivindicação na hipótese de serem violados.

Daí o Estado se socorrer da Defensoria Pública para materializar os direitos individuais, coletivos e difusos, seja do consumidor, das crianças, dos idosos, dos





## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deficientes, das mulheres e dos negros que não dispuserem de recursos para arcarem com as despesas de uma disputa judicial.

É de se notar, ainda, que a melhor solução para os conflitos nem sempre se encontra num processo judicial. Imagine um idoso em conflito com seu filho, o qual, após casado, passou a residir com o pai, e, com o crescimento da família, vem restringindo, a cada dia, o espaço do idoso em sua própria casa. Nestas situações, a solução tipo “tudo ou nada”, consistente numa ação reivindicatória, poderia expulsar o filho, com a perda de vínculos familiares, nociva ao próprio idoso, que, pela condição física e psicológica, necessita de maiores cuidados e atenção dos familiares.

A defesa técnica em processos judiciais, embora essencial para garantia do contraditório e da ampla defesa, já não corresponde à única finalidade do Estado, o qual demanda por uma assistência mais ampla, qual seja, a assistência jurídica, que engloba todas as áreas do Direito, e vai além do trabalho judicial, para alcançar a solução extrajudicial de conflitos e a educação cidadã.

A Carta de 1988, certamente, deu 2 (dois) passos à frente em relação às anteriores.

O primeiro passo consistiu na consagração do direito à assistência jurídica de maneira **INTEGRAL**, dando sinais claros de que o Estado Democrático de Direito deseja, e determina, a mais ampla proteção dos interesses “dos necessitados”, não se limitando à defesa técnica em juízo, mas, indo além, à defesa em todos os foros onde se discuta, se planeja, se julga, ou se delibera sobre os direitos dos desafortunados.

E o segundo passo, valendo-se da experiência e do exemplo fornecido por alguns Estados Federados, foi criar um órgão público para desempenhar esta função específica – Defensoria Pública, conferindo-lhe um estatuto jurídico próprio e adequado ao desempenho das vastas e complexas atribuições.

Embora pouco comemorada por ocasião da promulgação da Constituição Cidadã, a criação da Defensoria Pública constitui verdadeira revolução dentro do sistema de justiça, o qual passa a contar com um ente estatal específico e altamente



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

especializado para promover a defesa INTEGRAL dos direitos e interesses do cidadão desafortunado, com reflexos ainda insondáveis para o corpo social brasileiro e para nossa jovem Democracia.

A partir de 1988, portanto, nasce uma nova figura no âmbito do sistema de justiça, a qual aporta num espaço outrora ocupado por outros sujeitos (advogados, procuradores, ou promotores), demandando um processo de acomodação e delimitação de espaços, de atribuições e de competências.

Dentre todos os órgãos do Estado Democrático previstos constitucionalmente, de quaisquer dos Poderes, o único destinado exclusivamente para a defesa dos interesses e direitos dos necessitados é a Defensoria Pública.

Num sistema de justiça onde o acesso à jurisdição depende de profissional habilitado, a Defensoria Pública representa, para o cidadão necessitado, o fim da opressão e o início da cidadania. Se antes, o direito era uma letra morta e o cidadão não tinha acesso às instâncias de decisão, agora, o grito abafado do homem pobre passa a ser ouvido pelo Estado, e o cidadão, finalmente, incluído no processo de construção do próprio Estado Democrático de Direito.

Historicamente, as matérias levadas ao Judiciário dependeram de 3 atores: advocacia, advocacia pública e ministério público. O alto custo das demandas limitava o acesso ao Judiciário, de tal sorte que apenas setores que detinham poder econômico se viam em condições de contratar e movimentar os profissionais da advocacia. O poder econômico privado, representado pela indústria e comércio, sempre buscou se proteger das investidas do Estado contratando os melhores profissionais da advocacia, tratando-se de setor responsável por grande parte das ações nas varas cíveis, de falência, e nas varas de fazenda pública. Mas, sem dúvida, o grande usuário do Poder Judiciário é o próprio Estado, seja movendo execuções fiscais, as quais representam em torno de 70% do trabalho nas varas de fazenda, seja promovendo a denúncia, o que ocupa as dezenas de varas criminais.

Com a criação da Defensoria Pública, o Estado brasileiro reconheceu que a grande maioria dos trabalhadores, com renda até três salários mínimos, o que



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

representa aproximadamente 60% da população, ficou excluída do acesso à justiça, diante da impossibilidade de contratar um advogado.

Se as matérias levadas ao Poder Judiciário, decorriam, predominantemente, de ações movidas por advogados no interesse de quem os contrata, ou movidas pelo Estado, por meio da advocacia pública ou do Ministério Público, agora, um novo ator social será responsável por promover o acesso à justiça, movendo, se necessário, as ações pertinentes junto ao Poder Judiciário.

Apesar da grande conquista para a cidadania e para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, a estruturação da Defensoria Pública passou para a responsabilidade de cada Estado da Federação, sendo, atualmente, um enorme desafio conferir-lhe as condições materiais para fazer frente aos demais atores - os bem preparados advogados, os excelentes procuradores do Estado, e os promotores de justiça – nas disputas judiciais.

### **II.1.1. Implementação da Defensoria Pública após da promulgação da Constituição da República de 1988**

Passados **6 anos** da promulgação da Carta Cidadã, em 12 de janeiro de 1994, edita-se a Lei Complementar Federal nº 80, que cria a Defensoria Pública da União, e estabelece normas gerais para as Defensorias Públicas dos Estados, definindo a estrutura orgânica básica para funcionamento do órgão público.

Embora a matéria afeta à Defensoria Pública deva ser tratada por lei complementar, em julho de 1994, é aprovada a Lei Federal 8.906, a qual, em seu artigo 3º, § 1º, considera como atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, os integrantes de diversos órgãos públicos, inclusive os membros da Defensoria Pública.

Dezenas de normas desta lei ordinária, que cria o estatuto da advocacia, foram objeto de contestação, merecendo destaque a ADIN 1127-8 DF, proposta pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, em defesa dos interesses dos magistrados. Não há registro, porém, de ação de inconstitucionalidade movida no interesse dos Defensores Públicos.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não se pode olvidar que a classe dos Defensores Públicos, além de nascitura, em 1994 ainda se via umbilicalmente ligada à advocacia, e, pior, dependente economicamente do exercício da advocacia privada, a despeito de ser vedada expressamente pelo art.134, § 1º, da Constituição Federal.

Sobre a prática da advocacia privada por Defensores Públicos assim relata Frederico Rodrigues Viana de Lima:

“A aplicação deste dispositivo, contudo, deu margem a interpretações diferentes, inclusive com a defesa da permanência da advocacia privada em determinadas circunstâncias. Holden Macedo da Silva expôs tais divergências:

‘três foram as correntes em torno do assunto, no sentido da possibilidade da advocacia privada: 1) para aqueles investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte (art.22 do ADCT); 2) para aqueles empossados até a data de publicação da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, pois a norma do art.134, parágrafo único, in fine, da Constituição, seria não auto-aplicável; e, 3) para todos os Defensores Públicos, até que fosse estabelecido o subsídio aplicável às carreiras típicas de Estado (conjugando-se o art.134 com os arts. 135 e 39, todos da Constituição.’ (*in*, Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Brasília: Fortium, 2007, p.48)”

Outra importante passagem que ficará gravada na história da evolução institucional da Defensoria Pública consiste na consulta formulada pela ADPERJ – Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, datada de 24 de junho de 2002, dirigida ao Conselho Pleno da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da qual pretendia-se demonstrar a ilegalidade da cobrança de anuidade em relação aos Defensores Públicos impedidos de exercerem a advocacia privada, lançando os seguintes argumentos:

“O que se quer é evidenciar as situações diametralmente opostas entre membros de uma mesma carreira:



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a) Defensores Públicos aptos a exercerem a advocacia privada e,
- b) Defensores Públicos que estão impedidos de exercer a advocacia privada.

Não se pode tratar desiguais de forma idêntica; situações diversas com as mesmas exigências ou ônus.

...

A noção do princípio constitucional da igualdade encontra na máxima de ARITÓTELES, disseminada por RUY BARBOSA, a sua razão e a razão do consulente, de ser *“a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade”*.

A consulta formulada à OAB/RJ em 2002 registrou a existência, naquela ocasião, de “Defensores Públicos aptos a exercerem a advocacia privada”.

Os interesses pela manutenção da advocacia privada eram de tal ordem que, após **15 anos** da promulgação da Constituição da República, o legislativo mineiro aprovou a Lei Complementar Estadual nº 65, de 16 de janeiro de 2003, a qual autorizou, em seu art.137, a advocacia privada “até a fixação dos subsídios previstos no art.75.”, norma declarada inconstitucional somente em 2006 (**ADI 3043 MG**).

Até o ano de 2006, os Defensores Públicos valiam-se de suas inscrições na OAB – Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício da advocacia privada, medida que, por um lado, servia aos interesses particulares, mas, por outro, representaram o atraso na consolidação da Defensoria Pública, e um desserviço ao interesse público.

Como é intuitivo, se boa parte dos próprios Defensores Públicos lutava pela manutenção da profissão liberal, não seria de se esperar que os mesmos viessem se insurgir contra as inconstitucionalidades do Estatuto da Advocacia, tal como fizeram os magistrados.

A POLÍTICA INSTITUCIONAL conduzida pelos órgãos de representação da Defensoria Pública mineira não apenas logrou defender o inconstitucional exercício simultâneo da advocacia privada e da função pública, mas, indo além,



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

convenceu os deputados mineiros a incluir, na lei complementar estadual, a permanência de advogados sem concurso público no quadro da Instituição, situação que perdurou até decisão da **ADI 3819-2 MG**, em **março de 2008**, quando, então, o Supremo Tribunal Federal fez prevalecer, uma vez mais, o interesse público sobre os interesses menores.

Percebe-se que a Defensoria Pública Mineira tem trilhado um caminho que não serve de exemplo para as demais, e sua imagem tem ficado comprometida em nível nacional, sendo ilustrativo o papel desempenhado por dois Defensores Públicos mineiros, os quais interpuseram embargos declaratórios face a decisão final proferida na ADI 3043, a qual sepultou a possibilidade da advocacia privada, como se um indivíduo afetado por decisão desta natureza tivessem legitimidade para ingressarem em ação direta de inconstitucionalidade, o que demonstra, além da visão estreita, um despreparo técnico jurídico incompatível com o cargo que ocupa.

A estruturação da Defensoria Pública no Brasil tem sido lenta e assimétrica, e, como se buscou pincelar neste tópico, tem sido freada por resistências internas e visões retrógradas, as quais obscurecem a verdadeira identidade da Defensoria Pública.

Uma vez superada a crise de identidade, e reconhecida a identidade institucional pelos próprios membros, e esta sessão do Eg. Conselho Superior pode vir a representar mais um passo neste sentido, o caminho estará aberto para que a sociedade e os demais Poderes do Estado também reconheçam quem somos e a que viemos, passando a respeitarem o nosso verdadeiro espaço dentro do Estado Democrático de Direito, e ainda, os poderes que nos foram outorgados para o desempenho fiel das vastas e complexas atribuições.

Enfim, quando hastearmos a bandeira do interesse público, superando os interesses individuais, ou de viés classista, surgirá a Defensoria Pública que o povo brasileiro deseja e merece.

## **II. 2 - REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

### **II. 2. A - A Defensoria Pública e os demais Poderes do Estado**



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Carta Magna de 1988 consagrou a assistência jurídica integral e gratuita ao cidadão necessitado como direito fundamental, garantindo-se não apenas a defesa técnica em processo criminal, mas também, em qualquer seara jurídica, seja em juízo ou fora dele, ao contrário das Constituições anteriores, as quais se limitavam a garantir apenas uma assistência judiciária.

Frederico Rodrigues Viana de Lima, no livro Defensoria Pública (Ed. Podium, 2010) discorre sobre o tema:

“A assistência judiciária é o ato de assistir alguém judicialmente. Consiste no auxílio jurídico prestado a determinada pessoa na esfera judicial.” (pág.53)

E mais adiante, o Defensor Público Federal elucida o conceito de assistência jurídica:

“A assistência jurídica representa o auxílio em questões jurídicas, em qualquer ambiente, seja ele judicial ou extrajudicial. Pressupõe apenas a necessidade do emprego de conhecimentos especializados na área jurídica.

São exemplos de atividade de assistência jurídica a consultoria, a conciliação extrajudicial e a defesa em processos administrativos. Embora não sejam atividades judiciárias (pois não ocorrem no processo judicial), é indubitoso que se encaixam no contexto maior de assistência jurídica.” (pág.63)

Como já salientado, para concretizar este direito público subjetivo no plano material, a Carta Magna institucionalizou um órgão estatal específico, a Defensoria Pública, a qual está inserida no título IV da Constituição, que trata “**Da Organização dos Poderes**”.

Não se encontra, certamente, no capítulo “Do Poder Legislativo”, nem no capítulo “Do Poder Executivo”, ou no capítulo próprio “Do Poder Judiciário”, posto que suas funções não se confundem com as daqueles Poderes, mas sim, no capítulo





## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV, o qual destina-se à criação e definição do regime jurídico constitucional **“Das Funções Essenciais à Justiça”**.

Ao incluir a Defensoria Pública no título **“Da Organização dos Poderes”**, o constituinte reconheceu que a mesma faz parte da estrutura orgânica dos centros de poder que emanam do Estado Democrático de Direito, não pertencendo, porém, a nenhum daqueles “Poderes”, por uma razão bastante óbvia: na defesa do cidadão desafortunado, a Defensoria Pública pode mover ação, individual ou coletiva, contra quaisquer pessoas, inclusive contra o Estado, ou seja, inclusive contra atos ou abusos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, ou Ministério Público.

Recente julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal prestigiou a AUTONOMIA da Defensoria Pública estabelecendo que ela não pertence à estrutura orgânica do Poder Executivo ao julgar inconstitucional lei estadual que a subordinava à Secretaria de Estado de Justiça, como se pode extrair da ementa na **ADI nº 3569/PE**:

**“2. A norma de autonomia inscrita no art.134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos.”**

Pode-se concluir que a Defensoria Pública não se encontra subordinada a qualquer órgão do Poder Executivo, tratando-se de um centro de decisões autônomo em relação aos demais poderes do Estado.

O destaque conferido à Defensoria Pública na “Organização dos Poderes” do Estado decorre de sua **função** precípua de assistência jurídica, a qual deve ocorrer em plenitude, ou como preferiu o Poder Constituinte, de forma **“INTEGRAL”**, abarcando todos os interesses e direitos “dos necessitados”, sejam de natureza individual, sejam de natureza coletiva, ou mesmo difusa, utilizando-se, para tanto, de todos os instrumentos legais à disposição, exercendo esta função não apenas para dar andamento a processos judiciais, ou para legitimação dos atos judiciais, mas, sobretudo, para cumprir os objetivos da própria República Federativa, especialmente, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desigualdades sociais e regionais” (art.3º, inciso III, da CR 88), ou mesmo para a indispensável defesa dos direitos humanos como bem firmado na ADI 3569/PE.

A Defensoria Pública é órgão estatal voltado para o atendimento da parcela da sociedade brasileira que ainda não alcançou o exercício da cidadania plena, e que se encontra em situação de vulnerabilidade e risco social, podendo valer-se de todos os mecanismos judiciais e extrajudiciais previstos em lei para garantir ganhos materiais, e imateriais, que venham a reduzir a desigualdade ou, pelo menos, evitar a ampliação do fosso que separa a sociedade brasileira.

A propósito, JUNKES encontra como fundamento da Defensoria Pública a realização da tão almejada justiça social, revelando sua essencialidade:

“Além disso, a essencialidade da função da Defensoria Pública em relação à Justiça Social, liga-se ao fato de a orientação jurídica por ela prestada aos necessitados proporcionar: (a) a prevenção e solução de litígios judiciais, e com isto também a prevenção da violência e do aprofundamento dos conflitos; (b) o conhecimento do Direito posto e a formação de uma cultura de confiança nas instituições e no ordenamento jurídico como um todo. Assim, conforme Vianna, a instituição da Defensoria Pública é um instrumento de diminuição das desigualdades sociais e da mais alta relevância para o equilíbrio social.” (Junkes, Sérgio Luiz; Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social, Curitiba: Editora Juruá, 2008, p.128)

Incluindo a Defensoria Pública no título próprio da organização dos poderes do Estado, o constituinte também sinaliza para a necessidade da ampliação do sistema de **freios e contrapesos**, pois, a complexidade da sociedade e o gigantismo, tanto do Estado, quanto dos agentes econômicos privados, exigem um órgão estatal capaz de fazer frente àqueles sujeitos hipertrofiados na defesa dos interesses do cidadão carente ou vulnerável.

Sirvo-me da lição profícua do Juiz Federal, Dr. Dirley da Cunha Jr.:

“a) **Órgãos independentes** – São os que se situam no topo da pirâmide da organização política e administrativa do Estado. São os



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

órgãos originários da Constituição e exercentes das funções estatais (legislativa, executiva e judicial) ou das funções que gozam de ampla independência, e só sujeitos aos controles constitucionais de um sobre o outro (no chamado sistema de freios e contrapesos ou *checks and balances*), não se encontrando subordinados a nenhum outro. Entre estes órgãos incluem-se os órgãos do Poder Legislativo (Congresso Nacional e suas casas legislativas; as Assembléias Legislativas dos Estados; a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras de Vereadores); as chefias do Poder Executivo (Presidência da República, Governadorias dos Estados e do Distrito Federal e as Prefeituras Municipais); os órgãos do Poder Judiciário (o STF, os Tribunais Superiores, os Tribunais inferiores Estaduais e Federais e os Juízos de primeiro grau); o Ministério Público (da União e dos Estados); os Tribunais de Contas (da União, dos Estados e, onde houver, dos Municípios); o Conselho Nacional de Justiça (CNJ); o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e as Defensorias Públicas Estaduais (órgãos que foram, em boa hora, contemplados com ampla autonomia e independência administrativa, funcional e financeira pela EC 45/2004).” (*in*, Curso de Direito Administrativo; Salvador: JusPodivm, 2007, pág.138)

São freqüentes os casos em que o Ministério Público movimenta sua máquina para defesa do meio ambiente (direito difuso); ou mesmo o Estado para a execução de obras públicas; ambos visando à remoção de cidadãos pobres das suas casas; enquanto, por seu turno, e do lado oposto, a Defensoria Pública se faz presente para a defesa do direito à moradia, seja a título individual ou até coletivamente, garantindo-se o contraditório, o equilíbrio dos interesses entre os atores sociais, e, em última análise, garantindo-se a paz social.

Ao contribuir para o sistema de freios e contrapesos, a Defensoria Pública assume o papel de **fomento e fiscalização de políticas públicas**.

Não raro a Defensoria Pública se faz presente nas comunidades carentes visando à substituição da lógica paternalista e assistencialista, por uma prática cidadã, consistente no exercício dos direitos assegurados nas leis e na Constituição. Notadamente, constitui prática corrente entre os agentes políticos a facilitação de



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

algum serviço público em troca de votos, seja uma ambulância, seja um atendimento médico, o que não ocorre na hipótese de atuação da Defensoria Pública, posto que, sendo a saúde um direito de todo cidadão, e dever do Estado, a prestação não dependeria da troca de favores, mas sim, da utilização dos instrumentos legais à disposição para forçar o cumprimento da obrigação estatal.

O papel da Defensoria Pública dentro do Estado Democrático de Direito já não se limita a defesa de réu em processo criminal ou aos conflitos de família. Pouco se fala do seu **poder/dever de fiscalização** inerente às suas funções, matéria que chega a causar certa estranheza aos ouvidos dos próprios membros.

No escólio de José dos Santos Carvalho Filho, “A expressão poder polícia comporta dois sentidos, um amplo e um estrito. Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais” (*in*, Manual de Direito Administrativo; Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2007, pág.67).

O mestre fluminense aborda o poder de polícia na perspectiva do direito administrativo, e, portanto, dentro de uma relação de poder em que, de um lado, a Administração impõe um comando, e do outro, o particular submete-se ao mesmo.

Ocorre que, tratando-se de relação entre dois Poderes do Estado, em que, de um lado, a Defensoria Pública fiscaliza uma unidade carcerária para instruir procedimento administrativo destinado à apuração de violação aos direitos humanos, e do outro, o Estado é chamado a tomar conhecimento desta realidade e ajustar seu comportamento comissivo ou omissivo, pode-se vislumbrar a atuação do próprio Estado – por meio da Defensoria Pública – na sua função típica de “fiscalização”, ou, na expressão anglo-saxônica, exercendo seu papel como “checks and balances”, na medida em que exige a mudança de comportamento, fazendo uma injunção de natureza político-jurídica.

A prática de fiscalização e de indução a comportamento positivo em prol dos direitos humanos ganhou força por meio da legitimação para a tutela de direitos e interesses coletivos e difusos, conferindo à Defensoria Pública o poder/dever de propor, e firmar termo de ajustamento de conduta.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A título de exemplo, este papel da Defensoria Pública foi muito bem desempenhado pela Defensoria Pública Especializada do Idoso e Deficiente, a qual instaurou procedimento administrativo, em 2009, para apurar a reclamação de pais de alunos deficientes, inconformados com a Escola Pública Estadual, a qual havia recusado a rematrícula dos estudantes. Após audiência pública, que contou com a presença de pais, professores, alunos, a direção da escola, e uma representante da Secretaria de Estado da Educação, os argumentos trazidos pela Defensoria Pública foram o bastante para a escola realizar a matrícula imediata dos estudantes deficientes.

A assistência jurídica, quando qualificada com o adjetivo INTEGRAL, não confere limites aos órgãos de execução da Defensoria Pública na defesa dos interesses e direitos do cidadão desafortunado, senão os limites da lei.

A atuação do GAEP – Grupo de Atuação Estratégica em Execução Penal, criado pela Defensoria Pública mineira em 2008, revela importante papel da Defensoria Pública quando passa a fiscalizar a situação dos presídios, colhendo *in locu* elementos que comprovam a violação de Direitos Humanos, levando-os para além dos muros das penitenciárias, seja por meio de reunião com autoridades, seja por meio de audiência pública. E quando não forem suficientes as tentativas extrajudiciais para materialização dos direitos fundamentais, havendo omissão dos demais órgãos do Estado, o Defensor Público, forte no princípio da indisponibilidade do interesse público, deverá mover a competente ação coletiva para estancar as violações, a exemplo da ação civil pública movida contra o Estado de Minas Gerais para fornecer o tratamento de saúde adequado aos doentes mentais sentenciados com medida de segurança, os quais se encontravam encarcerados, como se fossem criminosos, estes sim, cidadãos capazes de entender a ilicitude do ato que praticaram.

A criação do GAEP foi uma escolha de política institucional, a qual dispensou recursos humanos e materiais para alocá-los na execução penal, visando a aplicação de uma política pública específica destinada a encarcerados, e a posterior escolha pela via judicial para solução do conflito, também foi uma opção do órgão de execução.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Indaga-se: estes são considerados **atos administrativos ou atos políticos**?

De certo que, na atual quadra, a finalidade da Defensoria Pública já não se identifica com aquela dos “advogados dos pobres” do século XIX, posto que o capitalismo moderno conduziu à sociedade de massas, resultando em conflitos massificados, o que demanda não somente uma defesa do indivíduo, mas também, de coletividades vulneráveis social e economicamente.

O papel da Defensoria Pública na tutela coletiva tem assento constitucional, como observa JUNKES:

“Esse vínculo grupal é captado do próprio art.134, da Constituição, que emprega o termo plural, “necessitados”, e não, no singular, para se referir às pessoas que prescindam da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública.” (pág.)

Enfim, se a Constituição da República conferiu à Defensoria Pública um regime jurídico público próprio, não se vinculando a qualquer órgão do Poder Executivo, do Poder Judiciário, ou do Legislativo, com muito mais razão não poderá se vincular, direta ou indiretamente, a qualquer entidade privada destinada à fiscalização profissional.

Os órgãos de execução da Defensoria Pública não exercem uma profissão liberal, mas sim, um mandato constitucional vinculado aos desígnios da República Federativa do Brasil, tratando-se de função estatal típica do Estado Democrático de Direito, o qual se utiliza da Defensoria Pública para aprimoramento do sistema de freios e contrapesos.

### **II. 2. B. Regimes Jurídicos Constitucionais da Atividade Econômica, dos Serviços Públicos Industriais e da Defensoria Pública**

Já delineado o papel da Defensoria Pública e sua posição dentro da organização dos Poderes do Estado, merecendo agora uma análise que possa traçar a linha que separa o regime jurídico constitucional da Defensoria Pública, o regime jurídico dos serviços públicos comerciais ou industriais; e o regime jurídico destinado à atividade econômica privada.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

### **II. 2. B. 1. O regime jurídico constitucional próprio da iniciativa privada e da Defensoria Pública**

Para saber se os Defensores Públicos devem se vincular ao Estatuto da Advocacia, torna-se necessário responder à pergunta: a qual regime jurídico constitucional se submetem os advogados? É o mesmo dos Defensores Públicos?

É certo que não é a natureza do sujeito – público ou privado – que irá estabelecer o regime jurídico ao qual se vincula, pois, quando o Estado cria uma empresa (*i.e.* Banco do Brasil) para explorar uma atividade econômica própria da iniciativa privada, então, submeter-se-á ao regime jurídico da livre concorrência, em pé de igualdade com os demais agentes econômicos (art.173 da CR 88). Por outro lado, quando uma empresa privada propõe-se à prestação de serviços públicos, após processo de concessão, a mesma atuará em regime jurídico público (privilégio), ou seja, irá explorar a atividade econômica na área de concessão definida pelo Estado, sob regime tarifário, e metas, definidas pelo Estado, o qual pode, ainda, retomar a prestação do serviço.

No magistério de Eros Roberto Grau, a Constituição da República criou 3 (três) grandes regimes constitucionais para a atividade econômica, a saber: o da concorrência, do monopólio e do privilégio.

A prestação de assistência jurídica no mercado não constitui monopólio do Estado, sendo livre à iniciativa privada, razão pela qual, o advogado tem liberdade para definir onde atuar, como atuar, para quem atuar, escolhendo as causas e os clientes, sendo livre para fixar os seus honorários.

Pode-se afirmar com segurança que o regime jurídico constitucional da advocacia é o da **livre concorrência**, motivo pelo qual o Estatuto da Advocacia, preocupa-se em regulamentar a concorrência entre os profissionais, a publicidade, a captação de clientela, a forma de remuneração por meio das espécies de honorários, dentre outros temas.





## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A advocacia mesmo como atividade “indispensável à administração da justiça” (art.133 da CR 88), permanece sob regime jurídico da concorrência. Existem, de fato, certas atividades livres à iniciativa privada, mas que possuem maior grau de relevância social, tal como a “assistência à saúde” (art.199 CR 88), qualificada constitucionalmente como de “relevância pública”, o que justificará, por conseguinte, uma maior regulamentação, fiscalização e controle por parte do Estado sobre o setor (art.197 CR 88).

Por outro lado, a assistência jurídica INTEGRAL e gratuita “aos necessitados” - seja enquanto indivíduos, seja enquanto “classe social” - foi atribuída a um órgão estatal específico, Defensoria Pública, a quem foi confiada uma função essencial à Justiça, sem a qual a República Federativa do Brasil não atingiria seus objetivos fundamentais de “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.” (art.3º, inciso I a IV, da Carta Magna).

Induvidoso que a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados foi considerada atividade ínsita ao Estado, e não da iniciativa privada, razão pela qual, seja pelo aspecto subjetivo, seja pelo aspecto material, trata-se de serviço público, em sentido lato, e indelegável.

Sirvo-me dos suprimentos de José dos Santos Carvalho Filho:

“Serviços indelegáveis, por outro lado, são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes. Exemplifica-se com os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades, serviços essenciais etc.” (pág.283)

Embora a finalidade da OAB seja “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis...” (art.44 do EAOAB), o advogado exerce a função de defesa do cliente mediante contrato de natureza onerosa, e não se inclui dentro de suas funções precípua a prestação de assistência jurídica integral e gratuita



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aos necessitados, atividade que se submete exclusivamente ao regime jurídico público.

Provavelmente, pelo fato de algumas das funções da Defensoria Pública terem sido prestadas por advogados durante séculos, situação que, em alguns Estados, se mantém até os dias de hoje, o próprio Supremo Tribunal Federal tem dificuldade em identificar a diferença existente entre as funções dos advogados e dos defensores públicos, como se percebeu nos debates da recente decisão proferida na **ADI nº 230**, quando, então, os ministros entenderam que a prerrogativa de requisição conferida aos Defensores Públicos quebraria a igualdade com outros advogados, representando a criação de um “superadvogado” com super poderes.

A relatora da ADI nº 230, Min. Carmen Lucia Antunes Rocha, não porque seja proveniente do quinto constitucional pela advocacia, mas, provavelmente, pela herança da cultura jurídica, não conseguiu visualizar com nitidez a distância que separa os advogados dos Defensores Públicos, reduzindo as funções deste órgão público, e sua relevância para materialização dos objetivos da República.

Entender que a prerrogativa poderia prejudicar a “concorrência”, significa admitir que os advogados atuam no mesmo espaço em que Defensores Públicos; o que, data vênua, não ocorre, posto que os sujeitos atendidos pelo órgão público não têm condições de adquirirem os serviços de um advogado. Ou seja, não há competição entre advogados e Defensores Públicos, porque estes não atuam no mercado daqueles.

Daí a necessidade imperiosa de uma delimitação precisa entre o espaço e o regime jurídico que é próprio da iniciativa privada - onde há competição, concorrência, e prevalece a lógica da oferta e procura, ou seja, os melhores profissionais trabalham para os que remuneram melhor - e o espaço e regime jurídico que é próprio da Defensoria Pública, onde os órgãos de execução recebem o mesmo subsídio para atuarem de forma integral e gratuita, em defesa dos direitos humanos e da Justiça Social, não seguindo as leis de mercado, mas sim, a própria consciência e as disposições legais.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O que move o Defensor Público não é o retorno financeiro de determinada causa, posto que não auferem vantagem econômica com as demandas, mas sim, o gosto, e o dever de promover a justiça social.

Delineado o regime jurídico constitucional da advocacia, resta saber se a atividade da Defensoria Pública representa um serviço público, tal como o serviço de telefonia.

### **II. 2. B. 2. A Assistência Jurídica Integral e Gratuita aos Necessitados pode ser Precificada e colocada como objeto de troca no mercado?**

Para avançarmos sobre o tema torna-se imprescindível responder a esta pergunta: as funções do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública podem ser objeto de troca, tal como a construção de uma estrada?

Adverte Eros Roberto Grau que “Pretende o capital reservar para sua exploração, como *atividade econômica em sentido estrito*, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*.” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Malheiros Editores, 4ª ed, pág.138).

Se conceituarmos atividade econômica como toda atividade que satisfaz uma necessidade humana, que tenha valor econômico, e por isso, possa ser mensurada pecuniariamente, então, poderíamos dizer que a advocacia é uma atividade econômica.

Quando se trata de assistência jurídica gratuita a quem não possui recursos financeiros, e mais, quando se trata de um órgão estatal com poderes para concretizar os objetivos da República Federativa do Brasil, conclui-se facilmente que, esta função estatal não constitui matéria própria da iniciativa privada, sequer atraente, posto que não é passível de obter lucro, nem mesmo de precificar.

Intuitivo que a assistência jurídica gratuita perde sua natureza econômica, posto que, embora represente uma necessidade humana e um desejo do Estado, pelo



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

menos na sociedade atual, não é passível de mensuração econômica, ou pecuniária, não estando disponível no mercado como objeto de troca.

Seja porque não seria lucrativa, seja porque se trata de função típica do Estado para consecução de seus fins, a atividade de assistência jurídica gratuita aos necessitados foi delineada de modo a afastar qualquer arranjo alternativo tendente a transferir este “serviço público”, em sentido lato, à iniciativa privada por meio de concessão ou permissão, posto que o Poder Constituinte já criou um órgão estatal específico para esta finalidade, não deixando opção ao legislador infra constitucional.

Se a assistência jurídica ao carente deve ser GRATUITA, não autorizando a cobrança de tarifa para sua utilização, então, o Estado não teria vantagem numa concessão em que assumiria todos os custos e o pagamento das tarifas do serviço concedido.

Em se tratando do serviço de telefonia, infra-estrutura básica para um sistema produtivo, certamente, o Estado tem grande interesse na ampliação do mercado de consumo. Quanto mais telefones e pessoas se comunicando, maior o desenvolvimento econômico para o país, e receita para o Estado, motivo pelo qual a política de concessões atraiu volumoso capital privado estrangeiro, e logrou exponencial crescimento desta atividade econômica e do consumo no Brasil.

O mesmo não ocorre em relação ao serviço de assistência jurídica a pessoas desafortunadas, por razões óbvias: não há interesse público na proliferação de demandas judiciais e conflitos sociais, ou seja, o aumento do consumo deste serviço gera ineficiência ao sistema produtivo, e pior, significaria a ampliação exponencial dos gastos públicos, já que o Estado não pode cobrar pelo serviço.

Enfim, a lógica do sistema de justiça não se adequa à lógica de mercado, motivo pelo qual não há interesse público na exploração desta atividade estatal por meio de concessão à iniciativa privada, como ocorre noutras áreas.

Ainda que considerássemos a assistência jurídica integral aos desafortunados como uma “atividade econômica”, ou, “serviço público” a ser desempenhado pelo



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estado, o regime jurídico constitucional a que se submete seria o regime público, jamais o regime da concorrência, tal como ocorre entre os advogados.

A melhor doutrina, contudo, não considera a prestação jurisdicional pelo magistrado, a denúncia promovida pelo Ministério Público, ou as ações coletivas propostas pela Defensoria Pública em defesa dos direitos humanos, como propriamente um serviço público, na medida em que representam a própria razão de existir do Estado – a quem incumbe a pacificação social e a promoção da Justiça Social – o que afasta estas atividades da lógica e das atividades de natureza produtiva, a saber, transporte, telefonia, energia elétrica, telecomunicações, dentre outras.

Com estas considerações, visualiza-se o regime jurídico constitucional próprio da Defensoria Pública, o qual não se confunde, definitivamente, com o regime dos demais Poderes do Estado, ou com o regime constitucional dos serviços públicos em sentido estrito (industriais ou comerciais), muito menos com o regime constitucional da livre concorrência, próprio da iniciativa privada.

### **II. 2. C. A Defensoria Pública e as demais Funções Essenciais à Justiça**

Para concluir a abordagem constitucional da presente questão, passa-se à análise comparativa do tratamento jurídico dispensado aos órgãos que exercem funções essenciais à Justiça, quais sejam, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Advocacia Privada.

O capítulo IV, que trata das funções essenciais à justiça, foi subdividido em 3 (três) seções, uma para definir o regime jurídico do Ministério Público, outra para a Advocacia Pública, e a terceira seção para a advocacia e a Defensoria Pública, prevendo concurso público para ingresso na carreira dos três órgãos públicos.

Em 3 (três) artigos, foi definido o regime jurídico constitucional do Ministério Público, ao qual foi assegurado “independência funcional” aos membros, “autonomia funcional e administrativa”, e ainda, iniciativa de lei, podendo propor ao legislativo sua política remuneratória, plano de carreira, criação e extinção de cargos e serviços auxiliares, sendo vedado aos membros a advocacia (art.128, § 5º, inciso II, b, da CR88).



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A advocacia pública foi tratada em 2 (dois) artigos, não havendo previsão de independência funcional, muito menos autonomia funcional e administrativa, ou iniciativa de lei, não havendo qualquer vedação à advocacia.

O regime jurídico constitucional da Defensoria Pública foi delineado no art.134, o qual, em seu § 2º, conferiu às Defensorias Públicas Estaduais “autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária”, sendo vedada a advocacia.

Por seu turno, o art.133 conferiu prerrogativa profissional aos advogados, garantindo-lhes a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, não dispondo sobre a organização da advocacia ou sobre a entidade fiscalizadora da profissão.

### **II. 2. C. 1. Simetria entre os Regimes Jurídicos da Defensoria Pública e do Ministério Público**

Embora cada órgão público tenha funções distintas e os respectivos regimes jurídicos próprios, parece evidente a simetria de tratamento dispensada pelo Constituinte ao Ministério Público e à Defensoria Pública, os quais desfrutam da autonomia funcional e administrativa, têm seus chefes escolhidos por voto da classe, e encontram vedação para o exercício da advocacia, ao contrário da advocacia pública.

O que justificaria o tratamento similar?

Tanto os membros do Ministério Público, quanto os da Defensoria Pública, no exercício de suas atribuições, devem mover ações contra o próprio Estado, embora em decorrência das particularidades das funções e das finalidades, os direitos tutelados por cada qual possam ser de natureza diversa.

Daí ser imprescindível dotar estes órgãos de autonomia funcional e administrativa, afastando-se qualquer risco de ingerência ou situação fática de dependência por parte do Poder Executivo, ou do Judiciário, ou mesmo do Legislativo.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outra atribuição típica, tanto da Defensoria Pública, quanto do Ministério Público, que assume um caráter de interesse público é a atuação em processo criminal. Ao assumir a jurisdição e o poder punitivo, o Estado dispõe do Ministério Público encarregado da acusação, para fins de garantia da ordem social, mas também lança mão da Defensoria Pública para a função de defesa, tendo por finalidade a aplicação justa da pena, e a garantia de que, tanto o processo, quanto a execução penal servirá para a ressocialização do cidadão e a pacificação social.

Verifica-se, pois, que a Defensoria Pública não atua tendo em mira interesse meramente individual do acusado, posto que a criação de um órgão público jamais se justificaria em razão de interesse de natureza privada, mas sim, atua em prol de interesses públicos ligados à Justiça Social – justa aplicação da pena, pacificação social e ressocialização do apenado.

A essência e dimensão das funções confiadas à Defensoria Pública estão longe de representar uma atividade estatal em defesa de interesse particular, posto que, mesmo quando defende um único indivíduo, o faz visando a preservação dos direitos humanos, em todas as suas dimensões, e para concretização da Justiça Social.

Alinhada com sua real finalidade, a Defensoria Pública mineira inaugurou a Defensoria Pública Criminal de Urgência, a qual, além da defesa técnica, encaminha o egresso para o mercado de trabalho, demonstrando a preocupação com a efetividade dos direitos humanos, e não somente com a defesa em juízo.

Se, por um lado, República Federativa do Brasil precisa do Ministério Público para garantir o bom funcionamento das instituições responsáveis pelo regime democrático, por outro, cria a Defensoria Pública para defender o cidadão desafortunado destas mesmas instituições, evitando abusos tanto por parte do poder econômico público, quanto por parte do poder econômico privado.

### **II. 2. C. 2. Advocacia Pública e Defensoria Pública**





## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A separação da Defensoria Pública em seção diversa da Advocacia Pública não pode ser considerada como mero acaso, posto que se trata de técnica legislativa para conferir lógica ao sistema.

Com efeito, criando um órgão público para defender os interesses do cidadão contra os atos e os abusos praticados pelo próprio Estado, o Constituinte haveria de conferir as condições materiais e um regime jurídico adequado para o cumprimento da finalidade.

Este distanciamento do centro de poder Estatal por meio da autonomia funcional e administrativa também exige que os dirigentes dos órgãos – Procurador Geral de Justiça e Defensor Público Geral - sejam escolhidos pelos próprios membros, e não por meio de livre nomeação pelo chefe do Executivo, como ocorre em relação à Advocacia Pública.

O fato da Advocacia Pública ser constituída por bacharéis em direito aprovados em concurso, assim como a Defensoria Pública e o Ministério Público, não significa que exercem o mesmo papel no Estado Democrático de Direito.

Ora, o papel da Advocacia Pública é representar a União, ou Estado Federado, em juízo ou extrajudicialmente, sendo natural que esteja vinculado hierarquicamente ao ente público que defende.

Por outro lado, a função de defesa dos interesses da União não representa benefício ao sistema constitucional de freios e contrapesos, sendo certo que a União não é um sujeito fraco ou vulnerável no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Notadamente, enquanto a Defensoria Pública luta para garantir acesso à justiça para todos os cidadãos “necessitados”, a União é reconhecidamente a maior litigante nos feitos que tramitam perante a Justiça Federal, tratando-se, portanto, de ente público que não tem problema para obter acesso à justiça.

Diante da distância existente entre o regime jurídico constitucional da Defensoria Pública e o dispensado à Advocacia Pública, a quem é permitido o exercício da advocacia, torna-se bastante discutível a constitucionalidade do § 1º, do art.3º, da



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Federal 8.906/94, no ponto em que afirma exercer a Defensoria Pública atividade de advocacia, submetendo-a ao regime jurídico próprio da advocacia, colocando-a ao lado da advocacia pública.

Com tamanha diferença entre os regimes jurídicos constitucionais, e mesmo entre os estatutos e leis orgânicas, não se afigura correto conferir o mesmo tratamento entre Defensoria Pública e Advocacia Pública.

Some-se ao exposto que a Defensoria Pública será organizada por meio de lei complementar (§ 1º, art.134, da CR88), razão pela qual a norma da Lei Federal 8.906/94 padece de inconstitucionalidade formal de natureza objetiva.

A inconstitucionalidade do art.3º, § 1º, da Lei Federal 8.906/94 foi sustentada pioneiramente pelo Dr. José Fontenelle Teixeira da Silva no III Congresso Nacional dos Defensores Públicos, e como bem fundamentado no parecer da Comissão de Estudo, a norma contida no Estatuto da Advocacia também padece de inconstitucionalidade formal de índole subjetiva, posto que, compete ao Presidente da República a iniciativa de lei sobre Defensoria Pública, e não a membro do Congresso Nacional como ocorreu na hipótese.

### **II. 2. C. 3. Advocacia e Defensoria Pública**

Como já demonstrado, a Constituição da República de 1988 estabelece regimes jurídicos distintos para os órgãos públicos que exercem funções essenciais à justiça; e tratando-se da Defensoria Pública, em razão de sua função precípua, a mesma não se vincula a qualquer Poder Estatal, e com maior razão não poderá vincular-se, ou submeter seus órgãos de execução, a entidade privada de regulação e fiscalização de uma profissão liberal que opera sob regime da livre concorrência.

Argumentos de índole infra constitucional podem ser apresentados para demonstrar a impropriedade de se aplicar o regime privado ao órgão público.

Como asseverado na consulta à OAB/RJ formulada pela ADPERJ, em 2002, “Torna-se tormentoso para os defensores públicos a simples exegese da duplicidade dos estatutos jurídicos, posto que estarão sujeitos a disciplinas



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

diversas, sendo por demais oneroso ou mesmo gravoso a um único agente. A própria proporcionalidade, princípio fundamental que pode ser extraído do texto constitucional, já afastaria a dupla incidência. O princípio da proibição do bis in idem é indicativo e por demais conhecido. Como sujeitar um homem, na hipótese de infração disciplinar, à dupla sanção de mesma natureza, ora do Estatuto da OAB, ora do Estatuto da Defensoria?”<sup>3</sup>

Referida consulta ainda aponta, com acerto, a inexistência de fato gerador a ensejar a contribuição parafiscal denominada anuidade.

Mas a importância do tema transcende o interesse da classe em defender o associado, tanto aquele que eventualmente esteja respondendo a processo disciplinar, quanto aqueles que pagam uma contribuição parafiscal indevida.

O que estamos a decidir nesta histórica sessão do Conselho Superior é a construção de uma identidade própria para a Defensoria Pública.

A dimensão da **autonomia funcional e administrativa** significa não apenas desvinculação hierárquica em relação aos demais Poderes do Estado, mas, sobretudo, a desvinculação **normativa**, posto que a Defensoria Pública não está submetida ao regime jurídico único dos servidores públicos, mas sim, à sua própria lei de regência.

Pelo princípio da primazia do interesse público sobre o particular, tem-se que a Defensoria Pública também está desvinculada administrativa e hierarquicamente de qualquer entidade de natureza privada ou estatuto que a regule, não se submetendo ao regime jurídico próprio dos profissionais da advocacia.

Uma vez que ao Defensor Público é vedado o exercício da advocacia, torna-se prejudicial ao interesse público que este órgão de execução pertença aos quadros da OAB, a qual não tem por finalidade institucional a defesa dos necessitados. Seria de interesse público que o membro do órgão público autônomo dispensasse seu tempo para assumir funções representativas da classe de advogados em comissão temática daquela entidade privada?

---

<sup>3</sup> In, Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro – volume 1, julho a setembro de 2002, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo função deste Eg. Conselho Superior a defesa dos princípios institucionais, cumpre registrar a violação latente ao **princípio da unidade institucional** perpetrada com a submissão das Defensorias Públicas, e dos seus órgãos de execução, a dois regimes jurídicos distintos, e antagônicos.

A instituição encontra-se, atualmente, dividida e, certamente, enfraquecida pela existência de Defensores Públicos que estão submetidos ao regime jurídico privado da advocacia, e outros que há muito se desvincularam da Ordem dos Advogados assumindo pessoalmente os ônus deste conflito político e jurídico.

Dentre as dimensões do princípio da unidade, sobressai a idéia estruturante pela qual a Instituição deve ser regida por um regime jurídico aplicável a todos os membros, em todos os Estados da Federação.

Valho-me dos escólios trazidos a lume por Paulo Galliez:

“No ensinamento de Roland Corbisier, ‘a palavra sistema, em sentido amplo, significa um conjunto ou uma totalidade de objetos, reais ou ideais, reciprocamente articulados e interdependentes uns em relação aos outros. Na definição de sistema, encontram-se, pois, três noções ou idéias fundamentais: a de totalidade, a de unidade e a de interdependência das partes ou elementos constitutivos’.

Desse modo, a Lei Complementar nº 80/94, como sistema, contém normas que definem a Defensoria Pública e dispõe sobre a sua organização na União, Distrito Federal e Estados, sendo a unidade uma de suas noções fundamentais.

O que significa a unidade da Defensoria Pública?

Sendo um conjunto de normas fundamentais e interdependentes, a Defensoria Pública opera como um todo, sem facção ou fragmento. Se houvesse ruptura de qualquer princípio, não haveria sistema e nem existiria unidade.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A unidade consiste, pois, na prevalência contínua e permanente de todos os mecanismos inerentes à atuação do Defensor Público.” (*in*, Princípios Institucionais da Defensoria Pública; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pág.23)

E conclui o Defensor Público carioca:

“Aqui há unidade de normas que não podem ser consideradas isoladamente, isto é, a investidura no cargo significa: obrigação de atuar = desempenho exemplar = utilização das prerrogativas.”

Poderia uma lei ordinária criar um novo requisito – inscrição na OAB - para o exercício dos órgãos de execução da Defensoria Pública?

Sem embargo, a questão de estar vinculado, ou não, à OAB, representa uma matéria de abrangência nacional, posto que coloca em questão a UNIDADE INSTITUCIONAL do órgão estatal e a própria efetividade do comando constitucional.

Nesta senda, não pode prevalecer o interesse individual, ou seja, não pode prevalecer a vontade de cada membro, de acordo com seu juízo de conveniência, ou mesmo a vontade de cada Defensoria Pública Estadual, mas sim, o interesse institucional na manutenção da unidade da Defensoria Pública em todo território do Estado brasileiro.

Ainda que fosse possível submeter os Defensores Públicos a dois regimes jurídicos, será que a finalidade precípua da OAB contempla a regulamentação e fiscalização profissional dos mesmos?

A entidade privada de fiscalização profissional – OAB - tem as seguintes funções precípua:

- Seleção;
- Função normativa;
- Função fiscalizadora e punitiva;
- Função política e de defesa dos interesses corporativos;



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Função arrecadadora.

As três primeiras funções da OAB são exercidas pelo Conselho Superior da Defensoria Pública, pela Defensoria Geral e pela Corregedoria Geral do ente público. A função política de representação dos interesses institucionais é exercida pelo Defensor Público Geral, enquanto os interesses meramente classistas são defendidos pela associação de Defensores Públicos. Por fim, não se aplica a função arrecadadora à Defensoria Pública, posto que mantida com recursos públicos.

Verifica-se, deste modo, que o regime jurídico da Defensoria Pública não deixa margem para aplicação de qualquer dispositivo proveniente do regime jurídico privado, exaurindo toda a matéria afeta ao órgão público.

Vale ressaltar que a lei orgânica federal da Defensoria Pública previu a aplicação subsidiária da lei dos servidores federais (art.136 LC 80/94), e a lei orgânica estadual da Defensoria Pública mineira permitiu a aplicação subsidiária tanto da lei orgânica federal, quanto do estatuto dos servidores estaduais (art.142 da LC 65/03), NÃO HAVENDO PREVISÃO DE APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA ADVOCACIA.

A título de exemplo, ainda que um árbitro, escolhido livremente por duas pessoas, exerça, aparentemente, a mesma função que um magistrado, qual seja, o julgamento de uma causa, definindo os direitos e deveres de cada parte, não se pode dizer que o Juiz tenha que se vincular à associação de arbitragem, ou o árbitro tenha que se associar à AMAGIS – Associação dos Magistrados. Um decide no exercício de atividade privada, o outro, decide exercendo poder estatal.

Embora a OAB tenha por finalidade a defesa dos direitos humanos, tal como a Defensoria Pública, trata-se de uma faculdade, que pode ser exercida, ou não, de acordo com a vontade do ente privado, o qual não sofre penalidade pelo descumprimento. A Defensoria Pública, por seu turno, tem a mesma finalidade, contudo, seus órgãos de execução têm o PODER/DEVER de promover os direitos humanos, e se não cumprirem o dever funcional, responderão por omissão e poderão ser punidos.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Recorro a outra comparação que pode trazer luz ao debate. Dizem que o médico que presta concurso público não se desvincula do CRM – Conselho Regional de Medicina, pois, continua exercendo a medicina; e, assim, o advogado que presta concurso público deveria continuar submetido à OAB, já que exerceria a mesma atividade.

A conclusão é falaciosa, posto que o silogismo não emerge de premissas verdadeiras.

O pediatra que passa em concurso público continuará, certamente, exercendo as mesmas atividades inerentes à medicina.

Mas o advogado nomeado Defensor Público já não exercerá as mesmas funções, bastando a leitura do art.4º da Lei Orgânica Federal da Defensoria Pública para se chegar a esta conclusão.

Afinal, advogado tem atribuição de promover a “mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos”?

O advogado tem o dever funcional de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”?

O advogado tem legitimidade para “promover ação civil pública” para “beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”?

Os advogados devem assumir a função de “curadoria especial”?

Os advogados têm por atribuição “convocar audiência pública”?

Quando o advogado toma posse no cargo de Defensor Público, assume funções e atribuições mais amplas que aquelas próprias da advocacia.

Em síntese, quando o médico é aprovado em concurso público, o mesmo assume o cargo de médico; mas quando o advogado é aprovado em concurso para ingressar na Defensoria Pública, o mesmo assume o cargo de DEFENSOR PÚBLICO, e não de advogado.





## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para encerrar, registro a possibilidade de membro do Ministério Público, ou da magistratura, prestarem concurso público para a Defensoria Pública. Nem um, nem o outro, exercem a advocacia, e este fato não os desabilita para o exercício da função defensoral. Ao contrário, são carreiras jurídicas prestigiadas e de difícil acesso, motivo pelo qual supõe-se que estejam até mesmo melhor preparados que alguns advogados. Daí não ser necessário sequer a inscrição na OAB para assumir o cargo de DEFENSOR PÚBLICO.

Por todo o exposto, malgrado as funções da Defensoria Pública tenham sido exercidas inicialmente pela advocacia, no atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, estas funções foram ampliadas e confiadas a um órgão público, o qual, pelo seu regime jurídico constitucional não permite a submissão de seus órgãos de execução ao Estatuto da Advocacia.

### **II. 3. Aspectos Políticos da Vinculação e da Desvinculação**

Com o julgamento, em 2006, da **ADI 3.043/MG**, a qual declarou inconstitucional o art.137 da Lei Complementar nº 65/03, a parcela de Defensores Públicos que sustentavam a possibilidade da advocacia privada sucumbiram à realidade, e à força normativa da Constituição Federal. Não obstante, ainda existem Defensores Públicos que não perceberam a nocividade do vínculo com a OAB para a Defensoria Pública.

Há casos em que o Defensor Público é reconhecido socialmente como advogado, mantém laços estreitos com os membros da OAB, e não lhe interessa se desvincular destes laços e desta imagem.

Mas o argumento mais recorrente para manutenção da dupla identidade profissional, entre os próprios membros da Defensoria Pública, reside na suposta vantagem de obter-se apoio da classe dos advogados, a qual é numerosa e reconhecida por sua força política, como se o fortalecimento da Defensoria Pública pudesse ser comprometido com a desvinculação da OAB.

Creio, sinceramente, que os interesses políticos e econômicos da classe dos advogados não são totalmente coincidentes com os da Defensoria Pública, e, em



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

algumas matérias, são naturalmente antagônicos, ou prejudiciais aos interesses da Defensoria Pública.

Será que o interesse da OAB na manutenção do vínculo é apenas a receita proveniente da anuidade, ou será que os advogados pretendem ocupar o espaço destinado constitucionalmente aos DEFENSORES PÚBLICOS?

Inegável que o fortalecimento e a ampliação da Defensoria Pública poderia reduzir o trabalho e a renda dos advogados dativos nomeados, onde ainda não foram providos os cargos da Defensoria Pública. A atuação de dativos, que deveria ser excepcional, e reduzida gradativamente, tem se demonstrado cada vez mais robusta. A cifra transferida pelo Estado de São Paulo aos advogados dativos chega a R\$200.000.000,00 anuais, quantia superior ao orçamento anual da Defensoria Pública do Estado de Minas. Em Minas Gerais, vale dizer, o Poder Executivo ainda não contabilizou os gastos realizados com o pagamento de advogados dativos, mas é certo que, quanto mais recursos para pagamento de dativos, menos recursos se justificam para investimento na Defensoria Pública.

Todavia, o efeito POLÍTICO mais pernicioso da vinculação à OAB é a obstrução de uma identidade institucional própria da Defensoria Pública junto à sociedade.

Passados 126 anos, a cultura jurídica ainda associa a figura do Defensor Público à do “Advogado dos Pobres”, cargo extinto em 1884, e a parcela marginalizada no processo de desenvolvimento sequer conhece a existência do órgão público criado para sua própria defesa. Esta, aliás, a razão da criação do nosso projeto “Casa da Cidadania”, por meio do qual se mantém uma Defensoria Pública no Aglomerado Santa Lúcia. Mesmo integrantes do alto escalão dos governos Municipal e Estadual desconhecem as atribuições, e o papel da Defensoria Pública, confundindo-a ora com o Ministério Público, ora com a figura do “Advogado dos Pobres”, ou, como se viu na decisão da ADI 230, com uma figura denominada “superadvogado”.

A falta de uma clara distinção entre advocacia e Defensoria Pública fez com que o Supremo Tribunal Federal conferisse a ambos tratamento idêntico, como se tivessem a mesma finalidade constitucional e exercessem a mesma função. A



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prevalecer tal raciocínio, em breve o defensor público não terá prazo em dobro, nem mesmo intimação pessoal.

O cidadão pobre, ainda hoje, depende da caridade de advogados, especialmente das assistências jurídicas mantidas por faculdades de Direito, pois, mesmo nos Estados onde foram criadas as Defensorias Públicas, a demanda supera a capacidade de atendimento deste órgão público, o que mantém e fomenta a idéia de que a assistência jurídica gratuita não é um direito subjetivo do cidadão, mas sim, um favor a ser prestado pelo particular. E enquanto houver a solução paliativa dos advogados dativos, não haverá interesse político do Estado em prover todos os cargos da Defensoria Pública.

Neste quadro, é absolutamente imprescindível que a Defensoria Pública promova sua AUTO-AFIRMAÇÃO para que a sociedade possa se conscientizar do seu direito à assistência jurídica integral e gratuita, e possa distinguir a finalidade e as atribuições da Defensoria Pública em relação aos demais órgãos integrantes do Sistema de Justiça.

Do mesmo modo, é fundamental que seus membros acordem e durmam conscientes de que são Defensores Públicos.

Acordar como Defensor Público, e, no curso do dia, assumir a função de advogado para desempenhar trabalhos numa comissão da OAB, dificulta, ainda mais, o lento processo de identidade institucional no seio da sociedade. E pior, há informações seguras de que membro da Defensoria Pública, integrando comissão de prerrogativa da OAB, se prestou a representar contra seus próprios colegas perante o Ministério Público, situação que, a mais não poder, evidencia o quão nocivo para a unidade institucional representa a vinculação a dois estatutos jurídicos.

O senso comum faz crer que, sendo o Defensor Público um advogado, então, as funções são as mesmas. Nesta linha, não há diferença entre a atuação de um Defensor Público e um advogado, de tal sorte que um pode perfeitamente executar a função do outro, confundindo-se uma relação entre contratante e contratado, com uma relação que decorre do direito subjetivo entre cidadão e



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estado. E assim, reduzindo o papel do Defensor Público, torna-se fácil justificar a terceirização da função por agentes privados como ocorre em todo Brasil.

Quando atendo o cidadão, estou dando orientação em nome do Estado, porque a orientação jurídica é papel do Estado por meio de órgão aprovado em concurso público, E NÃO UM PAPEL DA OAB.

Quando nosso colega Hélio da Gama e Silva cria um projeto institucional para promoção dos direitos humanos nas favelas, é o Estado criando e executando política pública, definida em lei para setores vulneráveis da sociedade, NÃO EXERCENDO, NEM DE LONGE, A ADVOCACIA.

Quando a Defensoria Pública cria um projeto institucional, captando vultoso recurso Federal, para atuar em todos os processos de execução penal no território mineiro, é o Estado apontando para uma prioridade política, é o Estado criando e materializando uma política pública destinada ao cidadão marginalizado, NÃO HAVENDO QUALQUER ATO DE ADVOCACIA.

A OAB já logrou firmar sua identidade, sendo notório seu papel na defesa das instituições democráticas, sempre lutando ao longo de nossa história pela independência e fortalecimento do Judiciário, posto que, onde há autoritarismo e cerceamento da liberdade, a advocacia não frutifica e empalidece. Exatamente por levantar a voz em defesa das instituições democráticas, a OAB pode e deve contribuir, mais uma vez, para a evolução de nossa recente democracia, reconhecendo o espaço que é próprio da Defensoria Pública.

Por seu turno, a Defensoria Pública deve firmar sua identidade, NÃO SE FAZENDO CONFUNDIR COM QUALQUER OUTRA INSTITUIÇÃO, e por conseqüência, o Defensor Público também deve assumir sua verdadeira identidade, exercendo a função que o distingue dos demais PROFISSIONAIS, e que, portanto, o torna único, assim como a Instituição é UNA.

Afinal, a Defensoria Pública é o único órgão estatal criado pelo Poder Constituinte Originário especificamente para defesa dos desafortunados, o que a diferencia do Poder Executivo, do Legislativo e do Judiciário, bem como a distingue do Ministério Público, da Advocacia Pública e da advocacia privada.



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pela grandeza da OAB, e por sua trajetória de luta pelas instituições democráticas, a mesma jamais se lançaria contra o fortalecimento da Defensoria Pública, muito menos exigiria da mesma que abrisse mão de sua identidade própria, como condição necessária para prestar seu apoio político.

Por seu turno, a Defensoria Pública mineira, nesta sessão, é conclamada a demonstrar sua grandeza, e, mais, é conclamada a corresponder aos anseios da sociedade, tão bem amalgamados na Carta Magna. Somos todos conclamados a conduzir uma nova POLÍTICA INSTITUCIONAL voltada para a defesa intransigente e ativa do interesse público, sepultando, definitivamente, tanto as pretensões e os interesses individuais, quanto os temores e receios de desagradar a determinado segmento social.

Ao exercer suas funções institucionais, o Defensor Público jamais deve deixar suas convicções e sua autonomia funcional por medo ou receio de desagradar os membros dos demais poderes, e, com mais razão, ao assumirem os postos da Administração Superior, os Defensores Públicos devem servir de exemplo e se pautarem pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como pelo interesse público, não se deixando abater por medos e receios de desagradar outras instituições, ainda que seja entidade que deu à luz a própria Defensoria Pública.

Se não formos dignos, nem capazes, de defendermos nossa própria Instituição, de defendermos o interesse público e a Carta Magna, certamente, outro órgão o fará, tal como o Ministério Público Federal já o fez por duas ocasiões, movendo a ADI 3043 e ADI 3819. Se isto ocorrer, deixaremos escapar, por mais uma vez, a oportunidade de darmos nossa contribuição para o aprimoramento das instituições democráticas brasileiras, por conta de interesses menores ou falta de coragem.

Assim, encerro a fundamentação do voto com as palavras da ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha: “A justiça é inteligente, é grande. O direito positivo é que pode resultar pequeno, quando da ação de pessoas menores.”

### **III - CONCLUSÃO**



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por tudo exposto, acompanho o voto da relatora para que este Eg. Conselho Superior delibere pela imediata desvinculação dos membros perante a Ordem dos Advogados do Brasil, acrescentando, ainda, a seguinte diretriz normativa:

- a perda da eficácia da regra contida no item 5.3.1 do edital do VI Concurso, o qual exige inscrição na OAB para a posse, posto que a capacidade postulatória depende apenas da aprovação em concurso, inteligência do art.4º,§ 6º, da LC 80/94, com a alteração recente da LC 132/09, medida necessária para preservar a hierarquia das normas e o Estatuto Jurídico da Defensoria Pública;

**MARCELO RIBEIRO NICOLIELLO**  
**Membro eleito do Conselho Superior**



## CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segue abaixo sugestão para redação da Deliberação a ser publicada:

**Art.1º Todos os Defensores Públicos do Estado de Minas Gerais deverão requerer o cancelamento da inscrição na OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, no prazo de 10 dias para membros residentes na capital, e 15 dias para os residentes fora da capital, podendo anexar ao requerimento cópia desta deliberação e da ata da sessão ordinária que deliberou a matéria; devendo, ainda, enviar cópia do respectivo protocolo do requerimento à Corregedoria Geral para constar nos assentos funcionais.**

**§ 1º - Os candidatos aprovados no VI concurso público para a carreira de Defensor Público, uma vez nomeados, deverão requerer o cancelamento da inscrição na OAB, e ainda, apresentar a cópia do protocolo do requerimento à Corregedoria Geral até 5 dias após a posse, para a qual não é obrigatória a inscrição na OAB, ficando sem efeito o item 5.1.3 do edital do VI Concurso para ingresso na carreira de Defensor Público.**

**§ 2º - Os próximos editais destinados à realização de concurso público para ingresso na carreira de Defensor Público deverão prever a obrigatoriedade de desvinculação dos quadros da OAB como requisito para a posse.**

**Art. 2º O descumprimento desta Deliberação sujeita o Defensor Público às sanções decorrentes do art.79, inciso XXII, da Lei Complementar nº 65/03.**

**Recomenda-se à Defensoria Pública Geral e à Comissão de Concurso que promovam a mais ampla divulgação desta deliberação, sobretudo, enviando correspondência direta aos candidatos aprovados no VI concurso.**

**Recomenda-se à ADEP a preparação de ação de repetição de indébito, junto à Justiça Federal, diante da inexistência de fato gerador da contribuição parafiscal, com pedido liminar para depósito em juízo das anuidades, até julgamento final.**

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2010.

ANDREA TONET  
ANA CLAUDIA SILVA ALEXANDRE  
EDUARDO VIEIRA CARNEIRO  
EVALDO GONÇALVES DA CUNHA  
GILMARA ANDRADE DOS SANTOS  
GALENO GOMES SIQUEIRA  
RODRIGO ZAMPROGLIO  
MARCELO RIBEIRO NICOLIELLO  
RICARDO SALES