



## Defensor público não é e nunca foi um advogado

A verdade é que o defensor público não é e nunca foi advogado. Não se trata de exercer a advocacia, mas de defender[1].

Ora, se é certo que a atividade desenvolvida pelo membro da Defensoria Pública é semelhante àquela desenvolvida na advocacia privada em muitos pontos, não menos exato é que também se assemelha ao exercício da advocacia a atividade postulante desenvolvida pelo membro do Ministério Público. Se muitas são as semelhanças na atividade postulatória, outras tantas são as distinções que decorrem dos mandados constitucionais de defensores públicos e presentantes do *parquet*, principalmente a indeclinabilidade de atuação e de que seus membros não se vinculam aos processos nos quais oficiam, podendo ser substituídos uns pelos outros[2].

Nesse sentido, necessário fazer uma breve digressão e perceber qual a matriz histórica do modelo de assistência jurídica gratuita hoje adotado no Brasil.

No momento dos debates da Assembleia Nacional Constituinte[3], o modelo estatal adotado era o *salaried staff*, impulsionado pela Constituição de 1934, embora dividisse espaço no ordenamento jurídico com os modelos *pro bono* e *judicare*. O próprio *salaried staff* se apresentava em quatro modalidades distintas: (i) a que se dava na seara das procuradorias dos estados federados, que cuidavam dos interesses administrativos, tributários e fazendários do ente público, essencialmente advogados; (ii) no âmbito das secretarias de Justiça, com a criação de órgão voltado para a assistência judiciária realizada por advogados concursados ou contratados; (iii) no âmbito da União, especificamente na Justiça Militar, os chamados advogados de ofício, cujo provimento se dava através de concurso público entre os *diplomados em Direito, que tenham mais de dois anos de prática forense*; (iv) na esfera da Defensoria Pública, como instituição e carreira oriundas do Ministério Público, especializada na função de assistência jurídica, através dos defensores públicos.

O modelo adotado na Constituição de 1988 foi, em meio a inúmeras propostas diferentes e após muitos debates na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, que fazia parte da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, sem sombra de dúvidas e em sua inteireza, o da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, ou seja, de uma carreira oriunda do Ministério Público e com este completamente identificada em prerrogativas e vedações, já expressamente autônoma em diversos aspectos[4], cuja natureza não se identifica plenamente com a nobre carreira dos advogados privados — não mais do que se identifica com a do próprio Ministério Público[5].

Perceba-se que a Constituição Federal, ao pensar nas instituições protagonistas do sistema de Justiça, dentro do título “Organização dos Poderes”, as distribuiu segundo papéis distintos, cada um com suas funções e missões, embora se toquem e, em alguns casos especiais, possam ter áreas de atuação concorrentes[6], como círculos secantes, o que se deu para que não houvesse vácuos de promoção e defesa dos direitos e garantias dos cidadãos.

Assim, postos lado a lado, não há relação de gênero (advocacia) e espécies (advocacia privada, advocacia pública, Defensoria Pública). Cada carreira das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado tem sua relevante missão, devendo se organizar e estruturar conforme suas peculiaridades, e,



neste tocante, a Constituição foi extremamente clara, precisa e direta, determinando que cada uma das Procuraturas Constitucionais<sup>[7]</sup> se organizasse através de lei complementar própria, específica e não geral, como “formas de leis orgânicas de instituições a que se quer dar relevância constitucional”<sup>[8]</sup> : Ministério Público (artigo 128, parágrafo 5º); advocacia pública (artigo 131, *caput* — referência expressa à Advocacia-Geral da União, implicitamente aplicável às procuradorias dos estados e do Distrito Federal) e Defensoria Pública (artigo 134, parágrafo 1º).

O Constituinte originário determinou que a organização da Defensoria Pública se desse por meio de lei complementar, tendo em vista a elevada importância da missão institucional que lhe destinou, complementando “princípios básicos enunciados na Constituição”<sup>[9]</sup> nomeadamente a construção uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), a redução das desigualdades sociais (artigo 3º, III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV), propiciando o acesso à uma ordem jurídica justa (artigo 5º, XXXV)<sup>[10]</sup>.

Ademais, como dito, a Defensoria Pública já nasceu autônoma, conforme se pode verificar não apenas na análise histórica e topológica, mas como decorrência intrínseca do *status* institucional<sup>[11]</sup> conferido pelo Constituinte originário, configurando um completo contrassenso se a Constituição, buscando dar uma maior importância e envergadura à procuratura dos necessitados, determinasse sua organização por meio de lei complementar, implementando órgão e agente públicos responsáveis pela assistência jurídica integral e gratuita e, na contramão, a subordinasse, via lei ordinária, aos ditames da Ordem dos Advogados do Brasil.

A função da Defensoria Pública — assim como do Ministério Público e da advocacia pública — se relaciona também com a fiscalização e o controle institucional do Estado<sup>[12]</sup> e da sociedade, tanto é que as pretensões individuais, coletivas ou difusas podem ser aduzidas contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público (União, estados, Distrito Federal, Territórios)<sup>[13]</sup>. O desiderato da Defensoria Pública é plenamente público, a instituição em si é plenamente estatal, inclusive com o pesado ônus de não se subordinar aos Poderes tradicionais e com eles conflitar, os seus membros — agentes políticos — exercem suas procuraturas em órgãos de Estado, presentando e não representando, suas instituições. É um completo descalabro submeter agentes políticos, titulares de funções e presentantes de órgãos públicos, ao regime de agentes privados no exercício de ministério privado, não obstante exercendo serviço público<sup>[14]</sup>, que se relacionam com seus representados e na persecução dos interesses destes em razão de um mandato contratual.

São âmbitos semelhantes, mas distintos e paralelos, não poderiam ser misturadas as questões atinentes com a organização e atuação das procuraturas constitucionais públicas e a privada no mesmo diploma, ou, pior, o diploma de regência desta introduzir condições de exercício para os agentes políticos exercerem parcela do poder público que lhes é conferido *diretamente* pela Constituição.

Por outro lado, além do equívoco — inconstitucionalidade formal — em relação à espécie normativa, também encontramos outro vício, pois a lei complementar que organiza a Defensoria Pública da União e que cria normas gerais para as defensorias públicas estaduais e distrital, à época tinha por legitimado privativo para iniciar o processo legislativo apenas o presidente da República (hodiernamente em decorrência da EC 80/2014 também o defensor público-geral federal), o que não ocorrera com a a Lei 8.906/1995, cujo projeto nasceu das mãos do deputado federal Ulysses Guimarães.



De qualquer forma, analisando-se ainda materialmente a questão, os atos de postulação perante os órgãos jurisdicionais ou administrativos, e as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas não estão exclusivamente submetidos às funções exercidas pelo advogado privado, sendo o exercício de tais funções é inerente às procuraturas constitucionais.

A Constituição Federal em seu artigo 133, ao tratar do advogado privado, não concedeu a estes a exclusividade para a postulação em juízo. Se é certo que o advogado é indispensável à administração da Justiça, não menos exato é que esta indispensabilidade se dá nos *limites da lei*, com bem revela a parte final do citado artigo 133, de forma que "na?o e? absoluta a assiste?ncia do profissional da advocacia em juízo"[\[15\]](#), podendo a postulação se dar, inclusive, diretamente pela parte, como nos casos do Habeas Corpus, revisão criminal, juizados especiais cíveis e na Justiça do Trabalho.

Não poderia, portanto, a lei ordinária conceder essa exclusividade no exercício da profissão e submeter inclusive os agentes estatais à entidade de classe de profissionais liberais.

A subordinação dos defensores públicos ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a um só tempo, a) macula a autonomia da Defensoria Pública frente à OAB; b) restringe o acesso à Justiça ao confundir a natureza do cargo público de defensor público com o do profissional liberal advogado; c) fragiliza a autonomia funcional do defensor público quando o submete a duplo controle disciplinar; d) transmuta a natureza do defensor público como agente político do Estado em profissional privado concursado; e) impõe ao defensor público sob regime estatutário, regime aplicável à profissão liberal; f) desnatura o sistema de garantias ao cidadão pensado a partir de uma matriz de divisão de missões constitucionais jurisdicionais aplicada às procuraturas independentes entre si; g) viola a iniciativa privativa do presidente da República de lei complementar para organização da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios; h) caracteriza vício formal quando à espécie normativa a ser utilizada; i) expande o campo de incidências das normas da advocacia privada para Defensoria Pública, invadindo matéria que não lhe é afeta.

Percebe-se, portanto, que o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.096/94 se trata de norma editada que contravém o conteúdo da Constituição[\[16\]](#), padecendo não apenas de inconstitucionalidade formal, mas e principalmente de incontornável inconstitucionalidade material, diante da incompatibilidade internormativa entre o EOAB e o conteúdo do artigo 5º, LXXIV e XXXV; artigo 33, parágrafo 3º; artigo 61, d; artigo 133; artigo 134, *caput* e parágrafo 1º; dentre outros.

A discussão em sede das ADIs 4626 e 5334 busca saber se o §1 do art. 3º da lei 8096/94, que inclui os membros da Defensoria Pública dentre aqueles que estariam sujeitos às normas do Estatuto da OAB-EOAB, é formalmente inconstitucional ou se foi revogado já pela Emenda Constitucional 45/2004, ou se pela inclusão pela Lei Complementar nº 132/2009 do citado §6 ao art. 4 da Lei Complementar 80/94[\[17\]](#).

A nosso ver, como já dito, de forma clara e inequívoca, o defensor público não exerce advocacia, não apenas fora das atribuições institucionais, por expressa vedação constitucional (artigo 134, parágrafo 1º, *in fine*), mas, e principalmente, não a exerce nas suas atribuições institucionais, também por explícito mandado constitucional (artigo 134, *caput* e parágrafos), e nunca exerceu, pois o modelo adotado de



assistência jurídica integral e gratuita pela Constituição Federal, ainda em sua feição originária, é o da Defensoria Pública, advinda das fileiras do Ministério Público, e não da advocacia, padecendo o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.096/94 não de inconstitucionalidade formal, mas verdadeiramente material.

- [1] DEVISATE, Rogério dos Reis. Categorização: Um Ensaio sobre a Defensoria Pública. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*. (RJ), n. 19, Centro de Estudos Jurídicos: Rio de Janeiro. 2004 p. 365/376.
- [2] STJ – HC 88.743 RO.
- [3] ROCHA, Jorge Bheron. O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. In: *Os Novos Atores da Justiça Penal*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 265-315.
- [4] ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública autônoma é escolha consciente e coerente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. In <http://emporiododireito.com.br/defensoria-publica-autonoma/>.
- [5] Da mesma forma, os advogados públicos, também oriundos, por assim dizer, de uma divisão de atribuições do Ministério Público pré-Constituição, também não são advogados no exercício de sua missão constitucional-institucional, e também não devem se submeter ao EOAB.
- [6] Em sentido diverso, entendendo que não há concorrência, mas complementariedade. ROCHA, Amelia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49.
- [7] Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 79-102.
- [8] Silva, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais – 6ª Ed.* São Paulo: Malheiros. 2002. p. 240.
- [9] LEAL, Vitor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 3.
- [10] ROCHA, Jorge Bheron. Estado Democrático de Direito, acesso à Justiça e Defensoria Pública. *Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Ceará*, v. 1, n. 1, jan./dez. 2009, p. 104.
- [11] ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: lúmen Juris. 2006, p. 307, Nota de rodapé 159.
- [12] Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 79-102.
- [13] Artigo 4º, parágrafo 2º, LONDEP.
- [14] Parágrafo 1º, artigo 2º da Lei 8.906/1994.
- [15] ADI 1.539/DF, min. Maurício Correia.
- [16] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 80.
- [17] ROCHA, Bheron. Estado Democrático de Direito, acesso à Justiça e Defensoria Pública. *Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 78-105, jan/dez 2009.

#### Date Created

04/04/2017