PARECER

Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União

"A quem interessa enfraquecer a Defensoria Pública?"[1]

1. A Consulta

A Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF, por meio de seu então Presidente, Dr. Dinarte da Páscoa Freitas, honrou-me com consulta acerca de diversas questões atinentes ao regime jurídico da Defensoria Pública da União, especialmente em razão da aprovação das Emendas Constitucionais 74/2013 e 80/2014.

A Consulente formulou os seguintes quesitos:

> a) Com a promulgação das Emendas Constitucionais nº 74/2013 e 80/2014, a Defensoria Pública da União ainda permanece como órgão vinculado ao Poder Executivo? Qual é a sua atual natureza jurídica?
>
> b) As Emendas Constitucionais nº 74/2013 e 80/2014 permitem que os Defensores Públicos Federais exerçam a função de *Ombudsman*?

[1] Indagação feita pelos Ministros Celso de Mello e Carmen Lúcia durante o julgamento da ADI 3.943, Rel. Min. Carmen Lúcia, ocorrido em 07/05/2015, em que a Corte, por unanimidade, afirmou a constitucionalidade dos preceitos que asseguram à instituição a legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

c) Diante do novo perfil constitucional da Defensoria Pública implantado a partir de junho de 2014, é possível afirmar que os Defensores Públicos Federais exercem, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia? A inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil deve ser cancelada após a posse no cargo? O artigo 26 e respectivos parágrafos da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, foram recepcionados pela Emenda Constitucional nº 80/2014?

d) As prerrogativas e os instrumentos de atuação para o exercício das funções institucionais previstos na Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, violam o princípio da igualdade, por não serem totalmente franqueadas à advocacia privada e pública?

e) Além da autonomia funcional e administrativa, a Defensoria Pública da União possui autonomia financeira? O Poder Executivo pode efetuar cortes ou suprimir valores na proposta orçamentária enviada pelo Defensor Público-Geral Federal?

f) O Defensor Público-Geral Federal detém iniciativa concorrente com o Presidente da República para as leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União? E em relação às normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios? Compete privativamente ao Defensor Público-Geral Federal propor ao Poder Legislativo a alteração do número de membros da Defensoria Pública da União, criação e extinção dos seus cargos e a remuneração dos Defensores Públicos Federais e dos servidores da instituição?

g) Os incisos I e X do artigo 93 da Constituição Federal são agora aplicáveis à Defensoria Pública da União? Dependem de lei para sua implementação? O inciso V do artigo 93 da Constituição Federal também é aplicável à Defensoria Pública da União? Caso afirmativo, o percentual máximo admitido de diferença entre os subsídios das

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

categorias da Carreira de Defensor Público Federal é autoaplicável? O montante global da remuneração atual do Defensor Público-Geral Federal pode ser utilizado como parâmetro para o escalonamento?

h) A autonomia conferida à Defensoria Pública da União impõe a publicação oficial dos seus atos e das informações relevantes sobre os serviços da instituição em capítulo próprio do Diário Oficial da União?

Antes de responder aos quesitos, fixarei no próximo item algumas premissas sobre as quais se assentará o parecer.

2. Igualdade, acesso à justiça e direito a organização e procedimento: o papel constitucional da Defensoria Pública

O Brasil é um país profundamente desigual. Além da dramática desigualdade social, e da exclusão e opressão sistemática dos membros de grupos sociais não hegemônicos – como negros, povos indígenas, homossexuais, pessoas com deficiência etc. – nós sequer incorporamos às nossas relações sociais a ideia fundamental de que todas as pessoas são iguais perante a lei.

O acesso a direitos no país permanece profundamente assimétrico. Proclamados com generosidade no texto constitucional e na legislação, os direitos com frequência não saem do papel para os integrantes dos grupos vulneráveis.[2] Tais pessoas, por outro lado, são as principais destinatárias da atuação punitiva do Estado, como se sabe, altamente seletiva. Elas são as maiores vítimas tanto do arbítrio estatal, como do seu descaso e ineficiência na prestação de serviços públicos ligados à garantia de direitos fundamentais

[2] Veja-se, a propósito, Oscar Vilhena Vieira. "A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito". *In:* Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 191-216.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

– saúde, previdência, educação, saneamento etc. São elas também as mais sacrificadas em relações marcadas pela desigualdade, como as existentes no âmbito trabalhista.

Desde a redemocratização, o Brasil ensaia se converter em um autêntico Estado Democrático de Direito. O principal obstáculo para tanto é a subsistência, em nossa sociedade, de verdadeiros bolsões de estado de exceção, em que as violações aos direitos fundamentais dos excluídos, conquanto sistemáticas e cotidianas, permanecem invisíveis, porque naturalizadas por uma cultura que não enxerga a todos como sujeitos iguais de direito, merecedores do mesmo respeito e consideração. Nossas práticas sociais recordam o mandamento contido na constituição da Fazenda dos Bichos, de que falou George Orwell[3]: "*todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros*".

A Constituição de 88 quis remediar esse quadro, não se contentando em reconhecer simbolicamente os direitos fundamentais. Ao inverso, a Carta de 88 preocupou-se em assegurá-los no mundo concreto, de forma a transpor o oceano que ainda se interpõe entre os seus princípios emancipatórios e a vida real das camadas excluídas da população. Para isso, apostou fortemente no *acesso à justiça.*

O acesso à justiça envolve a possibilidade real de mobilizar o aparato jurisdicional na defesa de direitos e interesses lesados ou ameaçados, mas não se esgota nisso. Tal direito pressupõe a efetividade e tempestividade da tutela processual[4]. Ademais, envolve ainda o acesso a direitos e bens jurídicos fundamentais para uma vida digna, que podem ser assegurados inclusive por mecanismos extrajudiciais[5]. Em outras palavras, o acesso à justiça não se resume à ausência de obstáculos ao ingresso em juízo. Mais do que isso, ele se traduz na ideia de *acesso à ordem jurídica justa.*[6]

---

[3] George Orwell. *A Revolução dos Bichos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

[4] Cf. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro. *Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 99.

[5] Cf. Horácio Wanderlei Rodrigues. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro.* São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 28-29.

[6] Neste sentido, a lição clássica de Kazuo Watanabe: "*a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar ao acesso à ordem jurídica justa"* ("Acesso à Justiça e Sociedade Moderna". *In:* Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (Orgs.). *Participação e Processo.* Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128).

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Sem efetivo acesso à justiça, os direitos, proclamados com pompa e circunstância nos documentos jurídicos, tornam-se pouco mais do que floreios retóricos em folhas de papel, desprovidos de qualquer eficácia social.[7] Como consignaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth em obra clássica sobre o tema, *"a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação"*.[8] É por isso que, como ressaltou Boaventura de Souza Santos, o direito de acesso à justiça é

> *"(...) um direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e funções mistificadores".*[9]

Apesar da sua importância, o acesso à justiça aos necessitados no Brasil ainda é uma promessa a ser cumprida.[10] São múltiplas as causas desse fenômeno. Há uma dimensão cultural, ligada à falta de conhecimento dos direitos e de suas garantias por parte da população mais vulnerável, que, em regra, tem menor escolaridade[11]. Mas existe também um déficit estrutural do Estado brasileiro, cujas instituições ainda não funcionam de modo adequado para franquear o pleno acesso à justiça aos necessitados.

---

[7] Por essa razão, Ana Paula de Barcellos afirmou que a garantia do acesso à justiça integra o *mínimo existencial*, compondo o conteúdo nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana. Cf. Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 293-301.

[8] Mauro Cappelletti e Bryant Gath. *Acesso à Justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 12.

[9] Boaventura de Souza Santos. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* 4ª ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 167.

[10] Cf. Conselho Nacional de Justiça. *Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009*. Brasília, 2011.

[11] Como consignou Paulo César Pinheiro Carneiro, "*o direito à informação, como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso, é tão importante como o de ter um advogado, um defensor, que esteja à disposição daqueles necessitados que, conhecedores dos seus direitos, querem exercê-los. Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os 'não partes' são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país".* (*Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 58).

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Ora, a teoria constitucional contemporânea tem enfatizado que os direitos fundamentais, além de constituírem direitos subjetivos, possuem também uma dimensão objetiva,[12] por consagrarem os bens jurídicos mais relevantes de uma comunidade política. Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais extraem-se pelo menos três consequências importantes: (a) o reconhecimento da eficácia irradiante destes direitos, que passam a atingir várias outras situações e relações jurídicas, para além dos limites do direito subjetivo originário; (b) a afirmação do dever do Estado de proteger tais direitos de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive de particulares; e (c) a consagração de um *direito a organização e procedimento* adequados à tutela efetiva dos bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais. É esta última consequência que nos interessa mais de perto.

A existência de um direito a organização e procedimento parte da premissa realista de que os direitos não se efetivam por um passe de mágica. É preciso que existam estruturas organizacionais e procedimentais adequadas para que eles possam gerar os seus efeitos no mundo concreto.[13] Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

> *"(...) a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental. (...) Retoma-se aqui a ideia já referida de que a organização e o procedimento de um modo geral (e não apenas no aspecto prestacional) se encontram a serviço dos direitos fundamentais*

---

[12] Cf., *e.g.,* Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 239 ss; José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 143 ss; Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 158 ss; Daniel Sarmento. "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria". *In:* José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251 ss.

[13] Cf. J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 440; e Gilmar Ferreira Mendes. "Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional". *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

> *e, neste sentido, pode ser considerada até mesmo uma das condições de sua efetivação."*[14]

No caso do acesso à justiça – que, como destacado, é pressuposto para a fruição de todos os demais direitos – a Defensoria Pública desempenha um papel vital, no cenário de uma sociedade tão desigual como a brasileira.[15] Pode-se afirmar que a estruturação adequada da Defensoria corresponde a um direito fundamental a organização e procedimento, titularizado pelos necessitados.

E não é preciso nenhuma construção hermenêutica mais complexa para se chegar a essa conclusão, bastando observar o que prescreve claramente a nossa Constituição. O art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Maior estabelece que o "*Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*". E o art. 134 da Carta, por sua vez, dispõe que a Defensoria Pública é "*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal".*

Assim, sem uma Defensoria Pública forte, bem estruturada, com recursos materiais e humanos adequados para o desempenho de sua missão constitucional, fica comprometido o gozo de todos os direitos fundamentais dos indivíduos e grupos hipossuficientes e vulneráveis. Foi o que ressaltou o Ministro Celso de Mello, em memorável decisão:

> *"Cumpre, desse modo, ao Poder Público dotar-se de uma organização formal e material que lhe permita realizar, na expressão concreta de sua atuação, a obrigação constitucional mencionada, proporcionando,*

---

[14] Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 214.

[15] Veja-se, a propósito, Cleber Francisco Alves. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

> *efetivamente, aos necessitados plena orientação jurídica e integral assistência judiciária, para que os direitos e as liberdades das pessoas atingidas pelo injusto estigma da exclusão social não se convertam em proclamações inúteis nem se transformem em expectativas vãs. A questão da Defensoria Pública, portanto, não pode (e não deve) ser tratada de maneira inconsequente, porque de sua adequada organização e efetiva institucionalização depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas – que sofrem inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais".*[16]

Em outras palavras, é fundamental dotar a Defensoria Pública de um arcabouço institucional adequado, para evitar que, como salientou a Ministra Carmen Lúcia, a *"inanição administrativa"* faça *"definhar não só a Defensoria Pública, mas o próprio quadro de desvalia social dos mais carentes"*.[17] Esta conclusão não resulta de especulação teórica, mas da análise de dados concretos da realidade.

É que, apesar do seu inequívoco relevo constitucional, e de sua importância crucial para a edificação de uma sociedade democrática e inclusiva, a Defensoria vem sendo tratada, ao longo dos anos, como uma espécie de "prima pobre" das demais instituições do sistema brasileiro de justiça. Número insuficiente de defensores, falta de estrutura material e de condições adequadas de trabalho, remuneração dos seus membros inferior à das outras carreiras jurídicas são algumas das mazelas que historicamente vêm lhe afligindo.[18] Este "desprestígio", francamente incompatível com os valores da Constituição, se deve, basicamente, a duas causas: o descaso em relação à clientela da Defensoria, composta pelas camadas mais desprivilegiadas da população; e o fato de que a atuação eficiente da instituição tende a gerar despesa pública, e não receita.

---

[16] Ag. Inst. 598.212 ED, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Mello, julg. 25/03/2014.

[17] Voto proferido na ADI 4163, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 29/02/2012.

[18] Para uma boa fotografia dos graves déficits estruturais das defensorias públicas no Brasil, veja-se Anadep e IPEA. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

No que se refere à Defensoria Pública da União, os dados existentes são dramáticos. De acordo com informações oficiais,[19] em março de 2014 a instituição cobria apenas 64 seções judiciárias da Justiça Federal, o que correspondia a apenas 24% das existentes no país, que à época totalizavam 271. Portanto, em mais de 3/4 das nossas seções judiciárias, os jurisdicionados pobres simplesmente não podiam contar com a DPU.

Apesar da sua clara atribuição constitucional, a Defensoria Pública da União, por falta de pessoal e carência de recursos, simplesmente *não* atua na Justiça do Trabalho, afora em um "projeto piloto" no âmbito do Distrito Federal. Isto apesar da presença maciça de pessoas carentes nos conflitos laborais.

A instituição contava, em março de 2014, com apenas 555 defensores públicos federais em seus quadros, que deveriam atuar perante nada menos que 8.175 magistrados(!): 1714 juízes federais, 3.250 juízes do trabalho, 3.178 juízes eleitorais, 33 juízes militares federais togados e 82 ministros de tribunais superiores[20]. Implantada de forma "*emergencial e provisória*" pela Lei 9.020/95, a Defensoria Pública da União, 20 anos depois, continua atuando sem contar com carreiras administrativas próprias.

Estes dados revelam deficiências crônicas da DPU. A superação deste quadro lamentável é indispensável para que se assegure o pleno acesso à justiça aos brasileiros carentes. Sem isso, não bastará o trabalho abnegado e competente dos defensores. Nem o seu esforço hercúleo será suficiente para assegurar que as funções da DPU – tão essenciais à justiça e à inclusão – sejam prestadas de forma minimamente adequada.

Assentadas essas premissas, passa-se a responder os quesitos formulados pela Consulente, na ordem em que foram apresentados.

---

[19] Cf. Defensoria Pública da União. *Assistência Jurídica Integral e Gratuita no Brasil: Um panorama da atuação da Defensoria Pública da União*, 2014.

[20] A DPU também atua em instâncias administrativas, como ocorre perante o Tribunal Marítimo.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

3. Resposta aos Quesitos

a) Com a promulgação das emendas Constitucionais nº 74/2013 e 80/2014, a Defensoria Pública da União ainda permanece como órgão vinculado ao Poder Executivo? Qual é a sua atual natureza jurídica?

O texto originário da Constituição de 88 já atribuía uma posição destacada para a Defensoria Pública, como instituição voltada à defesa dos direitos dos necessitados. Nada obstante, o desenho institucional adotado pelo constituinte originário não favorecia o desempenho adequado desse relevante papel. O principal problema estava na falta de autonomia das defensorias, que, inseridas na estrutura dos poderes executivos da União e dos Estados, acabavam sistematicamente relegadas a um segundo plano pelos governos, o que comprometia gravemente o exercício eficiente da sua nobre missão constitucional.

Diante desse quadro, o poder constituinte derivado, por meio da EC nº 45/2004, atribuiu expressamente às defensorias públicas estaduais *"autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária"* (art. 134, § 2º, CF). Tão arbitrária e injustificada foi a exclusão da Defensoria Pública da União, que a Consulente ajuizou a ADI nº 4.282, buscando obter interpretação conforme a Constituição do referido preceito, de modo a estender a ela as garantias institucionais contempladas no referido preceito.

Antes, porém, do julgamento da referida ADI, sobreveio a EC 74/2013, que estendeu expressamente à Defensoria da Pública da União as garantias institucionais desfrutadas pelas defensorias dos estados, por meio do art. 134, § 3º, CF.[21] [22]

---

[21] A EC nº 74/2013 também aludiu à Defensoria Pública do Distrito Federal. Porém, a expressa extensão a esta das garantias institucionais atribuídas às defensorias estaduais pela EC nº 45/04 já tinha sido anteriormente assegurada pelo art. 2º da EC nº 69/2012.

[22] A EC nº 74/2013 foi impugnada no STF pela Presidente da República, por meio da ADI nº 5.269, sob o argumento de que seria formalmente inconstitucional, por vício de iniciativa, já que, no seu entendimento, a hipótese seria de iniciativa privativa da Chefe do Poder Executivo Federal. O argumento, todavia, é manifestamente improcedente, pois é pacífica a inexistência de iniciativa reservada em matéria de emenda constitucional. O tema foi objeto de outro parecer de minha lavra, elaborado a pedido da Consulente, que

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Posteriormente, o marco constitucional da Defensoria Pública recebeu novo aprimoramento com a promulgação da EC nº 80/2014. Tal emenda, além de apartar claramente a Defensoria Pública da advocacia, deu nova redação ao *caput* do art. 134, fortalecendo ainda mais a instituição, ao explicitar em sede constitucional o seu caráter permanente, a sua ligação visceral com o regime democrático, o seu papel na defesa dos direitos humanos, a sua atuação extrajudicial e legitimidade para a defesa de direitos coletivos.[23]A EC nº 80/2014 estendeu ainda à Defensoria os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, além de diversas regras atinentes ao Poder Judiciário (art. 134, § 4º). Ademais, dita emenda também inseriu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT o art. 98, que impõe a observância de proporcionalidade entre o número de defensores públicos e a demanda e população de cada localidade (*caput*), fixa o prazo de oito anos para a lotação de defensores em todas as unidades jurisdicionais do país (§1°), e determina a priorização, até lá, das regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional (§2°).

Nesse cenário normativo, indaga a Consulente sobre a permanência da vinculação da Defensoria Pública da União ao Poder Executivo Federal.

A resposta é ***negativa***. Para fundamentar este entendimento, cumpre revisitar brevemente a teoria da separação dos poderes.

Como se sabe, o princípio da separação de poderes foi concebido pelo constitucionalismo liberal visando a assegurar a moderação no exercício do poder, protegendo a liberdade dos governados. A ideia essencial é a de que a atribuição de funções estatais a órgãos e pessoas diferentes evita a concentração excessiva de poder nas mãos de qualquer autoridade, contendo o despotismo.[24] Outra contribuição fundamental

---

se encontra disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-17/norma-autonomia-dpu-constitucional-professor-sarmento>.

[23] Como já destacado, a legitimidade ativa das Defensorias Públicas para o ajuizamento de ação civil pública em favor de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos foi reconhecida pelo STF, por unanimidade, no julgamento da ADI nº 3.943, Rel. Min. Carmen Lúcia, julg. 07/05/2015.

[24] Charles Louis de Secondat Montesquieu. *O Espírito das Leis.* Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora UnB, 1995. Para uma ampla discussão da matéria, veja-se Nuno Piçarra. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

ao desenvolvimento do princípio se deu por influência do constitucionalismo norte-americano,[25] que articulou a necessidade de instituição de mecanismos de "freios e contrapesos" (*checks and balances),* que permitissem controles recíprocos entre os poderes, de forma a evitar que qualquer deles pudesse atuar abusivamente no âmbito das respectivas competências.

No atual cenário, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir mais fortemente no âmbito das relações sociais, ensejou uma releitura da separação de poderes. Por um lado, não há mais tamanha rigidez no que concerne à divisão das funções estatais. Admite-se, por exemplo, uma participação maior do Executivo e mesmo do Poder Judiciário no processo de produção do Direito. Por outro, se reconhece a possibilidade de que existam instituições independentes, que atuem fora do âmbito dos três poderes estatais tradicionais.

A não inclusão dessas instituições na estrutura dos três poderes estatais visa acima de tudo a lhes conferir a autonomia necessária para que possam desempenhar de modo adequado o seu papel. No Direito Comparado, isto ocorre em áreas variadas, como as que envolvem a persecução penal, a proteção de direitos humanos, o controle da integridade governamental, a realização e apuração de eleições e a tomada de decisões técnicas, que se queira blindar diante da política partidária.[26]

No Estado Social, o poder que mais se agigantou diante dos demais foi o Executivo.[27] No Brasil, a hipertrofia do Poder Executivo foi agravada não apenas pelo desenho formal das nossas instituições presidencialistas, como também por uma cultura política que ainda mantém ranços autoritários e personalistas. Nesse contexto, pode-se dizer que os valores subjacentes à separação de poderes – de contenção da autoridade e garantia dos direitos – são promovidos, e não solapados, quando certas instituições que

---

[25] Cf. James Madison, Alexander Hamilton e John Jay. *O Federalista.* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

[26] Veja-se, a propósito, Bruce Ackerman. *A Nova Separação de Poderes.* Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcellos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[27] Cf. Nelson Saldanha. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes.* São Paulo: Saraiva, 1987.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

necessitam de independência para o desempenho das suas funções são retiradas da alçada do Poder Executivo, como se deu com a Defensoria Pública da União.

Não se deve, enfim, cultivar qualquer tipo de fetichismo institucional pelo modelo rígido da tripartição de poderes, formulado há quase três séculos para uma realidade completamente diferente da atual. A ordem constitucional brasileira convive, sem problemas, com instituições independentes situadas fora dos três poderes estatais tradicionais. É assim, desde a promulgação da Carta, com o Ministério Público, cuja autonomia, como consignou José Adércio Leite Sampaio, "*o retira da órbita estrutural e hierárquica dos três Poderes tradicionais".*[28]

Tal como se dá com o Ministério Público, várias razões justificam que a Defensoria Pública seja concebida como instituição independente em relação a qualquer dos poderes estatais – especialmente do Poder Executivo, ao qual a instituição esteve historicamente vinculada.[29]

Em primeiro lugar, há o elemento topológico: na Constituição de 88, a Defensoria Pública está inserida fora dos capítulos I, II e III do Título IV, que tratam, respectivamente, dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A instituição foi situada no capítulo IV daquele título, que cuida das *funções essenciais à* justiça, recebendo um mandato constitucional específico, que não corresponde ao papel típico de qualquer destes poderes estatais.[30]

---

[28] José Adércio Leite Sampaio. "Art. 127". *In:* J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1520. Na mesma linha, registrou Clemerson Mérlin Clève: *"Com efeito, o Ministério Público participa do sistema de freios e contrapesos, dispondo, por isso, de autonomia, inclusive financeira, mas sem constituir um quarto poder. É, antes, um órgão constitucional autônomo participante da arquitetônica constitucional da definição de poderes e contrapoderes"* ("Considerações sobre o Ministério Público: regime constitucional e poder de investigação em matéria criminal". *In: Temas de Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 244).

[29] Nesse sentido, consignou Cleber Francisco Alves: *"Parece inequívoco que a sistematização adotada pela Constituição Federal brasileira de 1988, no que se refere ao Título da Organização dos Poderes, quis indicar a conveniência de que tais órgãos, especificamente o Ministério Público e a Defensoria Pública, não sejam mais considerados como formalmente integrantes do Poder Executivo. Essas entidades devem ser revestidas de efetiva autonomia, em razão da sua condição peculiar de órgãos detentores de uma parcela da soberania do Estado, no desempenho do seu múnus constitucional"* (*Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, França e Brasil. Op. cit.,* p. 309).

[30] Nessa linha, mesmo antes das emendas constitucionais 45, 74 e 80, já salientava, de forma precursora, o Professor Carlos Roberto Siqueira Castro: *"(...) as instituições que representam ou tutelam, por força de mandato constitucional, interesses e direitos fundamentais da ordem jurídica, sejam eles titulados pelo*

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Mais importante que isso, após a aprovação das EC nº 45/2004 e nº 74/2013, as defensorias públicas passaram a desfrutar de total independência em relação aos demais poderes do Estado. Com tais emendas, objetivou-se robustecer a Defensoria Pública, assegurando-lhe verdadeira blindagem institucional perante os demais poderes, contra os quais ela tem, frequentemente, que pelejar em prol das camadas socialmente vulneráveis da população. Essa autonomia, diga-se de passagem, é essencial para o efetivo cumprimento da sua missão constitucional. Como ressaltou Sepúlveda Pertence, *"o papel da Defensoria Pública como instrumento de afirmação da dignidade humana, através da garantia do acesso ao Poder Judiciário, é relevante e fundamental à construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, daí porque possui eficácia imediata a norma que assegura a autonomia da instituição"*[31].

Essa autonomia reforçada evidencia que a Defensoria Pública não está organicamente inserida em nenhum dos poderes estatais. O ponto vem sendo reiteradamente salientado em diversas decisões do STF:

> *"I- Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, alínea 'c' da L. Est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada. 1. A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º):* ***donde ser inconstitucional a norma local que***

Estado ou pela sociedade, interesses e direitos disponíveis ou não, mas desde que intocável a própria essência da outorga de confiança manifestada pelo Poder Constituinte, tendem a constituir-se naquilo que GERARD LEBRUN e BERTRAND JOUVENEL, em festejadas obras acerca da institucionalização do poder político, designam de 'INSTITUIÇÕES QUASE PODER'. É o caso notório das instituições exercentes das funções essenciais à Justiça, de que trata o Título IV, Capítulo IV, da nova Constituição Brasileira, destacadamente o Ministério Público, a Advocacia d'Estado e a Defensoria Pública" ("A Constituição e a Defensoria Pública". *In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, nº 6, 1992, p. 22).

[31]ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/05/07.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

> ***estabelece a vinculação da Defensoria a Secretaria de estado***. *2. A norma de autonomia criada pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos."*[32]
>
> "*2. A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, ensejando o cabimento de ADPF, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde. Trata-se de norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais, sendo também pertinente à organização do Estado. (...). 4.* ***São inconstitucionais medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação à autonomia funcional e administrativa da instituição***."[33]
>
> *"I- A EC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º). II-* ***Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal***"[34]

Neste ponto, não há dúvida de que o mesmo regime das defensorias públicas estaduais se estende à Defensoria Pública da União, não só por razões sistêmicas, mas, desde a promulgação da EC nº 74/2013, também por expressa e inequívoca determinação constitucional, estampada no art. 134, § 3º, da Constituição. Tal circunstância, aliás, já foi reconhecida pelo STF, em decisão cautelar da lavra da Ministra Rosa Weber,[35] que determinou que o Congresso Nacional apreciasse a proposta orçamentária formulada pela

---

[32] ADI 3569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/05/07.

[33] ADPF 307, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 27/03/2014.

[34] ADI 4056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 07/03/2012.

[35] MS 33.193 – MC, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 30/10/2014.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

DPU, e não a que fora indevidamente submetida ao Parlamento pela Presidente da República.

Assim, pode-se responder ao quesito afirmando que a **Defensoria Pública da União é órgão extrapoder, absolutamente desvinculado do Poder Executivo Federal,** o que se afigura essencial para que a instituição possa desempenhar com eficiência o seu papel, de garantia dos direitos fundamentais dos necessitados**.**

b) As Emendas Constitucionais nº 74/2013 e 80/2014 permitem que os Defensores Públicos Federais exerçam a função de Ombudsman?

Há precursores da figura do *Ombudsman*, que remontam à atuação de funcionários públicos chineses na dinastia Qin, no século II A.C. Sem embargo, a sua origem próxima ocorreu na Suécia, em 1809, quando se criou uma agência estatal independente encarregada de verificar possíveis ilegalidades e violações de direitos cometidas pelo Estado. Desde então, o instituto vem se disseminando pelo mundo.[36]

Diversas características são geralmente atribuídas ao *Ombudsman*, com destaque para a base constitucional da sua atuação, e a independência política, administrativa, financeira e funcional de que desfruta no exercício de suas funções. Tais funções, por sua vez, podem abarcar a supervisão das atividades da administração pública e a proteção dos direitos humanos, dentre outras atividades.[37] Sem embargo, uma característica do instituto é sua variabilidade, que se constata diante dos contornos diferenciados que adotou em cada país – e mesmo no âmbito internacional[38] – a partir dos contextos e necessidades distintas.[39]

---

[36] Cf. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La figura del Ombudsman: Guia de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios.* San José, Costa Rica: IIDH, 2006. p. 19-20.

[37] Lorena Gonzáles Volio. "The Institution of the Ombudsman: The Latin American Experience". Revista IIDH, Vol. 37, 2003. p. 248.

[38] Sobre o Defensor do Povo Europeu, por exemplo, veja-se <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.3.16.pdf>.

[39] Maria Fernanda Quesada, Angie Steiner, Lic. César Gamboa. *El Defensor del Pueblo en Latinoamérica: Un Análisis Comparativo*. University of Florida/University of Costa Rica, Agosto, 2005, p. 5.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

De um lado, há *ombudsmen* cujo âmbito de atuação é bastante amplo, como por exemplo o *Defensor del Pueblo* espanhol, responsável pela defesa dos direitos fundamentais e pela supervisão das atividades da administração pública daquele país.[40] Do outro, alguns *ombudsmen* atuam em esferas mais restritas, vinculadas a algum tema específico, como o *Children Ombudsman* na Irlanda, o *Housing Ombudsman* na Inglaterra, ou o *Ombudsman* do Consumidor da Noruega (*Forbtugerombudsmanden*). Existem ainda *ombudsmen* ligados a setores privados. Atualmente, certas empresas, universidades e organizações sem fins lucrativos possuem *ombudsmen* responsáveis por operar no interior da organização de maneira neutra e independente, a fim de receber reclamações, identificar problemas, propor soluções e resolver conflitos.[41]

Na seara estatal, aponta-se uma clivagem entre o modelo europeu de *ombudsman*, surgido ainda no século XIX e voltado precipuamente para a fiscalização da administração pública, e o modelo latino-americano, erigido a partir do segundo pós-guerra e mais ligado à proteção dos direitos fundamentais.[42] Algumas das instituições latino-americanas, hoje consideradas *ombudsmen*, como o *Comisionado Nacional de los Derechos Humanos* de Honduras e o *Defensor del Pueblo de La Nación de Argentina*, iniciaram as suas funções como órgãos vinculados ao Executivo, atingindo paulatinamente um *status* de independência em relação àquele poder.[43] O fortalecimento desses entes na América Latina se beneficiou do apoio de instituições como a Unesco, que os reconhece como um dos principais agentes multiplicadores de uma cultura de paz.[44]

---

[40] Cf. Antonio Mora con la colaboración de María José Imbernón García. *El libro del defensor del pueblo*. Madrid, 2003. Disponível em <https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/Otros/Anexos/Documentos/origen.pdf>.

[41] Veja-se, a título de exemplo, o site da International Ombudsman Association (IOA) <https://www.ombudsassociation.org/home.aspx>.

[42] Maria Fernanda Quesada, Angie Steiner, Lic. César Gamboa. *El Defensor del Pueblo en Latinoamérica. Op. Cit.*

[43] Gonzalo Elizondo e Irene Aguilar. *La institución del Ombudsman en América Latina: Requisitos mínimos para su existência*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH. Disponível em <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/doctrina/doc_iidh_ombudsman/art.htm>.

[44] Jorge Luis Maiorano. *La UNESCO y el Defensor del Pueblo*, Buenos Aires: La ley, 1996, pp. 1712.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Destaque-se que a Federación Iberoamericana del Ombudsman – FIO define o instituto como "*uma instituição pública (criada normalmente pela Constituição e regulada por lei do Parlamento) dotada de autonomia, cuja finalidade principal é proteger os direitos humanos dos cidadãos frente à Administração Pública do país respectivo*".[45]

Nesses termos, não resta dúvida de que a Defensoria Pública da União exerce função de *ombudsman*. Como visto, trata-se de entidade autônoma, dotada de estatura constitucional, cujas funções institucionais abrangem "*a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados*" (art. 134, *caput*, CF).

A plena autonomia da DPU, como destacado na resposta ao quesito anterior, foi expressamente reconhecida pela EC nº 74/2013. Os membros da Defensoria Pública da União, em simetria com o regime constitucional do Ministério Público e da Magistratura, possuem independência funcional e inamovibilidade (CF, art. 134, §§1º e 4º), e estão sujeitos a uma série de deveres voltados à garantia do bom exercício das suas funções, como a necessidade de residirem na localidade onde estiverem lotados (art. 45, I, LC nº 80/94) e a proibição do exercício de atividade político-partidária enquanto atuarem perante a Justiça Eleitoral (art. 46, V, LC nº 80/94).

A EC nº 80/2014, por sua vez, conferiu explícito reconhecimento constitucional a atribuições institucionais que já tinham sido conferidas à Defensoria Pública da União, pela Lei Complementar nº 80/94, especialmente após as modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 132/2009, (veja-se, *e.g.*, os arts. 3º-A e 4º da LC nº 80/94).

De todo modo, o desempenho da função de ombudsman pela Defensoria Pública da União está delimitado pelo escopo das suas finalidades institucionais, que, conforme o disposto no art. 134 da CF, se ligam especialmente à defesa de indivíduos e grupos hipossuficientes e vulneráveis[46].

---

[45] Cf. Federacion Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Provedores, Roanadores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derecho Humanos – Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO).<www.portalfio.org>.

[46] A Lei Complementar nº 80/94 enumera dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, de forma exemplificativa, "*exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais*

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Noutro giro, o reconhecimento da atuação da DPU como *ombudsman* não exclui o enquadramento de outras instituições nacionais na mesma categoria, como é o caso da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, órgão do Ministério Público Federal, que é, inclusive, integrante da FIO.

Portanto, a resposta ao quesito é **positiva.** Sem dúvida, **as características institucionais e a missão constitucional da Defensoria Pública da União permitem o seu enquadramento como *ombudsman*.**

c) Diante do novo perfil constitucional da Defensoria Pública implantado a partir de junho de 2014, é possível afirmar que os Defensores Públicos Federais exercem, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia? A inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil deve ser cancelada após a posse no cargo? O artigo 26 e respectivos parágrafos da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, foram recepcionados pela Emenda Constitucional nº 80/2014?

A Lei 8.906/94 prevê, em seu artigo 3º, § 1º, que "*exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes (...) da Defensoria Pública".*

Já a Lei Complementar nº 80/94, na redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, estabelece, em seu art. 4º, §§ 6º e 9º, que "*a capacidade postulatória do defensor público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público"*, sendo o exercício do cargo *"comprovado mediante apresentação de carteira funcional expedida pela respectiva Defensoria Pública"*.

Essa aparente tensão entre os referidos preceitos – em que um sinaliza para a natureza advocatícia da atuação dos defensores, e os demais apontam no sentido oposto

---

homogêneos do consumidor, (...) *da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado"* (art. 4º, incisos VIII e XI).

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

–, vinha levantando controvérsias e insegurança jurídica. O conflito ensejou, inclusive, o ajuizamento pelo Conselho Federal da OAB, em 2011, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.636, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que se impugnou, dentre outros preceitos, o art. 4º, § 6º, da Lei Complementar nº 80, sob a alegação de que o mesmo teria ofendido o art. 133 da Constituição, segundo o qual "*o advogado é essencial à administração da justiça"*. Um dos fundamentos daquela ação, ainda não julgada, foi o fato de que a Constituição agrupava à época a advocacia e a Defensoria Pública na mesma seção do seu texto (Capítulo IV, Seção III), o que pretensamente indicaria a vinculação dos defensores à OAB.

A tese já não se sustentava àquela altura. Em primeiro lugar, porque a atuação da Defensoria Pública envolve uma série de atividades que não são pertinentes à advocacia. Ademais, porque não se extrai da Constituição a prerrogativa exclusiva da advocacia para a postulação em juízo. Tanto é assim que o Ministério Público, cujos integrantes evidentemente detêm capacidade postulatória, não integram a advocacia, como resulta do art. 128, II, "b", da Constituição.

Essa foi a orientação adotada pelo TJ/SP, que afirmou que "*os arts. 133 e 134 preveem em paralelo a Advocacia e a Defensoria Pública como instituições essenciais à Justiça, não atrelando o exercício da segunda à habilitação para o exercício da primeira".*[47]

Afastado o suposto óbice constitucional, a prevalência, neste ponto, da Lei Complementar nº 80/94 sobre a Lei 8.906/94 resta evidente. Em primeiro lugar, porque a lei ordinária não poderia dispor sobre o regime dos defensores públicos, haja vista a reserva de lei complementar estabelecida na matéria pelo art. 134, § 1º, da Constituição.[48]

---

[47] TJ/SP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0016223-20-2009.8.26.0032, Rel. Des. Fábio Tabosa, julg. 03/05/2011.

[48] Nesse mesmo sentido, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer elaborado sobre a questão, ressaltou: *"Deveras, como foi inicialmente visto, a Constituição do País, que é a Lei Suprema, estabeleceu no § 1º do art. 134, que lei complementar nacional disporá sobre as normas gerais de sua organização nos Estados, e o § 2º dispôs que as Defensorias Estaduais gozariam de autonomia funcional e administrativa. Dessarte, o que diz respeito a tais órgãos públicos fica "ex vi Constitutionis", sob a égide de lei complementar. Donde, a partir do instante que lei complementar (Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009) estabeleceu que a 'capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público', nunca poderia prevalecer disposição contrária proveniente de lei ordinária".* Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/adi-defensoria-vinculo-oab-parecer.pdf>.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

E, ainda que assim não fosse, a Lei Complementar nº 132/09, que alterou a Lei Complementar nº 80/94 no ponto em discussão, é *posterior* à Lei nº 8.906/94, de modo que, pelo critério cronológico de resolução de antinomias, ela prevaleceria sobre a última.

Todavia, para sanar quaisquer dúvidas porventura subsistentes sobre o tema no plano constitucional, a EC nº 80/2014 apartou a Defensoria Pública da advocacia, ao criar a Seção IV do Capítulo IV do IV Título da Lei Maior, intitulada "Da Defensoria Pública". Com isso, o constituinte derivado retirou a Defensoria da Seção III do Capítulo IV, em que ela antes figurava ao lado da advocacia.

A razão desse novo arranjo no texto constitucional foi inequívoca: afastar qualquer controvérsia sobre a insubmissão dos defensores públicos à Ordem dos Advogados do Brasil, para, com isso, robustecer a autonomia da Defensoria, em proveito da sua atuação institucional em favor dos necessitados.

Com efeito, não faria sentido tornar a Defensoria Pública independente do Poder Executivo, mas manter a possibilidade de ingerência da OAB sobre os seus atos. Esta possibilidade existiria, em razão do poder disciplinar que a OAB exerce sobre os advogados, que, incidente sobre a atuação dos defensores, poderia embaraçar o desempenho da atividade-fim da Defensoria e comprometer a sua autonomia. Este é um risco que não pode ser negligenciado, quando se percebe que por vezes ocorrem conflitos de interesse entre as defensorias públicas e a OAB.[49]

Nem se diga que a não inscrição do Defensor Público perante a OAB representaria uma ameaça à qualidade da sua atuação profissional. É certo que a Ordem dos Advogados exerce um justificado controle sobre o ingresso de novos advogados, por meio do exame de ordem, cuja validade já foi reconhecida pelo STF.[50] Não é menos correto que a OAB também desempenha um papel importante de controle ético-disciplinar sobre a conduta profissional dos advogados.

---

[49] Veja-se, *e.g.*, o grave conflito entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a OAB/SP, subjacente a ADI nº 4.163, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 29/02/2012. No mesmo sentido, cf. Gustavo Soares dos Reis, Daniel Guimarães Zveibil e Gustavo Junqueira. *Comentários à Lei da Defensoria Pública.* São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 93-97.

[50] STF, RE 603583, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 26/10/2011.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Contudo, tais medidas se afiguram desnecessárias no caso dos defensores públicos, que são selecionados mediante rigoroso concurso público – de aprovação certamente mais difícil do que o exame da OAB – e se sujeitam ao controle administrativo da própria instituição em que atuam. Na verdade, a submissão concomitante dos defensores públicos à OAB e à Defensoria, mais do que desnecessária, seria, como antes assentado, altamente prejudicial à autonomia desta última, à revelia dos claros desígnios da Constituição.

Por todas estas razões, pode-se concluir que **os Defensores Públicos Federais exercem, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia, e que a sua inscrição deve ser por isso cancelada**, nos termos do art. 11, inciso IV, da nº Lei 8.906/94.

Assentada esta premissa, cabe analisar se ocorreu ou não a recepção do art. 26 da LC nº 80/1994, que, ao disciplinar o ingresso nas carreiras de defensor público, determinou:

> *"Art. 26. O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga.*
>
> *§ 1º. Considera-se como atividade jurídica o exercício da advocacia, o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas.*
>
> *§2º. Os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público."*

O artigo não foi recepcionado, por duas razões. Em primeiro lugar, porque impõe ao candidato, tanto no seu *caput* como no §2º, o registro na OAB, sendo a atividade de

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

defensor incompatível com a advocacia. Ora, não há qualquer justificativa legítima para se determinar o registro de um candidato na OAB, seja no momento da inscrição no concurso público, seja antes da posse no cargo, se o mesmo terá que cancelar o seu vínculo assim que se tornar defensor público. Trata-se de exigência francamente descabida, que fazia sentido antes da edição da Lei Complementar nº 132, quando os defensores tinham de se manter vinculados à OAB, mas deixou de se justificar após o advento desta lei, e mais ainda depois da edição da EC nº 80/2014. Ela ofende ostensivamente o princípio da proporcionalidade, ao criar uma obrigação absolutamente desprovida de sentido para os candidatos.

Como se sabe, o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios[51]: a *adequação,* que impõe que a medida estatal contribua para a promoção de algum objetivo legítimo; a *necessidade,* que exige que se trate do meio mais brando, na perspectiva da restrição de direitos, para o atingimento do resultado visado; e a *proporcionalidade em sentido estrito,* que demanda que os benefícios alcançados com a medida compensem os ônus que ela proporciona, sob o ângulo constitucional. No caso, após o afastamento dos defensores públicos do âmbito da advocacia, não subsiste *qualquer razão* para a imposição do ônus de inscrição na OAB aos candidatos aprovados nos concursos para o cargo de defensor. Portanto, a medida não satisfaz sequer o subprincípio da adequação, pois não visa à promoção de qualquer objetivo legítimo. Trata-se, simplesmente, de uma restrição gratuita à liberdade dos referidos candidatos, que perdeu todo sentido no momento em que a função de defensor público se tornou incompatível com o exercício da advocacia.[52]

---

[51] Cf. Gilmar Ferreira Mendes. "A proporcionalidade na jurisprudência do STF". *In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, pp. 67-84; Suzana Toledo de Barros. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 324-383.

[52] Neste ponto, cumpre destacar o recente ajuizamento pelo Procurador-Geral da República da ADI nº 5.334, que objetiva o reconhecimento da inconstitucionalidade do §1º e *caput* do art. 3º da Lei nº 8.906/94, que sujeita os integrantes "*da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional*" ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e requer sua inscrição em seus quadros. Embora a posição aqui defendida coincida, quanto ao resultado, com a perseguida na referida ação em relação à DPU, elas se amparam em fundamentos distintos. É que a ADI nº 5.334 incluiu equivocadamente a Defensoria Pública dentre as instituições cujas

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Tampouco foram recepcionadas pela EC nº 80/2014 as demais regras contidas neste artigo, que previam dois anos de "*prática forense*" para o acesso à função de defensor público, admitindo, neste cômputo, o tempo de estágio reconhecido. É que, como se verá adiante, por força do disposto no art. 134, § 4º, da Constituição, introduzido pela referida emenda constitucional, passou a se aplicar à Defensoria Pública o art. 93, inciso I, da Lei Maior, que exige *"do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica"* para ingresso na carreira.

Ressalte-se que, ao interpretar o art. 93, inciso I, da Constituição, o STF assentou que *"os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado 'atividade jurídica' é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado".*[53] A interpretação da Corte, que me parece acertada, decorre não apenas do texto da Constituição, como também da consideração do propósito do constituinte derivado, que foi de impedir, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, uma excessiva "*juvenilização"* de carreiras jurídicas que demandam maturidade e experiência para o seu bom desempenho. Assim, a incidência do referido preceito, de natureza autoaplicável, exclui a recepção também do § 1º do art. 26 da Lei Complementar nº 80/94, que possibilitava o cômputo do tempo de estágio para fins de comprovação de prática forense.

Portanto, conclui-se que **o art. 26, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 80/94 não foram recepcionados pela EC 80/2014.**

d) As prerrogativas e os instrumentos de atuação para o exercício das funções institucionais previstos na Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, violam o princípio da igualdade, por não serem totalmente franqueadas à advocacia privada e pública?

---

atividades supostamente integrariam a advocacia pública, posição absolutamente diferente da que se sustenta neste Parecer.

[53] ADI nº 3.460, Rel. Min. Carlos Britto, D.J. 15/06/2007.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

A Lei Complementar nº 80/94 contempla uma série de prerrogativas e instrumentos destinados a viabilizar a atuação eficiente da Defensoria Pública. Alguns deles não são franqueados à advocacia, como as prerrogativas de intimação pessoal nos autos e de contagem em dobro dos prazos processuais (art. 44, I), a possibilidade de *requisição* a autoridades públicas de documentos, perícias, vistorias e diligências (art. 44, X), e a realização de *inspeções* nos estabelecimentos penais, com livre acesso a todas as dependências e à documentação dos presos e internos (art. 18, X).

A reposta deste quesito requer, portanto, uma brevíssima incursão no tema do conceito jurídico de igualdade.

Ao lado da dignidade da pessoa humana e da democracia, a igualdade, consagrada no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, representa provavelmente o mais importante princípio do sistema constitucional brasileiro. Tal princípio se assenta sobre a ideia fundamental de que todas as pessoas devem ser tratadas "*com o mesmo respeito e consideração*".[54] Ao longo da história, este princípio foi sendo remodelado, para se ajustar a novos valores e demandas.

Antes do advento do constitucionalismo, as pessoas não eram concebidas como intrinsecamente iguais. Seus direitos e deveres decorriam da sua inserção em determinado estamento social e não da sua natureza humana. Com a instauração do Estado Liberal-Burguês, a igualdade de todos perante a lei foi afirmada, vedando-se os privilégios e discriminações. O avanço, contudo, foi parcial e incompleto: os direitos políticos permaneceram por muito tempo monopolizados pelas elites econômicas; as mulheres continuaram subordinadas aos homens; as minorias sexuais, étnicas e religiosas eram sistematicamente desprezadas. Isso para não falar na chaga da escravidão nos países que a vivenciaram, como o Brasil.

Não bastasse, a isonomia apenas formal revelou-se insuficiente para assegurar uma vida digna para os segmentos vulneráveis das sociedades. Sob a sua égide, campeava a opressão dos mais fracos pelos poderosos, muitas vezes mascarada pela retórica da igualdade. A contradição foi captada pelo escritor francês Anatole France, quando

---

[54] Esta é a conhecida fórmula da igualdade de Ronald Dworkin. Veja-se, a propósito, Ronald Dworkin. *The Sovereign Virtue:* The Theory and Practice of Equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

ironizou *"a majestosa igualdade das leis, que proíbem os ricos e os pobres de dormirem sob as pontes, de mendigarem na rua e de furtarem pão".*[55]

O advento do Estado Social, já em meados do século XX, provocou uma releitura do princípio da igualdade. Diante da desigualdade material, afirmou-se o dever do Estado de intervir nas relações sociais para proteger os mais débeis da opressão dos mais fortes, distribuir renda e riqueza e prover as condições materiais básicas de vida para os necessitados. O foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, e sim a pessoa concreta, que tem necessidades cujo atendimento é pressuposto até para que exercite plenamente os seus direitos civis e políticos.[56] As desigualdades fáticas justificam, neste cenário, tratamentos desiguais que se voltem a corrigi-las no plano da realidade. O Direito brasileiro é pródigo de exemplos destas desequiparações que se destinam à promoção da igualdade substantiva, que vão da progressividade do imposto sobre a renda até a instituição de políticas de ação afirmativa em favor de negros, pobres e pessoas com deficiência; da proteção reforçada da mulher na esfera penal à tutela do trabalhador nas relações laborais.

Esse pano de fundo axiológico não pode ser ignorado no manejo do princípio da igualdade, sendo de grande relevo para a resposta ao presente quesito. É que o conteúdo nuclear do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição abrange o dever jurídico de se dispensar tratamento equânime às pessoas e situações. Sem embargo, conforme se extrai da máxima de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, não é qualquer diferença de tratamento que representa afronta à isonomia. Algumas desequiparações, mais do que válidas, são até necessárias, visando a corrigir desigualdades enraizadas nas relações sociais, cuja subsistência afronta a Constituição. Foi o que destacou o STF, pela pena do Ministro Ayres Britto:

---

[55] Anatole France. *Le Lys Rouge.* Paris: Calmann-Levy, 1906.

[56] Anote-se, ademais, que nas últimas décadas a igualdade material incorporou uma nova dimensão cultural, ligada ao reconhecimento das diferenças identitárias. Tornou-se evidente que o direito à igualdade pressupõe não só acesso equânime a bens materiais, como também o respeito às identidades e escolhas dos indivíduos e comunidades que se distanciam dos padrões culturalmente hegemônicos em cada sociedade. O tema foi analisado pelo STF no histórico julgamento em que a Corte reconheceu o direito à união homoafetiva – ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14/10/2011.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

> *"Não há outro modo de concretizar o valor da desigualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais da desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. (...). Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para combater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória"*[57]

Por outro lado, a avaliação da constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo não pode abstrair da realidade sobre a qual o mesmo incide. A interpretação constitucional não deve se dar no plano da pura especulação intelectual, afastando-se do mundo concreto, pois se trata de atividade voltada ao equacionamento de problemas reais vivenciados por pessoas de carne e osso.[58] Por isso, a resposta sobre a validade de instrumentos e prerrogativas conferidas à Defensoria Pública não pode se desvincular do mundo real. Ela deve considerar não só elementos jurídico-normativos – como a missão constitucional da Defensoria –, como também aspectos da realidade empírica, tais como os déficits de estruturação da instituição, e o quadro de desigualdade material presente na sociedade, que opera em desfavor dos segmentos sociais para os quais se volta a atuação da Defensoria Pública.

Convém recordar, neste ponto, o que já foi assentado antes: organizações e procedimentos adequados são fundamentais para viabilizar, no mundo concreto, a fruição de direitos fundamentais. Por isso, conferir à Defensoria Pública os meios e instrumentos para que possa desempenhar o seu papel é essencial para viabilizar o acesso à justiça dos necessitados e possibilitar que os seus direitos fundamentais se efetivem.

A consideração desses elementos justifica a atribuição de certas prerrogativas e instrumentos de atuação à Defensoria Pública de que não desfrutam os advogados.

---

[57] ADI nº 3.330, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 22/03/2013.

[58] Cf. Konrad Hesse. "La Interpretación de la Constitución". *In: Escritos de Derecho Constitucional.* Trad. Pedro Cruz Villalón. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Não se pode ignorar, por exemplo, a sobrecarga de trabalho dos defensores, nem os graves déficits estruturais da instituição, ao que se soma a hipossuficiência dos seus assistidos. Tais circunstâncias justificam, por exemplo, que se concedam certas prerrogativas processuais à Defensoria, como a intimação pessoal dos defensores mediante o recebimento dos autos com vista, a possibilidade de manifestação por cota em autos processuais, bem como a ampliação de prazos. O desequilíbrio real entre partes e representantes legitima a diferença de tratamento, que não viola, mas antes promove a igualdade.

A prerrogativa de *inspecionar* presídios também é plenamente compatível com a Constituição. A Defensoria, como tantas vezes ressaltado neste Parecer, tem a missão institucional de defender os direitos humanos dos necessitados. A atribuição para tutelar os direitos dos presos nem precisaria estar explicitada na lei, dada a extrema vulnerabilidade desses indivíduos, mas o legislador complementar não se omitiu, ao prever o papel dos defensores de "*atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno dos seus direitos e garantias fundamentais"* (art. 4º, inciso XVII, LC nº 80/94). Não há, no nosso país, espaço em que haja violações mais graves aos direitos fundamentais dos excluídos do que os nossos cárceres, que já foram comparados a "masmorras medievais" pelo próprio Ministro da Justiça. Portanto, assegurar o livre acesso de defensores públicos aos estabelecimentos prisionais, independentemente de prévio agendamento (art. 18, X), é essencial para que os mesmos possam atuar com conhecimento e eficiência em favor dos direitos humanos de um grupo extremamente vulnerável.

O raciocínio também se aplica ao poder de *requisição* de certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências (art. 44, X), em que não estão investidos os advogados. É que defensores não são apenas "advogados de pobre", como se costumava dizer. Eles têm a missão institucional de proteger direitos humanos e de atuar, nos campos judicial e extrajudicial, para promover tais direitos, em hipóteses que muitas vezes sequer envolvem a representação processual de terceiros.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Não se ignora que o STF já declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que garantia amplos poderes de requisição aos defensores públicos daquele ente federativo, no julgamento da ADI nº 230.[59] Entendeu-se, na ocasião, que os defensores seriam advogados públicos, razão pela qual aparelhá-los com tal instrumento seria supostamente incompatível com o princípio da paridade de armas, já que litigam contra advogados que não detêm o mesmo poder.[60] No entanto, conforme se passará a demonstrar, o referido julgamento não maculou a validade da prerrogativa garantida pelo inciso X do art. 44 da Lei Complementar nº 80/94 à Defensoria Pública da União.

Primeiramente, deve-se observar que, segundo a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a fundamentação contida nas decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade não é dotada de eficácia vinculante.

Como se sabe, as decisões proferidas pelo STF no controle abstrato de atos normativos se revestem de eficácia *erga omnes* e de efeitos vinculantes em relação ao Poder Judiciário e Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CF). A extensão objetiva dos efeitos vinculantes dessas decisões já foi objeto de controvérsia jurisprudencial. Em nosso sistema processual, a regra geral é a de que a coisa julgada se cinge à parte dispositiva das decisões judiciais, não se estendendo aos seus motivos determinantes (art. 469, I, do CPC; e art. 504, I, do NCPC). Tradicionalmente, esta orientação se aplicava também ao efeito vinculante das decisões prolatadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.[61] Porém, a Corte Suprema chegou a esposar, em alguns julgados, a tese de que *ratio decidendi* nessas ações desfrutaria, igualmente, de efeitos vinculantes, por força da chamada *teoria da transcendência dos motivos determinantes.* [62]

---

[59] ADI nº 230, Rel. Min. Carmen Lúcia, julg. 01/02/2010.

[60] Na ementa da referido julgado lavrou-se "*É inconstitucional a requisição por defensores públicos a autoridade pública, a seus agentes e a entidade particular de certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências, necessários ao exercício de suas atribuições: exacerbação das prerrogativas asseguradas aos advogados. Inconstitucionalidade do art. 178, inciso IV, alínea a, da Constituição fluminense*".

[61] Veja-se, nesse sentido, a ADI nº 1 – QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 27/10/1993.

[62] Ver, a propósito: Rcl nº 1987, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 01/10/2003; e Rcl nº 2291, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 02/09/2004.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Todavia, a partir do julgamento da Reclamação nº 3.014,[63] a Corte passou a rejeitar a tese da transcendência do fundamento das decisões do controle abstrato de constitucionalidade.[64] Nos debates que levaram à consolidação do referido entendimento, afirmou-se não ser cabível a utilização da Reclamação em virtude de violação de precedente do STF se não houvesse desrespeito à própria coisa julgada, limitada ao dispositivo da decisão.

Assim, com base em orientação já sedimentada no STF, a pronúncia de inconstitucionalidade de preceito contido na Constituição do Estado do Rio de Janeiro não se estende automaticamente a outros diplomas normativos que contenham previsões similares. Portanto, sob o ângulo processual, a subsistência do preceito contido no art. 44 da Lei Complementar nº 80/94 no ordenamento jurídico é induvidosa.

Isso, porém, não significa que a orientação jurisprudencial do STF, ainda que despida de efeitos vinculantes, deva ser simplesmente ignorada. Afinal, o respeito aos precedentes judiciais, especialmente do STF, é relevante no Estado de Direito, por razões ligadas à segurança jurídica, isonomia e racionalização da atividade judiciária.[65]

Ocorre que, no caso, além de equivocado, o precedente do STF parece já ter sido implicitamente superado pela própria jurisprudência superveniente da Corte, quando reconheceu que a Defensoria Pública desempenha papel que não se limita à mera representação processual de pessoas hipossuficientes. Nesse sentido, destaca-se o julgamento da ADI nº 3.943, que afirmou a constitucionalidade da atribuição de legitimidade ativa à defensoria pública em ações civis públicas. O voto condutor, da lavra da Ministra Carmen Lúcia, reproduziu, para endossá-lo, longo trecho da justificativa apresentada pelo Senador Mauro Benevides à PEC nº 247/2014, que resultou na aprovação da EC nº 80/2014. Os grifos constam no próprio voto:

---

[63] Rcl nº 3014, Rel. Min. Ayres Brito, julg. 10/03/2010.

[64] No mesmo sentido, figuram os seguintes precedentes do Plenário do STF: Rcl nº 19099-AgR/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 05/05/2015; Rcl nº 6.204-AgR/AL, Rel. Min. Eros Grau, julg.06/05/2010; Rcl nº 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, julg. 17/06/2010; Rcl nº 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandoski, julg. 26/10/2011; e Rcl nº 11.831-AgR/CE, Rel. Min. Carmen Lúcia, julg. 01/08/2011.

[65] Veja-se, a propósito, Patrícia Perrone Campos Mello. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

> *"Além disso, a presente Proposta de Emenda à Constituição incorpora ao Texto Constitucional as mais importantes normas gerais previstas na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – Lei Complementar nº 80, de 1994, com a redação determinada pela Lei Complementar nº 132, de 2009.*
>
> *A alteração do caput do art. 134 incorpora importantes elementos estruturantes e conceituais à definição do papel e da missão da Defensoria Pública, torna o seu caráter permanente e ontologicamente atrelado ao modelo de Estado democrático de direito. Explicita-se, também, sua vocação para a solução extrajudicial de litígios, para a defesa individual ou coletiva, conforme a necessidade do caso, e para a promoção dos direitos humanos.*
>
> *Também são trazidos para o Texto Constitucional os princípios da Defensoria Pública, já positivados na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, tratando-se de norma com forte vocação constitucional. (...).*
>
> *Por fim, a PEC estabelece uma sessão própria para a Defensoria Pública. Como se sabe, o capítulo que trata das 'Funções Essenciais à Justiça' (Cap. IV do Título III) se divide em três sessões: 'Do Ministério Público', 'Da Advocacia Pública' e 'Da Advocacia e Defensoria Pública'. Portanto, assim como a Advocacia Pública constitui uma sessão própria, com suas normas e estatuto jurídicos próprios, o mesmo ocorre com a Defensoria Pública. A alteração proposta traz sistematização mais adequada à realidade jurídica das distintas e complementares funções essenciais à justiça."*

Em suma, o papel institucional dos defensores públicos não corresponde ao exercício da advocacia, ao contrário do que afirmou o acórdão proferido na ADI nº 230, e como parece resultar do aresto posterior, que decidiu a ADI nº 3.943. A Defensoria Pública tem várias outras funções, ligadas especialmente à garantia dos direitos humanos

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

dos grupos vulneráveis, que permitem, inclusive, que a instituição seja enquadrada como *ombudsman*, como já se ressaltou neste Parecer.

Assim, da mesma forma que o Ministério Público detém, no âmbito da sua atuação, o poder de requisição – respeitados sempre os sigilos constitucionais sujeitos à reserva de jurisdição – não é inconstitucional que a mesma faculdade seja conferida à Defensoria Pública, para que esta possa atuar com eficiência no desempenho do seu elevado *munus* constitucional, sem que se possa cogitar de afronta à isonomia com os advogados.

É importante salientar, por outro lado, que a EC nº 80/2014 apenas *explicitou* o papel diferenciado da Defensoria Pública, como afirmou o STF no julgamento da ADI nº 3.943, em trecho acima reproduzido. Tal papel já podia ser antes inferido tanto da legislação infraconstitucional, como de uma interpretação mais aberta das normas constitucionais que regiam a instituição anteriormente à promulgação da referida emenda. Assim, não se está aqui afirmando a ocorrência de suposta "constitucionalização superveniente" de dispositivo da Lei Complementar nº 80/94 pelo advento da EC nº 80/2014 – instituto não admitido pelo STF.[66] O poder de requisição, contemplado pelo art. 44, inciso X, da LC nº 80/94, já era válido desde a sua instituição.

Ressalte-se, ainda nesse ponto, que mesmo que o entendimento do STF acerca do papel institucional da Defensoria Pública não tivesse evoluído após o julgamento da ADI nº 230 – e ele evoluiu –, não seria impossível que o avanço na matéria se desse mediante provocação da jurisdição ordinária, em diálogo construtivo com a Corte Suprema.

Foi o que aconteceu, por exemplo, na discussão acerca da constitucionalidade do art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93, que instituiu, entre os requisitos para a percepção do benefício de prestação continuada previsto no inciso V do art. 203 da Constituição, a presença de renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo. O caráter muito restritivo da regra ensejou, desde sua edição, um forte debate acerca de sua compatibilidade com o texto constitucional e, mesmo após a pronúncia de sua

[66] Sobre a inexistência de constitucionalidade superveniente em nosso sistema jurídico, veja-se, *e.g.*, AI nº 661401 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. em 10/02/2015; AI nº 620557 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 25/03/2014; RE nº 571986 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. em 18/12/2013.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

constitucionalidade pelo STF, no julgamento da ADI nº 1232[67], o tema permaneceu envolto em dúvidas. É que, embora o Plenário da Corte tenha considerado que tal preceito constituía critério válido para aferir a miserabilidade, não se pronunciou sobre a viabilidade de sua combinação com outros fatores ou sobre a sua flexibilização em razões de peculiaridades do caso concreto.

Naquele quadro, as instâncias inferiores recusaram-se a adotar o referido critério como parâmetro exclusivo de miserabilidade social, ponderando-o com diversos outros indicadores, dando assim maior efetividade ao direito fundamental à assistência social.[68] Embora o STF tenha, em um primeiro momento, acolhido Reclamações para coibir a inventividade hermenêutica dos juízes,[69] o desenvolvimento de uma ampla gama de critérios de concessão pela jurisprudência foi sendo progressivamente admitido pela Corte, culminando no reconhecimento, em sede de controle concreto, da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93.[70]

Verifica-se, assim, que, em determinadas circunstâncias, a atuação de outras instâncias judiciais é capaz de aprimorar a interpretação constitucional, podendo ensejar inclusive que o STF reveja a sua própria jurisprudência.

Por todas essas razões, pode-se responder ao quesito afirmando que **as prerrogativas e os instrumentos de atuação para o exercício das funções institucionais da Defensoria Pública, previstos na Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, não violam o princípio da igualdade, mas, ao contrário, o asseguram em seu aspecto material**.

---

[67] ADI nº 1232/DF, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, julg. 27/08/1998.

[68] Conforme destacou o Min. Gilmar Mendes ao realizar esclarecedora síntese da evolução jurisprudencial da matéria: "*Entre aplicar friamente o critério objetivo da lei e adotar solução condizente com a realidade social da família brasileira, os juízes permaneceram abraçando a segunda opção, mesmo que isso significasse a criação judicial de outros critérios não estabelecidos em lei e, dessa forma, uma possível afronta à decisão do STF*". Cf. Rcl nº 4374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg.18/04/2013.

[69] Ver, a propósito: Rcl nº 2.303 Agr/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 13/05/2004 e Rcl nº 2323/PR, Rel. Min. Eros Grau, julg. 07/04/2005.

[70] RE nº 567.985/MG, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 18/04/2013; RE nº 580.963/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg.18/04/2013; e Rcl nº 4374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg.18/04/2013.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

e) Além da autonomia funcional e administrativa, a Defensoria Pública da União possui autonomia financeira? O Poder Executivo pode efetuar cortes ou suprimir valores na proposta orçamentária enviada pelo Defensor Público-Geral Federal?

Com a edição da EC nº 74/2013, o texto constitucional passou a assegurar expressamente a autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União (art.134, §§ 2º e 3º). O texto magno não contém, todavia, qualquer referência explícita à autonomia financeira da instituição.

Tal fato, porém, não exclui essa autonomia financeira, por uma razão muito simples: as prerrogativas em que se desdobra a autonomia financeira foram expressamente conferidas à DPU. Assim, nem é necessário recorrer à argumentação principiológica, sistemática e teleológica – que conduziria ao mesmo resultado –, uma vez que o texto literal da Constituição já é suficiente para dirimir qualquer dúvida sobre a questão.

Com efeito, a autonomia financeira se materializa em duas prerrogativas: o poder de elaborar a própria proposta orçamentária, atendidos os limites previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias; e o direito de receber do Estado os recursos correspondentes às dotações orçamentárias aprovadas até o dia 20 de cada mês, sem possibilidade de contingenciamento de verbas pelo Poder Executivo.[71]

Estas duas prerrogativas foram expressamente atribuídas à Defensoria Pública da União. O poder de iniciativa de proposta orçamentária, observados os limites previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, foi contemplado pelo art. 134, § 2º, da Constituição, com a redação dada pela EC nº 45/04. O art. 134, § 3º, da Carta introduzido pela EC 74/2013, estendeu expressamente tal poder à Defensoria Pública da União. Já o direito de receber duodécimos referentes às suas dotações orçamentárias foi estabelecido no art. 168 da Carta, na redação conferida pela EC nº 45/04.

---

[71] Cf. Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Luiz Streck. "Art. 99". *In:* J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck. *Comentários à Constituiçâo do Brasil.* Saraiva: São Paulo, 2014, pp. 1338/1339; Clèmerson Merlin Clève. "Considerações sobre o Ministério Público – Regime Constitucional e Poder de Investigação em Matéria Criminal". *In: Temas de Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 247.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

A autonomia financeira é fundamental para viabilizar a independência da Defensoria Pública da União diante do Poder Executivo. Sem ela, a instituição se torna dependente do governo – com o qual frequentemente litiga – para ter acesso aos recursos essenciais ao desempenho das suas funções. Como já destacado, a salvaguarda dessa autonomia não interessa apenas à Defensoria e aos seus integrantes. Na verdade, trata-se de uma garantia institucional dos direitos fundamentais dos necessitados. A sua proteção é essencial para que a Defensoria possa atuar de maneira eficiente e independente, em proveito dos direitos dos segmentos vulneráveis da sociedade brasileira.

Nesse sentido, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA aprovou a Resolução nº 2821, de junho de 2014, que reconheceu a importância da independência e da autonomia funcional e financeira das defensorias públicas, "*como parte de los esfuerzos de los Estados Miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida*". [72]

A importância prática desta garantia pode ser constatada pela análise da postura que o Poder Executivo Federal vem historicamente adotando em relação à Defensoria Pública da União, consistente em frustrar e asfixiar a sua atuação, ao não lhe assegurar os recursos financeiros necessários ao seu desempenho. Lamentavelmente, este quadro persiste mesmo após o reconhecimento constitucional da autonomia financeira da instituição. No ano de 2014, a sua proposta orçamentária, encaminhada à Presidente da República pelo Defensor Público-Geral Federal, previa recursos de mais de 245 milhões de reais, que objetivavam finalmente viabilizar a efetiva estruturação do órgão. Nada obstante, apenas 10 milhões de reais foram incluídos pelo Executivo no Projeto de Lei do Orçamento de 2015, em flagrante afronta à Constituição. Este corte dramático e unilateral ensejou decisão cautelar da lavra da Ministra Rosa Weber, que assim consignou:

> *"(...). 4. Consabido que o ciclo orçamentário se desdobra nas etapas de (i) elaboração, (ii) apreciação legislativa, (iii) execução e acompanhamento, e (iv) controle e avaliação. No âmbito da União, os*

[72] Disponível em: http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/444/Res._OEA_2821-2014. pdf.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Poderes e os órgãos autônomos devem, na fase de elaboração do projeto de lei orçamentária anual, enviar suas propostas orçamentárias ao Poder Executivo (art. 99, § 2º, I e II, 127, § 3º, e 134, § 2º, da Magna Carta), observados os limites e o prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias (arts. 99, §§ 3º e 4º, 127, § 4º, da Constituição da República). Recebidas as propostas orçamentárias, incumbe ao Poder Executivo consolidá-las, para envio, pela Presidência da República, do projeto de lei orçamentária anual ao Congresso Nacional (arts. 84, XXIII, e 165, III, da Constituição Federal), até 31 de agosto, isto é, quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro (art. 35, § 2º, III, do ADCT). ***O Poder Executivo, a seu turno, somente está constitucionalmente autorizado a promover ajustes nas propostas enviadas pelos demais Poderes e órgãos autônomos da União, para fins de consolidação, quando as despesas projetadas estiverem em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias*** *(art. 99, § 4º, 127, § 5º, e 134, § 2º, da Constituição da República).* ***Inexistindo incompatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias, carece de amparo no ordenamento jurídico pátrio a alteração, pelo Poder Executivo, das propostas encaminhadas pelos demais Poderes e órgãos autônomos, ainda que sob o pretexto de promover o equilíbrio orçamentário e/ou de assegurar a obtenção de superávit primário****. (...)*

É do Congresso Nacional o papel de árbitro da cizânia, pois, ao examinar, em perspectiva global, as pretensões de despesas dos Poderes e órgãos autônomos da União, exercerá o protagonismo que lhe é inerente na definição das prioridades. (...)

O equilíbrio orçamentário e o compromisso com a geração de resultados primários positivos há de ser objeto de debate no âmbito do Poder Legislativo, ao qual incumbirá, v.g., deliberar acerca da anulação das despesas que, em juízo de valoração política, sejam havidas por menos relevantes, em cotejo com as demais, e/ou pela necessidade de reestimativa de receitas, se verificado erro ou omissão de ordem técnica ou legal (art. 12, § 1º, da LC nº 101/2000). Relembro que, concluída a fase de apreciação legislativa e submetido o projeto de lei orçamentária anual à Presidência da República, caso vislumbrada ausência de equilíbrio entre despesas e receitas ou a impossibilidade de geração de resultado primário compatível com a redução da dívida pública em relação ao PIB, ou, ainda, outro óbice de natureza política ou jurídica, há a possibilidade de veto total ou parcial ao projeto de lei orçamentária anual, assegurada, em qualquer caso, submissão ao Congresso Nacional, para manutenção ou rejeição

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

> *do veto presidencial. (...) (STF, MS 33193 MC, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 30.10.2014).*

Da irretocável decisão, depreende-se a vedação da redução, por parte do chefe do Poder Executivo, de proposta orçamentária da Defensoria Pública da União que seja compatível com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.[73]

Ressalte-se, ademais, que, além de afrontar a garantia institucional da DPU e prejudicar, com isso, os direitos dos grupos vulneráveis para os quais se volta à sua atuação, o corte ou supressão de valores de sua proposta orçamentária pelo Poder Executivo ofende também a competência do Parlamento. É que o Congresso, com isso, fica privado da possibilidade de apreciar o que o Defensor Público-Geral Federal, com o pleno conhecimento das necessidades do órgão que gere, reputou ser necessário para a estruturação e atuação efetiva do mesmo. Conforme já decidiu o STF, "o *acesso à proposta original é condição inafastável para que os representantes políticos dos cidadãos brasileiros exerçam esse poder-dever de verificar a conveniência e a oportunidade de autorização dos dispêndios previstos*".[74] Afinal, é do Congresso Nacional a prerrogativa de analisar globalmente as propostas de dispêndio e de deliberar acerca delas.

---

[73] No mesmo sentido, há diversas decisões do STF sobre as defensorias dos Estados, como, *e.g.*: *"(...) 2. A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, ensejando o cabimento de ADPF, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde. Trata-se de norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais, sendo também pertinente à organização do Estado. (...). 4. São inconstitucionais as medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação da autonomia funcional e administrativa da instituição. (...). Nos termos do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, não é dado ao chefe do Poder Executivo estadual, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública quando essa é compatível com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Caberia ao Governador do Estado incorporar ao PLOA a proposta nos exatos termos definidos pela Defensoria, podendo, contudo, pleitear à Assembleia Legislativa a redução pretendida, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para o debate de possíveis alterações no PLOA. A inserção da Defensoria Pública em capítulo destinado à proposta orçamentária do Poder Executivo, juntamente com as Secretarias de Estado, constitui desrespeito à autonomia administrativa da instituição, além de ingerência indevida no estabelecimento de sua programação administrativa e financeira. 5. Medida cautelar referendada.* " (STF, ADPF nº 307 MC-Ref, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27/3/2014).

[74] MS nº 31.818 – MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19/1/2012 (o caso versava sobre proposta orçamentária do Ministério Público).

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Note-se, finalmente, que a necessidade de autonomia financeira da DPU é reforçada pela EC nº 80/2014, que estabeleceu, no art. 98 do ADCT, o prazo de 8 anos para a efetiva instalação da instituição em todas as seções judiciárias do país. Para se dar cumprimento a esse importante comando constitucional, será essencial dotar a instituição com os recursos indispensáveis para viabilizar a sua significativa ampliação, o que certamente não ocorrerá caso se permita ao governo que continue interferindo nas propostas orçamentárias apresentadas pelo Defensor Público-Geral Federal.

Assim, responde-se ao quesito afirmando que **a Defensoria Pública da União possui autonomia financeira, sendo vedado ao Poder Executivo a execução de cortes ou supressão de valores na proposta orçamentária encaminhada pelo Defensor Público-Geral Federal, desde que esta observe os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias**.

f) O Defensor Público-Geral Federal detém iniciativa concorrente com o Presidente da República para as leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União? E em relação às normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios? Compete privativamente ao Defensor Público-Geral Federal propor ao Poder Legislativo a alteração do número de membros da Defensoria Pública da União, criação e extinção dos seus cargos e a remuneração dos Defensores Públicos Federais e dos servidores da instituição?

A iniciativa legislativa para tratar de temas afetos à sua organização é um requisito indispensável para assegurar a autonomia da Defensoria Pública da União. Tal poder possibilita que a instituição leve ao Parlamento, sem a mediação necessária do governo, os projetos de lei que lhe são relativos, impedindo que eventuais bloqueios provenientes do Executivo criem embaraços insuperáveis ao adequado funcionamento do órgão.

Pelas razões anteriormente alinhavadas, há uma perniciosa tendência dos governos de não priorizar a atuação das defensorias. Assim, conferir à chefia do Executivo a iniciativa privativa nessa matéria não condiz com o escopo constitucional,

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

evidenciado pelas ECs nºs 45, 74 e 80, de fortalecer a Defensoria, dotando-a de robustecida autonomia.

É verdade que o art. 61, § 1º, inciso II, "d", da Constituição, estabeleceu que são de iniciativa privativa do Presidente da República os projetos de lei relativos à *"organização (...) da Defensoria Pública da União".* Porém, tal dispositivo foi, nesta parte, tacitamente derrogado pela EC nº 80/2014,[75] que acrescentou ao texto magno o art. 134, § 4º, determinando que se aplica à Defensoria, *"no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição".* É que o art. 93, *caput*, da Constituição, atribuiu ao STF o poder de iniciativa de lei sobre o Estatuto da Magistratura. A aplicação deste preceito em relação à Defensoria implica o reconhecimento da iniciativa do Defensor Público-Geral Federal para leis que tratem da organização da DPU.

Com efeito, ao atribuir a iniciativa do Estatuto da Magistratura ao STF, o claro propósito do constituinte foi reforçar a sua autonomia. Do mesmo modo, o espírito da EC nº 80/2014, e a diretriz que se infere de todo o sistema constitucional, na sua atual configuração, é o robustecimento da autonomia da Defensoria Pública, para que ela possa desempenhar eficientemente a sua missão constitucional, em prol dos direitos humanos dos necessitados. Não há qualquer singularidade da magistratura diante da Defensoria nesta matéria, que justifique a não aplicação do art. 93, *caput*, à última.

Entendo que essa iniciativa é *privativa* do Defensor Público-Geral Federal, e não *concorrente* com a do Presidente da República, na mesma linha do que ocorre com o STF em relação ao Estatuto da Magistratura.

Trata-se, portanto, de situação normativa diversa da que vigora para o Ministério Público. Para o MP, há preceitos editados concomitantemente pelo poder constituinte

---

[75] Não é de boa técnica legislativa a derrogação tácita de norma constitucional originária por emenda, mas o fenômeno é possível e há outros exemplos. Veja-se o seguinte caso: o art. 208 da Constituição, na sua redação originária, garantia "*o ensino fundamental obrigatório e gratuito*" (inciso I) e previa a "*progressiva universalização do ensino médio*" (inciso II). A EC nº 59/2009 alterou a redação do art. 208, I, para consagrar o dever do Estado de assegurar "*educação básica obrigatória e gratuita*", prevendo o ano 2016 como prazo para implementação dessa mudança. Porém, o constituinte derivado se esqueceu de modificar o art. 208, II, da Constituição. Não obstante, como a educação básica abrange o ensino médio, parece claro que, após 2016, o inciso II do art. 208 deixará de valer no que toca à locução "*progressiva*", de teor programático, pois, a partir de então, o acesso a este nível de ensino tornar-se-á, indiscutivelmente, um direito público subjetivo. Este é um caso claro de revogação tácita de norma constitucional por emenda superveniente.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

originário, consagrando a iniciativa privativa do Presidente da República para leis que disponham sobre a sua organização (art. 61, § 1º, II, "d"), mas também, paradoxalmente, facultando a deflagração do processo legislativo na matéria aos procuradores-gerais de cada ministério público (art. 128, § 5º). A doutrina vem superando a contradição afirmando que a iniciativa do Chefe do Executivo não é privativa, mas concorrente à dos chefes do Ministério Público.[76] No caso do MP, como ambos os preceitos constitucionais foram editados no mesmo momento, não é possível o emprego do critério cronológico para resolução de antinomias, para assentar que qualquer deles deva prevalecer sobre o outro.

Não é o que se dá, porém, na hipótese envolvendo a Defensoria Pública, pois a EC nº 80/2014 é superveniente ao art. 61, § 1º, II, "d", que já estava contido no texto originário da Carta. Aqui, é possível afirmar a revogação tácita da norma originária, em razão da sua incompatibilidade com a emenda constitucional posterior. Esta solução, ademais, prestigia mais a teleologia da Constituição, de fortalecer a autonomia da Defensoria, do que aquela que resultaria do reconhecimento da iniciativa concorrente do Presidente da República para leis sobre a organização da DPU, já que o exercício dessa suposta faculdade pelo Chefe do Executivo Federal poderia ameaçar a independência da instituição.

Sem embargo, ainda que não se concorde com a tese mais ampla, da revogação tácita do art. 61, § 1º, II, "d", da Constituição, não há como se objetar, no mínimo, ao reconhecimento do poder de iniciativa *concorrente* do Defensor Público-Geral Federal na matéria.

A extensão do art. 93, *caput*, à Defensoria Pública também importa no reconhecimento do poder de iniciativa do Defensor Público-Geral Federal para a lei complementar que estabelece normas gerais para as defensorias públicas dos Estados e Distrito Federal. Trata-se da lei complementar referida no art. 134, § 1º, da Constituição, que preceitua:

---

[76] Cf. Lenio Luiz Streck e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. "Art. 61". *In:* J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 1143.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

> *"§ 1º. Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para a sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais."*

Muito embora o Defensor Público-Geral Federal não seja o chefe nacional da Defensoria Pública – cabendo-lhe apenas o comando da DPU –, a Constituição é clara ao aludir à existência de uma única lei complementar de âmbito nacional, que, simultaneamente, deve tratar da Defensoria Pública da União e estabelecer normas gerais para as defensorias dos Estados e do Distrito Federal. Discreparia a mais não poder do sistema constitucional atribuir aos defensores-gerais dos Estados o poder de iniciativa no âmbito do processo legislativo federal, que se desenvolve no Congresso Nacional. Em nenhum caso a Constituição Federal atribui a autoridades estaduais a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo federal ordinário ou complementar.[77]

O cenário normativo nesta questão difere do existente em relação ao Ministério Público, em que o texto constitucional prevê não a edição de uma única lei complementar sobre a organização da instituição, mas sim de "*leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais"* (art. 128, § 5º, CF). A iniciativa que os Procuradores-Gerais de Justiça detêm é para a instauração do processo legislativo estadual no âmbito das Assembleias Legislativas, o que não se aplica às defensorias públicas estaduais, pois, como já ressaltado, as normas gerais atinentes à organização das mesmas são da competência do Congresso Nacional, por meio da edição de lei complementar nacional (art. 134, § 1º, CF).

Observe-se que o reconhecimento da iniciativa privativa ao Defensor Público-Geral Federal na matéria é favorável aos interesses institucionais das próprias defensorias estaduais e distrital, considerando-se a alternativa de atribuí-la ao Presidente da

---

[77] Em matéria de emendas à Constituição, existe a iniciativa de "*mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa dos seus membros"* (art. 60, inciso III, CF).

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

República, que resultaria da aplicação do art. 61, § 1º, II, "d", CF – que, como visto, foi tacitamente derrogado pela EC nº 80/2014. Afinal, o Defensor Público-Geral Federal não só detém maior *expertise* no assunto em questão – organização de defensorias públicas – , como também possui maior afinidade institucional em relação aos valores da Defensoria Pública do que o Chefe do Poder Executivo Federal.

Assim, a solução que melhor corresponde ao texto e espírito da Constituição é a que atribui a iniciativa privativa de *todas as matérias* que devem ser contempladas na lei complementar referida no art. 134, § 1º, ao Defensor Público-Geral Federal – inclusive dos preceitos que consagrem normas gerais para a organização das defensorias nos Estados e Distrito Federal. Assentada esta questão, passa-se à última indagação do presente quesito.

A EC n° 80/2014 determinou a aplicação à Defensoria Pública do art. 96, II, da Constituição, que dispõe:

> *Art. 96. Compete privativamente (...)*
>
> *II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:*
>
> *a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;*
>
> *b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;*
>
> *c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;*
>
> *d) a alteração da organização e da divisão judiciárias"*

Logo, não há dúvida de que o Defensor Público-Geral Federal dispõe de iniciativa *privativa* para projetos de leis que tratem sobre a alteração do número de membros da

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Defensoria Pública da União, criação e extinção dos seus cargos e a remuneração dos Defensores Públicos Federais e dos servidores da instituição. Nessa matéria, aliás, os defensores-gerais dos Estados também desfrutam da mesma iniciativa privativa, no plano do processo legislativo estadual.

No mesmo sentido, o Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, proferiu recentemente decisão cautelar a propósito da inconstitucionalidade de alterações promovidas na Lei Orgânica da Defensoria Pública do Paraná por iniciativa do governador daquele Estado, registrando:

> *"Não obstante o conteúdo material, que a toda evidência se demonstra inconstitucional por ferir as garantias decorrentes da simetria e da autonomia da Defensoria Pública**, mais grave ainda, a justificar o deferimento da liminar para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual 180/2014, é o processo legislativo deflagrado por ato do governador do Estado do Paraná**, que encaminhou à Assembleia Legislativa o Projeto de Lei Complementar 16/2014. (...).*
>
> ***Por certo que, após a implantação, dever-se-ia observar o comando constitucional que estabelece ser inciativa privativa do Defensor Público Geral do estado projetos de lei relativos a questões específicas, uma vez que tal situação objetiva assegurar as prerrogativas da autonomia e do autogoverno da Instituição.***
>
> *A ofensa à garantia da iniciativa do processo legislativo privativo denota evidente vício, que, por consequência lógica, é causa de inconstitucionalidade formal, a macular o seu resultado, id est, a própria lei".*[78]

Portanto, pode-se responder ao quesito afirmando que o Defensor Público-Geral Federal detém **iniciativa privativa para leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União, que estabeleçam normas gerais para a organização da**

[78]ADI nº 5.217-MC, Rel. Min Celso de Melo, julg. 22/1/2015.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, e que visem à alteração do número de membros da Defensoria Pública da União, criação e extinção dos seus cargos, a remuneração dos Defensores Públicos Federais e dos servidores da instituição.

g) Os incisos I e X do artigo 93 da Constituição Federal são agora aplicáveis à Defensoria Pública da União? Dependem de lei para sua implementação? O inciso V do artigo 93 da Constituição Federal também é aplicável à Defensoria Pública da União? Caso afirmativo, o percentual máximo admitido de diferença entre os subsídios das categorias da Carreira de Defensor Público Federal é autoaplicável? O montante global da remuneração atual do Defensor Público-Geral Federal pode ser utilizado como parâmetro para o escalonamento?

No passado, a Constituição era vista mais como proclamação política do que como autêntica norma jurídica. No país, nossa cultura jurídica hegemônica era reticente em relação à aplicação direta das normas constitucionais sobre a realidade. Este foi um dos fatores que historicamente contribuiu para o déficit de efetividade das nossas constituições. Na atualidade, todavia, formou-se um consenso teórico no sentido de que se deve apostar na força normativa da Constituição, para se extrair dos seus preceitos a maior carga de efeitos possível, a fim de que possam de fato incidir e condicionar a realidade fática subjacente.[79]Afirma-se em uníssono a importância do princípio da efetividade[80] ou da força normativa da Constituição. Nas palavras de Konrad Hesse, "*na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima*".[81] Esta importante diretriz hermenêutica orientará a resposta às várias questões contidas neste quesito.

---

[79] Veja-se, a propósito, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.* Belo Horizonte: Forum. 2ª ed., 2014, pp. 442-446.

[80] Sobre a questão, conferir Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas.*.Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

[81] Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 68.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Como destacado acima, o art. 134, § 4º, da Constituição, introduzido pela EC nº 80/2014, determinou a aplicação à Defensoria Pública *no que couber*, do disposto no art. 93 da Constituição, que trata da magistratura.

Nesse ponto, o claro objetivo do poder constituinte derivado foi fortalecer a Defensoria Pública, emprestando-lhe estatuto constitucional similar ao do Poder Judiciário – exatamente o que já havia sido feito com o Ministério Público, com a nova redação do artigo 129, §4º, da CF, dada pela EC nº 45/2004. Com isso, não se objetivou proteger interesses meramente corporativos dos defensores públicos, mas sim robustecer a instituição da Defensoria Pública, em prol da defesa dos direitos dos necessitados.

Assim, a diretriz a ser seguida nesta matéria deve ser a presunção de aplicabilidade dos dispositivos do art. 93 à Defensoria Pública, a ser afastada apenas nos casos em que o preceito em questão se conecte a alguma singularidade do Poder Judiciário ou da carreira da magistratura que não tenham pertinência em relação à Defensoria. É que o firme escopo do constituinte reformador foi aproximar, e não distanciar o regime constitucional das duas instituições e das respectivas carreiras. Portanto, o ônus argumentativo deve recair sobre aquele que sustenta a *não* aplicação de algum preceito do art. 93 sobre a Defensoria, e não o contrário.

O inciso I do art. 93 cuida do ingresso na carreira da magistratura, para o qual estabelece certos requisitos.[82]A indiscutível relevância e complexidade das funções desempenhadas pelos defensores públicos justifica a aplicação do referido preceito também à instituição, na parte em que alude aos referidos requisitos. Para tanto, *não há necessidade* de qualquer tipo de regulamentação infraconstitucional. Diante do teor do dispositivo, e do princípio da força normativa da Constituição, não há porque condicionar a sua incidência sobre a Defensoria Pública da União à edição de qualquer ato normativo infraconstitucional ulterior.

Essa aplicação acarreta uma mudança significativa: a Lei Complementar nº 80/94, previa, no seu art. 26, a comprovação de "*no mínimo, dois anos de prática forense"*

---

[82] Preceitua o art. 93, inciso I, CF: "*ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 (três) anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, a ordem de classificação*".

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

(*caput*), nos quais se computava também *"o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei"* (§1º). Já o art. 93, I, da Constituição alude a *"três anos de atividade jurídica do bacharel"*. Evidentemente, a norma constitucional superveniente prevalece, acarretando a não recepção do art. 26, também nessa parte, como já ressaltado neste Parecer.

Também é claramente aplicável à Defensoria Pública o art. 93, inciso X, da Constituição, que estabelece que "*as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros*".

Pela importância da atuação da Defensoria, é plenamente justificável a incidência desse comando constitucional sobre a instituição, de modo a torná-la ainda mais aberta e transparente perante a sociedade, e a prover os defensores de garantias funcionais reforçadas, que lhes permitam atuar com efetiva independência. A incidência de tal preceito sobre a Defensoria Pública da União tampouco pressupõe a edição de lei, pois a regra constitucional desfruta de aplicabilidade imediata, reunindo todos os pressupostos para incidir desde já sobre a instituição.

O referido dispositivo constitucional reforça a publicidade no âmbito da Defensoria Pública, o que se justifica diante da necessidade de tornar uma instituição tão importante para a sociedade ainda mais transparente, fortalecendo a possibilidade de controle social sobre todos seus atos. A premissa das inovações que fortalecem a publicidade dos atos das instituições estatais é aquela já enunciada há mais de um século pelo juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis: *"a luz solar é o melhor dos desinfetantes"*[83].

Desse modo, não foi recepcionada a previsão de sessões secretas para a organização de lista tríplice de promoção por merecimento, prevista no §2º do art. 31 da Lei Complementar nº 80. É evidente, na hipótese, a ausência de qualquer interesse constitucional relevante que possa afastar a regra da publicidade.

---

[83] Louis Brandeis. "What Publicity Can Do". *Harpers's Weekly,* 20/12/1913.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

O sigilo deve ser a exceção até mesmo nos processos administrativos conduzidos pelos órgãos de corregedoria da DPU e respectivas decisões. A publicidade nesses processos só pode ser excepcionada diante de situação concreta em que materializada a exceção contida na própria Constituição: "*em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*" (art. 93, IX).

Por outro lado, a incidência do inciso X do art. 93 da Constituição também acarreta a não recepção do art. 50, § 6º, da Lei Complementar nº 80, que prevê a aplicação das penas de demissão e cassação de aposentadoria pelo Presidente da República. Tais sanções só podem ser cominadas por órgão da própria DPU, o que também resulta da autonomia administrativa da instituição, assegurada pelo art. 134, §§ 2º e 3º, CF.

O inciso V do art. 93, com redação dada pela EC nº 19/1998, por sua vez, criou um escalonamento vertical de subsídios entre os diversos níveis da magistratura. Reza o dispositivo:

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

Não há qualquer especificidade no dispositivo transcrito que justifique a sua aplicação exclusiva a magistrados. Tal preceito, inclusive, incide sobre as carreiras do Ministério Público, por força do disposto no art. 129, § 4º da Constituição. E a existência de profundas semelhanças entre a estruturação escalonada das carreiras de Defensor Público Federal e as da magistratura e do Ministério Público robustece a tese de aplicabilidade do preceito em questão à Defensoria Pública da União.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Com efeito, tal como nas carreiras da magistratura e do Ministério Público, na DPU, a atuação nas diferentes instâncias judiciais se vincula ao posto na carreira ocupado pelo agente público: os defensores públicos federais de 2ª categoria (inicial) atuam em 1ª instância; os de 1ª categoria perante os tribunais de 2ª instância (e turmas dos juizados especiais federais); os de categoria especial perante os tribunais superiores (e turma nacional de uniformização dos juizados especiais federais); e o Defensor Público-Geral Federal no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de modelo previsto pela LC 80/94 (arts. 19 a 23), que é significativamente diferente do que predomina, por exemplo, nas carreiras da advocacia pública, em que não há relação necessária entre a progressão na carreira e a instância judicial perante a qual atua o advogado.[84]

O princípio da efetividade da Constituição impõe que se busque atribuir algum efeito útil aos preceitos constitucionais, de modo a não tornar a sua eficácia refém permanente e incondicional da vontade do legislador. Na hipótese ora analisada, é possível extrair normatividade direta do art. 93, V, da Lei Maior, pelo menos na parte em que prevê as margens de escalonamento remuneratório entre cada degrau da carreira, entre 5 e 10%. Nessa matéria, o legislador ordinário tem, é certo, um âmbito de escolha legítima, mas há uma diferença máxima entre o que podem perceber os integrantes de cada nível da carreira da DPU, que já foi estabelecida pelo poder constituinte reformador, e que, por isso, deve ser aplicada desde já, sem a necessidade de mediação legislativa: a diferença de 10%.

A aplicabilidade imediata do art. 93, V, da Constituição, vem sendo reconhecida pelo STF em vários julgados. O *leading case* foi a ADI-MC nº 764,[85] em que se suspendeu preceito de lei estadual que fixara a remuneração dos magistrados do Piauí com diferença superior a 10 % entre desembargadores e juízes de última entrância. Mas foi na ADI-MC nº 1899[86] que a Corte abordou a hipótese de ajuste administrativo dos subsídios para

---

[84] Nessa linha, é interessante notar que, ao contrário do que ocorre nas carreiras da Advocacia-Geral da União, em que a promoção não está vinculada a uma instância específica do Judiciário, a primeira promoção na DPU muitas vezes só acontece após o decurso de 10 ou mais anos de atuação, estando sujeita à disponibilidade de vagas nas instâncias superiores – exatamente como ocorre com o Judiciário e o Ministério Público da União.

[85] ADI-MC nº 664, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/04/94.

[86] ADI-MC nº 1899, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01/06/2001.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

adequá-los ao escalonamento máximo permitido pela Constituição. No caso, discutiu-se decisão administrativa do TST que fixara as diferenças de subsídio entre cada nível da carreira da magistratura do trabalho em 5%. A decisão foi considerada inconstitucional, em razão do percentual estipulado pelo TST, de 5%, mas a Corte deixou claro que o escalonamento administrativo na base de 10% é correto, por força da autoaplicabilidade do art. 93, V, da Constituição. Veja-se, nesta linha, os trechos abaixo, extraídos do voto do Relator, Ministro Carlos Velloso:

> *"É que os vencimentos dos magistrados, está no citado dispositivo constitucional, 'serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira ...'.* ***Então, poderiam os Tribunais utilizar-se da regra constitucional mencionada, estabelecendo-se o limite de dez por cento de diferença, a partir dos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federa****l (...)*
>
> *Assim vinha ocorrendo, quando sobreveio a decisão administrativa do Órgão Especial do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, objeto desta ação, que ao argumento de que a diferença de remuneração entre as categorias sempre foi menor do que dez por cento, a manutenção deste percentual implicaria ofensa ao princípio da igualdade. (...). Permito-me, com a devida vênia, divergir do entendimento da decisão administrativa objeto desta ação. (...).*
>
> *O que me parece correto é que quando o Supremo Tribunal Federal, em obediência à Lei nº 8.848, de 1992, fez valer a equivalência, fixando em R$ 8.000,00 a remuneração dos seus membros, assim o fez porque a lei o autorizava a proceder (...). Os demais órgãos do Judiciário, porque não tinham lei a autorizar a majoração da remuneração dos seus membros, utilizaram-se da regra inscrita no inc. V do art. 93 da Constituição Federal.*
>
> *(...) Vê-se, assim, que os vencimentos dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, dos Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Juízes do Trabalho de 1ª instância, fixados em fevereiro de 1995, respeitaram o disposto no art. 93, inciso V, da Constituição Federal".*

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Posteriormente, o STF revisitou o tema, ao apreciar caso em que se discutia a concessão a membro do MP de indenização judicial, por ter percebido subsídio que não observara a diferença máxima de 10% entre cada nível da carreira. O recurso alegava, dentre outros argumentos, que a concessão do pagamento importaria em desconsiderar a imposição constitucional de que apenas a lei pode aumentar a remuneração do servidor público. O STF rechaçou o argumento, diante da aplicabilidade imediata no art. 93, V, da Constituição. Consta na ementa do acórdão:

> "*Em nenhum momento, o acórdão recorrido se fundou no princípio da isonomia para permitir o aumento de vencimentos pretendido pelos agravados. Na realidade, apoiou-se na auto-aplicabilidade da norma do art. 93, V da Constituição Federal, em consonância, aliás, com a jurisprudência desta Corte (ADI 764-MC, Rel. Min. Celso de Mello). A Súmula 339 não incide no caso dos autos".*[87]

Mais recentemente, a aplicabilidade imediata da regra de escalonamento vertical de subsídios, independentemente da edição de lei, foi assegurada a todos os magistrados estaduais, por meio de decisão cautelar referendada pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça.[88]

No âmbito da DPU, o limite a partir do qual deve ser aplicado o escalonamento vertical de 10%, nos termos estabelecidos pela Constituição, só pode corresponder à remuneração global percebida pelo Defensor-Geral Federal, pois ela configura o teto remuneratório legítimo na esfera da instituição, cujo valor bruto não pode ser validamente

---

[87] 2ª Turma, Ag. Reg. RE nº 307.373, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 08/04/2005.

[88] Decisão proferida no Pedido de Providências – 0006845-87.2014.2.00.000, Rel. Cons. Gilberto Valente Martins. Na referida decisão, referendada pelo Plenário do CNJ em 15/03/2015, consta: "*Pedido julgado parcialmente procedente para propor a modificação da Resolução CNJ 13, de 21 de março de 2006, no sentido de acrescentar dispositivo que garanta aos membros da magistratura estadual o recebimento do mínimo constitucional, a título de subsídio, considerado o escalonamento vertical, a partir do valor do subsídio dos Ministros do STF, sem que houver alteração deste".*

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

diminuído, em razão do princípio da irredutibilidade, consagrado no art. 37, inciso XV, da Constituição.[89]

Trata-se, ademais, de solução simétrica à adotada no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público Federal – as outras carreiras às quais se aplica o art. 93, V, CF –, em que os tetos correspondem ao que percebem, respectivamente, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República.

Em síntese, respondendo objetivamente ao quesito, **os incisos I, V e X do art. 93 são todos aplicáveis à Defensoria Pública da União, e nenhum deles carece da edição de lei para que possa incidir sobre a instituição e seus integrantes. O escalonamento vertical de subsídio, imposto pelo art. 93, V, da Constituição, deve tomar como teto na DPU o valor total da remuneração percebida pelo Defensor Público-Geral Federal.**

h) A autonomia conferida à Defensoria Pública da União impõe a publicação oficial dos seus atos e das informações relevantes sobre os serviços da instituição em capítulo próprio do Diário Oficial da União?

A publicidade por meio da Imprensa Oficial, além de ampliar a transparência estatal e promover o direito do público de acesso à informação, constitui muitas vezes requisito para a validade do ato publicado.[90] Portanto, o acesso direto à Imprensa Oficial,

---

[89] É incontroversa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a mudança da fórmula de composição da remuneração global do servidor não pode importar em redução do valor nominal bruto por ele percebido. Confira-se, a propósito: AO nº 1546-ED, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 24/02/2015; RE n. 597.838-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 01/02/2011; RE nº 601.985-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 24/08/2010; RE nº 375.936-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 23/05/2006; RE nº 550.650-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julg. 10/06/2008; e RE nº 603.453-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 02/12/2010.

[90] Cf., *e.g.*, art. 2º, Parágrafo único, Lei nº 9.784/99 (atos administrativos), e art. 61, Parágrafo único, da Lei 8.666/93 (contratos administrativos). Veja-se, a propósito, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 97-102; Alexandre Santos de Aragão. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, pp. 182-183.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

sem intermediações do Poder Executivo, é um instrumento essencial para que a Defensoria Pública da União possa desempenhar a contento a sua missão institucional.

Nada obstante, a Defensoria Pública da União não conta atualmente com seção própria nas publicações do Diário Oficial da União.[91] A Portaria nº 268 de 5 de outubro de 2009, do Diretor-Geral da Imprensa Nacional, que dispõe sobre "*a publicação de atos nos Jornais Oficiais editados pela Imprensa Nacional*" faz alusão aos atos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério Público da União e à Advocacia-Geral da União, mas não menciona a DPU. O Diário Oficial da União contém atualmente seções relativas aos poderes Legislativo e Judiciário, à Presidência da República, a cada um dos inúmeros ministérios que compõe o Poder Executivo, ao TCU, ao MPU, ao Conselho Nacional do Ministério Público e até às "*Entidades de Fiscalização do Exercício das Profissões Liberais*", mas não contempla espaço específico para a Defensoria Pública da União. Os atos da DPU vêm sendo indevidamente publicados na seção do DOU que trata do Ministério da Justiça, como se a instituição ainda lhe fosse subordinada.

É evidente que uma publicação oficial não pode divulgar os atos estatais de forma errônea, sob pena de subversão do próprio princípio da publicidade que ela visa a atender. Ora, publicizar os atos da Defensoria Pública da União como se esta fosse órgão administrativo desprovido de autonomia, vinculado a um ministério do Poder Executivo, é incorrer em erro crasso.

Não há dúvidas de que tal atitude promove a *desinformação* do público. Ela dificulta, ademais, que o cidadão tenha acesso as representações, processos e procedimentos em tramitação na DPU, contrariando o previsto no art. 4º-A, inciso I, da Lei Complementar nº 80/94. Ainda mais grave, o equívoco pode também comprometer a autonomia da instituição, ao viabilizar a oposição de eventuais obstáculos pelo Poder Executivo à publicação dos atos da DPU.

Nem se diga que a correção do problema dependeria da edição de novo ato normativo, alterando a Portaria nº 268. Como já destacado, a autonomia da Defensoria

[91]Além do Diário Oficial da União, a Imprensa Nacional também edita o Diário de Justiça, voltado à publicação de decisões judiciais.

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR

Pública da União está consagrada em norma constitucional autoaplicável, cujos efeitos não podem ser condicionados à regulamentação legal, nem muito menos à expedição de atos normativos subalternos por órgão do Poder Executivo. Felizmente, já passou o tempo em que, no Direito Público brasileiro, a Portaria valia mais do que a lei e até do que a Constituição!

Assim, pode-se responder ao quesito afirmando que **a autonomia constitucionalmente conferida à Defensoria Pública da União impõe que a publicação oficial dos seus atos se dê em seção própria do Diário Oficial da União, e não em espaço destinado a atos do Poder Executivo.**

É o parecer.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 2015.

DANIEL SARMENTO

Professor de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Pós-doutor na Yale Law School

CONTATO@DSARMENTO.ADV.BR | +55 21 3974-9950
AV. GRAÇA ARANHA 206, 10° ANDAR, CENTRO – RIO DE JANEIRO, RJ, 200300-01 BRASIL
WWW.DSARMENTO.ADV.BR