

OPINIÃO LEGAL

CONSULTA E QUESITOS

Honra-nos a Consulente ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP, por sua ilustre presidente PATRÍCIA KATTERMAN, com consulta acerca da Emenda Constitucional n.º 80/2014 promulgada em 4 de junho de 2014.

Foram-nos formulados os seguintes quesitos:

- 1) A Emenda Constitucional n.º 80 de 2014 tem aplicação imediata nos estados ou depende de alteração das constituições estaduais?
- 2) A iniciativa legislativa prevista na emenda abrange o envio da lei complementar que regulará a Defensoria Pública e os defensores públicos, na forma do art. 93, da CF, ou somente as leis que tratem da carreira e dos vencimentos/subsídios, nos termos do art. 96, II, da CF?
- 3) Se a PEC 63/2013 for aprovada, sua aplicação será imediata aos defensores públicos?
- 4) A LOMAN pode ser aplicada aos defensores públicos?
- 5) O prazo de três anos de atividade jurídica, disposto no art. 93, I, da Constituição Federal, aplica-se a Defensoria Pública?
- 6) A exigência de cursos de preparação, aperfeiçoamento e promoção aplicam-se à Defensoria Pública?

- 7) O subsídio dos defensores públicos deve obedecer ao inciso V, do art. 93, da Constituição Federal?
- 8) Os critérios para promoção, dispostos nos incisos II e III, do art. 93, da Constituição aplicam-se à Defensoria Pública?

A elaboração da Opinião Legal exige algumas reflexões acerca da eficácia das normas constitucionais modificadas, dos direitos e princípios fundamentais a serem resguardados, bem como da adequação da Lei Complementar 80 de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensorias Pública - LONDP), alterada pela Lei Complementar 132/2009, a estas.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em 4 de junho de 2014 foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 80/2014, após aprovação da PEC na Câmara dos Deputados (n.º 247/2013) e no Senado Federal (n.º 04/2014), conhecida no âmbito jurídico como “PEC Defensoria Para Todos”, “PEC das Comarcas” ou “PEC das Defensorias Públicas”.

A Emenda Constitucional em apreço trouxe relevantes alterações ao texto constitucional, precisamente, no que tange a instituição consagrada no atual Estado Democrático de Direito. Vejamos a nova redação:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80, DE 4 DE JUNHO DE 2014

Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"TÍTULO IV

DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

.....
CAPÍTULO IV

DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

.....
Seção III

Da Advocacia
.....

Seção IV

Da Defensoria Pública

Art. 134. 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.

.....
§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal."(NR)

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98:

"Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional."

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Nota-se que a referida emenda instituiu seção própria à Defensoria Pública (Seção IV) no Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal ("Das Funções Essenciais à Justiça"), constitucionalizou o art. 1º da Lei Complementar n.º 80/1994 (LONDP), alterada pela Lei 132/2009, nos termos da redação do art. 134, *caput*, da Constituição da República, atraiu para o texto

constitucional os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional insculpidos no art. 3º do referido diploma legal. Por fim, estabeleceu a necessidade de proporcionalidade entre o número de defensores públicos, à efetiva demanda e à respectiva população, bem como fixou prazo de 8 anos para que a União, Estados e Distrito Federal contem com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais.

Feitas estas considerações iniciais, passemos à análise.

1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 80/14 TEM APLICAÇÃO IMEDIATA NOS ESTADO OU DEPENDE DE ALTERAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS?

Conforme salientado, a Emenda Constitucional n.º 80/2014 trouxe importantes modificações ao texto constitucional, e dentre estas está a inclusão do parágrafo 4º ao art. 134, da Constituição Federal. Vejamos:

“Art. 134. 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.

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”

Inicialmente, depreende-se da simples leitura do dispositivo em questão que, o legislador quis apenas e tão somente acrescentar ao texto constitucional os princípios institucionais basilares da Defensoria Pública já insculpidos na Lei Complementar n.º 80 de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública - LONDP).

Com efeito, o art. 3º, da LONDP, dispõe exatamente no mesmo sentido da primeira parte do dispositivo acima transcrito: *“Art. 3º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.”*

Compete, nesse ponto, anotar o salientado na justificação da Proposta de Emenda à Constituição n.º 247/2013 pelo legislador constitucional:

“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 redação determinada pela Lei Complementar no. 132, de 2009.

(...)

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 de norma constitucional.

Ao constitucionalizar os princípios da Defensoria Pública, cabe também estender-lhe a aplicação dos importantes avanços democráticos e modernizantes introduzidos no Poder Judiciário através da Reforma Constitucional do Judiciário (EC no. 45, de 2004).

Através das alterações ao art. 93, a EC no. 45/2004 estabeleceu a regra da fixação da residência do juiz na respectiva comarca, salvo com autorização do tribunal. Também criou normas mais objetivas para aferir a promoção por merecimento – seja de entrância para entrância ou na carreira –, inclusive com a obrigatoriedade de participação de cursos e aperfeiçoamento e a aferição por meio de critério de desempenho e produtividade.

Aliás, o art. 93 da CF – introduzido pela EC no. 45/2004 – já dispõe que “o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”, norma essa que em boa hora deve ser aplicada também à Defensoria Pública.”

De fato, a justificação acima transcrita deixa claro a intenção do legislador em transpor ao texto constitucional as normas gerais já implementadas à instituição tanto em âmbito federal como estadual, visando, dessa maneira,

confirmar a constitucionalidade dos dispositivos da legislação infraconstitucional em tela.

Nesse sentido, de uma análise mais detida do dispositivo constitucional em questão, verifica-se que as garantias foram ali inseridas em termos abrangentes, assim como pensou o legislador infraconstitucional, deixando claro que a pretensão em dispor sobre a instituição como um todo, ou seja, tanto da Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Territórios, como da Defensoria Pública dos Estados.

Outrossim, a aplicação dos artigos 93 e 96, II, da Constituição Federal em sua essência, como perquirido quando da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, confirma a afirmação erigida acima, uma vez que estes dispositivos abrangem indistintamente as Magistraturas Federal e estadual. Ou seja, tanto o Estatuto da Magistratura (Lei Complementar n.º 35, de 14 de março e 1979) quanto as garantias inscritas nos quinze incisos do art. 93, da Constituição da República, tem aplicabilidade à magistratura federal e estadual, e nessa mesma toada deve-se conjecturar no que toca a Defensoria Pública.

Observemos a dicção do art. 93, *caput*, da Constituição Federal: *“Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:”*.

Importante anotar, preliminarmente, que o vocábulo “princípios” foi utilizado pelo legislador federal à época da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004 no sentido de “diretrizes” a serem seguidas, ou seja, devendo ser aplicadas de imediato, independentemente de legislação infraconstitucional que viesse a regular a matéria *a posteriori*.

De fato, essas diretrizes são de observância obrigatória ao legislador infraconstitucional, mas não normas que, para a sua efetiva aplicação, dependam de providência legislativa, ou seja, são normas de eficácia ou aplicabilidade imediata, conforme ensinamentos de José Afonso da Silva, ou norma constitucional auto executável, conforme comenta Gilmar Ferreira Mendes em sua obra¹.

Seguindo essa linha, o Supremo Tribunal Federal já tratou do tema quando do julgamento da Medida Cautelar na ADI 189/RJ que, em síntese, questionava a imediatidade da aplicabilidade do dispositivo constitucional à magistratura, de Relatoria do Ministro Celso de Melo, julgada em 18 abril de 1990:

"As normas inscritas no artigo 93 da Constituição da República muito mais traduzem diretrizes, de observância compulsória do legislador, do que regras dependentes, para sua efetiva aplicação, de ulterior providência legislativa. A eficácia e a aplicabilidade das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, em princípio, para que possam operar e atuar corretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura".

Posteriormente, quando do julgamento da referida ADI, tal tese foi confirmada, nos termos do voto do Ministro Relator:

"(...) Tais regras muito mais traduzem diretrizes, de observância compulsória pelo Congresso nacional, quando da elaboração do Estatuto da Magistratura, do que normas dependentes, para sua efetiva aplicação, de ulterior providência legislativa.

(...)

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63.

A eficácia das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, portanto, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura. Constituem, na realidade, pressupostos condicionadores da própria ação normativa do Congresso Nacional, que não poderá prescindir, na concretização do comando constitucional referido, dos princípios nele reclamados.”

Cumpre, ainda, destacar que diante da força da supremacia da Constituição, bem como da normatividade dos princípios por ela irradiados, toda a ordem jurídica deve ser lida e interpretada a partir do texto constitucional.² Nesse ponto, vem a tona a ideia do vigor das normas constitucionais aqui analisadas, tendo em vista que, conforme acima explanado, estas independem da atividade do legislador infraconstitucional para serem devidamente aplicadas em âmbito federal e estadual.

Aplica-se ao caso, em reforço ao já dito, a importante distinção traçada por José Afonso da Silva ao dizer que o Poder Constituinte Originário é soberano, enquanto o Poder Constituinte Derivado é apenas autônomo.³

A soberania consiste em uma supremacia interna e externa para cuidar de seus próprios assuntos. Já a autonomia, de acordo com o autor, é um poder próprio limitado por outro, o que implica na existência de uma zona de

² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, RDA 225/34 (2001): “A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas própria de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.”

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. Ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 610.

autodeterminação e desta decorre a autonomia propriamente, mas também num conjunto de limitações e restrições.⁴

Diante disso, tem-se que as normas constitucionais dispostas na nova Seção IV, do Capítulo IV, do Título IV, da Constituição Federal não são de repetição obrigatória ou de imitação⁵, mas sim de observância obrigatória, ou seja, nos exatos termos exposto pelo doutrinador em comentário: “normas limitativas de um dos princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira: a autonomia dos estados.”⁶

Adotando tal tema, deve-se ter em mente que as normas constitucionais em nota, tratam da instituição responsável a garantir a todos os cidadãos o Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita, expresso no art. 5º, LXXIV, da Constituição da República. Mas não só, uma vez que a Defensoria Pública tem como objetivos a primazia da dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito e a prevalência dos direitos humanos.

Nesse sentir já se posicionou o Ministro Celso de Melo da Suprema Corte no julgamento da ADI 2903 PB7:

“A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. Ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 610.

⁵ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.73: “as normas de reprodução decorrem de caráter compulsório da norma constitucional superior, enquanto a norma de imitação traduz adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. Ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 287.

⁷ STF. ADI 2903 PB. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Tribunal Pleno. Julgamento: 01/12/2005. DJe-177.

*Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela **Defensoria Pública**, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.”*

Com efeito, o legislador constituinte desde a Emenda Constitucional n.º 45/2004 reafirma a importância da Defensoria Pública no cenário jurídico nacional, como instrumento de democratização do acesso à Justiça e de concretização de direitos fundamentais, e atualmente, com a promulgação da EC n.º 80/2014, trouxe ao texto constitucional as ferramentas necessárias a concretização deste dever, tornando cristalina a ideia de que tais modificações devem ter aplicabilidade imediata tanto na esfera federal, quanto na esfera estadual.

Por fim, vale nesse ponto acrescentar que seguramente diversas demandas haverá de ser intentadas, visando o embate entre a nova ordem constitucional e a legislação infraconstitucional anterior.

Por certo que do confronto de normas em tela, deverá prevalecer o mandamento superior, devendo ser consideradas inválidas as normas incompatíveis com a Constituição da República, o que reafirma a Supremacia desta em relação àquela⁸.

Assim já se posicionou o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados como no da ADI 230⁹, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, especificamente quanto a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:

“O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para declarar a inconstitucionalidade da alínea g, I, e da alínea a, IV, ambas do art. 178 da Constituição estadual, que, preveem, respectivamente, que o defensor público, após dois anos de exercício na função, não perderá o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado, e ser prerrogativa daquele requisitar, administrativamente, de autoridade pública e dos seus agentes ou de entidade particular, certidões, exames, perícias, e outros documentos e providências necessários ao exercício de suas atribuições. (...) No que se refere à mencionada alínea a, entendeu-se que ela estaria conferindo ao defensor público prerrogativas que implicariam, além de interferência em outros poderes, prejuízo na paridade de armas que deve haver entre as partes. Julgou-se improcedente o pleito em relação às alíneas b e c do inciso IV do aludido art. 178, que dispõem que o defensor público pode “comunicar-se pessoal e reservadamente com o preso” e “ter livre acesso e trânsito a estabelecimentos públicos e os destinados ao público no exercício de suas funções”, garantias compatíveis com o disposto na Lei Complementar 80/1994, bem como no Estatuto

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 107: “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível”.

⁹ STF. ADI 230. Relator(a): Min. CARMEM LÚCIA. Tribunal Pleno. Julgamento: 01/02/2010. Informativo 573 do STF.

da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB. Declarou-se, ainda, prejudicado o pedido em relação à alínea f do inciso I, e ao inciso II, também do aludido art. 178, que tratam da aposentadoria dos membros da Defensoria Pública e da garantia da inamovibilidade.”

2. A INICIATIVA LEGISLATIVA PREVISTA NA EMENDA ABRANGE O ENVIO DA LEI COMPLEMENTAR QUE REGULARÁ A DEFENSORIA PÚBLICA E OS DEFENSORES PÚBLICOS, NA FORMA DO ART. 93, DA CF, OU SOMENTE AS LEIS QUE TRATAREM DA CARREIRA E DOS VENCIMENTOS/SUBSÍDIOS, NOS TERMOS DO ART. 96, II, DA CF?

Nos termos aduzidos alhures, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro não apenas se limitou a prever seu dever fundamental de prestar assistência judiciária, mas incluiu no texto constitucional instrumentos necessários que possibilitem o real alcance desse ideal de completa prestação jurisdicional.

O já apontado art. 5º, LXXIV, da Constituição da República, nos remete a ideia do legislador ao passo que exalta o Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita, demonstrando o dever estatal não somente de viabilizar a representação e defesa em processos judiciais, como também de possibilitar orientação jurídica em termos gerais, visando a conscientização da população.

Diante de tal preceito, foi adjudicada à Defensoria Pública a missão de cumprir a extraordinária tarefa exposta, segundo a redação do art. 134, da Carta Política¹⁰.

Convém ressaltar que, para atingir o fim pretendido, a atual ordem constitucional trouxe inegável autonomia à instituição, o que pode ser ilustrado pela simples observância das modificações iniciadas pela EC 45/2004 e perpetuadas com a promulgação da EC n.º 80/2014 ao texto constitucional.

¹⁰ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A EC n.º 80/2014 introduziu o parágrafo 4º ao art. 134, da Constituição Federal que, conforme demonstrado pela simples leitura da justificação apresentada pelo legislador quando da apresentação da Proposta de Emenda Constitucional n.º 247, trata-se tão somente da transposição do art. 3º da LONDP somada a aplicação extensiva dos arts. 93 e 96, II, da Constituição da República, à instituição no que couber.

O art. 96, II, da Constituição Federal, dispõe sobre a iniciativa de lei conferida aos tribunais para alteração de suas estruturas administrativas, ou seja, do número de membros dos tribunais inferiores, criação e extinção de cargos e tribunais inferiores, fixação de subsídios e alteração da organização das divisões judiciárias.

Como se percebe, a competência fixada no dispositivo em comento distingue as esferas judiciárias, de modo que cada tribunal terá a iniciativa relativa ao seu estado ou, no caso do Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores, à União.

Diante da remissão feita no texto do §4º do art. 134 ao art. 96, II, ambos da Constituição da República, constata-se que as Defensorias Públicas Estaduais terão iniciativa de propor à respectiva Assembleia Legislativa as leis relativas à organização de suas estruturas administrativas.

Este entendimento coaduna ainda com o disposto no art. 134, §2º, do mesmo diploma legal: *“As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º.”*

Noutro giro, importante lembrar que a regra geral da iniciativa legislativa não abrange a Defensoria Pública, como se extrai do art. 61, da Constituição Federal¹¹.

Vale citar, como exemplo de iniciativa própria do Supremo Tribunal Federal, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35 de 1979). No que tange ao Ministério Público, há previsão expressa de iniciativa facultativa do Procurador-Geral da República e dos Procuradores-Gerais dos Estados para as leis complementares que estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas as garantias e vedações constantes do art. 128, §5º, da Constituição da República¹².

À Advocacia Pública (arts. 131 e 132, da Constituição Federal) e à Defensoria Pública (arts. 134 e 135, da Constituição Federal), entretanto, não foram expressamente previstas as iniciativas legislativas que visem a sua organização.

Ocorre que, por integrarem o Poder Executivo, em tese, a iniciativa de organização da Advocacia Geral da União e da Defensoria Pública da União foi atribuída ao chefe do poder executivo até a Emenda Constitucional n.º 45/2004, nos termos do art. 61, §1º, II, “d”, da Constituição Federal¹³ e do art. 29, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁴.

¹¹ Art. 61 A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

¹² Art. 128 O Ministério Público abrange:

(...)

§5º Lei complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas relativamente aos seus membros.

¹³ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

Em atenção a tais dispositivos, o Poder Executivo deu origem aos processos legislativos que culminaram na aprovação da Lei Complementar n.º 73, de 1993 (que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, originária do Projeto de Lei Complementar 73/1991, do Poder Executivo) e da Lei Complementar n.º 80, de 1994 (que organiza a Defensoria Pública da União, originária do Projeto de Lei Complementar n.º 145/1993, do Poder Executivo).

Sob a mesma perspectiva, no âmbito dos Estados, seguiu-se a regra de competência para organização da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, ficando novamente a cargo do chefe do poder executivo (Governador de Estado).

Nesse diapasão, verifica-se aparente conflito entre o disposto nos art. 61, §1º, II, “d” e art. 93 (de recente aplicação à Defensoria Pública, conforme já mencionada EC n.º 80/2014), ambos da Constituição da República.

Inicialmente, insta ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em análise da Medida Cautelar na ADI n.º 400 DF¹⁵, apontou que, em verdade, há no texto do art. 61, §1º, II, “d”, da Constituição Federal uma “impropriedade terminológica”, acrescentando que a privatividade do chefe do Poder Executivo deveria ser entendida no sentido de eliminar a iniciativa parlamentar.

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

¹⁴ Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

§ 1º - O Presidente da República, no prazo de cento e vinte dias, encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei complementar dispondo sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União.

¹⁵ STF, ADI MC 400, Ministro Relator Marco Aurélio, DJ de 8 de fevereiro de 1991. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “*Senhor Ministro Presidente, como notei, o panorama é idêntico ao da Constituição Federal, onde há também essa impropriedade terminológica de chamar privativa a competência do Presidente, que, no entanto, sofre a concorrência do Procurador-Geral da República. Essa “privatividade” só pode ter um sentido, que é o de eliminar a iniciativa parlamentar. Há uma impropriedade terminológica, mas essa mesma conciliação possível há de ser feita no plano federal e no plano estadual.*”

Naquela oportunidade, o Procurador-Geral da República ajuizou a supracitada ação direta de inconstitucionalidade em razão do disposto no art. 63, parágrafo único, V, da Constituição do Estado do Espírito Santo¹⁶, em razão do que pressupõe os arts. 25, 127 e 128, §5º, todos da Constituição Federal, uma vez que o dispositivo da constituição estadual em comento tratou como de iniciativa privativa do Governador de Estado as leis que organizam o Ministério Público, a Procuradoria-Geral do Estado e a Defensoria Pública.

Dessa forma, diante do embate entre os dispositivos constitucionais em comento configurada está a incoerência normativa, tratada na obra de Gilmar Ferreira Mendes¹⁷ como de difícil resolução pelo intérprete, convocando-o, inclusive, a “exercer incomuns poderes corretivos”.

De fato, verifica-se que apesar de expreso no texto constitucional que a iniciativa de lei complementar que organize a Defensoria Pública seja privativa do Chefe do Poder Executivo, opõe-se a tal norma não somente o disposto no §2º, do art. 134, do mesmo diploma legal que, conforme já revelado, não deixa dúvidas quanto a autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas Estaduais, mas também a ordem constitucional atualmente delineada em virtude, inclusive, da disposição lógica dos dispositivos que tratam da instituição, na medida em que, ao tratarem *Das Funções Essenciais à Justiça* no Capítulo IV do seu Título IV, deixam claro que a Defensoria Pública não é setor de qualquer dos Poderes da República, não condicionando, desta feita, a atividade desta, enquanto

¹⁶ Art. 63. A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, satisfeitos os requisitos estabelecidos nesta Constituição. Parágrafo único. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:
(...)

V - organização do Ministério Público, da Procuradoria-Geral do Estado e da Defensoria Pública.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87 e 88: “Outro problema o intérprete pode-se defrontar relaciona-se com os casos de incoerência normativa por parte do constituinte. O postulado do legislador racional, que não usa palavras excessivas e que não é incoerente nos seus comandos, encontra nas realidades constitucionais desmentidos práticos que desafiam a criatividade do intérprete. Por vezes, não há como resolver, segundo critérios técnicos tradicionais da hierarquia, especialidade ou cronológico, certas antinomias internas, verificadas na redação do Texto Constitucional. O problema, nesses casos, radica na circunstância de duas regras diversas, a propósito de um mesmo pressuposto de fato, comandarem soluções dispares.”

instituição essencial à Justiça, à autorização ou habilitação a ser concedida por qualquer destes.

Propõe o ilustre constitucionalista em comentário que perante uma incoerência normativa como a aqui tratada, deve o intérprete se utilizar dos métodos de interpretação da Constituição, quais sejam: *método clássico*, *método da tópica*, *método científico-espiritual* e o *método hermenêutico-concretizador*¹⁸.

Analisando método a método, nota-se que ante a presente problemática se mostra mais eficiente a utilização do método *científico-espiritual*, idealizado por Rudolf Smend, tendo em vista que se pretende aqui entender o sentido das normas em debate frente aos valores levados em consideração pelo legislador constitucional no momento de sua criação.

Como explica Paulo Bonavides:

*“A constituição é no dizer de Smend ‘a ordem jurídica do Estado ou mais precisamente da vida na qual tem o Estado sua realidade vital, a saber, seu processo de integração’. O sentido integrativo desse processo não é meramente funcional, mas relacionado com valores, como adverte Ehmke, e se confirma da maneira pela qual Smend se ocupa dos direitos fundamentais que refletem um determinado sistema de cultura.”*¹⁹

Ainda, nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

“Outro método sugerido é conhecido como científico-espiritual. Tem o seu corifeu no jurista alemão Smend. Enxerga-se a Constituição como um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91/93.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 179.

aproximar-se desses valores subjacentes à Constituição. Esses valores, contudo, estão sujeitos a flutuações, tornando a interpretação da Constituição fundamentalmente elástica e flexível, submetendo a força de decisões fundamentais às vicissitudes da realidade combinante.”²⁰

A apreciação valorativa dos dispositivos da Constituição tomando-se como base uma ordem de valores sociais, bem como elemento de processo de integração se mostra plausível diante da atual ordem constitucional.

De fato, quanto à regulação constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública, não resta dúvida que o legislador sempre se preocupou, conforme amplamente elucidado, com o real papel desta instituição perante a sociedade, procurando sempre ampará-la a fim de garantir a justiça social, a igualdade jurídico-formal e a igualdade socioeconômica, todas atreladas ao acesso a justiça.

Atualmente, a realidade brasileira nos remete a fatores de pobreza extrema, desigualdade social, violência, em meio a outros, o que gera perplexidade, bem como obriga o Estado a se posicionar de forma ativa a fim de garantir as mínimas garantias advindas do atual Estado Democrático de Direito frente aos problemas de natureza econômica corolários dos fatores em comento dentro de uma proposta condizente com a com a “constituição dirigente”²¹, como a Carta da República de 1988.

Dessa forma, sobressai como importantíssima medida adotada pelo Estado representado na figura do legislador a criação e aprimoramento da Defensoria Pública como instituição que visa a garantir a inclusão social, a justiça

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

social e a cidadania, na medida em que proporciona o acesso a justiça aos hipossuficientes.

Para se ter ideia da proporção da questão aqui apresentada, o acesso à justiça deve ser entendido como um direito que torna possível a garantia de outros direitos, em outras linhas, é a partir do acesso a justiça que se consegue dissipar as desigualdades sociais.

Destarte, é com base nesse ideal que o legislador imprime seus esforços, conforme o fez nas primeiras considerações delineadas quando do nascimento da Constituição Federal de 1988, bem como quando da promulgação da EC n.º 45/2004 e, por último, da EC n.º 80/2014.

Pelo arguido, inconcebível seria pensar em uma Defensoria Pública não autônoma, ainda dependente de outros Poderes para que possa organizar-se e promover o seu importantíssimo papel frente a sociedade brasileira.

Ora, assim como já ponderado tanto no que tange ao Ministério Público como a Magistratura, deve-se compreender que o legislador, em busca da democratização do acesso à justiça, a partir das significativas modificações ao texto constitucional implementadas pela EC n.º 80/2014, principalmente ao destinar sessão própria a esta, trazer importantes garantias anteriormente reservadas exclusivamente a Magistratura, nada mais quis que, de igual forma, possibilitar a independência da instituição, inclusive no que tange a possibilitar a esta a iniciativa de propor lei que organizará seu funcionamento.

Em resumo, dentro de todo esse viés ideológico que é impulsionado por uma demanda social, é preciso que se interprete a norma com o seu valor social, ou seja, conforme propôs Smend ao alvitrar método de

interpretação e integração da norma constitucional nos termos já esboçados aqui aplicados.

3. SE A PEC N.º 63/2013 FOR APROVADA, SUA APLICAÇÃO SERÁ IMEDIATA AOS DEFENSORES PÚBLICOS?

Tramita atualmente no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 63 de 2013 que teve como signatário o Senador Gim Argello que, nos termos da Ementa: *“acrescenta os §§ 9º e 10 ao art. 39 da Constituição, para instituir a parcela indenizatória de valorização por tempo na Magistratura e Ministério Público, e dá outras providências.”*

Vejamos na íntegra a redação original da Emenda Constitucional ainda pendente de aprovação:

“Art. 1º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 39

§9º Os integrantes do ministério público e magistratura da união, dos Estado e do Distrito Federal fazem jus a parcela mensal indenizatória de valorização por tempo de serviço ao Ministério Público e na Magistratura, calcula na razão e cinco por cento do subsídio do respectivo cargo a cada quinquênio de efetivo exercício, até o máximo de sete.

§10º Para os fins do disposto no §9º, é assegurada aos que ingressarem na Magistratura e no Ministério Público a contagem de tempo de exercício anterior em carreiras jurídicas, bem como na advocacia.’(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor e produz efeito financeiros a partir de sua publicação, alcançando o tempo de serviço anterior a sua vigência.”

Como bem justificado pelo Senador signatário, a supracitada PEC visa dar seguimento à Reforma do Poder Judiciário iniciada pela Emenda Constitucional n.º 45/2014, sem deixar de observar a Reforma Administrativa

aviltada pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, que dentre outras medidas, fixou a remuneração dos membros do Poder Judiciário entre outros chefes do escalão superior federal, estadual, distrital e municipal, conforme o texto do § 4º, do art. 39 da Constituição.

Sendo assim, destina-se a PEC n.º 63/2013 tão somente a dar continuidade a um Programa de Valorização da Magistratura dirigido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela possibilidade de recebimento de eventual acréscimo em virtude do reconhecimento pelo tempo despendido a Magistratura.

Tal medida, já analisada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, se mostra deveras emblemática ante a possibilidade, mediante sua completa aprovação, de se reascender o estímulo de candidatos em não só ingressar referida carreira, mas de se manter nesta.

De acordo com o parecer n.º 414 de 2014 apresentado pelo Senador Relator da CCJ, Vital do Rêgo:

“Quanto ao mérito, é inegável a necessidade de criação de mecanismos que permitam, de um lado, retornar a atratividade das carreiras da magistratura e do Ministério Público e, de outro, enfatizar a sua posição institucional peculiar.

Efetivamente, os magistrados e membros do Ministério Público têm, por imposição constitucional, posição especial no Estado brasileiro.

Inicialmente trata-se de membro de Poder, de agentes políticos em sentido estrito. Entretanto, diferentemente dos seus congêneres nos Poderes Legislativo e Executivo, não detêm mandato. Pelo contrário, seu papel estatal exige permanência, maturação e organização carreira.

Ademais, não se confundem os servidores públicos, na medida em que são agentes do poder político, dotados de autonomia funcional e personificam órgãos estatais fundamentais.

Essa posição sui generis tem, necessariamente, reflexos em sua situação remuneratória, inclusive como garantia do exercício do seu papel institucional diferenciado.”

Cumpre salientar, que naquela assentada, a CCJ houve por bem editar a emenda inicialmente apresentada para que esta passasse a dispor da seguinte forma:

“Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 39

§4º Ressalvado o disposto no arts. 93, §1º, e 128, §7º, o membro do Poder, o detentor de mandato eletivo, Os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais, serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado, o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.’

‘Art. 93

§1º Os magistrados fazem jus a parcela mensal de valorização por tempo de exercício, não sujeita ao limite previsto no art. 37, XI, calculada na razão de cinco por cento do respectivo subsídio a cada cinco anos de efetivo exercício em atividade jurídica, até o máximo de trinta e cinco por cento.

§2º Considera-se atividade jurídica, para os fins do §1º, aquela decorrente do exercício na magistratura, Ministério Público, em cargos públicos de carreiras jurídicas e advocacia.’

‘Art. 128

§7º Os membros do Ministério Público fazem jus a parcela mensal de valorização por tempo de exercício, não sujeita ao limite previsto no art. 37, XI, calculada na razão de cinco por cento do respectivo subsídio a cada cinco anos de efetivo exercício em atividade jurídica, até o máximo de trinta e cinco por cento.

§8º Considera-se atividade jurídica, para os fins do §7º, aquela decorrente do exercício no Ministério Público, na magistratura em cargos públicos de carreiras jurídicas e advocacia.’

Art. 2º É assegurada a contagem do tempo de exercício anterior à data da publicação desta Emenda Constitucional para fins de cálculo da parcela mensal de valorização por tempo de exercício dos magistrados e membros do Ministério Público.

Art. 3º Aplica-se o disposto nesta Emenda Constitucional aos magistrados e membros do Ministério Público aposentados e aos seus pensionistas abrangidos pelos art. 6º-A, parágrafo único, e 7º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, e pelos arts. 2º e 3º, parágrafo único, da Emenda Constitucional n.º 47, de 5 de julho de 2005.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação, com efeitos financeiros a partir desta data.”

Inicialmente, vislumbra-se pela rasa leitura da PEC em comento, bem como dos primeiros comentários tecidos, que esta se restringe a apor ao texto constitucional a possibilidade de progressão remuneratória exclusivamente para os membros da Magistratura e do Ministério Público, uma vez que não trata expressamente da Defensoria Pública.

Por certo que se o intérprete se ater apenas ao texto exposto da Constituição, deduzirá que apenas a duas carreiras em comento foram disciplinadas na PEC n.º 63/2013, vez que não há qualquer expressão que possa ampliar o âmbito da alteração a outras carreiras, como a Defensoria Pública.

Em contrapartida, como já esboçado anteriormente, ao analisar o texto de lei, deve o aplicador do direito buscar a essência do preceito, ou seja, entendê-lo a partir de um estudo sistemático das diversas nuances ideológicas envolvidas, bem como da real intenção do legislador frente ao momento histórico da criação normativa, por meio da já citada hermenêutica jurídica²².

²² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 83: “A interpretação orientada à aplicação não se torna completa se o intérprete se basta com a análise sintática do texto. Como as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista. Para se definir o âmbito normativo do preceito constitucional, para se delinearem a

É nesse pensar que deverá ser analisada a aplicabilidade da PEC n.º 63/2013 aos defensores públicos.

Pois bem.

Preliminarmente, verifica-se que com a edição no texto da proposta de emenda em comento formulada pela CCJ, as futuras alterações serão eventualmente implementadas no art. 93, da Constituição Federal. Sendo assim, em virtude da aplicabilidade do citado dispositivo constitucional, ao menos “*no que couber*” à Defensoria Pública trazida pela EC n.º 80/2014, tem-se a primeira impressão quanto a possibilidade de se estender os benefícios orquestrados.

Cumpre, outrossim, notar que a Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal em 21 de maio de 2014 apresentou parecer pela aprovação da PEC n.º 63/2013 com os ajustes em comento.

Observa-se da leitura das notas taquigráficas da sessão na Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal realizada após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 80/14 que, naquela oportunidade, os Senadores que compõem a citada comissão ao tratarem da proposta pautada como “Item 1”, deixaram clara sua natural intenção de estender os efeitos desta aos membros da Defensoria Pública.

A título de exemplo vale citar o dito pelo Senador Humberto

Costa:

“(…) Nós estamos admitindo que três carreiras... lembrem-se de que nós estamos falando aqui de Ministério Público, de Poder Judiciário, e ontem, na emenda à

extensão e intensidade dos bens, circunstâncias e interesses atingidos pela norma, não se prescinde da consideração de elementos da realidade mesma a ser regida.”

Constituição que foi aprovado no plenário, nós estabelecemos exatamente as mesmas prerrogativas para a Defensoria Pública”.

E no mesmo sentido o Senador Mozarildo Cavalcanti:

“Sr. Presidente, entendo que essa matéria, sob todos os aspectos, é meritória. Nós não podemos conceber uma democracia onde não exista Justiça adequada, e a Justiça tem três tripés que a garantem: O Magistrado, o Ministério Público e o Defensor Público”.

Sendo assim, evidencia-se do debate travado na sessão da CCJ que os parlamentares ali presentes se preocuparam em deixar claro a real intenção de abranger a Defensoria Pública dentre os beneficiados pela eventual promulgação da emenda constitucional em questão.

Retomando a ideia anteriormente ilustrada, atualmente o Estado brasileiro não apenas se atém a prever seu dever fundamental de prestar assistência judiciária, mas dispõe no texto constitucional as ferramentas para atingir esse ideal.

A Defensoria Pública nada mais é que uma dessas importantes ferramentas ao lado do Ministério Público e da própria Magistratura, com a incumbência de cumprir esta respeitável tarefa Estatal.

Com efeito, o legislador constitucional continuamente se atentou ao real papel desta instituição perante a sociedade, ao ponto de sempre procurar ampara-la a fim de efetivar o acesso à justiça por todos, sobressaindo como importantíssima medida o aprimoramento da Defensoria Pública.

Assim, é nessa perspectiva que o legislador imprime seus esforços, como o fez quando do nascimento da Constituição Federal de 1988, bem

como quando da promulgação da EC n.º 45/2004, da EC n.º 80/2014, e por óbvio, pela eventual aprovação da PEC n.º 63 e promulgação de emenda à Constituição referente a esta.

Sendo assim, soa de bom tom entender que o legislador, sempre com vistas a democratizar o acesso à justiça, alterou o texto constitucional pela promulgação da EC n.º 80/2014, principalmente para trazer importantes garantias anteriormente reservadas exclusivamente à Magistratura, visando não só a independência da instituição, mas também, de certo modo, igualá-la ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

De fato, vislumbra-se das mudanças implementadas pelo legislador Constitucional no que toca a Defensoria Pública, Poder Judiciário e Ministério Público, que este vem buscando paulatinamente desde a Emenda Constitucional n.º 19 de 1998, atrair à Constituição Federal um tratamento isonômico as referidas carreiras, inclusive a fim de exaltar o princípio basilar posto no art. 5º, *caput*, da Carta Maior²³.

O princípio da isonomia ou da igualdade, segundo Ruy Barbosa seguindo a preleção Aristotélicas nada mais é que: “ (...)tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.”²⁴

²³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 420.

Esse é o conceito de igualdade formal presente nas Constituições brasileiras desde 1891. É por intermédio desse princípio que se impõe a vedação das diferenciações arbitrárias, injustificáveis nos termos dos valores constantes na Carta Maior, limitando, de outro lado, a atuação do legislador, do intérprete, da autoridade pública e do particular.

Quanto ao tema, ensina Alexandre de Moraes: *“A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critério e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à infinidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação e proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.”*²⁵

Ainda nesse sentido, Alexandre de Moraes cita importante passagem do artigo de San Tiago Dantas publicado na Revista Forense, volume 116, de 1948²⁶: *“Quanto mais progredem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior.”* E continua: *“Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.”*

É com base neste arcabouço doutrinário quanto a singular importância do princípio da igualdade no atual Estado Democrático de Direito que o intérprete deve se ater para conjecturar a respeito do tema aqui posto.

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p 40/41.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p 41/42.

Sendo assim, partindo-se das premissas de que tanto os membros da Magistratura e do Ministério, como os defensores públicos são agentes políticos²⁷, bem como de que o legislador constitucional, conforme já amplamente demonstrado, exibe sua pretensão em estabelecer uma relação isonômica entre as referidas carreiras, principalmente com a promulgação EC n.º 80/2014, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que em caso de aprovação da PEC n.º 63 e eventual promulgação de Emenda à Constituição nos exatos termos desta terá imediata aplicação à Defensoria Pública, ante a previsão de seu texto em tal sentido.

²⁷ MEIRELLES, Hely lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 582: “os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões por nomeação, eleição, designação ou delegação, para o exercício de atribuições constitucionais. Nesta categoria encontram-se, na órbita municipal, o chefe do Executivo (prefeito) e seus auxiliares imediatos (secretários municipais), os membros do Poder Legislativo (vereadores), os membros dos Tribunais de Contas (nos municípios onde houver) e demais autoridades que atuam com independência funcional no desempenho de atribuições constitucionais.”

4. A LOMAN PODE SER APLICADA AOS DEFENSORES PÚBLICOS?

A Lei Complementar n.º 35, LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional, foi promulgada em 14 de março de 1979 pelo então Presidente da República Ernesto Geisel, atendendo a ordem do parágrafo único do art. 112, da Constituição vigente à época.²⁸

Observa-se que o referido dispositivo constitucional tinha por objetivo determinar a regulação da Magistratura, uma vez que os magistrados constituem o cerne do Poder Judiciário, sendo, portanto, essencial que tais cargos sejam regidos com vistas a assegurar, atualmente, tanto a independência quanto a funcionalidade do sistema de *checks and balances* estatal.²⁹

Em observância ao período no qual a Lei Complementar em questão foi criada, muitos foram os questionamentos quanto à validade desta, dado o estado de exceção vivido durante o Regime Militar. Porém, por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal mostrou-se favorável à recepção da LOMAN no ordenamento jurídico quando não conflitante com a Carta Maior.

Outrossim, a própria Constituição preceitua, no já citado art. 93, que Lei Complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, sendo certo que, até que a Suprema Corte proponha nova Lei Complementar, a LOMAN continuará a regular a organização do Poder Judiciário.

Noutro giro, importante notar que em determinados aspectos a Lei Complementar n.º 35 de 1979, por certo, encontra-se defasada em relação à

²⁸ "Art. 112 - ... Parágrafo Único. Lei Complementar, denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes".

²⁹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei Complementar 35/1979*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.

nova ordem constitucional, principalmente após a reforma do Poder Judiciário oportunizada pela promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Não há dúvida de que a LOMAN não acompanhou os avanços perpetrados pela nova ordem constitucional, e assim, diante das demandas apresentadas ao Judiciário, tornou-se imprescindível a integração da norma ao atual ordenamento jurídico. Vale citar a título de exemplo o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 13.439/MG pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. ESTADUAL. PENALIDADE. PRESCRIÇÃO. PRAZO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 8.112/90. GARANTIA. UNICIDADE. TRATAMENTO. MAGISTRATURA NACIONAL.

I - A Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN é silente acerca da prescrição administrativa das penalidades nela previstas. Nessa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível a aplicação analógica da Lei no 8.112/90 a magistrado federal. Na ocasião concluiu, também, que o lapso a ser observado em relação à pena de censura, previsto no referido Estatuto da Magistratura, seria semelhante àquele relativo à pena de suspensão, elencada no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União.

II - O art. 93 e seguintes da Constituição da República, além de fixarem os princípios, garantias e deveres básicos inerentes aos magistrados, remeteram à lei complementar federal a disciplina das demais questões inerentes à magistratura.

III - Preocupação demonstrada, pelo Constituinte, no sentido de conceder tratamento isonômico a todos os integrantes da magistratura nacional, sejam eles juízes vinculados à União ou aos Estados-membros.

IV - A questão da prescrição das penalidades cometidas por magistrado, sem dúvida, por estar diretamente ligada ao exercício do cargo, é matéria a ser tratada no Estatuto da Magistratura. Entretanto, por ser a atual legislação vigente omissa quanto a esse aspecto e, sendo necessário o tratamento uniforme da matéria, é aplicável subsidiariamente o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, ainda que se trate de juiz estadual.

V - Interpretando o artigo 142 e demais artigos relativos ao tema, insertos na Lei no 8.112/90, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, embora haja a interrupção da prescrição com a instauração do processo administrativo, recomeçará o início da fluência do lapso prescricional quando ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que tenha havido a conclusão do processo disciplinar, porquanto esse seria o prazo legal para seu término.

VI - In casu, ocorreu a instauração da representação em 13 de agosto de 1997, por decisão da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sendo que, adicionando 140 dias à data, temos que o direito de punir tinha como prazo final o dia 30 de dezembro de 1999.

VII - O julgamento definitivo ocorreu em 27 de outubro de 1999, com a publicação da decisão em 17 de dezembro do mesmo ano, tendo sido, portanto, proferido antes que houvesse a prescrição.

*Recurso desprovido.*³⁰

Na ocasião, os ministros que compunham a 5ª Turma do STJ estenderam aos magistrados estaduais a já reconhecida aplicação analógica do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União (Lei n.º 8.112/90) a magistratura federal no que tange a prescritibilidade das sanções previstas na LOMAN, conforme acórdão proferido no RMS 6566/SP, da 6ª Turma do STJ.³¹

³⁰ STJ. RMS 13439 MG. Relator(a): Min. Felix Fischer. 5ª Turma. Julgamento: 02/03/2004.

³¹ STJ. RMS 6566 SP. Relator(a): Min. Anselmo Santiago. 6ª Turma. DJU de 22/04/1997.

Com efeito, a LOMAN é omissa quanto a matéria em questão e, por tal motivo, nos termos do voto do Ministro Relator do já citado RMS 13.439/MG, outra alternativa não restou senão aplicar ao caso posto o que preceitua o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n.º 12.376/2010).³²

No caso em comento, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, ao se depararem com lacuna³³ na LOMAN, houveram por bem utilizar como meio de integração da norma jurídica a analogia³⁴, ou seja, aplicar a um caso não previsto a norma que rege caso similar, consagrando, ainda nessa acepção, o princípio da igualdade.

Nesse sentido, vislumbra-se que da mesma forma se pronunciou o Conselho Nacional de Justiça, quando da edição da Resolução n.º 133 de 21 de junho de 2011, ao dispor sobre a simetria entre a Magistratura e o Ministério Público, equiparando, assim, vantagens percebidas por estes aqueles, senão vejamos:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais;
CONSIDERANDO a decisão do Pedido de Providências n.º 0002043-22.2009.2.00.0000, que reconheceu a necessidade de comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público Federal à Magistratura Nacional,

³² Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³³ “(...) caracteriza-se quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do sistema normativa”. PRADO, Luiz Regis. *Argumento Analógico em Matéria Penal*, p. 162 in AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

³⁴ “(...) costuma-se fazer referência, em geral, a um raciocínio ou procedimento argumentativo que permite transferir a solução prevista para um outro determinado caso, a outro não regulado pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro, certos caracteres essenciais ou a mesma suficiente razão, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante simili ou a pari”. PRADO, Luiz Regis. *Argumento Analógico em Matéria Penal*, p. 162 in AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

CONSIDERANDO a simetria constitucional existente entre a Magistratura e o Ministério Público, nos termos do art. 129, § 4º, da Constituição da República, e a autoaplicabilidade do preceito.

CONSIDERANDO as vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993, e sua não previsão na LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional,

CONSIDERANDO a inadequação da LOMAN frente à Constituição Federal.

CONSIDERANDO a revogação do art. 62 da LOMAN face ao regime remuneratório instituído pela Emenda Constitucional nº 19,

CONSIDERANDO que a concessão de vantagens às carreiras assemelhadas induz a patente discriminação, contrária ao preceito constitucional, e ocasiona desequilíbrio entre as carreiras de Estado,

CONSIDERANDO a necessidade de preservar a magistratura como carreira atrativa face à paridade de vencimentos,

CONSIDERANDO a previsão das verbas constantes da Resolução nº 14 deste Conselho (art. 4º, I, “b”, “h” e “j”),

CONSIDERANDO a missão cometida ao Conselho Nacional de Justiça de zelar pela independência do Poder Judiciário,

CONSIDERANDO a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança no 28.286/DF,

RESOLVE:

Art. 1º São devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, as seguintes verbas e vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993:

- a) Auxílio-alimentação;
- b) Licença não remunerada para o tratamento de assuntos particulares;
- c) Licença para representação de classe, para membros da diretoria, até três por entidade;
- d) Ajuda de custo para serviço fora da sede de exercício;

e) Licença remunerada para curso no exterior;

f) indenização de férias não gozadas, por absoluta necessidade de serviço, após o acúmulo de dois períodos.

Art. 2º As verbas para o pagamento das prestações pecuniárias arroladas no artigo primeiro correrão por conta do orçamento do Conselho da Justiça Federal, do Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal Militar e da dotação própria de cada Tribunal de Justiça, em relação aos juízes federais, do trabalho, militares e de direito, respectivamente.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro **CEZAR PELUSO**³⁵

Como bem delineado pelo CNJ, as carreiras tratadas na referida resolução devem ser consideradas simétricas, principalmente, pelo disposto no texto do art. 129, §4º, da Constituição da República³⁶. *Mutantis mutandis*, tal simetria deve alcançar, seguindo esse raciocínio, os membros da Defensoria Pública, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 80/2014 que trouxe ao texto constitucional o § 4º do art. 134 da Constituição da República³⁷ redação similar ao do mencionado artigo.

Importa ainda salientar que ao tratarem dos temas, tanto os membros do CNJ, como os Ministros do STJ, seguramente, refletiram sobre o princípio da igualdade já tratado nesta “opinião jurídica”, ou seja, atentaram-se para a crescente busca do legislador em atrair à Constituição Federal um tratamento isonômico às referidas carreiras e à Defensoria Pública, inclusive a fim de exaltar o princípio basilar posto no art. 5º, *caput*, da Carta Maior³⁸.

³⁵ Resolução n.º 133, de 21 de junho de 2011. Disponível para consulta no portal: “www.cnj.jus.br”.

³⁶ “Art. 129 - ... § 4º. Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93”.

³⁷ “Art. 134 - ... § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”

³⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”

Evidencia-se tal entendimento, pela aplicação da analogia aos casos em comento, tendo em vista que o fundamento para tal reside no já abalizado princípio da isonomia.³⁹

De acordo com o arrazoado no quesito anterior, pondera-se que tanto os membros da Magistratura e do Ministério Público, como os defensores públicos são agentes políticos, e que o legislador constitucional, principalmente diante da promulgação da Emenda Constitucional n.º 80/2014, demonstra seu anseio em estabelecer uma relação isonômica entre as referidas carreiras.

Pois bem.

Atualmente, a Defensoria Pública é regulada pela Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP), e, apesar de ainda não haver qualquer referência jurisprudencial ou doutrinária que assente nesse sentido, mas com base no ocorrido com as demais carreiras aqui tratadas, presume-se que a referida lei foi recepcionada pela Constituição Federal, mormente após a promulgação da EC n.º 80/2014, ao menos no que tange as disposições não conflitantes com esta.

Por outro lado, observa-se que, com relação a alguns preceitos, a LONDP encontra-se indiscutivelmente desatualizada em relação a emenda constitucional em tela, principalmente no que que concerne as garantias insculpidas no art. 93, da Constituição Federal, na atual conjuntura aplicáveis aos defensores públicos e, por óbvio, não pontualmente tratadas na citada lei complementar.

³⁹ “(...)os fatos de igual natureza devem possuir igual regulamento, sendo que um fato já regulado por lei pode balizar outro, desde que haja similitude entre ambos”. FERRARA, *Tratado*, apud MAXIMILIANO, Carlos. *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, p. 70 in AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

Dessa forma, como acima exposto, o interprete da norma e aplicador do direito, em observância a integração da norma jurídica pela analogia, ao princípio da isonomia, bem como pela evidente simetria entre as carreiras da Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública, deve aplicar, quando silente a LONDP e atentando-se ao cabimento e proporcionalidade de determinados preceitos, tanto a LOMAN quanto a LOMP, até que nova lei complementar que regule a instituição seja promulgada sob a nova égide constitucional.

5. O PRAZO DE TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA, DISPOSTO NO ART. 93, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICA-SE A DEFENSORIA PÚBLICA?

Como já exposto, dentre as significativas alterações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 80/2014, abstrai-se a inclusão do parágrafo 4º ao art. 134, da Constituição Federal:

“Art. 134

(...)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”

Observa-se que a segunda parte do aludido dispositivo da Constituição trouxe importante inovação a nova égide constitucional, uma vez que ao impor a aplicação do art. 93, da Carta Magna, ao menos “no que couber”, aos defensores públicos, em verdade, o legislador conferiu à Defensoria Pública importantes garantias anteriormente reservadas exclusivamente a Magistratura, visando não só torna-la autônoma, como também, iguala-la ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, de acordo com o já dito alhures.

Quanto é sabido, o supramencionado dispositivo constitucional dispõe sobre regras gerais organizacionais da Magistratura, ao passo que orienta e traz as matérias que deverão constar da Lei Complementar que organizará a carreira e, diante da promulgação a Emenda Constitucional n.º 80/2014, tais direcionamentos passam a ser aplicados também a Defensoria Pública, desde que não conflitantes com os princípios institucionais desta.

Compete enfatizar que a Lei Complementar n.º 80 de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP), assim como a LOMAN,

encontra-se desatualizadas em relação a nova ordem constitucional, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 80/2014, que trouxe significativos avanços à Defensoria Pública.

Sendo assim, enquanto estiver em vigor a LONDP, torna-se imprescindível a integração da referida norma ao atual ordenamento jurídico, principalmente pelo Poder Judiciário, quando sobrevierem as demandas aptas a apontar inconsistências normativas.

O inciso I, do art. 93, da Constituição Federal, dispõe sobre a regra geral de ingresso na Magistratura, da seguinte forma:

“Art. 93

(...)

I - 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, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;”

O referido dispositivo preconiza que o ingresso na carreira de magistrado exige do candidato a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, ser este bacharel em direito e ter, no mínimo, três anos de atividade jurídica.

Por outro lado, a Lei Complementar n.º 80 de 1994, ao tratar do ponto, se diferencia apenas e tão somente no que tange ao tempo de atividade jurídica exigido como pré-requisito para o ingresso do candidato como membro da Defensoria Pública.

Com efeito, da simples leitura dos arts. 24⁴⁰, 26⁴¹, 69⁴² e 112⁴³, todos da supramencionada legislação infraconstitucional, nota-se que para que o candidato possa se tornar um defensor público, seja estadual, do Distrito Federal e Territórios ou da União, necessário se faz que este tenha desempenhado atividade de cunho jurídico pelo prazo de dois anos, consubstanciando, portanto, uma incoerência entre a LONDP e a Constituição Federal.

Importante anotar que certamente diversas demandas haverão de ser intentadas, visando o embate entre a nova ordem constitucional e a legislação infraconstitucional anterior a esta, ou seja, no presente caso, entre a Lei Complementar n.º 80 de 1994 e as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 80 de 2014, sendo indubitável que deverá prevalecer o mandamento superior, devendo ser consideradas inválidas as normas incompatíveis com a Constituição da República, o que reafirma a Supremacia Constitucional⁴⁴.

É nesse sentido que se posiciona Paulo Gustavo Gonet Branco⁴⁵ ao tratar do tema:

“A superioridade das normas constitucionais se manifesta, afinal, no efeito de condicionar do conteúdo de norma inferiores. São, nesse sentido, normas de normas. As normas constitucionais, situadas no topo da pirâmide jurídica, constituem o fundamento de validade de todas as

⁴⁰ “Art. 24. O ingresso na Carreira da Defensoria Pública da União far-se-á mediante aprovação prévia em concurso público, de âmbito nacional, de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, no cargo inicial de Defensor Público Federal de 2ª Categoria.”

⁴¹ “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.”

⁴² “Art. 69. O ingresso na Carreira da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios far-se-á mediante aprovação prévia em concurso público, de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, no cargo inicial de Defensor Público do Distrito Federal e dos Territórios de 2ª Categoria.”

⁴³ “Art. 112. O ingresso nos cargos iniciais da carreira far-se-á mediante aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil.”

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107: “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível!”

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66.

outras normas inferiores e, até certo ponto, determinam ou orientam o conteúdo material destas.”

De outra banda, deve-se exultar novamente neste ponto o princípio da igualdade, de importância impar no atual Estado Democrático de Direito, bem como, em resgate a ideia supra, entender que as mudanças implementadas pelo legislador Constitucional no que toca a Defensoria Pública, Poder Judiciário e Ministério Público, demonstram a busca deste por um tratamento isonômico entre as referidas carreiras.

Entretanto, forçoso reconhecer que a exigência da experiência de 3 anos em comento submete-se a prévia disposição legislativa ou de decisão judicial que venha a ser proferida quando e se eventualmente questionada tal questão ao Poder Judiciário, ou seja, não pode se dar de forma automática, apenas pela aplicação extensiva do dispositivo constitucional supracitado.

Por outro lado, evidencia-se que a LC 80 de 1994 não trata do tema dentre as suas disposições. Assim, conforme o arrazoado no quesito de número 4, o aplicador do direito, em consonância com a integração da norma jurídica pela analogia e o princípio da isonomia, bem como pela já tratada simetria entre as carreiras da Magistratura e Defensoria Pública, deve aplicar, quando silente a LONDP e atentando-se ao cabimento e proporcionalidade de determinados preceitos, a LOMAN.

Nesse sentido, aplica-se, guardadas as devidas proporções e até que sobrevenha legislação específica que pontue tal questão, aos defensores públicos os preceitos insculpidos nos artigos 17⁴⁶ e 78⁴⁷ da Lei Complementar 35 de

⁴⁶ “Art. 17 - Os Juízes de Direito, onde não houver Juízes substitutos, e estes, onde os houver, serão nomeados mediante concurso público de provas e títulos.
§ 1º - (Vetado.)

1979, bem como a regulamentação dada pelo CNJ na Resolução n. 75/09 ao termo “atividade jurídica”:

“Art. 59. Considera-se atividade jurídica, para os efeitos do art. 58, § 1º, alínea “i”:

I - aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;

II - o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei nº 8.906, 4 de julho de 1994, art. 1º) em causas ou questões distintas;

III - o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;

IV - o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano;

V - o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

§ 1º É vedada, para efeito de comprovação de atividade jurídica, a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à obtenção do grau de bacharel em Direito.

§ 2º - Antes de decorrido o biênio do estágio, e desde que seja apresentada proposta do Tribunal ao Chefe do Poder Executivo, para o ato de exoneração, o Juiz substituto ficará automaticamente **afastado de suas funções e perderá o direito à vitaliciedade**, ainda que o ato de exoneração seja assinado após o decurso daquele período.

§ 3º - Os Juízes de Direito e os Juízes substitutos têm a sede, a jurisdição e a competência fixadas em lei.

§ 4º - Poderão os Estados instituir, mediante proposta do respectivo Tribunal de Justiça, ou órgão especial, Juízes togados, com investidura limitada no tempo e competência para o julgamento de causas de pequeno valor e crimes a que não seja cominada pena de reclusão, bem como para a substituição dos Juízes vitalícios.

§ 5º - Podem, ainda, os Estados criar Justiça de Paz temporária, compete para o processo de habilitação e celebração de casamento.”

⁴⁷ “Art. 78 - O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º - A lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura.

§ 2º - Os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei.

§ 3º - Serão indicados para nomeação, pela ordem de classificação, candidatos em número correspondente às vagas, mais dois, para cada vaga, sempre que possível.”

§ 2º *A comprovação do tempo de atividade jurídica relativamente a cargos, empregos ou funções não privativos de bacharel em Direito será realizada mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico, cabendo à Comissão de Concurso, em decisão fundamentada, analisar a validade do documento.*”

6. A EXIGÊNCIA DE CURSOS DE PREPARAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E PROMOÇÃO APLICAM-SE À DEFENSORIA PÚBLICA?

O inciso IV, do art. 93, da Constituição Federal dispõe o seguinte:

“Art. 93

(...)

IV previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;”

Abstrai-se da análise da primeira parte do dispositivo transcrito que o legislador constitucional, a par da inconteste necessidade de contínuo aprimoramento dos membros da carreira, impôs o oferecimento de cursos oficiais aos magistrados. Ao dispor de tal forma, o constituinte demonstrou sua preocupação não só em manter os membros do Poder Judiciário sempre atualizados frente as constantes mudanças legislativas, mas também em conferir o aperfeiçoamento dos métodos e rotinas dos serviços prestados.

Nesse sentido, diante da redação no novo parágrafo 4º, do art. 134 (“(...) aplicando-se também, no que couber o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal”), da Constituição da República, certamente deve-se estender a aplicação da primeira parte do supracitado dispositivo constitucional à Defensoria Pública, vez que, seguramente, o aprimoramento dos agentes políticos integrantes dessa carreira é um dos fatores a serem observados para a efetiva aplicação do Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita.

De fato, como já tratado, cumpre ao Estado viabilizar a representação e defesa em processos judiciais, bem como possibilitar orientação

jurídica em termos gerais, visando a conscientização da população, e, para tanto, certamente mostra-se imprescindível que os encarregados de tal tarefa, defensores públicos, participem dos cursos oficiais a serem disponibilizados pela instituição nos termos do inciso IV, do art. 93, da Constituição.

Vale ressaltar que a Lei Complementar n.º 80 de 1998, trouxe nos arts. 33⁴⁸, 78⁴⁹ e 117⁵⁰, previsão a respeito dos cursos de aperfeiçoamento como um dos critérios para a aferição de merecimento para promoção dos defensores públicos, ou seja, o legislador infraconstitucional desde a edição da referida lei já se preocupava com o aprimoramento dos membros da Defensoria Pública acima tratado, e, nesse sentido, podemos concluir que, em verdade, houve uma constitucionalização da matéria.

⁴⁸ “Art. 33. O Conselho Superior fixará os critérios de ordem objetiva para a aferição de merecimento dos membros da instituição, considerando-se, entre outros, a eficiência e a presteza demonstradas no desempenho da função e a aprovação em cursos de aperfeiçoamento, de natureza jurídica, promovidos pela instituição, ou por estabelecimentos de ensino superior oficialmente reconhecidos.”

⁴⁹ “Art. 78. O Conselho Superior fixará os critérios de ordem objetiva para a aferição de merecimento dos membros da Instituição, considerando-se, entre outros, a eficiência e a presteza demonstradas no desempenho da função e aprovação em cursos de aperfeiçoamento, de natureza jurídica, promovidos pela Instituição, ou por estabelecimentos de ensino superior, oficialmente reconhecidos.”

⁵⁰ “Art. 117. O Conselho Superior fixará os critérios de ordem objetiva para a aferição de merecimento dos membros da Instituição, considerando-se, entre outros, a eficiência e a presteza demonstradas no desempenho da função e a aprovação em cursos de aperfeiçoamento, de natureza jurídica, promovidos pela Instituição, ou por estabelecimentos de ensino superior, oficialmente reconhecidos.”

7. O SUBSÍDIO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DEVE OBEDECER AO INCISO V, DO ART. 93, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

O inciso V, do art. 93, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n.º 19 de 1998, estabeleceu o teto remuneratório e os limites mínimo e máximo da diferença entre categorias da estrutura judiciária nacional da seguinte maneira:

“Art. 93

(...)

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, § 4.º.”

O citado dispositivo constitucional ressaltou a igualdade entre os magistrados federais e estaduais, uma vez que fixou teto único nacional para o Poder Judiciário, reconhecendo a todos como categorias de uma mesma estrutura judiciária. Ainda nesse sentido, limitou as diferenças remuneratórias entre os órgãos da referida estrutura mais uma vez exultando o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição.⁵¹

⁵¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei Complementar 35/1979*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

Por outro lado, vislumbra-se que ao inibir a exacerbada diferenciação da remuneração das diferentes categorias de magistrados, o legislador constituinte quis, em verdade, valorizar o Poder Judiciário e torna-lo mais atrativo aos candidatos que desejam ingressar na carreira, assim como o pretendido pelos signatários da já comentada PEC n.º 63/2013.

Tal questão é tratada no que toca a Defensoria Pública no art. 39, §§ 4º e 8º e o art. 37, XI, da Constituição. Vejamos o texto do último dispositivo constitucional referenciado:

“Art. 37

(...)

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

Como é possível observar, o artigo da Constituição acima transcrito trouxe como limite remuneratório dos defensores públicos o importe de 90,25% da remuneração percebida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem, porém, abalizar a diferença de remuneração entre as categorias da instituição.

Nota-se, portanto, que, à época da promulgação da EC n.º 41/2003, que trouxe a redação do dispositivo em questão, não cuidou o constituinte derivado de salutar importante assunto, o que, obviamente, causou grave prejuízo à Defensoria Pública, que encontra-se atualmente em um cenário de enormes discrepâncias remuneratórias entre seus membros.

Entretanto, diante da inclusão do novo §4º ao art. 134, da Constituição pela promulgação da EC n.º 80/2014, mais uma vez verifica-se que o legislador constitucional, em observância ao já citado princípio da isonomia, e ao importante papel desenvolvido pelos defensores públicos no atual estado democrático de direito, se atentou ao silêncio constitucional sobre o tema, trazendo como solução a aplicação da segunda parte do art. 93, inciso V, da Constituição da República à Defensoria Pública.

De fato, como já exposto, o art. 5º, LXXIV, da Constituição trouxe a atual ordem constitucional o Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita, atribuindo a Defensoria Pública o importante dever de garanti-lo, o que demonstra a importância desta instituição no cenário jurídico nacional, como instrumento de democratização do acesso à Justiça e de concretização de direitos fundamentais.

Nesse pensar, atualmente, com a promulgação da EC n.º 80/2014, o legislador trouxe ao texto da Constituição as ferramentas necessárias a concretização deste dever, incluindo, pois, a necessidade de valorização da Defensoria Pública, nos termos postos.

Todavia, como tratado ao final do quesito de número 5, a implementação da referida escala depende de lei ou decisão judicial que venha a ser proferida em eventual demanda apresentada ao Poder Judiciário, ou seja, não pode se dar de forma automática, apenas pela aplicação extensiva do dispositivo constitucional supracitado.

De outra banda, verifica-se novamente que a LONDP não trata deste ponto em específico, mas somente traz no art. 39, *caput* e § 2º disposição simplória em dissonância com a nova ordem constitucional, conforme já amplamente debatido.

Assim, nos exatos termos expostos no quesito de número 4, o aplicador do direito, deve aplicar, quando silente a LC 80 de 1994 e atentando-se ao cabimento e proporcionalidade de determinados preceitos, a LOMAN.

Dessa forma, aplica-se, *mutatis mutandis*, aos defensores públicos os preceitos insculpidos nos artigos 61 e 63 da Lei Complementar n.º 35 de 1979 que trata do tema aqui posto da seguinte forma:

“Art. 61 - Os vencimentos dos magistrados são fixados em lei, em valor certo, atendido o que estatui o art. 32, parágrafo único .

Parágrafo único. À Magistratura de primeira instância da União assegurar-se-ão vencimentos não inferiores a dois terços dos valores fixados para os memros de segunda instância respectiva, assegurados aos Ministros do Supremo Tribunal Federal vencimentos pelo menos iguais aos dos Ministros de Estado, e garantidos aos Juízes vitalícios do mesmo grau de jurisdição iguais vencimentos.

Art. 63 Os vencimentos dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios não serão inferiores, no primeiro caso, aos dos Secretários de

Estado, e no segundo, aos dos Secretários de Governo do Distrito Federal, não podendo ultrapassar, porém, os fixados para os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Os Juizes vitalícios dos Estados têm os seus vencimentos fixados com diferença não excedente a vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-se aos da entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos Desembargadores.

§ 1º Os Juizes de Direito da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios têm seus vencimentos fixados em proporção não inferior a dois terços do que percebem os Desembargadores e os Juizes substitutos, da mesma Justiça, em percentual não inferior a vinte por cento dos vencimentos daqueles.

§ 2º - Para o efeito de equivalência e limite de vencimentos previstos nesse artigo, são excluídas de cômputo apenas as vantagens de caráter pessoal ou de natureza transitória.”

8. OS CRITÉRIO PARA PROMOÇÃO, DISPOSTOS NOS INCISOS II E III, DO ART. 93, DA CONSTITUIÇÃO, APLICAM-SE À DEFENSORIA PÚBLICA?

Aplica-se a este quesito a resposta ao quesito 6.

CONCLUSÕES

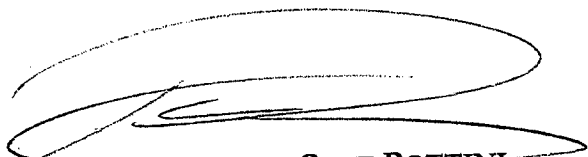
Ante todo o exposto, às questões formuladas opinamos:

1. **A Emenda Constitucional n.º 80 de 2014 tem aplicação imediata nos estados ou depende de alteração das constituições estaduais?** Aplica-se imediatamente a Emenda Constitucional n.º 80 de 2014 nos estados, independentemente de prévia modificação das respectivas constituições estaduais: tendo em vista que as garantias dispostas nestas abrangem a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios e dos Estados, de acordo com o §4º, do art. 134 da Constituição e Lei Complementar 80 de 1998; e em observância à supremacia da Constituição; e em virtude da necessidade de se concretizar a democratização do acesso à justiça por uma instituição sólida e vigorosa;
2. **A iniciativa legislativa prevista na emenda abrange o envio da lei complementar que regulará a Defensoria Pública e os defensores públicos, na forma do art. 93, da CF, ou somente as leis que tratem da carreira e dos vencimentos/subsídios, nos termos do art. 96, II, da CF?** Incumbe à Defensoria Pública a iniciativa de Lei Complementar que regulará a instituição, de acordo com o artigo 93, Constituição Federal: em razão da promulgação da Emenda Constitucional n.º 80 de 2014 que trouxe ao art. 134, da Constituição o §4º que pondera pela aplicação “*no que couber*” do art. 93, da Constituição; e diante da autonomia funcional e administrativa e independência da instituição conferida desde a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 e confirmada pela recente promulgação da Emenda Constitucional n.º 80 de 2014, abstraída pela aplicação do método de interpretação da Constituição *científico espiritual*.

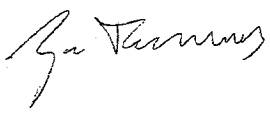
3. **Se a PEC 63/2013 for aprovada, sua aplicação será imediata aos defensores públicos?** Aplica-se imediatamente a eventual promulgação de emenda constitucional advinda da aprovação final da Proposta de Emenda à Constituição n.º 63/2013 (que, dentre outras modificações, visa inserir os parágrafos 1º e 2º ao art. 93 da Constituição da República): em virtude da real intenção do legislador em abarcar a Defensoria Pública, conforme comentários apresentados nos debates travados na sessão da Comissão de Conciliação e Justiça; pelo tratamento isonômico entre a Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública conferido desde a Emenda Constitucional n.º 19 de 1998 até a atual promulgação da Emenda Constitucional n.º 80 de 2014; e pela aplicação “*no que couber*” do art. 93, conforme § 4º inserido pela Emenda Constitucional n.º 80 de 2014 ao art. 134, da Constituição;
4. **A LOMAN pode ser aplicada aos defensores públicos?** Aplica-se a Lei Complementar n.º 35 de 1979 (LOMAN): em razão da simetria entre a Magistratura e Defensoria Pública alcançadas principalmente após promulgação da Emenda Constitucional n.º 80 de 2014 e emprego do princípio da isonomia ao caso; e em observância da integração da norma jurídica pela analogia entre a LOMAN, LOMP e LONDP;
5. **O prazo de três anos de atividade jurídica, disposto no art. 93, I, da Constituição Federal, aplica-se a Defensoria Pública?** Aplica-se a exigência de 3 anos de atividade jurídica disposta no inciso I, do art. 93, da Constituição Federal para o ingresso na carreira como defensor público, desde que regulados em legislação complementar própria ou analogicamente pela LOMAN: em razão da promulgação da Emenda Constitucional n.º 80 de 2014 que adicionou o §4º no art. 134 da Constituição Federal e a consequente supremacia da Constituição frente a inconsistência entre a LONDP e a redação do dispositivo constitucional citado; pela observância do princípio da igualdade;

6. **A exigência de cursos de preparação, aperfeiçoamento e promoção aplicam-se à Defensoria Pública?** Aplica-se a exigência de cursos de preparação, aperfeiçoamento e promoção, nos termos do inciso IV, do art. 93, da Constituição, à Defensoria Pública: em razão do que dispõe o §4º, do art. 134 da Constituição inserido pela promulgação da Emenda Constitucional n.º 80 de 2014; pois necessário o aprimoramento dos defensores públicos para a efetiva aplicação do Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita; tendo em vista ter sido a matéria regulada ao menos em parte pela Lei Complementar n.º 80 de 1998;
7. **O subsídio dos defensores públicos deve obedecer ao inciso V, do art. 93, da Constituição Federal?** Aplicam-se os limites máximo e mínimo de diferenciação entre as categorias da Defensoria Pública, desde que regulados em legislação complementar própria ou analogicamente pela LOMAN, conforme segunda parte do inciso V, do art. 93, da Constituição Federal: em razão da promulgação da Emenda Constitucional n.º 80 de 2014 que adicionou ao art. 134, da Constituição o §4º que trata da prestabilidade “*no que couber*” do art. 93 do mesmo diploma; pela necessidade de valorização dos membros da Defensoria Pública e consequentemente vigor da instituição, inclusive para garantir aplicação do Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita;
8. **Os critérios para promoção, dispostos nos incisos II e III, do art. 93, da Constituição aplicam-se à Defensoria Pública?** Aplicam-se os critérios para promoção, dispostos nos incisos II e III, do art. 93, da Constituição, em virtude dos mesmos argumentos despendidos na resposta ao quesito de número 6.

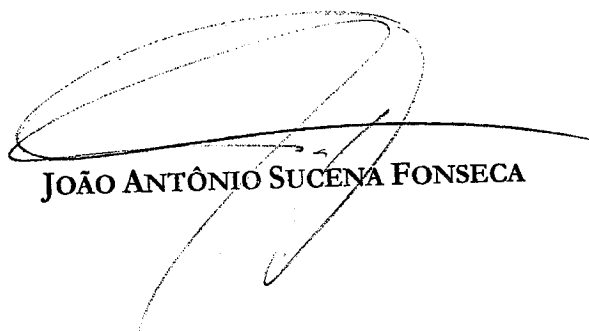
É o parecer, s.m.j.



PIERPAOLO CRUZ BOTTINI



IGOR SANT'ANNA TAMASAUKAS



JOÃO ANTÔNIO SUCENA FONSECA