



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO

SRJ/GAB/COAD
Coordenação de Apoio



08025.001736/2012-71

Ref.: PROCESSO Nº: 08027.000494/2012-88

Nota Técnica nº 284 /2012 – SRJ/MJ

ASSUNTO: *Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº. 184) que dispõe sobre a competência concorrente da Advocacia na orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados.*

1. Atendendo ao despacho do Dr. Eduardo Machado Dias (fls. 05), datado de 14 de agosto de 2012, elabora-se a presente Nota Técnica com o intuito de subsidiar os posicionamentos governamentais.

2. A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (MJ/SAL) analisando a tramitação legislativa (fls. 03) da Proposta de Emenda à Constituição nº. 184/2012 de autoria do Deputado Sebastião Bala Rocha e outros (fls. 01-02) despachou, em 15 de junho de 2012, para que a Secretaria de Reforma do Judiciário (MJ/SRJ) se manifestasse sobre os aspectos materiais da referida PEC (fls. 04) que “dispõe sobre a competência concorrente da Advocacia na orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

3. A referida Proposta de Emenda à Constituição limita-se a incluir um parágrafo único ao artigo 133 da CF/88. O parágrafo proposto teria o seguinte teor:

Parágrafo único – A orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do art. 5º, LXXIV, é de competência concorrente da Advocacia, na forma de convênio a ser estabelecido entre a Ordem dos Advogados do Brasil e o Poder Público, assegurado remuneração digna aos advogados participantes.

4. Antes de adentrar-se na redação e as implicações hermenêutica do texto da proposta normativa citada no item anterior, importa traçar um panorama dos marcos jurídico-constitucionais da advocacia, da defensoria pública e da assistência jurídica aos necessitados.

5. A Constituição da República confere à advocacia privada a natureza de “função essencial à justiça” junto com o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública. Ademais, de acordo com o art. 133 da Constituição Federal:

“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

6. A Defensoria Pública é uma instituição que o Poder Constituinte Originário conferiu expressamente a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da C.F., conforme aduz o art. 134, da C.F./88 a seguir transcrito:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

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

§ 2º Às 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.

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.”

7. A garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita aos reconhecidamente pobres pelo direito brasileiro é salvaguardada pelo art. 5º, LXXIV, da C.F./88, *in verbis*:

“Art. 5º. (...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

8. Dos dispositivos constitucionais colacionados retro, infere-se que o direito brasileiro reconheceu a indispensabilidade dos advogados para a administração da justiça, profissionais que possuem a garantia da livre iniciativa (art. 1º, IV, C.F./88) para efetuar a cobrança de honorários e outras formas de remuneração como contraprestação pelos seus serviços. Entretanto, deve ser enfatizado que, em relação à assistência jurídica integral e gratuita aos reconhecidamente pobres, o legislador constituinte originário previu, expressamente, a existência de uma outra função essencial à justiça: a Defensoria Pública.

9. A razão ontológica da previsão constitucional da Defensoria Pública reside na necessidade constatada pelo Poder Constituinte Originário de se criar uma instituição específica para a salvaguarda dos direitos de acesso à justiça gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. De acordo com tal previsão constitucional, essa instituição seria formada por profissionais técnicos especializados para efetuar a assistência jurídica, selecionados por meio de concurso público de provas e títulos (art. 37, II, C.F./88 c/c art. 134, § 1º, C.F./88), e que gozariam do suporte técnico-institucional das Defensorias a que estivessem subordinados.

10. A previsão de assistência jurídica gratuita aos necessitados não é uma exclusividade do direito brasileiro, ela se encontra em um contexto mais amplo que Mauro Cappelletti e Bryant



Garth denominam de “primeira onda” do acesso à justiça¹. Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, prevê entre as garantias judiciais previstas no art. 8º:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”.

11. O direito brasileiro assumiu um compromisso com o *due process of law* e com a efetivação do acesso à justiça ao criar uma instituição específica para a prestação de uma assistência jurídica gratuita aqueles que comprovarem insuficiência de recursos financeiros, *in casu*, a Defensoria Pública. Inclusive, deve ser mencionado que o II Pacto Republicano celebrado em 2009 entre os Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, prevê como uma de suas metas prioritárias: o “*Fortalecimento da Defensoria Pública e dos mecanismos destinados a garantir assistência jurídica integral aos mais necessitados*”. Logo, qualquer proposta que direta ou indiretamente prejudique as Defensorias Públicas representa um retrocesso institucional na salvaguarda do devido processo legal e do direito fundamental ao acesso à justiça.

12. E, de fato, a PEC nº. 184 representa um retrocesso no processo de fortalecimento da Defensoria Pública, ou seja, no próprio acesso à justiça ao prever as seguintes normas:

12.1. Competência concorrente entre a Advocacia e a Defensoria Pública;

12.2. Convênio entre a OAB e o Poder Público;

12.3. Remuneração digna aos advogados participantes.

13. O modelo que a PEC nº. 184 tenta introduzir no direito brasileiro se assemelha ao sistema *Judicare*, previsto no Reino Unido da Grã-Bretanha pela *Legal Aid and Advice Act 1949*, que proporciona a assistência judiciária gratuita a ser exercida por advogados particulares pagos pelo Estado². Todavia, como acontece com toda tentativa de recepção de modelos estrangeiros, esse modelo de *legal aid* não se encontra adequado para a realidade jurídica brasileira. Esta afirmação se ampara no fato de que o Reino Unido não possui uma Defensoria Pública nos moldes que se encontra prevista no direito brasileiro. A *Legal Services Commission (LSC)* é um órgão público subordinado ao Ministério da Justiça britânico que não possui um corpo próprio de profissionais do direito concursados especializados nessa assistência judiciária. A LSC exerce seus serviços por meio de uma “terceirização”, na qual são contratados advogados para a prestação de serviços jurídicos gratuitos.

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 31. Os referidos autores citam mais duas ondas: 2ª onda) representação jurídica para os interesses “difusos”; e a 3ª onda) “enfoque de acesso à justiça”.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 35.



14. A competência concorrente entre a Defensoria Pública e a advocacia não é salutar para o princípio republicano, visto que pode proporcionar uma controvérsia pouco “salutar” para as funções essenciais à justiça. Ademais, entes federativos podem se aproveitar dessa concorrência para procrastinar o investimento de recursos para o fortalecimento das Defensorias Públicas situadas em seu território, ao priorizar a celebração de convênios com a OAB, utilizando-se de argumentos supostamente amparados sob o viés orçamentário-fiscal.

15. Quanto ao convênio entre a OAB e o Poder Público, o STF apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4163/SP decidiu que a previsão, em norma estadual, da obrigatoriedade na celebração de convênio entre a OAB e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ofende a autonomia administrativa, funcional e financeira da citada Defensoria, conforme se observa do Informativo nº. 656 do STF, *in verbis*:

“A previsão de obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo e obrigatório entre a defensoria pública do Estado de São Paulo e a seccional local da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB-SP ofende a autonomia funcional, administrativa e financeira daquela. Essa a conclusão do Plenário ao, por maioria, conhecer, em parte, de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF e julgar o pleito parcialmente procedente, a fim de declarar a ilegitimidade ou não recepção do art. 234, e seus parágrafos, da Lei Complementar paulista 988/2006, assim como assentar a constitucionalidade do art. 109 da Constituição desse mesmo ente federativo, desde que interpretado conforme a Constituição Federal, no sentido de apenas autorizar, sem obrigatoriedade nem exclusividade, a defensoria a celebrar convênio com a OAB-SP. Tratava-se, na espécie, de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 109 da referida Constituição estadual e o art. 234 e parágrafos da LC paulista 988/2006, que tratam da instituição de convênio entre a defensoria pública paulista e a OAB-SP, para a prestação de assistência judiciária a necessitados, a cargo da primeira.

(...) O Min. Luiz Fux manifestou preocupação quanto ao fato de que setenta por cento do orçamento da defensoria pública de São Paulo seria gasto com o convênio. O Min. Dias Toffoli, por sua vez, acrescentou que a instituição não seria arredia ao estabelecimento de convênios e muito menos pretenderia monopólio em sua atuação. Requeria, ao revés, o legítimo exercício das competências a ela atribuídas pela Constituição. Nesse diapasão, vislumbrou a possibilidade de atuação de advocacia pro bono e de assessoria jurídica pelos municípios. A Min. Cármen Lúcia também explicitou que a solução proposta pelo relator enfatizaria a conquista da autonomia das defensorias públicas estaduais. O Min. Ricardo Lewandowski realçou que os preceitos impugnados imporiam despesa de natureza aleatória ao Estado, sob a justificativa de um conceito indeterminado de necessidade de prestação de serviço público. O Min. Ayres Britto esclareceu que a interpretação conforme significaria a viabilidade de recurso a outros organismos com capacidade postulatória,



não exclusivamente à OAB, em caráter tão supletivo quanto transitório e excepcional, e sempre a critério das próprias defensorias públicas no uso de sua autonomia funcional e administrativa. O Min. Gilmar Mendes repelia, de idêntica maneira, a ideia de monopólio, entretanto, enaltecia que a defensoria pública teria papel central, como órgão de coordenação desse tipo de atividade. Vencido o Min. Marco Aurélio, que acolhia a procedência do pedido como ação direta de inconstitucionalidade. Observava que, da mesma forma que o Estado-membro não poderia impor convênio, a defensoria não poderia despir-se da incumbência constitucional de prestar diretamente a assistência e fazê-lo mediante arregimentação de advogados.” (STF, ADI 4163/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Órgão: Pleno, Julg. 29/02/2012)³ (grifo nosso)

16. Quanto a remuneração digna aos advogados participantes, deve ser frisado que essa forma do Estado remunerar pessoas naturais para a prestação de serviços que a Constituição confere a uma categoria específica de servidores públicos (os defensores públicos) constitui uma burla ao princípio do concurso público constante no art. 37, II, da C.F./88.

17. Ademais, existem particularidades do sistema processual vigente no país que prejudicam, inclusive do ponto de vista técnico-jurídico, o exercício da assistência judiciária aos reconhecidamente pobres, ex., o prazo em dobro que é deferido aos Defensores Públicos não pode ser estendido aos advogados dativos, mesmo que tenham celebrado convênio com o Poder Público. Nesse sentido, decidiu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS OBRIGATÓRIAS. TRASLADO INCOMPLETO. ART. 544, § 1º, DO CPC. RECURSO INTEMPESTIVO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DEFENSOR DATIVO. CONVÊNIO PGE E OAB. PRAZO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A ausência do traslado das contra-razões ao recurso especial ou da certidão comprobatória da sua inexistência inviabiliza o conhecimento do agravo. Artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil. 2. O Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, firmou o entendimento de que o benefício do prazo em dobro para recorrer, previsto no art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, é deferido aos Defensores Públicos ou integrantes do serviço estatal de assistência judiciária, não se estendendo ao defensores dativos, ainda que credenciados pelas Procuradorias-Gerais dos Estados via convênio com as Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ, Agr. Reg. nº. 997139, Rel. João Otávio de Miranda, Órgão: 4ª Turma, Julg. 27 mai. 2008)⁴

18. A situação consistente de advogados privados exercendo a função de assistentes judiciários pagos pelo Poder Público pode trazer inconveniências entre a advocacia privada exercida

³ STF. *Informativo STF* nº. 656, Brasília, 27 de fevereiro a 3 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo656.htm#Defensoria%20p%C3%BAblica%20paulista%20e%20conv%C3%AAnio%20obrigat%C3%B3rio%20com%20a%20OAB-SP:%20inadmissibilidade%20-%201>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁴ Nesse mesmo sentido é o Agravo Regimental no Agr. Instrum. nº 765142 julgado pela 3ª Turma do STJ.



pelo referido profissional e a função pública de assistência judiciária. Inclusive, os Tribunais já vem enfrentando controvérsias dessa natureza conforme pode se inferir do Recurso Especial nº. 919243 cujo acórdão, proferido pela 3ª Turma do STJ possui a seguinte ementa:

“Processo Civil e Civil. Recurso especial. Ação de consignação em pagamento proposta por advogado, em desfavor de seus ex-clientes, que se recusaram a receber apenas metade do valor levantado em acordo judicial. Alegação de que a retenção era devida a título de pagamento de honorários estabelecidos em contrato de prestação de serviços advocatícios. Existência concomitante de nomeação, do mesmo advogado, para o patrocínio da causa, com base em Convênio existente entre a Procuradoria-Geral do Estado de SP e a OAB/SP. Alegação de nulidade reconhecida quanto ao contrato particular de honorários. Suposta prescrição da pretensão de anulação do contrato. Limites da cognição em ação de consignação em pagamento. Cerceamento de defesa inexistente. Ausência de violação ao art. 535 do CPC. - Só haverá nulidade por cerceamento de defesa, nos termos do art. 398 do CPC, se demonstrado prejuízo decorrente de ter o órgão julgador baseado a decisão diretamente nos documentos não contraditados. Precedentes. - Na ação de consignação em pagamento é possível ampla discussão sobre o débito e o seu valor, inclusive com a interpretação da validade e alcance das cláusulas contratuais. Precedentes. - Deve ser prestigiada a conclusão do Tribunal no sentido de que é nulo o contrato paralelo de fixação de honorários quando, simultaneamente, o patrocínio da causa foi assumido nos termos de Convênio para assistência judiciária, firmado entre a OAB-SP e a PGE-SP, que garante a remuneração, com dinheiro público, pelos serviços prestados. É, portanto, vedado ao advogado cobrar honorários paralelamente à assunção da causa pelo Convênio firmado com a PGE-SP. - O acórdão recorrido, acertadamente, entendeu ocorrer nulidade absoluta por fraude à lei, nessa hipótese. - O recorrente, em contrapartida, alega prescrição quadrienal da pretensão de anular o contrato particular de honorários. Nos termos da jurisprudência do STJ, se pretendida a anulação contratual com base em alguma das figuras previstas no art. 178, inciso V, § 9º, do CC/16, aplica-se este e há, realmente, prescrição da pretensão em quatro anos; se ocorrer nulidade, contudo, entendia-se que, na vigência do CC/16, o prazo era o vintenário. - O recurso especial pugna pelo reconhecimento da prescrição quadrienal, aplicável às hipóteses de anulação contratual, mas não ataca a conclusão jurisdicional no sentido de que o contrato de prestação de serviços paralelo à assunção da causa por intermédio do Convênio OAB/SP e PGE/SP é nulo. - Nos termos em que apresentado o recurso especial, portanto, incidem as Súmulas nº 283 e 284/STF. Recurso especial não conhecido.” (STJ, RESP nº. 919243, Rel.: Nancy Andrichi, Órgão: 3ª Turma, Julg. 19/04/2007)

19. O próprio direito brasileiro já prevê situações nas quais é possível uma atuação subsidiária da advocacia nas hipóteses em que a Defensoria Pública não estiver bem estruturada, e exemplo da advocacia *pro bono* e da advocacia dativa. Todavia, tais hipóteses de atuação subsidiária não necessitam de uma mudança na Constituição para ser exercida, visto que ambas se

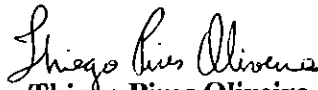
encontram contempladas na cláusula da indispensabilidade do advogado para a administração da justiça (art. 133, C.F./88).

20. Depreende-se que, na atualidade, faz-se imprescindível a adoção de uma política pública de acesso à justiça, na qual o fortalecimento da Defensoria Pública seria a pedra angular dessa política, coerentemente com o que foi firmado no último II Pacto Republicano e com as diretrizes traçadas pelo Constituinte Originário.

21. *Ex positis*, conclui-se que a presente Proposta de Emenda à Constituição deve ser rejeitada, pois ela vulnera a Defensoria Pública como função essencial à justiça além de representar uma burla ao princípio constitucional do concurso público.

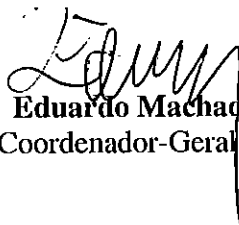
22. Esta nota técnica restringe-se aos aspectos materiais do conteúdo da proposição, não estando dispensada a análise por parte dos órgãos competentes para a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal.

Brasília, 23 de agosto de 2012.


Thiago Pires Oliveira
Analista Técnico-Administrativo

De acordo. Encaminhe-se ao Secretário de Reforma do Judiciário para aprovação.

Brasília, 23 de agosto de 2012.


Eduardo Machado Dias
Coordenador-Geral SRJ/MJ

Aprovo. Encaminhe-se à Secretaria de Assuntos Legislativos (MJ/SAL) com cópia para a Assessoria Parlamentar do Ministério da Justiça (MJ/GM/ASPAR).


Flávio Croce Caetano
Secretário de Reforma do Judiciário

Brasília, 23 de agosto de 2012.