



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
VICE-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO - VRPG
DIVISÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***

ADSON WARISS MAIA

**CAPACIDADE POSTULATÓRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA: ADOÇÃO DA
TEORIA DO ÓRGÃO PARA COMPREENSÃO DO SENTIDO DA SUA ATUAÇÃO
FUNCIONAL**

**FORTALEZA
2019**

ADSON WARISS MAIA

**CAPACIDADE POSTULATÓRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA: ADOÇÃO DA
TEORIA DO ÓRGÃO PARA COMPREENSÃO DO SENTIDO DA SUA ATUAÇÃO
FUNCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Especialização em Processo Civil da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Orientador(a): Prof.(a) Ms. Amélia Soares da Rocha

**FORTALEZA
2019**

ADSON WARISS MAIA

CAPACIDADE POSTULATÓRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso julgado e aprovado para obtenção do título de Especialista em Processo Civil, outorgado pela Universidade de Fortaleza.

Aprovado em: 10/05/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof.a Ms. Amélia Soares da Rocha
(Orientadora/Universidade de Fortaleza - UNIFOR)

Prof.(a) Ms. Ana Vlândia Feitosa
(Membro/Universidade de Fortaleza - UNIFOR)

Prof. Ms. Régis Gurgel do Amaral Jereissati
(Membro/Universidade de Fortaleza - UNIFOR)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a Capacidade Postulatória Funcional da Defensoria Pública pertence à própria instituição, que a distribui entre os Defensores Públicos (estes considerados como órgãos de execução da instituição), por meio de sua autonomia administrativa constitucionalmente assegurada. Neste ponto, vale destacar que algumas palavras serão repetidas à exaustão, no intuito de bem fixar conceitos imprescindíveis à compreensão da dimensão do tema ora proposto. Dentro desta perspectiva, têm-se como recorrente palavras como, por exemplo, “**instituição**” e “**órgão de execução**”, estas já observadas até mesmo nas primeiras linhas do presente resumo. Para uma melhor compreensão do tema ora proposto, faz-se necessário inicialmente uma passagem histórica sobre o surgimento do modelo de assistência jurídica aos necessitados, modelo este que culminou na criação da Defensoria Pública brasileira de forma institucionalizada pelo Constituinte Originário de 1988. Verificar-se-á nesta passagem histórica que o modelo institucional da Defensoria Pública teve origem nas entranhas do Ministério Público, outra importante instituição brasileira, que lhe emprestou vários elementos estruturais. Mais adiante, tratar-se-á do conceito de Capacidade Postulatória propriamente dito, buscando neste contexto identificar qual o alcance da denominada Capacidade Postulatória Funcional. Em seguida, compreendido o conceito e alcance da Capacidade Postulatória Funcional, buscar-se-á demonstrar, como objeto central do presente trabalho, como o conceito de Capacidade Postulatória Funcional se identifica com a instituição Defensoria Pública, bem como, qual a relação dos Defensores Públicos (órgãos de execução) com esta espécie do gênero Capacidade Postulatória. Por derradeiro, compreendido o conceito e alcance desta espécie de capacidade postulatória, traçar-se-á um panorama sobre a legitimidade extraordinária da instituição Defensoria Pública, à luz dos tribunais superiores.

Palavras-chave: Constituição Federal. Defensoria Pública. Instituição. Órgão de Execução. Defensores Públicos. Capacidade Postulatória Funcional.

SUMÁRIO

	Página
1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO MARCO EVOLUTIVO DAS INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO....	8
2.1 Da origem institucional da Defensoria Pública	8
<i>2.1.1 Do desenvolvimento do institucional da Defensoria Pública brasileira sob a visão da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: referências para o modelo nacional.....</i>	<i>9</i>
3 CAPACIDADE POSTULATÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	13
3.1 Conceituação de capacidade postulatória	13
3.2 Capacidade postulatória x capacidade processual	14
3.3 Capacidade postulatória x legitimidade.....	15
3.4 Da capacidade postulatória funcional.....	15
<i>3.4.1 Da pesquisa bibliográfica sobre capacidade postulatória funcional</i>	<i>16</i>
4 DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA FUNCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA	19
4.1 Da criação e estruturação normativa da Defensoria Pública brasileira a partir da Constituição Federal de 1988	19
4.2 Da Defensoria Pública como cláusula Pétrea.....	21
4.3 Da compreensão sobre o alcance do termo necessitados	22
4.4 Dos princípios institucionais da Defensoria Pública.....	23
4.5 Da organização infraconstitucional da Defensoria Pública	24
4.6 Da estruturação da Defensoria Pública em Órgãos.....	25
4.7 Dos requisitos para a investidura no cargo de defensor público.....	27
<i>4.7.1 Da inconstitucionalidade material do §2º dos arts. 26 e 71 da LC 80/94, quanto à exigência de comprovação do registro na OAB, como requisito para a posse nas carreiras de Defensor Público Federal, e do Distrito Federal e Territórios.....</i>	<i>28</i>
<i>4.7.2 Da inconstitucionalidade formal e material do estatuto da advocacia, no que diz respeito à instituição Defensoria Pública.....</i>	<i>32</i>
<i>4.7.3 Da utilização do critério da antinomia aparente de normas</i>	

	<i>infraconstitucionais para afastar a necessidade de registro dos ocupantes dos cargos de Defensor Público na OAB.....</i>	<i>35</i>
5	DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DE ATRIBUIÇÃO DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA INDIVIDUAL A QUEM FOI INVESTIDO NO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO	37
5.1	Da inexistência de capacidade postulatória fora das atribuições institucionais do cargo de Defensor Público	39
5.2	Da capacidade postulatória no exercício das funções institucionais da Defensoria Pública.....	40
<i>5.2.1</i>	<i>Da distribuição da capacidade postulatória funcional a cada um de seus órgãos de execução (cargos de defensores públicos).....</i>	<i>40</i>
6	CONCLUSÃO	43
	REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

Inspirado na experiência institucional oriunda do Ministério Público, buscou o Constituinte Originário de 1988 implementar um modelo de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, que tivesse alcance em todo o território nacional, com maior eficiência e menor custo aos cofres públicos, e que permitisse ao mais humilde cidadão o acesso a todas as instâncias jurídicas do país.

Por ser a mais nova das instituições que compõem o sistema de justiça, a Defensoria Pública ainda é objeto de controvérsias em relação à compreensão de seu modelo institucional elaborado pelo Poder Constituinte Originário de 1988.

Embora previsto de maneira independente, em capítulo denominado “Das Funções Essenciais à Justiça”, o modelo Defensorial de assistência jurídica aos cidadãos hipossuficientes tem sido mal compreendido em sua missão constitucional por alguns integrantes do sistema de justiça pátrio.

Dentro deste contexto de incompreensões, não poucas vezes o cargo de Defensor Público (órgão de execução da instituição Defensoria Pública) é confundido, entre outros, com a figura individual do Advogado; profissional este que, diferentemente do cargo de Defensor Público, é detentor de capacidade postulatória plena.

Tomando por base o modelo da estrutura organizacional da Defensoria Pública e do Ministério Público, chegar-se-á à compreensão e ao alcance da denominada Capacidade Postulatória Funcional da Defensoria Pública, este o cerne do presente trabalho.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO MARCO EVOLUTIVO DAS INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Com a redemocratização em 1988 a Constituição Federal brasileira redesenhou nosso sistema político e jurídico, devolvendo ao povo brasileiro o poder usurpado pelos militares em 1964.

Apelidada carinhosamente de Carta Cidadã, a Constituição Federal de 1988 modificou as funções de algumas instituições jurídicas já existentes no Estado brasileiro, dando também origem a outras.

A título de exemplo podemos citar: a criação da Justiça Federal, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública; bem como, a reorganização do Ministério Público, em que este perdeu algumas funções, mas ampliou outras, adequando-se ao novo modelo institucional proposto pela CF/88.

2.1 Da origem institucional da Defensoria Pública

Impregnada de sentimentos democráticos, a Carta Cidadã buscou dar amplitude nacional a uma experiência institucional gestada nas entranhas do Ministério Público do antigo estado da Guanabara.

Embora do conhecimento de poucos da atual geração, antes de 1988 o Ministério Público brasileiro acumulava não só a função de “agente jurídico responsável pela defesa da sociedade no âmbito penal”, mas também outras funções, a exemplo da defesa jurídica do ente público.

No caso do estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público fluminense, além das funções já mencionadas, também acumulava a defesa da população em situação de vulnerabilidade econômica, sendo exercida por intermédio da prestação dos serviços de assistência judiciária aos necessitados.

Em interessante publicação em seu *site* institucional (DEFENSORIA, 2019, *online*), a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro mantém artigo intitulado “Nossa História”, em que esta relata com riqueza de detalhes toda a trajetória do

acesso à justiça à população fluminense, desde a sua origem em 1897, até os dias atuais.

Do referido artigo, destaca-se para o presente trabalho os relatos a partir do surgimento dos primeiros cargos de defensor público, no intuito de demonstrar que a origem da Defensoria Pública brasileira é resultado de uma mutação dentro do Ministério Público daquele estado.

Referida mutação comprova que a construção do modelo de Defensoria Pública no Brasil se deu a partir dos moldes institucionais Ministério Público nacional, de quem herdou toda a sua estrutura e fundamentos organizacionais.

Impende destacar, que a opção deste trabalho em buscar os aspectos históricos para apresentar a formação institucional da Defensoria Pública brasileira, se dá pelo fato de que a compreensão do modelo institucional do Ministério Público já se encontra bastante consolidada em nosso país; tanto no meio acadêmico, quanto entre a população em geral, o que facilita a compreensão do tema ora proposto.

2.1.1 Do desenvolvimento institucional da Defensoria Pública brasileira sob a visão da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: referências para o modelo nacional

Conforme mencionado anteriormente, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro mantém interessante artigo intitulado “Nossa História”, em seu *site* institucional (DEFENSORIA, 2019, *online*).

Das passagens históricas descritas no artigo, destaca-se primeiramente a narrativa de como se deu a criação dos seis primeiros cargos de defensor público, todos estes no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça. Vejamos a passagem:

No antigo Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 2.188, de 21 de julho de 1954, criou, no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça, os seis primeiros cargos de defensor público, que constituíram a semente da Defensoria Pública neste estado. Eram cargos isolados, de provimento efetivo.

Mais adiante, relata o artigo que uma Lei Federal de 1958 implementou os

serviços de assistência judiciária no então Distrito Federal¹, prevendo que estes seriam prestados por defensores públicos, sendo estes os ocupantes da classe inicial da carreira do Ministério Público Federal. *In verbis*:

Aos 20 de julho de 1958, a Lei Federal nº 3.434 implementou os serviços de assistência judiciária no Distrito Federal e Territórios, sendo os mesmos prestados por defensores públicos ocupantes da classe inicial da carreira do Ministério Público Federal.

Com a transferência da capital federal para Brasília, descreve o artigo que a assistência judiciária foi transferida para o Ministério Público do antigo estado da Guanabara² (WIKIPEDIA, 2019 online), que mais tarde fora incorporado ao estado do Rio de Janeiro:

Quando da mudança do Distrito Federal para Brasília, esse sistema foi legado ao Ministério Público do antigo Estado da Guanabara, perdurando até a fusão deste Estado com o antigo Estado do Rio de Janeiro (1974). A Lei nº 5.111, de 08 de dezembro de 1962, denominada Lei Orgânica do Ministério Público e da Assistência Judiciária", criou o Quadro do Ministério Público" que, à época, era constituído de duas letras: "A" e "B". A letra "A" correspondia ao Ministério Público, em sentido estrito, a letra "B" correspondia à assistência judiciária, hoje denominada de Defensoria Pública.

Interessante destacar, que durante a existência do estado da Guanabara os cargos de defensor público eram os cargos iniciais da carreira do Ministério Público. Referido fato, nas palavras do autor do artigo, demonstra a semelhança da natureza das duas instituições. Senão vejamos: “Nessa época, no Estado da Guanabara, a denominação ‘defensor público’ era dada aos cargos iniciais da carreira do Ministério Público e titulava o seu ocupante. O fato histórico demonstra a semelhança da natureza das duas instituições”.

Ressalte-se, ainda, que a ideia de semelhança entre Defensoria Pública e Ministério Público não é reforçada só no âmbito institucional, mas também, sob o aspecto associativo.

Segundo o artigo, a Associação do Ministério Público Fluminense – que congregava, à época, os promotores de justiça e os defensores públicos – fora responsável pelo início da realização de congressos nacionais, marcando época na

¹ Antes de sua transferência para o planalto central.

² “A **Guanabara** foi um estado do Brasil de 1960 a 1975, que existiu no território do atual município do Rio de Janeiro. Em sua área, esteve situado o antigo Distrito Federal”.

consolidação de diversos movimentos em favor do Ministério Público e da Defensoria Pública (ainda denominada assistência judiciária). *In verbis*:

Na década de 60 o Ministério Público do antigo Estado do Rio de Janeiro, tendo à frente a Associação do Ministério Público Fluminense, que congregava, à época, os Promotores de Justiça e os Defensores Públicos, deu início à realização de congressos nacionais que, por conta da sua importância institucional e para a cultura jurídica do País, marcaram época e consolidaram diversos movimentos em favor do Ministério Público e da Defensoria Pública, então denominada Assistência Judiciária.

Mais adiante, aponta a narrativa histórica que o primeiro passo dado no caminho da separação da função de assistência judiciária como órgão estatal se deu a partir da década de 70. Senão vejamos:

O Decreto-Lei nº 286, de 22 de maio de 1970, erigiu a Assistência Judiciária em órgão de Estado, destinado, nos termos § 32 do art. 153 da Constituição Federal anterior e da Constituição do antigo Estado do Rio de Janeiro, a prestar patrocínio jurídico aos necessitados. Deixou de ser quadro para ser órgão do Estado. A chefia continuou sendo do Procurador Geral da Justiça.

A Constituição do Novo Estado do Rio de Janeiro, promulgada em 23 de julho de 1975, instituiu a Assistência Judiciária como órgão do Estado "incumbido da postulação e da defesa, em todas as instâncias dos direitos dos juridicamente necessitados, nos termos da lei", sob a chefia do Procurador Geral da Justiça (a Emenda Constitucional nº 16, de 24 de junho de 1981 viria a transferir a chefia institucional para o secretário de estado de justiça).

Conforme relatado, embora transformada em órgão de estado, a assistência judiciária não perdera naquele momento a sua ligação com o Ministério Público; tanto que quem chefiava o órgão recém-criado ainda era o Procurador Geral de Justiça. Referida chefia perduraria até o ano de 1981, momento que passaria para o então "secretário de estado de justiça".

Embora gestada nas entranhas do Ministério Público, a ideia de um modelo institucional próprio de Defensoria Pública teve também um significativo apoio da Ordem dos Advogados do Brasil, que auxiliou na consolidação da ideia perante a comunidade jurídica. *In verbis*:

Também na década de 70, como resultado da experiência pioneira e vitoriosa do antigo Estado do Rio de Janeiro, o direito à assistência jurídica gratuita foi objeto de vários debates em congressos e simpósios jurídicos, inclusive, com o decisivo apoio da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, concluindo a comunidade jurídica pela necessidade de ser criada a Instituição Defensoria Pública.

Após a constitucionalização estadual da assistência judiciária em 1975, destaca o artigo que a lei complementar estadual nº 6 - responsável por organizar esta assistência no estado do Rio de Janeiro - teria sido a mais avançada sobre o tema em sua época, servindo de exemplo para outros Estados.

Em âmbito nacional, referida lei teria servido de referência para a criação da Lei Complementar Federal 80/94, (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública). Eis o teor:

À constitucionalização, seguiu-se a publicação, em 12 de maio de 1977, da Lei Complementar Estadual nº 6, que organizou a Assistência Judiciária no estado do RJ, e, que, com importantes modificações posteriores, passou a vigorar como Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, quando finalmente foi esta criada.

Esta lei, a mais avançada de sua época, seguida pelas do Mato Grosso do Sul e do Rio Grande do Sul, serviu de exemplo para outros Estados e veio a ser a referência para a Lei Complementar Federal nº 80/94 (prevista no parágrafo único do art. 134 da Constituição de 1988).

Diante de toda a dinâmica histórica apresentada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o que se pode concluir é que experiência institucional gestada a partir das entranhas do Ministério Público do antigo estado do Rio de Janeiro teve influência determinante na criação, por meio da Constitucional Federal de 1988, da Defensoria Pública brasileira.

3 CAPACIDADE POSTULATÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Conceituação de capacidade postulatória

Para compreendermos o enquadramento do tema que ora se apresenta, faz-se necessário primeiramente a compreensão da definição de capacidade postulatória de uma forma geral.

Ao transitar pela definição de capacidade postulatória, o ilustre doutrinador Elpídio Donizetti explica que a capacidade postulatória diz respeito a uma aptidão técnica especial para a prática de alguns atos processuais, e que sua ausência interfere diretamente na validade jurídica destes atos (DONIZETTI, 2017, p. 231). Nas palavras do autor: “Para a prática de alguns atos processuais (os postulatórios), a lei exige aptidão técnica especial do sujeito, sem a qual o ato é inválido. Essa aptidão técnica é a capacidade postulatória”.

Deve-se frisar que apenas para a prática de atos postulatórios (de pedir ou responder) exige-se capacidade postulatória. Há, portanto, atos processuais que podem ser praticados pela própria parte, como o de indicar bens à penhora e testemunhar. (DONIZETTI, 2017, p. 231).

Por sua vez, com foco no objeto do presente trabalho, encontra-se em artigo publicado o *site* Wikipédia (WIKIPEDIA, 2019, online) interessante definição de capacidade postulatória. Da referida definição, merece destaque a indicação de quem detém, como regra, esta qualidade. Vejamos:

A capacidade postulatória é a capacidade de fazer valer e defender as próprias pretensões ou as de outrem em juízo ou, em outras palavras, a qualidade ou atributo necessário para poder pleitear ao juiz. Essa qualidade está consubstanciada na condição de ser membro de instituição ou ser inscrito na OAB.

Ao apresentar um conceito sobre capacidade postulatória, o artigo foi feliz ao destacar esta capacidade como um atributo (ou qualidade) que estaria consubstanciada, como regra, na condição de ser membro de instituição (capacidade postulatória funcional³), ou ser inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (capacidade postulatória individual).

³ A exemplo da Defensoria Pública e do Ministério Público.

Mas conforme deixou transparecer a definição disposta no artigo supraindicado, a capacidade postulatória não está restrita apenas a advogados e instituições.

Ao lecionar que a capacidade postulatória é um atributo inerente a múltiplos titulares, Fredie Didier Jr. destaca que em alguns casos esta capacidade pode se estender a pessoas sem habilitação técnica, apresentando como exemplo as hipóteses de: Juizados Especiais Cíveis (nas causas inferiores a 20 salários-mínimos), causas trabalhistas, *habeas corpus*, e medidas protetivas de urgência albergadas pela lei Maria da Penha. Vejamos um trecho de seu livro intitulado “Curso de Direito Processual Civil”:

A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, os defensores públicos e os membros do Ministério Público e, **em alguns casos, as próprias pessoas não advogadas**, como nas hipóteses dos juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos), das causas trabalhistas e do *habeas corpus*.

O pedido de concessão de "medidas protetivas de urgência", pela mulher que se alega vítima de violência doméstica e familiar, pode ser formulado diretamente pela suposta ofendida, que, para tanto, tem capacidade postulatória. Não é necessário que esteja acompanhada de advogado ou defensor público (art. 19, caput e § 1º e art. 27, ambos da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha).⁷³ A capacidade postulatória é concedida à mulher, neste caso, apenas para formular a demanda das "medidas protetivas de urgência" (arts. 22-24 da Lei n. 11.340/2006); não a tem, porém, para o acompanhamento do processo a partir daí. Segue-se, assim, o modelo da lei de alimentos (art. 2º da Lei 5.478/1968).⁷⁴ Recebida a demanda, após examinada a possibilidade de concessão de medida liminar, deve o juiz determinar a integração da capacidade postulatória da autora, seja pela constituição de um advogado, seja pela designação de um defensor público (art. 18, Lei 11.340/2006). (DIDIER JR., 2017, p. 377).

Referidas observações dão a dimensão de que a capacidade postulatória é algo inerente à jurisdição, e que esta é uma condição essencial ao regular acesso à justiça.

3.2 Capacidade postulatória x capacidade processual

Ao permear sobre o conceito de capacidade postulatória, surge a necessidade de distingui-la da denominada **capacidade processual**. Para distinção, deve-se ter a compreensão de que a capacidade processual se refere a um conceito mais amplo. Em síntese, a **capacidade processual** consiste na capacidade de estar em juízo.

Nas palavras do ilustre doutrinador Neves (2017, p. 167) a **capacidade processual** pressupõe a prática de atos processuais pelas partes, sendo estes, espécie do gênero ato jurídico. *In verbis*: “As partes no processo terão necessariamente que praticar atos processuais, que são uma espécie de ato jurídico. Dessa forma, as partes precisam ter capacidade processual (*legitimatío ad processum*) para a prática de tais atos”.

Já a **capacidade postulatória** diz respeito à capacidade técnica-formal de praticar determinados atos processuais, os quais a lei restringe a quem, como regra, detenha habilitação técnica específica, sob pena de nulidade.

3.3 Capacidade postulatória x legitimidade

A esta altura, também merece também referencia a distinção entre capacidade postulatória e legitimidade.

Amparado nos ensinamentos do professor Neves (2017, p. 134), tem-se como tradicional lição doutrinária a de que a legitimidade para agir é a pertinência subjetiva da demanda. Senão vejamos:

Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda. Tradicionalmente se afirma que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante, mas essa definição só tem serventia para a legitimação ordinária, sendo inadequada para a conceituação da legitimação extraordinária.

Relevante para dar uma melhor dimensão da capacidade postulatória funcional da Defensoria Pública, sob a ótica subjetiva das demandas, tratar-se-á em capítulo específico sobre a sua legitimidade extraordinária nas ações coletivas.

3.4 Da capacidade postulatória funcional

Compreendida a definição de capacidade postulatória em sentido *lato*, trazemos à baila um dos elementos do núcleo do tema proposto neste trabalho, a **capacidade postulatória funcional**.

3.4.1 Da pesquisa bibliográfica sobre capacidade postulatória funcional

Ao nos debruçarmos sobre o assunto, a pesquisa bibliográfica resultou na conclusão de que o tema **capacidade postulatória funcional** não é tratado de forma individualizada pelos manuais de processo civil em geral.

Consultados diversos livros de direito processo civil, o que se pôde perceber é que o tema capacidade postulatória é quase que totalmente direcionado à figura do Advogado.

De forma tímida, alguns doutrinadores chegam a dedicar algumas linhas para falar sobre a existência de uma capacidade postulatória “limitada”, exemplificando o caso dos membros do Ministério Público. Já em relação à capacidade postulatória funcional (ou limitada) da Defensoria Pública, nenhuma referência fora identificada na bibliografia pesquisada.

Ao abordar o tema capacidade postulatória funcional, Daniel Amorim Assumpção Neves classificou esta capacidade como algo “*sui generis*”. De maneira acertada, explanou o Ilustre doutrinador que a denominação de capacidade postulatória funcional se dá pelo fato de esta ser limitada aos fins institucionais, ao exemplificar que: *No caso do promotor de justiça, existe uma capacidade postulatória **sui generis**, que pode ser chamada de **capacidade postulatória funcional**, já que **limitada aos fins institucionais** do Ministério Público* (NEVES, 2017, p. 170).

Ainda sobre a pesquisa bibliográfica do tema, encontramos passagem do renomado doutrinador Câmara (2017, p. 38), em que este, embora não utilize a nomenclatura **capacidade postulatória funcional**, se posiciona no sentido de que existem “profissionais” que detêm capacidade postulatória limitada ao exercício de suas funções, fazendo também referência aos membros do Ministério Público. Senão vejamos:

Além disso, **há profissionais** que têm capacidade postulatória limitada ao exercício de suas funções, como **é o caso dos membros do Ministério Público**, que podem atuar, nos processos para os quais tenham atribuição, sem necessidade de constituir advogado.

Embora reconheça que nestes casos a capacidade postulatória é limitada - o

que corrobora com o tema ora proposto - não foi feliz o ilustre doutrinador supracitado ao atribuir esta **capacidade postulatória limitada “aos profissionais”, e não às instituições (capacidade postulatória funcional)**.

Já o ilustre doutrinador Donizetti (2017), ao tratar do tema capacidade postulatória, descreve de maneira bem sucinta que apenas advogados regularmente inscritos na OAB e integrantes do Ministério Público são os que gozam de capacidade postulatória. Sem profundidade nesta passagem, o ilustre doutrinador sequer aborda a existência de uma capacidade postulatória funcional do Ministério Público.

Quanto à instituição Defensoria Pública, sem qualquer respaldo constitucional, este considerou o membro da instituição como um “advogado vinculado a entidades públicas”, como se pudesse haver dissociação entre a instituição Defensoria Pública e seus órgãos de execução (os defensores públicos)⁴. Senão vejamos:

Os advogados regularmente inscritos na OAB (e aqui nos referimos aos advogados privados e aos vinculados a entidades públicas, como os integrantes da Advocacia Geral da União, das Defensorias Públicas e das Procuradorias Estaduais e Municipais) e os integrantes do Ministério Público são os que gozam de capacidade postulatória.

Da análise bibliográfica sobre o tema observa-se que há um vício histórico por parte da maioria dos doutrinadores em apontar a capacidade postulatória, em regra, como algo quase que exclusivo ao exercício da advocacia (ato de advogar).

Para os doutrinadores pesquisados, a capacidade postulatória das instituições: ou seriam algo “*sui generis*”, ou algo inexistente (conclusão extraída da afirmação de que esta pertenceria aos “profissionais” da instituição) (CÂMARA, 2017, p. 38).

Este vício histórico estaria diretamente ligado à necessidade de uma melhor compreensão da evolução das instituições que compõem o sistema de justiça brasileiro.

Principalmente, com o advento de Carta Cidadã de 1988, que redefiniu as atribuições institucionais do Ministério Público, e criou, com os mesmos

⁴ Assim como há, por exemplo, entre o advogado público e o ente o qual este defende, situação em que estes não se confundem.

fundamentos institucionais, a Defensoria Pública brasileira.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a capacidade postulatória corresponde a um atributo processual que, como regra, é inerente a todas funções essenciais ao sistema de justiça, estas elencadas no Capítulo IV da Constituição Federal de 1988 (Ministério Público, Advocacia Pública, Advogado, Defensoria Pública).

4 DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA FUNCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Ultrapassada a fase de conceituação da capacidade postulatória no ordenamento jurídico brasileiro, tratar-se-á no presente capítulo da capacidade postulatória funcional da Defensoria Pública, como instituição essencial ao sistema de justiça.

Conforme já relatado no capítulo anterior, ao transitar sobre o tema capacidade postulatória funcional os autores que tratam do tema são uníssomos em reconhecê-la como atributo inerente aos integrantes do Ministério Público, sem fazer qualquer menção a capacidade postulatória da Defensoria Pública enquanto instituição.

Referida ausência, em nosso sentir, estaria no fato de haver, em relação ao tema, um direcionamento doutrinário muito ligado à figura apenas do advogado. Prova disto seria a limitada abordagem sobre o tema, até mesmo que na perspectiva de uma instituição já bastante consolidada como o Ministério Público.

Some-se a isto o equívoco do legislador ordinário infraconstitucional ao elaborar, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a lei ordinária nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia); que incluiu indevidamente os defensores públicos (órgãos de execução da Defensoria Pública⁵) no rol dos que supostamente exerceriam a “atividade de advocacia”. Conforme será abordado mais adiante, referida ingerência da lei ordinária nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) sobre a instituição Defensoria Pública maculou a norma supracitada de vícios de natureza formal e material.

4.1 Da criação e estruturação normativa da Defensoria Pública brasileira a partir da Constituição Federal de 1988

Conforme dito alhures, um dos fatores estimuladores da ideia de que a capacidade postulatória se confunde com o ato de advogar encontra-se no fato de o estatuto da advocacia (Lei Ordinária nº 8.906/94) ter incluído indevidamente os defensores públicos (enquanto indivíduos) no rol dos que exercem a “atividade de advocacia”.

⁵ Vide art. 5º, I, a; art. 53, III e art. 98 III, a; todos da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/94).

Aliado à evolução histórica institucional da Defensoria Pública (já apresentada no capítulo anterior), faz-se necessário para uma melhor compreensão do tema um aprofundamento sobre a criação e estruturação normativa da instituição Defensoria Pública, tendo como marco a Constituição Federal de 1988.

Prevista deste a promulgação da Carta de Outubro, a instituição Defensoria Pública tem sua raiz encrustada no art. 134 da CF/88, estrategicamente posicionado em seção própria dentro do capítulo IV, destinado às denominadas **Funções Essenciais à Justiça**⁶.

Embora melhor delineado por meio da redação atual dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014, o art. 134 da CF/88 trouxe desde a sua redação original a escolha do Legislador Constituinte Originário em erigir a assistência jurídica aos necessitados por meio de um modelo institucionalizado.

Criada ao lado do Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a Defensoria Pública surgiu com a missão de prestar, nos termos do art. 5º, inciso LXXIV da CF/88, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovassem insuficiência de recursos. Vejamos a redação original de 1988:

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.
Parágrafo único. 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.

Por sua vez, extrai-se do parágrafo único do referido artigo a posição firme do Legislador Constituinte Originário em organizar esta nova instituição de forma bem específica, ao determinar que as normas sobre Defensoria Pública devem ser formalmente elaboradas por meio de lei complementar⁷ específica.

Conforme já mencionado, uma melhor delimitação institucional da Defensoria Pública teve origem após a Emenda Constitucional nº 80/2014, sendo este resultado

⁶ Em ordem de disposição constitucional: Ministério Público (art. 127), Advocacia Pública (art. 131), Advogado (art. 132), Defensoria Pública (art. 134).

⁷ Espécie normativa que exige um *quorum* qualificado para aprovação.

da evolução e expansão do modelo institucional de Defensoria Pública no país. Vejamos a nova redação:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

Entre as alterações da EC 80/94, merece destaque a afirmação do papel institucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático para a promoção dos direitos humanos.

4.2 Da Defensoria Pública como cláusula Pétreia

Diante de todo o contexto ora apresentado, compreende-se que a criação da Defensoria Pública pelo Poder Constituinte Originário reveste-se de cláusula pétreia, pois erigida pela Carta Cidadã como instituição garantidora do direito fundamental de acesso à justiça aos cidadãos tidos como hipossuficientes.

Neste sentido, ao discorrer sobre a instituição Defensoria Pública como garantia fundamental constitucional, leciona Donizetti (2017, p. 464). que o direito de acesso à justiça faz parte do denominado mínimo existencial, núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Senão vejamos:

O enquadramento da Defensoria Pública como garantia fundamental constitucional, incumbida, principalmente, da promoção do acesso à justiça – direito fundamental consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 – faz que essa instituição seja considerada pela maioria da doutrina como integrante do núcleo essencial de um Estado Democrático de Direito. Tal constatação se deve ao fato de que “o direito de acesso à Justiça faz parte do assim chamado mínimo existencial, núcleo essencial do princípio da dignidade humana, não podendo de forma alguma ser suprimido mediante reforma constitucional”.

Assim, em razão da importância de sua atuação para a garantia de direitos fundamentais, a Defensoria Pública não pode ser suprimida, nem ter suas atribuições reduzidas via emenda constitucional, “sob pena de indefensável retrocesso no cumprimento do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Conforme bem concluiu o ilustre doutrinador, a condição de cláusula pétreia ostentada pela instituição Defensoria Pública impede não só que esta seja suprimida

do texto constitucional, mas também, que venha a sobre mitigações em suas atribuições através de emenda constitucional.

Neste sentido, para que não houvesse mais dúvidas sobre condição da Defensoria Pública como cláusula pétrea, o legislador constituinte derivado reformador sacramentou o modelo institucional de Defensoria Pública ao incluir, no do art. 134 da CF/88, a palavra “**permanente**” após o termo “**instituição**”, a exemplo do que dispõe o art. 127 da CF/88, que atribuiu caráter permanente também ao Ministério Público⁸.

4.3 Da compreensão sobre o alcance do termo necessitados

Ainda sobre o papel constitucionalmente atribuído à Defensoria Pública, merece destaque a hermenêutica que vem sendo utilizada para definir o alcance do termo “necessitados”; este utilizado no art. 134 da CF/88 para indicar o público-alvo da instituição.

Outrora tido como sinônimo de “pobre”, o termo “necessitado” vem ganhando cada vez mais a compreensão política e jurídica sobre a sua amplitude e complexidade, no sentido de indicar que não só pessoas desprovidas de condições econômicas podem ser consideradas necessitadas, mas também, aquelas que de alguma forma se encontrarem em situação de significativa vulnerabilidade.

De maneira exemplificativa, a afirmação *supra* pode ser verificada por meio interessante julgado da lavra do egrégio Superior Tribunal de Justiça. De maneira primorosa, o Ministro Herman Benjamin demonstrou extrema sensibilidade ao lecionar que a amplitude do espectro de cidadãos considerados necessitados vai muito além das pessoas desprovidas de recursos financeiros. Vejamos o trecho do emblemático julgado sobre o tema:

Necessitados”, para os fins do art. 134 da CF/1988, são considerados não apenas aqueles destituídos de recursos financeiros, mas, também, “os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou

⁸ CF/88 - Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado⁹.

Desse modo, ganha destaque a amplitude do termo hipervulneráveis, tendo este como horizonte o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.4 Dos princípios institucionais da Defensoria Pública

Ciente da grande responsabilidade atribuída à Defensoria Pública e ao Ministério Público, o Poder Constituinte Originário tratou de solidificar as raízes destas instituições por intermédio de princípios norteadores para o desempenho de suas funções. Inerente às duas instituições, a Carta Magna consagrou nos respectivos arts. 134 §4º e 127 §1º como princípios institucionais a: UNIDADE, INDIVISIBILIDADE, INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL.

Destaque-se para o presente trabalho que a compreensão e o alcance dos princípios institucionais da **unidade e indivisibilidade** serão fundamentais para demonstrar que não há como dissociar a figura institucional da Defensoria Pública, do indivíduo que ocupa o cargo de defensor público (cargo que corresponde a um dos órgãos da instituição), tema que será abordado em breve.

Ao lecionar sobre o **princípio da unidade**, Elpídio Donizetti traz a compreensão de que a Defensoria Pública, assim como o Ministério Público, corresponde a um **“todo orgânico”**, e que a sua divisão organizacional através dos entes federativos se dá apenas em razão da matéria e da pessoa, esta surgida a partir da própria estruturação do Poder Judiciário nacional. Nas palavras do ilustre doutrinador:

A unidade consiste em compreender a Defensoria Pública como um todo orgânico, embora haja a divisão em Defensoria Pública da União, dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios.

Como vimos no capítulo referente ao Ministério Público, essa subdivisão se justifica pela forma federativa adotada pelo Estado brasileiro e pela distribuição das atribuições em decorrência da matéria e da pessoa. Assim, compete à Defensoria Pública da União atuar em processos judiciais perante as Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União. As Defensorias Públicas Estaduais, por outro lado, têm competência para atuar em matérias de

⁹ STJ, 2.a T., REsp 1.264.116/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18/10/2011. No mesmo sentido, STJ, Corte Especial, EREsp 1192577/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2015.

competência da Justiça Estadual, quando não há interesse da União. (DONIZETTI, 2017, p. 470).

Quanto ao **princípio da indivisibilidade**, ao elencá-lo como corolário do princípio da unidade, descreve o professor Elpídio Donizetti que este princípio consiste no fato de que os membros da instituição podem substituir-se uns aos outros, visto que é a própria Defensoria Pública quem compõe a relação processual, e não a pessoa física que ocupa o cargo de defensor público.

Neste sentido, buscou Poder Constituinte Originário garantir que não houvesse descontinuidade no cumprimento de sua missão institucional, por situações imputáveis pessoalmente aos indivíduos que a compõe. Vejamos as palavras do autor:

Por princípio da indivisibilidade, que é um corolário da unidade, entende-se que seus membros podem substituir-se uns aos outros, pois quem está na relação processual é a própria Defensoria Pública e não a pessoa física do Defensor. Assim, para que não haja descontinuidade na execução de suas funções institucionais, em caso de férias, licença ou impedimento, nada impede a substituição de defensores públicos. Tais substituições, contudo, não se dão de forma aleatória e discricionária. Da mesma forma como ocorre nos casos de substituição de membros do Ministério Público, as substituições e o afastamento do Defensor Público de suas funções ordinárias necessita de regulamentação legal. (DONIZETTI, 2017, p. 471).

Compreendido o comando constitucional de criação e organização da instituição Defensoria Pública a partir do art. 134 da CF/88, buscará o presente trabalho realizar, sob a ótica do tema proposto, um estudo da legislação infraconstitucional responsável pela criação das normas para a organização desta.

4.5 Da organização infraconstitucional da Defensoria Pública

Conforme mencionado anteriormente, determinou o legislador constituinte originário no parágrafo 1º do art. 134 da CF/88 que apenas **lei complementar específica** poderia tratar sobre as normas de organização da Defensoria Pública. Referido comando fora atendido pelo legislador infraconstitucional através da lei complementar federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (LC 80/94).

Atrelado ao tema que ora se propõe, e tendo como norte a LC 80/94, este estudo se debruçará sobre como fora delineado o formato organizacional da

Defensoria Pública, mas especificamente no que diz respeito à sua estruturação em órgãos internos.

4.6 Da estruturação da Defensoria Pública em Órgãos

Do ponto de vista organizacional, enquanto instituição integrante do Estado, a Defensoria Pública deve se reger pelos mesmos princípios que norteiam a administração pública em geral.

Em seu sentido subjetivo, administração pública diz respeito ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas, que têm a missão de dar fiel cumprimento às atividades administrativas. Neste contexto, para uma melhor compreensão da organização interna da instituição Defensoria Pública através de órgãos, vale aqui lembrar a denominada “**Teoria do Órgão**”.

Ao lecionar sobre a “**Teoria do Órgão**” em sua obra intitulada MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Carvalho Filho (2017, p. 46) discorre que: *por inspiração do jurista alemão OTTO GIERKE, foi instituída a teoria do órgão, e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes.*

Por sua vez, o ilustre administrativista (CARVALHO FILHO, 2017, p. 46) conceitua órgão público: *como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado.*

Analisando a estrutura elaborada pela Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/94), verifica-se em seus artigos 5º, 53 e 98 que a Defensoria Pública fora dividida em 3 órgãos bem definidos, quais sejam: os órgãos de administração superior; os órgãos de atuação e os órgãos de execução. No caso dos estados, acrescenta-se a existência de um órgão auxiliar, denominado: Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado.

A título exemplificativo, vejamos como está disposta no art. 98 a organização estrutural da Defensoria Pública dos Estados, presente no Título IV da LC 80/94,

este denominado “Das Normas Gerais para a Organização da Defensoria Pública dos Estados”:

Art. 98. A Defensoria Pública dos Estados compreende:

I - órgãos de administração superior:

- a) a Defensoria Pública-Geral do Estado;
- b) a Subdefensoria Pública-Geral do Estado;
- c) o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado;
- d) a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado;

II - órgãos de atuação:

- a) as Defensorias Públicas do Estado;
- b) os Núcleos da Defensoria Pública do Estado;

III - órgãos de execução:

a) os Defensores Públicos do Estado.

IV – órgão auxiliar: Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado.

Como objeto do presente estudo, merece destaque na estrutura organizacional supratranscrita a definição legal do inciso III, que descreve como “**órgãos de execução**” os “**defensores públicos do Estado**”.

No intuito de reforçar a compreensão sobre a similitude entre a organização estrutural da Defensoria Pública e do Ministério Público, segue abaixo a demonstração de como se dá a organização estrutural do Ministério Público dos Estados, no tocante aos seus “**órgãos de execução**”, estes delineados em sua Lei Orgânica Nacional (lei federal nº 8.625/93). Vejamos o que dispõe o art. 7º da referida lei:

Art. 7º São órgãos de execução do Ministério Público:

- I - o Procurador-Geral de Justiça;
- II - o Conselho Superior do Ministério Público;
- III - os Procuradores de Justiça;**
- IV - os Promotores de Justiça.**

Sendo assim, torna-se de fácil percepção através da análise das legislações supratranscritas, que os indivíduos alçados através de concurso público aos “**cargos de defensores públicos e de promotores de justiça**” tornam-se os “**órgãos de execução**” de suas respectivas instituições.

Referida estruturação institucional faz cair por terra qualquer dúvida sobre a condição dos “**defensores públicos**” enquanto “**componentes estruturais da instituição Defensoria Pública**” (**órgãos de execução**).

Afasta-se, assim, a noção equivocada sobre a suposta existência de um “**indivíduo**” que, alçado à condição de membro da Defensoria Pública (ou do Ministério Público), seria detentor de uma **capacidade postulatória individual**, que a transmitiria à instituição a título de “**representação**”¹⁰.

4.7 Dos requisitos para a investidura no cargo de defensor público

Em seções intituladas “Do Ingresso na Carreira”, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública elencou em seus arts. 26 (Defensor Público Federal); 71 (Defensor Público do Distrito Federal e dos Territórios), e 112 (Defensor Público Estadual), os requisitos necessários à investidura nos cargos de Defensor Público.

Como **único requisito universal** de ingresso nas carreiras de defensor público, indicou a LC 80/94 a exigência de o candidato obter “**aprovação prévia em concurso público de provas e títulos**”. Referido requisito tem previsão expressa nos arts. 24, 69 e 112, balizadores das 03 carreiras de defensor público existentes.

Por sua vez, especificamente em relação às carreiras de Defensor Público Federal, e Defensor Público do Distrito Federal e dos Territórios, o legislador infraconstitucional estabeleceu, além do requisito universal, os requisitos de: “**dois anos de prática forense**” (arts. 26 e 71); “**registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la**” (arts. 26 e 71).

De interesse direto do presente trabalho, traremos um olhar mais específico sobre outro argumento comumente utilizados como fundamento pelos que sustentam a tese de que o defensor público seria “espécie” de um “gênero” advogado; qual seja, a previsão de que alguns candidatos, no momento da inscrição para o concurso, devem possuir registro na OAB.

Conforme já mencionado, ao tratar sobre os requisitos de ingresso nas carreiras de Defensor Público Federal, e do Distrito Federal e Territórios, dispuseram os arts. 26 e 71 da LC 80/94 que o candidato, no momento da inscrição, deveria possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos

¹⁰ Em contraposição à denominada “**teoria da apresentação**”, do renomado civilista Pontes de Miranda, tema que será abordado no tópico 3 deste capítulo.

proibidos de obtê-la. Quanto à carreira de Defensor Público dos Estados, a LC 80/94 não incluiu este como requisito em seu art. 112.

Interpretando os comandos legais supramencionados à luz de todo o arcabouço jurídico até então apresentado, torna-se mais fácil a compreensão de que o requisito de registro na Ordem dos Advogados do Brasil, trata-se apenas de um requisito “qualitativo” de inscrição (como espécie do gênero atividade jurídica), sem aplicabilidade a todos os candidatos, e apenas para o concurso de ingresso nas carreiras de Defensor Público Federal, e do Distrito Federal e Territórios, não sendo aplicável à carreira de Defensor Público Estadual, por ausência de previsão legal expressa para esta.

Neste sentido, no intuito de dar melhor compreensão ao que se entende por **atividade jurídica**, o art. 26 da LC 80/94 sofreu alteração em seu parágrafo §1º através da LC 132/2009, definindo o conceito de atividade jurídica como: *o exercício da advocacia, o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas.*

Desta definição, tem-se de clareza solar que o exercício da advocacia seria apenas uma das possíveis formas de o candidato demonstrar que tem em seu *curriculum* o exercício de atividade jurídica, justificando, inclusive, o motivo pelo qual nem todos terão que preencher o requisito do registro na OAB no ato de inscrição para o concurso.

4.7.1 Da inconstitucionalidade material do §2º dos arts. 26 e 71 da LC 80/94, quanto à exigência de comprovação do registro na OAB, como requisito para a posse nas carreiras de Defensor Público Federal, e do Distrito Federal e Territórios

Fazendo confusão entre um requisito (não universal) de inscrição (registro na OAB), e um requisito para a posse nos cargos de Defensor Público Federal, e do Distrito Federal e Territórios, dispôs o § 2º dos arts. 26 e 71 da LC 80/94 que os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público.

Por oportuno, destaca-se que em relação à carreira de Defensor Público Estadual, assim como o registro na OAB não fora elencado como **requisito para inscrição no concurso**, este também não fora legalmente elencado como **requisito para a posse do cargo**.

Na busca para demonstrar a inconstitucionalidade material da exigência de registro na OAB para a posse nos cargos de Defensor Público Federal, e do Distrito Federal e Territórios, far-se-á necessário primeiramente compreender o motivo pelo qual a referida exigência destoa do modelo institucional de Defensoria Pública previsto na Constituição Federal.

Conforme amplamente demonstrado ao longo deste trabalho, a Defensoria Pública brasileira fora constitucionalmente criada através do um modelo institucional que, assim como o Ministério Público, tem caráter de permanência e de essencialidade à função jurisdicional do Estado.

Para bem cumprir o seu *mister* constitucional, fora demonstrado em tópico específico que a organização estrutural da Defensoria Pública (assim como a do Ministério Público) se deu através da criação de órgãos, sendo o defensor público (assim como o Membro do Ministério Público) um “**órgão de execução da instituição**”, a luz da “**teoria do órgão**” e da “**teoria da apresentação**”.

Se não resta mais dúvidas sobre a condição do **cargo de defensor público** como **órgão de execução** da instituição Defensoria Pública, indaga-se: Qual seria a utilidade do registro na OAB, para os ocupantes dos cargos de defensor público, se a capacidade postulatória da Defensoria Pública é Funcional, e decorre diretamente da Constituição Federal?

Entender o registro na OAB como requisito indispensável para a posse nos cargos de Defensor Público Federal, e do Distrito Federal e Territórios, seria como condicionar a Defensoria Pública da União, e do Distrito Federal e Territórios, em que sua missão institucional, a um caráter de subordinação à Ordem dos Advogados do Brasil, o que beira ao absurdo.

Julgando da ADI 3026/DF, definiu o Supremo Tribunal Federal que a Ordem dos Advogados do Brasil tem natureza *sui generes*, sendo um serviço público

independente, e que não estaria sujeita a controle da Administração. Vejamos um trecho da ementa do julgado do STF que trata sobre o tema:

A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

Diante de todo exposto se indaga: Como uma entidade que presta um serviço público independente, e que não se sujeita a controle da Administração, poderia exercer qualquer interferência em uma instituição de envergadura constitucional, dotada de autonomia administrativa até mesmo em relação ao ente estatal ao qual se vincula (União, Estados e Distrito Federal)?

Em nosso sentir, a confusão do legislador ordinário ao elaborar o referido §2º dos arts. 26 e 71 da LC 80/94 se deu pela dificuldade em compreender que a **capacidade postulatória lato sensu** não se confunde com o **exercício da advocacia**.

Conforme já mencionado em outro momento do presente trabalho, a dificuldade de compreensão do meio jurídico sobre o alcance do termo capacidade postulatória é histórico, atingindo até mesmo os membros do Ministério Público, conforme fora constatado na pesquisa bibliográfica sobre o tema.

Lançando luz sobre a dúvida gerada pelo estranho requisito para posse no cargo elencado pelo § 2º dos arts. 26 e 71 da LC 80/94, fora acrescentado à Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública através LC 132/2009 (especificamente no título denominado "Disposições Gerais", de aplicabilidade a todas as carreiras da Defensoria Pública), o parágrafo §6º do art. 3º-A, para esclarecer que: **A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.**

No intuito de reforçar a compreensão sobre a capacidade postulatória funcional expressamente prevista no art. 3º-A, § 6º da LC 80/94, segue abaixo um trecho da didática decisão proferida pela 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do Des. Fábio Tabosa, acolhido por unanimidade, no julgamento da apelação cível nº 0016223-20.2009.8.26.0032. Referido processo que envolvia a discussão sobre irrelevância do desligamento do Defensor Público da OAB/SP, no que diz respeito à capacidade postulatória, por suficiência da nomeação e posse no cargo público correspondente. Vejamos o trecho da decisão:

Sendo assim, a inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil não é mais condição para a sua atuação em juízo, ficando superadas com isso as previsões dos arts. 3º, §1º, e 4º, caput, do EOAB (Lei nº 8.906/94), o que aliás é perfeitamente compatível com a distinção entre as atividades e com as atribuições naturais do cargo de Defensor Público, cuja investidura pressupõe de resto a qualificação de bacharel em Direito e verificação de aptidão pessoal em concurso público específico. De se recordar, em adendo, que os arts. 133 e 134 da Constituição da República preveem em paralelo a Advocacia e a Defensoria Pública como instituições essenciais à Justiça, não atrelando o exercício da segunda à habilitação para o exercício da primeira. (RUGGERI RÉ, 2013, p. 157).

Embora a premissa levantada no presente trabalho seja de que a capacidade postulatória funcional da Defensoria Pública decorre de sua criação constitucional em 1988 (e não do indivíduo que ocupa o seu “**órgão de execução**” - “**cargo de defensor público**”), merece destaque no referido *decisum* o fato de que os arts. 133 e 134 da CF/88 preveem Advocacia e Defensoria Pública de forma distinta, não atrelando o exercício das atribuições institucionais da Defensoria Pública ao exercício da Advocacia.

Nesse diapasão, merece também destaque a passagem do professor Aluísio lunes Monti Ruggeri Ré, em que este leciona que a capacidade postulatória do Defensor Público (órgão de execução da instituição Defensoria Pública) decorre diretamente do comando legal. Neste sentido, apresenta o autor o seguinte questionamento: Se a Defensoria Pública, que goza de autonomia funcional, não se submete ao próprio estado que a deu origem, como seu “**órgão de execução**” se vincularia à OAB? *In verbis*:

De qualquer forma, capacidade postulatória do Defensor Público é legal, pois seu regime jurídico é estatutário, o modelo é público de assistência jurídica, prestado pela Defensoria Pública, que goza de autonomia funcional. Ora, se a Instituição não se submete ao próprio Estado que a

criou, pergunto se há excrescência maior que obrigar o Defensor Público, seu órgão de execução, a se vincular a uma **autarquia**¹¹? (RUGGERI RÉ, 2013, p. 158).

De posse de todos os fundamentos já trazidos pelo presente trabalho, não há como sustentar a necessidade de registro na Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício das atividades funcionais da Defensoria Pública através de seus órgãos de execução (cargos de defensor público).

Sendo assim, cai por terra qualquer alegação de vinculação entre a função institucional exercida pelo cargo de Defensor Público (órgão de execução da Defensoria Pública) e a atividade de advogado, baseada neste requisito de registro na OAB.

4.7.2 Da inconstitucionalidade formal e material do estatuto da advocacia, no que diz respeito à instituição Defensoria Pública

Conforme já mencionado, há quem defenda a tese de que os membros da Defensoria Pública seriam “espécie” de um “gênero advogado”. Entre outros argumentos, amparam-se os defensores desta tese na redação do art. 3º do Estatuto da Advocacia (lei ordinária nº 8.906/94), mais especificamente no que diz o seu parágrafo primeiro. Vejamos:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Determinando que o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro seria privativo dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o artigo 3º do referido estatuto inseriu em seu parágrafo primeiro os integrantes da Defensoria Pública como exercentes da atividade de advocacia.

Conforme se demonstrará a seguir, ao tratar da instituição Defensoria Pública a

¹¹ Vide ADI 3026/DF, em que o STF excluiu a OAB da classificação de autarquia.

lei ordinária 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) adentrou em tema estranho à sua esfera formal e material, eivando-se de vício de estatura constitucional.

Segundo o que fora demonstrado em tópico específico, determina a Constituição Federal que somente lei complementar **específica** pode tratar sobre a instituição Defensoria Pública¹². Para a exata compreensão do alcance do termo “**específica**”, faz-se necessário relembrar o **processo legislativo previsto na Constituição Federal**, tendo como foco o que dispõe o parágrafo único do seu art. 59.

Ao descrever no art. 59 as denominadas espécies normativas primárias, estabeleceu o Constituinte Originário em seu parágrafo único que uma lei complementar disporia sobre as técnicas de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Seguindo o comando constitucional, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei Complementar 95/98. Em “**seção**” intitulada “**Da Estruturação das Leis**”, estabeleceu a LC 95/98 em seu art. 7º a determinação da especialidade ora ventilada.

Conforme o mandamento legal disposto em seu art. 7º, no ato de elaboração das normas descritas no art. 59 da CF/88, estas devem seguir algumas regras, estando entre elas, as de: **tratar de um único objeto; não conter matéria estranha ao seu objeto; máxima especificidade; evitar duplicidade de lei disciplinando o tema, salvo quando a subsequente se destine a complementar a lei considerada básica, vinculando-se a essa por remissão expressa**. Vejamos a exata redação do artigo:

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:
I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;
II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;
III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;
IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Estabelecidas estas premissas, de fácil observação é o fato de que a lei ordinária 8.609/94 (Estatuto da Advocacia), ao sujeitar os integrantes da instituição

¹² Parágrafo primeiro do art. 134 da CF/88.

Defensoria Pública ao seu regime normativo, infringiu materialmente os comandos constitucional e legal, **adentrando em matéria estranha ao seu objeto, o que caracteriza insanável vício material.**

Por sua vez, **além do vício material**, verifica-se ainda na lei ordinária 8.609/94 (Estatuto da Advocacia) a clara presença de **vício de natureza formal**, pois o Estatuto da Advocacia é **LEI ORDINÁRIA** (nº 8.906/94), ao passo que, conforme mandamento constitucional, somente **LEI COMPLEMENTAR** poderá tratar sobre a instituição Defensoria Pública, **prescrevendo as normas de sua organização.**

Partilhando desta mesma compreensão ora proposta, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5334) perante o Supremo Tribunal Federal, ação ainda pendente de julgamento. Entre os objetos da ação, afirma a PGR que o art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/94 é formal e materialmente inconstitucional, pois viola o art. 134 da Constituição da República, ao instituir vinculação à OAB de integrantes da Defensoria Pública.

Por sua vez, embora não seja o tribunal responsável por fixar as premissas constitucionais, o Superior Tribunal de Justiça vem utilizando a Constituição Federal para demonstrar que não há previsão de inscrição na OAB, como exigência para exercício do cargo de Defensor Público; e que, ao revés, há vedação ao ocupante do cargo ao exercício da advocacia privada. Neste sentido, vejamos um trecho do voto sobre o tema no R.Esp. n. 1.710.155, da lavra do Min. Herman Benjamin:

Não obstante, Defensores Públicos exercem atividades de representação judicial e extrajudicial, de advocacia contenciosa e consultiva, o que se assemelha bastante à Advocacia, tratada em Seção à parte no texto constitucional. Tal semelhança, contudo, encerra nesse ponto. Há inúmeras peculiaridades que fazem com que a Defensoria Pública seja distinta da advocacia privada e, portanto, mereça tratamento diverso. Cabe observar que a carreira está sujeita a regime próprio e a estatutos específicos; submete-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios, e não OAB; necessita aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo, além de não haver necessidade da apresentação de instrumento do mandato em sua atuação. Ademais, a Constituição não previu a inscrição na OAB como exigência para exercício do Defensor Público. Ao revés, impôs outras restrições, como a vedação à advocacia privada.

Conforme as palavras do Ministro Relator, existem inúmeras peculiaridades que fazem com que a Defensoria Pública seja distinta da advocacia privada e que, portanto, mereça tratamento diverso.

4.7.3 Da utilização do critério da antinomia aparente de normas infraconstitucionais para afastar a necessidade de registro dos ocupantes dos cargos de Defensor Público na OAB

Conforme ventilado no tópico anterior, a necessidade de registro dos ocupantes dos cargos de Defensor Público na OAB vem sendo questionada nos tribunais pátrios há algum tempo.

Inconformados com vinculação imposta pelo lei ordinária 8.906/94, ocupantes dos cargos de Defensor Público vêm se insurgindo judicialmente contra o que entendem ser uma ingerência indevida da OAB em seus cargos de carreira, posto que não imposta pela Constituição Federal.

Diante do conflito imediato entre normas federais, referidas demandas judiciais chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil.

Através do julgamento do Recurso Especial n. 1.710.155, a Segunda Turma do STJ posicionou-se pela desnecessidade de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, dos membros da carreira da Defensoria Pública, interpretando conforme a Constituição Federal o art. 3º, §1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), diante da aplicação do disposto no art. 4º, §6º da Lei Complementar 80/94 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública).

Entendendo que a solução para o problema se daria pela antinomia aparente de normas, o relator do recurso no STJ, Min. Herman Benjamin, utilizou-se dos critérios da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) e da cronologia (*lex posterior derogat priore*) para o seu deslinde. Nas palavras do Ministro Relator:

Certo é que a antinomia entre normas da mesma hierarquia devem ser resolvidas pelo critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) e da cronologia (*lex posterior derogat priore*). Nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4.657/1942: Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. Assim, à vista dessas premissas, e promovendo o necessário diálogo das fontes,

tenho que o Estatuto da Advocacia não é de todo inaplicável aos Defensores Públicos, dada a similitude com a advocacia privada das atividades que realizam. Assim, impensável afastar, por exemplo, a inviolabilidade por atos e manifestações (art. 2º, § 3º, da Lei 8.906/1994) ou o sigilo da comunicação (art. 7º, III). Entretanto, por todas as diferenciações já expostas, aceita-se regime dispar previsto em legislação especial. Dessarte, não deve se considerar exigível a inscrição na OAB, inclusive a suplementar (art. 9º, § 2º), uma vez que o membro dessas carreiras podem ser removidos de ofício e atuarem, consoante normativos internos dos respectivos órgãos federais, em mais de um Estado-membro, sem que para isso tenha concorrido espontaneamente. Desse modo, em conclusão, verifico que o art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994 merece interpretação conforme a Constituição para obstar a necessidade de inscrição na OAB dos membros das carreiras da Defensoria Pública, não obstante se exija a inscrição do candidato em concurso público. Ademais, a inscrição obrigatória não pode ter fundamento nesse comando em razão do posterior e específico dispositivo presente no art. 4º, § 6º, da Lei Complementar 80/1994.

Apesar de a tese defendida neste trabalho ser a de que o Estatuto da Advocacia padece de inconstitucionalidade formal e material no tocante à instituição Defensoria Pública, a solução de antinomia aparente de normas utilizada pelo Min. Herman Benjamin reforça ainda mais a desnecessidade de registro na OAB, para o exercício da função institucional constitucionalmente reservada à Defensoria Pública.

5 DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DE ATRIBUIÇÃO DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA INDIVIDUAL A QUEM FOI INVESTIDO NO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO

Ciente da grandiosa missão que atribuíra à instituição que acabara de criar, tratou o Legislador Constituinte Originário de definir, diretamente no texto constitucional, qual seria a forma de investidura de seus futuros membros no cargo de defensor público.

Conforme o parágrafo único¹³ do artigo 134 da CF/88 a Defensoria Pública será organizada em cargos de carreira, providos na classe inicial mediante concurso público de provas e títulos. Referida regra de investidura garante a qualidade técnica e imparcialidade nas escolhas de seus membros, características fundamentais para o pleno exercício do *munus* a esta destinado.

Preocupado com a dedicação integral que os defensores públicos precisariam ter ao assumir os cargos de carreira, tratou o Constituinte Originário de vedar a este, no mesmo parágrafo único¹⁴, **“o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”**. Garantiu, assim, o legislador originário que a pessoa física investida no cargo de defensor público não teria outro foco dentro do sistema de justiça, senão o de **“presentar”** a Defensoria Pública em sua missão institucional.

A esta altura, faz-se necessário esclarecer - a luz da **teoria da apresentação**, do renomado civilista Pontes de Miranda¹⁵ - que o defensor público, assim como o membro do Ministério Público, no exercício de suas respectivas atribuições institucionais, não **“representa”** a instituição da qual faz parte, mas sim, a **“presenta”**, sendo este um **“pedaço do todo”**, como partes de em um **“quebra-cabeças institucional”**, formador de uma **“figura institucional”**.

¹³ Renumerado para parágrafo primeiro através da EC 45/2004

¹⁴ Renumerado para parágrafo primeiro através da EC 45/2004

¹⁵ (...) Destacou com toda a propriedade o emérito PONTES DE MIRANDA que “Por vezes as leis erram; põem “representadas” por “presentadas”” (in Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1974, Vol. I, pág.267), particularizando aquele saudoso mestre que “Quando o art. 12 do Código de Processo Civil diz que os seres sociais por ela apontados são “representados em juízo, ativa ou passivamente, erra palmarmente, **sempre que não houve outorga de poderes e sim função de órgãos**” (idem, pág. 319). Autor do texto: MEDEIROS, Aristides. ENTES PÚBLICOS: PRESENTAÇÃO E REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO - Soleis, Rio de Janeiro, 22 mar. 2012. http://www.soleis.com.br/artigos_entes.htm acesso em 09/02/2019.

Referida expressão ora apresentada tem o objetivo de reforçar ainda mais o entendimento de que o “**cargo de defensor público**” corresponde a um dos “**órgãos estruturais**” da Defensoria Pública.

A compreensão, à luz da teoria do órgão, de que o **cargo de defensor público** corresponde a um **órgão de execução** da instituição Defensoria Pública é de suma importância para consolidar a noção de que a “**capacidade postulatória funcional da Defensoria Pública**” (e por similitude, a do Ministério Público) pertence à instituição, que a **distribui a partir de sua autonomia administrativa**¹⁶ aos seus órgãos de execução¹⁷ (defensores públicos).

Dentro desta compreensão, torna-se mais fácil o entendimento de que o alcance da expressão “**vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais**¹⁸” diz respeito apenas à vedação ao indivíduo ocupante do cargo de defensor público de, quando não estiver atuando como órgão de execução da Defensoria Pública (com parcela específica da capacidade postulatória funcional da instituição), exercer a atividade de advocacia (capacidade postulatória individual).

Registre-se, por oportuno que, neste contexto, há quem interprete que a expressão *supra* indicada significaria que, ao vedar o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, estaria implicitamente o legislador indicando que o exercício da advocacia seria realizado pelos defensores públicos dentro das atribuições institucionais, concluindo que este seria uma espécie de um **gênero advogado**.

Para os que defendem este entendimento, soma-se ao primeiro argumento o fato de os integrantes da Defensoria Pública estarem (indevidamente) elencados no rol do §1º do art. 3º do Estatuto da Advocacia (lei ordinária nº 8.906/94) como exercentes de “**atividade de advocacia**”, tema este que será abordado mais adiante em tópico específico.

¹⁶ CF/88 art. 134 (...) § 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. § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

¹⁷ Nomenclatura utilizada pela Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LC 80/94.

¹⁸ Presente no parágrafo primeiro do art. 134 da CF/88.

Já um terceiro argumento para a tese de que **o defensor público seria espécie de um gênero advogado**, é o fato de a Lei Orgânica da Nacional da Defensoria Pública ter previsto, em seu art. 26, que **o candidato ao cargo de defensor público** deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil.

Concessa venia aos que chegaram a esta conclusão, e com todo o respeito que merece a relevantíssima classe dos advogados, será demonstrado a seguir que os argumentos *supra* apresentados não se sustentam.

Para tornar mais didático o deslinde do tema, o presente trabalho abordará primeiramente a existência ou não de capacidade postulatória individual (exercício da advocacia) fora das atribuições institucionais do cargo de defensor público. Em seguida, debruçar-se-á sobre a capacidade postulatória no exercício das funções institucionais da Defensoria Pública.

5.1 Da inexistência de capacidade postulatória fora das atribuições institucionais do cargo de Defensor Público

Em capítulo anterior do presente trabalho, intitulado “**Capacidade Postulatória No Ordenamento Jurídico Brasileiro**”, restou demonstrado que a capacidade postulatória individual pertence, como regra, aos advogados. Por sua vez, a capacidade postulatória funcional diz respeito às instituições que a detém.

Conforme já mencionado, o claro indicativo de que a pessoa física investida no **cargo de defensor público (órgão de execução da instituição)** não detém capacidade postulatória individual está expressamente previsto no parágrafo primeiro do art. 134 da CF/88, que veda ao ocupante do cargo de defensor público o exercício da advocacia (capacidade postulatória individual) quando este não estiver atuando em seu órgão defensorial¹⁹.

Quanto ao argumento de que os integrantes da Defensoria Pública, no exercício de suas atribuições institucionais, estariam elencados no o rol do §1º do

¹⁹ CF/88 art. 134 § 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**.

art. 3º do Estatuto da Advocacia (lei ordinária nº 8.906/94) como exercentes da “**atividade de advocacia**”, será demonstrado em tópico específico que a referida norma, em relação à Defensoria Pública, é formalmente e materialmente inconstitucional.

5.2 Da capacidade postulatória no exercício das funções institucionais da Defensoria Pública

Como cerne do presente trabalho, buscará o presente tópico demonstrar que no exercício de suas funções institucionais a capacidade postulatória pertence à instituição Defensoria Pública, que a distribui em parcelas entre os seus órgãos de execução (cargos de defensores públicos), dentro de sua autonomia administrativa constitucionalmente assegurada²⁰.

Demonstrada esta premissa, tornar-se-á de mais fácil compreensão o fato de que o indivíduo ocupante cargo de defensor público não detém nenhuma capacidade postulatória individual, não tendo, assim, como exercer a “atividade de advocacia”.

5.2.1 Da distribuição da capacidade postulatória funcional a cada um de seus órgãos de execução (cargos de defensores públicos)

Conforme amplamente demonstrado, encontra-se expressamente previsto na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública que os **cargos de defensores públicos** correspondem aos respectivos **órgãos de execução** da instituição, estes compreendidos à luz das **teorias “do órgão” e da “apresentação”**.

Detentora da capacidade postulatória funcional plena, compete à instituição Defensoria Pública, no exercício de sua **autonomia administrativa**²¹ constitucionalmente assegurada, a missão de organizar sua estrutura, distribuindo **parcelas desta capacidade postulatória funcional** aos seus respectivos **órgãos de execução**.

²⁰ CF/88 Art. 134 §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.

²¹ CF/88 art. 134, §2º

Trançando um paralelo didático, referida organização guardaria relativa simetria ao ato do poder judiciário que, investido da função jurisdicional plena, a distribui em parcelas aos seus órgãos jurisdicionais, através das denominadas competências.

Ao lecionar sobre o tema competência, o renomado processualista Fredie Didier Jr. nos ensina que esta nada mais é, do que o resultado dos critérios utilizados na distribuição das atribuições atinentes ao desempenho da função jurisdicional. Nas palavras do autor “A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei” (DIDIER JR., 2017, p. 222).

Como instituição que orbita a função jurisdicional do Estado, nada mais natural que a Defensoria Pública (assim como o Ministério Público) receba significativa influência da distribuição das competências jurisdicionais. Ao realizar a distribuição de sua capacidade postulatória funcional aos seus órgãos de execução, deve esta adequá-la, dentro de sua autonomia administrativa, às peculiaridades do exercício de sua função constitucional.

Para bem ilustrar esta distribuição de capacidade postulatória a partir da organização administrativa em órgãos, pegaremos como referência a Defensoria Pública do Estado do Ceará, criada e estruturada através da Lei Complementar Estadual n. 06/97.

Conforme dispõe o inciso I, do art. 6º, da LC 06/94, dentre os Órgãos de Administração Superior da Defensoria Pública do Estado encontra-se o “Conselho Superior da Defensoria Pública Geral do Estado”.

Por sua vez, ao regulamentar as atribuições do Conselho Superior, estabeleceu o inciso XXIII do art. 6º-B que a este compete: *decidir sobre a implantação e extinção dos órgãos de atuação da Defensoria Pública Geral do Estado, bem como sobre a fixação e alteração de suas atribuições.*

Sendo assim, ao realizar a fixação e alteração de atribuições dos órgãos de atuação da Defensoria Pública, estará o Conselho Superior distribuindo parcelas da

capacidade postulatória funcional da instituição aos seus órgão de atuação, tarefa esta a ser realiza dentro de sua autonomia administrativa constitucionalmente assegurada.

Como exemplo prático desta distribuição, tem-se que um Defensor Público (órgão de execução) que for investido pelo Conselho Superior (órgão da Administração Superior) para atuação em uma determinada função, não poderá desempenhar função diversa da que lhe fora atribuída, sem autorização do órgão competente, sob pena de cometimento de falta funcional.

6 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente trabalho, o surgimento do modelo institucional da Defensoria Pública brasileira fora resultado da evolução de uma experiência institucional gestada nas entranhas do Ministério Público.

Neste contexto, pôde-se verificar que a opção do Legislador Constituinte Originário em dar amplitude nacional a um modelo institucional de Defensoria Pública fora inspirada nesta mesma experiência exitosa iniciada do Ministério Público.

Após a apresentação da definição de capacidade postulatória em sentido *lato*, tornou-se de mais fácil compreensão o alcance da capacidade postulatória funcional das instituições.

No capítulo seguinte, restou demonstrado que a estrutura organizacional de instituições como a Defensoria Pública foram criadas com o intuito de bem distribuir as suas funções institucionais entres os seus respectivos órgãos de execução, estes detentores apenas de frações da capacidade postulatória institucional, limitando-os em sua atuação através de uma complexa distribuição interna, fruto da autonomia administrativa de cada instituição.

Ao final, a compreensão sobre o alcance da legitimidade extraordinária da Defensoria Pública demonstrou que a missão institucional constitucionalmente reservada a esta transcende à figura individual de seus membros, diante da legitimidade desta para pleitear em nome próprio direito de terceiros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CF/88 - Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo, Atlas, 2017.

DEFENSORIA. <http://www.defensoria.rj.def.br/Institucional/historia>. Acesso em: 22 jan. 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador, Juspodivm, 2017. v. 1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. **Manual do Defensor Público – teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2013.

STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>. Acesso em: 14 jan. 2019. (STF, 2019, online).

WIKIPEDIA. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Capacidade_postulat%C3%B3ria. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Guanabara>. Acesso em: 24 jan. 2019.