



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, por seu Presidente, **Ophir Cavalcante Junior**, vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado infra-assinado, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, com base no art. 103, inciso VII e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal e no art. 2º, inciso VII da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão plenária tomada nos autos do processo nº 2010.18.02644-01 – Conselho Pleno (certidão anexa – doc. 01), propor

**ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE
MEDIDA CAUTELAR**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

em face de: a) **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações no Palácio do Congresso Nacional, Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; b) **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações na Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; c) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, com endereço para comunicações no Palácio do Planalto, Praça dos Três Poderes; todos órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração do **inciso V, especificamente do trecho ‘e jurídicas’, e da íntegra do § 6º, ambos do art. 4º Lei Complementar nº 80/1994** (com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 132/2009), publicada no D.O.U. em 08/10/2009, pelos seguintes fundamentos:

1 - DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO:

A Lei Complementar nº 80/1994, que *‘Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências’*, sofreu significativas modificações com a edição da Lei Complementar nº 132/2009, cujo artigo 1º alterou diversos dispositivos.

Dentre tais modificações destaca-se, para delimitação do objeto de impugnação da presente ação direta, aquelas ocorridas em relação ao inciso V do art. 4º, especificamente quanto ao trecho ‘e jurídicas’, bem como a íntegra do § 6º do mesmo dispositivo que, doravante, permite que a Defensoria Pública --- instituição essencial à função jurisdicional do Estado --- atuar em prol da defesa de pessoas jurídicas, além de fixar, ao contrário da Carta Magna, que a capacidade postulatória do Defensor Público decorre de sua nomeação e posse no cargo público.

Vejamos, assim, os dispositivos impugnados:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Lei Complementar nº 80/1994, com redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 132/2009:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

*V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais **e jurídicas**, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)*

(...)

§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

A rigor, tais dispositivos são inconstitucionais por evidente afronta ao art. 5º, inciso LXXIV¹, e ao art. 134², eis que admitem o extrapolamento do campo de atuação da Defensoria Pública para além da premissa estabelecida na Constituição Federal, qual seja, ‘necessitados’ (cidadão carente, desprovido de recursos e desassistido do direito à orientação jurídica e à assistência judiciária), bem como ofensa ao art. 133³, da Carta Maior, porquanto os Defensores Públicos são, na essência, advogados e, como tais, hão de ficar sob a disciplina da Advocacia estabelecida em seu Estatuto, a Lei nº 8.906/94, editada em cumprimento ao art. 5º, XIII, da Carta Política.

Eis por que este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da Constituição, no

¹ LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

³ 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.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

exercício de sua competência legal (Art. 44, inciso I da Lei nº 8.906/94), comparece ao guardião da Carta Magna para impugnar os dispositivos referidos.

Feitas essas considerações, passa-se a demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais combatidos.

2 – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS –

INCONSTITUCIONALIDADES:

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que a Defensoria Pública --- instituição essencial à função jurisdicional do Estado, de acordo com a conformação que lhe foi expressamente dada na Constituição Federal de 1988 e que, mesmo após a Emenda Constitucional nº 45/2004, continua alterada --- tem a relevantíssima missão de promover *‘a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV’*, conforme art. 134, ‘caput’ da Carta Maior.

Essa relevante missão, inclusive, já foi reconhecida por esse Eg. Tribunal no julgamento da ADI 3643, extraíndo-se do voto do e. Min. CELSO DE MELLO a seguinte passagem:

“(...)”

É preciso que o Poder Público adote providências com o objetivo de viabilizar uma organização formal e material, como a Defensoria Pública, que lhe permita proporcionar, aos necessitados, para além de formulações constitucionais meramente programáticas, retóricas ou simbólicas, a efetiva proteção de seus direitos, garantindo, a essa vasta legião de pessoas carentes e desprovidas de recursos, condições de acesso aos serviços mínimos de administração da Justiça.

A Defensoria Pública é o instrumento jurídico-institucional concebido pelo Estado brasileiro para permitir que as promessas constitucionais, notadamente em tema de direitos civis, econômicos e sociais, não se tornem proclamações vãs, retóricas e inconseqüentes. Por isso mesmo, Senhora Presidente, é preciso preservar a lei estadual em questão, porque plenamente constitucional, em ordem a assegurar, de maneira positiva, aos necessitados, a possibilidade de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

*integral acesso tanto à orientação jurídica quanto à assistência judiciária.
(...)”*

Embora não se trate de missão privativa a tal órgão – como reconhece grande parte da doutrina e jurisprudência -, porquanto a assistência jurídica aos necessitados é, e continua a ser, não apenas uma tradição da Advocacia, mas, acima de tudo, um imperativo ético-social que descende do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF), é fato que a defesa dos necessitados constitui, para a Defensoria Pública, a sua missão, a sua função, ou seja, aquilo que preordena e, ao mesmo tempo, limita sua atuação.

É dizer, em outras palavras, que a defesa dos necessitados preordena a atuação da Defensoria Pública para tal fim e, concomitantemente, a impede de agir para além de tal mister.

Segundo lição de direito público, toda outorga de poderes implica, ao mesmo tempo, numa concessão e subordinação, visto que subjacente a tal idéia está, pois, a própria noção de função pública⁴.

Assim dito, vale observar que **a regra ora impugnada**, introduzida na Lei Complementar nº 80/1994 pela Lei Complementar nº 132/2009, **acaba por, indevidamente, ampliar a área de atuação da Defensoria Pública, com total alheamento de sua missão constitucional** (art. 134, CF), notadamente porque o vício que será abaixo apontado é evidente quando se observa que em alguns dos novos incisos introduzidos no art. 4º da Lei ora impugnada o legislador alude, especificamente (e corretamente), à situação dos necessitados e, noutros, tal condicionamento fundamental desaparece.

Vejamos, pois, essa ausência de limitação à atuação do órgão.

⁴ ‘Função, para o Direito, é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico, e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente’. – Carlos Ari Sundfeld, Fundamentos do Direito Público, 4ª Ed. – 9ª tir. SP: Malheiros, 2008, nº 21, p. 163.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

2.1 – INCISO V – TRECHO ‘E JURÍDICAS’ – AFRONTA AOS 5º, INCISO LXXIV E ART. 134 – AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO À ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA:

Com efeito, ao prever no inciso V do art. 4º que a Defensoria Pública pode *‘exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e contraditório em favor de pessoas naturais **e jurídicas**, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias e extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses’*, o trecho negrito do dispositivo em tela não possui qualquer razão plausível que justifique a atuação do órgão para além dos *necessitados*, não podendo, assim, se desviar da premissa constitucional estabelecida no art. 134 da Carta Maior, ou dela extravasar.

A Defensoria Pública é uma instituição com destinação específica, o art. 134 bem delimita seu espectro de atuação.

Nas palavras do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, Parecer anexo, *‘...Vale, se não houvesse necessitados, também não haveria Defensorias Públicas. Portanto, toda atuação ou previsão de atuação dela fora desse parâmetro, não se compadece com sua específica missão constitucional.’*

O trecho ‘e jurídicas’, contida no inciso V do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009), viola o art. 5º, LXXIV, e o art. 134, porquanto confere outras atribuições às Defensorias Públicas que não sejam a orientação e a defesa dos necessitados.

No aspecto, vale mencionar a análise do dispositivo feita pelo Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA por ocasião de emissão de Parecer enquanto



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais deste Conselho Federal da OAB, vejamos:

“(…)

Apreciação: Fazemos, primeiro, um esclarecimento que servirá para o exame de todos os casos, qual seja o de que caput do art. 4º diz: ‘São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras’. Isso quer dizer que todos os seus incisos são tidos indicativos de exercício de função institucional da Instituição. Temos que verificar se todas as funções institucionais aí estatuídas se conformam com as funções constitucionais da Instituição. Podemos dizer que, a todo prova, exercer ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas jurídicas, como consta do inciso, não entra no conceito de funções constitucionais das Defensorias Públicas. Funções institucionais válidas das Defensorias Públicas são só as que a Constituição estatui, ou seja, como visto: a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. O art. 1º da Lei Complementar 80/1994, com a redação da Lei Complementar 132/2009 declara que lhe incumbe: 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, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Ora, esse inciso constitucional dá uma idéia do que se entende por necessitados, quando declara: ‘o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’. Não é preciso muito esforço para concluir que o conceito de pessoa necessitada só se aplica a pessoa natural, jamais a pessoa jurídica. Isso se confirma com a regra do art. 1º da lei que lhes incumbe a promoção dos direitos humanos, que são direitos pertinentes à pessoa natural. Bem o diz o conceito de necessitado estabelecido no parágrafo único do art. 2º da Lei 1060, de 3.2.1950, ainda em vigor: ‘Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família’.

Tudo isso demonstra que cláusula ‘exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor da pessoa jurídica’ vai além das funções constitucionais das Defensorias Públicas, havendo aí nítida inconstitucionalidade sem possibilidade de saneamento. Para corrigi-la basta a eliminação da expressão ‘e jurídica’.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Mas ainda nos cabe examinar se, com a retirada da expressão, se eliminam todos os possíveis vícios de inconstitucionalidade do dispositivo.

De fato, a amplitude como está formulado o dispositivo com certeza vai além das balizas em que se situam as funções constitucionais das Defensorias Públicas. Não cabe a elas prestar assistência às pessoas naturais sem mais limitações. Pois, só as pessoas naturais necessitadas que comprovarem insuficiência de recurso para pagar custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do próprio sustento e do sustento de sua família, têm o direito à prestação dos serviços das Defensorias. Mas, neste caso, não é preciso declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, basta, para sanar o vício, que o Supremo Tribunal Federal, no exame de eventual ação direta de inconstitucionalidade, estabeleça uma interpretação conforme à Constituição.

(...)"

Como se vê, decorre da Carta Maior a clara percepção de que a assistência jurídica, integral e gratuita, será prestada aos que comprovarem insuficiência de recursos, ou seja, às pessoas naturais/físicas carentes.

A inclusão do trecho ‘e jurídicas’, isto é, contemplando a atuação das Defensorias Públicas à prestação de assistência jurídica e judiciária às pessoas jurídicas, desvia a função constitucionalmente outorgada a esses órgãos, pois a Carta Maior delimitou o acesso gratuito aos *necessitados* que não tenham condições para suportar os custos financeiros das demandas, o que, naturalmente, não se avança sobre as pessoas jurídicas.

Com todo respeito, ainda que a jurisprudência hoje esteja consolidada no sentido de que o princípio da inafastabilidade da jurisdição de que fala o art. 5º, inciso XXXV, da Carta Maior, materialize o acesso de todo e qualquer indivíduo/pessoa jurídica aos serviços do Estado-Juiz, isso não quer dizer, na prática, que o modo desse acesso se processe por meio das Defensorias Públicas.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Pioneiros no tema, a exemplo de Mauro Cappelletti⁵, vaticinam o acesso à Justiça dos excluídos, discorrendo, inclusive, sobre os ‘litigantes organizacionais’ (Estado e grandes corporações), mas tais considerações não justificam o desvirtuamento de uma instituição --- Defensoria Pública --- de sua missão constitucional.

Além disso, ainda que se encontre em pleno fortalecimento os chamados Pactos da República, cujo II Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano tenha resultado em reformas pontuais no ordenamento jurídico, destacando, no particular, a importância de adotar medidas para promoção do ‘*acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados*’, tal concepção não tem o condão de desnaturar as missões constitucionais delegadas a determinadas instituições.

Conferir prioridade às proposições legislativas que tratam de temas relacionados à concretização dos direitos fundamentais e à democratização do acesso à Justiça, aí entendida prestação jurisdicional, inclusive mediante o fortalecimento das Defensorias Públicas, não tem o efeito de modificar as competências constitucionais outorgadas pela Carta Maior a elas.

A exigência constitucional de assistência jurídica – integral e gratuita – aos necessitados de Justiça e excluídos de cidadania não justifica o extravasamento da atuação das Defensorias Públicas às pessoas jurídicas.

Não desconhece este Conselho Federal que parte da jurisprudência⁶, inclusive desse Eg. Tribunal, admite a concessão de gratuidade de justiça às pessoas jurídicas quando atendidos determinados pressupostos.

⁵ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁶ AI 637177 AgR / SP - SÃO PAULO

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 09/11/2010

Órgão Julgador: Primeira Turma



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

No entanto, essa condição de insuficiência de recursos (ou hipossuficiência) para arcar com o pagamento de custas/emolumentos, despesas processuais, honorários advocatícios, dentre outras, não transborda o parâmetro constitucional para a defesa e representação judicial da pessoa jurídica por parte das Defensorias Públicas.

Atendendo sua missão constitucional e garantindo a igualdade e a concretização do acesso à Justiça aos *necessitados*, as Defensorias Públicas não podem chegar a tamanho extravasamento de sua missão constitucional, daí a inconstitucionalidade da expressão ‘e jurídicas’ em relação aos artigo 5º, inciso LXXIV, e art. 134, da Carta Maior.

Se é pressuposto de atuação das Defensorias Públicas a condição de vulnerabilidade dos **necessitados**, e se sua atuação deve ser pautada nesta nova realidade para que a proteção do ser humano necessitado seja uma realidade e não apenas uma previsão desprovida de efetividade, não se revela consentânea com a matriz constitucional o elástico de suas atividades às pessoas jurídicas.

Ora, se hoje o Estado não conta com Defensorias Públicas bem estruturadas, há que se pensar em alternativas para enfrentar as situações de deficiência desses órgãos.

Publicação : DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. PRESSUPOSTOS DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A discussão referente ao momento do indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, bem como à alegada necessidade de o juízo recorrido ter oportunizado o recolhimento do preparo, demanda a análise de normas processuais, sendo pacífico na jurisprudência desta Corte o não cabimento de recurso extraordinário sob alegação de má interpretação, aplicação ou inobservância dessas normas. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Precedentes. II – É necessária a comprovação de insuficiência de recursos para que a pessoa jurídica solicite assistência judiciária gratuita. Precedentes. III – Agravo regimental improvido.

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 09.11.2010.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Em caso de efetiva impossibilidade de atuação da instituição deve-se compelir o Estado a buscar outras formas de prestação de assistência jurídica, integral e gratuita, impedindo, portanto, a frustração desse direito fundamental e todos os demais direitos que são dele dependentes.

Ainda que sua aplicação restrinja-se à concessão de assistência jurídica aos **necessitados (aqui entendidos pessoas naturais/físicas)**, é possível, pela via analógica, extrair uma proposta da Lei nº 1.060/1950 --- ainda em vigor ---, pois seu art. 5º, § 1º, dispõe que nos Estados onde houver serviço de assistência judiciária organizado e mantido pelo Poder Público, o juiz determinará que o serviço indique, no prazo de dois dias úteis, o advogado que patrocinará a causa do **necessitado**. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados do Brasil, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais (art. 5º, § 2º, da Lei nº 1.060/1950). Nos Municípios em que não existirem subseções da OAB, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do **necessitado** (art. 5º, § 3º), não sendo razoável, nesse contexto normativo do ordenamento, outorgar às Defensorias Públicas a defesa de pessoas jurídicas.

Com efeito, a pré-ordenação da democracia material, tão buscada hoje em dia após anos de democracia puramente formal, exige do Estado, e das Defensorias Públicas no particular, atuação em defesa da pessoa natural/física exposta à condição de vulnerabilidade e, portanto, enquadrável no núcleo constitucional dos **necessitados**, e não atuação em prol das pessoas jurídicas.

Portanto, **pede e espera seja declarada a inconstitucionalidade do trecho ‘e jurídicas’, contido no inciso V do art. 4º, da Lei Complementar nº 80/1994** (com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009).

Por outro lado, e como bem posto no Parecer do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, é indispensável que esse Eg. Supremo Tribunal dê



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

interpretação conforme à Constituição ao restante do texto do inciso V do art. 4º, já excluído o trecho ‘e jurídicas’, para que não restem dúvidas acerca dos limites constitucionais impostos à atuação das Defensorias Públicas.

A rigor, retirado o trecho ‘e jurídicas’ do corpo do dispositivo, o restante do inciso V ganha amplitude e dubiedade que necessita da técnica da interpretação conforme exatamente para adequar suas balizas ao parâmetro constitucional de atuação das Defensorias Públicas.

Como visto, falece competência às Defensorias Públicas para prestar assistência jurídica e judiciária – integral e gratuita – às pessoas naturais/físicas **ilimitadamente**, mas apenas àquelas que comprovarem insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento e de sua família.

Esse é o escopo e a missão constitucional definida pela interpretação sistêmica do artigo 5º, LXXIV, com o art. 134, da Carta Maior.

Cabe, portanto, a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição para deixar indubitoso que a atuação da Defensoria Pública quanto ao disposto no inciso V do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009) deve atender ao parâmetro dos dispositivos constitucionais acima indicados.

Assim, na hipótese de acolhimento da declaração de inconstitucionalidade do trecho ‘e jurídicas’, constante do inciso V do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009), **sucessivamente pede-se seja dada interpretação conforme à Constituição ao restante do dispositivo observando o parâmetro de atuação das Defensorias Públicas estabelecido no art. 5º, LXXIV, c/c art. 134.**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

2.2 – CAPACIDADE POSTULATÓRIA – ART. 4º, § 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 80/1994 (REDAÇÃO DADA PELA LC 132/2009) - VIOLAÇÃO AO ART. 133:

Em relação ao conteúdo do § 6º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 (com a redação dada pela Lei complementar nº 132/2009), que dispõe que *‘a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público’*, é manifesta sua inconstitucionalidade em relação ao art. 133 da Carta Maior.

Isso porque a atividade exercida pelos Defensores Públicos, a toda evidência, é advocacia. Defendem interesses de pessoas juridicamente necessitadas, tal como previsto no art. 134 da Constituição Federal. Peticionam, participam de audiências, recorrem, sustentam oralmente suas teses e, enfim, exercem atividades privativas de advocacia⁷.

A natureza das coisas aponta: são advogados.

Tais advogados, no exercício de função essencial à jurisdição do Estado, devem ser inscritos na OAB, por várias razões.

Primeiro porque a Constituição não limita o âmbito de atuação da entidade apenas aos advogados privados, decorrendo da própria Lei Fundamental quando denomina a instituição de Ordem dos Advogados do Brasil que todos aqueles que exercem advocacia a integrem.

Segundo porque o poder de polícia exercido pela OAB é de natureza completamente diversa do poder disciplinar que as repartições públicas exercem sobre os impetrantes.

⁷ Lei nº 8.906/94: Art. 1º - Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; ([Vide ADIN 1.127-8](#))

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

§ 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

De fato, **os Defensores Públicos, no âmbito da Ordem, sujeitam-se a fiscalização ético-disciplinar. No âmbito da Defensoria Pública, onde detêm cargos, sujeitam-se a fiscalização funcional.**

São duas fiscalizações distintas: uma feita em prol da sociedade, a da Ordem; outra feita em prol da pessoa jurídica que remunera os associados da demandante, por ela mesma.

Mostra-se, portanto, perfeitamente razoável a sujeição dos Defensores Públicos ao regime ético-disciplinar da OAB e ao regime disciplinar-funcional das Defensorias Públicas.

Sobre o assunto, destaca-se a seguinte orientação de Odete Medauar⁸:

Em matéria de servidores, regime jurídico significa o conjunto de normas referentes aos seus deveres, direitos e demais aspectos da sua vida funcional. Ao se mencionar regime jurídico dos servidores, cogita-se do modo como o ordenamento disciplina seus vínculos com o poder público, quanto a deveres e a vários aspectos de sua vida funcional.

Vale, no ponto, observar a precisa análise efetuada pelo Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA no Parecer emitido no âmbito da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, ao discorrer que:

“(…) 2ª premissa: os Defensores Públicos são advogados e, como tais, não de ficar sob a disciplina da Advocacia estabelecida em seu Estatuto. Ninguém pode, por princípio, procurar em juízo sem a devida inscrição na Entidade da Advocacia. (…)”

Muito embora o § 6º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/94 (com redação dada pela lei Complementar nº 132/2009) tenha estabelecido que a capacidade postulatória do Defensor Público decorre de sua nomeação e posse

⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 295.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

no cargo, não resta dúvida de sua incompatibilidade com o art. 133 da Carta Maior.

É que a regra literal do referido dispositivo impugnado implicaria em reconhecer que a inscrição dos Defensores Públicos na OAB não seria exigível para atuação em juízo e nas tarefas próprias da advocacia/defensoria, esquecendo-se, contudo, que a Advocacia e a Defensoria Pública constituem funções essenciais à Justiça, garantidas pelos artigos 133 e 134 da Carta Federal de 1988.

E o fato da Constituição Federal tratar a Advocacia em paralelo com a Defensoria Pública não desnatura a exigência de que o exercício da segunda pressupõe à habilitação na primeira.

Ora, se fosse intenção do legislador constitucional tratar a Advocacia e a Defensoria Pública como institutos diversos, o faria, tratando-as separadamente e, não, como fez, agrupando-as na mesma seção, sob o mesmo título ‘Da Advocacia e da Defensoria Pública’.

Em verdade, ‘*o artigo é a unidade do texto de qualquer ato legislativo*’, como nos ensina KILDARE GONÇALVES CARVALHO (*in Técnica Legislativa*, 5ª Edição, Belo Horizonte, Editora DelRey, 2010, pág. 135), sendo cristalino que ao elaborar a divisão do texto legislativo o legislador agrupou os artigos de acordo com o assunto regulado.

Desse modo, as matérias que guardam afinidade são tratadas no mesmo contexto e, no caso, de institutos diversos, separadamente.

A Advocacia e a Defensoria Pública, desenganadamente, são matérias afins, dependentes e intimamente ligadas, por isso englobadas na Constituição dentro da mesma seção, sob a seguinte forma:

- Título IV – Da Organização dos Poderes
- Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

- Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública

Com efeito, se a intenção do legislador constitucional fosse desdobrar a Advocacia e a Defensoria Pública teria feito, como fez para o Ministério Público e a Advocacia Pública, nas Seções I (Do Ministério Público – artigos 127 e seguintes) e na II (Da Advocacia Pública – artigos 131 e seguintes), do mesmo Capítulo IV do Título IV.

Lembra, no particular, KILDARE Gonçalves Carvalho na obra citada, pág. 135:

“(…)

O artigo, como se verificou, é a unidade do texto de qualquer ato legislativo. É, assim, o artigo o elemento central para subdivisão do texto legislativo como para seu agrupamento. Os artigos agrupam-se de acordo com o assunto regulado; dos artigos afins, pelo seu relacionamento. Os códigos são o exemplo mais completo de agrupamentos ordenados e sistematizados dos artigos no texto da lei.

O conjunto de artigos constitui uma Seção; o conjunto de seções constitui um Capítulo; o conjunto de capítulos forma um título, e o conjunto de títulos constitui um livro. (...)

Os critérios utilizados para o agrupamento, embora sejam de escolha relativamente discricionária do legislador, devem, contudo, guardar adequação com a matéria regulada. (...) Gilmar Ferreira Mendes enuncia algumas regras básicas que devem ser observadas a propósito:

‘a) as matérias que guardem afinidade objetiva devem ser tratadas em um mesmo contexto;

b) procedimentos devem ser disciplinados segundo uma ordem cronológica;

c) a sistemática da lei deve ser concebida de modo a permitir que ela forneça à questão jurídica a ser disciplinada e não a qualquer outra indagação;

d) deve-se guardar fidelidade básica com o sistema escolhido, evitando a constante mistura de critérios;

e) institutos diversos devem ser tratados separadamente.

(...)”

Além disso, a capacidade postulatória só decorre da inscrição na OAB, nos termos do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.906/94, editada em observância



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

ao artigo 5º, inciso XIII, da Carta Maior, exsurgindo dessa premissa que, como os Defensores Públicos são essencialmente advogados não se pode dispensá-los da inscrição nos quadros da OAB, uma vez que desempenham as mesmas atividades dos advogados privados, na respectiva área de atuação -> orientação jurídica e judiciária aos necessitados.

Calhar pontuar, aqui, as considerações do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, extraída do Parecer antes indicado:

“(…)

Art. 4º, § 6º - A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.

Apreciação. Temos que partir daquela premissa posto no início deste parecer, ou seja, os Defensores Públicos são advogados e, como tal, ficam sujeitos à disciplina da Advocacia em seu Estatuto. Por outro lado, o art. 133 da Constituição estatui que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Temos então que verificar se os Defensores Públicos são ou não indispensáveis à administração da justiça em favor dos necessitados. Se não o são, vamos extinguir as Defensorias Públicas. Se o são, vamos mantê-las e fortalecê-las, porque prestam um serviço social da mais alta importância.

Ora, se concluirmos que os Defensores Públicos são indispensáveis à administração da justiça, e o são, podemos afirmar peremptoriamente, então é porque estão enquadrados na dicção do art. 133 da Constituição, ou seja, é porque são advogados. E o que é um advogado? A resposta não requer grandes cogitações, porque basta dizer: o advogado é a pessoa que tem capacidade postulatória em juízo. ‘O advogado é um profissional habilitado para o exercício do ius postulandi’. Daí se tira que a Advocacia é um múnus e uma profissão; no dizer de Couture: ‘é uma árdua fadiga posta a serviço da Justiça’. Advogado é, especialmente, a pessoa formada em direito inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, porque é essa inscrição que transforma o simples bacharel em advogado. É essa inscrição que confere ao bacharel o direito de postular em juízo. A Constituição não disse que a pessoa titular de um diploma de direito é indispensável à administração da justiça. Disse que o advogado é que é indispensável à administração da justiça e isto significa: só o advogado pode postular em juízo. Esse é o sentido da regra constitucional, portanto quem não for advogado, ou seja, quem não for formado em direito e inscrito na Ordem dos Advogados não tem legitimidade para postular em juízo, não bastando, portanto, nomeação de um bacharel em



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

direito para o serviço público, para que tenha legitimação para postular em juízos. Repitamos: sem inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, nenhuma pessoa, só por ser formada em direito, tem legitimidade para o exercício do ius postulandi.

Portanto, o dispositivo legal que confere o direito aos Defensores Públicos de postular em juízo, só com a simples nomeação para o cargo e sem inscrição na entidade da classe, é inconstitucional, porque ofende princípios universais do direito de postular em juízo, princípio universal em dois sentidos: porque em todo o mundo é assim, e porque ninguém pode exercer uma profissão ainda imprópriamente chamada liberal sem inscrição em sua entidade de classe. Mas é inconstitucional, porque só o advogado, ou seja, repita-se, só a pessoa inscrita na Ordem dos Advogados, pode postular em juízo nos termos do art. 133 da Constituição. Aqui não é uma mera interpretação conforme à Constituição que resolve a inconstitucionalidade, mas a sua expressa declaração com redução do texto.

(...)”

Portanto, ainda que pretendam os Defensores Públicos não se diferenciam de outros advogados porque eles são, substancialmente, advogados. Assim como os demais profissionais liberais que passam a exercer cargo público (médico, engenheiro, entre outros) todos eles estão sujeitos ao regulamento próprio da profissão, bem como ao regime dos servidores públicos, em vista do cargo que exercem, exatamente como apregoa o art. 5º, XIII, da Carta Maior.

Não obstante entendimento contrário, ‘data venia’, a nomeação de bacharel em direito para o serviço público não o legitima a postular em juízo.

É que somente o advogado regularmente inscrito na OAB tem legitimidade para o exercício do *ius postulandi*, não havendo dúvidas de que a atuação dos Defensores Públicos ocorre mediante o exercício da advocacia.

Entender o contrário, ‘data máxima venia’, é o mesmo que excluir a inscrição da OAB dos requisitos para os candidatos no concurso de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

ingresso na carreira da Defensoria Pública --- o que hoje é previsto no art. 26⁹ da Lei Complementar nº 80/1994 --- e, conseqüentemente, abrir a possibilidade para que os bacharéis em Direito, em geral, exerçam a advocacia sem inscrição nos quadros da OAB.

Então, a previsão contida no § 6º do art. 4º, ora impugnada, dando conta que a capacidade postulatória dos Defensores Públicos decorre exclusivamente de sua nomeação e posse, na realidade, serve apenas para que referidos profissionais não precisem juntar procuração em processos que atuem, bastando, assim, afirmar sua condição funcional, tal como apregoam os arts. 89, inciso XI¹⁰, e 128, XI¹¹, da lei ora impugnada.

No entanto, a capacidade postulatória de tais profissionais decorre da condição inexorável de serem, na essência, advogados e, como tais, inscritos na OAB, daí a inconstitucionalidade do dispositivo em relação ao art. 133, da Carta Maior.

E é interessante notar, no aspecto, que o art. 133 da Carta Maior não comporta interpretação restritiva, porquanto se tornaria norma apoucada quando observado que a construção das normas constitucionais, operadas

⁹ Art. 26. O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga.

§ 1º Considerase como prática forense o exercício profissional de consultoria, assessoria, o cumprimento de estágio nas Defensorias Públicas e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas.

§ 1º Considera-se como atividade jurídica o exercício da advocacia, o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas. [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

§ 2º Os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público.

¹⁰ Art. 89. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios:

(...)

XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais;

¹¹ Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

(...)

XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

através da interpretação do texto da Constituição, deve ser empreendida de forma a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, e não com o intuito de limitar o seu alcance.

Como se sabe, a hermenêutica das normas constitucionais é regida por princípios de interpretação específicos, tendentes a potencializar o seu conteúdo, o seu alcance e os seus efeitos.

Assim, a interpretação das normas constitucionais em geral, e das normas definidoras de direitos fundamentais, em especial, deve nortear-se pelo princípio da máxima efetividade, segundo o qual deverá ser atribuído ao texto normativo, no ato de construção interpretativa da norma, o significado que maior efetividade lhe dê, otimizando e maximizando o conteúdo da norma de sorte a conferir-lhe a maior potencialidade.

É o que se deduz do autorizado magistério de J. J. GOMES GANOTIHO¹²:

“(…)

Este princípio [da máxima efetividade], também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê (...) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

(…)

O advogado é indispensável à administração da justiça, aí compreendidas todas as situações que dependam de uma atuação técnica e especializada para que sejam assegurados de forma efetiva os direitos fundamentais do cidadão.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Por conseguinte, a expressão ‘justiça’ --- estampada no art. 133 da Constituição --- a partir de uma interpretação sistemática dos mandamentos constitucionais, significa a indispensabilidade do advogado em qualquer circunstância em que a atividade advocatícia for necessária para que os direitos fundamentais sejam garantidos.

Isso porque é a Carta da República que dispôs nos artigos 127 e 134 que o Ministério Público e a Defensoria Pública são essenciais à função jurisdicional, enquanto que o art. 133 determinou que o advogado é indispensável à administração da ‘justiça’, sendo claro que essa opção do constituinte para adoção de termos diferenciados certamente teve alguma razão de ser.

Não foi à toa que no caso do advogado foi empregada a expressão com acepção mais ampla (‘justiça’), a qual compreende qualquer situação que afete os direitos fundamentais. Do contrário, a Constituição utilizaria a mesma terminologia.

Assim, como na essência os Defensores Públicos são advogados e praticam atividades inerentes à advocacia no respectivo âmbito de atuação --- orientação jurídica e judiciária aos necessitados, viola o art. 133 da Constituição Federal o § 4º do art. 6º da Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009) ao apregoar que a capacidade postulatória advém da nomeação e posse no cargo público.

Na verdade, referido dispositivo impugnado não desobriga os Defensores Públicos de inscrição na OAB, ou mesmo justifica que eles cancelem a respectiva inscrição, posto que para ingresso na carreira da Defensoria Pública é indispensável a inscrição na OAB, como determina o art. 26 da Lei Complementar, a saber:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Art. 26. O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga.

Não é razoável entender, com todo respeito, que após a nomeação no cargo possam os Defensores Públicos cancelar a inscrição na OAB, visto que é no exercício do cargo que praticam atividades inerentes à advocacia e, nessa condição, revela-se indispensável a inscrição nos quadros da OAB, daí advindo a capacidade postulatória, conforme estabelecido no art. 3º, § 1º¹³, da Lei nº 8.906/94, editada na forma do inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, sob pena de nulidade dos atos praticados (art. 4º¹⁴, Lei nº 8.906/94).

Portanto, para postular em juízo é indispensável que bacharel em direito seja inscrito na OAB, não recaindo na nomeação e posse no cargo de Defensor Público sua capacidade postulatória, previsão essa contida no § 6º do art. 4 da lei ora impugnada que se revela incompatível com o art. 133, da CF.

Lembre-se, ainda, que todo o regime disciplinar que a Lei nº 8.906/94 institui, tipificando várias condutas ilegais nas quais os Defensores Públicos podem incorrer, não foram reproduzidas nas leis especiais.

Restaria, então, possível aos Defensores Públicos acarretar conscientemente a nulidade de processo, fazer publicar na imprensa alegações

¹³ 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.

¹⁴ Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

forenses, deturpar o teor de dispositivo de lei etc., atentando contra o que estabelece o artigo 34 do Estatuto da OAB?

É evidente que não, porque isso indica, sem dúvida alguma, a necessária sujeição dos Defensores ao regime da Lei nº 8.906/94.

Aliás, a tese da **não** sujeição dos Defensores ao regime ético-disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil atenta contra a unidade de regulamentação que a Constituição Federal pretendeu dar, em todo o território nacional, quanto à atividade de todos aqueles que comparecem em juízo representando os interesses de alguém.

Com efeito, a OAB é um **serviço público federal**, e suas normas de regência atingem todos os Estados e estão **intimamente** relacionadas aos Códigos de Processo Civil e Penal. **Se retirar os Defensores Públicos da regência da Ordem e, conseqüentemente, da sujeição à Lei nº 8.906/94, estar-se-ia a entregar aos Estados membros, via suas leis locais, a regulamentação da forma de atuar de tais profissionais perante juízos e tribunais.**

E tais normas poderiam, em tese, suprimir quaisquer deveres ou, noutro extremo, conceder uma série de prerrogativas aos Defensores incompatíveis e indevidas ao regular funcionamento da Justiça.

De outro lado, registre-se que órgão público não se confunde, por óbvio, com agente. Ainda que sejam, sob certo aspecto, órgãos do Estado – Defensores Públicos -, como aliás são os médicos públicos, tal fato não faz com que os requisitos para serem advogados, assim como os requisitos para serem médicos, não tenham que ser atendidos.

Vale lembrar as lições de direito administrativo em que o agente não se confunde com o órgão ao qual está vinculado, senão vejamos a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁵:

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 129.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“(…)

Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado (...). De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais.

(…)”

Complementando a idéia, Maria Sylvia Zanella de Pietro¹⁶

sintetiza:

“(…)”

*Com base na teoria do órgão, pode-se definir o **órgão público** como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado.*

Na realidade, o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, embora seja uma de suas partes integrantes; a pessoa jurídica é o todo, enquanto os órgãos são parcelas integrantes do todo. O órgão também não se confunde com a pessoa física, o agente público, porque congrega funções que este vai exercer.

(…)”

Acreditamos que a doutrina que hoje prevalece no direito brasileiro é a que vê no órgão apenas um feixe de atribuições, uma unidade inconfundível com os agentes.

(…)”

Com todo respeito, para regular o exercício da Advocacia não é preciso lei complementar, tampouco que seja de iniciativa do Presidente da República. Contudo, a norma é aplicável ao Defensor Público nas relações decorrentes da Advocacia, e não daquelas do serviço público, e para tais, a Lei nº 8.906/94 demonstra-se material e formalmente adequada.

O Defensor é o Estado, mas o servidor não o é. É pessoa cujo exercício do cargo depende do cumprimento de requisitos estabelecidos em lei. E a Lei nº 8.906/94 é taxativa, em seu artigo 3º, § 1º, ao exigir inscrição na OAB.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 494-495.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ora, os requisitos para o exercício profissional, dentre eles o de ser advogado, resta previsto como possível pela própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIII, bem como no seu artigo 22, inciso XVI: “*Compete privativamente à União legislar sobre: organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício das profissões*”.

E a Lei nº 8.906/94 foi taxativa ao afirmar que “*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 da administração indireta e fundacional.*”

Estabeleceu, pois, condição para o exercício da advocacia pública ‘lato sensu’ (advogado público, procurador estadual, defensor público, dentre outros): ser inscrito na OAB.

Cabe dizer que a circunstância de os Defensores Públicos não se sujeitarem a regime de trabalho previsto na Lei nº 8.906/94, serem proibidos de advogar fora do exercício das funções ou serem obrigados a defender o interesse dos necessitados, em nada transmuda a natureza de sua atividade de advogados.

São, repita-se, pela natureza das coisas, advogados e como tais devem se sujeitar ao regime de fiscalização em prol da sociedade deferido à Ordem dos Advogados do Brasil, na qual devem se inscrever para serem fiscalizados sob o ponto de vista ético-disciplinar e não apenas sob o ponto de vista funcional, recaindo nessa inscrição a capacidade postulatória.

A situação jurídico-funcional dos Defensores Públicos (da União, do Distrito Federal e Territórios, e dos Estados) é idêntica à do cargo de Advogado da União, regido pelo art. 131 da Constituição Federal e que requer o



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

exercício das atividades privativas da Advocacia previstas no artigo 1º da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da OAB – EAOAB, senão vejamos, respectivamente:

Constituição Federal:

Art. 131 - *A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.*

Lei nº 8.906/94:

Art. 1º - *São atividades privativas da advocacia:*

I – a postulação a qualquer¹⁷ órgão do Judiciário;

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Sabe-se que o Capítulo IV da Carta da República, que trata “Das Funções Essenciais à Justiça” é subdividido em três Seções, a saber: I – Do Ministério Público; II – Da Advocacia Pública; e, III – Da Advocacia e da Defensoria Pública.

Todavia, o fato de a Advocacia Pública estar regulada em Seção diversa da Advocacia não significa a existência de distinção entre a função de advogado exercida entre ambas, a não, ser, é claro, o fato daquela consistir cargo de carreira da Administração Pública, o mesmo ocorrendo com os Defensores Públicos, cuja Carta da República, inclusive, tratou no mesmo capítulo.

Cumprе recordar que a Advocacia Geral da União, a qual, nos termos do art. 131 “*representa a União, judicial e extrajudicialmente*” foi uma inovação instituída pela Carta Constitucional de 1988, eis que, no regime

¹⁷ O STF, por unanimidade, julgou prejudicada a alegação de inconstitucionalidade da expressão “aos juizados especiais” em razão da superveniência de norma posterior que regulamentou a matéria. Entretanto, por maioria, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão “qualquer” contida no inciso I, vencidos os ministros Marco Aurélio, relator, e o ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/44480,1> Acesso em 05/06/2006.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

anterior a Advocacia Pública ficava a cargo do Ministério Público da União, o que foi vedado expressamente no art. 129, IX, da CRFB¹⁸, pelo qual:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A Constituição, acertadamente, subtraiu da competência do Ministério Público uma prerrogativa exclusiva da atividade da Advocacia, com a qual, diga-se, é incompatível, criando, para tanto, a Advocacia Geral da União.

Estabeleceu-se, a partir daí, o divisor de águas entre o Ministério Público, o qual representa os anseios da Sociedade como um todo, cujas atribuições estão devidamente regulamentadas e o Advogado, parcial por excelência, o qual defende os interesses do cliente.

De qualquer forma, a União ao litigar é representada pelos membros da Advocacia-Geral da União, os Estados, pelos seus respectivos Procuradores, igualmente as Autarquias, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a Petrobrás, o Banco Central, possuem em seus quadros Advogados Públicos concursados.

Para completar, os necessitados (na expressão constitucional) são acolhidos pelo Defensor Público, e os clientes em geral, até mesmo a Administração Pública mediante licitação, pelos Advogados Privados.

A parcialidade, portanto, é uma das características que une os profissionais da Advocacia, e os distingue dos membros do Ministério Público, por isso, feliz a vedação trazida pelo art. 129, IX, da CF/88.

Então, as funções essenciais à justiça são o Ministério Público e a Advocacia ‘lato sensu’ (pública ou privada). Tal constatação pode ser

¹⁸ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 10 ed. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 460-461.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

confirmada mediante análise de outros dispositivos constitucionais, especialmente àqueles relativos à composição dos Tribunais, senão vejamos:

*Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do **Ministério Público**, com mais de dez anos de carreira, e de **advogados** de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, **indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.** (sem grifos no original)*

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I – um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;

II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador Geral da República;

XI – Um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

*XII – **dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;** (sem grifos no original)*



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Art. 104. *O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três ministros.*

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre os desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal;

II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94. (sem grifos no original)

Portanto, se o constituinte originário pretendesse dispensar tratamento diferenciado entre os Advogados Públicos (expressão ‘lato sensu’ que contempla os Defensores Públicos), não só os da União, como também os dos Estados, pois dispostos na mesma Seção II do Capítulo IV, e Advogados privados, o faria igualmente nas demais disposições contidas na CF/88. Ao contrário, considera a Advocacia como gênero em todas as normas a que faz referência.

Não fosse a relação, inscrição, submissão e até proteção também do Advogado Público para com a Ordem dos Advogados do Brasil, nenhum deles poderia compor o cargo de Desembargador ou Ministro em decorrência do denominado “quinto constitucional”.

Vê-se vários exemplos de Advogados Públicos exercendo tal *mister* e por indicação da OAB, mesmo porque não há qualquer previsão de tal natureza na Lei Complementar nº 73/1993, a qual instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

No particular, a **Lei Complementar nº 80/90**, com redação conferida pela Lei Complementar nº 132/2009, **exige expressamente que os Defensores Públicos sejam inscritos na OAB, ‘ex vi’ art. 26.**

Logo, frente à condição estabelecida pela própria Carta Magna para indicação dos nomes dos Advogados componentes das listas sêxtuplas, pelo órgão representante da classe, ou seja, pela OAB, sem qualquer distinção, conduz a constitucionalidade do §1º do art. 3º do EAOAB ao sujeitar às suas determinações o Defensor Público, concomitante ao regime próprio a que esteja submetido.

De fato, a Ordem dos Advogados sempre entendeu pela obrigatoriedade da inscrição dos Advogados Públicos e Defensores Públicos nos seus quadros, sendo que tal disposição sequer foi alvo de ADIN, conforme julgamento recente do Supremo Tribunal Federal, disponível nos mais variados sites jurídicos.

Paulo Lobo¹⁹ assevera:

A Advocacia Geral da União está disciplinada na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e a defensoria pública (em geral) pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Ambas somente admitem o exercício da advocacia dentro dos limites de suas atribuições institucionais, de modo exclusivo, ficando vedada a advocacia particular ou autônoma.

(...)

O ponto comum é que todos tratam de atividade de advocacia. A advocacia pública é espécie do gênero advocacia, porque integra a administração da justiça e não tem natureza nem atribuições da Magistratura ou do Ministério Público. Como os demais advogados, seus integrantes postulam em juízo ou realizam serviços de consultoria, assessoria ou direção jurídicas, que são justamente as atividades de advocacia tipificadas no art. 1º do Estatuto.

O Estatuto não disciplina apenas a advocacia privada. Os artigos 131 a 134, da Constituição, têm que ser interpretados de modo

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao estatuto da advocacia. 2 ed. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 34.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

sistemático, integrado e harmônico. A Constituição não cuida de atividades paralelas ou excludentes, umas das outras, mas de uma atividade de mesma natureza ontológica e jurídica, a advocacia, pouco importando o interesse patrocinado (estatal ou de hipossuficiente) ou do tipo de vínculo público ou privado do profissional que a exerce.(sem grifos no original)

As decisões do Conselho Federal convergem para o mesmo caminho, senão vejamos:

*Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime do Estatuto da OAB, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União. A postulação perante o órgão judiciário e as funções de direção, assessoria e consultoria jurídicas configuram atividade própria de advogado, que integra o tripé da administração da Justiça, ao lado do magistrado e do membro do Ministério Público. Inteligência compreensiva do art. 133, da Constituição Federal. (Conselho Federal – Pleno, Proc. CP 3.739/93, ac. CP 06/93, rel. Cons. Paulo Luiz Netto Lobo, in *Jornal do Conselho Federal – OAB*, nº 4, nº 735, jan-fev. 1994, p. 14).*

Gisela Gondin²⁰, sobre o assunto, manifestou-se:

O Estado distinguiu a advocacia privada da pública, abrangendo no conceito desta aqueles profissionais que integram a Advocacia-Geral da União, a Defensoria Pública, as Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios, e respectivas empresas públicas, autarquias e fundações.

Assim, para o exercício profissional, os integrantes destas entidades são obrigados à inscrição na OAB, e sujeitam-se às normas estabelecidas no Estatuto, no Regulamento Geral e no Código de Ética e Disciplina.

A exigência contida no Estatuto respeita tão-somente ao exercício da atividade da advocacia, de forma que coexiste harmonicamente com as normas próprias aplicáveis à categoria funcional respectiva.

O exercício da profissão pelos advogados públicos, entretanto, sofre as restrições determinadas pela função pública que exercem cumulativamente com a advocacia. (sem grifos no original)

²⁰ RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. 4 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. p. 90.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Logo, é inconstitucional o § 6º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994.

É certo, porém, que ao Defensor Público é vedado o exercício da Advocacia fora das atribuições institucionais, mas tal imposição encontra guarida no impedimento constante no art. 29 do EAOAB, pelo qual *“Os Procuradores-Gerais, Advogados-Gerais, Defensores-Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura”*.

No mais, resta superada a idéia de que as regras limitam-se, nas palavras de Luis Roberto Barroso²¹, no “tudo-ou-nada”. No seu entendimento, o positivismo jurídico, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais foi superado por *“um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação”*.

A partir disso, *“o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais”*.

E completa:

“(…)

Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema do tudo-ou-nada, mas

²¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Teoria e direito público: interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 277-278.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

*graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.²²
(...)”*

Na prática, percebe-se tanto no Conselho Federal da OAB, quanto nas demais Seccionais distribuídas pelo Brasil a participação de Advogados Públicos na Instituição, onde cada uma delas possui uma Comissão do Advogado Público.

Não há, pois, como desvincular qualquer Advogado da OAB, eis que esta promove não só a disciplina, como também representa e defende as prerrogativas do profissional.

A jurisprudência dos Tribunais não destoia desse entendimento, assim já tendo entendido o **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**²³ (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2006.72.00.001406-8/SC). De outra forma, entende o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

²² *Idem*, p. 281.

²³ **EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. NECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.**

1. É a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil que outorga a capacidade de postular em juízo, tanto para o advogado privado como para o advogado público. A diferença é que se o advogado privado atua credenciado por procuração ou designação, o advogado público atua em nome do órgão por conta de sua investidura no cargo.

2. O Procurador da Fazenda Nacional deve estar inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, pois é esta inscrição que lhe dá a capacidade postulatória.

3. Obrigatória a inscrição, surge como corolário lógico a necessidade do pagamento de anuidade à OAB.

4. *Apelação provida.*

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencida a Juíza Federal Vivian Pantaleão Caminha, que formulava questão de ordem no sentido do feito ser competência da 2ª Seção, conhecer da apelação e por unanimidade dar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de dezembro de 2009.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

(20×NODÃÃ)

APELAÇÃO CÍVEL 200733000205053/BA

Processo na Origem: 200733000205053

RELATOR(A) : DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA
RELATOR(A) : JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.)
APELANTE : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECAO DA BAHIA - OAB/BA
ADVOGADO : MARCIA DIAS BORGES E OUTROS(AS)
APELADO : ASSOCIACAO DOS DEFENSORES PUBLICOS DO ESTADO DA BAHIA ADEP BA
ADVOGADO : MARCONI DE SOUZA REIS

E M E N T A

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFENSORES PÚBLICOS DO ESTADO DA BAHIA. INSCRIÇÃO NA OAB. PAGAMENTO DE ANUIDADE. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO: AGRAVO (ART. 522 DO CPC). PRECLUSÃO. PREJUDICADO. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. CONSTITUIÇÃO. DEFENSORIA E ADVOCACIA TRATADOS NA MESMA SESSÃO. LEI COMPLEMENTAR NACIONAL N. 80/94 E LEI COMPLEMENTAR DO ESTADO DA BAHIA N. 26/2006. INSCRIÇÃO NA OAB. EXIGÊNCIA. ANUIDADE. LEGITIMIDADE (§ 1º DO ART. 3º DA LEI N. 8.906/94).

1. Não cabe ser conhecida a apelação na parte relativa aos efeitos de seu recebimento: a) a matéria está preclusa pela não interposição do agravo no momento próprio (art. 522 do CPC); e b) está prejudicada, porque apresentado o processo em sessão de julgamento.

2. A assistência, seja na modalidade simples ou litisconsorcial, supõe interesse jurídico na vitória do assistido, o que se revela nos autos. Na hipótese, não há que falar em preclusão lógica da questão, nem em ausência do interesse recursal.

3. O pedido genérico e o esclarecimento prestado pela impetrante afastam a nulidade da sentença acoimada de *ultra petita*. Vício que se ocorresse levaria ao decotamento do excesso e não nulidade da sentença. Nulidade rejeitada.

4. A Constituição Federal nos arts. 133 e 134 trata dos advogados e da Defensoria Pública na mesma seção. A Lei Complementar n. 80/94 e a Lei Complementar n. 26/2006 do Estado da Bahia exigem a inscrição do candidato na OAB como requisito para inscrição no concurso e/ou posse.

5. Legitimidade da exigência de inscrição dos Defensores Públicos do Estado da Bahia na OAB (§ 1º do art. 3º da Lei n. 8.906/94) e da cobrança das respectivas anuidades (art. 46).

6. Precedentes jurisprudenciais em casos similares (REsp 1089121/PR 2008/0199591-0, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 20/04/2009; Ap 2007.38.00.004364-5/MG, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Oitava Turma deste TRF1, e-DJF1 de 12/11/2010, p. 521/588; e AGA 2007.01.00.057971-4/BA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 de 10/12/2008, p. 408).

7. Pedido de assistência simples do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB acolhido.

8. Apelação conhecida em parte e provida para cassar a sentença e denegar a segurança.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“O advogado público é, antes, advogado. Consoante Machado de Assis, “os adjetivos passam e os substantivos ficam.”²⁴

Não serve, pois, de utilização de interpretação literal e isolada do § 6º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994, mas sim da análise de todo o arcabouço técnico-jurídico a respeito do exercício da advocacia (privada ou pública) no território nacional, cuja conclusão, inexoravelmente, leva à obrigatoriedade de inscrição dos Defensores Públicos na OAB, daí a inconstitucionalidade do dispositivo em relação ao art. 133 da Carta Maior.

No âmbito deste Conselho Federal da OAB há inúmeras manifestações a respeito da obrigatoriedade de inscrição, vejamos:

Consulta. Defensores Públicos. Sujeição dos inscritos na OAB ao seu poder disciplinar. Pagamento das anuidades e licenciamento.

Consulta 2008.27.06015-05/OEP. Origem: Conselho Seccional da OAB/Minas Gerais - Consulta nº 3787/2008. Assunto: Consulta. Defensores Públicos. Sujeição dos inscritos na OAB ao seu poder disciplinar, ao pagamento das anuidades e licenciamento. Consulente: Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais - ADEP (Advs.: Luiz Carlos Parreiras Abritta - OAB/MG 58.400 e outros). Relator: Conselheiro Federal Carlos Augusto Monteiro Nascimento (SE). Ementa nº 0112/2009/OEP: "DEFENSOR PÚBLICO. Sujeição ao regime da Lei 8.906/94. Afigura-se regular a inscrição do Defensor Público na OAB como exigência permanente, bem como a observância das normas gerais da legislação da advocacia e dos deveres ético-profissionais, quando no exercício da advocacia pública. É obrigatória sua inscrição nos quadros da OAB, para possibilitar o exercício dessa função pública. Inteligência da parte final do art. 134, da Constituição da República e do § 1º do art. 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB. Por restar configurada como característica intrínseca ao membro da Defensoria Pública, a condição de Advogado para a realização de suas diversas atribuições jurídicas, este, no exercício do seu múnus, está sujeito aos direitos e deveres impostos pelo EAOAB, inclusive com relação à cobrança de anuidade. Impossibilidade de licenciamento com a permanência da capacidade de advogar no âmbito institucional."

²⁴ DEMO, Roberto Luis Luchi. Advocacia pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, julho de 2002. Vol. 801, p. 800. P. 701.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Conselheiros componentes do Órgão Especial, por maioria, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator. Brasília, 09 de março de 2009. Vladimir Rossi Lourenço - Presidente. Carlos Augusto Monteiro Nascimento - Conselheiro Federal Relator. (DJ, 22.06.09, p. 299)

Processo nº 2008.27.00935-03. Origem: Conselho Seccional da OAB/Rio de Janeiro. Of. 334/GAB/08, de 21.02.2008. Assunto: Consulta. Lista Sêxtupla do Quinto Constitucional. Defensor Público. Relator: Conselheiro Federal Marcus Vinicius Furtado Coelho (PI). Ementa nº 67/2009/OEP: "É possível ao Defensor Público disputar vaga de Desembargador pelo Quinto Constitucional da Advocacia, integrando lista sêxtupla para preenchimento do mencionado cargo. Inteligência do art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 1994, que estabelece a natureza advocatícia da atividade dos integrantes da Defensoria Pública, sujeitando-os ao regime do Estatuto da Advocacia e da OAB. Necessidade de preenchimento dos demais requisitos estabelecidos em lei e no Provimento nº 102, de 2004, tais como a inscrição na Seccional da Ordem no território onde situado o Tribunal de Justiça há pelo menos cinco anos, bem assim a comprovação do efetivo exercício profissional da advocacia nos dez anos anteriores à data do pedido de inscrição, de modo ininterrupto, ressaltada a hipótese de requerimento formal de licenciamento, como previsto no art. 12 da Lei nº 8.906, de 1994. O decêndio haverá de ser comprovado com a prática em cada ano de, no mínimo, cinco atos privativos de advogado, em procedimentos judiciais distintos, na área do Direito de competência do Tribunal de Justiça, nos termos da decisão proferida pelo Órgão Especial nos autos da Consulta nº 2007.27.04512-01." Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por unanimidade, em acolher o voto do Relator, parte integrante deste. Brasília, 9 de fevereiro de 2009. Vladimir Rossi Lourenço - Presidente. Marcus Vinicius Furtado Coelho - Conselheiro Federal Relator. (DJ, 22.04.2009, p. 339/340)

Ementa 045/2003/PCA. Defensor Público. É obrigatória a inscrição nos quadros da OAB, para possibilitar o exercício dessa função pública. Inteligência da parte final do art. 134, da Constituição da República e do § 1º do art. 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB. (Lei 8.906, de 04.07.94). (Recurso nº 0278/2003/PCA-RJ. Relator: Conselheiro Aristófanes Bezerra de Castro Filho (AM), julgamento: 15.09.2003, por unanimidade, DJ 22.09.2003, p. 635, S1)



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Ante o exposto, constata-se que o § 6º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009) **é inconstitucional**, requestando o Conselho Federal da OAB a declaração de sua inconstitucionalidade.

3 – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR:

Com efeito, é necessária a IMEDIATA concessão de medida cautelar para fins de suspensão da eficácia do trecho ‘e jurídicas’, contida no inciso V do art. 4º, bem como da íntegra de seu § 6º, ambos da lei ora impugnada.

Isso porque as Seccionais da OAB estão recebendo diversos pedidos de cancelamentos por parte dos Defensores Públicos em face do equivocado entendimento de que a capacidade postulatória desses profissionais advém de sua nomeação e posse no cargo, e não da inscrição nos quadro da OAB.

Exemplo dessa situação é que OAB/SP que recebeu cerca de 80 (oitenta) pedidos de cancelamento de inscrição, vejamos notícia veiculada no CONJUR.COM.BR de 18/05/2011:

“(…)

TJ-SP reconhece atuação de defensores públicos

O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a capacidade postulatória de defensores públicos, independentemente de inscrição pessoal nos quadros da Ordem dos Advogados. A [decisão](#) unânime foi tomada pela 2ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP no julgamento de um recurso de apelação em uma ação de usucapião, no qual um advogado da comarca de Araçatuba pedia ao tribunal que declarasse nula a atuação do defensor, por ser ele desvinculado da OAB.

O voto do desembargador relator Fabio Tabosa aponta que, após alteração pela Lei Complementar Federal 132/2009, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/1994) prevê



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

que “a capacidade postulatória do defensor público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse em cargo público”.

“Desconheço a decisão. O que conheço é que o TRF-3 e o TRF-1, em duas decisões, já se manifestaram no sentido da obrigatoriedade dos defensores públicos estarem nos quadros da Ordem”, declarou o presidente da seccional paulista da OAB, Luiz Flávio Borges D’Urso, sobre a decisão do TJ paulista.

O desembargador entende que com a mudança, a inscrição dos defensores na OAB não é mais condição para sua atuação em juízo. Para ele, isso “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 da aptidão pessoal em concurso público específico”.

Para Tabosa, “de se recordar, em adendo, que os artigos 133 e 134 da Constituição da República prevêm 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”.

Ao decidir, o desembargador disse que após a LC 132/2009 ficaram superadas as previsões do parágrafo 1º do artigo 3º, e do artigo 4º do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994). Nelas é dito que os defensores públicos exercem atividade de advocacia e se sujeitam ao regime do estatuto, e que “são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas”.

Desfiliação

Em março, 80 dos 500 defensores públicos de São Paulo pediram desligamento da OAB-SP, por considerar que a vinculação com a entidade não é necessária ao exercício do cargo. À época, a OAB-SP afirmou que a inscrição é requisito para tomar posse no cargo e que a baixa pode ensejar exercício ilegal da profissão. Por isso, encaminhou denúncia ao Ministério Público pedindo a exoneração do grupo.

O presidente Luiz Flávio Borges D’Urso também pediu providências, por meio de ofício, à defensora pública-geral do estado, Daniela Sollberger Cembranelli, ao presidente e ao corregedor-geral do Tribunal de Justiça de São Paulo e ao procurador-geral de Justiça, Fernando Grella Vieira. A OAB pedia ao TJ-SP a anulação de todas as ações representadas pelos desfiliaados.

Dias depois, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou liminar em que a Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul pedia que seus associados fossem dispensados da inscrição na OAB. Para a desembargadora Alda Basto, o Estatuto da Advocacia e da



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

OAB (Lei 8.906/1194) é a legislação que estabelece as qualificações profissionais do defensor público.

Em sua decisão, destacou o parágrafo 1º, do artigo 3º da lei, que diz que “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”. Com informações da Assessoria de Imprensa da defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Clique [aqui](#) para ler o acórdão da 2ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP que reconhece a capacidade postulatória de defensor público sem inscrição na OAB

Apelação 0016223-20.2009.8.26.0032

(...)”

A materialização desse contexto fático tem gerados infortúnios de todas as ordens, tais como a decretação de nulidade dos atos praticados por alguns Defensores sem inscrição na OAB, como vem reconhecendo alguns juízos e Tribunais --- abaixo --- além de outros desdobramentos que, na prática, criam incidentes processuais desnecessários e alongam a tramitação dos feitos.

“(...)”

TJ/SP nega capacidade postulatória a defensor público que não estava regularmente inscrito na OAB

Um acórdão recentemente publicado pelo TJ/SP negou capacidade postulatória a defensor público que não estava regularmente inscrito na OAB, sendo impedido de praticar atos privativos de advogados, segundo a lei Federal 8.906/94 ([clique aqui](#)).

O desembargador Jacob Valente, relator, entendeu ainda que deve o juiz da causa providenciar a regularização da representação processual do defensor público (requerido), com base no art. 557 do CPC ([clique aqui](#)).

Para o presidente da OAB/SP, Luiz Flávio Borges D'Urso, a decisão é "absolutamente razoável e acertada, uma vez que a capacidade postulatória decorre exclusivamente da inscrição nos quadros da OAB". "Ao não estar inscrito na Ordem, o defensor público perde a condição de advogado e não pode peticionar juridicamente", afirma.

Semelhante entendimento tem o vice-presidente da OAB/SP, Marcos da Costa, para quem o defensor público não tem capacidade



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

postulatória definida por lei específica. Pelo contrário, para tomar posse o defensor público tem de comprovar a inscrição na OAB (art. 26 da LC Federal 80/94 - [clique aqui](#) e art. 97 da LC Estadual de SP 988/06 - [clique aqui](#)). "Todas as manifestações nos processos patrocinados pelos defensores públicos que pediram cancelamento da inscrição na OAB podem ser anuladas, colocando em risco direitos dos cidadãos que representam", explica Costa.

- Processo : 0088611-46.2011.8.26.0000 - [clique aqui](#).

Veja abaixo a íntegra do acórdão.

Vistos.

O presente agravo foi interposto pela 'Defensoria Pública do Estado de São Paulo', por intermédio do Defensor Público Bruno Ricardo Miragaia Souza e de sua estagiária, inconformados com negativa de prévia fixação de honorários relativos à sua nomeação como curador especial.

Porém, segundo consta do ofício circular GP 732/11, recebido do presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, Dr. Luiz Flávio Borges D'Urso, de 25 de abril de 2011, o subscritor da petição recursal, bel. Bruno Ricardo Miragaia Souza, não está regularmente inscrito naquela entidade de classe, sendo, portanto, impedido de praticar atos privativos de advogado, nos termos do artigo 3º, 'caput' e parágrafo primeiro, da Lei Federal nº 8.906 de 04 de julho de 1994, denominada de 'estatuto da advocacia'.

Diz, o referido artigo:

"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 iniegrantes 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 fundacionar (grifei).

Assim, tendo em vista a previsão contida no artigo 4º da referida Lei Federal, segundo o qual "são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas", o recurso interposto é manifestamente inadmissível, eis que seu subscritor carpeje capacidade postulatória.

Por conseguinte, deverá, o mm. juiz da causa, providenciar a regularização da representação processual do requerido.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Desse modo, com base no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso de agravo de instrumento interposto, com observação.

JACOB VALENTE

Relator

(...)”

Outro exemplo concreto consta de notícia veiculada no site CONJUR.COM.BR, em 20/05/2011 a saber:

“(...)

Para Defensoria, vínculo com a OAB é desnecessário

Por Marília Scriboni

Tema ácido, a recente [decisão](#) do Tribunal de Justiça de São Paulo reconhecendo a possibilidade de um defensor público exercer sua atividade mesmo desligado da Ordem dos Advogados do Brasil dividiu opiniões quanto a seus efeitos a partir de agora. Para a Associação Paulista dos Defensores Públicos (Apadep), é um precedente. Para a seccional paulista da OAB, o entendimento foi incidental em ação que tratava de outro assunto, e a Justiça estadual não tinha competência para julgar a alegação.

Na ação, um advogado de Araçatuba (SP) pedia ao tribunal que declarasse nula a atuação do defensor, pelo fato de ele estar desvinculado da OAB. Os desembargadores da 5ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP fizeram justamente o contrário. Amparando-se na Lei Complementar 132, de 2009, que modificou a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, concordaram, seguindo voto do relator Fabio Tabosa, que “a capacidade postulatória do defensor público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse em cargo público”.

*Em nota, a Defensoria Pública de São Paulo reforça o argumento usado pelo desembargador: “A decisão é um precedente importante, pois reconhece o respaldo legal decorrente da Lei Complementar 132 de 2009 que, ao alterar a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar 80 de 1994), prevê que a capacidade postulatória do defensor público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público”. A nota é assinada por **Davi Depiné**, 1º subdefensor público-geral do estado.*

*A decisão unânime foi comemorada por **Rafael Vernaschi**, presidente da Apadep. “O entendimento vai ao encontro da autonomia administrativa da Defensoria Pública prevista pela Constituição Federal”, diz. Desde a promulgação da lei, cerca de 80 dos 500 defensores já se desligaram da OAB-SP. Eles alegam, dentro outros*



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

argumentos, que a vinculação não é essencial para o exercício da carreira. Já para a Ordem, a inscrição é requisito para tomar posse no cargo, e a baixa pode ensejar exercício ilegal da profissão.

Segundo Vernaschi, a própria Constituição Federal faz a diferenciação entre o advogado particular e o defensor público. Ele conta que os artigos 133 e 134 prevêm, 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.

Mesmo assim, a OAB fiscaliza o trabalho dos profissionais da Advocacia-Geral da União, das procuradorias-gerais dos estados e dos municípios e da Defensoria Pública — todos considerados advogados de fato. “Nosso descredenciamento”, explica, “não tem relação com a anuidade paga à Ordem”. Cada associado paga cerca de R\$ 800 por ano, o que rende R\$ 400 milhões anuais à entidade.

*Em março deste ano, o presidente da OAB-SP, Luiz Flávio Borges D’Urso, encaminhou denúncia ao Ministério Público pedindo exoneração do grupo e declarou a intenção de entrar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei Complementar. Com a decisão do TJ-SP, segundo o vice-presidente da seccional, **Marcos da Costa**, a ADI será analisada pelo Conselho Federal da Ordem. Para ele, a questão deveria ter sido julgada pela Justiça Federal, e não pela Justiça estadual.*

“O argumento dos defensores desligados não faz sentido, porque para tomar posse, o profissional precisa do registro na OAB”, diz. Ele também afasta as alegações de que a OAB estaria empenhada na causa em decorrência de questões financeiras. “Nós temos 300 mil advogados no país”, responde.

A questão já foi tratada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com sede em São Paulo. Na ocasião, o órgão negou liminar em que a Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul pedia que seus associados fossem dispensados da inscrição. A decisão da desembargadora Alda Basto tomou como base o Estatuto da Advocacia e da OAB.

A Lei Complementar estabelece que “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”.

A decisão da Justiça estadual sobre o assunto aborda o mesmo estatuto. O acórdão reconhece que, após a LC 132, ficaram superadas as previsões do parágrafo 1º do artigo 3º, e do artigo 4º do



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Estatuto da Advocacia — a Lei Federal 8.906/1994 —, segundo os quais os defensores públicos exercem atividade de advocacia e, por isso, se sujeitam ao regime da norma. “São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas”, diz o texto legal.

*Segundo o juiz **Ricardo Nascimento**, vice-presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), a decisão do TJ-SP se deu de forma incidental, e a última palavra sobre o desligamento ou não dos defensores compete à Justiça Federal. “Desconheço essa decisão e estranho, porque o TRF-3 decidiu o contrário. O que eu sei é que é pressuposto que todo defensor público seja inscrito na ordem”, explica.*

Na decisão do TJ-SP, o desembargador Fábio Tabosa entendeu que a investidura do defensor pressupõe a qualificação de bacharel em Direito e a verificação da aptidão pessoal em concurso público específico, o que é o suficiente para qualificá-lo.

(...)”

Essas razões justificam, a rigor, a concessão de medida cautelar objetivando suspender a eficácia do trecho ‘e jurídicas’, contida no inciso V, e a íntegra do § 6º do art. 4º, ambos da Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009).

A plausibilidade jurídica da alegação – fumaça do bom direito – resta perfeitamente demonstrada quando se observa que a Carta da República não pretendeu disponibilizar a estrutura das Defensorias Públicas para fins de atendimento e atuação na defesa de pessoas jurídicas, mas sim propugnou seu desiderato constitucional na atuação em defesa dos **necessitados**.

Igualmente, não se revela consentânea com a Carta Federal que a capacidade postulatória dos Defensores Públicos advenha da nomeação e posse no cargo, porquanto advogados que são devem estar inscritos nos quadros da OAB, e somente nessa condição é que possuem o *ius postulandi* para atuar em juízo, considerando, ainda, que suas atividades em nada se distanciam daqueles praticadas na advocacia.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Tais pressupostos, em verdade, demonstram a violação ao inciso LXXIV do art. 5º e artigo 134, bem como do art. 133, todos da Constituição Federal.

Em relação ao perigo da demora, resta nítido que permitir a atuação das Defensorias Públicas em prol das pessoas jurídicas significa subverter a ordem constitucional que destinou referido órgão à defesa dos **necessitados**, além de que permitir que a capacidade postulatória decorra da nomeação e posse no cargo público autorizaria, por exemplo, estender atividade privativa da advocacia a pessoa não inscrita nos quadros da OAB.

A nulidade de atos processuais praticados por Defensores Públicos sem inscrição na OAB já ganhou repercussão nacional e, como tal, tem gestado incidentes desnecessários que somente protelam a prestação jurisdicional, daí o pedido de suspensão de eficácia do § 6º do art. 4º da lei ora impugnada objetivando resguardar segurança jurídica.

É imperiosa, assim, a concessão de medida cautelar à presente ação direta, objetivando suspender a eficácia dos dispositivos ora impugnados.

4 - DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB requer:

a) a notificação da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**, da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e do **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seus Presidentes, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração da **Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009)**, ora questionada, manifeste-se, querendo, no prazo de cinco dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

b) a concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99, para suspender a eficácia do trecho ‘e jurídicas’, contido no inciso V do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009), bem como da íntegra do § 6º do art. 4º do mesmo diploma legal, até o julgamento do mérito;

c) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de quinze dias, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;

d) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

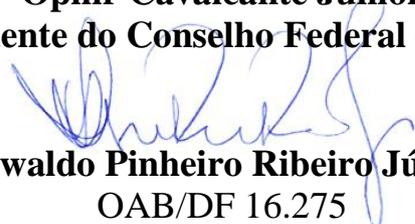
e) a procedência do pedido de mérito para que seja declarada a inconstitucionalidade do trecho ‘e jurídicas’, contido no inciso V do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009), **e, sucessivamente, seja dada interpretação conforme à Constituição - art. 5º, LXXIV, e art. 134 – ao restante do dispositivo, bem como seja declarada a inconstitucionalidade do § 6º do art. 4º da lei ora impugnada**, pelas razões acima formuladas.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 1º de agosto de 2011.


Ophir Cavalcante Junior
Presidente do Conselho Federal da OAB


Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior
OAB/DF 16.275