



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 112606/2015 PGR – RJMB

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos arts. 102, I, *a* e *p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição Federal de 1988, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE,

com pedido de medida cautelar, contra o art. 3º, *caput* e §1º, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, que impõe aos advogados públicos integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Fede-

ral, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

A inicial segue acompanhada do procedimento administrativo 1.33.005.000363/2012-41, instaurado na Procuradoria-Geral da República a partir de representação formulada pela Procuradoria da República em Santa Catarina.

I. OBJETO DA AÇÃO

É do seguinte teor os preceitos legais impugnados nesta ação:

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.

Conforme se demonstrará, o § 1º do art. 3º da Lei 8.906/1994 é formal e materialmente inconstitucional, por violação dos arts. 131, 132 e 134 da Constituição Federal, ao instituir a vinculação à OAB dos integrantes das carreiras mencionadas, devendo ser declarada sua nulidade, emprestando-se, em consequência, ao *caput* do art. 3º, interpretação conforme à Constituição, para entender-se ser direcionado apenas aos advogados privados.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

É importante observar, antes de mais nada, que a designação “bacharel em Direito” **não** equivale a “advogado” e que a atuação do advogado privado, profissional liberal, **não** se confunde com a do advogado público.

Etimologicamente, o termo “advogado”, derivado do latim *advocatus*, significa basicamente “interceder a favor de”. Segundo Rui Barbosa, “*o primeiro advogado foi o primeiro homem que, com a influência da razão e da palavra, defendeu os seus semelhantes contra a injustiça, a violência e a fraude*”¹.

Advogado não é gênero, mas *espécie* de profissional do Direito. Os cursos jurídicos não formam advogados, como também não formam promotores de justiça, magistrados, procuradores, delegados, defensores públicos. O curso de Direito faz *bachareis em Direito*. Diplomado, o bacharel em Direito pode: inscrever-se na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e tornar-se *advogado privado* (profissional liberal) ou exercer diversas outras atividades, que dispensam a inscrição nos quadros da Ordem, como ministrar aulas ou ocupar cargo público de nível superior para os quais, entre outros requisitos, exija-se o grau de bacharel em Direito. Poderá, assim, tornar-se *advogado público*, após comprovação ao Estado de sua qualificação técnica, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos. Poderá, ainda, ingressar nas mais diversas carreiras jurídicas, inclusive aquelas para as quais a

¹ In *Novos Discursos e Conferências*, p. 58. cit. Ruy de Azevedo Sodré, *Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4^a ed., Ltr, p. 267.

inscrição na OAB é proibida, por absoluta incompatibilidade, como no caso da magistratura.

O *caput* do art. 3º da Lei 8.906/94 determina que o exercício da advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são *privativos* dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tal norma, contudo, deve ser tida como referente, tão somente, à *advocacia privada*. É que, conforme se demonstrará, os advogados públicos (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 – §1º do art. 3º da lei em referência) exercem, **sim**, atividade de advocacia, **mas** sujeitam-se a regime próprio (estatuto específico), não necessitando de inscrição na OAB nem, tampouco, a ela se submetendo.

Cumpre destacar que, em outra oportunidade, ao ofertar parecer em recurso extraordinário já julgado por essa Corte (RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25/5/12), em que se discutia a constitucionalidade dos arts. 8º, IV e §1º, e 44, II, da Lei 8.906/94 – os quais condicionam a inscrição nos quadros da OAB à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à referida entidade a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em todo Brasil –, defendi o provimento parcial do apelo, asseverando que “*a exigência de aprovação no exame de ordem como restrição de acesso à profissão de advogado atinge o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de trabalho*,

ofício ou profissão, consagrado pelo inciso XIII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988”.

Essa Corte Suprema negou provimento ao recurso ao entendimento de o exame da OAB mostrar-se consentâneo com a Constituição Federal. A decisão restou assim ementada:

TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações. (RE 603583, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Dje 25/5/12).

A questão aqui posta implica que também o exame da Ordem dos Advogados, declarado constitucional por essa Suprema Corte, deva ser compreendido nos exatos termos considerados naquele julgamento: controle de atuação profissional, em âmbito privado, da advocacia.

2. Da Advocacia Privada e Públca

O advogado, privado ou público, é personagem essencial para a administração da Justiça. Mediante a atuação desse profissional, o cidadão vê efetivar-se seu direito fundamental de acesso à

Justiça que, segundo Mauro Cappelletti, é dos mais básicos direitos humanos.² A própria origem léxica da palavra advogado, como ressalta Michel Temer, confere-lhe papel essencial no Estado Democrático de Direito:

“*Advocatus* é aquele que é 'chamado para encaminhar as razões das partes litigantes, com o objetivo de bem esclarecer o direito pleiteado, ensejando uma boa solução, a fim de que se fizesse justiça [...]. O que fazia no passado faz agora, esse profissional, prestando inestimável colaboração ao Estado e tornando possível a administração da Justiça. Alçá-lo a nível constitucional era reconhecer uma realidade existente patenteada pela inequívoca relação lógica entre essa profissão e os alicerces do próprio Estado.”³

Segundo José Afonso da Silva:

“A advocacia não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento. 'O advogado é indispensável à administração da justiça', diz a Constituição (art. 133), que aqui consagra um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215/63, art. 68), já o consignava. Nada mais natural, portanto, que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, reconhecendo no exercício de seu mister a prestação de um serviço público.”⁴

Celso Ribeiro Bastos chega a afirmar que o advogado é “a espinha dorsal de todos os profissionais dedicados às ciências sociais”, aduzindo que:

“O papel do advogado é de extrema relevância, já que a atuação jurisdicional do Poder Judiciário, para que seja eficiente na solução de controvérsias, necessita dos conhecimentos técnicos e científicos de

² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 12.

³ ANTUNES NETO, Vitorino Francisco. A constitucionalidade do exame de ordem. In: ROSAS, Roberto (coord.) *Exame de Ordem: Doutrina, Jurisprudência e casos concretos de exame de ordem*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 82.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 250. Tomo IV (arts. 127 a 135).

profissionais habilitados que reduzam a margem de erros e de insucessos a que pode estar fadada a atividade jurisdicional.”⁵

Na lição de Paulo Lôbo, a advocacia, como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria, se considerados apenas dados históricos conhecidos e comprovados. Em suas palavras:

“(...) segundo um fragmento do Código de Manu, sábios em leis poderiam ministrar argumentos e fundamentos para quem necessitasse defender-se perante autoridades e tribunais. No Antigo Testamento recolhe-se idêntica tradição entre os judeus. No Egito, proibiam-se as alegações oratórias, para que as artes suasórias e os usos retóricos do defensor não influíssem nos juízes. Há quem localize na Grécia antiga, especialmente em Atenas, o berço da advocacia, onde a defesa dos interesses das partes, por grandes oradores como Demóstenes, Péricles, Isócrates, se generalizou e se difundiu”⁶.

Embora não se possa precisar ao certo em que época deu-se o surgimento da advocacia, é fato que, no princípio, a postulação era leiga e a demanda envolvia apenas as partes interessadas, sem a intervenção estatal, sendo resolvidas, não raro, pela “lei do mais forte” ou, se muito, pelos que se apresentavam melhor dotados de astúcia e esperteza.

A advocacia como atividade profissional, permanente e reconhecida surgiu quando o Estado chamou para si a responsabilidade de administrar a justiça, buscando resguardar o equilíbrio e a segurança sociais. Para Carvalho Santos, “*as necessidades da Justiça*”

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 246. Tomo IV (arts. 127 a 135).

⁶ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. Ed. Saraiva: 5^a ed., p. 3.

tiça exigiram que homens especializados, versados no conhecimento das leis, viessem colocar-se ao lado dos litigantes para assisti-los na reivindicação de seus direitos. Essa a origem da profissão do advogado”⁷.

No ponto, vale destacar os ensinamentos de Paulo Lôbo, *verbis*:

“Se tomarmos por referência o mundo romano, ao qual nos vinculamos por tradição cultural, poderemos encontrar traços evolutivos da advocacia, que poderia ser desdobrada em dois tipos de profissionais distintos: os advogados, como patronos e representantes das partes, e os jurisconsultos. Esses últimos, acreditados pela alta qualidade científica e moral de suas opiniões jurídicas, granjearam, ao longo da história romana, reconhecimento imperial, inclusive para vincular as decisões judiciais. Eram as *responsia prudentium* (daí, jurisprudência) que seriam levadas em conta no julgamento.

(...) Em Roma, inicialmente, a advocacia forense era tarefa cometida apenas aos patrícios, que a desempenhavam como *patronos* de seus pares e clientes (*patronus*), porque somente eles tinham acesso ao direito. Após a Lei das XII Tábuas, em mais ou menos 450 antes de Cristo, com a vitória política da plebe, cessa tal monopólio do direito, aumentando o número de advogados leigos e plebeus postulando em juízo (*advocatus*).

No *Digesto* (D. 50, 13, 1, 11) inexiste qualquer distinção, considerando-se advogados todos quantos 'se dão ao estudo das leis e pleiteiam causas nas quais elas se aplicam'. Dessa forma, tornaram-se indistintas as funções do jurisconsulto (jurista, no sentido estrito atual) e do advogado.

Durante a Idade Média européia, segundo Max Weber, distinguindo-se do advogado o 'prolocutor' (*consuel*), que se colocava ao lado das partes no tribunal, contribuindo para a formulação da sentença e para a proposta de decisão; de certa forma, pertencia ao grupo de julgadores. Já o advogado (*avoué, solicitor, attorney, procurator*) assumia a direção técnica na preparação do procedimento e na obtenção dos meios de prova. Mas essas funções só

⁷ In *Repertório Encyclopédico do Direito Brasileiro. Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4^a ed., Ltr, p. 267.

puderam ser exercidas quando o procedimento foi em grande medida racionalizado. No procedimento primitivo não se concebia o advogado com as funções atuais. Na Inglaterra quase todos os advogados procediam do grupo dos únicos que sabiam escrever, ou seja, os clérigos; somente a partir do século XV os advogados laicos conseguiram se organizar em quatro grêmios dos *Jures of Court*, excluindo os clérigos. Desses grêmios saíam os juízes e faziam com os advogados vida comum. No mundo islâmico, o *Mufti* foi um perfeito paralelo do jurisconsulto romano.

(...) Pode-se afirmar, a partir de fontes variadas, que a advocacia se converteu em profissão organizada quando o Imperador Justiniano, antecessor de Justiniano, constituiu no século VI a primeira Ordem de Advogados no Império Romano do Oriente, obrigando o registro a quantos fossem advogar no foro. Requisitos rigorosos foram impostos: ter aprovação em exame de jurisprudência, ter boa reputação, não ter mancha de infâmia, comprovar-se a defender quem o pretor em caso de necessidade designasse, advogar sem falsidade, não pactuar *quota litis*, não abandonar a defesa uma vez aceita.

Vários autores, no entanto, apontam o século XIII, com a Ordenança francesa do Rei São Luiz, que indicava requisitos para o exercício da profissão, como o marco inicial da regulamentação legal da advocacia. Mas, na verdade, a Ordenança tinha por objeto as primeiras regras deontológicas da profissão e não propriamente sua regulamentação.

Hamelin e Damien sustentam, no entanto, que a primeira menção que se tem dos advogados foi em um capitular de Carlos Magno, em 802, e que os gregos e romanos ignoraram a profissão. Têm razão os autores se tomarmos a advocacia como profissão organizada, mas eles próprios reconhecem que 'em Roma a função do advogado existia sob a forma de uma instituição liberal' e, ainda, que no Baixo Império os advogados foram organizados em colégio sob o nome de 'Ordem dos Advogados', durante o império de Justino.

Em Portugal, alguns forais no século XIII já faziam referência aos advogados, mas é com as Ordенаções Filipinas (notadamente no Livro 1, Título XLVIII) que se tenta a primeira organização da advocacia, com reflexos no Brasil. As Ordenações determina-

vam o tempo de oito anos para o curso jurídico; exame para atuar na Casa da Suplicação; impossibilidade de advogar contra a lei; responsabilidade civil do advogado; penas disciplinares aplicadas pelo juiz, inclusive degredo para o Brasil; e várias normas ético-profissionais.

Os historiadores da profissão costumam apresentar como primeiro advogado, no Brasil, Duarte Peres, o *bacharel de Cananéia*, degredado deixado em Cananéia no ano de 1501; para alguns historiadores seu nome seria Mestre Cosme Fernandes, um judeu de reconhecida cultura que fora expulso de Portugal por motivos religiosos, tendo sido encontrado vinte anos depois vivendo com os índios. Durante a Colônia, o quadro geral do foro brasileiro era desolador: magistratura ignorante e corrompida de um lado e, de outro, rabulice analfabeta e trapaceira.

No Brasil independente, a advocacia (e as profissões jurídicas em geral) identifica seu ponto de partida como profissão reconhecida, na criação dos cursos jurídicos, em 11 de agosto de 1827, em Olinda e São Paulo. Em verdade, a lei de 1827 foi antecedida pelo decreto de 9 de julho de 1825, que criou provisoriamente na Capital do Império (Rio de Janeiro) um curso jurídico, o qual nunca se instalou, mas permitiu a elaboração dos Estatutos das Faculdades de Direito, pelo Visconde de Cachoeira, mais tarde adotados pelas Faculdades de São Paulo (instalada em 1º-3-1828 no Convento de São Francisco) e de Olinda (instalada em 15-5-1828 no Mosteiro de São Bento e transferida para Recife em 1854).

A fundação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 1843 e, finalmente, a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930, simbolizam as etapas evolutivas da advocacia brasileira, consagradas no atual Estatuto da Advocacia (que, pela primeira vez, assim se denominou formalmente) – a Lei n. 8.906, de 4 de abril de 1994.

Durante o período colonial, o exercício da profissão de advogado era mais ou menos livre, constituindo o espaço de atuação dos leguleios ou rábulas, ou seja, dos que aprendiam e exerciam o ofício na prática. As Ordenações Filipinas (Livro 1, Título XLVIII) determinavam que 'todos os Letrados, que houverem de advogar e procurar em nossos Reinos, tenham oito anos de es-

tudo cursados na Universidade de Coimbra em Direito Canônico, ou Civil, ou em ambos', com penas severas de prisão ou degredo para os infratores. Todavia, o Alvará régio de 24 de julho de 1713 declarou que, fora da Corte, poderia ser advogado 'qualquer pessoa idônea, ainda que não seja formado, tirando Provisão'. Desse termo resultou a figura do provisionado, que perdurou no Brasil até o advento do atual Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94). Assim, pelas evidentes dificuldades de deslocamento para Coimbra, o título de bacharel em direito era quase nobiliárquico, servindo muito mais para a conquista de postos de comando da alta burocracia ou de efeito simbólico dos estamentos do poder na Colônia e no Império.

Os cursos jurídicos criados no Império tinham finalidades explícitas de formação dos quadros dirigentes, como se lê nos Estatutos do Visconde Cachoeira, aos quais remete o art. 10 da Lei e, residualmente, de advogados. O caráter genérico das disciplinas ministradas não contribuíram para a profissionalização, servidos os cursos como espaços de revelação de vocações políticas e literárias.

Na República Velha, a hegemonia política dos bacharéis deu sinais de declínio, na proporção do crescimento da advocacia como profissão autônoma e independente do Poder Público. Somente com a criação da OAB, em 1930, iniciou no Brasil a regulamentação profissional do advogado, com exigência de formação universitária, salvo nas regiões do Brasil onde se fazia necessária a figura do râbula ou provisionado. **Até 1994, os dois primeiros Estatutos da Advocacia (Dec. n. 20.784, de 14-12-1931, e Lei n. 4.215, de 27-4-1963) voltaram-se exclusivamente para a advocacia entendida como profissão liberal, autônoma. Não contemplaram a advocacia extrajudicial e o advogado assalariado dos setores público e privado.**

O descompasso com a realidade profissional e social levou à necessidade de elaboração de novo Estatuto, o de 1994. A advocacia passou a ser entendida como exercício profissional de postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e como atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Também disciplinou o sentido e alcance de sua indispensabilidade na administração da justiça, prevista no art. 133 da Constituição Fe-

deral; a inserção da advocacia pública; a tutela legal mínima de um protagonista esquecido – o advogado empregado”⁸.

Como observado pelo autor, a inclusão dos advogados públicos no Estatuto da Ordem foi uma **inovação** da Lei 8.906/94. Até então, os estatutos da Advocacia (Decreto 20.784/31 e Lei 4.215/63) voltavam-se *exclusivamente* para a advocacia entendida como profissão liberal, autônoma. Não se cogitava que a advocacia pública – exercida por órgãos com competências e estatutos específicos –, fosse “submetida” ao estatuto de uma entidade *sui generis*, absolutamente desvinculada, funcional e hierarquicamente, da Administração Pública.

É exatamente essa inovação legal (§1º do art. 3º da Lei 8.906/94) que ora se questiona.

2.1 - Da advocacia privada

A Constituição Federal prevê, em seu art. 133, ser o advogado indispensável à administração da Justiça. Tal dispositivo, localizado na Seção III, Capítulo IV, Título IV, da Carta Magna, consagra a advocacia como função extremamente importante para a sociedade, sendo imprescindível para a realização da função jurisdicional do Estado, com as garantias individuais a ele inerentes.

A Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), estabelece que: o advogado é indispensável à administração da Justiça (art. 2º); no seu

⁸ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. Ed. Saraiva: 5ª ed., p. 3-8.

ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, §1º); no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *munus* público (art. 2º, §2º); no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites da lei (art. 2º, §3º).

Tais disposições referem-se, especialmente, à advocacia *privada* (**classe de profissionais liberais**), a qual representa e defende os interesses de **particulares (pessoas físicas ou jurídicas)** perante os órgãos do Poder Judiciário.

Para que uma pessoa possa atuar como advogado *privado* deve: ter capacidade civil; possuir diploma de graduação em Direito obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada pelo Ministério da Educação; comprovar a condição de eleitor e a quitação do serviço militar, se brasileiro; abster-se de exercer atividade incompatível com a advocacia; possuir idoneidade moral; ser aprovado em exame realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); e prestar compromisso perante o Conselho da Ordem (art. 8º da Lei 8.906/94).

A advocacia, além de profissão, é *múnus* público, incumbindo ao advogado encargos em prol da defesa e orientação de seu constituinte, bem como de auxílio ao órgão julgador para a condução do processo.

O exercício da advocacia, além disso, mesmo quando exercido em âmbito privado, não interessa apenas às partes de determi-

nado processo ou procedimento, mas à toda a coletividade, ao visar à realização da justiça e à pacificação social.

De igual forma, o advogado está investido de função pública, porque, conforme preceitua o art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, “é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função social que exerce”.

Como leciona Paulo Lôbo, o advogado realiza função social quando concretiza a aplicação do direito (e não apenas da lei), quando obtém a prestação jurisdicional e quando participa da construção da justiça social. Em suas palavras:

“*Munus* público é o encargo a que se não pode fugir, dadas as circunstâncias, no interesse social. A advocacia, além de profissão, é *munus*, pois cumpre o encargo indeclinável de contribuir para a realização da justiça, ao lado do patrocínio da causa, quando atua em juízo. Nesse sentido, é dever que não decorre de ofício ou cargo públicos.

A advocacia, sobretudo quando ministrada em caráter privado, é exercida segundo uma função social intrínseca. A função social é a sua mais importante e dignificante característica. O interesse particular do cliente ou o da remuneração e o prestígio do advogado não podem sacrificar os interesses sociais e coletivos e o bem comum. A função social é o valor finalístico de seu mister. Como enuncia a lei alemã da advocacia, de 1952, ‘a atividade do advogado, acima do estrito interesse do cliente, tem de projetar-se sobre o amplo espaço da comunidade’.

O advogado realiza a função social quando concretiza a aplicação do direito (e não apenas da lei), quando obtém a prestação jurisdicional e quando, mercê de seu saber especializado, participa da construção da justiça social. Como diz José Geraldo de Souza Júnior, ‘a compreensão dos deveres e a plena concretização dos direitos dos advogados passam pela mediação de sua prática social, de sujeito co-participante do processo de reinstituição contínua da sociedade’.

Portanto, são distintas, mas interdependentes, as características da advocacia enunciadas no §1º do art. 2º do Estatuto, talvez o mais importante de seus preceitos, de grande potencialidade hermenêutica. **É serviço público, na medida em que o advogado participa necessariamente da Administração Pública, sem ser agente estatal; cumpre uma função social, na medida em que não é simples defensor judicial do cliente, mas projeta seu ministério na dimensão comunitária, tendo sempre presente que o interesse individual que patrocine deve estar plasmado pelo interesse social”⁹.**

Calamandrei, acentuando a função do advogado de colaborador do órgão judicial, sustenta, *verbis*:

“(...) na sempre crescente complicação da vida jurídica moderna, na aspereza dos formalismos processuais, que parecem aos profanos misteriosas trincas, o advogado é um precioso colaborador do juiz, porque trabalha em seu lugar, para recolher os materiais do litígio, traduzindo em linguagem técnica as fragmentárias e desligadas afirmações da parte, tirando delas a ossatura do caso jurídico para apresentá-lo ao juiz, em forma clara e precisa e nos moldes processualmente corretos, e daí, graças a esse advogado paciente que, no recolhimento do seu gabinete, desbasta, interpreta, escolhe e ordena os elementos informes proporcionados pelo cliente, o juiz chega a ficar em condições de ver de um golpe, sem perda de tempo, o ponto vital da controvérsia.

O advogado aparece, assim, como um elemento integrante da organização judicial, como um órgão intermediário entre juiz e parte, no qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa se encontram e se conciliam. Por isso, sua função é necessária ao Estado, como servidor do Direito, na frase de GNEIST”¹⁰.

Vê-se que, conquanto se diga sempre que “a advocacia é uma profissão liberal”, tal não significa que seja ela exercida no

⁹ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. Ed. Saraiva: 5. ed, p. 29-30.

¹⁰ In *Demasia de Advogados*, Trad. Espanhola. Ruy Sodré, *Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4. ed., Ltr, p. 283.

interesse privado, exclusivamente, porque acima dele está o serviço à Justiça¹¹. Por outro lado, é igualmente importante observar que, ainda que se possa considerar a profissão liberal do advogado como “exercício privado de função pública”, de tal característica não pode decorrer a dissociação da imagem da profissão socialmente consolidada e, por excelência, exercida em *caráter privado* e não como integrante da estrutura administrativa do Estado.

Com efeito, é fundamental salientar que o **advogado privado** exerce **múnus público**, mas sua atividade é exercida em *caráter privado*. Distingue-se **do advogado público, agente do Estado**, sendo o caráter público de sua atividade **inerente ao cargo que ocupa**.

Como já observado anteriormente, advogado não é gênero, mas *espécie* de profissional do Direito. O bacharelado em Direito não prepara (ou deve preparar) o indivíduo tão somente para o exercício da advocacia, mas para um leque de carreiras que exigem conhecimentos jurídicos, como a de magistrado, membro do Ministério Público ou da Defensoria Pública, advogado público, docente, delegado de polícia, entre outras. O advogado privado, repita-se, é o profissional do Direito que representa e defende os interesses de pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado, perante os órgãos do Poder Judiciário. Está vinculado à Ordem dos Advogados do Brasil e a ela se submete.

¹¹ Como observa Gisela Gondin Ramos, “a atuação do advogado tem por escopo a realização da Justiça, que é um interesse social. Ou seja, quando exerce as suas atividades, o advogado atende a um interesse da própria sociedade, posto que a sua participação e colaboração é fundamental para que se faça a Justiça por todos buscada. Daí dizer-se que o advogado exerce um *múnus público*”. (RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia. Comentários e Jurisprudência Selecionada. 5^a ed., Ed. Forense, p. 23).

No caso, o *caput* do art. 3º da Lei 8.906/94 determina que 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). Como antes destacado, tal norma deve ser tida como referente, tão somente, à *advocacia privada*.

A inscrição nos quadros da OAB, após a aprovação no exame de suficiência, é um *quid qualificante* que atribui ao bacharel o título profissional de advogado (privado) e, por conseguinte, o direito subjetivo ao exercício da profissão.

É, principalmente, na fiscalização da atividade profissional exercida pela OAB, como forma de proteger os direitos de todos aqueles pelos quais o advogado postula, que se fundamenta o interesse coletivo, de amparo constitucional, a legitimar a restrição do acesso imediato do bacharel em direito ao exercício da profissão de advogado.

Foi após a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930, que a advocacia deixou de ser exercida com a mais ampla e irrestrita liberdade “*para tornar-se regulamentada, selecionada, fiscalizada e disciplinada, funções essas delegadas pelo poder público à própria classe. Passou a imperar o princípio, até então desprezado, de que o advogado participa da administração da Justiça (...). Desse princípio decorrem não só a subordinação do advogado à disciplina funcional, ao compromisso que presta ao iniciar a profissão, e ao mais importante de todos, ou seja, o de ter acesso, como defensor da parte, no desenrolar do processo judicial*”¹².

¹² SODRÉ, Ruy. *Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4ª ed., Ltr, p. 282.

Segundo precisa colocação em relevante julgado do Tribunal Constitucional de Portugal:

“A compreensão de que a advocacia, enquanto profissão liberal, desempenha um papel essencial na realização da justiça, levou a que se atribuisse a uma associação pública — a Ordem dos Advogados — a tarefa de zelar pela função social, dignidade, prestígio e qualidade da profissão, chamando-se, assim, a colaborar na prossecução de um interesse público uma pessoa colectiva, cujos associados são precisamente os advogados, consubstanciando uma cedência pelo Estado de poderes a uma entidade autônoma.

Entendeu-se que a melhor maneira de proceder à supervisão do exercício dumha actividade profissional privada, fundamental para a boa administração da justiça, era entregar essa função à associação representativa dos interesses dos advogados, confiando-se que a prossecução desses interesses conduziria à realização dos desígnios públicos neste domínio.¹³”

Cabe, pois, à Ordem dos Advogados do Brasil realizar o controle de qualificação profissional, buscando proteger não só as pessoas físicas ou jurídicas que serão representadas em juízo pelos advogados, como a própria ordem jurídica.

2.2 - Da advocacia pública

Como já ressaltado, a advocacia privada não é apenas uma profissão, mas um *munus* público. O advogado, ao concretizar a aplicação do direito, representando e resguardando um interesse *privado*, participa da efetivação da própria Justiça.

A advocacia pública, por seu turno, é desenvolvida por órgãos com competências específicas (denominados por Moreira

¹³ Tribunal Constitucional de Portugal. 2^a Seção. Processo nº 561/10. Relator: João Cura Marino, Lisboa. Disponível em em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc//tc/acordaos/2011/20110003.html>>

Neto de *procuraturas constitucionais*), estabelecidas em razão dos interesses envolvidos e gerando funções de controle indispensáveis ao Estado Democrático de Direito. Engloba as seguintes funções essenciais da Justiça:

- **a advocacia da sociedade, de responsabilidade do Ministério Público** (arts. 127 a 130 da CF): abrange os interesses difusos, os sociais e os individuais indisponíveis e a defesa da ordem jurídica e do regime democrático;
- **a advocacia dos necessitados, de responsabilidade da Defensoria Pública** (art. 134 da CF): abarca os interesses individuais, coletivos e difusos qualificados pela insuficiência de recursos de seus titulares (interesses dos necessitados); e
- **a advocacia do Estado (advocacia pública strictu sensu), de responsabilidade da Advocacia-Geral da União** (art. 131 da CF) **e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal** (art. 132 da CF): compreende os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado.

2.2.1 – Origem e organização da advocacia pública

Segundo lição do Procurador do Município do Rio de Janeiro Dr. Dárcio Augusto Chaves de Faria, “*a primeira notícia que se tem da função do Procurador Público vem da civilização helênica, berço da advocacia. Tratava-se do causídico – escolhido entre os melhores oradores – encarregado de promover a defesa da cidade nas lides com ou-*

tras comunidades. Sua importância social era de especial relevo, em razão do interesse público que patrocinava”¹⁴.

Descreve o Procurador, ainda, no artigo citado, que, na Roma antiga, ao lado dos “irenarcas”, que zelavam pela ordem social na província, existiu o “Procurador Caesaris”, advogado do Imperador nas questões fiscais.

Sobre o desenvolvimento da advocacia pública, José Trindade, Caterine de Castro e Francisca Araújo lecionam que “*a própria abordagem da evolução histórica das 'Procuraturas Constitucionais', ou seja, do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, demonstram que há uma origem comum entre essas instituições, representada quer na figura dos 'Procuradores do Rei' (França) quer na dos "Procuradores da Coroa" (Portugal), uma vez que àquela época os interesses públicos do Estado e da sociedade ainda se confundiam com os interesses pessoais do próprio detentor do poder*”¹⁵.

Com o surgimento do Estado de Direito, ou melhor, da limitação do Estado pelo Direito, iniciou-se a lenta separação da função do Ministério Público, como órgão externo ao Poder Executivo, da função exercida pelo advogado público, como órgão interno, ambos, contudo, com vistas à proteção do indivíduo e da sociedade.

No Brasil, por vários anos, a defesa do Poder estatal perante o Judiciário foi realizada pelo Ministério Público:

¹⁴ FARIA, Dárcio Augusto Chaves de. *A ética profissional dos procuradores públicos*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 46, p. 80-82, 1994.

¹⁵ TRINDADE, Luciano José; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca de Oliveira. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre, p. 220. Disponível em: <<http://www.pge.ac.gov.br/revista3AdvocaciaPublica.pdf>>.

“(...) com o advento da República, em 1889, o representante judicial da União passou a se denominar Procurador-Geral da República, sendo que a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, regulou a competência do Ministério Público Federal, outorgando-lhe o exercício da Advocacia de Estado, conjuntamente com suas outras atribuições típicas. Na Constituição de 1934, a matéria não sofreu alteração (arts. 95 a 98) e a Constituição de 1937 dedicou-lhe apenas um único artigo, segundo o qual o Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, seria escolhido pelo Presidente da República. Já a Constituição de 1946 atribuiu, expressamente, ao Ministério Público, a representação judicial da União, permitindo, inclusive, que fosse feita pelo Ministério Público local nas comarcas do interior (art. 126, parágrafo único), dispositivo esse regulamentado pela Lei Federal 1.341, de 30 de novembro de 1951 (Lei Orgânica do Ministério Público da União – arts. 30, I; 37 e 38, I). Essa mesma regulamentação foi dada à matéria pelo texto constitucional de 1967 (art. 138, §2º), bem como pelo texto emendado de 1969 (art. 95, §2º).¹⁶”

Com a Constituição de 1988, houve a real separação das ditas “Procuraturas Constitucionais” (Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública *strictu sensu*), criando-se a Advocacia-Geral da União e retirando-se do Ministério Público Federal a função de representar judicialmente a Administração Pública. Surgiram os conceitos “advocacia pública *lato sensu*” e “advocacia pública *strictu sensu*”.

Sobre a advocacia pública no Brasil, leciona Cláudio Grande Júnior, *verbis*:

“A independência do Brasil ocorreu ao tempo da difusão, no Ocidente, dos direitos e garantias fundamentais, quando se consolidava a idéia de que o Estado não pode submeter, irresponsavelmente, os indivíduos à sua vontade. Para aplicar sanções penais, o próprio Estado passou a se sujeitar a um processo penal no qual há separação entre as funções de acusar e julgar,

¹⁶ Op. cit. p. 221.

além de o princípio da paridade de armas ter imposto ao Poder Público a obrigação de munir os acusados com a defesa técnica de um advogado. De um modo geral, o Estado não pôde mais satisfazer suas pretensões civis, e mesmo as tributárias, sem observância do devido processo legal. Por outro lado, admitida a possibilidade de responsabilização estatal por danos causados a terceiros, **o Estado precisou contar com advogados para se defender em juízo.**

Por isso, no Brasil, a idéia de advocacia pública tradicionalmente engloba as funções de acusação penal pública, fiscalização dos interesses indisponíveis, assistência judiciária aos necessitados e representação judicial, assessoramento e consultoria jurídica às entidades estatais. Em linhas gerais, compreende as atribuições do Ministério Público (advocacia da sociedade), da Defensoria Pública (advocacia dos necessitados) e da Advocacia Estatal. É o que hoje se pode chamar de advocacia pública *lato sensu*. Esse sentido foi o originalmente empregado pelo constituinte, ao assentar as Funções essenciais à Justiça, em 1988. Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, a partir da distinção entre advocacia privada e pública, institui-se a subdivisão desta, tomada no seu sentido lato, em três ramos: o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública, postando-os como Procuraturas Constitucionais.

Atualmente, contudo, pode-se falar na advocacia pública *strictu sensu*, entendida apenas como Advocacia de Estado, em razão de a Emenda Constitucional nº 19/98 ter renomeado como “Da Advocacia Pública” a Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República. A dita seção trata da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Assim, em que pesem as críticas, emprega-se, no presente trabalho, a noção de Advocacia Pública em sentido estrito, entendida como a função permanente, constitucionalmente essencial à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, que compreende o conjunto de atividades atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações, verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada.

Os advogados públicos são organizados em carreiras, de acordo com a esfera administrativa a que estão vinculados. Desse modo, temos a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e as Procuradorias-Gerais dos Municípios, todas integradas por advogados públicos. Daí se conclui que advogado público é gênero do qual entre nós, são espécies o Advogado da União, o Procurador da Fazenda Nacional, o Procurador Federal, o Procurador do Banco Central, o Procurador do Estado, o Procurador do Distrito Federal e o Procurador do Município, bem como os Assessores, Consultores e Técnicos Jurídicos abrigados pela regra de transição do art. 69 do ADCT. (...)

Os interesses patrocinados pelos advogados públicos não são os do governo ou dos governantes. As conveniências destes são patrocinadas por advogados particulares, ao passo que aquele significa somente a condução política das atividades estatais e sequer tem personalidade jurídica. Os interesses patrocinados são os do Estado, assim entendido como a entidade estatal e as pessoas jurídicas que integram sua administração indireta. Não se pode confundir defesa do Estado com defesa do governo, se bem que, por vezes, possa isso ocorrer, uma vez que este dá tônica à atuação estatal. Em suma, deve-se ter sempre em vista que o patrocínio do Estado consiste exatamente na defesa dos interesses que a pessoa pública encarna e é vocacionada a realizar. Tais vocações estatais evoluíram e se transformaram ao longo da história. Do mesmo modo, a advocacia pública acompanhou essas feições.

Chama a atenção o tratamento assimétrico dispensado pela Constituição à advocacia pública. Para a União (art. 131), foram previstas a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). A primeira representa judicial e extrajudicialmente a União. Não é apenas a representação do Poder Executivo, mas sim da União como um todo, compreendendo seus três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, e o Ministério Público. Estranhamente, as funções de consultoria e assessoramento jurídicos estão restritas ao Poder Executivo, o que dá a entender que os demais Poderes e o Ministério Público podem ter suas próprias assessorias jurídicas. O equívoco resulta do fato de o Poder Executivo capturar a maior parte da atividade administrativa e, pois, dirigir o conjunto de órgãos e entidades componentes da Administração Pública. Consequentemente, as atividades de assessoramento e

consultoria estão voltadas predominantemente para esse Poder. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por sua vez, existe especificamente para representar a União na cobrança da dívida ativa de natureza tributária. Noutra ponta, indiretamente escondida no art. 131, que prevê a representação da União diretamente pela AGU ou órgão a esta vinculado, a Lei nº 10.480/02 criou a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à AGU, encarregada da representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais e as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, bem como da apuração da liquidez e certeza dos créditos dessas entidades. A exceção é o Banco Central, que continua a ter uma carreira específica na advocacia pública federal, a de Procuradores do Banco Central do Brasil. O ingresso nas classes iniciais das carreiras dessas instituições faz-se mediante concurso público de provas e títulos, embora o Advogado-Geral da União seja de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 131, §1º).

A representação judicial e a consultoria jurídica dos Estados e Distrito Federal foram incumbidas aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132). O constituinte foi mais coerente ao não restringir a consultoria apenas ao Poder Executivo, porém silenciou acerca do assessoramento jurídico. O art. 132 determina, outrossim, que os Procuradores sejam organizados em carreira. Esta se materializa na instituição chamada de Procuradoria-Geral do Estado ou do Distrito Federal, sem olvidar que algumas Constituições Estaduais preferiram outras denominações, como, à guisa de exemplo, Advocacia-Geral do Estado. O ingresso na carreira depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. Inexiste norma constitucional expressa acerca do provimento do cargo de Procurador-Geral do Estado ou do Distrito Federal, de modo que em algumas unidades federativas ele deve ser de carreira, noutras não.

Por fim, a Constituição de 1988 nada dispõe, especificamente, sobre a advocacia pública no âmbito municipal. Talvez um lapso decorrente da então recente inclusão dos Municípios no pacto federativo brasileiro. Em parte verdade, pois Cesar Antônio Alves Cordaro esclarece que a quantidade de Municípios e a diversidade de situações engessariam essas unidades estatais se

tratadas todas igualmente, impondo um encargo excessivo a pequenas localidades, 'jejunas de recursos e, muitas vezes, sem a real necessidade de serviço jurídico estruturado nas proporções de uma Procuradoria Geral'.

Mas é fato incontrovertido que os Municípios, como entidades estatais, estão investidos de autonomia político-administrativa e, consequentemente, possuem personalidade jurídica de direito público interno. Destarte, necessitam de representação judicial e extrajudicial. E como seus agentes políticos devem rigorosa observância à Constituição e aos princípios da administração pública, torna-se imperioso reconhecer a consultoria jurídica e o necessário assessoramento técnico, através de um órgão especializado, estruturado através de cargos acessíveis mediante concurso de provas e títulos, cujos ocupantes tenham a garantia da estabilidade. Por outro lado, é inegável que existem Municípios sem condições de instituírem e estruturarem autênticas Procuradorias. Logo, inteligente a solução de se promulgar Emenda Constitucional, estabelecendo critério de obrigatoriedade vinculado ao número de habitantes. Ainda assim, todas as municipalidades precisam, ao menos, criar cargos de provimento efetivo de advogados públicos”¹⁷.

Especificamente sobre advocacia pública *lato sensu* (Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia de Estado) e advocacia pública *strictu sensu* (Advocacia de Estado), esclarece Diogo Moreira Neto:

“Nunca é demais lembrar que a Constituição de 1988 teve o inegável mérito de definir com clareza o imprescindível elo jurídico operativo que deve existir entre sociedade e Estado, ao desmembrar a Procuratura Pública do Estado, historicamente una, para distribuir entre três órgãos distintos o exercício do que, apropriadamente, designou como funções essenciais à Justiça, inconfundíveis com todas as demais funções cometidas aos órgãos dos tradicionais Poderes do Estado, bem como aquelas exercidas pelos demais órgãos constitucionalmente autônomos.

¹⁷ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60/64.

Para tanto, esses três órgãos foram geneticamente investidos, pela própria Constituição, da necessária independência funcional para desenvolver suas respectivas atividades, na parcela do processo de realização do Direito que lhes passou a caber, em benefício da sociedade.

Observe-se que, então, para o constituinte, teoricamente, tanto fazia manter apenas um órgão, desdobrado em várias funções de cura de diferentes interesses juridicamente protegidos, tal como já existira no passado, até ao passado recente, antes de 1988, no plano da União, quanto, alternativamente, criar um número plural de órgãos, neste caso, especializando funções e definindo especificamente como deveriam, cada um desses órgãos, ser vocacionados ao atendimento de distintos subconjuntos de interesses juridicamente protegidos.

Desde logo, manteve-se, assim, e por óbvio, na Constituição, a básica distinção entre Advocacia Privada e Pública, seguindo a grande clivagem entre interesses privados e interesses públicos. Institui-se, porém, na Advocacia Pública – aqui tomada ainda em seu pleno e lato sentido de cura e de representação de interesses de terceiros – uma divisão em três ramos: o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública.

Foram, em razão disso, criadas três Procuraturas constitucionais independentes, para que exercitassem, cada uma delas, em seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, os poderes tipicamente estatais de fiscalização, zeladoria, promoção, defesa e controle, pois que referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, e, nem por outra razão, inseridas todas essas funções, sob a qualificação de Essenciais à Justiça, como um Capítulo distinto do Título IV, que é o que trata exatamente Da Organização dos Poderes, pretendendo o constituinte que nesse Título se contivessem todas as definições cratológicas fundantes da organização estatal, independentemente de obrigatoriedade continência em qualquer dos três ramos nos quais, por tradição, repartia-se o exercício de qualquer parcela do poder estatal. (...)

Observe-se, de passagem, que **o legislador constitucional reformador da Emenda Constitucional nº 19/98, ao alterar o título original da Seção II, do Capítulo IV do Título IV, equivocadamente reduziu o conceito de Advocacia Pública, ao identificá-lo equivocadamente com**

o de Advocacia de Estado; possivelmente, mais por descuido que por deliberada intenção, já que esse baralhamento não resultou qualquer vantagem prática ou teórica, mas, ao contrário, deixou apenas essa enganosa impressão de que os demais ramos capitulados não exercem advocacia – entendida em seu amplo e originário sentido como o patrocínio ou zeladoria de interesses alheios, o que encompassa, no gênero, portanto, tanto a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade (atribuída à instituição do Ministério Público) como a advocacia dos hipossuficientes (atribuída à Defensoria Pública) e a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado, daí, logicamente, decorrendo o tratamento tópico unitário de todos esses ramos no mesmo Capítulo da Carta Magna.

O importante, porém, é que, na Constituição, o art. 131 (que ficou intacto) e o art. 132 (com sua redação emendada), mantiveram, ambos, explicitada a dupla missão fundamental desse sub-ramo estatal da advocacia pública, que é a Advocacia de Estado, ou seja: fundamentalmente, a representação judicial e a consultoria jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal e, por compreensão, no que couber, a dos Municípios, entes políticos que também são, em nossa federação de três graus. (...)"¹⁸.

Com efeito, como observado pelo autor, a Constituição Federal de 1988 divide seu título IV, que trata sobre “A Organização dos Poderes”, em quatro capítulos: o primeiro trata do Poder Legislativo, o segundo do Executivo e o terceiro do Judiciário. O quarto capítulo denomina-se “Das Funções Essenciais à Justiça” e é dividido em três seções: “Do Ministério Público” (Seção I), “Da Advocacia Pública” (Seção II) e “Da Advocacia

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 24/26.

(*privada*) e da Defensoria Pública” (Seção III). Como observado nas doutrinas acima referenciadas, deve-se compreender a nomenclatura da Seção II como referente a “Advocacia de Estado” ou “Advocacia Pública *strictu sensu*”, uma vez que, como visto, a expressão “advocacia pública” engloba outros órgãos (Defensoria Pública e Ministério Público), o que a torna um conjunto maior do que o relacionado à advocacia dos entes, como disciplinado pela Constituição.

No ponto, cumpre observar que os integrantes da Defensoria Pública não podem ser confundidos com “advogados privados”, não obstante a Constituição Federal tenha “enquadrado” a Defensoria Pública e a Advocacia (*privada*) na mesma Seção (III).

Com efeito, a colocação topográfica da Defensoria Pública na Constituição não tem o condão de determinar a inscrição dos Defensores Públicos nos quadros da OAB, tampouco de submetê-los à Ordem, como se advogados privados fossem. Pelo contrário. O art. 134 da Constituição é claro quanto ao propósito de estabelecer a Defensoria Pública como instituição singular, autônoma e independente. O tratamento a ela dispensado livra-a de ingerência externas, especialmente no que diz respeito ao exercício das funções que lhe são típicas. Da mesma forma, o Ministério Público, *evidentemente*, não se subordina à OAB (nem a qualquer outra entidade/instituição), sendo seus membros, inclusive, impedidos de inscreverem-se na Ordem. E os advogados públicos *strictu sensu*?

Antes de enfrentarmos a questão, vale a pena tratarmos, sucinta e especificamente, da *advocacia pública strictu sensu* (ou Advocacia de Estado).

2.2.2 – Da advocacia pública *strictu sensu* (ou Advocacia de Estado)

De plano, pode-se dizer que a advocacia pública *strictu sensu* é a que aconselha ou patrocina os interesses das pessoas jurídicas de direito público, incumbindo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Seus integrantes têm *vinculação funcional ao Estado*, sendo *submetidos a processo seletivo público e regidos por estatutos e normas próprios aos órgãos a que se vinculem*.

Em âmbito federal, a advocacia pública *strictu sensu* é promovida pela Advocacia-Geral da União (AGU), órgão ao qual são vinculados os Advogados da União – aos quais compete a representação judicial e extrajudicial da Administração Pública Federal Direta, os Procuradores Federais – responsáveis pela representação judicial e extrajudicial da Administração Pública Federal Indireta (autarquia e fundações), e os Procuradores da Fazenda Nacional, aos quais cabe a representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária e os procuradores do Banco Central do Brasil (única carreira de procurador de autarquia mantida isolada da carreira de procurador federal). O ingresso nas carreiras mencionadas dá-se mediante concurso de provas e títulos. A Lei Complementar 73/93 disciplina e estru-

tura a AGU e a Lei 9.028/95 estabelece as atribuições de seus integrantes.

Em âmbito estadual, a advocacia pública é promovida pelos Procuradores estaduais que, organizados em carreira (na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as fases), exercem a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. As Procuradorias/Consultorias Jurídicas dos Municípios não têm previsão constitucional, mas são organizadas em moldes semelhantes às dos Estados-membros.

O advogado público não “escolhe” processo nem pode excusar-se de atuar, e não é, evidentemente, obrigado a exibir instrumento de mandato específico (uma vez que suas atribuições e limites de atuação são definidos no estatuto próprio da carreira). É *servidor público*, investido de cargo de provimento efetivo e remunerado pelo Estado.

- Das atribuições do advogado público strictu sensu

Alexandre Magno Aguiar destaca: “*para que serve mesmo o advogado público? Seu propósito não é apenas a defesa das entidades estatais, que é secundária e só poderá ocorrer se essas agirem de acordo com a lei. Antes disso, sua finalidade precípua é simplesmente a defesa da ordem jurídica*”¹⁹.

¹⁹ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Pra que serve o advogado público? In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 58.

Sobre o tema, vale ressaltar as observações de Cláudio Grande Júnior, *verbis*:

“(...) a advocacia pública comprehende as funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria, assessoramento e controle jurídico interno das pessoas jurídicas que integram a Administração Pública. Surgiram nessa ordem, sendo as funções subsequentes decorrências naturais das precedentes. O Estado, por ser de direito e a ele se submeter, deve se apresentar sempre como uma pessoa jurídica, tanto em juízo como extrajudicialmente, representada pelo agente público legalmente investido para tanto. Eis a origem da função de representação judicial e extrajudicial. Ensina Hans Kelsen que ser pessoa ou ter personalidade jurídica é o mesmo que ter um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos; a pessoa é tão somente a personificação dessa unidade.

Mais tarde, objetivando-se evitar equívocos na representação extrajudicial e retumbantes derrotas na representação judicial, nasceram a consultoria e o assessoramento, como atividades preventivas voltadas ao encarrilhamento da atuação governamental ao Estado de Direito. Tal fato, por fim, é reforçado com a função de controle, que irrompe como consequência natural das três primeiras, por ser desempenhada no exercício daquelas. Exemplificando, o advogado público pode constatar irregularidades no momento de subscrever, como representante do Estado, uma escritura pública de alienação de bem imóvel (representação extrajudicial), ou, quando reconhecido o acerto de uma decisão judicial desfavorável, dispensa-se a interposição do recurso judicial em tese cabível (representação judicial).

A sombra do controle interno recrudesce na atividade de orientação jurídica, que se biparte em consultoria e assessoramento. A primeira é exercida com larga autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica e de toda a sociedade, pois com ampla liberdade aponta qual a melhor decisão ou o melhor caminho, em termos jurídicos, a seguir. A segunda é função ancilar e de apoio, exercida com menor autonomia e em benefício do Estado, para operacionalizar, conforme o ordenamento jurídico, uma decisão política. Aí reside uma distinção fundamental em relação ao Ministério Público brasileiro, que exerce apenas advocacia para a sociedade, enquanto a advocacia pública serve tanto para a sociedade (consultoria) como para o Estado (assessoramento).

A consultoria proporciona controle tanto prévio como posterior da Administração Pública. Aquele alerta sobre a possível prática de ilegalidades, este avalia a possibilidade de anulação, revogação ou convalidação de atos administrativos. O mesmo ocorre com o assessoramento, que também possibilita o controle concomitante da atividade administrativa. (...)

(...) Para garantir que o controle interno de constitucionalidade exercidos pelos advogados públicos seja efetivamente jurídico, pautado em parâmetros jurídicos indisponíveis (parâmetros de caráter objetivo) e operado sob racionalidade jurídica, com a menos interferência possível de parâmetros políticos (subjetivos e, por consequência, disponíveis), as instituições de advocacia pública brasileira tentam conseguir atualmente, em nível constitucional, autonomia administrativa, funcional e financeira. Com o mesmo desiderato, as entidades associativas de advogados públicos buscam ampliar garantias (por exemplo, vitaliciedade e inamovibilidade) e prerrogativas para exercício da advocacia pública, bem como estabelecer que os Procuradores-Gerais ou Advogados-Gerais sejam membros das respectivas carreiras, a fim de conferir maior seriedade técnica ao controle interno desempenhado”²⁰.

- Dos interesses defendidos pelo advogado público strictu sensu

Como destaca Adel El Tasse, em seu artigo intitulado “A Missão do Advogado Público na Defesa do Estado Democrático”²¹, a defesa exercitada pelo advogado público *strictu sensu* é *sui generis*, em razão do comprometimento inafastável que tem com os princípios fundamentais da Administração Pública e, de forma mais ampla, “com a Constituição Democrática, razão por que não pode atuar deliberadamente na negativa de direitos que a Lei Maior assegura aos particulares, ao contrário, deve-se somar aos esforços

²⁰ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64/68.

²¹ Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011.

tanto de órgãos estatais, quanto da sociedade organizada, para que haja o desenvolvimento, em prol dos cidadãos, do conteúdo concessivo constitucional”²².

Em suas palavras:

“Nesse ponto, a questão da supremacia ética do Estado assume especial relevância, pois o advogado público não é eticamente comprometido quando garante todo e qualquer ganho ao Estado, que seria o seu cliente, mas quando utiliza de suas prerrogativas para que o Estado reconheça e garanta os direitos que foram assegurados pela Constituição Federal.

Assim, a advocacia pública não se constitui em função calcada na ratificação cega dos desejos provisórios de quem temporariamente detém o poder político, mas está vinculada ao cumprimento das diretrizes constitucionais, implicando a afirmativa de que a omissão, quando há deliberada negativa de direitos aos cidadãos pelo Estado, é ato grave, pois a advocacia tem como elemento essencial a luta perene pelas estruturas democráticas.

(...) O advogado público contribui, em muito, na evolução da sociedade justamente quando se contrapõe às ações confrontantes à dignificação da pessoa humana, pois passa a representar, dentro da própria estrutura estatal, um combatente em prol da república democrática, impedindo o crescimento do modelo autoritário.

Assim sendo, não há negar-se o comprometimento do advogado público com a defesa das políticas públicas, mas não com toda e qualquer política de governo, somente com as que atendam aos regramentos constitucionais, lembrando que a Constituição Federal tem, na dignidade humana, o seu princípio vedor, ou seja, o elemento que fixa o ponto central de todas as políticas públicas e o critério exegético para a solução de conflitos normativos, intra ou extraconstitucional. (...)

Igualmente, parte-se do compromisso democrático de que a defesa do advogado público é dotada de características especiais, pois vinculada ao cumprimento dos princípios fundamentais em matéria administrativa, à redução da litigiosidade, à

²² TASSE, Adel EL. *A Missão do Advogado Público na Defesa do Estado Democrático*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, out./dez. 2011, p. 30.

desburocratização e ao avanço das políticas públicas de dignificação humana.

O advogado público tem uma possibilidade ímpar de contribuir para a evolução da sociedade brasileira, quer pelo gigantismo que a sua carreira assume na atualidade, quer pela reconhecida importância que possui, mas, para tanto, é fundamental se reconheça como advogado, ou seja, como cidadão comprometido com a guarda do Estado democrático e republicano e com a defesa das liberdades, rompendo com o discurso interiorizado que tenta burocratizar para aproximar-lo de outras funções públicas, com capacidade de produzir a sua imobilização diante dos ataques autoritários ou das estruturas de controle punitivo, próprias e hábeis ao domínio pelo medo. (...)"²³.

Ao tratar da natureza dos interesses defendidos pelos advogados públicos, Luciane Moessa de Souza observa, *verbis*:

"Quando se trata de questionar o papel que cabe ao advogado público na defesa dos interesses estatais, é muito comum invocar-se o princípio da supremacia do interesse público para justificar uma defesa cega dos atos praticados pelo ente público defendido. Este argumento simplório ignora, contudo, a complexidade da definição de interesse público. Já é de todos conhecida a distinção elementar, traçada por Renato Alessi, entre interesse público primário (interesse da coletividade, razão da existência do Estado) e interesse público secundário (interesse direto do órgão público, normalmente encarado como reduzido ao erário).

Não se ignora, por evidente, que a proteção do interesse público primário requer sejam garantidos os recursos necessários mediante a proteção do interesse público secundário, já que todas as atividades estatais, além de planejamento e competência, demandam disponibilidade de verbas para que sejam realizadas. Outrossim, não se pode tampouco olvidar a possibilidade de situações em que surge conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário. É o que se verifica quando da prática de um ato ilícito (por ação ou omissão) pelo Estado pode resultar eventual condenação. Neste caso, o manejo do

²³ TASSE, Adel EL. *A Missão do Advogado Público na Defesa do Estado Democrático*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, out./dez. 2011, p. 30-32.

argumento da supremacia do interesse público é de todo despropositado, já que o que se está de fato a defender, quando se defende o ilícito, é a supremacia do interesse público secundário ilegítimo (de manter os efeitos do ato ou omissão ilícita) sobre o interesse público primário legítimo, consubstanciado no dever de o Estado respeitar e garantir os direitos de seus cidadãos – o que é absolutamente inaceitável. Na prática, o que temos, então, nesta situação surreal (porém extremamente comum) é uma atividade financiada pelos contribuintes (a advocacia pública) posta a serviço da defesa de ilícitos praticados contra esses mesmos contribuintes!

(...) Assim, é forçoso concordar com o que sustentam Olavo Augusto Viana Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria: “não há outra opção ao agente público que não seja agir sempre buscando o interesse público primário, é dizer, a vontade estatal consagrada na lei, por isto se diz que a 'Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental'”.

Na prática, o que se percebe é que a visão imperante na advocacia pública é a de que o advogado do Estado tem que se portar exatamente como se advogado privado fosse, esquecendo-se que os interesses defendidos nesta e naquela seara são absolutamente distintos (...).

Não é demais referir, por fim, que, mesmo no âmbito do interesse público primário, é demasiado complexa a configuração de interesses que cabe ao Poder Público proteger e garantir. Sabendo-se que o Estado existe, em última análise, para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, não se pode ignorar que estes podem – e efetivamente isso é bastante comum – entrar em conflito entre si. Nestas casos, qual o interesse público que cabe ao Estado (ou ao advogado público) defender? (...) Revela-se, pois, cristalino, que o princípio da supremacia do interesse público apresenta unicamente efeito retórico, pois seu conteúdo não se presta a resolver problemas com qualquer grau de complexidade nesta seara, sendo necessário utilizar os instrumentos que a doutrina constitucionalista vem desenvolvendo para solucionar as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, através da técnica da ponderação.

(...) Outro princípio sempre invocado, quando se trata de definir os interesses públicos que cabem ao advogado defender, é o da chamada 'indisponibilidade do patrimônio público'. Ora,

patrimônio é, por essência, transferível, negociável, renunciável, portanto, disponível. Quando se trata, porém, de patrimônio público, por óbvio, tal transferibilidade há de sofrer limitações. Não se reconhece, todavia, seja em sede constitucional, seja em sede infraconstitucional, qualquer fundamento normativo para a suposta indisponibilidade do patrimônio público.

Revestidos de indisponibilidade, isto sim, são os direitos fundamentais. Se o patrimônio público não passa de instrumento para realização de interesses públicos primários, por evidente que aquele pode ser renunciado para atender a estes. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o Estado renuncia a parte do que lhe é devido ao transacionar com um particular para pôr fim a um litígio, por saber que este ainda se arrastaria por muitos anos perante os tribunais, que já estão abarrotados de situações similares e devem ter condições de se dedicar com mais qualidade aos casos jurídica e socialmente mais delicados.

(...) É importante mencionar aqui o argumento de tantos que defendem (não, por certo, em artigos científicos fundamentados, já que se trata de argumento irremediavelmente acoimado do vício da superficialidade, mas sim nos bastidores dos órgãos decisórios) ser missão da Advocacia Pública tão somente a defesa do interesse público secundário (apenas do Estado), ao passo que ao Ministério Público é que caberia, com exclusividade, a defesa do interesse público primário (da sociedade). Para responder-lhes, inspiram-nos as palavras de Marcus Carpes: “*Não existe, é importante ressaltar, monopólio da defesa do interesse público*”. Para este autor, “*Se é certo que Estado e Sociedade são conceitos diferentes, não é menos correto afirmar que sempre deverá haver compatibilidade dos interesses daquele (interesses públicos secundários) com os da sociedade (interesses primários)*”²⁴.

- *Das prerrogativas e deveres do advogado público strictu sensu*

Luciane Moessa de Souza aponta como prerrogativas do advogado público *strictu sensu*: “*a independência técnico-funcional, a*

²⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94/100.

inamovibilidade, a distribuição de feitos segundo critérios equitativos e previamente estabelecidos e, por último, a lotação segundo critérios objetivos e garantindo-se a objeção de consciência”²⁵.

Identifica, à luz dos princípios da lealdade processual e da eficiência, quatro deveres mínimos no que se refere à *atuação contenciosa* do advogado público, quais sejam: proibição da litigância de má-fé; dever de contribuir para o esclarecimento dos fatos, trazendo todas as informações relevantes ao feito; dever de reconhecer a procedência do pedido, quando for o caso, “realizando transação de acordo com critérios previamente definidos (por exemplo, em caso de controvérsia apenas sobre matéria de direito, quando a jurisprudência estiver pacificada; quando se tratar de controvérsia em matéria de fato, quando os fatos estiverem suficientemente esclarecidos – ainda que não em juízo, mas de acordo com a investigação feita no nível administrativo), sempre devidamente observada a autorização de quem de direito (autoridade hierarquicamente superior, comissão nomeada para este fim, etc.)²⁶; e dever de ponderar o custo/benefício no momento de ajuizar a ação, evitando a propositura de ações inúteis, que não beneficiam o erário e agravam o problema da morosidade judicial.

No que tange à consultoria, reconhece seis deveres mínimos:

“a) dever de proferir pareceres de acordo com a melhor interpretação jurídica aplicável ao caso, sempre à luz dos princípios constitucionais cabíveis;

²⁵ Op. cit., p. 115.

²⁶ Op. cit., 118/119.

- b) dever de comunicar ao órgão competente no seio da Administração Pública ilícitudes que tenham sido praticadas e que venham a ser reconhecidas em juízo, proferindo orientação para que todas as situações similares pretéritas sejam corrigidas e para que novos ilícitos não venham a se repetir no futuro;
- c) dever de verificar, de ofício, a juridicidade dos atos administrativos e normativos praticados pelo ente público defendido;
- d) dever de proferir parecer orientativo sempre que tiver conhecimento, por qualquer forma, de ilegalidade praticada pelo ente público defendido;
- e) dever de monitorar o cumprimento de seus pareceres;
- f) dever de comunicar ao Ministério Público os ilícitos de que tenha conhecimento no exercício da função sempre que suas orientações para corrigi-los não sejam devidamente acatadas – além do dever que cabe a todo servidor público de representar à autoridade imediatamente superior ao praticante da 'ilegalidade, omissão ou abuso de poder', nos termos do art. 116, XII, da Lei nº 8.112/90.”²⁷.

Defende que “*para que tais deveres (aos quais se acrescem, por evidente, os demais deveres inerentes à condição de servidor público) sejam efetivamente observados, é imprescindível a existência de sistemas adequados de avaliação de desempenho, bem como, para os casos extremos, a existência de uma Corregedoria eficiente, apta a monitorar a conduta dos integrantes da advocacia pública em todos os graus hierárquicos e a instaurar as sindicâncias e processos disciplinares cabíveis em caso de inobservância das obrigações funcionais*”²⁸.

Moreira Neto, por sua vez, define “*simples regras para a Advocacia de Estado, decorrentes de seu tríplice status, aplicáveis em aparentes hipóteses de conflito entre deveres funcionais:*

²⁷ Op. cit., p. 119.

²⁸ Op. cit., p. 119.

Como *primeira regra*, a observância dos *deveres gerais da advocacia* é fundamental para o desempenho da Advocacia de Estado, como função essencial à justiça, impondo-se esses sobre quaisquer outros.

Como *segunda regra*, os *deveres constitucionais específicos do Advogado ou do Procurador de Estado* precedem a quaisquer outros deveres específicos impostos por leis ordinárias ou atos normativos menores, pois os cometimentos de radical constitucional têm precedência sobre qualquer outra sorte de cometimentos.

Como *terceira regra*, o *dever de lealdade do Advogado ou Procurador de Estado*, enquanto *servidor público*, está referido ao ente estatal a que serve, e não a seus governos nem, muito menos, a governantes, como indivíduos eventualmente investidos em cargos e funções governamentais hierarquizadas.

Destarte, o Advogado ou Procurador de Estado, também nesse caso, tanto quanto qualquer outro servidor público, não se pode esquivar, sob pretexto algum, de se opor a toda ordem que, por ciência e consciência próprias, tenha como atentatória à lei e ao Direito, ainda porque, este espaço inviolável se lhe estaria, desde logo, garantido, acima de qualquer outro motivo, pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição).

Como *quarta regra, a fortiori* e, sobretudo, por se tratar de um dever constitucionalmente decorrente, o Advogado investido em Procuratura constitucional especificamente destinada ao controle de juridicidade do segmento da Administração junto à qual atua, tem o dever ético e funcional de se opor a todo ato da autoridade administrativa, seja de que nível provier, que lhe pareça, em ciência e consciência, atentatório à lei e ao Direito, ainda porque, enquanto no exercício da advocacia, inexiste qualquer hierarquia entre advogados, juízes, parlamentares ou administradores públicos, isso porque, se assim não fora, não teriam independência para exercer sua função constitucionalmente essencial”²⁹.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 47/48.

- Da Advocacia-Geral da União - AGU

Como já observado, por vários anos no Brasil a defesa do Poder estatal perante o Judiciário foi realizada pelo Ministério Público Federal, que exercia as atribuições de *custos legis* e, ao mesmo tempo, defendia em juízo o Estado, no âmbito federal³⁰. Era uma situação por vezes contraditória – em um momento o MPF poderia demandar contra o Estado na defesa de conquistas institucionais e, em outro, poderia contestar pretensões idênticas em sua defesa da União. Da mesma forma que a defesa da sociedade por parte do Ministério Público Federal carecia de dedicação exclusiva, a defesa da União exigia urgente especialização.

A Advocacia-Geral da União (criada pela Constituição Federal de 1988 e efetivamente consolidada pela Lei Complementar 73/93) nasceu, assim, da necessidade de se organizar, em uma instituição única, a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Está disciplinada no art. 131 da CF/88, que dispõe:

³⁰ Nessa mesma época (antes da promulgação da Constituição Federal de 1988), as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República e era composta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República), pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União. Exercia parcialmente a representação extrajudicial da União a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), como órgão do Ministério da Fazenda. A representação judicial da União esteve afeta ao Ministério Público da União até o advento da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, com exceção daquela referente às causas de natureza fiscal que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, §5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

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.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Com a edição da Lei Complementar 73/93 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), surgiram as normas estruturantes de órgãos, cargos, carreiras e funções da AGU. A ela seguiram-se leis posteriores, igualmente importantes para a atual configuração da instituição.

É essencial observar que o constituinte teve o cuidado de situá-la fora dos três Poderes da República, não para que formasse um “quarto poder”, mas para que pudesse atender, com autonomia e independência, aos três Poderes, considerando que a representação judicial da União, confiada à nova instituição, envolveria o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Com efeito, quanto a AGU esteja mais fortemente ligada ao Poder Executivo, uma vez que presta-lhe – e apenas a ele – as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, re-

presenta, judicial e extrajudicialmente, toda a União, seus três Poderes, portanto. Sua natureza jurídica é, assim, de órgão de Estado, constitucionalmente independente. No ponto, vale transcrever as observações de César do Vale Kirsch:

“A natureza jurídica da AGU – que integra a advocacia pública de Estado, juntamente com as Procuradores Estaduais e do Distrito Federal – é um tema que possui posicionamentos divergentes entre os doutrinadores.

Alguns, como Bastos, entendem que a AGU seria instituição integrante do Poder Executivo federal.

Outros, como Moreira Neto, D'Andréa Ferreira, Valente, Leite e Macedo, ao contrário, sustentam que a AGU não está subordinada ou vinculada ao Poder Executivo, tampouco a qualquer outro dos poderes políticos clássicos, ou funções de Governo definidas na Constituição.

Comungo da interpretação destes últimos, ratificando posicionamento externado no ano de 2003, em trabalho acadêmico, e também entendo que a AGU integra o conjunto das FEJ (Funções Essenciais à Justiça), que se localiza fora dos poderes políticos clássicos e que tem como atribuições defender interesses públicos, individuais, coletivos e difusos, assim como fiscalizar a atuação dos poderes constituídos.

Com efeito, a instituição representa judicial e extrajudicialmente o Estado, ou seja, o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União. Exemplificando: se um servidor do Judiciário da União, demitido por intermédio de regular processo administrativo disciplinar (PAD) ingressa em juízo com ação pedindo a anulação de seu ato demissório e a sua consequente reintegração ao cargo que anteriormente ocupava, irá competir à AGU representar a União, integrada no pólo passivo, para defender a legalidade do ato administrativo ensejador da aludida demissão. Admitir-se que a AGU é órgão do Executivo implicaria a necessária criação de uma Advocacia-Geral do Legislativo para defender interesses do Legislativo e de seus órgãos auxiliares; de uma Advocacia-Geral do Judiciário para representar o Judiciário; uma Advocacia-Geral do Ministério Público para o Ministério Público e, por fim, uma

Advocacia-Geral da Defensoria Pública para a Defensoria Pública.

De outra parte, a fiscalização preventiva da AGU se dá em relação ao Executivo, poder ou função de Governo que recebe diretamente assessoramento e consultoria jurídicos da Instituição. Dessa forma, procedimentos licitatórios, convênios, contratos, atos normativos e atos relacionados a políticas públicas são analisados por membros da AGU, antes de serem assinados pela autoridade responsável. O exame jurídico desses atos pode evidenciar a tentativa de lesão ao patrimônio público do Estado, competindo ao membro da AGU manifestar-se pela impossibilidade jurídica de realização da ação pretendida, evitando-se, por conseguinte, malversação de dinheiro público. Se isso não bastar, diante da recalcitrância e/ou má-fé do administrador, a AGU deverá tomar providências contra os responsáveis, para combater a imoralidade administrativa e, eventualmente, provocar o Ministério Público para a adoção de medidas criminais.

(...) Como se vê, tanto a AGU como as Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal têm status constitucional que lhes assegura um claro posicionamento dora das 3 (três) funções clássicas, assim como as suas missões constitucionais típicas de advocacia de Estado e não de Governo destinam-se a atender não só o Executivo, mas também o Legislativo, o Judiciário, os Tribunais de Contas, o Ministério Público e a Defensoria Pública, sendo inadequado e de duvidosa constitucionalidade pretender-se inserir a AGU e as Procuradorias Estaduais e do DF sob o manto do Poder Executivo.

(...) Logo, conclui-se que a Advocacia-Geral da União tem natureza jurídica de órgão de Estado, constitucionalmente independente e integrante do sistema FEJ, não se vinculando, tampouco se subordinando a qualquer um dos três poderes clássicos”³¹.

³¹ KIRSCH César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 398/401.

De fato, a advocacia pública *strictu sensu* é absoluta e constitucionalmente independente de qualquer Poder, órgão, instituição ou entidade. Do contrário não cumpriria sua função e não teria razão de existir. Como ressalta Juan Pablo Couto de Carvalho:

“(...) a importância conferida pela Constituição Federal ao exercício da advocacia pública, colocando-a fora do Capítulo do Poder Executivo, para, assim, considerá-la função essencial à Justiça, no mesmo patamar institucional do Ministério Público, da advocacia em geral (privada) e da Defensoria Pública, não se fez a título gratuito ou ao sabor de grupos de pressão, mas sim para deixar evidente a independência deste órgão em relação às demais funções do Estado quando no desempenho de seus misteres constitucionais.(...) Em um país marcado secularmente por uma grave fraqueza das instituições, e distanciado por apenas vinte anos do regime de força – expressão máxima de tal fraqueza institucional – a Advocacia Pública é peça fundamental na permanente batalha da sociedade por uma Administração Pública pautada no respeito à Constituição e às leis e, por conseguinte, aos direitos fundamentais da pessoa humana e do cidadão. E tal desiderato, nunca é demais insistir, somente se alcançará desde que os advogados da Administração Pública tenham plena independência funcional, necessária para poder enfrentar, quando necessário, as transitórias e circunstanciais políticas de eventuais ocupantes dos cargos do Estado”³².

3. Da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB

Eis o que prevê o art. 44, I e II, e §1º, da Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil:

³² CARVALHO, Juan Pablo Couto de. Advocacia-Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 427/428.

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

Para uma melhor compreensão da função e da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, faz-se necessário um resgate do histórico da entidade.

No ponto, pela clareza na exposição dos fatos, vale transcrever trechos dos apontamentos realizados por Gisela Gondin Ramos em seu livro “Estatuto da Advocacia. Comentários e Jurisprudência Selecionada”, *verbis*:

“Impossível falar em Ordem dos Advogados sem passar, antes, pela história do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

Instalado a 7 de setembro de 1843, data em que se comemorava a maioridade da independência brasileira, quando atravessávamos um momento histórico especial, em que as classes dirigentes do país se articulavam no sentido de consolidar o Estado Imperial, ao passo em que uniam esforços na construção de uma identidade própria, para fins de afirmar o Brasil como Estado independente.

Alguns passos atrás na história nos dão conta da importância dos fatos políticos que culminaram na proclamação da Independência do Brasil para a classe dos advogados. Destaca-se,

acima de tudo, a proibição da Metrópole portuguesa de que se constituísse qualquer universidade em terras brasileiras. Não lhes interessava, por óbvio, que uma colônia sua pudesse criar condições para se auto-administrar.

Assim é que, somente após a vitória do movimento pela Independência Brasileira, é que se possibilitou a criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil, nas cidades de Olinda e São Paulo, o que veio a ocorrer no ano de 1827, após acirrados debates que remontam à Assembléia Constituinte de 1823. Estava lançada a semente.

Estruturados esses dois cursos jurídicos, a criação de uma entidade que congregasse a classe dos advogados já deixava de ser apenas um sonho de alguns poucos idealistas, para se transformar num ideal a ser buscado com afinco. Vislumbrava-se, enfim, uma efetiva moralização da advocacia brasileira, com o necessário estabelecimento de uma disciplina para a profissão.

Voltando ao Instituto, seu primeiro presidente foi Francisco Gê Acaíaba de Montezuma, que, pelo inestimável trabalho desenvolvido em prol da dignidade da advocacia, e da defesa das Instituições Jurídicas, merece sempre a nossa lembrança, e de todos quantos operem o Direito.

Já em seu memorável discurso na Sessão de Instalação do Instituto, fez expressa menção à Ordem dos Advogados, destacando que '*nos países mais civilizados, os advogados constituem uma Ordem independente, sustentada e protegida pelos poderes políticos do Estado. E, na verdade, não pode deixar de ser altamente estimada, e investida de honras, e distintos privilégios, uma profissão cujo timbre está sublimemente enunciado na epígrafe adotada por Mr. Dupin, no seu discurso de abertura das Conferências, como Presidente 'Tout Droit Blessé Trouvera Parmi Nous Des Défenseurs' (todo direito aviltado encontrará entre nós seus defensores)*'.

Neste discurso, definido por Ruy Sodré como '*documento básico da organização profissional do advogado*', o Conselheiro Montezuma nos ensina a importância e o papel da Ordem, e da advocacia, ao dizer que '*a Ordem dos Advogados, tão antiga como o mundo civilizado, foi sempre, em todos os países, enobrecida pelas mais distintas honras e preeminências em consequência de serviços que prestou sempre à Sociedade; Que sua posição é mais influente, e ilustre, onde as Instituições políticas se apartam do regime absoluto, e são conformes com o governo representativo; Que nos países em que o povo*

não tem direitos políticos e é só contribuinte; Que em todas as Nações o Legislador tem regulado as funções do Advogado, não só pelo que respeita à nobreza e direitos a ela inerentes, e de que deve gozar esta profissão, como também dos deveres, que dela exige o bem-estar da Sociedade'.

São palavras que transcrevemos *ipsis litteris*, da sua mensagem que, apesar de transmitida no ano de 1843, nos soa tão atual. Neste sentido, mais um registro há que ser feito, por merecer uma meditação mais profunda. Conforme demonstram várias passagens históricas, os bacharéis em Direito, formados a partir da criação dos Cursos em Olinda e São Paulo, representavam uma elite que detinha o poder nas áreas política, social e cultural do País. Incompreensível, portanto, que a instalação do Instituto, e a posterior criação da Ordem dos Advogados, numa luta que se desenvolveu por longos 87 (oitenta e sete) anos, tenha sido sacrificada por tantos e tão difíceis, e por isto mesmo incompreensíveis, obstáculos.

Nesta época, como hoje ainda, talvez os advogados não tivessem tomado consciência do ideal que sobreleva a sua função, e da responsabilidade que lhes cabe na defesa das liberdades civis e das instituições jurídicas. Temos a irremovível convicção de que se, por um lado, deixamos passar inúmeras oportunidades para fazer conhecer à Sociedade a importância de nossa atuação, por outro lado, devemos estar cientes de que não podemos mais nos omitir, em hipótese alguma, mormente após a inclusão do art. 133 na Carta Política de 1988. Cabe a nós, individualmente e através de nossa Instituição, conscientizar a sociedade sobre o efetivo significado da norma que diz ser o advogado indispensável à administração da Justiça!

A constituição da Ordem dos Advogados do Brasil era o objetivo precípuo do Instituto, expresso em seus Estatutos, nos seguintes termos: '*Art. 2º. O fim do Instituto é organizar a Ordem dos Advogados, em proveito geral da ciência e da jurisprudência*'.

A possibilidade de fundação imediata da Ordem foi objeto de acalorados debates, já nas primeiras reuniões. Mas a tarefa não seria tão simples. Apesar dos avanços, a criação de uma entidade de classe com característica tão estrategicamente independente, ainda despertava preocupações em segmentos conservadores, esbarrando assim na burocracia política da época, e fazendo com que a reivindicação maior dos advogados navegassem em mares tortuosos por quase um século.

As tentativas – Neste período, várias tentativas foram feitas, sem sucesso, o que não diminuiu a disposição, nem afetou a obstinada busca dos advogados em fazer da Ordem uma realidade concreta.

Aurelino Leal, como orador oficial do Instituto dos Advogados Brasileiros, em discurso publicado no *Jornal do Commercio* de 7 de setembro de 1915, assim resume todas as tentativas feitas: '*em 1848, o Instituto delibera recorrer à Câmara dos Deputados, para que lhe satisfaça o intuito estatutário. Em 1859 o assunto é tratado com carinho, e Montezuma pronuncia um erudito discurso, justificando a criação. Em 1851 os horizontes se mostram promissores, com o projeto apresentado e aprovado no Senado, mas detido em sua marcha, na Câmara dos Deputados. Em 1852, Caetano Alberto torna a agitar a questão, que se discute até 1853; ainda em 1857 discursa a propósito diante do Ministro da Justiça. Em 1865, o Instituto representa ao Governo; o Conselho de Estado apoia a petição e, no entanto, nada se consegue. Mais curioso ainda se revelará este fato, se se puser em destaque que o Instituto esteve sempre em condições de influir nas decisões do Governo. Para não falar nos seus membros que passavam só pelo Senado e pela Câmara imperiais, basta aludir aos que foram Ministros de Estado*".

Em 1866, Nabuco de Araújo, então Ministro da Justiça, propõe ao Legislativo, sem sucesso, a criação da Ordem. Logo em seguida, assumindo a Presidência do IAB, em 8 de novembro do mesmo ano, tenta reavivar as discussões, relembrando em seu discurso de posse a razão de ser do Instituto: a criação da Ordem dos Advogados.

Entusiasta da Instituição, nos primeiros anos de seu mandato, acabou vencido pelo desânimo, demitindo-se em 1873, através de um pedido para não ser reeleito. Para que não se cometa nenhuma injustiça com tão nobre e estimada figura dos meios jurídicos, importante que se transcreva a narrativa de Joaquim Nabuco acerca da passagem de seu pai pelo IAB (1866-1873): '*Depois de deixar o Ministério da Justiça, em 1866, onde propusera ao Parlamento a criação da Ordem, Nabuco é eleito presidente do Instituto dos Advogados. Nabuco revela logo a sua atividade criadora, nas propostas que faz; reconhece, porém, o descaso, o marasmo invençível da época, e recolhe-se ao gabinete, onde, para sentir a agitação das ideias, o movimento, a vida do espírito, só tem que olhar em torno de si para as altas estantes que o rodeiam. (...) Não dependia dele, infelizmente, modificar com a sua atividade intelectual o espírito da*

inércia, desânimo e apatia, que inutiliza as nossas associações todas e não consente as que duram senão uma vida intermitente'.

Na sequência, assume Saldanha Marinho, em 11 de novembro de 1873, época de transição político-social, em que no Brasil se buscavam novas formas de modernização da sociedade, tentando equipará-la às européias, questionando antigos valores, e abrindo espaço para o fortalecimento dos ideais republicanos.

Com Saldanha Marinho operou-se as primeiras reformas estatutárias, dentre elas a supressão da finalidade de criação da Ordem, com a introdução de cláusulas que deixavam transparecer o objetivo de fazer do próprio Instituto a Ordem dos Advogados. Na busca deste desiderato é que apresenta, na sessão legislativa de 20 de agosto de 1880, novo projeto de Lei para a criação da OAB. Mas, novamente, a aspiração maior dos advogados é atropelada pelos fatos históricos, com a queda do regime imperial.

Quando da discussão sobre as reformas do Judiciário, em 1896, novamente o Instituto destaca, como 'necessidade indeclinável', pra que as mesmas sejam completas, a constituição da Ordem dos Advogados. A ideia vinha sustentada em projeto da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, defendida ardorosamente por Eduardo Ramos, advogado com assento naquela Casa.

Infelizmente, foi mais uma tentativa frustrada, que só conseguiu ser reavivada dez anos mais tarde, em 3 de setembro de 1904, através de aviso oficial do Ministro da Justiça declarando que: '*Cogitando o Governo criar a Ordem dos Advogados Brasileiros, à imitação do que existe nos principais países da Europa e desejando estabelecer em um só edifício apropriado e condigno todas as seções e dependências da justiça local, pedia que fosse estudado o assunto e propostos ao seu Ministério os meios práticos de se levar o pensamento do Governo sem grande ônus para o Tesouro Nacional*'.

Esta iniciativa culminou na criação do Conselho da Ordem, em 1910, quando da aprovação de novos estatutos para o IAB, com atribuições de fiscalização do exercício da advocacia que, afinal, não cumpriu com suas efetivas funções. E ficou por aí.

Nos anos seguintes, novas tentativas foram levadas a efeito, destacando-se a apresentação à Câmara dos Deputados, em 1911, do projeto de lei de autoria do Deputado Celso Bayma,

propondo a criação da Ordem dos Advogados Brasileiros. Em 1914, dois projetos chegaram ao Instituto, aos quais Armando Vidal propôs substitutivo, no intuito de simplificá-los.

Aproveitavam-se todas as oportunidades para registrar a necessidade de criação da Ordem dos Advogados. Azevedo Marques, discursando como delegado da Congregação da Faculdade de Direito, quando da reabertura das portas do IAB em São Paulo, no ano de 1917, contestava a corrente dominante à época, que se contrapunha à criação da OAB ao argumento de que tal fato seria uma afronta à ampla liberdade do exercício da profissão, lamentando que no exercício da advocacia '*não existe disciplina e compostura suficiente, nem estágios, não tendo o valor que deviam ter os diplomas científicos, a experiência, a proficiência, o tirocínio e o esforço*'.

Nesta época, alguns registros nos dão conta de que 60% daqueles que exerciam a advocacia não possuíam diploma algum. O bacharel em Direito, concluído o curso, apresentava seu diploma aos Tribunais de Justiça, que sequer apuravam sua procedência, limitando-se apenas a registrá-lo. Os Institutos existentes nos Estados não podiam, por modo algum, fiscalizar a atuação profissional. Os advogados sujeitavam-se, tão somente, ao juiz da causa, este sim com competência, mesmo que restrita, para puni-los. (...)

Neste sentido, para ilustrar melhor o triste quadro da advocacia brasileira, a justificar tantos e tão incansáveis esforços pela criação da Ordem, vale destacar as palavras do Desembargador André de Faria Pereira: "*Àquele tempo não havia egresso das penitenciárias ou comerciante falido que não se julgassem com o direito de sobrar uma pasta e afrontar o pretório no exercício da mais degradante rebulice. A consciência coletiva repelia os intrusos, mas seus malefícios desmoralizavam o ambiente a tal ponto que a função do advogado era suspeitada como de traficantes irresponsáveis. Os advogados dignos sofriam a concorrência dos aventureiros ousados e não havia meios de evitar a intoxicação causada no meio social pelos elementos claudicantes, que prosperavam à sombra de generalizada irresponsabilidade*".

Sem possibilidade, pois, de se conformar, a luta continuava. Registros nas atas de 1921 e 1926, do Instituto, relatam a nomeação de comissão especial com a finalidade de acompanhar junto aos poderes da República, e em nome do Instituto, o andamento do projeto de criação da Ordem dos Advogados. Em 1928, consta a declaração de Armando Vidal, nestes termos:

'Os esforços de Alfredo Pinto, Ministro da Justiça, não conseguiram vencer a resistência passiva do Senado, ao qual levara o Senador Mendes de Almeida, em 1916, o projeto aprovado pelo Instituto, em 1915, e do qual foram relator Alfredo Pinto, pois nenhum dos projetos teve andamento'.

Depois de tudo, novamente os esforços dos advogados, pela organização de uma entidade de classe são atropelados pela História. Com a República Velha se vão também, por mais alguns anos, o sonho dos advogados.

Finalmente o sonho vira realidade – Vem a Revolução de 1930, e a instalação do Governo Provisório. E foi exatamente neste momento histórico tão delicado, que o velho ideal de criação da Ordem dos Advogados do Brasil encontra sua melhor oportunidade. E, tal como em épocas passadas, não deixa que lhe escape das mãos o sonho de realização há tanto tempo almejado.

Não encontramos melhores palavras do que as do mestre Ruy Sodré para descrever o momento: *'Foi exatamente em regime de governo discricionário, em que se aboliram as liberdades públicas e se restringiram os direitos individuais, no momento em que a insânia do poder pessoal se instalava no País, nesse momento, subtraída à centralização dominante, que a Ordem dos Advogados do Brasil foi criada'*.

E vai além, dizendo: *'Foi um milagre, não só como surgiu, como na época em que foi aprovada a sua criação. O que no Império e na República não conseguiram os maiores juristas do País, no período discricionário – que sempre teve, em todos os tempos, como a história registra, o advogado como sendo o seu maior inimigo – foi possível a criação da Ordem dos Advogados'*.

Mas o milagre tem nome: Desembargador André de Faria Pereira. Foi graças a sua hábil e oportuna intervenção junto ao Ministro da Justiça do Governo Provisório, que se permitiu a inserção do art. 17 no texto do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, declarando, finalmente, criada a Ordem dos Advogados do Brasil.

Era o seguinte, o texto do festejado preceptivo legal: *'Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e aprovados pelo governo'*.

Através do Decreto nº 22.784, baixado pelo Governo Provisório em 14 de dezembro de 1931, aprovava-se o primeiro regulamento da OAB, que sofreu algumas modificações posteriores, vindo a ser consolidado pelo Decreto nº 22.478, datado de 20 de fevereiro de 1933.

Nosso primeiro regulamento, pois, aprovado por Decreto do Governo Provisório, se constituiu no ordenamento jurídico regulador das atividades da Ordem e da Advocacia até o advento da Lei nº 4.215, em 1963. A partir daí, foram mais 31 anos até que pudéssemos conquistar o nosso atual Estatuto – Lei nº 8.906, em 04 de julho de 1994, que, a exemplo dos demais, também exigiu dos advogados uma árdua peregrinação.

Conseguiram, enfim, os advogados, a sua Ordem. Mas o teor do próprio dispositivo que a criou deixa claro que uma Instituição de Classe, independente tal como é hoje, ainda estava na dependência de muitas outras vitórias que adviriam em batalhas a serem travadas posteriormente.

Importa destacar até aqui, apenas, o espírito de luta dos advogados, e sua inabalável convicção nos princípios e ideais de Justiça, força motriz de todos os esforços que despenderam ao longo da história, e que, longe de findarem, sempre e mais se renovam, pois o Direito é uma força viva, em constante mutação.

Hoje mesmo, em nossos dias, passamos por novas e sérias transformações, em todos os níveis, social, cultural, econômico, político, que não prescindem da vigilância e atuação, seja dos advogados, no dia a dia do exercício da profissão, seja da própria Instituição, no cumprimento de suas finalidades político-institucionais e corporativas. Devemos, pois, cientes da história de lutas de nossa classe, permanecermos atentos. A Ordem dos Advogados do Brasil é o que é, não por mero acaso.

A expressão 'Ordem' – O próprio fato de a nossa Instituição não ser designada como os demais conselhos de classe, já demonstra a forma pela qual é distinguida, o que também, repita-se, não resulta de mero acaso.

Para compreender a origem da expressão, há necessidade de reportarmo-nos às raízes da criação das corporações de advogados, de origem romana, denominadas '*colegium*, *ordo*, *consortium*

(*togatorium – consortium*). O termo ORDEM, pois, deriva do latim, que significa ordo, *ordinis* (classe, disposição). De Plácido e Silva explica, em seu Vocabulário Jurídico, que a palavra Ordem 'é a CLASSE, ou seja, a colocação ou a disposição em que se põem ou se mostram as coisas, para que assim dispostas, colocadas, classificadas ou graduadas, sejam vistas ou anotadas. Neste conceito, pois, a ordem vem estabelecer para cada caso, para cada coisa ou para cada pessoa, um grau ou uma classe, que os distingue uns dos outros, quando considerados em conjunto ou coletivamente. E, assim, ordem pode ser tida na significação de espécie, pois que, em verdade, consideradas as coisas coletivamente, formam o gênero das espécies que a ordem classifica ou gradua'.

Sobre o assunto, escreve Appleton que "à data da época onde o ministério do advogado se tornou verdadeira profissão, os jurisconsultos que a exerciam se constituíram pouco a pouco em nome do Ordo, ao qual os advogados, daí em diante, se ligaram muito fortemente, principalmente, para distinguirem-se dos artistas e comerciantes, que formavam simples corporações".

Conforme notícia Ruy Sodré, 'os advogados eram em número limitado (*numerus clausus*) e, por ordem de antiguidade, inscritos num quadro (*Codex*, II, 7, 13). No moderno Direito, porém, foi à França que os outros países copiaram a instituição'. Assim, já na sua origem, 'a expressão 'Ordem' – explica Ruy Sodré – significa uma associação que se diferenciava das corporações de artes e ofícios'.

A distinção teve fundamental relevo nas discussões acerca da natureza jurídica da OAB, quando do encaminhamento do projeto de Estatuto que se transformou na Lei nº 4.215/63, cujas oposições veementes bradavam o argumento da inconstitucionalidade das corporações de ofício, uma vez que contrariavam o princípio do livre exercício profissional, sendo, pois, incompatíveis com o regime democrático.

Na verdadeira batalha travada pelos advogados nesta oportunidade, foi Milton Campos, na qualidade de Relator do projeto do Estatuto quem brindou a todos, aduzindo em resposta: 'Vem, assim, a Ordem, existindo como ente moral inominado, como realidade válida à margem das classificações. Quando se diz que ele é 'corporação', emprega-se a palavra no sentido geral de associação, de corpo coletivo, de ente moral, de pessoa jurídica, de universitas personarum do Direito Romano. Não se restaura, porém, o sentido medieval da expressão, como também não se adota o sentido facista acentuado no direito público pela 'Carta del Lavoro'. Certamente o regime

feudal era dominado pelas 'ordens', 'corporações', e 'estados'. 'ORDEN' ficou sendo, até hoje, a associação oficial dos advogados, por evidente influência do Direito francês. Mas aí se entende que a Ordem, a despeito de seu nome, nada tem a ver com o velho significado da palavra'.

Em conclusão, e valendo-se mais uma vez das brilhantes palavras de Ruy Sodré, *'a denominação da Ordem foi escolhida exatamente com a finalidade de distinguir-se a associação dos advogados das corporações dos comerciantes'*¹³³.

Conforme leciona Paulo Lôbo, em 14 de dezembro de 1931 foi aprovado o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil (“primeiro Estatuto”), sendo o modelo adotado o do *Barreau de Paris*, tanto para a organização da entidade como para o paradigma liberal da profissão de advogado. Tal regulamento, com várias posteriores modificações, vigeu até a entrada em vigor da Lei 4.215/63. Em 25 de julho de 1934, o Conselho Federal da OAB aprovou o Código de Ética Profissional e, em 11 de agosto de 1942, o Decreto-Lei 4.563 autorizou a instituição de Caixas de Assistência em benefício dos profissionais inscritos na Ordem.

Ainda segundo Lôbo, em 10 de junho de 1963 a Lei 4.215/63 (segundo Estatuto) entrou em vigor, *“passando a OAB, durante toda a década de sessenta, a promover sua implantação e a atuar institucionalmente, em todo o País e de modo crescente, na defesa dos direitos humanos violados pelo novo regime militar. A lei sofreu várias alterações advindas das Leis n. 5.390/68, 5.681/71, 5.842/72,*

¹³³ RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia. Comentários e Jurisprudência Selecionada. 5^a ed., Ed. Forense, p. 512/518.

5.960/73, 6.743/79, 6.884/80, 6.994/82 e do Decreto-Lei n. 505/69”³⁴.

Em 1980 a OAB comemorou seu cinquentenário. Digno de menção, “no dia 27 de agosto de 1980, uma bomba contida em envelope endereçado ao presidente do Conselho Federal da OAB matou a diretora da secretaria, D. Lyda Monteiro da Silva. Aprofundou-se o envolvimento da entidade pela restauração do Estado de Direito e pela anistia aos presos políticos, escolhendo-se a liberdade como tema da Conferência Nacional realizada nos dias 18 a 22 de maio, em Manaus. Dando sequência a sua luta constante, de mais de duas décadas em defesa dos direitos humanos e pela restauração da democracia no País, a OAB organizou Congressos Pré-Constituintes, em 1985, para elaborar propostas de uma nova Constituição”³⁵.

A Lei 8.906/94 (terceiro e atual Estatuto) entrou em vigor em 5 de julho de 1994 e, em 1º de março de 1995, publicou-se o Código de Ética e Disciplina, aprovado pelo Conselho Federal da OAB.

Em seu art. 44, o Estatuto estabelece que a OAB é “serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa” e tem, como uma de suas finalidades “promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil” (inc. II, do artigo em referência).

Cabe, portanto, à Ordem, **por delegação do Estado**, a regulamentação e a tutela da profissão de advogado (privado) que

³⁴ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. Ed. Saraiva: 5 ª ed., p. 245-246.

³⁵ Op. cit., p. 247.

é, reconhecidamente, inclusive pela Constituição Federal, essencial ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Lôbo, “*ao Estado põem-se duas alternativas: ou se ocupa diretamente da regulamentação e da tutela da profissão de advogado, como foi no passado, antes da criação da OAB, ou confia aos próprios interessados a disciplina e defesa da sua profissão, delegando-lhes os poderes necessários, como ocorreu a partir do Regulamento de 1931*”³⁶.

O Estatuto anterior (Lei 4.215/63) não era claro sobre a natureza jurídica da OAB. O art. 1º a considerava “órgão” indeterminado e o art. 139 dizia que ela constituía “serviço público”, não se lhe aplicando as disposições legais referentes às autarquias. De maneira geral, a doutrina atribuía-lhe a qualidade de “autarquia especial”, sendo que a maioria dos autores afirmava a sua independência em face do Poder Público e a minoria a vinculava à Administração Pública.

Segundo Lôbo, “*quando o Poder Executivo intentou vincular a OAB, na década de setenta do século XX, ao Ministério do Trabalho, e o Tribunal de Contas da União pretendeu controlar os recursos financeiros da entidade, houve a manifestação quase uníssona dos publicistas ressaltando as peculiaridades da OAB e sua independência. Idêntica orientação adotaram os tribunais superiores e a própria Consultoria-Geral da República (parecer do Consultor-Geral Rafael Mayer, PR-3974/74-011/C/75, aprovado pelo Presidente da República, DOU, 14 fev. 1978). Em 19 de novembro de 2003, o plenário do Tribunal de Contas da União decidiu que a OAB não se submete ao regime das autarquias públicas, mantendo, assim, sua imunidade à fiscalização do*

³⁶ Op. cit., p. 252.

tribunal, uma vez que desde 1952 o Tribunal Federal de Recursos decidiu que a entidade não precisava prestar contas ao TCU”³⁷.

O atual Estatuto, finalmente, prescreve explicitamente, em seu § 1º, que a OAB não mantém qualquer vínculo, funcional ou hierárquico, com a Administração Pública. Possui funções constitucionais próprias, relativamente à legitimidade para ajuizamento de ações de controle de constitucionalidade de leis, à defesa da Constituição, à participação na composição de tribunais e à participação em concursos públicos. E presta, sim, serviço público independente, especializado, e de caráter permanente.

No ponto, ressalta Lôbo:

“Serviço público não significa necessariamente serviço estatal, este assim entendido como atividade típica exercida pela Administração Pública. Serviço público é gênero do qual o serviço estatal é espécie. A evolução dos conceitos e da experiência jurídica, mercê da transformação do Estado Moderno, fortalece a afirmação corrente de que **nem tudo o que é público é estatal**.

A defesa da classe dos advogados, dos direitos humanos, da justiça social e do Estado Democrático de Direito, encartada nas finalidades da OAB previstas no art. 44 do Estatuto, supõe o virtual conflito com o Poder Público. Se este impede, dificulta ou viola o exercício da advocacia, ou se malfere ou contraria os valores pelos quais deve ela pugnar, o confronto é inevitável e o conflito de interesses se instala. (...)

O Estado Moderno não apenas se vale de entidades dele desmembradas (Administração descentralizada e indireta), sob sua tutela ou controle. Também reconhece competência para o exercício de funções públicas a entidades que não o integram, atribuindo-lhes poderes que seriam originalmente seus, como ocorre com o poder incontrastado da OAB de selecionar, fiscalizar e punir advogados. Não se trata de um novo corporativismo, nos moldes medievais das guildas e corporações de ofício,

³⁷ Op. cit., p. 253.

mas delimitação de autotutela jurídica a entidades organizadas, para exercício de determinados serviços públicos.

As finalidades da OAB são indissociáveis da atividade de advocacia, que se caracteriza pela absoluta independência, inclusive diante dos Poderes Públicos constituídos. Se o advogado é necessário à administração da Justiça, então não pode estar subordinado a qualquer poder, inclusive o Judiciário. A OAB ou a advocacia dependente, vinculada ou subordinada, resulta na negação de suas próprias finalidades.

A Constituição prevê várias hipóteses de exercício de serviços públicos por pessoas e entidades privadas, como ocorre com o regime de concessão ou permissão públicas (art. 175) ou de serviços notariais (art. 236). O Estado às vezes comete a pessoas jurídicas de direito privado, a ele vinculadas, atividade típica de polícia administrativa, dispensando o tipo autárquico. Portanto, não basta a execução de serviços públicos para concretizar o tipo autarquia, mesmo que especial ou *sui generis*.

Se a OAB apenas exercesse serviço público estatal típico, poder-se-ia cogitar de *jus singulare*, porque seria tutelada por norma posta contra *tenorem rationis*, na peculiar formulação do *Digesto*. Ou seja, se tivesse natureza ampla de autarquia, seria *sui generis* ou independente, estando desligada ou desvinculada da Administração Pública. Mas não é o caso, porque as finalidades da OAB são muito mais amplas e extra-estatais. (...)

Dario de Almeida Magalhães afirma ser a OAB entidade jurídica *sui generis*, que não se inclui nem entre as autarquias administrativas nem entre as entidades exclusivamente privadas, por não gerir qualquer parcela do patrimônio público ou se manter com dinheiros públicos. No mesmo sentido manifestou-se Miguel Reale, para quem a OAB é entidade singular, na qual características públicos e privados se coordenam e se complementam.

Com efeito, as receitas da OAB, embora oriundas de contribuições obrigatórias, não são tributos porque não constituem receita pública, nem ingressam no orçamento público, nem se sujeitam a contabilidade pública. O art. 149 da Constituição não se aplica à OAB.

Em suma, a OAB não é nem autarquia nem entidade genuinamente privada, mas serviço público independente.

dente, categoria sui generis, submetida fundamentalmente ao direito público, na realização de atividades administrativas e sancionadoras, e ao direito privado, no desenvolvimento de suas finalidades institucionais e de defesa da profissão.

Considerada a natureza de serviço público não estatal, mas serviço público de âmbito federal, os processos judiciais em que a OAB seja interessada sujeitam-se à competência da justiça federal (STF, HC 71.314-9-PI)”³⁸.

Sobre a natureza jurídica da OAB, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.026-DF (Rel. Min. Eros Grau, Dje 29/9/06), assentou, *verbis*:

“(...) O fato é que, iniludivelmente, a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

Ela, sim, é um serviço independente, de feitio único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como 'autarquias especiais', para pretender-se afirmar, e de modo equivocado, certa independência das hoje chamadas 'agências'.

Cumpre ver que não há apenas uma Administração, mas uma pluralidade de Administrações Públicas, todas elas titulares de relações jurídico-administrativas. Ao lado da Administração federal alinharam-se as Administrações estaduais e as Administrações municipais, todas e cada uma delas contando – diz Eduardo Garcia de Enterria – com sua própria personalidade jurídica independente, em uma plêiade de entidades institucionais ou corporativas igualmente personificadas. Todas elas, no entanto, atuam de modo harmônico, mercê da definição de um quadro de competências no plano constitucional e dos mecanismos de tutela e instrumentalidade estabelecidos entre cada uma delas e suas entidades, de modo que – lanço mão das palavras de Eduardo Garcia de Enterria – toda a galáxia administrativa é reconduzida a uma unidade estrutural e sistemática.

³⁸ Op. cit., p. 255/257.

Essa unidade estrutural e sistemática decorre, entre nós, do disposto no art. 37 da Constituição de 1988, sendo reafirmada nas dobras da legislação infraconstitucional.

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público. Embora em rigor situadas nos quadrantes da Administração Indireta, descentralizada, '*não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas*'; '*são responsáveis pelos próprios comportamentos*'.

Isso, contudo não importa, repita-se, em que se tornem absolutamente independentes, visto estarem sujeitas ao vínculo da tutela administrativa, que Celso Antônio Bandeira de Mello define como '*o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas (as autarquias) com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado*'.

Ora, a OAB não é, evidenciadamente, uma entidade da Administração Indireta. Não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada.

Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do que dispõe o artigo 133 da Constituição do Brasil. Entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados não poderia vincular-se ou subordinar-se a qualquer órgão público.

A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, por quanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênero dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I, da lei, tem por finalidade '*defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas*''. Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa.

A Constituição do Brasil confere atribuições de extrema relevância à OAB, bastando para ratificar a assertiva ressaltar o disposto no inciso VIII do artigo 103 da Constituição, que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura da ação direta de constitucionalidade, bem assim a definição do advogado como essencial à promoção da Justiça, ao qual é assegurada inviolabilidade no que tange aos seus atos e manifestações no exercício da profissão.” (grifou-se).

É, de fato, a Ordem dos Advogados do Brasil entidade absolutamente *sui generis*, cuja finalidade institucional vai além da defesa dos interesses classistas de seus membros, configurando-se, na verdade, autêntica fiscal da lei e do regime democrático. O serviço público que caracteriza a OAB é aquele que decorre do cumprimento de seus objetivos institucionais (inc. I do art. 44 do Estatuto) e a atuação da entidade faz-se em benefício da sociedade em geral, por isso o adjetivo “público”.

Em 2011 outra questão importante referente à OAB foi levada à Corte Suprema. Como observado anteriormente, no recurso extraordinário 603.583/RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25/5/12), questionou-se a constitucionalidade dos arts. 8º, IV e §1º, e 44, II, da Lei 8.906/94, os quais condicionam a inscrição nos quadros da OAB à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à entidade a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em todo o país.

O apelo teve seu provimento negado por unanimidade. Na ocasião, argumentos relevantes foram utilizados para afirmar a

necessidade do exame e a competência exclusiva da OAB para sua promoção.

Ressaltou-se, principalmente, que: o exame de suficiência é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançou o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício; o controle pode ser exercitado em momento concomitante, prévio ou posterior ao ato ou conduta, e a fiscalização em momento subsequente, quando já consumado o dano à coletividade, não é razoável; a possibilidade de perigo/risco gerado pela atividade profissional justifica a atividade intervintiva, limitando o acesso à profissão ou ao respectivo exercício, pois o advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito, restando claro o interesse social relativo à existência de mecanismos de controle, objetivos e impessoais, concernentes à prática da advocacia; é a OAB categoria de entidade ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro, cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados.

Dos fundamentos adotados naquele julgamento, vê-se estarem voltados à atuação da OAB no controle do exercício da advocacia privada.

Cabe à OAB a representação, a defesa, a seleção (mediante exame de suficiência) e a disciplina de todos os advogados *privados* do Brasil. Sua competência, contudo, **não** se estende aos *advogados públicos*, os quais são selecionados diretamente pelo Estado (mediante concurso de provas e títulos) e subordinados e disciplinados por estatutos próprios dos órgãos aos quais vincula-

dos. É, portanto, inconstitucional o parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei 8.906/94.

Enfrentemos, pois, e finalmente, esse ponto.

4. A inconstitucionalidade do art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 8.906/94 por violação aos arts. 131, 132 e 134 da Constituição Federal.

Feito o apanhado sobre pontos importantes referentes à advocacia privada, à entidade que a regula (Ordem dos Advogados do Brasil) e à advocacia pública (especialmente a advocacia pública *strictu sensu*), é fácil verificar e demonstrar a inconstitucionalidade do art. 3º, *caput* e §1º, da Lei 8.906/94.

Eis o que prevê o dispositivo em referência:

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.

Ocorre que, os advogados públicos apontados no parágrafo primeiro do artigo em análise (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) exercem, sim, atividade de advocacia, mas sujeitam-se a regime próprio (estatuto específico), não devendo inscrever-se na OAB nem, tampouco, a ela se submeter. A Lei 8.906/94 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) deve ser aplicada tão-somente à advocacia privada.

É dizer, se é certo que o Estado delegou importantes funções à OAB no que diz respeito à fiscalização profissional dos advogados privados, não o fez em relação aos advogados públicos, mantendo-se o próprio Estado, na incumbência de selecioná-los, fiscalizar suas atuações e, eventualmente, aplicar-lhes penalidades disciplinares ou mesmo excluí-los de seus quadros, tudo em consonância com a Constituição e os estatutos próprios que regem essas carreiras.

Vejamos isso quanto a uma importante qualidade comum aos integrantes da advocacia pública e aos da advocacia privada, a capacidade postulatória. Os advogados privados (profissionais liberais) defendem os interesses das pessoas de direito privado, e os advogados públicos, embora com clientes diferentes e específicos (o Ministério Público defende os interesses da sociedade; a Defensoria Pública, os interesses dos necessitados; e a Advocacia de Estado, integrada pela AGU e pelas Procuradorias Estaduais e do DF, os interesses estatais, que têm como destinatário final o povo brasileiro), são “*responsáveis pela defesa de interesses necessários à existência, à preservação, e ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e pela fiscalização dos poderes políticos*”³⁹. São, pois, todos

³⁹ KIRSCH César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a*

advogados (“intercedem a favor de”), **todavia**, o advogado privado postula fazendo prova do mandato (art. 5º da Lei 8.906), dele não necessitando os advogados públicos, os quais postulam no exercício do cargo público no qual foram investidos. Pela mesma razão, inaplicável aos advogados públicos o disposto no art. 4º da Lei 8.906, à qual não se subordinam.

Em atenção ao art. 134 da Constituição Federal, a Lei Complementar 80/94 organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e deu outras providências, estabelecendo os direitos, as prerrogativas, as garantias, os impedimentos, as proibições, os deveres e a responsabilidade funcional dos Defensores. A Defensoria Pública, portanto, possui estatuto próprio, o qual, inclusive, é claro ao determinar, em seu art. 4º, §6º, que “*a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público*” (grifou-se).

Por sua vez, a Lei Complementar 73/93, que disciplinou e organizou a Advocacia-Geral da União, em conformidade com o art. 131 da CF, atribuiu a seus integrantes, sem qualquer exigência de registro em entidade/conselho de classe, a *representação judicial e extrajudicial da União*. Cumpre notar que tal representação decorre do próprio texto constitucional (art. 131 da CF). Também assim deve ser no que toca aos Procuradores de Estado, aos Procuradores de Município e aos Procuradores Autárquicos – a capacidade de postular é ínsita dos cargos em questão.

construção de um Estado de Justiça. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 396.

Vê-se, pois, que tanto a Defensoria Pública quanto a AGU possuem estatutos próprios/regimes disciplinares específicos. A questão é: as disposições constantes na Lei 8.906/94 (*Estatuto da OAB*) são aplicáveis concomitantemente com tais estatutos (conforme prevê o §1º do art. 3º da lei em questão)?

A resposta é negativa, justamente porque a capacidade postulatória desses advogados públicos decorre da própria relação estatutária, consoante as leis complementares de regência de tais advogados (que inclusive os impede de exercer a advocacia privada).

Ademais, o entendimento de que somente o advogado regularmente inscrito na OAB tem legitimidade para o exercício do *ius postulandi*, a partir de interpretação embaçada da expressão “o advogado é indispensável à administração da justiça” - art. 133 da CF, está há muito superado por esse Supremo Tribunal Federal. Como sabido, os membros do Ministério Público têm capacidade postulatória mesmo impedidos de inscreverem-se na OAB. De igual modo, qualquer pessoa capaz pode acionar os Juizados Especiais e a Justiça Trabalhista e, mesmo incapaz, pode impetrar *habeas corpus*. Logo, a capacidade postulatória não é absoluta – leis podem facultar (e efetivamente facultam) a postulação em juízo por pessoas que não detêm a “habilitação de advogado” (inscrição na OAB).

Eis alguns precedentes da Suprema Corte nesse sentido:

EMENTA: *HABEAS CORPUS. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA. REQUISI-*

TOS MÍNIMOS DE COGNOSCIBILIDADE. AUSÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. PRECEDENTES. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra decisão de indeferimento de liminar proferida por Tribunal Superior. Incidência da Súmula nº 691 desta Corte. A imetrante não demonstrou a excepcionalidade do caso concreto, que poderia conduzir à superação da súmula nº 691 desta Corte e ao conhecimento de ofício de suas alegações. **Conquanto o *habeas corpus* não exija maiores formalidades, podendo ser impetrado por qualquer pessoa, ainda que sem capacidade postulatória, é imprescindível que a inicial satisfaça, pelo menos, requisitos mínimos de cognoscibilidade.** O revolvimento aprofundado de fatos e do lastro probatório contido nos autos da ação penal de origem é inviável na estreita via do *habeas corpus*. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 102407, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 9/4/2010)

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.
2. **Nos processos de natureza cível não é absoluta a obrigatoriedade da presença do advogado em juízo. A lei dos juizados especiais pode facultar às partes, em determinadas hipóteses, a dispensa da assistência de profissional da advocacia.** Precedentes.
3. Ademais, a alegada contrariedade à Constituição Federal não prescinde da prévia análise dos fatos e das provas, o que encontra óbice na Súmula STF nº 279.
4. Agravo regimental improvido. (AI 461490 ED, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 7/8/2009)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. **O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88].** Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Ju-

diciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 367432 AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJe 14/5/2010)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. 1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. **Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célebre e menos oneroso o acesso à justiça.** Precedentes. 2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente. (ADI 1539, Rel. Min. Maurício Corrêa, Dje 05/12/2003).

Outro viés importante a ser considerado diz respeito à **impossibilidade jurídica e fática de a OAB exercer qualquer controle sobre as atividades desempenhadas pelos advogados públicos no exercício de suas funções institu-**

cionais, ou submetê-los ao seu regramento disciplinar.

Não sendo entidade componente da Administração Pública Federal, não pode pretender imiscuir-se na disciplina e vinculação funcional dos advogados públicos.

Os integrantes das carreiras afetas à advocacia pública têm deveres e direitos próprios, expressos na legislação de regência, autônomos e alheios à OAB. Os integrantes da AGU, por exemplo, estão sujeitos à fiscalização correicional da Corregedoria da instituição. O Decreto 767/93 disciplina o controle interno da AGU, regulamentando os arts. 32, 33 e 34 da LC 73. De igual modo, o controle disciplinar dos integrantes das demais carreiras mencionadas no §1º do art. 3º da Lei 8.906/94 independe de qualquer posicionamento ou entendimento de entidade de classe de advogados particulares. Também por esse motivo, portanto, não há razão para a vinculação/submissão desses servidores públicos à Ordem dos Advogados (*Privados*) do Brasil.

Como observado, a OAB **não** é entidade componente da Administração Pública Federal. Não tem, portanto, **nenhum poder correicional** sobre Advogados da União, Procuradores Federais e da Fazenda Nacional, Defensores Públicos, e advogados públicos em geral. E nem se diga que dispensar tais profissionais da inscrição na OAB seria o mesmo que dispensar médicos, engenheiros e dentistas ocupantes de cargos públicos de manter inscrição em seus respectivos órgãos de fiscalização profissional. Como já decidiu o STF, em decisão antes analisada (ADI 3.026-DF, Rel. Min. Eros Grau, Dje 29/9/06), a OAB não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissio-

nal, sendo, na verdade, “*serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.* (...) *Não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada*”. Ora, se é entidade absolutamente independente, não sujeita a controle da Administração, não pode pretender controlar profissionais regidos por outros estatutos. Se não é controlada, não deve controlar.

Outro ponto fundamental a se considerar diz respeito a um dos requisitos exigidos para o exercício da advocacia pública: a comprovação, pelo candidato a advogado público, de sua qualificação técnica – tal comprovação se dá *ao Estado* mediante *aprovação em concurso público de provas e títulos*, por força do disposto no art. 37, inciso II, da CF/88.

Da mesma forma que a OAB possui legitimidade e competência (já reconhecidas pelo STF no julgamento do RE 603.583/RS – como antes observado) para aferir se o bacharel em Direito está apto ao exercício da advocacia *privada*, cabe, *ao Estado*, o controle de qualificação técnica dos bacharéis candidatos a advogados *públicos*, mediante concurso de provas e títulos – o qual, aliás, é *bem mais rigoroso* que o exame da Ordem.

Com efeito, os membros da Defensoria Pública, da AGU e das Procuradorias Estaduais, do DF e municipais, ingressam nas carreiras após aprovação em concursos públicos de provas e títulos, os quais, *sem dúvida*, comprovam a sua qualificação para o trabalho. O certame para ingresso nas Procuradorias dos Estados

e do Distrito Federal conta, inclusive, com a *participação* da OAB em todas as fases do concurso (art. 132 da CF).

Especificamente em relação à AGU, cumpre ainda ter em conta que, antes da edição da Orientação Normativa CGAU/AGU nº 1/2011⁴⁰ (que, embasada no inconstitucional §1º do art. 3º da Lei 8.906/94 tornou obrigatória a inscrição na OAB a todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União), nenhum edital de concurso anterior previu a necessidade de inscrição na OAB aos candidatos à carreira.

Por fim, é essencial ressaltar, uma vez mais, a importância da advocacia pública para a manutenção e aprimoramento do Estado Democrático de Direito. Sua atividade é constitucionalmente reconhecida como *essencial* à Justiça e sua autonomia e independência fundamentais para o pleno exercício de suas atri-

⁴⁰ Orientação Normativa nº 1, de 21 de junho de 2011.

O Corregedor-Geral da Advocacia da União, no exercício das competências e atribuições previstas nos artigos 5º e 6º, da lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e art. 40, III, do decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, e considerando o despacho do senhor advogado-geral da União constante a fl. 204 do processo nº 00406.000246/2006-12, bem como a necessidade de orientar a atuação correicional e disciplinar, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os advogados da União, procuradores da fazenda nacional, procuradores federais e integrantes do quadro suplementar da advocacia-geral da União, de que trata o art. 46 da medida provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2011:

É obrigatória a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, por todos os advogados da União, procuradores da fazenda nacional, procuradores federais e integrantes do quadro suplementar da advocacia-geral da União, de que trata o art. 46 da medida provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, para o exercício da advocacia pública no âmbito da instituição.

Os membros da advocacia-geral da União e de seus órgãos vinculados respondem, na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontrem investidos, exclusivamente perante a advocacia-geral da União, e sob as normas, inclusive disciplinares, da lei orgânica da instituição e dos atos legislativos que, no particular, a complementem.

(Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/270464>. Acesso em 18/3/2015).

buições. Não se deve, portanto, exigir que advogados públicos, vinculados e bem selecionados pelo Estado, sejam obrigados a inscreverem-se na OAB, entidade *sui generis* não vinculada à Administração Direta ou Indireta. Não é razoável exigir que defensores públicos e advogados públicos *strictu sensu*, estes com atuação cada vez mais destacada, com participação direta na discussão de temas importantes e atuais, tenham que se submeter – após aprovação em rigoroso concurso público – à fiscalização de entidade à parte da Administração Pública.

Vale pontuar também que a maioria das carreiras jurídicas exige três anos de *atividade jurídica* (prática da advocacia, magistério, pós-graduação, conciliação judicial, entre outras atividades), para a assunção das atribuições do cargo público. No caso específico da prática da advocacia, a inscrição do advogado na Ordem deve ser *suspensa* no momento em que investido no cargo público.

Por todo o exposto, conclui-se que um advogado público (membro do Ministério Público, Defensor Público ou advogado público *strictu sensu*) **só** deve se vincular/submeter à OAB **quando e se** for atuar como advogado privado (quando então deixará – se ainda não tiver feito – suas atribuições públicas). Nesse caso, inclusive, **não** lhe deve ser exigida comprovação de sua qualificação técnica (a qual já foi suficientemente provada no exercício da advocacia pública): o profissional deverá, tão somente, se submeter ao Código de Ética da OAB no que diga respeito à sua atuação na advocacia privada. Adotando parcialmente tal entendimento, a própria Ordem, em 15 de maio de 2011, alte-

rando o §1º do Provimento 136/09, dispensou juízes e membros do MP aposentados ou exonerados da realização do exame para o exercício da advocacia privada no Brasil (Provimento 143/11).

Eis o que dispõem os dispositivos constitucionais violados (grifos não originais):

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.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, **na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases**, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe,

como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

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

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

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

Pela redação dos dispositivos em referência e por todo o já exposto, é evidente a inconstitucionalidade formal e material do §1º do art. 3º da Lei 8.906/94 e a necessidade de o *caput* do referido artigo ser interpretado em conformidade com a Constituição Federal para entender-se ser tal preceito alusivo *apenas* aos advogados privados. Eis os pontos principais de toda a tese defendida, a sustentar tal conclusão:

1) a atuação do advogado privado, profissional liberal, **não** se confunde com a do advogado público. Essencialmente, são

distintos os interesses patrocinados e os requisitos exigidos para o exercício de cada uma dessas funções;

2) o **advogado privado** é o profissional do Direito que representa e defende os interesses de pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado, perante os órgãos do Poder Judiciário. Está vinculado à Ordem dos Advogados do Brasil e a ela se submete. Exerce **múnus público**, mas sua atividade é exercida em *caráter privado*. Distingue-se **do advogado público, agente do Estado**, sendo o caráter público de sua atividade **inerente ao cargo que ocupa**. O advogado público é *servidor público*, investido de cargo de provimento efetivo e remunerado pelo Estado.

3) a advocacia pública é desenvolvida por órgãos com competências específicas, estabelecidas em razão dos interesses envolvidos e gerando funções de controle indispensáveis ao Estado Democrático de Direito. Engloba as seguintes funções essenciais da Justiça: *a advocacia da sociedade, de responsabilidade do Ministério Público* (arts. 127 a 130 da CF); *a advocacia dos necessitados, de responsabilidade da Defensoria Pública* (art. 134 da CF); e *a advocacia do Estado* (advocacia pública *strictu sensu*), *de responsabilidade da Advocacia-Geral da União* (art. 131 da CF) e *das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal* (art. 132 da CF).

4) o **art. 134 da Constituição** é claro quanto ao propósito de estabelecer a Defensoria Pública como instituição singular, autônoma e independente. O tratamento a ela dispensado livra-a de ingerência externas, especialmente no que diz respeito ao exercício das funções que lhe são típicas. Da mesma forma, o

Ministério Público, evidentemente, não se subordina à OAB (nem a qualquer outra entidade/instituição), sendo seus membros, inclusive, impedidos de inscreverem-se na Ordem. De igual modo, a advocacia pública *strictu sensu* (**arts. 131 e 132 da CF**) é absoluta e constitucionalmente independente de qualquer Poder, órgão, instituição ou entidade.

5) a inclusão dos advogados públicos no Estatuto da Ordem foi uma **inovação** da Lei 8.906/94. Até então os estatutos da Advocacia (Decreto 20.784/31 e Lei 4.215/63) voltavam-se *exclusivamente* para a advocacia entendida como profissão liberal, autônoma. Não se cogitava que a advocacia pública – exercida por órgãos com competências e estatutos específicos –, fosse “submetida” ao estatuto de uma entidade *sui generis*, absolutamente desvinculada, funcional e hierarquicamente, da Administração Pública.

6) cabe à OAB, por delegação do Estado, a representação, a defesa, a seleção (mediante exame de suficiência) e a disciplina de todos os advogados *privados* do Brasil. Sua competência, contudo, **não** deve ser estendida aos *advogados públicos*, os quais são selecionados diretamente pelo Estado (mediante concurso de provas e títulos) e subordinados e disciplinados por estatutos próprios dos órgãos aos quais vinculados.

7) as disposições constantes na Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) **não** se aplicam à Defensoria Pública e aos advogados públicos *strictu sensu*. A capacidade postulatória desses advogados públicos decorre tão somente de seus estatutos e das leis comple-

mentares de regência de tais advogados (LC 80/94 e 73/93, que inclusive os impede de exercer a advocacia privada).

8) um advogado público (membro do Ministério Público, Defensor Público ou advogado público *strictu sensu*) **só** deve se vincular/submeter à OAB ***quando e se*** for atuar como advogado privado (quando então deixará – se ainda não tiver feito – suas atribuições públicas). Nesse caso, inclusive, **não** lhe deve ser exigida comprovação de sua qualificação técnica (a qual já foi suficientemente provada no exercício da advocacia pública): o profissional deverá, tão somente, se submeter ao Código de Ética da OAB no que diga respeito à sua atuação na advocacia privada.

9) os advogados públicos (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) exercem, **sim**, atividade de advocacia, mas sujeitam-se a regime próprio (estatuto específico), **não necessitando de inscrição na OAB nem, tampouco, a ela se submetendo.**

5. Da interpretação conforme à Constituição do *caput* e da nulidade do § 1º do art. 3º da Lei 8.906/94

Como sabido, uma lei somente pode ser declarada inconstitucional se não lhe for possível atribuir uma interpretação condizente com a Carta Maior. A técnica de *interpretação conforme a Constituição* surge como apanágio da segurança jurídica, impli-

cando num assentamento da correta exegese que se deve atribuir a determinado diploma legislativo para que se adapte ao texto constitucional. No caso, a norma questionada não é retirada do ordenamento jurídico, mas sua aplicação passa a ser tolerada apenas quando estiver de acordo com a interpretação que lhe deu o Judiciário, sendo inválida se analisada de forma diversa.

Sobre o tema lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonçalves Branco:

“Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. (...) Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere decisão sobre um caso concreto que vincula apenas as partes envolvidas.

A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.

(...) Também entre nós utilizam-se, doutrina e jurisprudência, de uma fundamentação diferenciada para justificar o uso da interpretação conforme à Constituição. Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme à Constituição milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na ideia de que o legislador não poderia ter pretendido voltar lei inconstitucional.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto. (...) A eliminação, ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador.

Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto. (...)"⁴¹.

Na hipótese em questão, o *caput* do art. 3º da Lei 8.906/94 prevê que “*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)*”.

No caso, aplicando-se a técnica de *interpretação conforme à Constituição*, tem-se que tal dispositivo deve ser entendido como alusivo *apenas* aos advogados privados. Isso porque, como demonstrado, os advogados públicos (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) exercem, sim,

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1289/1293.

atividade de advocacia, mas sujeitam-se a regime próprio (estatuto específico), não necessitando de inscrição na OAB nem, tampouco, a ela se submetendo.

Essa interpretação não exclui a obrigatoriedade inscrição na OAB *apenas* dos advogados públicos que, em virtude de seus especiais regimes estatutários, possam acumular o exercício da advocacia pública com o da privada, para a qual estará sujeito à fiscalização da OAB.

Quanto ao §1º do mesmo artigo, por todas as razões apresentadas, revela-se nulo.

Entender-se de qualquer outra forma implica **inconteste inconstitucionalidade também por vício formal do §1º do art. 3º da Lei 8.906/94**, tendo em vista que lei ordinária adentra indevidamente em seara que a Constituição reservou a lei complementar. Como prevê o art. 131 da CF, “*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*” (grifou-se).

Da mesma forma em relação à Defensoria Pública. O parágrafo primeiro do art. 134 da Constituição é claro ao dispor que “*lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus inte-*

grantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais” (grifou-se).

A Lei Complementar 73/93 é a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e a Lei Complementar 80/94 regula a Defensoria Pública – a Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) não deve, portanto, ser aplicada a defensores públicos e advogados públicos *strictu sensu*.

III. PEDIDOS

III.1. PEDIDO CAUTELAR

Estão presentes os pressupostos (*fumus boni juris e periculum in mora*) para suspensão cautelar da eficácia do dispositivo legal questionado - §1º do art. 3º da Lei 8.906/94.

Não obstante a norma em questão esteja em vigor há duas décadas, recente ato normativo da Advocacia-Geral da União (Orientação Normativa nº 1, de 21 de junho de 2011, que obriga todos os integrantes das carreiras jurídicas da AGU a inscreverem-se na OAB) justifica o pedido cautelar.

Isso porque tal Orientação Normativa pode levar à instauração de processos administrativos disciplinares contra integrantes da AGU que a descumpiram. Além disso, a manutenção no ordenamento jurídico do §1º do art. 3º da Lei nº 8.906/94 pode dar ensejo a que advogados das partes que litigam contra a União e suas autarquias aleguem vícios de representação dessas pessoas de direito público caso representadas em juízo por advogados públicos não inscritos na OAB. Milhões de ações judiciais que tramitam ou já

tramitaram poderiam ficar comprometidas por questionamentos da validade de atos processuais praticados por advogados públicos não inscritos na OAB.

Por essas razões, requer-se a concessão de medida cautelar para suspensão da eficácia do §1º do art. 3º da Lei 8.906/94, até decisão final desta ação.

III.2. PEDIDOS FINAIS

Em face do exposto, requer-se:

- a) intimação para manifestação do Advogado-Geral da União (CR, art. 103, § 3º);
- b) abertura de prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República, após manifestação do AGU; e
- c) a procedência do pedido, para ser declarada a constitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei 8.906/94. Da mesma forma, que seja emprestada, quanto ao *caput* do art. 3º, interpretação conforme à Constituição, para entender-se ser tal preceito alusivo apenas aos advogados privados.

Brasília (DF), 16 de junho de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

FRS/CD