

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se do julgamento de dois recursos sextraordinários em que se analisa a constitucionalidade da obrigatoriedade de os Defensores Públicos se inscreverem nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício de suas funções, bem como sua consequente submissão aos regramentos éticos e disciplinares dos advogados, incluindo a obrigatoriedade do pagamento de anuidade à OAB.

Inicialmente, o acórdão do TRF/3ª Região, deu parcial provimento à apelação interposta pela Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP), para assentar que "*como advogados e, nessa qualidade, os defensores públicos devem possuir inscrição nos quadros da OAB, contribuindo para o Conselho na forma prevista na legislação de regência*" e que o "*Defensor Público deve submeter-se a ambos os regimes (estatutário e OAB), não sendo possível a ele aplicar os comandos da Lei nº 8.906/94 quando conflitantes com a legislação específica e estatutária, pois, no confronto, devem prevalecer as disposições que regem a carreira, para que não ocorra o bis in idem*".

Em face desse acórdão, tanto a Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP) como a OAB/SP interpuseram recursos especial e extraordinário, todos admitidos.

Em seu recurso extraordinário, a APADEP alega, em síntese, ofensa à "*garantia constitucional da autonomia funcional para o exercício do cargo de Defensor Público previsto no artigo 134, § 4º da Constituição Federal e a regra constitucional segundo a qual ninguém será obrigado a associar-se ou manter-se associado (art. 5º XX)*".

Por seu turno, a OAB/SP, no recurso extraordinário, argumenta que o acórdão recorrido, ao afastar a submissão dos Defensores Públicos aos ditames do Estatuto da Advocacia e da OAB, quando este conflitar com as disposições contidas na legislação específica, ofendeu o princípio da igualdade, uma vez que deixou de tratar igualmente o recorrido e os demais membros da classe de advogados.

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial da OAB/SP não foi conhecido e o recurso especial da ANADEP restou provido " *para o fim de reconhecer a desnecessidade de inscrição na Ordem dos Advogados para que os defensores exerçam suas atividades profissionais* ".

Diante dessa decisão, a OAB/SP interpôs novo recurso extraordinário, no qual defende violação aos artigos 133 e 134 da Constituição Federal, tendo em conta que: a) os defensores públicos, inegavelmente, exercem a advocacia, o que os obriga à inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil; b) a legislação funcional dos defensores não substitui a fiscalização ético-disciplinar imposta pelo Estatuto da Ordem; c) " *retirar os Defensores Públicos da regência da Ordem e, conseqüentemente, da sujeição à Lei 8.906 /94, importaria entregar aos Estados membros, pela via de leis locais, a regulamentação da forma de atuar de tais profissionais perante juízos e tribunais* "; d) " *entender de forma diversa significa desconstituir toda a lógica constitucional que institui a unicidade da advocacia e da defensoria pública enquanto função essencial* ".

Em contrarrazões, a ANADEP requereu o " *desprovemento do recurso extraordinário na íntegra por inexistência de violação constitucional* ".

Em 20.12.2019, esta Corte reconheceu a repercussão geral da matéria debatida nestes autos, por meio de decisão que restou assim ementada:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DEFENSOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. NECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da necessidade de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, para o exercício de suas funções. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC”.

(RE 1240999 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 14-02-2020 PUBLIC 17-02-2020)

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovemento dos Recursos Extraordinários da OAB/SP e pelo prejuízo do apelo da ANADEP, diante do provimento de seu recurso no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Eis a ementa do referido parecer:

“RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1074. DEFENSORIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ARTS. 4º, § 6º, DA LEI COMPLEMENTAR 80/1994, E 3º, § 1º, DA LEI 8.906/1994. REGRAMENTO PRÓPRIO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Recursos Extraordinários representativos do Tema 1074 da sistemática da Repercussão Geral: ‘Exigência de inscrição de Defensor Público nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções públicas’.

2. Os defensores, embora desenvolvam atividades advocatícias análogas às realizadas por advogados privados exercem atividade pública, no exercício do cargo público, e sua capacidade postulatória decorre do vínculo estatutário.

3. A exigência de inscrição dos defensores públicos nos quadros da OAB como requisito para o ingresso no cargo e para o desempenho de suas funções, bem como a submissão desses profissionais ao regramento do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), incompatibiliza-se com a ordem jurídico-constitucional atinente à Defensoria Pública.

4. Propostas de tese de repercussão geral: I – O art. 3º, *caput*, da Lei 8.906/1994, há de ser interpretado conforme a Constituição Federal para excluir de seu alcance os defensores públicos. II – É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 8.906/1994, que submete os defensores públicos ao Estatuto da Advocacia e à fiscalização da Ordem dos Advogados do Brasil.

Parecer (i) pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pela OAB/SP do acórdão do TRF3; (ii) pelo prejuízo do recurso extraordinário interposto pela Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP) do acórdão do TRF3; e (iii) pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pela OAB/SP e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça; e fixação das teses sugeridas”.

Foram admitidos como *amici curiae* a Defensoria Pública da União/DPU e a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais/Anadef.

O relator encaminha voto no sentido de negar provimento e propõe a seguinte tese: “É inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil”.

É breve relatório.

Passo às considerações do meu voto, mas antecipo, desde já, que acompanho integralmente o Ministro relator.

Enquadramento da Controvérsia

A questão em debate no presente processo-paradigma diz respeito à constitucionalidade da obrigatoriedade de os Defensores Públicos se inscreverem nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício de suas funções, bem como a consequente submissão deles aos regramentos éticos e disciplinares dos advogados, incluindo a obrigatoriedade do pagamento de anuidade à OAB.

Inicialmente, observo que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei 8.906/1994 – dispõe que o exercício da advocacia no Brasil é restrita aos inscritos na OAB. Além disso, prevê que a Defensoria Pública sujeita-se ao regime legal nela delineado, além do regime próprio a que se subordina. Nesse sentido, transcrevo o art. 3º, *caput* e § 1º:

“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”.

A despeito dessa previsão, a Lei Orgânica da Defensoria Pública – Lei Complementar 80/1994 – dispõe em sentido contrário, assentando que a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. Nesse sentido, transcrevo art. 4º, § 6º, da LC 80/94:

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

(...)

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

Estamos, portanto, diante de conflito de normas a propósito da determinação de inscrição compulsória de agentes públicos – especialmente de defensores públicos – nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, com a conseqüente necessidade de pagamento de anuidade e também a submissão ao regime legal previsto no Estatuto da OAB.

Registro que tramitam nesta Corte pelo menos três outros processos paradigmáticos a propósito desse assunto. Refiro-me às Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.636 e 5.334, bem como ao Recurso Extraordinário 609.517 (Tema 936 da repercussão geral), que tratam de controvérsia semelhante.

Na ADI 4.636, de minha relatoria, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, da Lei Complementar 80/1994. O julgamento desse feito já foi iniciado no Plenário Virtual, porém foi suspenso, em razão de pedido de vista do Min. Dias Toffoli. É oportuno registrar, em todo caso, que já houve formação de maioria pela improcedência do pedido formulado nessa ação. Além de mim, votaram nesse sentido os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Ricardo Lewndowski, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso.

Na ADI 5.334, Rel. Min. Celso De Mello, a Procuradoria-Geral da República impugna justamente o art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994, que dispõe constituir atividade de advocacia as funções desempenhadas pelos 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, sujeitando-se tais profissionais ao regime daquele diploma. Objetiva-se, quanto ao *caput* do referido dispositivo, interpretação conforme à Constituição, para entender-se ser tal preceito alusivo apenas aos advogados privados.

Finalmente, no Recurso Extraordinário 609.517 (recurso representativo do Tema 936 da Repercussão Geral), analisa-se a exigência de inscrição de advogado público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções públicas.

Todos esses feitos tratam de assuntos muito semelhantes aos que analisamos no presente caso, especialmente a ADI 4.636, de minha relatoria, relativa especificamente à legislação incidente sobre a Defensoria Pública.

A Defensoria Pública: natureza constitucional

A importância da Defensoria Pública para a consolidação da democracia e a realização da justiça social é inegável.

Quando do julgamento da ADI 3.943, o Ministro Celso de Mello questionou: a quem interessaria enfraquecer a Defensoria Pública. É inegável, enfraquecer a Defensoria é debilitar parte significativa dos cidadãos brasileiros, tolhendo-os de exercer seus direitos mais básicos.

A Defensoria Pública, como instituição apartada das Procuradorias dos Estados e Distrito Federal, é relativamente recente (jovem) se compararmos a outras afins, como o Ministério Público. Antes da gênese constitucional, não passava de mera assistência judiciária, advocacia dativa.

O que um dia consubstanciava uma indefinição legislativa, pela inovação criada pela constituinte originário, hoje toma rumos certos e bem delineados. O passar dos anos e o advento da Lei Complementar 80, em 1994, a Lei Orgânica da Defensoria Pública, iniciou o desenho institucional. Aos poucos, tal contorno mostrou-se insuficiente, em face das circunstâncias fático-sociais do país e do futuro que se pretendia (e ainda se pretende) ver concretizar, nos próprios termos dos traçados objetivos republicanos.

Dessa forma, sempre balizados por premissas constitucionais básicas, como a dignidade da pessoa humana, a busca da cidadania, redução de desigualdades, o acesso universal à Justiça, entre tantos outros, sedimentaram-se objetivos institucionais que foram positivados, quase vinte anos depois, com a promulgação da ora questionada Lei Complementar 132, de 7.10.2009.

A Lei complementar 80, precursora, moldou as funções institucionais. Cito algumas:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do Art. 5º da Constituição Federal;

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

A superveniência da Lei Complementar 132, por sua vez, trouxe importantes incrementos, criando-se outras tantas funções:

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

Com o advento da Emenda Constitucional 80/2014, qualquer possibilidade de crise identitária foi sanada. A Defensoria Pública teve sua personalidade bem definida, com atribuições devidamente explicitadas, sem qualquer espaço para dúvidas ou ilações. Enuncia o artigo 134 da Constituição Federal:

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

Por sua vez, o inciso LXXIV do artigo 5º da Carta Maior diz que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Nesse ponto, determinantes os termos da justificação, apresentada pela Câmara dos Deputados, da proposta de emenda constitucional 247/2013, que deu origem à alteração constitucional em comento:

“(…) Além disso, a presente Proposta de Emenda à Constituição incorpora ao Texto Constitucional as mais importantes normas gerais previstas na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – Lei Complementar nº. 80, de 1994, com redação determinada pela Lei Complementar nº. 132, de 2009.

A alteração do *caput* do art. 134 incorpora importantes elementos estruturantes e conceituais à definição do papel e da missão da Defensoria Pública, como o seu caráter permanente e ontologicamente atrelado ao modelo de Estado democrático de direito. Explicita-se, também, sua vocação para a solução extrajudicial dos litígios, para a defesa individual ou coletiva, conforme a necessidade do caso, e para a promoção dos direitos humanos.

Também são trazidos para o Texto Constitucional os princípios da Defensoria Pública, já positivados na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, tratando-se de norma com forte vocação de norma constitucional.”

É irrefutável que se pretendeu erigir à norma constitucional o texto já compilado em lei complementar, definindo os objetivos precípuos da instituição no contexto do atual modelo de acesso à Justiça.

Nesse ponto, não se pode limitar a Defensoria Pública, nos atuais moldes, a um mero conjunto de defensores dativos. Tal se consubstancia em visão ultrapassada, que ignora a interpretação sistemática a ser feita. Anote-se que a norma está inserida em um conjunto organizado de ideias, devendo ser seu sentido extraído da lógica geral, coadunando-se com o viés metodológico de todo arcabouço normativo. Faz-se mister encadear todos os dispositivos e normas, evidenciando-se, destarte, a *mens legis*.

Cabe lembrar, ainda, que este Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.700, relator Ministro Ayres Britto, DJe 6.3.2009, reconheceu a defensoria pública como importante *“instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88)”*.

De fato, como reconhecido na ADI 2.903, a Defensoria Pública é a instituição vocacionada, nos termos do artigo 134 da Constituição, a dar efetividades aos direitos dos necessitados, reais destinatários do direito assegurado no art. 5º, LXXIV, da CF. Confira-se a ementa deste julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP) – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – CONFIGURAÇÃO – DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA DESSA INSTITUIÇÃO PERMANENTE, ESSENCIAL À FUNÇÃO DO ESTADO – A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO – LEGISLAÇÃO PERTINENTE À ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA – MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE CONCORRENTE (CF, ART. 24, XIII, C/C O ART. 134, §1º) – FIXAÇÃO, PELA UNIÃO, DE DIRETRIZES GERAIS E PELOS ESTADOS-MEMBROS, DE NORMAS SUPLEMENTARES – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA INVESTIDURA NOS CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO-GERAL, DE SEU SUBSTITUTO E DE CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO – OFENSA AO ART. 134, §1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA REDAÇÃO QUE LHE DEU A EC Nº 45/2004 – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE CONTRARIA FRONTALMENTE, CRITÉRIOS MÍNIMOS LEGITIMAMENTE VEICULADOS, EM SEDE DE NORMAS GERAIS, PELA UNIÃO FEDERAL – INCONSTITUCIONALIDADE CARACTERIZADA – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP) – ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL –

FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – PERTINÊNCIA TEMÁTICA DEMONSTRADA – LEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’ RECONHECIDA - (...) DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA – INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO – O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA. - **A defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas – que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado – De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES – DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA – CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART. 5º, LXXIV) – A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICO-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. (...).” (ADI 2903, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Dje 19.9.2008)**

Conclui-se, assim, que diante da vocação constitucional da Defensoria Pública, e de sua instituição como Função Essencial à Justiça, não procedem as alegações de vício de inconstitucionalidade formuladas pela Ordem dos Advogados do Brasil contra os dispositivos legais que permitem o atendimento das Pessoas Jurídicas hipossuficientes e o desempenho das funções de defensor público em razão da posse no cargo.

Da constitucionalidade do § 6º do art. 4º da Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009

Em suas razões, assevera o recorrente que o Defensor Público, apesar de submeter-se a regime jurídico próprio, de qualquer modo não deixaria de ser advogado, levando em conta os atos que pratica, sendo necessária a inscrição respectiva nos quadros da OAB. Tal permitiria, nessa linha, a necessária fiscalização ético-disciplinar, diversa da fiscalização funcional exercida pela Defensoria Pública.

Ocorre que a alteração constitucional de 2014, que modificou a disposição do Capítulo IV da Constituição Federal, eliminou residuais dúvidas em relação à natureza da atividade dos membros da Defensoria Pública. Tais membros definitivamente não se confundem com advogados privados ou públicos.

A topografia constitucional atual não deixa margem a discussão. São funções essenciais à Justiça, em categorias apartadas, mas complementares: Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública. Ainda que assim não fosse, as distinções vão além.

Pode-se afirmar, por exemplo, que os membros do Ministério Público também peticionam, sustentam oralmente suas teses, recorrem, participam de audiências. Todavia, não se cogita a exigência de inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

A diferença entre a atuação de um advogado (particular) e a de um defensor público é clamorosa, perceptível inclusive antes do advento da EC 80/14. O primeiro, em ministério privado, tem por incumbência primordial a defesa dos interesses pessoais do cliente. O segundo, detentor de cargo público, tem por escopo principal assegurar garantia do amplo acesso à Justiça, não sendo legitimado por qualquer interesse privado. Tais características não afastam, obviamente, a prestação de serviço público e exercício de função social pelo advogado, tampouco dispensa o defensor do interesse pessoal do assistido. O ponto nevrálgico é a definição das finalidades transcendentais.

O Defensor Público tem assistido, e não cliente. Ele é vinculado pelas normas de Direito Público, e não por contrato. Sendo assim, a função dos membros da Defensoria Pública é, evidentemente, marcada pela

impessoalidade, porquanto o assistido não escolhe seu defensor, tampouco o remunera diretamente. Ao contrário do cliente, que gratifica o trabalho feito com honorários, tendo poder de escolha sobre o profissional de sua preferência, trazendo à função do advogado feição personalíssima.

Via de mão dupla, advogados podem escolher suas causas e seus clientes. Defensores Públicos estão adstritos às funções institucionais, não podendo, de forma alguma, atuar fora delas ou receber honorários.

Pertinente ressaltar que as funções institucionais e prerrogativas da Defensoria Pública são previstas sempre em benefício dos assistidos, e não dos membros da instituição. Sendo assim, com direitos, deveres e prerrogativas tão diversos, não vejo necessidade de submeter os defensores públicos a dois regimes diferentes.

A Defensoria Pública, assim como o Ministério Público, já detém hierarquia institucional estabelecida, com regime disciplinar específico, estatutário, com fiscalização de uma corregedoria. Os termos estão devidamente definidos na lei de regência da instituição.

A exigência da inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício da advocacia está prevista no artigo 3º da Lei 8.906/94. Esse dispositivo, a propósito, estende a necessidade de inscrição na entidade aos membros da Advocacia-Geral da União (AGU), da Procuradoria da Fazenda Nacional, aos membros de Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e ainda das respectivas entidades da Administração indireta e fundacional:

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 não na Constituição, como bem lembrado na manifestação da Advocacia-Geral da União.

Como já destaquei, a incidência desse dispositivo em relação às carreiras típicas de Estado tem suscitado questionamentos no âmbito deste STF. Na

ADI 5.334, Rel. Min. Celso de Melo, ainda pendente de julgamento, discute-se a constitucionalidade da obrigatoriedade de inscrição na OAB em relação aos advogados públicos. No mesmo sentido, no âmbito do RE 609.517, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, o Plenário do STF reconheceu a existência de Repercussão Geral na matéria (Tema 936):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ADMINISTRATIVO. ADVOCACIA PÚBLICA. OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. RELEVÂNCIA DO PONTO DE VISTA JURÍDICO. I - A questão referente à exigência de inscrição de advogado público na OAB para o exercício de suas funções públicas alcança toda a advocacia pública nacional, transcendendo, portanto, o interesse das partes. II - Repercussão geral reconhecida. (RE 609517 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 02/03/2017, DJe 16-03-2017)”.

A despeito da pendência do julgamento dessas ações, é inconteste que a Constituição faculta às funções essenciais à justiça (Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública) a auto-organização por meio de lei complementar. Vale lembrar que a Emenda Constitucional 74 /2013, inclusive, conferiu autonomia à Defensoria Pública, o que foi considerado constitucional pelo STF ao indeferir a medida cautelar pleiteada na ADI 5.296, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgada em 18.5.2016.

Na oportunidade, a relatora destacou que “ *a concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional. Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV)* ” .

A Lei Complementar 80, atualizada pela Lei Complementar 132, em nenhum momento determina que os defensores públicos se inscrevam ou permaneçam filiados aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Sendo lei especial e posterior, nada impede que ela dispense os Defensores Públicos da inscrição na OAB para o exercício de suas funções.

Esse, inclusive, é o entendimento exarado no parecer da Procuradoria-Geral da República, cujo trecho, por oportuno, transcrevo:

“(...) A comprovação dos requisitos para o exercício das funções de defensor público dá-se perante o Estado, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, por força do art. 134, § 1º, da Constituição da República, seleção distinta da submissão ao exame de ordem, promovido pela OAB. Incumbe unicamente ao Estado o controle de qualificação técnica dos bacharéis candidatos a cargo de defensor público”.

Registre-se, ainda, que raciocínio semelhante foi placitado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 1.710.155. Nesse precedente, a Corte conferiu interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º da Lei 8.906/94, afastando a obrigatoriedade de inscrição na OAB por parte dos membros da Defensoria Pública. O principal fundamento da decisão do STJ residiu na tese de que “*os defensores não são advogados públicos, possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição Federal*”. Transcreve-se a ementa do acórdão:

“ADMINISTRATIVO. CARREIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 8.906/1994. APLICAÇÃO DO ART. 4º, § 6º, DA LEI COMPLEMENTAR 80/1994.

1. Inicialmente, verifica-se que a argumentação em torno da condenação em honorários veio desacompanhada da indicação de qual dispositivo de lei federal teria sido violado, o que impede impossibilita o exame do recurso interposto com base na alínea "a" do art. 105, III, da Constituição.

2. O mérito do recurso gira em torno da necessidade de inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil, questão notoriamente controversa nos Tribunais locais do País. 3. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 61.848/PA, assentou que “os defensores não são advogados públicos, possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição Federal”.

4. **A Constituição de 1988 abordou expressamente a Defensoria Pública dentro das funções essenciais à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Advocacia Pública, com as quais não se confunde.**

5. Defensores Públicos exercem atividades de representação judicial e extrajudicial, de advocacia contenciosa e consultiva, o que se assemelha bastante à Advocacia, tratada em Seção à parte no texto constitucional. Ao lado de tal semelhança, há inúmeras diferenças, pois a carreira está sujeita a regime próprio e a estatutos específicos; submetem-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios, e não pela OAB; necessitam aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que se possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo, além de não haver necessidade da apresentação de instrumento do mandato em sua atuação. 6. A vista dessas premissas, e promovendo o necessário diálogo das fontes, tem-se que o Estatuto da Advocacia não é de todo inaplicável aos Defensores Públicos, dada a similitude com a advocacia privada das atividades que realizam. Dessa forma, impensável afastar, por exemplo, a inviolabilidade por atos e manifestações (art. 2º, § 3º, da Lei 8.906/1994) ou o sigilo da comunicação (art. 7º, III).

Entretanto, por todas as diferenças, aceita-se regime díspar previsto em legislação especial.

7. Em conclusão, **o art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994 merece interpretação conforme à Constituição para obstar a necessidade de inscrição na OAB dos membros das carreiras da Defensoria Pública, não obstante se exija a inscrição do candidato em concurso público**. Ademais, a inscrição obrigatória não pode ter fundamento nesse comando em razão do posterior e específico dispositivo presente no art. 4º, § 6º, da Lei Complementar 80/1994. 8. Recurso Especial conhecido e provido, com inversão do ônus da sucumbência”.

(REsp 1710155/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 02/08/2018)

Forte nos fundamentos apresentados acima, concluo que a Lei Complementar nº 80, lei de regência da carreira de Defensor Público, em nada viola a Constituição Federal ao dispor, no atual § 6º do artigo 4º, que a capacidade postulatória do defensor decorre de nomeação e posse no cargo, sendo descabida a pretensão formulada na inicial da presente ação.

Ademais, considerando que a aplicação literal do Estatuto da OAB pode vir a contrariar o fundamento da presente decisão, confiro interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 8.906/1994, a fim de afastar qualquer interpretação que resulte no condicionamento da capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública à inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Assim, constitui função constitucional da Defensoria Pública, instituição autônoma e com regime próprio, atender aos necessitados, assim consideradas as pessoas, físicas e jurídicas, que comprovem insuficiência de recursos, na forma da lei, cabendo à lei complementar de regência dispor sobre os requisitos para o exercício do cargo de defensor público, o que torna constitucional a previsão de que sua capacidade postulatória decorre da nomeação e posse no cargo.

Feitas essas considerações, nego provimento aos recursos extraordinários interpostos pela Ordem dos Advogados do Brasil, bem como declaro o prejuízo do recurso extraordinário interposto pela Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP), diante do provimento de seu recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, acompanhando integralmente o voto do relator, inclusive quanto à fixação da tese.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto: 2010/201953