

## V O T O-VISTA

### O Senhor Ministro Dias Toffoli:

A fim de permitir a retomada do julgamento, rememoro o caso dos autos, valendo-me, para isso, do bem elaborado relatório do eminente Relator, o Ministro **Alexandre de Moraes** :

“Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se discute o Tema 1074 da Repercussão Geral:

*‘Exigência de inscrição de Defensor Público nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções públicas’.*

Cuida-se, na origem, de mandado de segurança coletivo impetrado pela ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE DEFENSORES PÚBLICOS - APADEP em face da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO – OAB/SP, com o objetivo de anular as decisões que indeferiram os pedidos de cancelamento das inscrições na OAB pelos associados da impetrante, afastando, por consequência, tanto a competência disciplinar da entidade, como o pagamento da respectiva contribuição anual.

Pede-se, ao final, o reconhecimento do direito dos associados da impetrante ao **cancelamento da inscrição na OAB**, nos termos do art. 11, inciso I, do Estatuto da Advocacia; bem como **a restituição dos valores pagos a título de anuidade pelos associados que tiveram seus pedidos de cancelamento indeferidos, desde a data da impetração**.

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido (fls. 23-29, Vol. 6).

Interposta apelação (fl. 38, Vol. 6, a fl. 17, Vol. 7), o Tribunal Regional Federal da Terceira Região não conheceu da remessa necessária e deu parcial provimento à apelação da ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE DEFENSORES PÚBLICOS - APADEP, em acórdão assim ementado (fl. 56, Vol. 8, a fl. 1, Vol. 9):

**‘MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEFENSOR PÚBLICO E INSCRIÇÃO NA OAB. COMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO DAS CARREIRAS DE ADVOGADO. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA AO CONSELHO. BIS IN IDEM VEDADO NA APLICAÇÃO DE PENALIDADES PREVALECENDO A LEI ESPECIAL EXCETO NA OMISSÃO DESTA EM FACE DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS.**

1. Apela a Associação Paulista de Defensores Pùblicos contra a sentença que denegou a ordem, nos autos de mandado de segurança coletivo impetrado contra ato do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo (Primeira e Segundas Câmaras Recursais), consubstanciado no indeferimento dos pedidos de cancelamento das inscrições na OAB.

2. A Defensoria Pùblica possui previsão constitucional no artigo 134 da Carta Magna e em ordenamentos infraconstitucionais (a Lei Complementar nº 80/94 e a Lei Complementar nº 988/06 do Estado de São Paulo) e não são incompatíveis as funções que exerce com o que dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.906, de 04/07/1994 (EAOAB).

3. Atuam os Defensores Pùblicos como autênticos advogados na defesa dos interesses dos necessitados que não possuem condições de custear as despesas com a contratação de um patrono particular. É cediço utilizarem-se os defensores pùblicos, no exercício do cargo, do número da inscrição na OAB como identificação nas peças processuais que subscrevem, além de concorrerem na classe dos advogados ao quinto constitucional destinado à categoria a compor os Tribunais, na forma do artigo 94 da Constituição Federal.

4. Como advogados e, nessa qualidade, os defensores pùblicos devem possuir inscrição dos quadros da OAB, contribuindo para o Conselho na forma prevista na legislação de regência.

6. O Defensor Pùblico 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*; preocupação maior que a meu ver é o grande mote trazido neste pleito recursal.

7. Não prospera o pedido de restituição dos valores relativos às anuidades pagas após a propositura do presente *writ*, pois, à míngua de concessão de liminar, os valores das contribuições acabaram sendo recolhidos, tampouco as contribuições feitas em datas que precederam a propositura desta impetração, porquanto evidente a inadequação do mandado de segurança para o pleito, via que não se destina à condenação da parte na restituição de valores pagos indevidamente.

8. Remessa oficial não conhecida. Apelação parcialmente provida.'

Opostos Embargos de Declaração por ambas as partes e pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÙBLICOS, todos foram rejeitados. A propósito, veja-se a ementa do Acórdão (Fls. 76-77, Vol. 9):

'PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO EMBARGADO – DESCABIMENTO – CARÁTER INFRINGENTE.

I. Os embargos de declaração visam ao saneamento da decisão, corrigindo obscuridade, contradição ou omissão existentes.

II. Embargos de declaração opostos pela Associação Paulista de Defensores Públicos – APADEP. O acórdão foi claro e exauriente ao explicitar os fundamentos que permeiam a necessidade de manutenção da inscrição dos Defensores Públicos nos quadros da OAB, o que resulta, via de consequência, na inexistência de ilegalidade ou abuso de poder no ato que indeferiu o pedido de cancelamento. A embargante, na realidade, insiste na defesa da tese vertida na inicial, o que se revela inviável em sede de embargos de declaração.

III. Embargos de declaração opostos pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP. Os embargos versam apenas sobre questões meritórias, pretendendo reabrir discussão acerca da legislação discutida nos autos, aduzindo razões sequer cogitadas na inicial, sem trazer qualquer vício concreto que ensejasse a oposição de embargos de declaração.

IV. Embargos de declaração opostos pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Equivoca-se o embargante ao sustentar ter o acórdão declarado estarem os Defensores Públicos sujeitos ao Estatuto da Advocacia apenas ‘quando conflitantes com a legislação específica e estatutária’, pois a conclusão adotada pelo julgado, ao revés, dispõe exatamente o contrário, nos termos do voto condutor. Inadmissível exigir do julgador que demonstre quais os possíveis conflitos poderão ocorrer entre as legislações apontadas, pois colocadas as balizas no presente julgado, cabe às partes, quando se depararem com o caso concreto, adequá-las ao decidido.

V. Se é a reforma do julgado que buscam os recorrentes, para isto não se prestam os embargos, pena de se aviltar a sua razão ontológica.

VI. Configurado o caráter infringente do recurso, onde os embargantes pretendem a modificação do que foi decidido no v. Acórdão.

VII. A finalidade do prequestionamento perde relevância ante a previsão inserta no artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil.

VIII. Embargos e declaração rejeitados.’

A OAB/SP apresentou, concomitantemente, recurso especial (fls. 78-96, Vol. 9) e recurso extraordinário.

No apelo extremo interposto pela OAB/SP (fls. 100-119, Vol. 9), com fundamento no art. 102, III, ‘a’, da Constituição Federal, sustenta, em síntese, que:

(a) os Defensores públicos exercem essencialmente a atividade advocatícia, razão pela qual devem estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil para que possam postular em juízo;

(b) mostra-se razoável a sujeição dos defensores públicos ao regime ético-disciplinar da OAB concomitantemente com o respectivo regime disciplinar-funcional da Defensoria Pública Estadual;

(c) não há qualquer incompatibilidade entre as Leis que regem a carreira do Defensor Público (Lei Complementar 81/94) e a atividade advocatícia (Estatuto da OAB Lei, 8.096/94);

(d) ‘Não há que se falar, portanto, que a Constituição Federal não exige a inscrição dos Defensores Públicos na OAB, uma vez que ninguém pode, em princípio, procurar em juízo sem a devida inscrição na Entidade da Advocacia.’

(e) a previsão de que a União pode estabelecer requisitos para o exercício profissional, no caso a advocacia, mediante normas infraconstitucionais possui previsão na própria Constituição Federal (art. 5º, XIII, e art. 22, XVI); e

(f) os editais de concurso para o cargo de defensor público apresentam como requisito a inscrição na OAB para posse no respectivo cargo, o que não teria sentido se o cancelamento pudesse ser requerido após a posse.

No apelo extraordinário interposto pela ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE DEFENSORES PÚBLICOS – APADEP (Fls. 158-175, Vol. 9), também fundamentado no artigo 102, III, ‘a’, da Carta Magna, alega-se ter o acórdão recorrido contrariado os artigos 5º, XX, e 134, § 4º, ambos da CF/1988, ao argumento de que a capacidade postulatória do Defensor Público não decorre do respectivo registro na OAB, mas de sua nomeação e posse no cargo público.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial interposto concomitantemente pela Associação Paulista de Defensores Públicos - APADEP, para “*reconhecer a desnecessidade de inscrição na ordem dos advogados para que os defensores exerçam suas atividades profissionais*” (Fls. 21-24, Vol. 12).

Opostos embargos de declaração pela OAB/SP (fls. 30-52, Vol. 12), estes foram recebidos pelo STJ como Agravo Interno, ao qual se negou provimento, nos termos da seguinte ementa (fls. 39-40, Vol. 13):

‘ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. DEFENSORIA PÚBLICA. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP 1.710.155. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Em homenagem ao princípio da complementariedade, o art. 1.024, § 3º, do CPC/2015 prescreve que o órgão julgador conterá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, ajustando-as às exigências do art. 1.021, § 1º, daquele diploma.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não é necessária a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil para que os defensores públicos exerçam suas atividades. Ficou esclarecido que a carreira está sujeita a regime próprio e a estatutos específicos, submetendo-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios, e não pela OAB, necessitando de aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo, além de não haver necessidade da apresentação de instrumento do mandato em sua atuação.

3. Acrescentou-se, ainda, que a Constituição Federal não previu a inscrição na OAB como exigência para exercício do cargo de Defensor Público. Ao revés, impôs a vedação da prática da advocacia privada. Precedente: REsp 1.710.155/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/3/2018, DJe 2/8/2018.

4. Agravo interno a que se nega provimento.<sup>1</sup>

O Superior Tribunal de Justiça admitiu o pedido de ingresso, na condição de assistente simples, formulado pelo CONSELHO FEDERAL DA OAB, autorizando-o a apresentar memoriais (fls. 206-213, Vol. 12).

A OAB/SP e o Conselho Federal da OAB interpuseram conjuntamente Recurso Extraordinário (Fls. 138-172, Vol. 13), com amparo no art. 102, III, da Constituição Federal, no qual sustentam, preliminarmente, que o Superior Tribunal de Justiça usurpou a competência desta SUPREMA CORTE para interpretar a Constituição Federal.

No mérito, afirmam que “a inscrição dos defensores públicos junto à Ordem dos Advogados do Brasil é inerente ao exercício, antes de tudo, da Advocacia. [...] Entender de forma diversa significa desconstruir toda a lógica constitucional que institui a unicidade da advocacia e da defensoria pública enquanto função essencial. Daí a manifesta violação do v. Acórdão recorrido aos artigos 133 e 134 da Carta Maior. Contraria, inclusive, as normas que disciplinam a representatividade pela OAB, dentre outras finalidades, para a indicação de profissionais a ocuparem o quinto constitucional nos tribunais pátrios” (fl. 171, Vol. 13).

Em contrarrazões (fls. 220-296, Vol. 13), a parte recorrida alega, preliminarmente, ausência de dialeticidade (incidência das Súmulas 284 e 283/STF), ausência de prequestionamento, ausência de repercussão geral da matéria, e a temática recursal envolve matéria de índole infraconstitucional. No mérito, sustenta que os argumentos apresentados pelos recorrentes não merecem prosperar.

Em juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça determinou o sobrerestamento do processo até o julgamento do mérito do RE 609.517-RG (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tema 936), sob a sistemática da Repercussão Geral.

Opostos Embargos de Declaração pela Associação Paulista de Defensores Públicos, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento, com efeitos infringentes, para admitir o Recurso Extraordinário.

Em 20/12/2019, o Plenário Virtual desta SUPREMA CORTE reconheceu a repercussão geral da matéria posta sob debate.

Admiti o ingresso, na qualidade de *amici curiae*, da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF – e da Defensoria Pública da União.

A Procuradoria-Geral da República opina pela manutenção do acórdão recorrido, em parecer assim sumariado:

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 (APADEF) 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.

É o relatório”.

Iniciado o julgamento em 2/10/2020, o Ministro **Alexandre de Moraes** votou pelo desprovimento do recurso extraordinário, sob o entendimento de que é desnecessária a inscrição dos defensores públicos na Ordem dos Advogados do Brasil. Propôs a seguinte tese de repercussão geral: “ **É inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil**”.

Acompanharam o Relator os Ministros **Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Rosa Weber, Cármem Lúcia, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Roberto Barroso** .

Abriu divergência o Ministro **Marco Aurélio**, dando provimento ao recurso, propondo a tese no sentido de que “ **[é] constitucional a exigência de inscrição, na Ordem dos Advogados do Brasil, dos defensores públicos**” . Em seguida, pedi vista dos autos para melhor análise da questão.

Feita essa breve digressão processual, **passo a votar** e, desde já, rogo vênia ao e. Relator, Ministro Alexandre de Moraes, bem como aos demais ministros que o acompanharam, para **acompanhar a divergência** instaurada pelo Min. Marco Aurélio, acrescida dos fundamentos que passo a expor.

## **I. Relevância e abrangência dos temas discutidos no presente recurso extraordinário**

Inicialmente, reitero a importância e a extensão dos temas discutidos – já reconhecidas por ocasião das manifestações sobre a repercussão geral do Tema - os quais integram o objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quais sejam, a **ADI n. 4636** (Rel. Min. Gilmar Mendes), na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impugna o § 6º do art. 4º da Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009, segundo o qual a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público; e a **ADI n. 5.334** (Rel. Min. Celso de Mello, redistribuído ao Min. Nunes Marques), em que a Procuradoria-Geral da República questiona a constitucionalidade do § 1º do art. 3º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994), segundo o qual 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.

Acrescente-se, ainda, que ao examinar a repercussão geral do **RE n. 609.517**, o STF respondeu afirmativamente em face do tema exigência de inscrição de advogado público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções públicas, matéria correlata a que se discute nestes autos, resultando na ementa do **Tema 936** sob a sistemática da repercussão geral:

“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, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 16-03-2017).

Feitas essas considerações prefaciais, registro que o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição de 1988 determina ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, direito garantido por meio da Defensoria Pública, instituída pelo artigo 134, *caput*, da Carta Magna, com a redação dada pela EC n. 80 /2014, erigida como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a qual incumbe 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”.

É inegável a importância dessa instituição em um país de acentuadas desigualdades econômicas e sociais, onde muitos são privados do acesso aos bens e serviços necessários à conquista da dignidade da pessoa humana, atuando às Defensorias Públicas mitigar ou suprimir a vulnerabilidade jurídica oriunda do desequilíbrio processual entre as partes e restaurar a paridade de armas, tanto nas lides entre particulares, quanto

na hipótese de atuação do Ministério Público na condição de parte *ex adversa*, recrudescida pelo comparecimento ministerial a título de *custos legis*.

Em sua missão institucional, essencial à função jurisdicional do Estado e à garantia dos direitos humanos, em todos os graus, por meio da assistência jurídica aos necessitados, as defensorias públicas atuam, de modo inofismável, como vertente da advocacia e dela não diferem em sua essência, como passarei a expor ao longo deste voto, razão pela qual, desde já, comprehendo que a inscrição dos defensores públicos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil guarda plena compatibilidade com o texto constitucional.

## **II. Necessidade de inscrição dos defensores públicos na Ordem dos Advogados do Brasil – constitucionalidade e inexistência de conflito normativo entre o art. 3º, § 1º da Lei n. 8.906/94 e o art. 4, § 6º, da LC n. 80 /94, com a redação dada pela LC n. 132/2009 .**

Cumpre observar que a assistência jurídica prestada pelos defensores públicos, vinculados ao Estado sob o regime estatutário, não afastam a necessária inscrição dos defensores na OAB, nos termos do art. 3º, *caput*, e § 1º, da Lei nº 8.906, de 1994 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), dispositivos que não tiveram a sua validade ou eficácia suspensas na mencionada **ADI n. 5334** e que assim preceituam, *in verbis*:

“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”.

É indene de dúvidas, a partir da análise do mencionado dispositivo legal, que a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil constitui pré-requisito para o exercício das atividades privativas da advocacia, elencadas no art. 1º do mencionado diploma, entre elas a postulação perante órgão do

Poder Judiciário e as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, exercidas também pelos membros da advocacia pública.

Sucede que, como supramencionado, a capacidade postulatória dos defensores públicos foi expressamente outorgada pela norma descrita no parágrafo 6º do artigo 4º da LC n. 80/94, com a redação dada pela LC n.132 /2009, ao dispor que “ *a capacidade postulatória do defensor público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público* ”, dispositivo que está sendo questionado pela via abstrata nos autos da **ADI n. 4636** , cujo julgamento encontra-se suspenso em razão do meu pedido de vista.

A autonomia funcional e administrativa das defensorias públicas fora uma conquista instrumentalizada pelas Emendas Constitucionais n. 45/2004 - que promoveu a chamada “Reforma do Judiciário” – e, posteriormente, pela EC n. 74/2013, que acrescentaram, respectivamente, os parágrafos 2º e 3º ao art. 134 da CF, estabelecendo que:

“Art. 134. [...]”

§ 2º Às Defensorias Públícas 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 Públícas da União e do Distrito Federal”.

A conquista, contudo, significa que a Defensoria Pública, assim como o Ministério Público e a Advocacia Pública, não se submetem a nenhum dos três Poderes da República, conforme ponderações suscitadas no julgamento da **ADI n. 5.296**, da relatoria da e. Min. Rosa Weber, entendimento que não interfere, segundo penso, sobre a necessidade de inscrição dos defensores na OAB.

Naquela assentada, a e. Relatora lançou importantes considerações sobre a delimitação da autonomia enquanto atributo necessário ao fortalecimento e exercício das funções institucionais pelas defensorias públicas, ao passo em que rememorou diversas outras instituições dotadas dessa mesma garantia no texto constitucional, com alcances e compreensões distintas e despidas de caráter absoluto. Rememoro o douto voto de Sua Excelência:

“9. Considerações finais sobre o conceito de autonomia.

A Constituição da República expressamente reconhece autonomia a entes com natureza bastante diferente: partidos políticos (art. 17), Municípios (art. 34), órgãos e entidades da administração direta e indireta (art. 37, § 8º), Poder Judiciário (art. 99), Ministério Público (art. 127), Defensorias Públicas Estaduais (art. 134), universidades (art. 207) e entidades desportivas (art. 217).

Diante dessa diversidade ôntica, não se mostra adequado e nem conveniente antecipar qualquer juízo sobre a homogeneidade do significado do conceito em todas as suas ocorrências no texto da Carta. O significado ou a amplitude do conceito de autonomia, a depender do particular contexto em que inserido no texto, bem como dos predicados que o acompanham (organizacional, funcional, interna, gerencial, orçamentária, financeira, administrativa, patrimonial, didático-científica, tecnológica), comporta, a meu ver, considerável variabilidade semântica.

Nesse contexto, qualquer delimitação do alcance de um uso particular do vocábulo “autonomia” supõe prévio exame de uma série de pressupostos semânticos e pragmáticos que legitimem o significado a ele reconhecido:

[...]

Impende observar, ainda, que, a rigor, os princípios constitucionais da finalidade e da eficiência, norteadores da atuação da administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes (art. 37, *caput*), impedem que se cogite de autonomia plena em qualquer caso em que se trate de Administração Pública.

Autonomia plena, que equivale a independência, a Constituição do Brasil somente conferiu aos Poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Internamente à administração pública, inexiste autonomia absoluta ou independência absoluta. Com efeito: [...]

Delineados tais aspectos, conclui-se que, apesar da relevância das alterações promovidas com o legítimo e louvável objetivo de fortalecimento, expansão e valorização das carreiras que integram as Defensorias Públicas, a conquistada autonomia não afasta o seu caráter de complementariedade em relação à advocacia privada.

Em primeiro lugar, deve-se pontuar que o advogado, em seu ministério privado, exerce *múnus* público e função social, no que se assemelha às atividades exercidas pelas Defensorias Públicas, que prestam “advocacia

social" e assistência dos hipossuficientes, tratando-se, portanto, de atividades complementares e de mesma essência.

Nesse sentido, é clara a dicção do art. 2º, par. 1º, da Lei n. 8.906/94, segundo o qual "no seu ministério privado, o **advogado presta serviço público e exerce função social**", sendo fiscalizado pelo órgão de classe respectivo, a OAB, que exercerá seu legítimo poder de polícia, de modo a garantir que o causídico proceda "de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia" (art. 31), sendo tais atributos igualmente aplicáveis aos defensores públicos, sem prejuízo de sua missão institucional específica, bem como dos correlatos deveres e responsabilidades.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por sua vez, enquanto órgão de classe, teve sua natureza examinada, de forma minudente, no paradigmático julgamento da **ADI n. 3.026/DF**, da relatoria do Min. Eros Grau, ficando claro não se tratar de entidade meramente corporativa, mas de **amplitude constitucional compatível com a administração da Justiça** e, por conseguinte, com a própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

Por elucidativa, transcrevo a ementa do aludido julgado:

"**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.**

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos 'servidores' da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime

celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congêneres dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido.

A natureza *sui generis* da OAB difere daquela atribuída aos demais conselhos de classe cuja função precípua cinge-se a registrar, fiscalizar e disciplinar as profissões regulamentadas, sendo enquadrados como "autarquias especiais ou corporativas", sem, contudo, a mesma abrangência

ou *status* conferido à Ordem dos Advogados do Brasil pelo texto constitucional.

A propósito, em seu judicioso voto, destacou o e. Min. Eros Grau que “ *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* ”. (grifei)

Asseverou ainda o e. Relator que “ *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 de ação direta de inconstitucionalidade, 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* ”.

Penso, portanto, que **não há conflito ou incompatibilidade de normas**, pois a capacidade postulatória conferida aos defensores públicos por força do novel art. 4º, § 6º, da LC n. 80/94, com a redação dada pela LC n. 132 /2009, não implica em revogação tácita da disposição atinente à obrigatoriedade de registro dos defensores nos quadros da OAB.

Embora ambos os vínculos – o registro na OAB e a posse no cargo de defensor público – lhes confiram a capacidade para postular em juízo, os atos praticados na condição de defensor público continuam sendo privativos de advogado, por força das disposições elencadas na Lei n. 8.906 /94.

Enquanto o legislador ordinário cuidou de disciplinar o art. 133 da CF, com abrangência sobre a advocacia em seu sentido amplo (pública e privada), instituindo autarquia *sui generis* dotada de poder de polícia sobre tais carreiras, ao legislador complementar referido pelo art. 134, § 1º, da CF reservou-se a competência para organizar a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescrever normas gerais para sua organização nos Estados, estruturar os cargos de carreira, seu provimento

mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade, vedando-se o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Não há falar, tampouco, em vedado *bis in idem* ou submissão indevida dos defensores públicos a duplo regime disciplinar, na medida em que ao Conselho Superior da Defensoria Pública da União e às corregedorias previstas na LC n. 80/94, em seus respectivos campos de atuação, compete instaurar e julgar processos disciplinares contra seus membros com fundamento nas infrações previstas nos estatutos próprios, o que não afasta a competência da OAB para apurar eventuais infrações à Lei n. 8.906/94 e ao Código de Ética da advocacia.

A título de demonstrar a inexistência de conflito de normas no âmbito disciplinar, vale mencionar alguns deveres e infrações previstos no texto da LC n. 80/94, bem como a responsabilidade funcional inerente ao desempenho do cargo de Defensor Público, que inclui os seguintes deveres, entre outros (art. 45 da LC n. 80/94): I - residir na localidade onde exercem suas funções; II - desempenhar, com zelo e presteza, os serviços a seu cargo; III - representar ao Defensor Público-Geral sobre as irregularidades de que tiver ciência, em razão do cargo; IV - prestar informações aos órgãos de administração superior da Defensoria Pública da União, quando solicitadas; V - atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença; VI – declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; VII - interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos, remetendo cópia à Corregedoria-Geral.

Submetem-se, ainda, os defensores, a proibições e impedimentos próprios da carreira, entre eles: I - exercer a advocacia fora das atribuições institucionais; II - requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão; III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; IV - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; V - exercer atividade político-partidária, enquanto atuar junto à justiça eleitoral (art.46).

Sujeitam-se ao regime de responsabilidade funcional previsto no art. 49 da aludida Lei Complementar, a cargo do Corregedor-Geral e seus auxiliares, para verificar a regularidade e eficiência dos serviços.

Por outro lado, a correlação entre a natureza das atividades privativas da advocacia e aquelas desempenhadas pelos defensores públicos se revela no cotejo entre os arts. 133 e 134 da CF, ambos com a redação dada pela EC n. 80/2014, *in verbis*:

### **“SEÇÃO III DA ADVOCACIA**

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

### **SEÇÃO IV DA DEFENSORIA PÚBLICA**

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**.

[...]

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)”

Note-se que, ao vedar o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, a própria norma prevista no § 1º do art. 134 da CF traz, em sua literalidade, a afirmação de que os **defensores exercem a advocacia**, porém no âmbito de sua missão institucional, o que denota a coesão e harmonia sistêmica entre a disciplina da Lei n. 8.906/94 e os estatutos que regem a Defensoria Pública, notadamente a LC n. 80/94, recentemente alterada pela LC n. 132/2009.

Na mesma linha, dispõe o art. 29 do Estatuto da Advocacia que “os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de

órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional **são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam**, durante o período da investidura”.

Os atos ínsitos à missão institucional das Defensorias Públicas – todos insertos no âmbito da advocacia, guardando com esta uma relação de continente e conteúdo - estão previstos no *caput* do art. 134 da CF, supramencionado, bem como nos arts. 1º e 4º da LC n. 80/94.

As categorias, portanto, convergem para assegurar a integralidade e universalidade de assistência jurídica aos cidadãos, por meio do exercício de atos privativos da advocacia em defesa dos direitos humanos, do fortalecimento do regime democrático e da pacificação social, ambas servindo ao aprimoramento da função jurisdicional do Estado.

Incontestável, pois, que as atividades exercidas pelos defensores públicos pressupõem sua inscrição - requisito da posse e exercício de seu *múnus público* - cuja essência não se desnatura após integrarem os quadros da Defensoria Pública nem os desvinculam dos preceitos de ética e disciplina preconizados pela Lei n. 8.906/94.

Feitas essas digressões, não há falar em real antinomia entre o Estatuto da OAB e as leis específicas que regulamentam as defensorias públicas. Ao contrário, tais regramentos, compilados sob a mesma matriz constitucional, devem ser interpretados de forma sistêmica e harmônica, na medida em que se mostram nuclearmente identitários, por versarem sobre instituições essenciais para a concretização do direito fundamental de acesso à Justiça, agrupadas no Capítulo IV do Título IV da Carta Magna.

Se, por um lado, o art. 133 do texto constitucional prevê, de forma ampla, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, as defensorias públicas foram instituídas 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”, consoante expressa previsão do art. 134 da Carta Magna.

Vale dizer, uma vez investidos na carreira, por meio de concurso público de provas e títulos, os defensores públicos não deixam de integrar, simultaneamente, a classe dos advogados, vínculo que lhes investe nas prerrogativas e os legitima para o exercício dos privativos da categoria, bem

como lhes impõe a observância dos deveres e da ética profissional, circunstâncias que, além de justificar, determinam a obrigatoriedade de manterem-se inscritos nos quadros da OAB.

Sobrelevam, ainda, duas circunstâncias disciplinadas na LC n. 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados: a primeira atinente ao ingresso na carreira de defensor público, que se dá mediante aprovação prévia em concurso público, de âmbito nacional, de provas e títulos, **com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil** (art. 24), e a segunda, prevista no art. 26 do aludido diploma, que exige do candidato, no momento da inscrição, **prévio registro na Ordem dos Advogados do Brasil** - ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la.

A propósito, em seu abalizador voto, o i. Ministro **Marco Aurélio** obtemperou:

“Entre as atribuições dos defensores públicos, o constituinte de 1988 previu a defesa judicial, de forma gratuita e integral, dos direitos individuais e coletivos considerados os menos afortunados – artigo 134.

Atuam como verdadeiros advogados dos cidadãos que não possuem condições de custear a contratação de patrono particular.

A toda evidência, demandam em Juízo observada a capacidade postulatória que lhes foi conferida, qualidade inerente à advocacia, a sinalizar a pertinência da inscrição na entidade representativa, sem a qual, diga-se de passagem, os atos praticados são reputados nulos – artigo 4º do Estatuto.

Participam, na classe dos advogados, da seleção ao quinto constitucional destinado à composição dos tribunais, a teor do artigo 94 da Constituição Federal. É incongruente admitir a concorrência ao cargo e, ao mesmo tempo, negar a obrigatoriedade de registro na Ordem.

Relevantes os ensinamentos de Jacob Bazarian, no que adverte a importância de recorrer-se aos princípios lógicos formais consagrados desde Aristóteles: o da identidade – a revelar ser tudo idêntico a si mesmo ('A é A') –; o da não contradição – segundo o qual uma coisa não pode ser e não ser ela mesma, ao mesmo tempo e do mesmo ponto de vista ('A não é não-A') – e o do terceiro excluído – a demonstrar que uma coisa é ou não é, não havendo espaço para o meio termo ('A é B ou A não é B')”.

Em acréscimo aos argumentos acima expostos, vale trazer à baila, resumidamente, a origem e história da Defensoria Pública.

Conforme se extrai do sítio eletrônico da Defensoria Pública da União (), a evolução dessa tão importante instituição, da qual destacarei os subsequentes marcos temporais, revela sua origem e interseção com a classe da advocacia, conforme excertos a seguir reproduzidos:

- a) Em Atenas, século V a.C, **nomeavam dez advogados para defesa dos pobres** perante os Tribunais Cíveis e Criminais, sob o fundamento de que todo direito ofendido deve encontrar defensor e meios de defesa;
- b) Legislação de Justiniano (483 a 565 d.C)- “E foi Justiniano quem incorporou definitivamente ao Direito Romano a prática de **dar advogado às partes que não o tivessem**, transformando a assistência judiciária em um dever do Estado”;
- c) Decreto nº. 1.030, de 14 de novembro de 1890 – instituição da assistência judiciária gratuita no Brasil;
- d) Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930 – criação da Ordem dos Advogados do Brasil – a “assistência jurídica passou a não ser mais ‘recomendada’ ao advogado; elevou-se à categoria de obrigação a este profissional, a ser cumprida sob pena de multa”;
- e) Lei nº 1.060/50- estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.
- f) Livro “Acesso à Justiça”, de Mauro Capelletti e Bryant Garth – “Inicialmente a advocacia deveria ser um dever honorífico dos já formados em assistir as pessoas desprovidas de recursos financeiros, primeiro modelo do **munus honorificum** (ou advocacia **pro bono** ou voluntária). Depois surge o segundo modelo do sistema **Judicare**, advogados particulares remunerados pelo poder público (como ocorre com os dativos)”;
- g) Constituição Federal de 1988- criação da Defensoria Pública;
- h) 1º de dezembro de 1994 – posse do primeiro Defensor Público-Geral da União, **escolhido dentre os advogados** de Ofício do quadro da Justiça Militar; 12 de dezembro de 1994 – promulgação da Lei Complementar nº 80 que “[o]rganiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências”.

Por fim, como assentou o Ministro **Marco Aurélio**, os defensores públicos “ **[a]tuam como verdadeiros advogados dos cidadãos que não possuem condições de custear a contratação de patrono particular**”.

Ante o exposto, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, seja quanto ao provimento do recurso extraordinário, seja quanto à tese proposta por Sua Excelência.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/10/2021