

## V O T O-VISTA

**O Senhor Ministro Dias Toffoli:**

### **1. Breve relato do caso**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, com pedido de medida cautelar, em face **do art. 4º, inc. V, no trecho “e jurídicas”, e § 6º, da Lei Complementar nº 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 132/2009 .**

Os preceitos impugnados possuem o seguinte teor:

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

(...)

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

(...)

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

Em suma, o requerente alega haver violação dos **arts. 5º, inc. LXXIV, 133 e 134 da Constituição Federal** , sob os seguintes argumentos:

“A rigor, tais dispositivos são inconstitucionais por evidente afronta ao art. 5º, inciso LXXIV, e ao art. 134, eis que admitem o extrapolamento do campo de atuação da Defensoria Pública para além da premissa estabelecida na Constituição Federal, qual seja, ‘necessitados’ (cidadão carente, desprovido de recursos e desassistido do direito à orientação jurídica e à assistência judiciária), bem como ofensa ao art. 133 , da Carta Maior, porquanto os Defensores Públicos

são, na essência, advogados e, como tais, não de ficar sob a disciplina da Advocacia estabelecida em seu Estatuto, a Lei nº 8.906/94, editada em cumprimento ao art. 5º, XIII, da Carta Política”.

Na sessão virtual iniciada em 12/6/2020, o Ministro **Gilmar Mendes** (Relator) proferiu voto no sentido da **improcedência** do pedido. Em síntese, o Sua Excelência asseverou ter a Defensoria Pública obrigação de prestar assistência jurídica àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, incluídas as pessoas jurídicas inseridas nessa condição.

Quanto à capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública, destacou o tratamento concedido pela Constituição à instituição, qual seja, de função essencial à Justiça, para fundamentar a desnecessidade de submeter os defensores públicos ao mesmo regime que incide sobre a categoria dos advogados públicos ou privados.

O eminente relator apontou que a Constituição faculta às funções essenciais à Justiça a auto-organização mediante lei complementar e, ainda, que a Emenda Constitucional nº 74/2013 conferiu autonomia à Defensoria Pública, pelo que entendeu descabida a pretensão formulada na inicial.

Por fim, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), para declarar inconstitucional qualquer interpretação que condicione a capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública à inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Acompanham o voto do Relator os Ministros **Celso de Mello**, **Marco Aurélio**, **Ricardo Lewandowski**, **Luiz Fux**, **Rosa Weber**, **Roberto Barroso**, **Edson Fachin** e **Alexandre de Moraes**.

**Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão.**

Verifico que a presente controvérsia consiste em verificar, à luz da Constituição, (i) se as pessoas jurídicas podem ser assistidas pela Defensoria Pública; e (ii) se a capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública depende de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Com a devida vênia ao eminente relator e aos Ministros que o acompanham, **acompanho o voto de sua excelência apenas parcialmente**, no que tange à possibilidade da Defensoria Pública prestar assistência a pessoa jurídica.

Quanto ao segundo ponto em discussão, **divirjo relator**, visto que, no meu entendimento, **a nomeação e a posse no cargo de defensor público não dispensam a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício da capacidade postulatória.**

Assim decido pelas razões que passo a expor.

## **2. Da possibilidade de pessoas jurídicas serem assistidas pela Defensoria Pública**

O requerente impugna a expressão “e jurídicas” do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 132/2009, ao fundamento de que a assistência às pessoas jurídicas extrapolaria o âmbito de atribuição constitucionalmente definido para as defensorias públicas.

A adequada interpretação acerca do âmbito de atribuições da defensoria pública tem como matriz constitucional o art. 134 da Carta Cidadã, que preceitua caber à aludida instituição

“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**”.

A norma constitucional em tela deve ser interpretada juntamente com o inciso LXXIV do art. 5º, mencionado por ela expressamente, o qual determina que “ *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos* ”. Toda a configuração constitucional da instituição Defensoria Pública deriva dessa matriz normativa, a qual enuncia uma garantia fundamental da mais elevada importância no contexto da República Federativa do Brasil.

Do mesmo modo, a legislação que venha a dar densidade ao art. 134 da Carta Cidadã deve sempre ter como referência o art. 5º, inciso LXXIV, que também é um importante vetor interpretativo das normas relativas às atribuições da Defensoria Pública.

É inegável a importância da Defensoria Pública 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.

Nesse quadro, cabe 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*.

Dito isso, note-se que, quando o art. 134 da Constituição determina que a Defensoria Pública prestará a assistência jurídica e a defesa judicial e extrajudicial dos direitos dos **necessitados**, refere-se a **todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos**, conforme preceitua art. 5º, inc. LXXIV.

A Carta Cidadã não fez expressa distinção entre pessoas físicas e jurídicas quando fixou o dever do Estado de prestar a assistência jurídica e a defesa judicial e extrajudicial dos necessitados, nem quando delineou o âmbito de atribuições da Defensoria Pública no caput do art. 134. No meu entendimento, não há qualquer elemento no texto constitucional que induza à interpretação segundo a qual a atuação da defensoria deva estar adstrita à assistência às pessoas físicas.

A Carta Magna delinea o âmbito de atuação da defensoria pública tendo como referência fundamental o **critério econômico**, ou seja, a **comprovação de insuficiência de recursos**, sendo certo que pessoas jurídicas estão suscetíveis a apresentar quadro de insuficiência financeira apto a inviabilizar o custeio da próprio patrocínio judicial. Nessa hipótese, negar à pessoa jurídica a assistência da Defensoria Pública equivaleria a inviabilizar o próprio acesso à Justiça, em violação do art. 5º, inc. XXXV da Constituição de 1988.

Quanto ao ponto, foi precisa a manifestação da Advocacia-Geral da União, conforme o seguinte trecho da sua peça:

“Diversamente do sustentado pelo requerente, a **insuficiência de recursos é uma condição econômica que não se vincula à natureza do interessado, que, para fins de assistência jurídica e integral, pode ser**

**tanto pessoa física quanto pessoa jurídica** . Isso porque, a Carta Maior, ao prever a existência da instituição em exame, **não utilizou a natureza do destinatário para delimitar o âmbito de atuação da Defensoria Pública, nem mesmo o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita.**

Aliás, registre-se que o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita consiste num dos **principais instrumentos para se assegurar o amplo acesso à justiça**, também erigido à categoria de garantia fundamental, conforme se depreende do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal”.

No julgamento da ADI nº 3.943/DF, em que se discutiu a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, embora o Supremo Tribunal Federal não tenha deliberado especificamente sobre o tema aqui tratado, assentou, na esteira do voto da Relatora, Ministra **Cármen Lúcia** , que

“[o] objetivo da Defensoria Pública é a eficiência da prestação de serviços e o efetivo acesso à Justiça por **todos** os necessitados, para garantia dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, incs. XXXV, LXXIV e LXXVIII, da Constituição da República” (DJe de 06/08/2015).

Destarte, como bem pontuou o Ministro **Gilmar Mendes** (relator) no duto voto apresentado no presente processo, **as pessoas jurídicas também são titulares de direitos fundamentais**, usufruindo, portanto, das garantias decorrentes dessa condição, dentre elas a garantia de acesso à Justiça.

Nesse sentido lecionam, em obra doutrinária, o eminente Ministro Gilmar Mende, Paulo Gustavo Gonet e Inocêncio Mártires Coelho. **Vide:**

“Não há, em princípio, impedimento insuperável a que as pessoas jurídica venham também a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular” (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional** . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 261).

Corroborando essa compreensão, a jurisprudência pátria pacificou-se no sentido de reconhecer a possibilidade da pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, obter o benefício de gratuidade da Justiça - cuja matriz constitucional também é o inciso LXXIV do art. 5<sup>a</sup> - , desde que comprove a insuficiência de recursos, conforme está cristalizado na Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha negado estatura constitucional ao tema para efeito do seu enquadramento como tese de repercussão geral (RE 589490 RG, Rel. Min. **Menezes Direito** , Tribunal Pleno, DJe de 26/9/08), esta Corte tem **reafirmado a possibilidade de pessoa jurídica obter o benefício da Justiça gratuita** ao julgar questões incidentais em processos subjetivos. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. AGRAVO IMPROVIDO. I – **A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não basta a mera alegação de que é entidade sem fins lucrativos ou beneficente, devendo ser comprovada a insuficiência de recursos, para solicitar a assistência judiciária gratuita.** Precedentes. II – Agravo regimental a que se nega provimento” (MS 27857 AgR, Rel, Ministro **Ricardo Lewandowski** (Presidente), Tribunal Pleno, DJe de 29/6/15).

“BENEFÍCIO DA GRATUIDADE - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS - INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DO ESTADO DE INCAPACIDADE ECONÔMICA - CONSEQÜENTE INVIABILIDADE DE ACOLHIMENTO DESSE PLEITO - RECURSO IMPROVIDO. - **O benefício da gratuidade - que se qualifica como prerrogativa destinada a viabilizar, dentre outras finalidades, o acesso à tutela jurisdicional do Estado - constitui direito público subjetivo reconhecido tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica de direito privado, independentemente de esta possuir, ou não, fins lucrativos.** Precedentes. - Tratando-se de entidade de direito privado - com ou sem fins lucrativos -, impõe-se-lhe, para efeito de acesso ao benefício da gratuidade, o ônus de comprovar a sua alegada incapacidade financeira (RT 787/359 - RT 806/129 - RT 833/264 - RF 343/364), não sendo suficiente, portanto, ao contrário do que sucede com a pessoa física ou natural (RTJ 158/963-964 - RT 828/388 - RT 834/296),

a mera afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios. Precedentes. (RE 192715 AgR, Rel. Ministro **Celso de Mello**, Segunda Turma, DJ de 9/2/07).

Se, de um lado, se reconhece às pessoas jurídicas o direito ao benefício da gratuidade da Justiça, de outro, também deve ser reconhecido o direito à assistência jurídica pela Defensoria Pública, como fez o art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 132/2009. Tais direitos fundamentais estão correlacionados e se prestam, igualmente, a garantir o acesso à Justiça a todos aqueles em situação de hipossuficiência financeira.

Pelo exposto, **reputo constitucional a expressão “e jurídicas” do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 132/2009**, ponto em que acompanho o voto do relator Ministro **Gilmar Mendes**.

### **3. Da necessidade de inscrição do defensor público na Ordem dos Advogados do Brasil: proposta de interpretação conforme do art. 4º, § 6º, da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 132/2009**

O requerente também impugna o art. 4º, § 6º, da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 132/2009, segundo o qual “ *[a] capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público* ”. Alega-se ofensa ao art. 133, da Carta Maior, ao fundamento de que os Defensores Públicos atuam, essencialmente, como advogados e, nessa qualidade, deveriam atender ao disposto na Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Inicialmente, destaco a importância e a extensão do tema ora em discussão, o qual integra o objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Com efeito, além da presente ação direta, matéria correlata é abordada na **ADI n. 5.334** (Rel. Min. **Celso de Mello**, redistribuído ao Min. **Nunes Marques**), na qual 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, a questão é objeto de dois Recursos Extraordinários com Repercussão Geral Reconhecida. No **RE n. 1.240.999**, este Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral relativamente à questão acerca da necessidade de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções ( **Tema 1074** ), conforme a seguinte ementa:

“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, DJe de 17/02 /2020).

O julgamento do mérito do referido processo teve início na sessão virtual de 02/10/2020, tendo o eminente relator, Ministro **Alexandre de Moraes**, votado pelo desprovimento do recurso extraordinário, sob o entendimento de que é desnecessária a inscrição dos defensores públicos na Ordem dos Advogados do Brasil.

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. Naquela assentada, pedi vista dos autos para melhor análise da questão. Agora, devolvo para julgamento a vista do RE n. 1.240.999 juntamente com a da presente ação direta, em razão da conexão de objetos.

Ademais, o STF decidiu haver repercussão geral no **RE n. 609.517**, que trata da “exigência de inscrição de advogado público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções públicas”, resultando na seguinte 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 16/3/17).

Feitas essas considerações prefaciais, registro que, conforme demonstrado no tópico anterior desse voto, 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”.

Em sua nobre 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.**

Nessa análise, é relevante trazer à baila, resumidamente, a origem e história da Defensoria Pública.

Conforme se extrai do sítio eletrônico da Defensoria Pública da União (Disponível em: [https://www.dpu.def.br/images/stories/memoria/linha-do-tempo-2019/linha-do-tempo.php#vars!date=2099\\_BC-02-08\\_13:00:49](https://www.dpu.def.br/images/stories/memoria/linha-do-tempo-2019/linha-do-tempo.php#vars!date=2099_BC-02-08_13:00:49)), 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”.

Essa origem comum projetou efeitos no tempo, de modo que, na **atual ordem constitucional, as atuações de defensores públicos e advogados privados permanecem afins.**

Com feito, as categorias convergem para assegurar a integralidade e a 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.

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.**

Assim, 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”, de outro lado, as defensorias públicas foram instituídas como “expressão e instrumento do regime democrático”, cabendo-lhes, “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.

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

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 atos 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 própria 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, as quais **evidenciam a pertinência da atuação dos defensores públicos ao exercício da advocacia** : a primeira atinente ao ingresso na carreira, 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 abalizador voto apresentado no **RE n. 1.240.999** , 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')”.

Como bem sintetizou também 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**”.

Nesse quadro, **a assistência jurídica prestada pelos defensores públicos, vinculados ao Estado sob o regime estatutário, não afastam a necessária inscrição dos defensores na OAB, como corretamente prevê o 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”.

A partir do que determina o dispositivo legal transcrito, 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.

Ressalto que a **necessidade de inscrição dos defensores públicos na OAB não é incompatível com a autonomia funcional e administrativa devidamente reconhecida à Defensoria Pública pela Constituição de 1988**. A autonomia funcional e administrativa a instituição é 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 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”.

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 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, inexistente 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.**

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 ele 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 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 congênere 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, ostentarem 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”.

Assim, enquanto o legislador ordinário, por meio da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), 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, o que se deu mediante a Lei Complementar nº 80 /94.

Por tudo isso, entendo que, quando o art. 4º, § 6º, da LC n. 80/94, com a redação dada pela LC n. 132/2009, afirma que a capacidade postulatória do defensor público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, o preceito não deve ser lido de modo a excluir a necessidade de inscrição do defensor público nos quadros da OAB. **A capacidade postulatória de que trata o preceito deve ser entendida como a capacidade para atuar na qualidade de defensor público, ou seja, para a sua regular atuação institucional. Não obstante, não se dispensa a inscrição na OAB, a qual, inclusive, é condição para a inscrição no concurso e nomeação no cargo.**

Trata-se de interpretação que confere 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.

Por fim, não há falar 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).

Ademais, os defensores 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.

#### 4. Conclusão

Ante o exposto, divirjo do relator e julgo a ação direta **parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 6º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994**, de modo que a expressão “capacidade postulatória” prevista no preceito seja interpretada como **a capacidade para atuar na qualidade de defensor público, ou seja, para sua regular atuação institucional, não se dispensando, para tanto, a inscrição na OAB**, a qual é requisito para a nomeação no cargo.

Proponho, desde logo, a modulação dos efeitos da decisão, para que a interpretação conforme proposta só produza efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão deste Tribunal, de modo que sejam preservados os atos postulatórios eventualmente praticados por defensores públicos não registrados na Ordem dos Advogados do Brasil.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto-2270/2017