

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A presente ação direta d visa à declaração de inconstitucionalidade da expressão “e jurídicas” constante do inciso V do art. 4º e da íntegra do §6º da Lei Complementar 80 /1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009.

O tema trazido pela Ordem dos Advogados do Brasil na presente ADI cinge-se, ao fim e ao cabo, a definir algumas das atribuições da Defensoria Pública.

Conforme já relatado, a autora questiona a constitucionalidade da Lei Complementar 132/2009, que deu nova redação ao artigo 4º da Lei Orgânica da Defensoria Pública. De acordo com o inciso V do referido dispositivo legal, a instituição tem atribuição para representar “pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais”, em todas as instâncias. A autora OAB impugna, especificamente, a expressão “e jurídicas”, porquanto configuraria ofensa aos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição Federal, que restringiriam a representação dos necessitados somente enquanto pessoa natural.

Por sua vez, o §6º do artigo 4º da indigitada Lei Complementar ofenderia o artigo 133 da Constituição, visto que o defensor, de qualquer modo, não deixaria de ser advogado, sendo necessária a inscrição respectiva nos quadros da OAB. Tal permitiria, nessa linha, a fiscalização ético-disciplinar, diversa da fiscalização funcional exercida pela Defensoria Pública.

I - 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 3943, 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

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; (incluído)

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, 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 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 3700, 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 2903, 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 de sua 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. Vejamos porque.

II. Da constitucionalidade da expressão “e jurídicas” constante do inciso V do art. 4º da Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009

Conforme se depreende do texto constitucional, especialmente após a já citada emenda 80/2014, é evidente ter a Defensoria Pública, por obrigação, prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Todavia, suas funções a essas não se restringem. Deve a Defensoria Pública zelar pelos interesses e direitos de todos os necessitados, não apenas sob o viés financeiro desse conceito, mas também

sob o prisma da hipossuficiência e vulnerabilidade decorrentes de razões outras (idade, gênero, etnia, condição física ou mental, entre outras).

Conclui-se que a Defensoria Pública, agente de transformação social, tem por tarefa assistir aqueles que, de alguma forma, encontram barreiras para exercitar seus direitos. Naturalmente sua atribuição precípua é o resguardo dos interesses dos carentes vistos sob o prisma financeiro. Todavia, ressalto, não é a única. Ora, as desigualdades responsáveis pela intensa instabilidade social não são apenas de ordem econômica.

A bem da verdade, examinando o projeto constitucional de resguardo dos direitos humanos, podemos dizer que a Defensoria Pública é verdadeiro *ombudsman*, que deve zelar pela concretização do estado democrático de direito, promoção dos direitos humanos e defesa dos necessitados, visto tal conceito da forma mais ampla possível, tudo com o objetivo de dissipar, tanto quanto possível, as desigualdades do Brasil, hoje quase perenes.

Da mesma forma que devemos desvincular a instabilidade social da desigualdade meramente econômica, é imperioso desmistificar a crença da incompatibilidade da hipossuficiência financeira com o conceito de pessoa jurídica.

A Constituição Federal, ao tratar da Defensoria Pública, previu em seu art. 5º, inciso LXXIV, que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem **insuficiência de recursos**”. Já no art. 134, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014, determinou a atuação da Defensoria em favor dos “necessitados”, na forma do inciso LXXIV do art. 5º.

Ora, tanto a expressão “insuficiência de recursos”, quanto “necessitados” podem aplicar-se tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas.

Lembro que não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular.

Assim, não haveria por recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Os direitos fundamentais à honra e à imagem, ensejando pretensão de reparação pecuniária, também podem ser titularizados pela pessoa jurídica.

O tema é objeto de Súmula do STJ, que assenta a inteligência de que também a pessoa jurídica pode ser vítima de ato hostil a sua honra objetiva. A Súmula 227/STJ consolida o entendimento de que ‘a pessoa jurídica pode sofrer dano moral’. Há casos ainda de direitos conferidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o de não interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5º, XVIII) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5º, XIX).

Podemos concluir, assim, que as pessoas jurídicas são titulares do direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e dos direitos do tipo procedimental, como o direito a ser ouvido em juízo e o direito ao juiz predeterminado por lei, o direito à igualdade de armas e o direito à ampla defesa (HC 70.514, DJ 27.6.1997).

A jurisprudência pátria é firme no sentido de admitir, por exemplo, a obtenção da gratuidade de justiça por parte das pessoas jurídicas, desde que a insuficiência de recursos seja devidamente comprovada.

Embora o Supremo Tribunal Federal, no RE 589490, de relatoria do saudoso Ministro Menezes Direito, não tenha reconhecido repercussão geral ao Tema (Exigência da comprovação de insuficiência econômico-financeira para a concessão de assistência judiciária gratuita a pessoas jurídicas), justamente por entender que a análise dos requisitos para a comprovação da hipossuficiência demanda análise da legislação infraconstitucional e do arcabouço probatório, reconhece a possibilidade de seu deferimento quando comprovada a necessidade. Nesse sentido, cito, exemplificadamente, os seguintes precedentes: MS 33.417AgR/ES, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 7.5.2015; RE 192.715-ED-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 9.2.2007; AI 637.177-AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 24.11.2010; Rcl 1905-ED-AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 20.9.2002, cuja ementa transcrevo:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – PESSOA JURÍDICA.
Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não

basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.”

Tal entendimento nada mais representa do que o reconhecimento da possibilidade evidente de as pessoas jurídicas serem, de fato, hipossuficientes. Nessa linha de raciocínio, desnecessário dispender muito tempo na reflexão acerca da possibilidade da configuração de hipossuficiência da pessoa jurídica.

Como não enxergar, por exemplo, as microempresas, as empresas de pequeno porte, as individuais? Quando se fala em pessoa jurídica, aqui, devemos ir além dos bancos, grandes lojas, redes de supermercado. Trata-se, sim, do padeiro que abriu seu estabelecimento comercial com recursos da adesão ao Programa de Demissão Voluntária, da costureira que organizou oficina na garagem de sua casa, do sapateiro que atende em uma pequena banca de bairro. Enfim, as possibilidades são infindáveis. E mais: não podemos esquecer que as entidades civis sem fins lucrativos e associações beneficentes também são pessoas jurídicas.

Ora, poderemos rejeitar a possibilidade de serem hipossuficientes? Me parece que não. Nesse sentido, importante lembrar que esta foi a vontade do legislador, conforme se extrai da exposição de motivos do anteprojeto da Lei Complementar nº 132/09, que promoveu a alteração da redação do inciso V do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994:

“(…) 16. O art. 4º, ao explicitar as funções da Defensoria Pública, coerente com o conceito de assistência jurídica integral, dota-a do seu papel de orientador de direitos, formador de cidadania e garantidor dos direitos fundamentais, como na prevenção de qualquer forma de abuso e no direito de comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado, e na possibilidade de prestar atendimento interdisciplinar, para o exercício de suas atribuições. Além disso, prioriza as medidas extrajudiciais na composição dos conflitos, cujos instrumentos terão força de título executivo extrajudicial; estabelece as tutelas coletivas, inclusive impetrar mandado de segurança coletivo, podendo promover ações civis públicas na defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos que possam beneficiar hipossuficientes ou patrocinar entidades hipossuficientes ou filantrópicas que incluam entre suas finalidades institucionais a defesa dos direitos protegidos pela Defensoria Pública.”

Por esta razão, a pretensão aventada pela requerente, quando pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da expressão “e jurídicas”, constante do inciso V do artigo 4º da Lei Complementar 80/94, com o objetivo de restringir a assistência da Defensoria Pública apenas as pessoas físicas, não encontra guarita na Constituição Federal.

III. 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 requerente 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. Eis o teor do dispositivo impugnado:

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

O próprio requerente reconhece, na petição inicial (apresentada antes da EC 80/14), que o tratamento constitucional apartado evidenciaria a diversidade entre as funções, a saber:

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

(...)

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

Partindo-se do raciocínio do autor da ação, forçoso concluir que, com a alteração constitucional de 2014, que alterou a disposição do Capítulo IV da Constituição Federal, não resta mais dúvidas, portanto, 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, assim, 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.

Ora, usando do raciocínio exposto na inicial, pode-se afirmar 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. A 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 administrativos 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.

Destaca-se que 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 609517/RO, 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 nº 74 /2013, inclusive, conferiu autonomia à Defensoria Pública, o que foi considerado constitucional pelo STF ao indeferir a medida cautelar pleiteada na ADI 5296, 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:

“(…) Se a estrutura em carreira da Defensoria Pública ‘opera como garantia da independência técnica da instituição’, não faz sentido algum vincular seus membros ao poder disciplinar da OAB.

Também em dois julgados mais recentes, essa Corte proclamou a autonomia da Defensoria Pública, em face do Executivo e em face da própria OAB. No primeiro caso, teve por inconstitucional lei que a subordinava ao Governador de Minas Gerais, mediante integração a Secretaria de Estado; no segundo, declarou inconstitucional norma que tornava obrigatória a celebração de convênio exclusivo entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a seccional local da OAB.

Portanto, em conclusão quanto a esse ponto, não há disposição constitucional que autorize entendimento de que os Defensores Públicos devam estar inscritos na OAB para atuarem como tal. Muito pelo contrário, o tratamento dispensado a essa instituição livra-a de ingerências externas, especialmente no que diz respeito ao exercício das funções que lhe são típicas. (...)”

Registre-se ainda que raciocínio semelhante foi placitado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 1.710.155 / CE. Nesse precedente, mesmo que em sede de controle difuso de constitucionalidade, 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. À 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, portanto, 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 ainda interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, § 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.

IV – Dispositivo

Concluo, assim, que 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.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. Confiro ainda interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994, declarando-se inconstitucional 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.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/10/2021 09:59