Albos e bugalhos: a Defensoria Pública e a advocacia

A dicotomia entre as atividades de advocacia e aquela desempenhada pela Defensoria Pública ainda está longe de ser solucionada no cenário jurídico brasileiro. Entretanto, diante da verdadeira guerra jurídica travada pela Defensoria Pública para clarificar o fato de que ela não está vinculada à Ordem dos Advogados do Brasil, tivemos uma importante vitória recentemente.

Ao julgar o REsp 1.710.155/CE, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) merece interpretação conforme à Constituição para obstar a necessidade de inscrição na OAB dos membros das carreiras da Defensoria Pública. *In verbis*:

> 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

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

> 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. (STJ – Segunda Turma – Resp nº 1.710.155/CE – Relator Min. HERMAN BENJAMIN, decisão: 01-03-2018)

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do RHC 61.848/PA, já havia reconhecido expressamente que "os Defensores Públicos não são advogados públicos, possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição Federal"[1].

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui diversos precedentes afastando a aplicabilidade do artigo 3º, parágrafo 1º da Lei 8.906/1994 e reconhecendo a desnecessidade de vinculação dos membros da Defensoria Pública à Ordem dos Advogados do Brasil[2].

A Lei Federal 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, classifica a atividade desenvolvida pela Defensoria Pública como sendo "atividade de advocacia", sujeitando os defensores públicos ao regime estabelecido pela referida lei, além do regime próprio a que se subordinem.

Com isso, a Lei 8.906/1994 pretende que os defensores públicos se mantenham subordinados à Ordem dos Advogados do Brasil e sujeitos ao regime disciplinar imposto pela referida entidade. Desse modo, caso restasse evidenciada a prática de alguma infração disciplinar pelo membro da Defensoria Pública (artigo 34), poderia o infrator ser submetido a processo administrativo perante o Tribunal de Ética e Disciplina do conselho seccional, em cuja base territorial tenha ocorrido a falta (artigo 70), e sofrer a aplicação de sanção disciplinar, havendo a possibilidade, inclusive, de ser excluído e impedido de exercer sua profissão (artigos 35 e seguintes).

Em sua decisão, o STJ sugere um verdadeiro diálogo de fontes, de modo a justificar a aplicação de algumas regras do Estatuto da Advocacia aos defensores públicos.

Ademais, por considerar que os integrantes da Defensoria Pública exercem "atividade de advocacia" (artigo 3º, parágrafo 1º), todos os defensores públicos estariam obrigados a possuir e manter regular

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

inscrição perante a Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 3º, *caput*)[3]. Por expressa disposição do artigo 4º da Lei 8.906/1994, seriam nulos todos os atos privativos de advogado praticados por defensor público não inscrito perante a OAB.

Essa afirmação, inclusive, encontraria respaldo na própria Lei Complementar 80/1994, que estabelece como requisito para o ingresso na carreira de defensor público federal o "registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la" (artigo 26)[4].

Seguindo essa linha de pensamento, os professores Guilherme Freire de Melo Barros e Gustavo Cives Seabra defendem a aplicação subsidiária da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) em relação aos membros da Defensoria Pública:

> Aplicação subsidiária do Estatuto da Advocacia: o defensor público atua na assistência jurídica do hipossuficiente, prestando-lhe esclarecimentos técnicos e patrocinando-lhes demandas judiciais. É, pois, um advogado, se bem que público, tal como os procuradores dos entes públicos. Daí estar submetido também ao Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) – naturalmente em matérias não disciplinadas por suas legislações específicas (LC 80/1994 e legislações estaduais respectivas). A imposição de sanção disciplinar por um órgão não impede que outro venha a analisar a matéria, dentro de sua esfera de controle (BARROS, Guilherme Freire de Melo. SEABRA, Gustavo Cives. *Defensoria Pública*, Salvador: JusPodivm, 2016, pág. 119).

No mesmo sentido, leciona o professor José Afonso da Silva, em parecer emitido por solicitação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil[5]:

> Os Defensores Públicos são advogados e, como tais, hão de ficar sob a disciplina da Advocacia estabelecida em seu Estatuto. Ninguém pode, por princípio, procurar em juízo sem a devida inscrição na Entidade da Advocacia. (…)
>
> O art. 133 da Constituição estatui que o advogado é indispensável à administração da justiça. Temos então que verificar se os Defensores Públicos são ou não indispensáveis à administração da justiça em favor dos necessitados. Se não o são, vamos extinguir as Defensorias Públicas. Se o são, vamos mantê-las e fortalecê-las, porque prestam um serviço social da mais alta importância (SILVA, José Afonso da. *Parecer emitido por solicitação do Conselho Federal da OAB, analisando as disposições da LC nº 80/1994*, emissão: 14/8/2010).

Embora possa parecer convincente para os mais desavisados, a argumentação meramente indutiva e puramente legalista que fundamenta esse posicionamento se revela mais frágil do que aparenta.

Em primeiro lugar, uma parcela dos direitos inerentes aos advogados são aplicados à Defensoria Pública por força da prerrogativa constante dos artigos 44, XIII; 89, XIII e 128, XIII da LC 80/1994, sendo desnecessário qualquer esforço hermenêutico, como sugeriu o STJ, analogia ou interpretação extensiva como faz a doutrina, com o intuito de equiparar a atividade desenvolvida pela DP à advocacia.

A aplicabilidade de alguns dispositivos do Estatuto da Advocacia para o regime jurídico da Defensoria Pública advém do silêncio normativo da lei complementar federal e da pertinência do tratamento jurídico em virtude da prerrogativa acima mencionada. Isso, no entanto, não quer dizer que a Defensoria Pública

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

seja um anexo da OAB pelo simples fato de algumas disposições da Lei 8.906/94 serem aplicadas aos defensores públicos.

Devemos lembrar que o artigo 134, parágrafo 1º, da CRFB determina que a Defensoria Pública seja regulamentada por intermédio de lei complementar. Com isso, o poder constituinte originário impôs requisito formal para a validade das normas infraconstitucionais que disponham sobre a Defensoria Pública, exigindo que sejam aprovadas pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (artigo 69 da CRFB), não sendo suficiente a maioria simples exigida em relação às leis ordinárias (artigo 47 da CRFB).

Essa exigência formal de regulamentação por espécie normativa diferenciada objetiva conferir maior rigidez aos preceitos legais relacionados à Defensoria Pública, que em virtude de sua importância no ordenamento jurídico não podem comportar alterações volúveis e constantes através do processo legislativo ordinário. Justamente por isso, sendo o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) qualificado normativamente como lei ordinária, não poderia dispor sobre a Defensoria Pública.

É verdade que, originalmente, a Constituição Federal havia organizado as "Funções Essenciais à Justiça" (Título IV – Capítulo IV) em três tópicos distintos: Seção I – Ministério Público; Seção II – Advocacia Pública; e Seção III – Advocacia e Defensoria Pública.

Embora duas funções distintas estivessem inicialmente agrupadas em uma mesma seção normativa (Seção III), a própria denominação do referido tópico já evidenciava a intenção do constituinte em separar a Defensoria Pública da advocacia comum. Afinal, se a atuação funcional da Defensoria Pública refletisse verdadeiro labor advocatício, a Seção III não precisaria ser denominada "Da Advocacia e da Defensoria Pública"; bastaria que a referida seção fosse intitulada "Da advocacia" e nenhuma distinção adicional precisaria ser realizada. Se o constituinte originário formalizou a criação de duas denominações distintas, naturalmente isso ocorreu porque pretendia especificar a instituição de duas funções também distintas.

Com o advento da Emenda Constitucional 80/2014, essa separação ontológica entre a Defensoria Pública e a advocacia comum acabou sendo definitivamente explicitada na Constituição Federal, passando o Capítulo IV do Título IV a contar com quatro seções distintas e inconfundíveis: Seção I – Ministério Público; Seção II – Advocacia Pública; Seção III – Advocacia; e Seção IV – Defensoria Pública. Com isso, toda e qualquer dúvida que pudesse eventualmente subsistir acerca da ausência de identidade entre a Defensoria Pública e a advocacia comum acabou sendo peremptoriamente resolvida pelo legislador constituinte.

Do mesmo modo, toda e qualquer norma infraconstitucional que eventualmente vinculasse a Defensoria Pública à Ordem dos Advogados do Brasil, em especial o artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei 8.906/1994, restou revogada pela superveniência da Emenda Constitucional 80/2014.

Seguindo essa linha de raciocínio, leciona a nobre colega Patrícia Kettermann, em obra recentemente publicada sobre o tema:

> A criação de Seção própria para a Defensoria Pública na Constituição Federal, por força da EC 80/14, demonstra cabalmente que a Defensoria Pública não é outra coisa que não Defensoria

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

> Pública, ou seja, não é advocacia nem advocacia pública, razão pela qual a capacidade postulatória dos seus agentes políticos decorre exclusivamente da posse no cargo, tendo em vista que o regramento aplicável é o previsto na LC 80/94 (KETTERMANN, Patrícia. *Defensoria Pública*, São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, pág. 66).

Apenas a título exemplificativo, essa separação não é exclusividade do Brasil. Em Angola, inclusive, os membros do "Instituto do Patrocínio e Assistência Jurídica" constantemente reafirmam sua diferenciação e desvinculação da advocacia angolana.

Deixando de lado a análise constitucional da matéria e adentrando o campo da Teoria Geral do Direito, subsistem ainda outros argumentos de consistente base hermenêutica que afastam a aplicabilidade da Lei 8.906/1994 em relação à Defensoria Pública.

Com o advento da Lei Complementar 132/2009, o legislador inseriu na Lei Complementar 80/1994 dispositivo expresso garantindo aos membros da Defensoria Pública capacidade para postular em juízo, independentemente de inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil:

> Art. 4º, § 6º, da LC nº 80/1994: A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.

Em virtude do conflito existente entre o artigo 4º, parágrafo 6º, da LC 80/1994 (incluído pela Lei Complementar 132/2009) e os dispositivos constantes da Lei 8.906/1994, essas normas não podem coexistir simultaneamente na intimidade de um mesmo ordenamento jurídico. Para resolver essa antinomia, a Teoria Geral do Direito reconhece a existência de dois critérios distintos: (i) hierárquico; e (ii) cronológico. Pelo critério hierárquico, quando estamos diante de regras de diferente escalão normativo, prevalece a regra hierarquicamente superior; por outro lado, pelo critério cronológico, quando o conflito ocorre entre regras alocadas no mesmo patamar da pirâmide jurídica, prepondera a regra temporalmente posterior, sendo o dispositivo legal precedente considerado revogado (artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657/1942).

Nesse diapasão, se entendermos que lei complementar e lei ordinária possuem idêntica graduação normativa, pelo critério cronológico o artigo 4º, parágrafo 6º, da LC 80/1994 (incluído pela Lei Complementar 132/2009), deverá preponderar sobre os dispositivos contidos na Lei 8.906/1994, por se tratar de norma temporalmente posterior. De outra forma, se entendermos que a lei complementar possui escalão normativo mais elevado, pelo critério da hierarquia deverá também prevalecer o artigo 4º, parágrafo 6º, da LC 80/1994, por estar inserido em diploma legal hierarquicamente superior. Este, inclusive, também é o pensamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello em parecer elaborado em favor da Associação dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo[6].

Ainda no campo infraconstitucional, importante observar que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) formalizou expressamente a separação entre a advocacia e a Defensoria Pública em diversos dispositivos (artigos 3º, parágrafo 3º; 11, parágrafo único; 77, parágrafo 6º; 78; 144, III e parágrafo 1º; 156, parágrafo 2º; 207, parágrafo único; 220, parágrafo 1º; 234; 250, IV; 272, parágrafo 6º; 287 e parágrafo único II; 289; 334, parágrafo 9º; 360, IV; 362, parágrafo 2º; 425, IV; 610, parágrafo 2º; 695, parágrafo 4º; 733, parágrafo 2º; 784, IV; e 1.003).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Como observam Cleber Francisco Alves e Pedro González, "o legislador que produziu o CPC/2015 fez questão de mencionar expressamente os defensores públicos ao lado dos advogados, denotando assim que defensor público não é, propriamente, advogado, posto que se fosse, não seria necessário fazer essa distinção"[7].

Apesar de a decisão do STJ ter fortalecido o entendimento institucional, pendem de julgamento a ADI 4.636/DF, que analisa a constitucionalidade do artigo 4º, parágrafo 6º, da Lei 80/1994 (incluído pela Lei Complementar 132/2009)[8], e a ADI 5.334/DF, que analisa a constitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei 8.906/1994. Vencida uma batalha, mas a guerra de afirmação institucional continua.

[1] STJ – 5ª Turma – RHC 61.848/PA – Relator min. Felix Fischer, decisão: 4/8/2016.
[2] (TRF-4 – 3ª Turma – Apelação 5042861-54.2016.4.04.7000/PR – Des. federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, decisão: 9/5/2017; TRF-4 – 4ª Turma – Apelação 5008655-39.2015.4.04.7100/RS – Relator des. federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior, decisão: 29/6/2016; TRF-4 – 3ª Turma – Apelação 5015380-78.2014.404.7100, decisão: 29/1/2015; TRF-4 – 3ª Turma – Apelação 5003634-15.2011.4.04.7200/SC – Relatora des. federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, decisão: 24/4/2013).
[3] Nesse sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Estatuto da Advocacia e da OAB*, Brasília: Conselho Federal da OAB, 1998, pág. 59 / RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*, Florianópolis: OAB/SC, 1999, pág. 65.
[4] Artigo 26 da LC 80/1994: "O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga".
[5] O referido parecer encontra-se anexado à ADI 4.636/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto a constitucionalidade do artigo 4º, inciso V e parágrafo 6º, da LC 80/1994, com redação dada pela LC 132/2009.
[6] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Parecer emitido por solicitação da Associação dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo*, emissão: 8/7/2011.
[7] ALVES, Cleber Francisco. GONZÁLEZ, Pedro. *A Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Breves Considerações*, in ALVES, Cleber Francisco. GONZALEZ, Pedro. *Defensoria Pública no Século XXI – Novos Horizontes e Desafios*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, págs. 164/165.
[8] Embora a ADI 4.636/DF ainda esteja pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, já existe parecer proferido pelo Ministério Público Federal reconhecendo a "ausência de prescrição constitucional no sentido de que os membros da Defensoria Pública estejam inscritos na OAB, para fins de obtenção de capacidade postulatória" (STF – ADI 4.636/DF – Relator min. Gilmar Mendes, pendente de julgamento).

Date Created
06/03/2018

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.