

Prof. Celso Antônio Baraloto de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA PUCSP
E PROFESSOR EMÉRITO DA MESMA UNIVERSIDADE

A Associação dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo,
formula-nos a seguinte indagação:

“Para que o Defensor Público disponha de capacidade postulatória é ou não necessário que, tendo sido inscrito na OAB, por ocasião do concurso para o cargo ou da posse nele, permaneça inscrito no álbum profissional?”

seguem.

Ao questionado respondo nos termos que

PARECER

1. Nos termos do art. 24, XIII, da Constituição do País compete concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal, legislar sobre Defensoria Pública, mas, consoante dispõe o § 1º do art. 134, **lei complementar nacional disporá sobre as normas gerais de sua organização nos Estados**, sendo, a teor do art. 1º, letra "d" do art. 61, privativa do Presidente da República a iniciativa de tal lei.

A Lei Maior estatui, no "caput" do art. 134, que: "A **Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado**, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados" e no § 2º declara asseguradas às Defensorias Públicas Estaduais **autonomia funcional e administrativa**, além da iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, impondo, no art. 168, tal como o faz, equivalentemente, para os órgãos do Legislativo, do Judiciário e

para o Ministério Público, que lhes sejam entregues em duodécimos, até o dia 20 de cada mês, os correspondentes recursos.

2. A Lei Complementar veiculadora de normas gerais a que aludem os preceptivos mencionados e que é a Lei Complementar nº 80 de 12.01.94, com a redação atualizada que lhe confere a Lei Complementar 132, de 07.10.2009, dispõe no § 6º de seu art. 4º, incluído pela mencionada Lei Complementar de 2009:

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

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, portanto, muito anterior à Lei Complementar nº 132/2009, estatui em seus art. 3º e § 1º:

"Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional".

Entre estes dois diplomas há um conflito. Ora, para a unidade e coerência do Direito não podem *conviver* normas (de um mesmo ordenamento jurídico) incompatíveis entre si, sejam elas de *diferente* ou *igual hierarquia*. O Direito não tolera a coexistência de *disposições que, na intimidade de um mesmo sistema, se antagonizem* reciprocamente.

3. Daí que, para resolver os possíveis conflitos que irrompam, costuma-se dizer que *no âmbito da própria teoria geral do Direito* são reconhecidos **dois** distintos critérios (o da sucessividade e o da hierarquia), os quais, de resto, não são utilizáveis indiferentemente; aplicam-se, um ou outro, *conforme a posição das normas em conflito*; a saber:

(a) quando se esteja perante conflito *entre normas sediadas em escalões diversos* da pirâmide jurídica, o critério para solvê-lo é o da *hierarquia* das normas. É que, como disse Kelsen:

"A ordem jurídica constitui uma pirâmide de normas hierarquizadas. De outro lado, uma determinada norma não pertence a um dado ordenamento senão porque e na medida em que se conforma à norma superior que lhe regula a criação. Desta dupla circunstância resulta o problema de um possível conflito entre uma norma de um grau superior e uma norma de grau inferior" (Théorie Pure du Droit, trad. francesa por Ch. Eisenmann, da 2ª ed. alemã, Ed. Dalloz, Paris, 1962, pag. 355).

Assim, o conflito entre normas de distinta hierarquia resolve-se pela não aplicabilidade da norma inferior, que é eliminada do sistema (*seja por haver nascido inválida, seja por haver se tornado inválida, caso em que não mais poderá deflagrar os efeitos que lhe corresponderiam*).

(b) quando o conflito é entre normas alocadas *no mesmo escalão* da pirâmide jurídica, o critério para solvê-lo é o da *sucessividade*. A norma posterior revoga a anterior.

Observe-se, entretanto, de passagem, que a existência destas antinomias, nem sempre se resolve pela eliminação de *apenas uma das normas* que se contraponham. Pode ocorrer o caso de se eliminarem ambas.

Deveras, se o conflito for entre prescrições jurídicas **da mesma hierarquia, como se disse, a posterior** revoga a **anterior**, mas se forem **contemporâneas**, as duas se contrapõem e nenhuma têm precedência sobre a outra, de sorte que ambas se eliminam por incompatibilidade lógica recíproca.

3. Estas averbações salientam, desde logo, os seguintes pontos: (I) o problema da *sucessividade* das normas, para fins de eliminação da anterior, entende com normas da *mesma hierarquia*; (II) o que o Direito não tolera é a *simultânea* validade de normas incompatíveis; logo, (III) *se conflitarem normas de hierarquia distinta, não é necessário, para a invalidade*

da norma inferior, que esta seja sucessiva à norma de hierarquia mais elevada, basta que seja simultânea.

É dizer: a sucessividade, como critério de solução de antinomias, é tema que se propõe ante o contraste de regras sitas no mesmo patamar jurídico. Tratando-se, pelo contrário de conflito entre normas encartadas em distintos escalões, opera pura e simplesmente o princípio da supremacia da norma mais elevada.

Deveras, não haveria como admitir que, nascendo ao mesmo tempo a imposição feita por uma regra subordinante e a imposição decorrente de uma regra subordinada, pudesse a segunda impor efeitos jurídicos contrastantes com os da primeira ou por ela vedados. Com efeito, se em dado instante as disposições de nível mais elevado reputam que a solução mais adequada para a vida social, *naquele momento*, é a solução "X", seria ilógico e contraditório que, *neste mesmo momento*, pudesse ser imposta a solução "não X". Se tal se desse, naquela mesma e precisa ocasião estaria sendo ofendido o interesse público.

4. Vindo-se a aplicar os critérios mencionados, de duas uma: ou se considera que a lei ordinária, lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, isto é, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil é norma da mesma hierarquia da Lei Complementar nº 80 de 12.01.94, com a redação atualizada que lhe confere a Lei Complementar 132, de 07.10.2009, ou se considera que esta última é lei de hierarquia superior.

A entender-se que são uma e outra leis de equivalente hierarquia, o critério para solver o conflito é, pois, o da sucessividade; ou seja: prevalece a norma posterior. Neste caso, a disposição segundo a qual a *"capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público"* evidentemente prepondera sobre a norma que estatui que *a atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.*

A entender-se, de outra sorte, ou seja, que não são normas de igual hierarquia, mas que, como sustentam muitos, as leis complementares são superiores às leis ordinárias, novamente solver-se-á o conflito com a prevalência da lei reguladora do exercício de cargo de Defensor Público sobre o Estatuto da OAB. Ou seja: nem em uma, nem em outra hipótese considerar-se-á obrigatório que o Defensor Público esteja presentemente inscrito na OAB para exercer sua capacidade postulatória.

Em suma: nenhum dos critérios de interpretação mencionados concorre em prol da norma residente na lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, mas ambos abicam na conclusão oposta.

5. De toda sorte, o tema pode ser ainda abordado com socorro em outro critério de reconhecimento e

solução de conflitos normativos. A saber: o direito positivo pode criar espécies normativas distintas, outorgando a elas campos de incidência próprios, caso em que haver-se-á de indagar como solver uma contradição entre tais regras jurídicas quando em pauta o confronto entre espécies diversas consideradas paralelas, ou seja: não hierarquizadas. Este seria justamente o caso das leis complementares em confronto com as leis ordinárias, para aqueles que não vêm entre elas uma hierarquia natural, mas simplesmente, um campo de incidência diverso. Ainda aqui, contudo, a solução no caso vertente, persistiria sendo aquela que foi apontada.

Deveras, como foi inicialmente visto, a Constituição do País, que é a Lei Suprema, estabeleceu no § 1º do art. 134, que lei complementar nacional disporá sobre as normas gerais de sua organização nos Estados, e o § 2º dispôs que as Defensorias Estaduais gozariam de autonomia funcional e administrativa. Dessarte, o que diz respeito a tais órgãos públicos fica, "ex vi Constitutionis", sob a égide de lei complementar. Donde, a partir do instante que lei complementar (Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009) estabeleceu que a "*capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público*", nunca poderia prevalecer disposição contrária proveniente de lei ordinária.

Eis, pois, que não há critério interpretativo algum que milite em desfavor do reconhecimento de que a

sobredita capacidade postulatória prescinde da presente vinculação à OAB.

6. Pode-se finalmente abordar a questão por um último ângulo. A saber: a disciplina dos Defensores Públicos *federais* - residente na mesma Lei Complementar 132 que expediu também as normas gerais para a disciplina de quaisquer Defensorias - dispõe em seu art. 26 e no art. 71 que "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". De seu turno a Lei Complementar estadual de São Paulo, nº 988, de 09 de janeiro de 2006, que "Organiza a Defensoria Pública do Estado e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado", estabelece em seu artigo 97: "São requisitos para a posse: I - inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil". Assim, ambos os diplomas reputam necessário para aceder ao cargo de Defensor Público que o interessado possua a *aptidão profissional de advogado, ou seja, a habilitação para tanto*, que é conferida a partir da inscrição no álbum profissional.

Sem embargo, como reiteradamente foi dito, a teor do § 6º do art. 4º da Lei Complementar 132, de 07.10.2009, que estabeleceu as normas gerais das defensorias públicas: "A *capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.*"

Não se pode considerar existente contradição entre os artigos em apreço.

Com efeito, não é critério aceitável de hermenêutica presumir que um artigo desmente o contido em outro no mesmo texto. Assim, a interpretação correta é a de que ambos estão reportados a *coisas diversas*. Ou seja: um deles, o que demanda inscrição na OAB, está volvido a um requisito de capacitação profissional, aptidão técnica, a ser demonstrada no instante de admissão, **feito o que, está cumprido o necessário**.

O segundo deles, confere *capacidade postulatória* e a faz depender tão só, ou seja "**exclusivamente**", como ali está dito, à nomeação e posse no cargo. Donde, para atuar em juízo (ou extra judicialmente) na defesa dos interesses a seu cargo, o Defensor Público nada mais necessita senão estar investido nas funções que lhe correspondem. Ou seja: não necessita **permanecer** inscrito na OAB.

7. Não são raras no Direito as hipóteses em que é exigido um determinado requisito *para a constituição de uma certa situação, mas não o é para a persistência dela*. Assim, para que alguém ingresse em certos cargos públicos (como os de policial militar por exemplo) exige-se uma determinada compleição corporal e uma certa aptidão física, mas não é exigido que as mantenha ao longo do tempo. Para aceder à posição de professor titular, demandam-se provas de que possua uma aptidão didática em um certo nível, mas a perda deste nível ao longo do tempo não

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA PUOSP
E PROFESSOR EMÉRITO DA MESMA UNIVERSIDADE

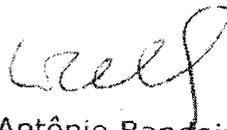
11

implica na destituição do cargo. Para que a mulher adote o sobrenome do marido cumpre que se case com ele, mas se vier a se separar nem por isto perderá automaticamente tal sobrenome. No passado exigia-se para a adoção de uma criança que o adotante tivesse o "status" de casado, mas não era requerido que para a manutenção da adoção persistisse nesta situação. Nem por ficar viúvo um dos cônjuges, ou por vir a se separar extinguiu-se a adoção. Em suma: não há confundir a previsão de um requisito para a constituição de uma certa situação jurídica com a necessidade de sua persistência para que permaneça a situação em causa.

8. Isto tudo posto e considerado, à indagação da Consulta respondo:

Para que o Defensor Público disponha de capacidade postulatória não é necessário que, havendo estado inscrito na OAB, por ocasião do concurso para o cargo ou da posse nele, permaneça inscrito no álbum profissional, pois sua capacidade postulatória *decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no correspondente cargo público.*

E o meu parecer.
São Paulo, 08 de julho de 2011



Celso Antônio Bandeira de Mello
OAB-SP nº 11.199