

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, no qual se discute a exigência de inscrição de Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções públicas (Tema 1074 da Repercussão Geral).

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Associação Paulista dos Defensores Públicos - APADEP, declarando a desnecessidade de inscrição dos Defensores Públicos nos quadros da OAB, para o exercício de suas atribuições.

Há de se aferir, portanto, a compatibilidade constitucional do art. 3º da Lei 8904/1994 com as normas da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, máxime os seus arts. 134 e 135. Reproduzo o normativo infraconstitucional:

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.

Pois bem. Segundo o STJ, essa classe de servidores públicos sujeita-se a “regime próprio e a estatutos específicos, submetendo-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios, e não pela OAB, necessitando de aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo, além de não haver necessidade da apresentação de instrumento do mandato em sua atuação”, uma vez que a “Constituição Federal não previu a inscrição na OAB como exigência para exercício do cargo de Defensor Público. Ao revés, impôs a vedação da prática da advocacia privada.” (e-Doc. 13).

Efetivamente, a Defensoria Pública foi alocada na CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988 no rol das funções essenciais à justiça, nos seus arts. 134 e 135, sendo que sua permanência no Estado Democrático de Direito da nossa República Federativa é reputada indispensável pela Emenda Constitucional 80/2014. Vejamos os citados preceitos, *in verbis* :

“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.

§ 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.

§ 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.

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.”

A CARTA MAGNA objetivou, por intermédio de uma Defensoria Pública devidamente estruturada, debelar a “dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa assegurado na Constituição”, leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional Positivo* . 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 614).

O funcionamento dessa relevante instituição “é evidenciado por funções próprias, que pressupõem a hipossuficiência econômica, demandada por necessitados patrimoniais, como, por exemplo, o patrocínio de ação civil, e funções impróprias, que prescindem de hipossuficiência econômica, destinadas aos necessitados jurídicos, como, por exemplo, a curadoria especial e a defesa de réu revel.” (GUILHERME PEÑA DE MORAES. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 605).

A eminente professora e Ministra CÁRMEN LÚCIA salienta que esta SUPREMA CORTE tem “sempre afirmado e reafirmado a importância institucional e a necessidade de se assegurar a autonomia” da Defensoria Pública da União e Defensorias Públicas estaduais (ADI 3943, DJ de 6/8 /2005).

Quanto ao Defensor Público, para o desempenho das atividades inerentes ao cargo, o postulante deve cumprir as exigências previstas na Lei Complementar 80/1994, à qual coube a disposição de normas organizacionais.

Conforme assentei em âmbito doutrinário, “o Congresso Nacional, por meio de Lei Complementar (LCs nºs 80, de 12/1/1994, e 132, de 7/10/2009), organizou a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo as 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.” (*Direito Constitucional* . 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019, capítulo 10, item 8).

No art. 26 da LC 80/1994, consta:

“Art. 26. 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.

§ 1º Considera-se como atividade jurídica o exercício da advocacia, o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de

atividades eminentemente jurídicas. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 2º Os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público.”

Importa sublinhar, dada a indispensabilidade do advogado para a Justiça, que este deve comprovar sua efetiva habilitação profissional, demonstrando a regularidade de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de exercer sua capacidade postulatória. Com efeito, o “legislador constituinte alçou à dignidade constitucional a atividade dos advogados”, assim considerados como “porta-voz da sociedade perante a justiça”, salienta MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (*Curso de Direito Constitucional* . 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 240).

A propósito, ressaltei que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL declarou a plena constitucionalidade da exigência do denominado “exame da OAB” para o exercício da profissão, pela presença do juízo de proporcionalidade em “assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos a coletividade”, e, dessa forma, “a aprovação do candidato seria elemento a qualificá-lo para o exercício profissional”, pois o “exame da OAB atestaria conhecimentos jurídicos, o que seria congruente com o fim pretendido pela realidade brasileira”. (*Op. cit.* capítulo 10, item 7.1).

A seu turno, observa ANDRÉ RAMOS TAVARES que a “capacidade postulatória autônoma e imediata, expressamente prevista no art. 4º, § 6º, da Lei Complementar n. 80/ 94,” [...] decorre da mera nomeação e posse do Defensor em seu respectivo cargo, sem que seja necessário qualquer outro requisito, como sua inscrição nos quadros de profissionais de qualquer outra entidade”. Em seguida, assevera o constitucionalista tratar-se, em verdade, “de um resultado legislativo — de explicitação — que decorre claramente de opção constitucional expressa em favor da Defensoria Pública, uma opção constitucional que chegou a tratar das funções a serem desempenhadas pelo Defensor Público, a saber, a orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do art. 134, caput, da cb. Este dispositivo acena, exclusivamente, para a situação de Defensor Público, sem realizar exigência de duplo registro, como ocorreria caso se demandasse o registro concomitante na OAB.” (*Curso de Direito Constitucional* . 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Edição do Kindle).

Nessa medida, a correspondente imposição legal de registro do candidato ao cargo em exame na OAB, “cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados” (ADI 3026, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 29/9/2006)”, a meu ver, não nos induz à inarredável conclusão de obrigatoriedade de inscrição, nessa autarquia de natureza *sui generis*, para o efetivo exercício da advocacia na Defensoria Pública.

Como sobredito, o artigo 4º, § 6º, da Lei Complementar 80/1994, na redação dada pela Lei Complementar 132/2009, prevê que a capacidade postulatória do defensor decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, no que torna irrelevante, sob o prisma jurídico-processual, a sua inscrição nos quadros da OAB.

De mais a mais, infere-se haver etapas complementares entre si, porém com finalidades distintas (seleção e exercício), a separar o status do candidato e do Defensor; a esse, devidamente investido no cargo público, fica terminantemente proibido exercer a advocacia privada à margem de suas atribuições (art. 134, § 1º, da CF/1988), encerrando-se indiscutivelmente, por imposição constitucional, seu vínculo com a OAB, que “em linhas gerais, [...] é responsável [...] pela fiscalização da qualidade dos serviços prestados pelos advogados e tem competência para apuração das infrações e aplicação das sanções disciplinares pertinentes ao exercício indevido da advocacia (Lei nº 8.906/1994, arts. 34 a 43, e 70 a 77)”, sintetizou o eminente Ministro GILMAR MENDES em seu voto-vista na ADI 3026.

Por sua vez, o Defensor Público submete-se, única e exclusivamente, ao Estatuto da Defensoria Pública, ficando “sujeito a correções dos órgãos superiores competentes no que tange à sua conduta administrativa”, embora ocorra inteira liberdade de atuação no exercício da atividade-fim (JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Op. cit.*, p, 615).

Tal entendimento vai ao encontro da manifestação da Procuradoria-Geral da República, na qual se opina ser incumbência do Estado, em relação aos seus respectivos defensores, “seleccioná-los, fiscalizar suas atuações e, eventualmente, aplicar-lhes penalidades disciplinares ou mesmo excluí-los de seus quadros, tudo em consonância com a Constituição da República e os estatutos próprios que regem essas carreiras (...).” (e-Doc. 33).

Com efeito, empossados no cargo, mais do que atuar na defesa dos direitos de seus assistidos, os Defensores Públicos dedicam-se à relevante missão de proporcionar o acesso desses cidadãos “à ordem jurídica justa, [...], mediante adequado patrocínio técnico, o gozo - pleno e efetivo - de seus direitos”, destaca o nobre DECANO da CORTE, o eminente Ministro CELSO DE MELLO, de quem também reproduzo o seguinte entendimento (ADI 2903, DJe de 19/9/2008):

“É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconseqüente 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 apóiam - 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.”

Nessa quadra, digna de nota a pertinente passagem do voto do Ministro HERMAN BENJAMIN (REsp. 1170155), a respeito da diferenciação entre as atividades de advocacia privada e as de Defensor Público:

“[...]. Não obstante, 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. Tal semelhança, contudo, encerra nesse ponto. Há inúmeras peculiaridades que fazem com que a Defensoria Pública seja distinta da advocacia privada e, portanto, mereça tratamento diverso. Cabe observar que a carreira está sujeita a regime próprio e a estatutos específicos; submete-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios, e não pela OAB; necessita aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo, além de não haver necessidade da apresentação de instrumento do mandato em sua atuação.”

Por fim, a mesma questão tratada neste recurso com repercussão geral começou a ser examinada pelo PLENÁRIO no julgamento da ADI 4636.

O Relator, ilustre Min. GILMAR MENDES, apresentou voto no mesmo sentido aqui preconizado, conforme demonstra a seguinte passagem:

“Forte nos fundamentos apresentados acima, concludo, 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.

(...)

Concludo, 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. “

O entendimento do eminente Ministro relator, GILMAR MENDES, foi por mim acompanhado, bem como pelos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, EDSON FACHIN, RICARDO LEWANDOWSKI, ROSA WEBER, LUIZ FUX, CELSO DE MELLO e ROBERTO BARROSO; todos julgaram *“improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e conferiam, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 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”*. O julgamento, porém, foi suspenso pelo pedido de vista do eminente Ministro DIAS TOFFOLI.

Enfim, o art. 3º da Lei 8906/1994, ao estatuir a dupla sujeição ao regime jurídico da OAB e da Defensoria Pública, seja da União, seja estadual, não se harmoniza com a CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário e proponho a seguinte tese: “É inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/10/2020 00:00