



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 190534/2017-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.334/DF

Relator: Ministro **Celso de Mello**
Requerente: Procurador-Geral da República
Interessados: Presidência da República
Congresso Nacional

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º, *CAPUT* E § 1º, DA LEI 8.906/1994. ESTATUTO DA OAB. FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL DE ADVOGADOS PRIVADOS. VINCULAÇÃO E SUBMISSÃO DE ADVOGADOS PÚBLICOS E DEFENSORES PÚBLICOS AO ESTATUTO DA ADVOCACIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. INVASÃO DE CAMPO RESERVADO A LEI COMPLEMENTAR. RESTRIÇÃO DO DESEMPENHO DE ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA PÚBLICA E DA DEFENSORIA PÚBLICA. AFRONTA AOS ARTS. 131, 132 E 134 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Invade campo reservado a lei complementar pelos arts. 131, *caput*, e 134, § 1º, da Constituição da República dispositivos de lei ordinária que vinculam e submetem integrantes da advocacia pública e da defensoria pública ao regime do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

2. Cabe à OAB, por delegação do Estado, representação, defesa, seleção (mediante exame de suficiência) e disciplina de advogados privados. Sua competência, contudo, não deve se estender a advogados públicos, os quais são selecionados diretamente pelo Estado (mediante concurso de provas e títulos) e estão subordinados e disciplinados por estatutos próprios dos órgãos aos quais se encontram vinculados, sob pena de restringir indevidamente o alcance dos arts. 131, 132 e 134 da Constituição da República.

3. Parecer por procedência do pedido.

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra o art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB). As normas impõem a advogados públicos inscrição na OAB. Eis o seu teor:

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.

Sustenta-se a inconstitucionalidade formal e material dos dispositivos, por violarem os arts. 131, 132 e 134 da Constituição da República.¹

1 “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e

Requereram ingresso na ação, na qualidade de *amici curiae*, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB – peça 7), a Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM – peça 14), a Associação Nacional dos Procuradores Federais (ANPAF – peça 19), a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE – peça 27), o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (SINPROFAZ – peça 33) e a Associação Brasileira de Advogados Públicos (ABRAP – peça 42).

títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

[...]

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.”

O relator deferiu os pedidos de ingresso (peças 47 a 52) e adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 53).

Na peça 55, apresentou a ANPM razões pela improcedência do pedido.

O Estado de São Paulo e a Defensoria Pública da União postularam admissão no processo (peças 64 e 66). Os pedidos foram deferidos pelo relator (peças 68 e 69).

A Presidência da República manifestou-se por improcedência do pedido. Informou que a OAB não atua exclusivamente na defesa de interesses corporativos da advocacia privada e que a Constituição da República, ao dispor sobre a indispensabilidade do advogado para administração da justiça, não fez distinção entre advogados públicos e privados (peça 76).

Postulou admissão no processo a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP – peça 78).

O Presidente do Congresso Nacional defendeu a constitucionalidade da norma (peça 82). O Presidente da Câmara dos Deputados trouxe informações sobre a tramitação da proposição que deu origem à lei e informou ter havido observância rigorosa das regras de processo legislativo (peça 83).

O relator admitiu ingresso da ANADEP (peça 84).

O Congresso Nacional requereu aditamento das informações prestadas, para correção de erros materiais (peça 86).

Requereram ingresso a Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CNPGEDF – peça 88) e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE-SP – peça 90).

Na peça 92, apresentou a ANADEP razões pela procedência parcial do pedido, pugnando para que a Corte confira interpretação conforme a Constituição que exclua do alcance das normas os defensores públicos e assente serem elas alusivas apenas a advogados, públicos ou privados.

O relator deferiu o pedido da DPE-SP (peça 93) e solicitou à Câmara Técnica do CNPGEDF esclarecimentos sobre as unidades federativas por ela representadas (peça 94).

A Câmara Técnica do CNPGEDF ratificou o pedido de ingresso, para dele fazer constar expressamente os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, Sergipe e Distrito Federal (peça 97), os quais foram admitidos pelo relator (peça 99).

A DPU acostou razões nas quais defendeu inaplicabilidade das disposições impugnadas da Lei 8.906/1994 a defensores públicos, uma vez que estes exercem funções institucionais incompatíveis com atividades de advocacia (peça 101).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por improcedência do pedido (peça 104).

É o relatório.

2. MÉRITO

O art. 3º, *caput*, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), determina que o exercício da advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são *privativos* de inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Consoante demonstra a petição inicial, tal norma deve ser tida como referente, tão somente, a advogados privados.

Advogados públicos (integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das procuradorias e consultorias jurídicas dos Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades da administração indireta e fundacional), referidos pelo art. 3º, § 1º, da lei, a despeito de exercerem atividade de advocacia, sujeitam-se a regime próprio e a estatuto específico. Não necessitam de inscrição na OAB nem a ela se submetem.

A inclusão desses agentes no Estatuto da Advocacia foi inovação da Lei 8.906/1994. Até então, os estatutos precedentes (Decreto 20.784, de 14 de dezembro de 1931, e Lei 4.215, de 27 de abril de 1963) voltavam-se exclusivamente para a advocacia como profissão liberal, autônoma. Não se cogitava de que a advocacia

pública – exercida por órgãos com competências e estatutos específicos –, fosse submetida ao estatuto de entidade *sui generis*, desvinculada da administração pública.

Advogados privados (profissionais liberais) defendem interesses de pessoas de direito privado e postulam fazendo prova do mandato (Lei 8.906/1994, art. 5º, *caput*),² ao passo que advogados públicos são “*responsáveis pela defesa de interesses necessários à existência, à preservação, e ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e pela fiscalização dos poderes políticos*”³ e não necessitam de mandato, porquanto postulam **no exercício do cargo público** ao qual foram investidos.

A advocacia pública, ademais, é desenvolvida por órgãos com competências específicas, estabelecidas em razão dos interesses envolvidos, e abrange funções de controle indispensáveis ao Estado Democrático de Direito. Engloba funções essenciais à Justiça, como a denominada advocacia de Estado (advocacia pública *strictu sensu*), de responsabilidade da Advocacia-Geral da União (Constituição da República, art. 131) e das procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (CR, art. 132), e a advocacia dos economicamente necessitados, de responsabilidade da Defensoria Pública (CR, art. 134).

2 “Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.”

3 KIRSCH César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In: *Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 396.

Integrantes da Defensoria Pública não devem ser confundidos com advogados privados. O tratamento constitucional a eles dispensado busca livrá-los de ingerências externas indevidas. O art. 134 da Constituição é claro no propósito de estabelecer a Defensoria Pública como instituição singular e independente:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-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 LXIV 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.

Com base nesse dispositivo constitucional, editou-se a Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, a qual organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios

e estabeleceu direitos, prerrogativas, garantias, impedimentos, proibições, deveres e responsabilidade funcional dos defensores públicos. A Defensoria Pública possui, assim, estatuto próprio, o qual é expresso em determinar que “a capacidade postulatória do Defensor Público decorre **exclusivamente** de sua nomeação e posse no cargo público” (LC 80/1994, art. 4º, § 6º, com redação da LC 132, de 7 de outubro de 2009, sem destaques no original).⁴

Já a advocacia pública em sentido estrito é responsável por aconselhar ou patrocinar interesses da administração pública em geral, incluindo consultoria e assessoramento jurídico. Seus integrantes têm vínculo funcional com o Estado, submetem-se a processo seletivo público e regem-se por estatutos e normas próprios dos órgãos ao qual se vinculem.

Diversamente dos advogados privados, os advogados públicos não podem selecionar processos em que vão atuar e nem podem se escusar de atuar, à exceção de hipóteses legalmente previstas. Tampouco são obrigados a exibir instrumento de mandato (pois suas atribuições e limites de atuação são definidos no estatuto próprio da carreira). São *agentes públicos* investidos em cargos de provimento efetivo e remunerados pelo Estado.

Por vários anos, no Brasil, a defesa do poder estatal perante o Judiciário era realizada pelo Ministério Público, que exercia as atribuições de *custos legis* e, ao mesmo tempo, defendia em juízo o Es-

4 “Art. 4º [...]”

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

tado.⁵ Era situação por vezes contraditória: em um momento o MP poderia demandar contra o Estado, na defesa de conquistas institucionais, e, em outro, poderia contestar pretensões idênticas em defesa da União. Da mesma forma que a defesa da sociedade por parte do Ministério Público carecia de dedicação exclusiva, a defesa da União exigia urgente especialização.

A Advocacia-Geral da União nasceu, assim, da necessidade de se organizar, em instituição única, a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Encontra-se disciplinada no art. 131 da CR, que dispõe:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

5 Nesse período (antes da promulgação da Constituição Federal de 1988), as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República e era composta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República), pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União. A representação judicial da União esteve afeta ao Ministério Público da União até o advento da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, com exceção das causas de natureza fiscal, que passaram à antiga PGFN com a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Com edição da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da AGU), surgiram as normas estruturantes de órgãos, cargos, carreiras e funções do órgão. Atribuiu o estatuto, aos integrantes da AGU, a representação judicial e extrajudicial da União, sem prever qualquer exigência de registro em entidade ou conselho de classe. Referida representação decorre do próprio texto constitucional (CR, art. 131).

Tanto a defensoria pública quanto a advocacia pública possuem estatutos próprios e regimes disciplinares específicos. Não se lhes deve aplicar as disposições da Lei 8.906/1994, de forma concomitante com tais estatutos. A capacidade postulatória desses advogados e defensores públicos decorre da própria relação estatutária com o Estado, consoante as leis complementares a eles aplicáveis (que os impedem, inclusive, de exercer advocacia privada).

Não há fundamento razoável para exigir vinculação e submissão desses agentes públicos a estatuto regente de advogados privados. Não há possibilidade fática ou jurídica de exercer a OAB controle sobre atividades desempenhadas por defensores e advo-

gados públicos, no exercício de suas funções institucionais, ou submetê-los a seu regramento disciplinar.

A OAB não é entidade componente da administração pública.⁶ Não tem, portanto, poder correicional sobre advogados da União, procuradores federais e da fazenda nacional, defensores públicos e advogados públicos em geral. Dispensar tais profissionais de inscrição na OAB não é o mesmo que dispensar médicos, engenheiros e dentistas ocupantes de cargos públicos de inscrição nos respectivos entes de fiscalização profissional. Já decidiu o STF que a OAB não é congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional, mas “*serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro*”.⁷

Comprovação dos requisitos para exercício de advocacia pública se dá perante o Estado, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, por força do art. 37, II, da CR, e não por meio de submissão ao chamado *exame de ordem*, promovido pela OAB. Cabe unicamente ao Estado o controle de qualificação técnica dos bacharéis candidatos a cargo de defensor ou advogado público.

A Lei 8.906/1994, no art. 3º, *caput* e § 1º, ao estabelecer que “*exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*” e ao submeter ao regime previsto no diploma “*integrantes*

6 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade 3.026/DF. Relator: Ministro EROS GRAU. 8/6/2006, maioria. *Diário da Justiça*, 29 set. 2006, p. 31.

7 Ver nota anterior.

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 um só tempo, (i) invadiu campo reservado a **lei complementar** pelos arts. 131, *caput*, e 134, § 1º, da Constituição da República; e (ii) restringiu, indevidamente, o desempenho de atribuições constitucionais de integrantes da advocacia pública e da defensoria pública, previstas nos arts. 131, 132 e 134 da CR.

Cabe à OAB, por delegação do Estado, a representação, a defesa, a seleção (mediante exame de suficiência) e a disciplina de todos os *advogados privados* do Brasil. Sua competência, contudo, **não** se estende aos *advogados públicos*, os quais são selecionados diretamente pelo Estado (mediante concurso de provas e títulos) e estão subordinados e disciplinados por estatutos próprios dos órgãos aos quais se encontrem vinculados.

Se é certo que o Estado delegou importantes funções à OAB, no que diz respeito à fiscalização profissional de advogados privados, não o fez em relação a advogados públicos. Permanece com o próprio Estado a incumbência de selecioná-los, fiscalizar suas atuações e, eventualmente, aplicar-lhes penalidades disciplinares ou mesmo excluí-los de seus quadros, tudo em consonância com a Constituição e os estatutos próprios que regem essas carreiras.

Deve-se, portanto, conferir interpretação conforme ao *caput* do art. 3º da Lei 8.906/1994, para restringir seu alcance apenas a

advogados privados, e declarar a inconstitucionalidade do § 1º do mesmo artigo.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se por conhecimento e procedência do pedido.

Brasília (DF), 8 de agosto de 2017.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/EP/AMO