



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 112.606/2015 PGR-RJMB

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, *a e p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição da República, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

com pedido de medida cautelar, 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), que impõe a advogados públicos inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Esta petição segue acompanhada do procedimento administrativo 1.33.005.000363/2012-41, instaurado na Procura-

doria-Geral da República a partir de representação formulada pela Procuradoria da República em Santa Catarina.

I OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor dos preceitos impugnados:

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.

Conforme se demonstrará, o art. 3º, § 1º, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, é formal e materialmente inconstitucional, por violação dos arts. 131, 132 e 134 da Constituição da República, ao instituir vinculação à OAB de integrantes da advocacia pública. Por conseguinte, deve ser declarada sua inconstitucionalidade e dar-se ao *caput* do art. 3º interpretação conforme a Constituição, para compreender alcance apenas de advogados privados.

II FUNDAMENTAÇÃO

II.1 INTRODUÇÃO

Como se sabe, a designação “bacharel em Direito” não equivale a “advogado”, e a atuação do advogado privado, profissional liberal ou empregado, não se confunde com a de advogado público.

O termo “advogado”, derivado do latim *advocatus*, significa “interceder a favor de”. Segundo RUY BARBOSA, “o primeiro advogado foi o primeiro homem que, com a influência da razão e da palavra, defendeu os seus semelhantes contra a injustiça, a violência e a fraude”.¹

Cursos jurídicos não formam advogados, como também não formam promotores de justiça, juízes, policiais, defensores públicos. O curso de Direito faz bacharéis em Direito, que pode inscrever-se na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e tornar-se *advogado privado* (profissional liberal ou empregado) ou exercer diversas outras atividades, que dispensam inscrição na Ordem, como ministrar aulas ou ocupar cargo público de nível superior para os quais se exija grau de bacharel em Direito. Poderá tornar-se *advogado público*, após comprovação *ao Estado* de qualificação técnica, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos. Poderá, ainda, ingressar nas mais diversas carreiras jurídicas, inclusive aquelas para as quais inscrição na OAB é

¹ *In Novos Discursos e Conferências*, p. 58. cit. Ruy de Azevedo Sodré, *Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4ª ed., Ltr, p. 267.

proibida, por incompatibilidade, como no caso do Ministério Público e da magistratura judicial.

O art. 3º, *caput*, da Lei 8.906/1994 determina que o exercício da advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são *privativos* dos inscritos na OAB. Tal norma, contudo, deve ser tida como referente, tão somente, à *advocacia privada*. Advogados públicos (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 de entidades de administração indireta e fundacional – art. 3º, § 1º, da lei) exercem atividade de advocacia, mas se sujeitam a regime próprio e estatuto específico; não necessitam de inscrição na OAB nem a ela se submetem.

No recurso extraordinário 603.583, em que se discutia a constitucionalidade dos arts. 8º, IV e § 1º, e 44, II, da Lei 8.906/1994 (os quais condicionam inscrição na OAB a aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à entidade a atribuição de regulamentá-lo e promover seleção dos advogados em todo Brasil), divergindo da manifestação desta Procuradoria-Geral da República, essa Corte Suprema julgou que o chamado “exame de ordem” é consentâneo com a Constituição. A decisão restou assim ementada:

TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BACHARÉIS EM DIREITO –

QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.²

A questão aqui posta implica que também o exame da OAB seja compreendido nos exatos termos desse julgamento: controle de atuação profissional, em âmbito privado, da advocacia.

II.2 ADVOCACIA PRIVADA E PÚBLICA

O advogado, privado ou público, é personagem essencial para a administração da Justiça. Mediante atuação desse profissional, o cidadão vê efetivar-se seu direito fundamental de acesso à Justiça, que, segundo MAURO CAPPELLETTI, é dos mais básicos direitos humanos.³ Como ressalta MICHEL TEMER, isso lhe confere papel essencial no Estado Democrático de Direito, pois “*advocatus* é aquele que é chamado para encaminhar as razões das partes litigantes, com o objetivo de bem esclarecer o direito pleiteado, ensejando uma boa solução, a fim de que se fizesse justiça [...]”. O que fazia no passado faz agora, esse profissional, prestando inesti-

²thfleet Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 12.

mável colaboração ao Estado e tornando possível a administração da Justiça”.⁴ Na mesma direção entende José Afonso da Silva.⁵

CELSO RIBEIRO BASTOS chega a afirmar que o advogado é “a espinha dorsal de todos os profissionais dedicados às ciências sociais”.⁶ Segundo PAULO LÔBO, a advocacia, como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, teria nascido por volta de 3.000a.C., na Suméria. Haveria ainda quem, segundo ele, localize na Grécia antiga, especialmente em Atenas, o berço da advocacia, “onde a defesa dos interesses das partes, por grandes oradores como DEMÓSTENES, PÉRICLES, ISÓCRATES, se generalizou e se difundiu”.⁷

Advocacia como atividade profissional, permanente e reconhecida surgiu quando o Estado chamou para si a responsabilidade de administrar a justiça, buscando resguardar o equilíbrio e a segurança sociais. Para CARVALHO SANTOS, “as necessidades da Justiça exigiram que homens especializados, versados no conhecimento das leis, viessem colocar-se ao lado dos litigantes para assisti-los na reivindicação de seus direitos. Essa a origem da profissão do advogado”.⁸

⁴ ANTUNES NETO, Vitorino Francisco. A constitucionalidade do exame de ordem. In: ROSAS, Roberto (coord.) *Exame de Ordem: Doutrina, Jurisprudência e casos concretos de exame de ordem*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 82.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 250. Tomo IV (arts. 127 a 135).

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 246. Tomo IV (arts. 127 a 135).

⁷ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. Ed. Saraiva: 5ª ed., p. 3.

⁸ *In Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4ª ed., Ltr, p. 267.

Como observa PAULO LÔBO, a inclusão de advogados públicos 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 entendida 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.⁹

É exatamente essa inovação legal (art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994) que ora se questiona.

2.1 A ADVOCACIA PRIVADA

A Constituição Federal prevê, no art. 133, ser o advogado indispensável à administração da Justiça. O dispositivo caracteriza a advocacia como função extremamente importante para a sociedade e para realização da função jurisdicional, com as garantias a ela inerentes.

A Lei 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a OAB, estabelece que: o advogado é indispensável à administração da Justiça (art. 2º); no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º); no processo judicial, contribui, na postulação favorável ao constituinte, para convencimento do julgador e seus atos constituem *múnus público* (art. 2º, § 2º); no exercício da profissão, é

⁹ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. Ed. Saraiva: 5ª ed., p. 3-8.

inviolável por atos e manifestações, nos limites da lei (art. 2º, § 3º).

Tais disposições referem-se, especialmente, à advocacia *privada*, a qual representa interesses de particulares (pessoas físicas ou jurídicas) perante órgãos do Poder Judiciário e em outros locais.

Para que alguém possa atuar como advogado privado deve ter capacidade civil. possuir diploma válido de graduação em Direito; comprovar condição de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; abster-se de exercer atividade incompatível com a advocacia; possuir idoneidade moral; ser aprovado em exame realizado pela Ordem dos Advogados; prestar compromisso perante o conselho da ordem (art. 8º da Lei 8.906/1994).

O exercício da advocacia, mesmo quando exercido em âmbito privado, não interessa apenas às partes de determinado processo, mas a toda a coletividade, ao visar à realização da justiça e à pacificação social.

Como pondera PAULO LÔBO, o advogado realiza função social quando concretiza a aplicação do Direito, quando obtém prestação jurisdicional e quando participa da construção da justiça social. Em suas palavras, “a função social é a sua mais importante e dignificante característica. O interesse particular do cliente ou o da remuneração e o prestígio do advogado não podem sacrificar os interesses sociais e coletivos e o bem comum. A função social é o valor finalístico de seu mister.”¹⁰

¹⁰ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. Ed. Saraiva: 5. ed, p. 29-30. No mesmo sentido: RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da Advocacia. Comentários e Jurisprudência Seleccionada*. 5ª ed., Ed. Forense, p. 23.

Calamandrei acentua a função do advogado de colaborador do órgão judicial, sustenta que “o advogado aparece, assim, como um elemento integrante da organização judicial, como um órgão intermediário entre juiz e parte, no qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa se encontram e se conciliam. Por isso, sua função é necessária ao Estado, como servidor do Direito, na frase de GNEIST.”¹¹

O advogado privado exerce múnus público, mas sua atividade é exercida em caráter privado. Distingue-se do advogado público, agente do Estado, sendo o caráter público de sua atividade inerente ao cargo que ocupa.

Inscrição nos quadros da OAB, após aprovação no exame de suficiência, atribui ao bacharel o título profissional de advogado (privado) e, por conseguinte, direito subjetivo ao exercício da profissão. É principalmente na fiscalização da atividade profissional exercida pela OAB, como forma de proteger direitos daqueles pelos quais o advogado postula, que se fundamenta o interesse coletivo, de fonte constitucional, a legitimar a restrição de acesso imediato de bacharel em Direito ao exercício da profissão de advogado.

Com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930, a advocacia deixou de ser exercida com ampla liberdade, “para tornar-se regulamentada, selecionada, fiscalizada e discipli-

¹¹ *In Demasia de Advogados*, Trad. Espanhola. Ruy Sodré, *Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4. ed., Ltr, p. 283.

nada, funções essas delegadas pelo poder público à própria classe.”¹²

2.2 A ADVOCACIA PÚBLICA

A advocacia pública é desenvolvida por órgãos com competências específicas (denominados por MOREIRA NETO de *procuraturas constitucionais*), estabelecidas em razão dos interesses envolvidos e que abrangem funções de controle indispensáveis ao Estado Democrático de Direito. Engloba as seguintes funções essenciais da Justiça:

- a) advocacia dos economicamente necessitados, de responsabilidade da Defensoria Pública (art. 134 da Constituição);
- b) advocacia de Estado (advocacia pública *strictu sensu*), de responsabilidade da Advocacia-Geral da União (art. 131 da CR) e da procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 132 da CR).

2.2.1 ORIGEM E ORGANIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Segundo DÁRCIO AUGUSTO CHAVES DE FARIA, “a primeira notícia que se tem da função do Procurador Público vem da civilização helênica, berço da advocacia. Tratava-se do causídico – escolhido entre os melhores oradores – encarregado de promover a defesa da cidade nas lides com outras comunidades. Sua importância social era de especial relevo, em razão do interesse público que patrocinava”.¹³

¹² SODRÉ, Ruy. *Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4ª ed., Ltr, p. 282.

¹³ FARIA, Dárcio Augusto Chaves de. *A ética profissional dos procuradores públicos*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Ja-

JOSÉ TRINDADE, CATERINE DE CASTRO e FRANCISCA ARAÚJO anotam que “a própria abordagem da evolução histórica das ‘Procuraturas Constitucionais’, ou seja, do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, demonstra que há uma origem comum entre essas instituições, representada quer na figura dos ‘Procuradores do Rei’ (França) quer na dos ‘Procuradores da Coroa’ (Portugal), uma vez que àquela época os interesses públicos do Estado e da sociedade ainda se confundiam com os interesses pessoais do próprio detentor do poder”.¹⁴

Com o surgimento do Estado de Direito, iniciou-se lenta separação da função do Ministério Público, como órgão externo ao Poder Executivo, da exercida pelo advogado público, como órgão interno. No Brasil, por vários anos, a defesa do Poder estatal perante o Judiciário foi realizada pelo Ministério Público:

[...] com o advento da República, em 1889, o representante judicial da União passou a se denominar Procurador-Geral da República, sendo que a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, regulou a competência do Ministério Público Federal, outorgando-lhe o exercício da Advocacia de Estado, conjuntamente com suas outras atribuições típicas. Na Constituição de 1934, a matéria não sofreu alteração (arts. 95 a 98) e a Constituição de 1937 dedicou-lhe apenas um único artigo, segundo o qual o Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, seria escolhido pelo Presidente da República. Já a Constituição de 1946 atribuiu, expressamente, ao Ministério Público, a representação judicial da União, permitindo, inclusive, que fosse feita pelo Ministério Público local nas comarcas do interior (art. 126, parágrafo único), dispositivo esse regulamentado pela Lei Federal 1.341, de 30 de novembro de 1951

neiro, n. 46, p. 80-82, 1994.

¹⁴ TRINDADE, Luciano José; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca de Oliveira. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre, p. 220. Disponível em: <<http://www.pge.ac.gov.br/revista3AdvocaciaPublica.pdf>>.

(Lei Orgânica do Ministério Público da União – arts. 30, I; 37 e 38, I). Essa mesma regulamentação foi dada à matéria pelo texto constitucional de 1967 (art. 138, § 2º), bem como pelo texto emendado de 1969 (art. 95, § 2º).¹⁵

Com a Constituição de 1988, houve separação das funções de Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública *strictu sensu*. Criou-se a Advocacia-Geral da União (AGU) e retirou-se do Ministério Público Federal a função de representar judicialmente a administração pública.

Sobre a advocacia pública no Brasil, esclarece CLÁUDIO GRANDE JÚNIOR:

Atualmente, contudo, pode-se falar na advocacia pública *strictu sensu*, entendida apenas como Advocacia de Estado, em razão de a Emenda Constitucional nº 19/98 ter renomeado como “Da Advocacia Pública” a Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República. A dita seção trata da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Assim, em que pesem as críticas, emprega-se, no presente trabalho, a noção de Advocacia Pública em sentido estrito, entendida como a função permanente, constitucionalmente essencial à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, que compreende o conjunto de atividades atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações, verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada.

Os advogados públicos são organizados em carreiras, de acordo com a esfera administrativa a que estão vinculados. Desse modo, temos a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e as Pro-

¹⁵ Op. cit. p. 221.

curadorias-Gerais dos Municípios, todas integradas por advogados públicos. Daí se conclui que advogado público é gênero do qual entre nós, são espécies o Advogado da União, o Procurador da Fazenda Nacional, o Procurador Federal, o Procurador do Banco Central, o Procurador do Estado, o Procurador do Distrito Federal e o Procurador do Município, bem como os Assessores, Consultores e Técnicos Jurídicos abrigados pela regra de transição do art. 69 do ADCT. [...]

Por fim, a Constituição de 1988 nada dispõe, especificamente, sobre a advocacia pública no âmbito municipal. Talvez um lapso decorrente da então recente inclusão dos Municípios no pacto federativo brasileiro. [...]¹⁶

Diogo Moreira Neto busca apontar semelhanças entre as funções de Ministério Público e Defensoria Pública, que considera advocacia pública *lato sensu*, com a de advocacia de Estado, que classifica como advocacia pública *strictu sensu*:

Nunca é demais lembrar que a Constituição de 1988 teve o inegável mérito de definir com clareza o imprescindível elo jurídico operativo que deve existir entre sociedade e Estado, ao desmembrar a Procuratura Pública do Estado, historicamente una, para distribuir entre três órgãos distintos o exercício do que, apropriadamente, designou como funções essenciais à Justiça, inconfundíveis com todas as demais funções cometidas aos órgãos dos tradicionais Poderes do Estado, bem como aquelas exercidas pelos demais órgãos constitucionalmente autônomos.

[...]

Observe-se que, então, para o constituinte, teoricamente, tanto fazia manter apenas um órgão, desdobrado em várias funções de cura de diferentes interesses juridicamente protegidos, tal como já existira no passado, até ao passado recente, antes de 1988, no plano da União, quanto, alternativamente, criar um número plural de órgãos, neste caso, especializando funções e definindo especificamente como de-

¹⁶ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60/64.

veriam, cada um desses órgãos, ser vocacionados ao atendimento de distintos subconjuntos de interesses juridicamente protegidos.

Desde logo, manteve-se, assim, e por óbvio, na Constituição, a básica distinção entre Advocacia Privada e Pública, seguindo a grande clivagem entre interesses privados e interesses públicos. Instituiu-se, porém, na Advocacia Pública – aqui tomada ainda em seus pleno e lato sentido de cura e de representação de interesses de terceiros – uma divisão em três ramos: o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública.

Foram, em razão disso, criadas três Procuraturas constitucionais independentes, para que exercitassem, cada uma delas, em seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, os poderes tipicamente estatais de fiscalização, zeladoria, promoção, defesa e controle, pois que referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, e, nem por outra razão, inseridas todas essas funções, sob a qualificação de Essenciais à Justiça, como um Capítulo distinto do Título IV, que é o que trata exatamente Da Organização dos Poderes, pretendendo o constituinte que nesse Título se contivessem todas as definições cratológicas fundantes da organização estatal, independentemente de obrigatória continência em qualquer dos três ramos nos quais, por tradição, repartia-se o exercício de qualquer parcela do poder estatal. [...]

Observe-se, de passagem, que **o legislador constitucional reformador da Emenda Constitucional nº 19/98, ao alterar o título original da Seção II, do Capítulo IV do Título IV, equivocadamente reduziu o conceito de Advocacia Pública, ao identificá-lo equivocadamente com o de Advocacia de Estado; possivelmente, mais por descuido que por deliberada intenção, já que esse baralhamento não resultou qualquer vantagem prática ou teórica, mas, ao contrário, deixou apenas essa enganosa impressão de que os demais ramos capitulados não exercem advocacia – entendida em seu amplo e originário sentido como o patrocínio ou zeladoria de interesses alheios, o que encompassa, no gênero, portanto, tanto a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade (atribuída à instituição do Ministério Público) como a advocacia dos hipossuficientes (atribuída à Defensoria Pública) e a advocacia dos interesses pú-**

blicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado, daí, logicamente, decorrendo o tratamento tópico unitário de todos esses ramos no mesmo Capítulo da Carta Magna.

O importante, porém, é que, na Constituição, o art. 131 (que ficou intacto) e o art. 132 (com sua redação emendada), mantiveram, ambos, explicitada a dupla missão fundamental desse sub-ramo estatal da advocacia pública, que é a Advocacia de Estado, ou seja: fundamentalmente, a representação judicial e a consultoria jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal e, por compreensão, no que couber, a dos Municípios, entes políticos que também são, em nossa federação de três graus. [...]¹⁷

Integrantes da Defensoria Pública não devem ser confundidos com advogados privados, não obstante a Constituição tenha disciplinado aquele órgão e a advocacia privada na mesma Seção III.

Não obstante, a localização da Defensoria Pública na Constituição não determina inscrição dos defensores públicos na OAB nem os submete à ordem, como se advogados privados fossem. Pelo contrário, o art. 134 da Constituição é claro no propósito de estabelecer a Defensoria Pública como instituição singular e independente. O tratamento a ela dispensado busca livrá-la de ingerência externas indevidas. Da mesma forma, o Ministério Público, evidentemente, não se subordina à OAB. Seus membros são, na verdade, impedidos de inscreverem-se na ordem.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 24/26.

2.2.2 ADVOCACIA PÚBLICA EM SENTIDO ESTRITO (ADVOCACIA DE ESTADO)

Advocacia pública em sentido estrito (*strictu sensu*) é a que aconselha ou patrocina interesses da administração pública em geral, incluindo consultoria e assessoramento jurídico. Seus integrantes têm vinculação funcional ao Estado, submetem-se a processo seletivo público e regem-se por estatutos e normas próprios dos órgãos a que se vinculem.

Em âmbito federal, a advocacia pública *strictu sensu* é promovida pela Advocacia-Geral da União (AGU), órgão a que se vinculam os advogados da União (aos quais compete a representação judicial e extrajudicial da administração pública federal direta), os procuradores federais (responsáveis pela representação judicial e extrajudicial da administração pública federal indireta), os procuradores da Fazenda Nacional (aos quais cabe a representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária) e os procuradores do Banco Central do Brasil (única carreira de procurador de autarquia mantida isolada da carreira de procurador federal). Ingresso nessas carreiras dá-se mediante concurso de provas e títulos. A Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, disciplina a AGU; a Lei 9.028, de 12 de abril de 1995, estabelece as atribuições de seus integrantes.

Na órbita estadual, a advocacia pública é promovida por procuradores estaduais, que, organizados em carreira (na qual o ingresso igualmente depende de concurso público de provas e títulos, com participação da OAB), exercem representação judicial

e consultoria jurídica das unidades federadas. Procuradorias e consultorias jurídicas dos Municípios não têm previsão constitucional, mas são organizadas em moldes semelhantes às dos Estados-membros.

Advogado público não pode selecionar processos nem escusar-se de atuar fora de hipóteses legais e não é, evidentemente, obrigado a exibir instrumento de mandato (pois suas atribuições e limites de atuação são definidos no estatuto próprio da carreira). É *servidor público*, investido em cargo de provimento efetivo e remunerado pelo Estado.

INTERESSES DEFENDIDOS PELO ADVOGADO PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO

Destaca Adel El Tasse¹⁸ que a defesa exercitada pelo advogado público *strictu sensu* é *sui generis*, ante o comprometimento inafastável que tem com os princípios fundamentais da administração pública e, de forma mais ampla, “com a Constituição Democrática, razão por que não pode atuar deliberadamente na negativa de direitos que a Lei Maior assegura aos particulares, ao contrário, deve-se somar aos esforços tanto de órgãos estatais, quanto da sociedade organizada, para que haja o desenvolvimento, em prol dos cidadãos, do conteúdo concessivo constitucional”.¹⁹

¹⁸ TASSE, Adel El. *A missão do advogado público na defesa do Estado democrático*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011.

¹⁹ *Idem*, p. 30.

Ao tratar da natureza dos interesses defendidos pelos advogados públicos, Luciane Moessa de Souza observa, *verbis*:

Quando se trata de questionar o papel que cabe ao advogado público na defesa dos interesses estatais, é muito comum invocar-se o princípio da supremacia do interesse público para justificar uma defesa cega dos atos praticados pelo ente público defendido. Este argumento simplório ignora, contudo, a complexidade da definição de interesse público. Já é de todos conhecida a distinção elementar, traçada por Renato Alessi, entre interesse público primário (interesse da coletividade, razão da existência do Estado) e interesse público secundário (interesse direto do órgão público, normalmente encarado como reduzido ao erário).

Não se ignora, por evidente, que a proteção do interesse público primário requer sejam garantidos os recursos necessários mediante a proteção do interesse público secundário, já que todas as atividades estatais, além de planejamento e competência, demandam disponibilidade de verbas para que sejam realizadas. Outrossim, não se pode tampouco olvidar a possibilidade de situações em que surge conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário. É o que se verifica quando da prática de um ato ilícito (por ação ou omissão) pelo Estado pode resultar eventual condenação. Neste caso, o manejo do argumento da supremacia do interesse público é de todo despropositado, já que o que se está de fato a defender, quando se defende o ilícito, é a supremacia do interesse público secundário ilegítimo (de manter os efeitos do ato ou omissão ilícita) sobre o interesse público primário legítimo, consubstanciado no dever de o Estado respeitar e garantir os direitos de seus cidadãos – o que é absolutamente inaceitável. Na prática, o que temos, então, nesta situação surreal (porém extremamente comum) é uma atividade financiada pelos contribuintes (a advocacia pública) posta a serviço da defesa de ilícitos praticados contra esses mesmos contribuintes!

[...] Assim, é forçoso concordar com o que sustentam Olavo Augusto Viana Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria: “não há outra opção ao agente público que não seja agir sempre buscando o interesse público primário, é dizer, a vontade estatal consagrada na lei, por isto se diz que a 'Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental'”.

Na prática, o que se percebe é que a visão imperante na advocacia pública é a de que o advogado do Estado tem que se portar exatamente como se advogado privado fosse, esquecendo-se que os interesses defendidos nesta e naquela seara são absolutamente distintos [...].

Não é demais referir, por fim, que, mesmo no âmbito do interesse público primário, é demasiado complexa a configuração de interesses que cabe ao Poder Público proteger e garantir. Sabendo-se que o Estado existe, em última análise, para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, não se pode ignorar que estes podem – e efetivamente isso é bastante comum – entrar em conflito entre si. Nestas casos, qual o interesse público que cabe ao Estado (ou ao advogado público) defender? [...] Revela-se, pois, cristalino, que o princípio da supremacia do interesse público apresenta unicamente efeito retórico, pois seu conteúdo não se presta a resolver problemas com qualquer grau de complexidade nesta seara, sendo necessário utilizar os instrumentos que a doutrina constitucionalista vem desenvolvendo para solucionar as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, através da técnica da ponderação.

[...] Outro princípio sempre invocado, quando se trata de definir os interesses públicos que cabem ao advogado defender, é o da chamada 'indisponibilidade do patrimônio público'. Ora, patrimônio é, por essência, transferível, negociável, renunciável, portanto, disponível. Quando se trata, porém, de patrimônio público, por óbvio, tal transferibilidade há de sofrer limitações. Não se reconhece, todavia, seja em sede constitucional, seja em sede infraconstitucional, qualquer fundamento normativo para a suposta indisponibilidade do patrimônio público.

Revestidos de indisponibilidade, isto sim, são os direitos fundamentais. Se o patrimônio público não passa de instrumento para realização de interesses públicos primários, por evidente que aquele pode ser renunciado para atender a estes. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o Estado renuncia a parte do que lhe é devido ao transacionar com um particular para pôr fim a um litígio, por saber que este ainda se arrastaria por muitos anos perante os tribunais, que já estão abarrotados de situações similares e devem ter condições de se dedicar com mais qualidade aos casos jurídica e socialmente mais delicados.

[...] É importante mencionar aqui o argumento de tantos que defendem (não, por certo, em artigos científicos fundamenta-

dos, já que se trata de argumento irremediavelmente acoimado do vício da superficialidade, mas sim nos bastidores dos órgãos decisórios) ser missão da Advocacia Pública tão somente a defesa do interesse público secundário (apenas do Estado), ao passo que ao Ministério Público é que caberia, com exclusividade, a defesa do interesse público primário (da sociedade). Para responder-lhes, inspiram-nos as palavras de Marcus Carpes: “*Não existe, é importante ressaltar, monopólio da defesa do interesse público*”. Para este autor, “*Se é certo que Estado e Sociedade são conceitos diferentes, não é menos correto afirmar que sempre deverá haver compatibilidade dos interesses daquele (interesses públicos secundários) com os da sociedade (interesses primários)*”²⁰.

PRERROGATIVAS E DEVERES DO ADVOGADO PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO

Luciane Moessa de Souza aponta como prerrogativas do advogado público *strictu sensu*: “*a independência técnico-funcional, a inamovibilidade, a distribuição de feitos segundo critérios equitativos e previamente estabelecidos e, por último, a lotação segundo critérios objetivos e garantindo-se a objeção de consciência*”²¹.

Identifica, à luz dos princípios da lealdade processual e da eficiência, quatro deveres mínimos no que se refere à *atuação contenciosa* do advogado público, quais sejam: proibição da litigância de má-fé; dever de contribuir para o esclarecimento dos fatos, trazendo todas as informações relevantes ao feito; dever de reco-

²⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94/100.

²¹ Op. cit., p. 115.

nhecer a procedência do pedido, quando for o caso, “*realizando transação de acordo com critérios previamente definidos (por exemplo, em caso de controvérsia apenas sobre matéria de direito, quando a jurisprudência estiver pacificada; quando se tratar de controvérsia em matéria de fato, quando os fatos estiverem suficientemente esclarecidos – ainda que não em juízo, mas de acordo com a investigação feita no nível administrativo), sempre devidamente observada a autorização de quem de direito (autoridade hierarquicamente superior, comissão nomeada para este fim, etc.)*”²²; e dever de ponderar o custo/benefício no momento de ajuizar a ação, evitando a propositura de ações inúteis, que não beneficiam o erário e agravam o problema da morosidade judicial.

Moreira Neto define “*simples regras para a Advocacia de Estado, decorrentes de seu tríplex status, aplicáveis em aparentes hipóteses de conflito entre deveres funcionais:*

Como *primeira regra*, a observância dos *deveres gerais da advocacia* é fundamental para o desempenho da Advocacia de Estado, como função essencial à justiça, impondo-se esses sobre quaisquer outros.

Como *segunda regra*, os *deveres constitucionais específicos do Advogado ou do Procurador de Estado* precedem a quaisquer outros deveres específicos impostos por leis ordinárias ou atos normativos menores, pois os cometimentos de radical constitucional têm precedência sobre qualquer outra sorte de cometimentos.

Como *terceira regra*, o *dever de lealdade do Advogado ou Procurador de Estado*, enquanto *servidor público*, está referido ao ente estatal a que serve, e não a seus governos nem, muito menos, a governantes, como indivíduos eventualmente investidos em cargos e funções governamentais hierarquizadas.

²² Op. cit., 118/119.

Destarte, o Advogado ou Procurador de Estado, também nesse caso, tanto quanto qualquer outro servidor público, não se pode esquivar, sob pretexto algum, de se opor a toda ordem que, por ciência e consciência próprias, tenha como atentatória à lei e ao Direito, ainda porque, este espaço inviolável se lhe estaria, desde logo, garantido, acima de qualquer outro motivo, pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição).

Como *quarta regra, a fortiori* e, sobretudo, por se tratar de um dever constitucionalmente decorrente, o Advogado investido em Procuratura constitucional especificamente destinada ao controle de juridicidade do segmento da Administração junto à qual atua, tem o dever ético e funcional de se opor a todo ato da autoridade administrativa, seja de que nível provier, que lhe pareça, em ciência e consciência, atentatório à lei e ao Direito, ainda porque, enquanto no exercício da advocacia, inexistem qualquer hierarquia entre advogados, juízes, parlamentares ou administradores públicos, isso porque, se assim não fora, não teriam independência para exercer sua função constitucionalmente essencial”²³.

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Por vários anos no Brasil a defesa do poder estatal perante o Judiciário foi realizada pelo Ministério Público Federal, que exercia as atribuições de *custos legis* e, ao mesmo tempo, defendia em juízo o Estado, no âmbito federal²⁴. Era situação por vezes

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: *Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 47/48.

²⁴ Nessa mesma época (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

contraditória – em um momento o MPF poderia demandar contra o Estado na defesa de conquistas institucionais e, em outro, poderia contestar pretensões idênticas em sua defesa da União. Da mesma forma que a defesa da sociedade por parte do Ministério Público Federal carecia de dedicação exclusiva, a defesa da União exigia urgente especialização.

A Advocacia-Geral da União (criada pela Constituição Federal de 1988 e efetivamente consolidada pela Lei Complementar 73/93) nasceu, assim, da necessidade de se organizar, em uma instituição única, a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Está disciplinada no art. 131 da CR/88, 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.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da

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. Exercia parcialmente a representação extrajudicial da União a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), como órgão do Ministério da Fazenda. A representação judicial da União esteve afeta ao Ministério Público da União até o advento da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, com exceção daquela referente às causas de natureza fiscal que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

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 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), surgiram as normas estruturantes de órgãos, cargos, carreiras e funções da AGU. A ela seguiram-se leis, igualmente importantes para a atual configuração da instituição.

Conquanto a AGU esteja ligada ao Poder Executivo, uma vez que lhe presta atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, representa, judicial e extrajudicialmente, toda a União, seus três Poderes, portanto. Sua natureza jurídica é, assim, de órgão de Estado. No ponto, vale transcrever as observações de César do Vale Kirsch:

3 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Eis o que prevê o art. 44, I, II e § 1º, da Lei 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

Conforme Paulo Lôbo, em 14 de dezembro de 1931 foi aprovado o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil (“primeiro Estatuto”), sendo o modelo adotado o do *Barreau de Paris*, tanto para a organização da entidade como para o paradigma liberal da profissão de advogado. Tal regulamento, com várias posteriores modificações, vigeu até a entrada em vigor da Lei 4.215/1963. Em 25 de julho de 1934, o Conselho Federal da OAB aprovou o Código de Ética Profissional e, em 11 de agosto de 1942, o Decreto-lei 4.563 autorizou a instituição de caixas de assistência em benefício dos profissionais inscritos na Ordem.

Ainda segundo Lôbo, em 10 de junho de 1963 a Lei 4.215/63 (segundo estatuto) entrou em vigor, “*passando a OAB, durante toda a década de sessenta, a promover sua implantação e a atuar institucionalmente, em todo o País e de modo crescente, na defesa dos direitos humanos violados pelo novo regime militar. A lei sofreu várias alterações advindas das Leis n. 5.390/68, 5.681/71, 5.842/72, 5.960/73, 6.743/79, 6.884/80, 6.994/82 e do Decreto-Lei n. 505/69*”²⁵.

A Lei 8.906/1994 (terceiro e atual estatuto) entrou em vigor em 5 de julho de 1994 e, em 1º de março de 1995, publicou-se o Código de Ética e Disciplina, aprovado pelo

²⁵ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. Ed. Saraiva: 5ª ed., p. 245-246.

Conselho Federal da OAB. Em seu art. 44, o Estatuto estabelece que a OAB é “*serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa*” e tem, como uma de suas finalidades “*promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil*” (inc. II).

Cabe, portanto, à Ordem, **por delegação do Estado**, a regulamentação e a tutela da profissão de advogado privado, que é, reconhecidamente, inclusive pela Constituição, essencial ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Lôbo, “ao Estado põem-se duas alternativas: ou se ocupa diretamente da regulamentação e da tutela da profissão de advogado, como foi no passado, antes da criação da OAB, ou confia aos próprios interessados a disciplina e defesa da sua profissão, delegando-lhes os poderes necessários, como ocorreu a partir do Regulamento de 1931”²⁶.

O atual estatuto prescreve que a OAB não mantém vínculo com a administração pública. Possui funções constitucionais próprias, relativamente à legitimidade para ajuizamento de ações de controle de constitucionalidade de leis, à defesa da Constituição, à participação na composição de tribunais e à participação em concursos públicos. Presta serviço público independente, especializado, e de caráter permanente. Ressalta Lôbo:

Serviço público não significa necessariamente serviço estatal, este assim entendido como atividade típica exercida pela Administração Pública. Serviço público é gênero do qual o serviço estatal é espécie. A evolução dos conceitos e da experiência jurídica, mercê da transformação do Estado Moderno, fortalece

²⁶ Op. cit., p. 252.

a afirmação corrente de que **nem tudo o que é público é estatal**.

A defesa da classe dos advogados, dos direitos humanos, da justiça social e do Estado Democrático de Direito, encartada nas finalidades da OAB previstas no art. 44 do Estatuto, supõe o virtual conflito com o Poder Público. Se este impede, dificulta ou viola o exercício da advocacia, ou se malferir ou contraria os valores pelos quais deve ela pugnar, o confronto é inevitável e o conflito de interesses se instala. [...]

O Estado Moderno não apenas se vale de entidades dele desmembradas (Administração descentralizada e indireta), sob sua tutela ou controle. Também reconhece competência para o exercício de funções públicas a entidades que não o integram, atribuindo-lhes poderes que seriam originalmente seus, como ocorre com o poder incontestado da OAB de selecionar, fiscalizar e punir advogados. Não se trata de um novo corporativismo, nos moldes medievais das guildas e corporações de ofício, mas delimitação de autotutela jurídica a entidades organizadas, para exercício de determinados serviços públicos.

As finalidades da OAB são indissociáveis da atividade de advocacia, que se caracteriza pela absoluta independência, inclusive diante dos Poderes Públicos constituídos. Se o advogado é necessário à administração da Justiça, então não pode estar subordinado a qualquer poder, inclusive o Judiciário. A OAB ou a advocacia dependente, vinculada ou subordinada, resulta na negação de suas próprias finalidades.

A Constituição prevê várias hipóteses de exercício de serviços públicos por pessoas e entidades privadas, como ocorre com o regime de concessão ou permissão públicas (art. 175) ou de serviços notariais (art. 236). O Estado às vezes comete a pessoas jurídicas de direito privado, a ele vinculadas, atividade típica de polícia administrativa, dispensando o tipo autárquico. Portanto, não basta a execução de serviços públicos para concretizar o tipo autarquia, mesmo que especial ou *sui generis*.

Se a OAB apenas exercesse serviço público estatal típico, poder-se-ia cogitar de *jus singulare*, porque seria tutelada por norma posta contra *tenorem rationis*, na peculiar formulação do *Digesto*. Ou seja, se tivesse natureza ampla de autarquia, seria *sui generis* ou independente, estando desligada ou desvinculada da

Administração Pública. Mas não é o caso, porque as finalidades da OAB são muito mais amplas e extra-estatais. [...]

Dario de Almeida Magalhães afirma ser a OAB entidade jurídica *sui generis*, que não se inclui nem entre as autarquias administrativas nem entre as entidades exclusivamente privadas, por não gerir qualquer parcela do patrimônio público ou se manter com dinheiros públicos. No mesmo sentido manifestou-se Miguel Reale, para quem a OAB é entidade singular, na qual características públicos e privados se coordenam e se complementam.

Com efeito, as receitas da OAB, embora oriundas de contribuições obrigatórias, não são tributos porque não constituem receita pública, nem ingressam no orçamento público, nem se sujeitam a contabilidade pública. O art. 149 da Constituição não se aplica à OAB.

Em suma, a OAB não é nem autarquia nem entidade genuinamente privada, mas serviço público independente, categoria sui generis, submetida fundamentalmente ao direito público, na realização de atividades administrativas e sancionadoras, e ao direito privado, no desenvolvimento de suas finalidades institucionais e de defesa da profissão.

Considerada a natureza de serviço público não estatal, mas serviço público de âmbito federal, os processos judiciais em que a OAB seja interessada sujeitam-se à competência da justiça federal (STF, HC 71.314-9-PI)²⁷.

Sobre a natureza jurídica da OAB, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.026-DF (relator Ministro Eros Grau), assentou:

[...] O fato é que, iniludivelmente, a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

Ela, sim, é um serviço independente, de feitiço único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como 'autarquias especiais', para pretender-se afirmar,

²⁷ Op. cit., p. 255/257.

e de modo equivocado, certa independência das hoje chamadas 'agências'.

Cumpra ver que não há apenas uma Administração, mas uma pluralidade de Administrações Públicas, todas elas titulares de relações jurídico-administrativas. Ao lado da Administração federal alinham-se as Administrações estaduais e as Administrações municipais, todas e cada uma delas contando – diz Eduardo Garcia de Enterría – com sua própria personalidade jurídica independente, em uma plêiade de entidades institucionais ou corporativas igualmente personificadas. Todas elas, no entanto, atuam de *modo harmônico*, mercê da definição de um quadro de competências no plano constitucional e dos mecanismos de tutela e instrumentalidade estabelecidos entre cada uma delas e suas entidades, de modo que – lanço mão das palavras de Eduardo Garcia de Enterría – toda a galáxia administrativa é reconduzida a uma unidade estrutural e sistemática.

Essa unidade estrutural e sistemática decorre, entre nós, do disposto no art. 37 da Constituição de 1988, sendo reafirmada nas dobras da legislação infraconstitucional.

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público. Embora em rigor situadas nos quadrantes da Administração Indireta, descentralizada, *'não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas'*; *'são responsáveis pelos próprios comportamentos'*.

Isso, contudo não importa, repita-se, em que se tornem absolutamente independentes, visto estarem sujeitas ao vínculo da tutela administrativa, que Celso Antônio Bandeira de Mello define como *'o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas (as autarquias) com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado'*.

Ora, a OAB não é, evidenciadamente, uma entidade da Administração Indireta. Não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada.

Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do que dispõe o artigo 133 da Constituição do Brasil. En-

tidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados não poderia vincular-se ou subordinar-se a qualquer órgão público.

A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I, da lei, tem por finalidade 'defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas'. Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa.

A Constituição do Brasil confere atribuições de extrema relevância à OAB, bastando para ratificar a assertiva ressaltar o disposto no inciso VIII do artigo 103 da Constituição, que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim a definição do advogado como essencial à promoção da Justiça, ao qual é assegurada inviolabilidade no que tange aos seus atos e manifestações no exercício da profissão. (grifou-se).

O serviço público que caracteriza a OAB decorre do cumprimento de seus objetivos institucionais (inc. I do art. 44 do estatuto) e a atuação da entidade faz-se em benefício da sociedade em geral, por isso o adjetivo “público”.

Em 2011 outra questão importante referente à OAB foi levada à Corte Suprema. Como observado anteriormente, no recurso extraordinário 603.583/RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25/5/12), questionou-se a constitucionalidade dos arts. 8º, IV e § 1º, e 44, II, da Lei 8.906/1994, os quais condicionam a inscrição nos quadros da OAB à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à entidade a atribuição de

regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em todo o país.

O apelo teve seu provimento negado por unanimidade. Na ocasião, argumentos relevantes foram utilizados para afirmar a necessidade do exame e a competência exclusiva da OAB para sua promoção.

Ressaltou-se, principalmente, que: o exame de suficiência é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançou o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício; o controle pode ser exercitado em momento concomitante, prévio ou posterior ao ato ou conduta, e a fiscalização em momento subsequente, quando já consumado o dano à coletividade, não é razoável; a possibilidade de perigo/risco gerado pela atividade profissional justifica a atividade interventiva, limitando o acesso à profissão ou ao respectivo exercício, pois o advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito, restando claro o interesse social relativo à existência de mecanismos de controle, objetivos e impessoais, concernentes à prática da advocacia; é a OAB categoria de entidade ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro, cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados.

Dos fundamentos adotados naquele julgamento, vê-se estarem voltados à atuação da OAB no controle do exercício da advocacia privada.

Cabe à OAB 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 subordinados e disciplinados por estatutos próprios dos órgãos aos quais vinculados. **É, portanto, inconstitucional o parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei 8.906/1994.**

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, CAPUT E § 1º, DA LEI 8.906/1994

Feito o apanhado sobre a advocacia privada, a entidade que a regula (Ordem dos Advogados do Brasil) e a advocacia pública (especialmente a advocacia pública *strictu sensu*), constata-se a inconstitucionalidade do art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 8.906/1994.

Eis o que prevê o dispositivo:

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.

Ocorre que, os advogados públicos apontados no parágrafo primeiro do artigo exercem atividade de advocacia, mas se sujeitam a regime próprio (estatuto específico) e não devem ins-

crever-se na OAB nem a ela se submeter. A Lei 8.906/1994 deve ser aplicada tão somente à advocacia privada.

Se é certo que o Estado delegou importantes funções à OAB no que diz respeito à fiscalização profissional dos advogados privados, **não** o fez em relação aos advogados públicos, mantendo-se o próprio Estado, na 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.

Há importante qualidade comum aos integrantes da advocacia pública e aos da advocacia privada: a capacidade postulatória. Os advogados privados (profissionais liberais) defendem os interesses das pessoas de direito privado, e os advogados públicos, embora com clientes diferentes e específicos (o Ministério Público defende os interesses da sociedade; a Defensoria Pública, os interesses dos necessitados; e a Advocacia de Estado, integrada pela AGU e pelas Procuradorias Estaduais e do DF, os interesses estatais, que têm como destinatário final o povo brasileiro), 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”*²⁸. São, pois, todos advogados, mas o advogado privado postula fazendo prova do mandato (art. 5º da Lei 8.906), dele não necessitando os advogados públicos, os quais

²⁸ 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*. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 396.

postulam no exercício do cargo público no qual foram investidos. Pela mesma razão, é inaplicável aos advogados públicos o disposto no art. 4º da Lei 8.906, à qual não se subordinam.

Em atenção ao art. 134 da Constituição, a Lei Complementar 80/1994 organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e deu outras providências, estabelecendo os direitos, as prerrogativas, as garantias, os impedimentos, as proibições, os deveres e a responsabilidade funcional dos Defensores. A Defensoria Pública possui estatuto próprio, o qual é expresso ao determinar, em seu art. 4º, § 6º, que “*a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público*” (grifou-se).

Por sua vez, a Lei Complementar 73/1993, que disciplinou e organizou a Advocacia-Geral da União, em conformidade com o art. 131 da CR, atribuiu a seus integrantes, sem exigência de registro em entidade ou conselho de classe, a *representação judicial e extrajudicial da União*. Tal representação decorre do próprio texto constitucional (art. 131 da CR). Também assim deve ser no que toca aos Procuradores de Estado, aos Procuradores de Município e aos Procuradores Autárquicos – a capacidade de postular é ínsita dos cargos em questão.

Tanto a Defensoria Pública quanto a AGU possuem estatutos próprios e regimes disciplinares específicos. Não se lhes aplicam as disposições da Lei 8.906/1994 concomitantemente com tais estatutos. A capacidade postulatória desses advogados públicos decorre da própria relação estatutária, consoante as leis com-

plementares aplicáveis (que os impedem de exercer advocacia privada).

Entendimento de que somente o advogado regularmente inscrito na OAB tem legitimidade para o exercício do *ius postulandi*, a partir de interpretação embaçada da expressão “o advogado é indispensável à administração da justiça” – art. 133 da CR, está há muito superado por esse Supremo Tribunal Federal. Qualquer pessoa capaz, por exemplo, pode acionar os Juizados Especiais e a Justiça Trabalhista e, mesmo incapaz, pode impetrar *habeas corpus*. Logo, capacidade postulatória não é exclusiva de advogados – leis podem facultar (e facultam) postulação em juízo por pessoas que não detêm habilitação de advogado (inscrição na OAB).

Eis alguns precedentes da Suprema Corte nesse sentido:

HABEAS CORPUS. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS MÍNIMOS DE COGNOSCIBILIDADE. AUSÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. PRECEDENTES. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra decisão de indeferimento de liminar proferida por Tribunal Superior. Incidência da Súmula nº 691 desta Corte. A impetrante não demonstrou a excepcionalidade do caso concreto, que poderia conduzir à superação da súmula nº 691 desta Corte e ao conhecimento de ofício de suas alegações. **Conquanto o *habeas corpus* não exija maiores formalidades, podendo ser impetrado por qualquer pessoa, ainda que sem capacidade postulatória, é imprescindível que a inicial satisfaça, pelo menos, requisitos mínimos de cognoscibilidade.** O revolvimento aprofundado de fatos e do lastro probatório contido nos autos da ação penal de origem é inviável na estreita via do *habeas corpus*. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 102407, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 9/4/2010)

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. **Nos processos de natureza cível não é absoluta a obrigatoriedade da presença do advogado em juízo. A lei dos juizados especiais pode facultar às partes, em determinadas hipóteses, a dispensa da assistência de profissional da advocacia.** Precedentes. 3. Ademais, a alegada contrariedade à Constituição Federal não prescinde da prévia análise dos fatos e das provas, o que encontra óbice na Súmula STF nº 279. 4. Agravo regimental improvido. (AI 461490 ED, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 7/8/2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. **O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88].** Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 367432 AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJe 14/5/2010)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. 1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. **Não é absoluta a assistência do profissional da advoca-**

cia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes. 2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente. (ADI 1539, Rel. Min. Maurício Corrêa, Dje 05/12/2003).

Outro aspecto relevante diz respeito à **impossibilidade jurídica e fática de a OAB exercer controle sobre atividades desempenhadas pelos advogados públicos no exercício de suas funções institucionais, ou submetê-los ao seu regramento disciplinar.** Não sendo entidade componente da Administração Pública Federal, não pode imiscuir-se na disciplina e vinculação funcional dos advogados públicos.

Integrantes das carreiras afetas à advocacia pública têm deveres e direitos próprios, expressos na legislação de regência, autônomos e alheios à OAB. Os da AGU, por exemplo, estão sujeitos à fiscalização correicional da Corregedoria da instituição. O Decreto 767/93 disciplina o controle interno da AGU, regulamentando os arts. 32, 33 e 34 da LC 73. O controle disciplinar dos integrantes das demais carreiras mencionadas no § 1º do art. 3º da Lei 8.906/1994 independe de posicionamento ou entendimento de entidade de classe de advogados particulares. Também por esse motivo, portanto, não há razão para a vinculação e submissão desses servidores públicos à ordem dos advogados (*privados*) do Brasil.

A OAB não é entidade componente da Administração Pública Federal. 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 manter inscrição nos respectivos entes de fiscalização profissional. Já decidiu o STF, em decisão citada (ADI 3.026-DF), 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. [...] Não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada*”. Se é entidade independente, não sujeita a controle da Administração, não pode pretender controlar profissionais regidos por outros estatutos. Se não é controlada, não deve controlar.

Outro ponto fundamental a se considerar diz respeito a um dos requisitos exigidos para o exercício da advocacia pública: a comprovação, pelo candidato a advogado público, de sua qualificação técnica – tal comprovação se dá *ao Estado* mediante *aprovação em concurso público de provas e títulos*, por força do art. 37, inciso II, da CR/88.

Da mesma forma que a OAB possui legitimidade e competência (reconhecidas no julgamento do RE 603.583/RS) para aferir se bacharel em Direito está apto ao exercício da advocacia *privada*, cabe, *ao Estado*, o controle de qualificação técnica dos

bacharéis candidatos a advogados *públicos*, mediante concurso de provas e títulos.

Membros da Defensoria Pública, da AGU e das Procuradorias Estaduais, do DF e municipais ingressam na carreira após aprovação em concursos públicos de provas e títulos, os quais comprovam sua qualificação para o trabalho. O certame para ingresso nas Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal conta com *participação* da OAB em todas as fases (art. 132 da CR).

Especificamente em relação à AGU, cumpre ainda ter em conta que, antes da edição da Orientação Normativa CGAU/AGU nº 1/2011²⁹ (que, embasada no inconstitucional § 1º do art. 3º da Lei 8.906/1994 tornou obrigatória a inscrição na OAB a todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União), nenhum edital de

²⁹ Orientação Normativa nº 1, de 21 de junho de 2011.

O Corregedor-Geral da Advocacia da União, no exercício das competências e atribuições previstas nos artigos 5º e 6º, da lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e art. 40, III, do decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, e considerando o despacho do senhor advogado-geral da União constante a fl. 204 do processo nº 00406.000246/2006-12, bem como a necessidade de orientar a atuação correicional e disciplinar, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os advogados da União, procuradores da fazenda nacional, procuradores federais e integrantes do quadro suplementar da advocacia-geral da União, de que trata o art. 46 da medida provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2011:

É obrigatória a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, por todos os advogados da União, procuradores da fazenda nacional, procuradores federais e integrantes do quadro suplementar da advocacia-geral da União, de que trata o art. 46 da medida provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2011, para o exercício da advocacia pública no âmbito da instituição.

Os membros da advocacia-geral da União e de seus órgãos vinculados respondem, na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontrem investidos, exclusivamente perante a advocacia-geral da União, e sob as normas, inclusive disciplinares, da lei orgânica da instituição e dos atos legislativos que, no particular, a complementem.

(Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/270464>. Acesso em 18/3/2015).

concurso anterior previu necessidade de inscrição na OAB aos candidatos à carreira.

A maioria das carreiras jurídicas exige três anos de *atividade jurídica* (prática da advocacia, magistério, pós-graduação, conciliação judicial, entre outras atividades), para assunção das atribuições do cargo público. No caso específico da prática da advocacia, a inscrição do advogado na Ordem deve ser suspensa no momento em que investido no cargo público.

Por todo o exposto, conclui-se que advogado público só deve se vincular e submeter à OAB quando e se atuar como advogado privado (quando então deixará, se não o houver feito, suas atribuições públicas).

Eis o que dispõem os dispositivos constitucionais violados (grifos não originais):

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 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, 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 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.

Ante esses dispositivos e todo o exposto, constata-se inconstitucionalidade formal e material do § 1º do art. 3º da Lei

8.906/1994 e necessidade de o *caput* do artigo ser interpretado em conformidade com a Constituição da República para entender-se alusivo *apenas* a advogados privados. Eis os pontos principais da tese:

1) a atuação do advogado privado, profissional liberal, não se confunde com a do advogado público. Essencialmente, são distintos os interesses patrocinados e os requisitos exigidos para o exercício de cada uma dessas funções;

2) advogado privado é o profissional do Direito que representa e defende os interesses de pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado, perante os órgãos do Poder Judiciário. Está vinculado à Ordem dos Advogados do Brasil e a ela se submete. Exerce múnus público, mas sua atividade é exercida em *caráter privado*. Distingue-se do advogado público, agente do Estado, sendo o caráter público de sua atividade inerente ao cargo que ocupa. O advogado público é *servidor público*, investido de cargo de provimento efetivo e remunerado pelo Estado.

3) a advocacia pública é desenvolvida por órgãos com competências específicas, estabelecidas em razão dos interesses envolvidos e gera funções de controle indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

4) o art. 134 da Constituição é claro quanto ao propósito de estabelecer a Defensoria Pública como instituição singular. O tratamento a ela dispensado livra-a de ingerência no que diz respeito ao exercício das funções que lhe são típicas.

5) Inclusão de advogados públicos no Estatuto da Ordem foi inovação da Lei 8.906/1994. Até então, os estatutos da advocacia (Decreto 20.784/1931 e Lei 4.215/1963) voltavam-se *exclusivamente* para a advocacia entendida como profissão liberal, autônoma. Não se cogitava de que advocacia pública – exercida por órgãos com competências e estatutos específicos –, fosse submetida ao estatuto de entidade *sui generis*, desvinculada da administração pública.

6) 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 deve ser estendida aos *advogados públicos*, os quais são selecionados diretamente pelo Estado (mediante concurso de provas e títulos) e subordinados e disciplinados por estatutos próprios dos órgãos aos quais vinculados.

7) as disposições da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) não se aplicam à Defensoria Pública e aos advogados públicos *strictu sensu*. A capacidade postulatória desses advogados públicos decorre de seus estatutos e das leis complementares de regência (LCs 80/1994 e 73/93), que os impedem de exercer a advocacia privada.

8) Advogado público *só* deve se vincular/submeter à OAB quando e se for atuar como advogado privado.

9) Advogados públicos (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) exercem atividade de advocacia, mas se sujeitam a regime próprio (estatuto específico), não necessitando de inscrição na OAB nem a ela se submetem.

5 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO CAPUT E DA NULIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 8.906/1994

Como sabido, uma lei somente pode ser declarada inconstitucional se não lhe for possível atribuir uma interpretação condizente com a Carta Maior. A técnica de *interpretação conforme a Constituição* surge como apanágio da segurança jurídica, implicando num assentamento da correta exegese que se deve atribuir a determinado diploma legislativo para que se adapte ao texto constitucional. No caso, a norma questionada não é retirada do ordenamento jurídico, mas sua aplicação passa a ser tolerada apenas quando estiver de acordo com a interpretação que lhe deu o Judiciário, sendo inválida se analisada de forma diversa.

No caso, o *caput* do art. 3º da Lei 8.906/1994 prevê que “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)”.

No caso, aplicando-se a técnica de *interpretação conforme à Constituição*, tem-se que tal dispositivo deve ser entendido como alusivo apenas aos advogados privados. Isso porque, como demonstrado, os advogados públicos (integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da De-

fensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional) exercem, sim, atividade de advocacia, mas sujeitam-se a regime próprio (estatuto específico), não necessitando de inscrição na OAB nem, tampouco, a ela se submetendo.

Essa interpretação não exclui a obrigatória inscrição na OAB *apenas* dos advogados públicos que, em virtude de seus especiais regimes estatutários, possam acumular o exercício da advocacia pública com o da privada, para a qual estará sujeito à fiscalização da OAB.

Quanto ao § 1º do mesmo artigo, por todas as razões apresentadas, revela-se nulo.

Entender-se de qualquer outra forma implica **inconteste inconstitucionalidade também por vício formal do § 1º do art. 3º da Lei 8.906/1994**, tendo em vista que lei *ordinária* adentra indevidamente em seara que a Constituição reservou a lei complementar. Como prevê o art. 131 da CR, “*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*” (grifou-se).

Da mesma forma em relação à Defensoria Pública. O parágrafo primeiro do art. 134 da Constituição é claro ao dispor que “*lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Dis-*

trito 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” (grifou-se).

A Lei Complementar 73/93 é a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e a Lei Complementar 80/1994 regula a Defensoria Pública – a Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) não deve, portanto, ser aplicada a defensores públicos e advogados públicos *strictu sensu*.

III. PEDIDOS

Em face do exposto, requer-se:

- a) intimação para manifestação do Advogado-Geral da União (CR, art. 103, § 3º);
- b) abertura de prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República, após manifestação do AGU; e

c) procedência do pedido, para ser declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 8.906/1994 e para emprestar-se, quanto ao *caput* do art. 3º, interpretação conforme à Constituição, para entender-se ser tal preceito alusivo apenas aos advogados privados.

Brasília (DF), 16 de junho de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

FRS/CD