

# ***O Defensor Público e a advocacia particular***

Zilah Maria Callado Fadul Petersen

## Sumário

1. Introdução. 2. A Defensoria Pública na Constituição Federal vigente. 3. O Defensor Público e o exercício da advocacia privada. 3.1. Vedação constitucional. 3.2. A questão na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. 3.3. A Defensoria Pública em face do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. 3.4. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.754-9, de 18 de dezembro de 1997, e nº 1.896-8, de 5 de outubro de 1998, a Lei nº 9.651, de 27 de maio de 1998, e outras normas subseqüentes. 3.5. A questão diante do Conselho Superior da Defensoria Pública da União. 4. Conclusão.

## *1. Introdução*

O exercício, pelos Defensores Públicos – em qualquer âmbito da Federação brasileira –, da advocacia privada suscita, naqueles que se dedicam ao estudo e à prática do Direito, importantes indagações acerca da possibilidade jurídica daquela atuação profissional liberal em concomitância com o exercício das atribuições institucionais.

Com efeito, a análise da Constituição Federal vigente na parte especificamente voltada aos Defensores Públicos, bem como das demais normas que, integrando o Ordenamento Jurídico positivo, correlatamente disciplinam o tema, possibilita, sobretudo para aqueles cujo mister profissional se volta à atuação jurisdicional do Estado, a inclusão do tema entre aqueles que apresentam alta relevância jurídica.

Doutora em Direito, pela Universidade de São Paulo, com trabalho de pesquisa em nível de pós-doutorado pela Universidade de Paris (Paris 2); Magistrada integrante da Justiça Militar da União; Professora aposentada da Universidade Federal do Pará; Coordenadora de Avaliação da Faculdade de Direito e Professora dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UPIS, o último em convênio com a Universidade Federal de Pernambuco.

Impõe-se ressaltar que a importância da questão aumenta na medida em que nos defrontamos com o livre exercício da advocacia privada por parte de vários Defensores Públicos da União ou das demais Unidades da Federação, amparados no entendimento manifestado pelo douto Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em decisão recursal prolatada em 14 de abril de 1997, que declarou a existência do direito de exercício daquela advocacia pelos Defensores Públicos admitidos antes da Lei Complementar número 80, de 12 de janeiro de 1994.

Para melhor entendimento da questão e alcance de sua configuração na objetividade do Ordenamento Jurídico impõe-se seu enfrentamento mediante um trabalho hermenêutico voltado ao Direito Positivo nacional vigente, na parte que disciplina o tema, confrontado com o posicionamento de Entidades de Classe, em especial da Ordem dos Advogados do Brasil. Ressalte-se, por oportuno, que a abordagem aqui feita é exclusivamente fundada em questões técnicas, correspondendo a uma postura hermenêutica que sintetiza a peculiar liberdade de apreciação de questões, *in casu* jurídicas, com fulcro em princípios e métodos considerados adequados à Ciência do Direito, postura essa sujeita, portanto, a respostas concordes ou contestatórias.

## 2. A Defensoria Pública na Constituição Federal vigente

Analisando a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 (BRASIL, Constituição, 2000), ora vigente, verificamos que, ao tratar, em seu Título IV, da Organização dos Poderes, referida Carta reserva o seu Capítulo IV para as Funções Essenciais à Justiça, nelas destacando o Ministério Público, a Advocacia Pública e, na última Seção, a Advocacia e a Defensoria Pública. E assim dispõe em seus artigos 134 e 135:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdic-

cional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.

Parágrafo único. 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.

Art. 135<sup>1</sup> Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, §4º”.

Pelo contido no preceito acima transcrito, constatamos que o Constituinte deu à Defensoria Pública *status* de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, destinando-a especificamente à orientação jurídica e à defesa, em todos os graus, dos necessitados, esses considerados nos termos da qualificação feita pelo artigo 5º, inciso LXXIV, daquele Estatuto Constitucional.

Após qualificar institucionalmente aquele Órgão e seus representantes, embora deixando, para Lei Complementar, a organização daquela Defensoria no âmbito da União, Distrito Federal e Territórios, bem como a prescrição de normas gerais para sua organização nos Estados da Federação, a Carta Magna fixou as linhas mestras daquela Instituição. Assim, estabeleceu que a Defensoria Pública deveria ser organizada em cargos de carreira, determinou a forma de provimento da classe inicial dos mesmos e relacionou, de modo específico – pois outras existem em decorrência da própria natureza da função exercida –, tanto as garantias asseguradas, quanto as vedações impostas aos seus ocupantes. Entre as primeiras, realçou a segurança e a igualdade que decorrem de uma Instituição organizada em car-

gos de carreira: o provimento, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos; a inamovibilidade dos Defensores Públicos e as bases remuneratórias. E, como vedações específicas, além daquelas que estão implícitas ou decorrem da natureza pública da função, uma foi expressamente imposta: o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais de seus representantes.

Perquirindo-se o sentido daquela norma constitucional restritiva de direitos, concernente à vedação contida na parte final do parágrafo único do artigo 134, acima transcrito, verifica-se que o Constituinte, após considerar a Instituição recém-criada essencial à função jurisdicional do Estado, disciplinar o acesso à mesma e garantir alguns direitos a seus integrantes, a esses expressamente vedou o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Nesse sentido, o artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assim dispõe:

”Art. 22. É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição”.

Aparentemente ambígua a norma constitucional ao referir “direito de opção pela carreira”. O problema, contudo, é totalmente afastado por meio da análise preliminar da expressão “*carreira*” em seus sentidos técnico e contextual, confrontados com um elemento histórico e com a simples leitura da parte final do preceito acima transcrito.

Com efeito, da indagação acerca do que é *carreira* e qual é a referida no mencionado artigo 22 resulta que o preceito constitucional trata da carreira da nova Instituição, a Defensoria Pública, cujas funções anteriormente eram exercidas por outros Órgãos, entre os quais a própria Advocacia de Ofício. Com a criação daquela Defensoria por

meio da Constituição de 1988, ficou estabelecido, no próprio texto criador, que a referida Instituição deveria ser organizada por intermédio de Lei complementar, “em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos”.

Apreciando-se a questão, verifica-se que a Defensoria Pública havia sido constitucionalmente criada, mas não organizada. Sua função específica de orientação jurídica e defesa dos necessitados já era, conforme mencionado, anteriormente exercida e tal fato orientou o Constituinte a admitir o aproveitamento, na nova Instituição, daqueles que, em determinado momento constitucionalmente fixado – até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte –, encontrassem-se investidos daquela função. Nesse sentido, a própria Carta Magna excepcionou aquele preceito genérico e afastou a exigência concernente ao concurso público de provas e títulos para admissão na classe inicial da carreira daqueles que se enquadrassem nos pressupostos estabelecidos: a eles foi garantido o “direito de opção pela carreira”, ficando condicionada a observância das *garantias* e *vedações* previstas no artigo 134, parágrafo único, da Constituição Federal, estando neste expressamente “vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”.

### 3. O Defensor Público e o exercício da advocacia privada

A expressão constitucional “advocacia fora das atribuições institucionais” possibilita a análise da questão sob três aspectos principais: o constitucional; o concernente a disciplina legal, em especial voltado à Lei Complementar número 80, de 12 de janeiro de 1994, e à Lei 9.651, de 27 de maio de 1998; e um último aspecto, intimamente ligado aos dois anteriores, referente ao exercício da advocacia como profissão liberal, examinada especificamente à luz da lei que disciplina o exercício da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil e da decisão

proferida, a respeito do assunto, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como das Ações Diretas de Inconstitucionalidade interpostas e da manifestação do Conselho Superior da Defensoria Pública da União.

### 3.1. *Vedação constitucional*

Nos termos anteriormente referidos, verificamos que, ao fixar as linhas básicas que estruturam a Defensoria Pública, bem como aquelas que disciplinam o exercício daquela função pública por parte de seus integrantes, a Constituição Federal vigente veda, de forma inequívoca, o exercício da advocacia *fora das atribuições institucionais*.

Em realidade, a exceção constitucionalmente estabelecida em relação às determinações contidas no artigo 134 restringiu-se ao preceituado no artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, correspondendo, exclusivamente, ao afastamento da obrigatoriedade do concurso público de provas e títulos para admissão na classe inicial da carreira, situação garantida àqueles que, investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, optassem pela carreira, ficando mantidas todas as demais garantias e vedações constitucionais previstas no citado parágrafo único do artigo 134.

A relevância do novel Órgão e dos interesses públicos que passaria a defender, a importância e complexidade das questões a ele submetidas levaram o Constituinte a considerar indispensável a exclusiva disponibilidade de seus integrantes, afastando-os de uma outra atividade também complexa e absorvente e quase sempre colidente com a função pública em termos de horário de trabalho e de interesses defendidos: a advocacia particular. É o interesse público se contrapondo ao interesse particular; interesse público cuja supremacia é resguardada e garantida em cumprimento a diversos mandamentos constitucionais, entre os quais os atinentes aos princípios da legalidade e da moralidade.

A vedação expressamente estatuída na parte final do parágrafo único do artigo 134 da Constituição Federal vigente, e ratificada pelo artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ambos anteriormente transcritos, não pode, com fulcro em considerações de Justiça isonômica ou em decorrência de simples postura axiológica do intérprete ou do julgador, ser simplesmente afastada, pois não é juridicamente cabível opor um direito, mesmo se considerado adquirido pela forma como vinha sendo exercitado, à expressa determinação constitucional que o veda. Além disso, tendo aquele Órgão sido criado pela mencionada Constituição, impõe-se o afastamento de qualquer cogitação de direito adquirido pelo Defensor Público quanto à realização da advocacia privada, salvo para a única exceção introduzida pelo Constituinte: o direito de opção pela carreira, respeitados os pressupostos constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito, considerando as características próprias do Sistema Jurídico e a conseqüente posição hierárquica das normas constitucionais, oriundas do poder originário, direto ou representado, conclui-se que, se a Constituição garante determinado direito, somente a ela incumbe – em princípio e dependendo da natureza desse direito – excepcionar tal garantia contrapondo-lhe uma vedação. *Contrario sensu*, se a Constituição estabelece expressamente uma vedação, esta somente poderá ser excepcionada pela mesma instância criadora.

Assim, mesmo se interpretarmos restritivamente – forma que necessariamente se impõe à hermenêutica das normas restritivas de direitos – a aludida vedação constitucional relacionada à Defensoria Pública e a confrontarmos com a disciplina constitucional de vedação semelhante, relacionada ao Ministério Público, concluiremos que, inicialmente, idêntica é a proibição constitucional quanto ao exercício da advocacia pelos membros das duas Instituições, estando a disciplina referente à última delas estatuída no artigo 128, §5º, inciso II, alí-

nea *b*, da Carta Magna. Apesar disso, constata-se que, ao contrário do disposto em relação à Defensoria Pública, a própria Constituição excepcionou aquela regra restritiva de direito dos membros do Ministério Público ao dispor, no artigo 29, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

“Art. 29...

§ 3º Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta”.

Evidente o contraste entre a redação do preceito acima transcrito e a do artigo 22 do mencionado Ato, pois, ao excepcionar, em relação ao Ministério Público, a regra contida no artigo 128, § 5º, inciso II, alínea *b*, da Constituição Federal, o Constituinte claramente demonstrou a diversidade de sua intenção ao dispor acerca dos dois Órgãos que, embora diversos em suas atribuições institucionais e momentos de criação, exercem funções essenciais à Justiça e se encontram enquadrados no mesmo Capítulo da aludida Constituição, assegurando aos Defensores Públicos investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte apenas o direito de opção pela carreira, sem realização de concurso público específico, com expressa referência à observância *das garantias e vedações* anteriormente impostas.

Conseqüentemente, a vedação do exercício, pelos Defensores Públicos, da advocacia fora das atribuições institucionais exsurge da análise dos preceitos constitucionais especificamente referentes ao Órgão e resulta reforçada quando o hermeneuta compara aquele preceito com o concernente aos integrantes do Ministério Público.

Impõe-se também ressaltar, por oportuno, que a mencionada vedação constitucional abrange todos os membros da Defensoria Pública, seja ela da União, do Distrito Federal e Territórios, ou dos Estados-mem-

bros da Federação, pois as aludidas regras constitucionais são gerais e se voltam à Instituição e seus integrantes.

3.2. *A questão na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (BRASIL, Manuais (...), 1995)*

O regime próprio da Defensoria Pública está, como anteriormente mencionado, previsto na Constituição Federal, que remete à Lei Complementar a sua organização na União, no Distrito Federal e Territórios, bem como a prescrição de normas gerais para sua organização nos diversos Estados da Federação, respeitadas, é claro, as prerrogativas e as vedações constitucionalmente estabelecidas. Em atendimento a essa determinação, surgiu a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, publicada no Diário Oficial da União do dia subsequente, que “organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências”.

Analisando a matéria referente à questão ora discutida, verifica-se que aludida Lei dispõe, em seu artigo 46, integrante do Capítulo IV, que trata dos “direitos, das garantias e das prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União”, *verbis*:

“Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício do cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado:

I – exercer a advocacia fora das atribuições institucionais...”.

Aludida vedação é repetida pelo legislador ao dispor acerca da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (artigo 91, inciso I) e da Defensoria Pública dos Estados (artigo 130, inciso I).

Já em seu artigo 137, inserto no Título V, que trata das Disposições Finais e Transitórias, aquela Lei Complementar repete o preceito contido no Artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 137. Aos Defensores Públicos investidos na função até a data da

instalação da Assembléia Nacional Constituinte é assegurado o direito de opção pela carreira, garantida a inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições constitucionais”.

Na análise anterior, foi verificado que ao vedar, aos Defensores Públicos, o exercício da advocacia fora de suas atribuições institucionais, em nenhum momento a Carta Magna excepcionou aquela vedação. Ao contrário, reforçou-a quando possibilitou a opção pela carreira e expressamente referiu a observância das vedações impostas, tudo na forma estabelecida no artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E a Lei Complementar nº 80/94 apenas repetiu, nos termos de sua publicação e conseqüente vigência, as disposições constitucionais existentes a respeito do assunto.

É, contudo, importante ressaltar, no âmbito do presente estudo, que, ao aprovar aludida Lei Complementar, o Congresso Nacional o fez com acréscimo, ao supratranscrito artigo 137, de um parágrafo único, que assim dispunha acerca da matéria:

“Art. 137...

Parágrafo único. A vedação constante deste artigo não se aplica ao membro da Defensoria Pública se não prevista na disciplina legal do cargo até a data da promulgação da atual Constituição”.

Ao possibilitar, nos termos do parágrafo único acima transcrito, o exercício da advocacia privada pelos que, investidos na função de Defensores Públicos, estivessem, até a data da promulgação da mencionada Constituição, legalmente autorizados a exercer aquela advocacia, pretendeu o legislador introduzir, na legislação ordinária, preceito contrário à vedação contida na Constituição Federal, utilizando, na interpretação desta, elemento evidentemente contrário àquilo que, na aludida Carta Maior, encontra-se expresso ou implícito. Não o conseguiu, contudo, uma vez que foi obstado pelo veto presidencial.

Evidente a inconstitucionalidade do aludido parágrafo, pois, ao pretender legalmente excetuar, em favor dos membros da Defensoria Pública, a vedação constitucional ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, condicionando tal exceção à inexistência de proibição daquela atividade até a data da promulgação da Constituição, o legislador ultrapassou, com expressa violação, a regra constitucional estatuída na parte final do parágrafo único do artigo 134, regra essa que não havia sofrido qualquer exceção no bojo da Carta Magna que a instituiu, indo, também, além dos limites fixados pelo artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Aludida inconstitucionalidade foi, contudo, conforme anteriormente mencionado, oportunamente constatada pelo Senhor Presidente da República e utilizada como fundamento do veto imposto – acertadamente, em nosso entender – ao supra-referido parágrafo único do artigo 137 da Lei Complementar nº 80/94, sem que ao mencionado veto tenha havido rejeição no Congresso Nacional.

Assim, tal como se encontra vigente a Lei Complementar nº 80/94, a vedação constitucional ao exercício, pelos Defensores Públicos, da advocacia fora de suas atribuições institucionais está legalmente confirmada e garantida, impondo-se sua observância a todos os integrantes daquele Órgão.

### 3.3. A Defensoria Pública em face do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil

Ao tratar das *Funções essenciais à Justiça*, a Constituição Federal vigente destacou, em Seção específica, preceitos voltados à *Advocacia e à Defensoria Pública*.

De uma simples análise da rubrica da Seção II, voltada à *Advocacia Pública*, confrontada tanto com a rubrica quanto com os preceitos contidos na Seção III acima aludida, decorre que, apesar de distinguir, na última Seção, *Advocacia e Defensoria Pública*, ao vedar o *exercício da advocacia fora das atribuições institucionais*, a Carta Magna cla-

ramente afirma, embora de forma implícita, que o Defensor Público exerce a advocacia ao realizar suas atribuições institucionais.

A evidência dessa conclusão está refletida na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (BRASIL, Estatuto (...), 1998, p.17-46), que ao dispor “sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”, inclui, no § 1º do seu artigo 3º, os integrantes da Defensoria Pública dentre aqueles que exercem atividade de advocacia, sujeitando-se, ao mesmo tempo, ao regime daquela Lei, além do regime próprio ao qual se encontram subordinados. *In verbis*:

“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”.

Em concordância com o preceituado no parágrafo 1º, acima transcrito, ao tratar das incompatibilidades em seu artigo 28, a Lei em referência disciplinou genericamente a questão concernente a certas classes de servidores públicos, especialmente as mencionadas nos seus incisos II, III e IV, deixando aos regimes próprios de cada classe as disposições específicas necessárias. E consolidando a submissão dos Defensores Públicos a duplo regime jurídico, o Regulamento Geral da aludida Lei, publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 16 de novembro de 1994, e com alterações posteriores (BRASIL, Estatuto (...), 1998, p. 57-98), ao tratar, em seu artigo 9º, da Advocacia Pública, nela inclui os integrantes da Defensoria Pública, declarando estarem “obrigados à inscrição

na OAB, para o exercício de suas atividades”.

Harmônica a correlação entre as disposições constitucionais e aquilo que se encontra legalmente preceituado, indicadores do inafastável exercício da advocacia na realização das atribuições institucionais – funcionais, portanto – do Defensor Público. Além disso, aludida correlação se apresenta perfeitamente adequada aos princípios informativos da hierarquia das normas que integram o Sistema Jurídico nacional, pois, ao ressaltar a submissão, *in casu* dos Defensores Públicos ao regime que especificamente os subordinem, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não ultrapassa os limites juridicamente permitidos, resguardando o respeito às disposições constitucionais e legais diretamente concernentes àqueles Defensores.

Diante do arcabouço constitucional e legal existente, é juridicamente inaceitável, *data maxima venia*, a decisão prolatada, no dia 14 de abril de 1997, pelo respeitável Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no Recurso nº 5.016/97/PCA, obtida mediante o voto da maioria dos membros integrantes de sua Primeira Câmara². *In verbis*:

“Recurso nº 5.016/97/PCA

Origem: Conselho Seccional OAB/RJ

Recorrente: Presidente do Conselho Seccional OAB/RJ

Recorrido: Rogério Rabe

Relator: Conselheiro Roberto Ferreira Rosas (AC)

Decisão: Por maioria conhecer e negar provimento ao recurso.

Data da decisão: 14/04/97

Fls. Pub. DJ: 31287 Data pub. DJ: 30/06/97

EMENTA 027/97-PCA:

1 – Defensoria Pública. Artigo 134, parágrafo único da Constituição Federal. Vedação ao exercício da advocacia.

2 – Norma constitucional de eficácia limitada. Integração da norma com edição de lei complementar.

3 – Necessidade de interpretação adequada à restrição de direitos.

4 – Incompatibilidade com o exercício da advocacia a partir da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, àqueles nomeados após a sua edição.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria de votos, conhecer do recurso mas para negar-lhe provimento, mantida a decisão da OAB/RJ, que assegurou o direito de exercício da advocacia aos Defensores Públicos admitidos antes da Lei Complementar nº 80/94. Impedido o Representante da OAB/RJ. Brasília, 14 de abril de 1997 REGINALDO OSCAR DE CASTRO Presidente da Primeira Câmara ROBERTO FERREIRA ROSAS Conselheiro Relator”.

O conhecimento das disposições constitucionais a respeito da questão, ora apreciada; a evidente inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 137 da Lei Complementar nº 80/94, suprimido, mediante veto, em 12 de janeiro de 1994; bem como o contido na aludida Lei Complementar, publicada no Diário Oficial da União veiculado no dia subsequente e ainda em vigência, causam, *data maxima venia*, perplexidade diante da decisão da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cuja ementa se encontra acima transcrita.

Em verdade, ao apreciar juridicamente a questão, em grau recursal, aludido Conselho procurou desenvolver um trabalho hermenêutico que, *concessa venia*, ultrapassou as regras técnicas indispensáveis à interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico positivo, obtendo conclusão – decisória, no âmbito daquela valorosa Instituição – violadora de preceito constitucional e dos princípios de hierarquia e especialidade, basilares da indispensável coerência entre os

diversos elementos integrantes do Sistema Jurídico.

Com efeito, já na ementa da decisão, após situar constitucionalmente a questão no primeiro item, faz aquele douto Conselho referência, no item seguinte, à eficácia limitada da norma constitucional tendo em vista sua integração com a Lei Complementar por ela invocada, concluindo pela necessidade de interpretação *adequada* à restrição de direitos. E em seu Acórdão, manteve a decisão da OAB/RJ, “que assegurou o direito de exercício da advocacia aos Defensores Públicos admitidos antes da Lei Complementar nº 80/94”.

Consideramos assim, *data venia*, inadequadas e juridicamente insustentáveis, diante do Direito Positivo pátrio vigente, a postura hermenêutica do douto Conselho Federal da OAB por meio de sua Primeira Câmara e as conclusões majoritariamente alcançadas em seu trabalho interpretativo, pois a evidente necessidade de realizar especial interpretação das normas restritivas de direitos não autoriza conclusão – sobretudo decisória – ostensivamente contrária às normas constitucionais, hierarquicamente superiores e subordinantes de todas as demais regras que integram o Ordenamento Jurídico nacional vigente. De outro lado, somente é cabível falar em eficácia limitada de norma constitucional expressa e proibitiva quando a própria Carta Magna estabelecer limitação à regra por ela fixada, não podendo Lei Complementar ou o próprio intérprete fazê-lo. À liberdade do intérprete do Direito se contrapõem alguns elementos balizadores do próprio Sistema Jurídico, princípios que se apresentam genericamente aplicáveis a qualquer Ordenamento Jurídico por serem integrantes de sua estrutura lógica ou específicos daquele Ordenamento caracterizado como origem e fim da norma interpretada.

E não se pretenda também, no caso ora examinado, invocar o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, consagrado no inciso XIII do artigo 5º,



da citada Carta Magna, pois incumbe ao Constituinte, usando o poder que lhe é insito, excepcionar aludido direito em alguns casos, como o fez, por exemplo, com relação aos membros do Poder Judiciário.

Em verdade, uma nova Defensoria Pública, há tanto tempo almejada, surgiu com a Constituição Federal de 1988, marcada por uma atividade-fim da mais alta relevância institucional expressa naquele Estatuto Maior, nos termos do artigo 134, anteriormente transcrito, cuja realização foi viabilizada e garantida por regras de eficácia plena e integral, entre as quais as estabelecidas no parágrafo único do aludido artigo: garantia da inamovibilidade e vedação do exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. À Lei Complementar à Constituição competia organizar a Defensoria Pública, respeitando, entretanto, os limites constitucionalmente estabelecidos, entre os quais a vedação ao “exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”, respeito que evidentemente se estende a toda a Defensoria Pública nas suas várias dimensões e seus respectivos membros, bem como demais Órgãos e autoridades que atuam em nome do Estado brasileiro.

*3.4. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.754-9, de 18 de dezembro de 1997, e nº 1.896-8, de 05 de outubro de 1998, a Lei nº 9.651, de 27 de maio de 1998, e outras normas subseqüentes*

A Medida Provisória nº 1.587, já em sua quarta publicação ocorrida em 12 de dezembro de 1997, suscitou a operosa atuação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em defesa de direitos constitucionais que julgava violados, refletida na Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, que recebeu o número 1.754-9, distribuída em 18 de dezembro de 1997.

Na aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o douto Conselho Federal investiu contra o artigo 24 da mencionada Medi-

da Provisória – com aditamentos posteriores em decorrência das republicações daquela espécie normativa – por ter este vedado aos ocupantes das carreiras jurídicas da União o exercício da advocacia particular. *Verbis:*

“Art. 24. É vedado aos servidores ocupantes das carreiras e cargos referidos nos arts. 1º e 14 exercer advocacia fora das atribuições institucionais”.

Dois razões jurídicas fundaram a oposição daquele Conselho ao preceito acima transcrito: a) por não haver urgência ou relevância da matéria, autorizadas de expedição de medida provisória; b) por violar direito adquirido.

Analisando exclusivamente a pretensão aduzida na alínea *b* – violação de direito adquirido – e restringindo a análise da questão aos ilustres integrantes da Defensoria Pública, constatamos que o pedido se encontra alicerçado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal vigente, que fundamentaria o direito dos integrantes das carreiras jurídicas federais quanto à manutenção do direito ao exercício da advocacia privada nos casos em que este era, segundo as prescrições da lei então vigente, autorizado antes da edição da novel norma.

Restringindo-nos ao tema desenvolvido neste trabalho, entendemos que a interposição da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade reflete coerência no posicionamento jurídico daquele douto Conselho Federal, harmônico com a decisão, pelo mesmo, um pouco antes prolatada nos autos do Recurso nº 5.016/97/PCA, anteriormente transcrita; harmonia e coerência que mantiveram, *concessa venia*, o mesmo defeito interpretativo manifestado naquela decisão recursal relacionada ao Defensor Público, a quem estava expressamente vedado pela Constituição Federal o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, restrição ainda hoje existente.

Tendo como Relator o Ministro Sydney Sanches, em 12 de março de 1998, o Colen-

do Supremo Tribunal Federal julgou a Liminar, decidindo, *in verbis*:

“Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia da Medida Provisória nº 1.587-7, de 05/3/98, e publicada no Diário Oficial da União de 06/3/98, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Velloso. Plenário, 12.3.98”<sup>3</sup>.

A Medida Provisória em questão se transformou no Projeto de Lei de conversão nº 13/98 e, após sua nona republicação, foi convertida na Lei nº 9.651, de 27 de maio de 1998, publicada no dia subsequente<sup>4</sup>, mantendo, na íntegra, o discutido artigo 24.

Com relação à Defensoria Pública, o legislador pátrio foi coerente com a norma restritiva expressamente prevista na Constituição Federal e mantida na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Com efeito, ao incluir, no inciso IV, do seu artigo 1º, os integrantes da carreira de Defensor Público da União, quando em exercício na Defensoria Pública da União, entre os beneficiários da vantagem então instituída, a mencionada Lei apenas reafirmou, com relação a esses ilustres Servidores Públicos, vedações constitucional e legal anteriormente fixadas. Assim, ficam abstraídas, *in casu*, considerações mais aprofundadas acerca do direito adquirido em relação à advocacia particular pelos Defensores Públicos, pois é incabível argüir, em face da novel Lei, esse direito por ser o mesmo inexistente, ressalvada a concepção particular manifestada pelo douto Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na decisão recursal anteriormente transcrita, sem que esta apresente, contudo, qualquer eficácia revogadora na estrutura do Ordenamento Jurídico nacional vigente.

Em 5 de outubro de 1998, foi procedida a distribuição, no Supremo Tribunal Federal, de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, com liminar impetrada pela Confede-

ração Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Aludida Ação, também distribuída para o Ministro Sydney Sanches, igualmente se insurge contra o artigo 24, já da mencionada Lei nº 9.651/98. E em 18 de fevereiro de 1999, aquela Colenda Corte julgou a liminar, *verbis*:

“Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, julgou prejudicada a apreciação do pedido de medida cautelar, vencido o Ministro Marco Aurélio, que dele conhecia. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Plenário, 18.02.99”<sup>5</sup>.

A medida cautelar foi julgada prejudicada tendo em vista a existência de decisão anterior a respeito da mesma questão, concernente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.754-9, anteriormente referida.

Impõe-se ressaltar que a Medida Provisória nº 2.136-36, republicada em 27 de março de 2001<sup>6</sup>, altera os artigos 1º e 13 da Lei nº 9.651/98, deixando, contudo, incólume o seu artigo 24. Até o término da elaboração deste trabalho, não haviam sido julgados os méritos das mencionadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo certo porém que, com relação à primeira e em decorrência da inexistência de alguns aditamentos posteriores por parte do Órgão impetrante, uma das preliminares argüidas pelo douto Advogado-Geral da União corresponde ao não-conhecimento da Ação, pois esta se encontra, em seu entender, prejudicada pela perda do objeto, pedido integralmente ratificado pelo ilustre Procurador-Geral da República em seu Parecer no aludido feito, e a outra preliminar concerne à reunião das duas Ações.

### 3.5. A questão diante do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

De acordo com manifestação ocorrida no final de julho de 2000, o Egrégio Conselho Superior da Defensoria Pública da União, de criação recente, ainda não havia tido oportunidade de se manifestar acerca da

questão ora examinada, concernente ao exercício, pelo Defensor Público, da advocacia fora de suas atribuições institucionais. Apesar disso, ao ser, embora sem a forma processual cabível, suscitado a tratar do assunto, certamente pela inadequação formal da indagação feita, deixou de enfrentar o mérito da questão, e pelo voto da maioria dos seus membros determinou o arquivamento do expediente considerando que o mesmo não se revestia das formalidades legais. Seu evidente interesse pela questão ficou, entretanto, refletido na recomendação por ele feita naquela oportunidade:

“que o CSDPU seja instado a, antes de se pronunciar sobre o controvertido tema, fazer um apurado estudo em razão do disposto nos artigos 134, § único, da CF, art. 22 do Ato das Disposições Transitórias da CF, e art. 137 das Disposições Finais e Transitórias da LC 80/94”<sup>7</sup>.

#### 4. Conclusão

Da análise da questão, concluímos que, ao expressar a atividade-fim e a posição constitucional da nova Defensoria Pública – “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” –, a Constituição Federal vigente atribui, àquela valiosa Instituição, extremada relevância jurídica e social. Aos seus doutos integrantes foi reconhecida a dignidade ínsita ao exercício daquelas funções públicas, tratamento justo e há tanto tempo aguardado, sendo os mesmos tratados à semelhança da forma prevista para os integrantes quer do Ministério Público, quer do próprio Poder Judiciário.

A amplitude e a importância das atribuições exigiram o estabelecimento de algumas limitações, fixadas no Estatuto normativo maior do Ordenamento Jurídico brasileiro vigente: a Constituição Federal de 1988, cujas normas, pela natureza do poder que as originou e pela subordinação que

impõem às demais normas integrantes do aludido Ordenamento Jurídico, neste apresentam a mais alta posição hierárquica.

Daí decorre que, pela sua própria condição hierárquica, uma Lei Complementar à Constituição apenas integra aquele Estatuto maior nas questões em relação às quais é chamada a fazê-lo, e seu texto, juntamente com o de qualquer legislação ordinária, deve ser interpretado de forma sistematizada. Em princípio, não podem as aludidas leis, de forma autônoma e, portanto, desautorizada, simplesmente limitar ou afastar a eficácia de preceito constitucional, sob pena de se apresentarem eivadas de inconstitucionalidade, passíveis, em consequência, de expurgo do Ordenamento Jurídico. E foi a certeza da inadequação dessa inversão hierárquica que orientou a Presidência da República a vetar o parágrafo único do artigo 137 da aludida Lei Complementar, oportunamente afastando preceito legal violador de expressa determinação constitucional.

Evidente, assim, a vedação constitucional imposta aos Defensores Públicos quanto ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, tornando incompatível o exercício da advocacia particular com o das funções públicas inerentes ao cargo, independentemente da data de sua admissão no cargo ou no quadro de carreira. Embora as Ações Diretas de Inconstitucionalidade aduzidas tenham sido ajuizadas contra a restrição genericamente imposta pelo artigo 24 da Lei nº 9.651/98, caso o mérito das mesmas seja enfrentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, teremos uma resposta hermenêutica que passará a integrar o Direito Positivo vigente e apresentará eficácia inerente à autoridade institucional do Órgão prolator da decisão.

#### Notas

<sup>1</sup> Introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98.

<sup>2</sup> Publicada no Diário da Justiça de 30 jun. de 1997, pág. 31287.

<sup>3</sup> Publicado no Diário da Justiça de 6 ago. de 1999, Seção 1, pág. 5.

<sup>4</sup> Diário Oficial da União nº 100, de 28 de maio de 1998, Seção 1, págs. 17 a 19.

<sup>5</sup> Publicada no Diário da Justiça nº 39-E, de 1º de março de 1999, Seção 1, pág. 31.

<sup>6</sup> Diário Oficial da União nº 61-E, de 28 de março de 2001, Seção 1, págs. 41 a 48.

<sup>7</sup> Publicado no Diário Oficial da União nº 142-E, de 25 de julho de 2000.

## *Bibliografia*

BRASIL. *Constituição* (1988). Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais de revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, 2000.

BRASIL. *Estatuto da advocacia e da OAB*: lei nº 8.906, de 4 jul. 1994. Organização de Paulo Luiz Netto Lobo. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BRASIL. *Manuais de legislação atlas*: organização da defensoria pública: lei complementar nº 80, de 12 jan. 1994. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995. v. 46.