

ano 12 - n. 50 | outubro/dezembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-260 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Equipe Fórum
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Bruno Lopes
Projeto gráfico: Virgínia Loureiro
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar) | Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Clèmerson Merlin Clève (UFPR) | Nelson Figueiredo (UFG) |
| Clovis Beznos (PUC-SP) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA) |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile) | Paulo Henrique Blasi (UFSC) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Rogério Gesta Leal (UNISC) |
| José Carlos Abraão (UEL) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| | Weida Zancaner (PUC-SP) |
| | Yara Stroppa (PUC-SP) |

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Defensores Públicos – Desnecessidade de permanência nos quadros da OAB – Capacidade postulatória decorrente da nomeação e posse no cargo público

Celso Antônio Bandeira de Mello

Professor Titular de Direito Administrativo e
Professor Emérito da PUC/SP

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

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

Ao questionado respondo nos termos que seguem.

Parecer

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

A Lei Maior estatui, no *caput* do art. 134, que: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” e no §2º declara asseguradas às Defensorias Públicas Estaduais *autonomia funcional e administrativa*, além da iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, impondo, no art. 168, tal como o faz, equivalentemente, para os órgãos do Legislativo, do Judiciário e para o Ministério Público, que lhes sejam entregues em duodécimos, até o dia 20 de cada mês, os correspondentes recursos.

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

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

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

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

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

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

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

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

A ordem jurídica constitui uma pirâmide de normas hierarquizadas. De outro lado, uma determinada norma não pertence a um dado ordenamento senão porque e na medida em que se conforma à norma superior que lhe regula a criação. Desta dupla circunstância resulta o problema de

um possível conflito entre uma norma de um grau superior e uma norma de grau inferior.¹

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

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

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

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

4 Estas averbações salientam, desde logo, os seguintes pontos:

- I - o problema da *sucessividade* das normas, para fins de eliminação da anterior, entende com normas da *mesma* hierarquia;
- II - o que o Direito não tolera é a *simultânea* validade de normas incompatíveis; logo,
- III - *se conflitarem normas de hierarquia distinta, não é necessário, para a invalidade da norma inferior, que esta seja sucessiva à norma de hierarquia mais elevada, basta que seja simultânea.*

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

Deveras, não haveria como admitir que, nascendo ao mesmo tempo a imposição feita por uma regra subordinante e a imposição decorrente de uma regra subordinada, pudesse a segunda impor efeitos jurídicos contrastantes com os da primeira ou por ela vedados. Com efeito, se em dado instante as disposições de nível mais elevado reputam que a solução mais adequada para a vida social, *naquele momento*, é a solução “X”, seria ilógico e contraditório que, *neste mesmo*

¹ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2^e éd. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962. p. 355.

momento, pudesse ser imposta a solução “não X”. Se tal se desse, naquela mesma e precisa ocasião estaria sendo ofendido o interesse público.

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

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

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

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

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

Deveras, como foi inicialmente visto, a Constituição do País, que é a Lei Suprema, estabeleceu no §1º do art. 134, que lei complementar nacional disporá sobre as normas gerais de sua organização nos Estados, e o §2º dispôs que

as Defensorias Estaduais gozariam de autonomia funcional e administrativa. Dessarte, o que diz respeito a tais órgãos públicos fica, *ex vi Constitutionis*, sob a égide de lei complementar. Donde, a partir do instante que lei complementar (Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009) estabeleceu que a “capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público”, nunca poderia prevalecer disposição contrária proveniente de lei ordinária.

Eis, pois, que não há critério interpretativo algum que milite em desfavor do reconhecimento de que a sobredita capacidade postulatória prescinde da presente vinculação à OAB.

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

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

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

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

O segundo deles, confere *capacidade postulatória* e a faz depender tão só, ou seja “*exclusivamente*”, como ali está dito, à nomeação e posse no cargo. Donde, para atuar em juízo (ou extra judicialmente) na defesa dos interesses a seu cargo,

o Defensor Público nada mais necessita senão estar investido nas funções que lhe correspondem. Ou seja: não necessita *permanecer* inscrito na OAB.

8 Não são raras no Direito as hipóteses em que é exigido um determinado requisito *para a constituição de uma certa situação, mas não o é para a persistência dela*. Assim, para que alguém ingresse em certos cargos públicos (como os de policial militar por exemplo) exige-se uma determinada compleição corporal e uma certa aptidão física, mas não é exigido que as mantenha ao longo do tempo. Para aceder à posição de professor titular, demandam-se provas de que possua uma aptidão didática em um certo nível, mas a perda deste nível ao longo do tempo não implica na destituição do cargo. Para que a mulher adote o sobrenome do marido cumpre que se case com ele, mas se vier a se separar nem por isto perderá automaticamente tal sobrenome. No passado exigia-se para a adoção de uma criança que o adotante tivesse o “status” de casado, mas não era requerido que para a manutenção da adoção persistisse nesta situação. Nem por ficar viúvo um dos cônjuges, ou por vir a se separar extinguia-se a adoção. Em suma: não há confundir a previsão de um requisito para a constituição de uma certa situação jurídica com a necessidade de sua persistência para que permaneça a situação em causa.

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

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

É o meu parecer.

São Paulo, 08 de julho de 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Defensores públicos: desnecessidade de permanência nos quadros da OAB: capacidade postulatória decorrente da nomeação e posse no cargo público. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 245-250, out./dez. 2012. Parecer.

Recebido em: 05.11.2012

Aprovado em: 09.11.2012