



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1240999

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, devidamente qualificado nos autos, **vem**, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seu Presidente e por intermédio de seus advogados infra-assinados, com fundamento no art. 337, *caput* do Regimento Interno do STF e nos arts. 994, IV, 1022 e seguintes do CPC, opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

em face do acórdão proferido pelo plenário desse Supremo Tribunal Federal que, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário julgado em regime de repercussão geral (tema 1074), e o faz consoante os fundamentos a seguir apresentados.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

I. DO ACÓRDAO EMBARGADO

Trata-se de recurso extraordinário, julgado sob a sistemática da repercussão geral, em que se discutiu a “exigência de inscrição de Defensor Público nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções públicas.” (Tema 1074 - STF), tendo sido fixada – pela maioria - a tese pela inconstitucionalidade da exigência de inscrição, em acórdão que restou assim ementado:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DEFENSOR PÚBLICO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. INCONSTITUCIONALIDADE. DESPROVIMENTO. 1. O artigo 134, § 1º, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ao outorgar à lei complementar a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e a edição de normas gerais organizacionais para as Defensorias Públicas dos Estados, vedou expressamente “o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”. 2. A exigência prevista na Lei Complementar 80/1994, de que o candidato ao cargo de defensor público deve comprovar sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, não conduz à inarredável conclusão de que o Defensor Público deve estar inscrito nos registros da entidade. 3. O artigo 4º, § 6º, da Lei Complementar 80/1994, na redação dada pela Lei Complementar 132/2009, dispõe que a capacidade postulatória do defensor decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, para se dedicar unicamente à nobre missão institucional de proporcionar o acesso dos assistidos à ordem jurídica justa. 4. Logo, o Defensor Público submete-se somente ao regime próprio da Defensoria Pública, sendo inconstitucional a sua sujeição também ao Estatuto da OAB. 5. Recurso extraordinário desprovido. **Tese para fins da sistemática da Repercussão geral: É inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.** (RE 1240999, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-248 DIVULG 16-12-2021 PUBLIC 17-12-2021)

O recurso extraordinário foi interposto pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo e pelo ora embargante, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Os fundamentos dos recorrentes não foram acolhidos por esse E. STF, tendo sido negado provimento ao recurso. Colhe-se do voto vencedor do Exmo. Ministro relator, Alexandre de Moraes, essencialmente, as seguintes razões de decidir:



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

- a. a capacidade postulatória do defensor decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público
- b. há distinção entre o “candidato em concurso” e o defensor público, que justificaria a exigência de inscrição na fase de seleção, mas não para o exercício do cargo
- c. regramento constitucional que estabeleceu a submissão dos defensores a um regime jurídico próprio e estatutos específicos, o que lhes confere status essencialmente diferente da advocacia privada

Verifica-se, portanto, que o entendimento vencedor foi de que, ainda que exerçam a atividade advocatícia no desempenho de sua função pública, aos defensores é autorizado esse exercício sem a inscrição nos quadros da OAB, uma vez que esse exercício decorreria não de sua aprovação no exame e inscrição, que – quando exigida para a seleção do cargo – constitui tão somente mera formalidade, mas sim pela aprovação em seleção realizada pelo Estado.

O CFOAB discorda essencialmente dos fundamentos expostos e da tese vencedora, contudo, opõe os presentes embargos com o intuito não de rediscutir a matéria, mas sim esclarecer questões importantes que não foram contempladas pelo acórdão, embora tenham sido expostas no decorrer do julgamento e possuam relevância jurídica para o caso.

Cabe destacar aqui considerações que, não obstante levantadas pelos recorrentes e pelos votos divergentes que deram provimento ao recurso extraordinário, não foram devidamente tratadas e solucionados pelo julgamento.

São três os pontos que merecem integração por parte dessa E. Corte:

- a. a possibilidade de manutenção da inscrição de defensores nos quadros da OAB, sendo obrigatória para aqueles que, porventura, possuam autorização legal para o exercício da advocacia enquanto defensores ou que venham exercê-la após deixarem o cargo;
- b. esclarecimento quanto ao enquadramento institucional dos defensores públicos para fins de concorrerem ao quinto constitucional na vaga destinada à advocacia, bem como para gozarem de outras prerrogativas da advocacia;
- c. modulação dos efeitos para estabelecer a legitimidade das inscrições realizadas e mantidas ativas até a decisão ora embargada, uma vez que inexistia impedimento legal para o cadastro dos defensores.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Isso porque o resultado do presente RE ocasiona uma reformulação dos conceitos e da estrutura da advocacia, notadamente para a advocacia pública, inaugurando um entendimento onde, no rol de funções essenciais à justiça, a defensoria se distancia da advocacia para se aproximar, quanto às suas características institucionais e status jurídicos, do órgão ministerial.

Com a devida vênia ao entendimento vencedor, o que se objetiva demonstrar nos presentes embargos é que o acórdão, nos termos em que restou redigido, permite o surgimento de dúvidas e justo receio de novas controvérsias em torno da questão e é com a expectativa de sanar esses pontos, portanto, que resta manejado o presente aclaratório.

II. DAS OBSCURIDADES E OMISSÕES CONTIDAS NO ACÓRDÃO EMBARGADO

A) Permanência dos defensores nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – esclarecimentos quanto às possibilidades de inscrição facultativa e hipóteses de inscrição obrigatória

O acórdão embargado fixou a tese em repercussão geral no sentido de ser inconstitucional a exigência de inscrição dos defensores nos quadros da OAB, contudo, deixou margem para dúvidas quanto à possibilidade de permanência dos defensores que assim desejarem nos quadros da Ordem, bem como quanto à inscrição obrigatória daqueles que, porventura, tenham autorização legal para o exercício da advocacia fora das funções institucionais ou ainda que venha, a exercer a advocacia após deixarem a instituição.

Desse modo, absolutamente necessário esclarecer esses pontos com o fito de evitar que surjam controvérsias com potencial de causar prejuízo sobretudo aos próprios defensores públicos, conforme se passa a expor a seguir.

De início, a Lei 8906/94 – Estatuto da Advocacia e da OAB – determina as hipóteses de cancelamento da inscrição nos quadros da entidade, bem como as de licenciamento do profissional, respectivamente, nos arts. 11 e 12, a seguir transcritos:

- Art. 11. Cancela-se a inscrição do profissional que:
- I - assim o requerer;
 - II - sofrer penalidade de exclusão;
 - III - falecer;



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

- IV - passar a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia;
- V - perder qualquer um dos requisitos necessários para inscrição.

Art. 12. Licencia-se o profissional que:

- I - assim o requerer, por motivo justificado;
- II - passar a exercer, em caráter temporário, atividade incompatível com o exercício da advocacia;
- III - sofrer doença mental considerada curável.

A licença é uma autorização temporária concedida pelo Conselho para hipóteses de afastamento provisório do profissional, enquanto o cancelamento possui implicação mais gravosa, pois ocasiona a perda do número da inscrição, que não poderá ser restaurado.

O cancelamento ocorre por processo administrativo iniciado pelo próprio advogado, no caso de requerimento, por exemplo, ou pela Seccional competente, nos casos de sanção disciplinar de exclusão, também a título de exemplo.

As causas de cancelamento são relativamente simples: manifestação de vontade sem exigência de justificativa, sanção disciplinar de exclusão, falecimento, incompatibilidade e, por fim, perda dos requisitos necessários para a inscrição. O licenciamento, por sua vez, pode ocorrer também a pedido, por incompatibilidade temporária, ou em caso de doença mental com possibilidade de cura.

Diante desse cenário, o questionamento que surge é se o exercício do cargo de defensor público deve ou não ser considerado uma incompatibilidade, e com isso, esclarecer qual será o tratamento dado a esses profissionais dentro do sistema OAB.

O EAOAB também preconiza, em seu art. 28, as hipóteses de incompatibilidade, ou seja, de proibição total do exercício da advocacia, quais sejam:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

- I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;
- II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1.127-8)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

A redação da lei é cristalina ao prever os cargos e funções incompatíveis com a advocacia, **não estando incluídos nesse rol os advogados públicos e os defensores públicos**. Assim, dentro dos quadros das funções essenciais à justiça – capítulo IV da CF88 -, somente os membros do Ministério Público exercem atividade incompatível, sendo-lhes, portanto, vedado o exercício da advocacia e, por consequência, o registro na OAB.

Para os membros da defensoria, por sua vez, enquanto ocupantes de cargo que exerce essencialmente atividades privativas da advocacia, o legislador não impôs qualquer óbice para o registro.

Nesse cenário, absolutamente necessário esclarecer se, a partir do acórdão ora embargado, os membros da Defensoria Pública também devem ser enquadrados dentro das hipóteses de incompatibilidade do art. 28 do EAOAB, tendo por consequência direta a necessidade de cancelamento das inscrições, conforme previsto no art. 11, IV do mesmo diploma legal.

Ato contínuo, ao reconhecer não se tratar de incompatibilidade, necessário esclarecer, em primeiro lugar, que os defensores podem, sem o caráter de obrigatoriedade, manter-se inscritos nos quadros da Ordem se assim desejarem. E aqueles que optarem pelo cancelamento dos seus registros, o farão com base no art. 11, I do EOAB, ou seja, cancelamento por requerimento do profissional sem necessidade de justificativa.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Em segundo lugar, deve ser saneada a questão para tratar dos defensores que, porventura estejam legalmente autorizados a exercerem a advocacia fora das funções institucionais, em exceção à regra geral, bem como daqueles que venham a exercê-la após deixarem a instituição. O acórdão deve ser integrado para fixar a imprescindibilidade do registro nos quadros da OAB nesses casos.

Importantes destacar que o CFOAB não está aqui a defender a existência de incompatibilidade entre a atividade dos defensores e o exercício da advocacia. Ao contrário, a entidade, em sua história institucional, já se manifestou a favor da liberdade no exercício da profissão pelos membros da defensoria e, ao fim e ao cabo, entende que defensores atuam em seu nobre ofício na condição de verdadeiros advogados, nos termos da lei.

O que ora se pretende é demonstrar que o aresto deixou margem para o surgimento desse tipo de questionamento, e é no sentido de esclarecer a situação e conferir o correto tratamento aos nobres causídicos membros da Defensoria que se maneja os presentes aclaratórios, com o objetivo de decretar a inexistência de incompatibilidade entre estes e a advocacia e, por consequência, consignar a possibilidade de inscrição nos quadros da OAB dos defensores que assim desejarem e, por fim, a obrigatoriedade de inscrição para aqueles que possam exercer a advocacia fora das funções institucionais ou que venham a exercê-la posteriormente ao deixar a instituição.

B) Impossibilidade de participação dos defensores no quinto constitucional e do exercício de outras prerrogativas conferidas à advocacia

Outro ponto do acórdão embargado que merece integração diz respeito ao exercício de prerrogativas legalmente conferidas aos advogados, bem como o gozo de outros direitos de ordem especial, tal qual a possibilidade de concorrerem à vaga do quinto constitucional destinada à classe.

Vale dizer, ao cancelarem os registros nos quadros da OAB, aos defensores não podem ser conferidas as prerrogativas preconizadas pela Lei 8906/04 (EAOAB), Regulamento Geral da OAB, Código de Ética e Disciplina, bem como demais provimentos e regras do Sistema da Ordem dos Advogados.

E o mesmo raciocínio deve ser aplicado quanto ao quinto constitucional. Conforme pontuado pelos recorrentes na peça recursal, os defensores públicos, na condição de membros da advocacia e, portanto, devidamente inscritos nos quadros da OAB, gozariam



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

de legitimidade para concorrerem à vaga. O Exmo. Min. Marco Aurélio contemplou a questão em seu voto, ao abrir a divergência, acompanhada pelo Min. Dias Toffoli, nos seguintes termos:

“A toda evidência, demandam em Juízo observada a capacidade postulatória que lhes foi conferida, qualidade inerente à advocacia, a sinalizar a pertinência da inscrição na entidade representativa, sem a qual, diga-se de passagem, os atos praticados são reputados nulos – artigo 4º do Estatuto. Participam, na classe dos advogados, da seleção ao quinto constitucional destinado à composição dos tribunais, a teor do artigo 94 da Constituição Federal. **É incongruente admitir a concorrência ao cargo e, ao mesmo tempo, negar a obrigatoriedade de registro na Ordem.**” (grifo nosso)

O quinto é um mecanismo estabelecido pelo constituinte na Carta, cujo objetivo é promover uma democratização, diversidade e oxigenação dos tribunais pátrios, a partir da regra de que 20% de sua composição deverá ser formada por membros da advocacia e promotores. A Constituição Federal de 1988 assim determina:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, **e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional**, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

A previsão do quinto se originou na Constituição de 1934, tendo o instituto permanecido nas demais Cartas e sendo definitivamente consagrado com o advento da denominada Constituição-cidadã em 1988. Sua manutenção é uma conquista democrática no âmbito do judiciário, poder que passou por inúmeras transformações e reformas no decorrer dos anos visando o aprimoramento das instituições democráticas e, de fato, a previsão no art. 94 se insere nesse contexto de fortalecimento da justiça, evidenciando o sucesso da medida.

Assim, buscou-se prestigiar a pluralidade de experiências vividas por juristas que desempenham funções distintas – para além da magistratura - no sistema de justiça, de modo que o quinto contempla membros do Ministério Público e da advocacia.

Sucedo que, até o presente julgamento, não havia dúvidas de que estava incluído entre os advogados, os membros da advocacia pública e da defensoria pública com registro ativo e situação regular no sistema OAB.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Contudo, a questão muda de cenário a partir do entendimento consagrado no acórdão embargado, pela inconstitucionalidade da exigência de inscrição nos quadros da OAB para os defensores públicos, sob o fundamento de que estes não são advogados, embora exerçam a advocacia.

Essa mudança exige que essa E. Corte esclareça se, consoante o que restou decidido, os defensores públicos ficam impossibilitados de participarem das listas sêxtuplas destinadas a formação e escolha do quinto.

Cabe frisar que a defensoria pública não foi excluída pelo legislador constituinte da previsão do art. 94, pois, assim, como os advogados públicos, ocupam o mesmo espaço dentro do processo judicial e do sistema de justiça e, portanto, fariam jus ao direito de ingressarem na magistratura enquanto profissionais que exercem a advocacia, cumprindo, assim, a já mencionada *mens legis* da referida disposição.

Assim, carece de razoabilidade qualquer iniciativa no sentido de alterar o art. 94 da Constituição para incluir a defensoria pública, enquanto categoria única na formação do quinto. Isso porque destinar vaga específica aos defensores não implicaria em incluir um novo tipo de experiência e promover uma oxigenação do Judiciário, pois a atuação desses profissionais no sistema de justiça equivale a do advogado. De modo igual, não faz sentido destinar vaga específica à advocacia pública.

Nesse ponto, o que se pretende demonstrar nos presentes embargos é que o acórdão impôs um obstáculo ao exercício dessa (participação do quinto constitucional) e de outras prerrogativas que eram anteriormente conferidas aos defensores em virtude do reconhecimento do exercício da advocacia em suas atuações institucionais.

Ao consagrar a distinção e retirá-los da esfera da classe advocatícia, o acórdão não considerou desdobramentos dessa decisão, devendo ser integrado nesse ponto, para esclarecer que os defensores, em caso de incompatibilidade, não podem concorrer ao quinto, ou, não sendo essa hipótese, que somente aqueles que possuam e mantenham a inscrição ativa nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil por no mínimo 10 anos – em atendimento ao requisito quantitativo estabelecido pelo art. 94 da CF88 - podem vir a integrar as listas sêxtuplas destinadas ao preenchimento da vaga do quinto constitucional destinada à advocacia.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

C) modulação dos efeitos para fixar a legitimidade dos registros efetivados e mantidos até a decisão

A modulação dos efeitos de uma decisão relaciona-se diretamente com a segurança jurídica e a proteção da confiança, dois princípios de grande importância para a estabilidade e aprimoramento do sistema jurídico e do Estado de direito.

De fato, os dois pressupostos estabelecidos pela norma processual estão plenamente configurados no presente caso, possibilitando que se promova uma modulação da tese em repercussão geral para consignar serem legítimas as inscrições dos defensores que foram efetivadas e mantidas até então, sendo incabível, por exemplo, a devolução das anuidades pagas nesse período.

Em primeiro lugar, importante destacar que o acórdão embargado inaugurou um entendimento, declarando a inconstitucionalidade da exigência de inscrição dos defensores nos quadros da OAB, inobstante estes exerçam atividade privativas de advogados e constem expressamente no art. 3º, §1º do EAOAB.

Ademais, e conforme já consignado, a lei não incluiu os membros da defensoria pública nas hipóteses de atividades incompatíveis com a advocacia, de modo que estes sempre puderam inscrever-se nos quadros da Ordem, sendo que muitos já possuíam o registro anteriormente ao desempenho da função, em virtude da exigência deste para participarem do certame e concorrem ao cargo que hoje ocupam.

Portanto, não estamos aqui a tratar de registros realizados de forma indevida ou mantidos ao arrepio da lei, sendo desarrazoado e descabido qualquer pedido de devolução das anuidades pagas pelos defensores públicos que até então mantiveram seus registros, podiam ser eleitos para os conselhos, eram membros de comissões nas respectivas seccionais, ou seja, participavam da vida institucional da OAB.

Ato contínuo, resta evidente o interesse social e **a enorme insegurança jurídica que o acórdão embargado ocasionará** caso não module o entendimento para decretar não ser cabível o pedido de devolução das anuidades devidamente pagas no período em que as inscrições estavam ativas.

Diante disso, pugna-se que essa E. Corte esclareça que a tese fixada, qual seja, a inconstitucionalidade da exigência de inscrição dos defensores públicos na OAB, não implica na ilegitimidade dos registros realizados até a decisão, bem como das cobranças de anuidades a eles referentes, uma vez que não existia qualquer impedimento legal para o cadastro.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

D) DOS PEDIDOS

Diante do exposto, o Conselho Federal da OAB requer sejam conhecidos e providos os presentes embargos de declaração para o fim de, sanando as omissões e obscuridades apontadas:

- a) Esclarecer a inexistência de incompatibilidade entre os membros da Defensoria Pública e a advocacia e, por consequência, consignar a possibilidade de inscrição nos quadros da OAB dos defensores que assim desejarem e, por fim, a obrigatoriedade de inscrição para aqueles que possam exercer a advocacia fora das funções institucionais ou que venham a exercê-la posteriormente ao deixar a instituição;
- b) esclarecer que os defensores, em caso de incompatibilidade, não podem concorrer ao quinto, ou, não sendo essa hipótese, que somente aqueles que possuam e mantenham a inscrição ativa nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil por no mínimo 10 anos – em atendimento ao requisito quantitativo estabelecido pelo art. 94 da CF88 - podem vir a integrar as listas sêxtuplas destinadas ao preenchimento da vaga do quinto constitucional destinada à advocacia.
- c) modular os efeitos da decisão embargada diante do grave cenário de insegurança jurídica e do interesse social para estabelecer que a inconstitucionalidade da exigência de inscrição dos defensores públicos na OAB não implica na ilegitimidade dos registros realizados até a decisão, bem como nas cobranças de anuidades pagas, uma vez que não existia qualquer impedimento legal para o cadastro.

Termos em que pede deferimento.

Brasília/DF, 25 de janeiro de 2022


Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/RJ 95.573


Marcus Vinicius Furtado Coelho
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais
OAB/DF 18.958



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Lizandra Nascimento Vicente

Lizandra Nascimento Vicente

OAB/DF 39.992

Manuela Elias Batista

Manuela Elias Batista

OAB/DF 55.415