

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 29.09.2006

EMENTÁRIO Nº 2 2 4 9 - 3

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU  
REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL  
INTERESSADO(A/S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
ADVOGADO(A/S) : LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.
2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.
3. 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.
4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".
5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

1



6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido.

#### A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido.

Brasília, 8 de junho de 2006.

  
EROS GRAU

- RELATOR

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : MIN. EROS GRAU  
 REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
 REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
 REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL  
 INTERESSADO(A/S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO  
 BRASIL  
 ADVOGADO(A/S) : LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

**R E L A T Ó R I O**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: O Procurador-Geral da República, com fundamento no inciso VI do artigo 103 da Constituição do Brasil, propõe ação direta de inconstitucionalidade do trecho final do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, cujo teor é o seguinte:

"Art. 79. Aos servidores da OAB, (sic) aplica-se o regime trabalhista.

§ 1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, **sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração.**"

2. Requer ainda seja dada interpretação conforme o inciso II do artigo 37 da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, para que seja firmado o seguinte entendimento: o provimento dos cargos da Ordem dos Advogados do Brasil deve ocorrer por meio de concurso público.

3. Relativamente à suposta inconstitucionalidade da última parte do § 1º do artigo 79, alega o requerente que o preceito estaria em confronto direto com o *caput* do artigo 37 da Constituição do Brasil ao violar o princípio da moralidade administrativa nele insculpido, moralidade à qual deve sujeitar-se a OAB, visto que possui natureza jurídica de autarquia.

4. Argumenta que "não há qualquer motivo razoável que justifique a concessão de indenização, por ocasião da aposentadoria, para aqueles servidores da OAB que optem por deixar o Regime Jurídico dos Servidores Públicos e passem ao regime trabalhista". Essa circunstância, aduz, iria de encontro à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade.

5. Sustenta ainda que a Ordem dos Advogados do Brasil constitui-se em autarquia, uma vez que fora criada por lei específica, cujo regulamento decorreu de processo legislativo. Ademais, continua, possui personalidade jurídica própria, sendo capaz de se auto-administrar, e atua no exercício de atividade pública e específica do Estado, gozando de prerrogativas inerentes à condição de pessoa jurídica de direito público da Administração Indireta.

6. Afirma que da assertiva de que a OAB é pessoa jurídica de direito público decorreria a natural conclusão de estar adstrita aos princípios da Administração, especialmente no tocante ao concurso público. Daí dever-se interpretar o artigo 79 do Estatuto da Ordem conforme a norma constante do inciso II do artigo 37, que condiciona a *investidura em cargo ou emprego público à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos*.

7. Prestadas as informações às fls. 86/99, a Advocacia Geral da União manifestou-se pela improcedência da ação quanto à alegada

inconstitucionalidade e pela impossibilidade de se conferir interpretação conforme à Constituição.

8. O Procurador Geral da República visualiza na OAB a natureza jurídica de autarquia, fato que a sujeitaria aos princípios da Administração Pública. Entende que o artigo 79 do Estatuto deve ser interpretado conforme o inciso II do artigo 37 da CB/88, "para explicitar que os servidores desta autarquia precisam, para sua contratação, serem submetidos a prévio concurso público".

9. No tocante ao conteúdo normativo do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906/94, defende ser patente a afronta ao princípio da moralidade administrativa, visto que "os fins pretendidos pelo agente público de incentivar os servidores da OAB a aderirem ao regime trabalhista não são proporcionais ao pagamento de uma indenização no valor de cinco vezes a última remuneração do servidor".

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos Senhores Ministros (RISTF, artigo 172).



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator): O requerente objetiva com a presente ação impedir a aplicação do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, que possibilita aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era o estatutário, optarem pelo regime celetista, sendo compensados por essa escolha, no momento da aposentadoria, com indenização.

2. O requerente sustenta que o preceito mencionado colide com o princípio da moralidade contemplado pelo artigo 37<sup>1</sup> *caput* da Constituição do Brasil, aplicável à Administração Pública direta e indireta. E que, segundo ele, a Ordem dos Advogados do Brasil consubstancia autarquia, sujeita portanto aos ditames reclamados das entidades que compõem a Administração Pública ou que atuam em nome desta.

3. Considero imprescindível registrar que o fundamento do pedido restringe-se à concepção da OAB como autarquia. O requerente enfatiza a circunstância de a entidade ter sido criada por lei, o decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930, e possuir personalidade jurídica própria.

4. Tenho, contudo, que o simples fato da entidade ter sido criada por lei [= decreto com força de lei] não induz que a mesma

---

<sup>1</sup> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]"

tenha natureza jurídica --- caráter jurídico, dizendo-o de modo correto --- de autarquia. Não é isso o quê importa, mesmo porque a União cria ou autoriza a criação de entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado [CB, art. 37, XIX e XX].

5. Cuidando da caracterização jurídica da Ordem dos Advogados, observa DARIO DE ALMEIDA MAGALHÃES em parecer de 1950<sup>2</sup>:

"Na realização de sua tarefa, e no exercício de seus poderes, a Ordem não está subordinada senão à lei. Não se colocou na dependência hierárquica de qualquer outro órgão ou entidade. Não conhece ela qualquer outra forma de 'contrôle', senão o jurisdicional, que pertence à justiça ordinária, na sua missão de preservar inviolável o 'rule of law', assegurado na maior amplitude pela Constituição - art. 141, § 4º.

De outro lado, garantido-lhe plena independência e íntegro auto-govêrno, todos os órgãos de direção da Ordem são eleitos pelos membros da corporação (arts. 65, § 1º, 83, parágrafo único, 84 e 88 do regulamento)."

6. Mais adiante, salienta<sup>3</sup>:

"Entre nós, as autarquias existentes tem finalidades acentuadamente econômica; destinam-se, salvo raras exceções, ao desempenho de serviços de natureza industrial ou comercial, ou atender à previdência social, através de organismos que operam também como verdadeiros bancos de investimentos.

O patrimônio delas é um patrimônio público; os seus serviços são mantidos, pelo menos parcialmente, com recursos fornecidos pelo Tesouro Público; os membros da sua diretoria, senão todos, os que nela tem maior autoridade, são nomeados pelo poder executivo.

Nada disso se verifica com a Ordem. Não lhe foi atribuída a gestão de qualquer parcela do patrimônio público, que se houvesse destacado do patrimônio geral da União. Não recebe qualquer ajuda, auxílio ou subvenção do Tesouro

<sup>2</sup> RDA 20/342.

<sup>3</sup> RDA 20/343.

Nacional; custeia os seus serviços exclusivamente com a modesta contribuição pecuniária dos inscritos nos seus quadros. Todos os seus órgãos de direção são eleitos pelos advogados; e os seus componentes desempenham os seus deveres, sem remuneração de qualquer espécie. Não tem a Ordem nenhum objetivo econômico: executa apenas tarefa de natureza ética, cultural e profissional, como a de zelar pelo exercício probo e eficiente da advocacia. Qual a razão, pois, qual a vantagem de se enquadrar a nossa corporação (a que sem dúvida atribuíram largos poderes, a fim de que cabalmente se desincumbisse dos seus encargos) na mesma chave ou esquema das autarquias administrativas, para submeter ao mesmo regime comum, entidades tão diversas, sob múltiplos aspectos?

O que cumpre fazer é, pois, ampliar as nomenclaturas de classificação, estabelecer distinções legítimas, apoiadas em dados indescritíveis da realidade. Se a Ordem é, assim, uma entidade 'sui generis', porque assim a criou o legislador (como de igual modo procedeu em outros casos), nada mais resta senão fugir das esquematizações sumárias, que falseiam a situação real."

7. Cogitando então da qualificação da Ordem dos Advogados na França, DARIO DE ALMEIDA MAGALHÃES anota<sup>4</sup>:

"Cremos ser análoga a situação da nossa Ordem: corporação investida de funções e poderes públicos, reclamando um *nomen iuris*, adequado ao seu regime peculiar. Pouco importa, a nomenclatura, a etiqueta, desde que esta não lhe desnature a índole ou lhe altere a substância".

8. E, por fim, suas observações conclusivas<sup>5</sup>:

"A posição da Ordem, o papel que lhe foi destinado, a autoridade de que se reveste, as responsabilidades que lhe incumbem, não se coadunam, porém, com qualquer forma de tutela administrativa.

A sua independência lhe é essencial, não só à dignidade da instituição, como à própria eficiência de sua

<sup>4</sup> RDA 20/349.

<sup>5</sup> RDA 20/351.

atividade peculiar. A independência da Ordem protege a independência do advogado; e sem esta a profissão decai de sua grandeza e de sua utilidade social."

9. Referindo-se à distinção entre a Ordem e o sindicato dos advogados, diz ORLANDO GOMES em parecer de 1.974<sup>6</sup>:

"(...) a Ordem é coisa distinta. A começar porque não é uma associação, nem uma sociedade, nem mesmo um órgão da Administração Pública, posto que exerça funções públicas. A Ordem é um quadro no qual tomam alento, vivendo sua experiência, as normas que disciplinam a profissão de advogado. A ordem [sic] é uma instituição que tem como condição de existência a autonomia no sentido, frisado por SATTÁ, de que, não obstante se integrar no Estado, com ele não se identifica, antes se lhe opõe porque são seus filiados que a governam no interesse de aplicar a normativa profissional".

10. 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<sup>7</sup>.

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

12. Cumpre ver que não há apenas uma Administração, mas uma pluralidade de Administrações Públicas, todas elas titulares de

<sup>6</sup> "A vinculação da OAB ao Ministério do Trabalho", in As razões da autonomia da Ordem dos Advogados do Brasil, OAB, Rio de Janeiro, 1.975, pp. 59-60.

<sup>7</sup> Neste sentido, PAULO LUIZ NETTO LÔBO, Comentários ao Estatuto da Advocacia, 2ª edição, Co-edição do Conselho Federal da OAB e da Brasília Jurídica, Brasília, 1.999, p. 180.

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 ENTERRIA<sup>8</sup> --- com sua própria personalidade jurídica independente, e uma plêiade de entidades institucionais ou corporativas igualmente personificadas.

13. 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 ENTERRIA<sup>9</sup> - toda a galáxia administrativa é reconduzida a uma unidade estrutural e sistemática.

14. Essa unidade estrutural e sistemática decorre, entre nós, do disposto no art. 37 da Constituição de 1.988, sendo reafirmada nas dobras da legislação infraconstitucional.

15. As autarquias são pessoas jurídicas de direito público. Embora em rigor situadas nos quadrantes da Administração Indireta, descentralizada<sup>10</sup>, "não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas"; "são responsáveis pelos próprios comportamentos"<sup>11</sup>.

16. Isso, contudo não importa, repita-se, em que se tornem absolutamente independentes, visto estarem sujeitas ao vínculo da

---

<sup>8</sup> EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS-RAMON FERNANDES, Curso de Derecho Administrativo, 4ª ed., v. I, Madrid, Civitas, 1.983, p. 33.

<sup>9</sup> Ob. cit., p.34.

<sup>10</sup> V. meu "Considerações a propósito das sociedades de economia mista", Revista de Direito Público 17:113 [1.971].

<sup>11</sup> Dicção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2.002, p.140.

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"<sup>12</sup>.

17. 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.

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

19. 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

---

<sup>12</sup> Ob. cit., p.141.



jurídicas". Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa.

20. 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.

21. O requerente insurge-se contra a indenização oferecida aos empregados da OAB que optassem por migrar do regime estatutário para o celetista, parte final do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, afirmando ainda que, em face do que dispõe a Lei n. 8.112, por tratar-se de autarquia, o valor pago no momento da aposentadoria de tais empregados não encontraria respaldo jurídico. A questão é, porém, mais ampla.

22. Conforme afirmei há pouco, a Ordem dos Advogados do Brasil não é, e também não foi em momento anterior, enquadrável no gênero comum das autarquias. Importa aqui traçar uma evolução histórica da legislação aplicada a OAB. A entidade foi criada pelo decreto 19.408, de 18 de novembro de 1930. Posteriormente, em 1963, recebeu seu primeiro estatuto, a Lei n. 4.215. O artigo 139 deste texto normativo assegurava "aos funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil o regime legal do estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e leis complementares". Cuidava-se da Lei n. 1.711, vigente



à época e revogada pela Lei n. 8112, publicada em 12 de dezembro de 1990.

23. Ainda que por determinação legal tenha sido imposto o regime estatutário aos empregados da OAB, esse regime não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. O regime estatutário disciplina as relações entre servidores públicos e a Administração Pública, não sendo extensivo a outras entidades tão-somente porque a criação destas últimas decorreu de lei. A Ordem dos Advogados do Brasil não pode nem mesmo ser vista como autarquia especial, pois é entidade independente, não estando vinculada à Administração.

24. Assim, ainda que o almejado pelo requerente seja, implicitamente, a declaração de que a OAB é autarquia, entendo que o preceito é patentemente inconstitucional. Mas não pelos fundamentos apresentados na inicial. Como disse, a questão é mais ampla: não se trata de indenização desprovida de fundamentação constitucional, mas de ausência de pertinência da norma legal, que supõe plausível a atribuição de tratamento estatutário aos empregados da OAB, o que tenho por inadmissível. Dada a índole de causa aberta da ação direta de inconstitucionalidade, entendo ser possível declarar inconstitucional não só a parte final do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, mas todo o preceito veiculado no parágrafo.

25. O segundo pedido do requerente é alinhado no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, cujo teor é o seguinte:



"Art. 79. Aos servidores da OAB, (sic) aplica-se o regime trabalhista".

26. O requerente pleiteia a declaração, desta Corte, de que o preceito deva ser interpretado conforme o artigo 37, inciso II, da CB/88, "para que fique claro que, apesar de submetidos ao regime trabalhista, os servidores da OAB somente podem ser contratados mediante prévio concurso público" (fl. 5).

27. Ao requerente da ADI cabe buscar a declaração de inconstitucionalidade do preceito que com a Constituição do Brasil não guarde coerência. A interpretação conforme a Constituição é técnica a ser utilizada por esta Corte quando, diante da existência de duas ou mais interpretações possíveis, uma delas seja eleita como a ajustada ao texto constitucional.

28. O requerente não aponta as múltiplas interpretações que originar-se-iam do preceito, mesmo porque este é tão sucinto que não comporta múltiplas interpretações. Não há, no caso, como se apontar uma entre várias interpretações que constitucionalmente possa ser considerada apropriada<sup>13</sup>. Aqui não há mais de uma interpretação possível, mais de uma norma a ser extraída do texto.

29. Ora, a ação direta de inconstitucionalidade não é meio hábil para a postulação de interpretação conforme a Constituição, técnica que deriva da presunção de constitucionalidade dos textos normativos emanados do Poder Legislativo.

---

<sup>13</sup> Cf. GILMAR MENDES. Jurisdição Constitucional - o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha, 3ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 229: "Uma importante modalidade de decisão do *Bundesverfassungsgericht* é a interpretação conforme à Constituição, na qual o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental".

30. Esta Corte reconheceu que a interpretação conforme a Constituição, se firmada no controle abstrato de normas, consubstancia uma espécie de pronúncia de inconstitucionalidade (Representação Interventiva n. 1.417, Ministro Moreira Alves, RTJ n. 126, p. 48). O Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>14</sup> enfatiza que o Tribunal, nesse julgamento, "considerou inadmissível a utilização da *representação interpretativa*, entendendo que, se fosse o caso de aplicar a interpretação conforme a Constituição, ela deveria ser utilizada no âmbito do controle abstrato de normas".

31. Ademais, não prospera em benefício da argumentação do requerente a alusão ao princípio da moralidade. A propósito, observo tão-somente que a sua consagração como *princípio* no plano constitucional [artigo 37 da Constituição do Brasil] e no plano infraconstitucional [artigo 3º da Lei n. 8.666/93, v.g.] não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais.

32. O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito positivo, o direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, a ela conferindo, concomitantemente, a forma que a constitui.

33. Nessa medida, o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade mesma, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas.

---

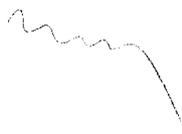
<sup>14</sup> Ob. cit., p. 285.



34. Ocorre, no entanto, que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema.

35. Assim compreenderemos facilmente esteja confinado, o questionamento da *moralidade da Administração*, nos lindes do *desvio de poder* ou de *finalidade*. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da *legalidade pura e simples*. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro, a ambos os princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Julgo improcedente o pedido.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Sr. Presidente, desejo, na medida em que esse entendimento seja confirmado pelo Plenário, desejo trazer outra questão à apreciação da Corte, questão atinente aos efeitos derivados da decisão de inconstitucionalidade. Porque o dispositivo que receberá a denotação de inconstitucional na verdade produziu efeitos concretos. Foi dito da tribuna que há dezenove empregados da OAB nessa situação. Isso porque ao tempo da publicação da lei --- eu supunha, mas agora está confirmado --- eles fizeram opção pelo regime estatutário. Há portanto empregados da OAB aposentados cujos proventos são oriundos tanto do primeiro regime, quanto do segundo. Por isso estou entendendo que se deva conferir temperamentos aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para evitar a retroatividade prejudicial.

Assim, proponho sejam ressalvadas, na hipótese, as aposentadorias já consolidadas sob a égide do preceito, caso venhamos a entendê-lo como inconstitucional.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, se bem entendi, o **caput** não foi objeto do pedido.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não! O **caput** não foi objeto.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Com todas as vênias de V. Ex<sup>a</sup>., entendo que o que há de aberto na ação direta é a **causa petendi**, mas estamos absolutamente cingidos ao princípio do pedido.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - O pedido é com relação ao § 1º.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim, só poderemos julgar do § 1º.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas há pedido quanto à cabeça do artigo, porque o que se coloca é que estaria havendo duas



interpretações ou dois enfoques sobre a exigibilidade, ou não, do concurso público.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Perdão, o pedido diz respeito à inconstitucionalidade da parte final do § 1º. E há uma interpretação conforme a ser dada ao *caput*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Que resulta, segundo o pedido formulado, em se assentar que é inconstitucional a interpretação da cabeça, no que afaste o concurso público.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Desde quando um dispositivo que estabelece um regime suponha interpretações que permitam interpretação conforme?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Mas é exatamente o problema da inicial, porque a inicial ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A partir da premissa, esse conselho não seria uma autarquia especial.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - E a partir do princípio de que a Constituição Federal não admite ingresso de servidor a não ser por concurso público...



O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Onde está dito que não haverá concurso?

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Foi dito da tribuna.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Da tribuna, **data vênia**; a norma não é objeto de ação direta.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Mas não podemos fechar os olhos diante de uma realidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Há outros meios de controle. Não podemos é simplesmente fazer abstração de toda a construção do processo da ação direta para aferir da validade de um dispositivo que dispõe apenas sobre o regime jurídico a que se submetem os servidores a fim de saber se nele se contém hipóteses de interpretação que dispensa ou não o concurso.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - É só indagar se já prestaram concurso alguma vez.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - A questão é a seguinte: esse art. 79 nada refere em relação a isso, não instala nenhuma dúvida. O que o requerente quer, sem dizer quais são as dúvidas possíveis, é que se faça opção por uma delas, a que ele pretende, mas sem que esse seja um meio adequado.



O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Pelo texto, Senhor Presidente, temos a adoção do regime dito celetista de forma abrangente, e, aí, evidentemente, não há concurso público para se ingressar em uma pessoa jurídica de direito privado que não integra a administração, porque há pessoas jurídicas de direito privado que a integram - refiro-me às sociedades de economia mista e às empresas públicas. O que surge da própria redação do artigo 79 é a visão do regime da Consolidação das Leis do Trabalho como um grande todo, ou seja, viabilizando a arregimentação de prestadores de serviço sem o concurso público.

Agora, o que está em discussão neste processo não é bem a cabeça do artigo 79, nem o § 1º. O tema mais importante é a definição da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Federal, e notamos que nos deparamos com uma entidade, com um ente ao qual se atribuiu não apenas o cadastramento de certo segmento profissional, mas também a fiscalização, podendo haver exclusão, inviabilizando-se o exercício profissional e, mais do que isso, podendo ser exercido o poder de polícia, poder de punir. Deu-se ainda a esse Conselho, como a dezenas de conselhos - estamos julgando indiretamente o sistema -, a possibilidade de impor, como se integrante realmente da Administração Pública, contribuições obrigatórias, com um detalhe: todos sabemos que a capacidade

postulatória pressupõe a inscrição na Ordem dos Advogados. Daí a importância, para mim até maior quanto a outros conselhos, do próprio Conselho revelado pela Ordem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Ele é importantíssimo; apenas acho que não tem nenhuma adequação ao modo como se pôs essa ação direta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E aí, Presidente, veja Vossa Excelência que, na própria lei disciplinadora - o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil -, existem premissas quanto ao que criado, aos conselhos que se enquadram, a mais não poder, na definição legal de autarquia, que não encerra submissão, ao contrário - pelo Decreto-Lei nº 200, a autarquia é um serviço autônomo criado por lei. Para que lei para criar esse Conselho, se se trata de uma pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios? Para executar atividades típicas da Administração Pública, com imposição de contribuição, poder de polícia, e viabilização, digo mais, de um direito constitucional, de uma garantia constitucional que é o exercício de uma profissão.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Ministro, V.Exa. me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Pois não.



O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Um elemento fundamental para caracterização da autarquia --- visto que aí estamos diante de algo que além de ser público é estatal, porque há muita coisa que é pública, mas não é estatal --- é a sujeição ao controle.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Excelência, pela definição legal, não.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Permita-me terminar. Ao contrário dos demais conselhos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim. Gestão administrativa e financeira descentralizada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Vai procurando nesse mesmo decreto-lei, a partir do qual já estamos decidindo questões constitucionais. Procure que V.Exa. encontrará a tutela.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Pois é a tutela e ela existe...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Excelência. Aí, inclusive, há citação de Celso Antônio Bandeira de Mello. O conceito de autarquia afasta a tutela.



O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não é verdade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não é verdade?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Eu citei Celso Antônio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, não me refiro ao trecho citado por Vossa Excelência, já que entende que pode dizer que não é verdade.

Agora, é um tabu, Senhor Presidente, discutir-se o que ressoa como uma verdadeira soberania desse Conselho, quando no cenário nacional não se tem apenas esse Conselho. Precisamos julgar, presente um sistema, sob pena de ele ficar capenga, porque teremos de adotar, aqui - se entendermos que se trata de uma pessoa jurídica de direito privado -, a mesma óptica quanto a dezenas de conselhos existentes no Brasil.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sob esse aspecto, gostaria de ponderar que nenhum outro conselho mereceu da Constituição menção expressa. Nenhum outro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Está acima do próprio Estado?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Nenhuma outra profissão. Eu me dei ao trabalho de pinçar da Constituição as vezes em que ela fala de advogado, de advocacia, de Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e de Ordem dos Advogados do Brasil. Ela fala três vezes em Ordem dos Advogados do Brasil (arts.93, 129, § 3º, e 132); fala cinco vezes de Conselho Federal da OAB (arts.103, 103-B, 130-A, § 4º); em advogado, quatorze vezes.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - a que conclusão V.Exa. chegou?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quero chegar à conclusão de que a Constituição fez da Ordem, dos advogados, do Conselho Federal uma matéria...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Que órgão todo-poderoso teremos no Brasil!

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - ...matéria de seu especial apreço, matéria que não pode ser comparada com outra porque daí se falar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, Vossa Excelência concebe a criação de entidade, que tem o poder de polícia a ponto de inviabilizar o exercício profissional, que não integre a administração indireta?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Apenas para entender a discussão. Ouvi falar que está em causa a natureza pública ou natureza privada da OAB?

Mas isso é matéria vencida, Ministro.

Na Adin 1.717, declarou-se inconstitucional o dispositivo que dispunha - não com relação à Ordem especificamente, mas em relação a todos os Conselhos de fiscalização profissional - que seriam entidades de direito privado. Isto já foi declarado inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas ouvi o relator afirmar que estamos diante, aqui, de uma pessoa jurídica.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não, V.Exa. ouviu, então, deve ser a mudança dos nossos ouvidos.



O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Tanto que Vossa Excelência chega à conclusão do conflito do parágrafo com a Carta da República, a partir da premissa de que seria inviável a contratação pelo regime dito estatutário, que não é estatutário, da Lei nº 8.112/90; é contratual, consoante dispõe o artigo 13, que ainda está em vigor.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - É que a lei anterior falava em estatutário.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - É do sistema anterior.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Sistema anterior! V.Exa. não ouviu o meu voto, não prestou atenção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, eu presto atenção em seus votos, principalmente quando Vossa Excelência relata.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas toda essa discussão foi gerada a partir de uma objeção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então, qual é a natureza jurídica, se não é uma autarquia especial? E eu diria, sem demérito, Senhor Presidente, uma autarquia corporativista, como são os demais conselhos que congregam categorias profissionais, criados por lei, com poder de polícia e a possibilidade de impor contribuições e, mais do que isso, de excluir, no caso concreto, a capacidade postulatória, o que implica dizer: de inviabilizar o exercício de uma garantia constitucional.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro Marco Aurélio, lembre-se de que, para exercer os direitos políticos de ser eleito, precisa o cidadão integrar partido político e ser pessoa jurídica de direito privado.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - É preciso conhecer um pouco de História para entender isso, desde o tempo das corporações. Mas não há de ser nenhuma coisa muito longa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, somente para orientar o meu raciocínio e tornar mais inteligentes as coisas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Porque não há liberdade quanto à adesão, ou não, à ordem.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, toda esta discussão partiu de uma objeção que o Ministro Sepúlveda Pertence fez ao voto do eminente Relator, sobre a admissibilidade do pedido em relação ao **caput**. Noutras palavras: a partir dessa objeção, já estamos antecipando voto. O que foi suscitado pelo Ministro é se há pedido admissível de interpretação conforme, em relação ao **caput**. Essa foi a questão.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Não há nenhuma dúvida de que há, porque toda a fundamentação está exatamente nesse sentido.

O art.79, **caput**, parte da idéia...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro, já conhecemos o argumento.

Vamos organizar. A situação é a seguinte: O Ministro-Relator julga inconstitucional a totalidade do § 1º, que não foi objeto do pedido. O objeto do pedido restringe a parte final, ou seja, a opção, o direito de indenização decorrente da opção, foi restrito a isto o pedido.

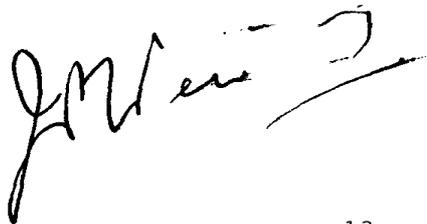
O Ministro Sepúlveda Pertence suscitou, no seu aparte, a questão da inadmissibilidade da ação, considerando os pedidos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A princípio me pareceu que não era objeto do pedido o **caput**. É objeto de um pedido de interpretação conforme. E, aí, suscito a outra questão: interpretação conforme pressupõe ambigüidade do texto normativo. E nada se disse a respeito de concurso público no **caput** do art.79.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Cogitou-se, entretanto, de um regime que é linear, o da Consolidação das Leis do Trabalho. Este, de início, se não se entender que, em se tratando quer de pessoa jurídica de direito público, quer de pessoa jurídica de direito privado, mas integrante da administração indireta, evidentemente não há...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Estamos com a seguinte situação: O Ministro Sepúlveda Pertence suscita uma inadequação do pedido em relação ao **caput** do art.79 quando se pede uma interpretação conforme a Constituição, para se dizer que, não obstante - que é o objetivo da demanda - a natureza do regime trabalhista que fixa o art.79, ter-se-ia que exigir o concurso público.

O Ministro Sepúlveda Pertence suscita esta questão como uma preliminar sobre a possibilidade de discutirmos esse assunto.



O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Mas é exatamente nesse sentido o meu voto.

Obs: Texto sem revisão do Sr. Ministro Nelson Jobim (§4º do artigo 96 do RISTF)

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

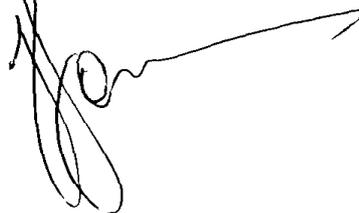
## VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sr. Presidente, acho que há dúvida.

Ao se optar pelo regime trabalhista, o que se quer, em realidade, é desvincular a OAB do regime jurídico de direito público. Portanto, desobrigá-la de fazer concurso.

Evidentemente, há uma ambigüidade, há uma incongruência em todo esse estatuto jurídico da OAB.

Conheço do pedido.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, não conheço do pedido. Acho que o dispositivo, pelos elementos contidos nele mesmo, não rende ensejo a mais de uma interpretação.

\*\*\*



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

**ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL**

## VOTO PRELIMINAR

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** – Sr. Presidente, com o devido respeito, conheço do pedido, porque entendo que há dúvida, e esta nasce exatamente da fundamentação, que a suscita sobre a natureza jurídica da OAB, ensejando duas interpretações: uma, que a OAB é entidade de Direito Privado, e a outra, que seria de Direito Público.

No primeiro caso, não se exigiria concurso público para preenchimento de cargo; e, na segunda hipótese, exigir-se-ia, a despeito de o regime de pessoal ser celetista. 

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

## VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vejo aqui a relação entre disposição e duas claras normas, exatamente como colocou o Ministro Cezar Peluso. Temos uma disposição e duas possíveis normas: a primeira, que admite a contratação, portanto, livre num regime privado típico e, a segunda, que a submete a um regime de Direito Público exigível, portanto, concurso público. Há ambigüidade inequívoca, e, portanto, é admissível, sim, a ação.



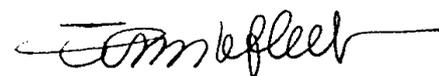
*Supremo Tribunal Federal*

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL**VOTO PRELIMINAR**

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Senhor Presidente, também com a vênua dos que pensam em contrário, conheço do pedido nessa parte.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, a quadra é de racionalização dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, do Poder Judiciário, cuja mazela maior, segundo se aponta, é a morosidade.

No processo em mesa, o Supremo tem oportunidade de lançar entendimento, como guarda-maior da Carta da República, de forma linear e considerado, como convém, o fator tempo. Por isso, já disse, aqui, na bancada, que vejo o processo objetivo com uma flexibilidade maior, quer considerados os legitimados para ingressarem com ações, que deságuam nesse processo, quer o objeto da própria ação.

No caso, o Ministério Público, o Procurador-Geral da República ataca o disposto na cabeça do artigo 79 - explícito esse artigo:

Art. 79 - Aos servidores da OAB aplica-se o regime trabalhista.

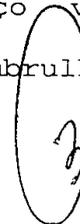
O texto não comporta exceção quanto à singularidade desse regime, o trabalhista.

Conversava há pouco com o ministro Gilmar Mendes, até mesmo buscando a confirmação da óptica - desconfiando, portanto, do que vislumbrei no primeiro passo.

**ADI 3.026 / DF**

Em todo pedido de interpretação conforme, tem-se, necessariamente, pleito de declaração de inconstitucionalidade, de percepção, de interpretação, que se mostra conflitante com a Carta da República.

Se assim é, Senhor Presidente, peço vênias aos ministros relator e Carlos Ayres Britto para abrir o embrulho.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

(PRELIMINAR)

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sr. Presidente, também peço vênua aos eminentes Ministros Relator e Carlos Britto para conhecer da ação, no ponto.

Entendo que há ambigüidade e que cabe, aqui, a interpretação conforme. *llll*

\*\*\*

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, gostaria apenas de reafirmar que quando o Tribunal afirmou a exigência do concurso público para indiscutíveis entidades de Direito Privado da Administração Pública, vale dizer, as empresas públicas e sociedades de economia mista, afirmou também que o regime trabalhista não afasta, com relação a entes da administração, o concurso público.

Por isso, neguei qualquer ambigüidade a um dispositivo que se limita a escolher o regime.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É a prática que vem sendo adotada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Excelência, não estou julgando a OAB. Estou julgando uma ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Estou julgando o sistema. Não julgo a Ordem. Quem sou eu para julgar a Ordem, esse ente que se imagina soberano!



*Supremo Tribunal Federal*

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, também acompanho o Relator e faço um registro que me parece importante fazê-lo.

Essa ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada em outubro de 2003, atacando um dispositivo de 1994. No caso específico, uma extraordinária morosidade na pretensão deduzida pelo Senhor Procurador-Geral.

Não importa meramente o registro, importante se fazer, porque, evidentemente, quando o Ministro Sepúlveda Pertence refere que nós - o Tribunal - decidimos que nas entidades integrantes da Administração Pública, e, por razões políticas ou pelo menos razões inclusive operacionais, devam ter o regime trabalhista, passamos a exigir o concurso público.

Aqui, o que está se fazendo - e foi identificado pelo eminente Relator - é exatamente o contrário. Aqui se pretende a adoção do sistema do concurso público para fazer como consequência

*Supremo Tribunal Federal*  
ADI 3.026 / DF

disso, integrar a Administração Pública, no desconhecimento da distinção fundamental entre entidade estatal.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Apenas para nota, o acórdão a que me referi, é o MS 21.322, relatado pelo Ministro Paulo Brossard. Apesar de o regime trabalhista não afastar a exigência de concurso público.

 O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não afasta, porque ela é que trata da Administração.

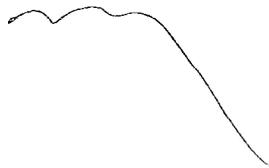
23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALCONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Sr. Presidente, a exigência de concurso público alcança todas as entidades da Administração, seja as dotadas de personalidade de direito público, seja as de personalidade jurídica de direito privado. Entidade que não participa da Administração não fica sujeita, a meu ver, a concurso público. A Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, que também têm características semelhantes, não estão sujeitos a concurso público. Por medida de coerência, se entendêssemos que uma entidade que não participa da Administração deve ficar sujeita a concurso público, teríamos de impor essa exigência, exigência do concurso público, ao PT, ao PMDB, ao PSDB e assim por diante.

Não cabe a exigência em relação a entidade que, embora dotada de personalidade de direito público, não participa da Administração, não está sujeita a tutela administrativa.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA:** Senhor Presidente, o direito comparado seguramente não registra nenhuma situação parecida com a de que goza a OAB no espaço jurídico brasileiro. Trata-se de uma entidade que goza - como acabamos de ouvir não só no voto do eminente ministro relator, mas também nas intervenções feitas pelos colegas -, inegavelmente, de um estatuto jurídico mais do que *sui generis*; que participa amplamente da formação do Estado; que congrega a única categoria que tem o direito constitucional de ingressar nas fileiras do Estado em situação inteiramente discrepante daquela prevista para os demais agentes do Estado; que forma, portanto, a vontade do Estado. E mais: que goza, em certas situações, de total imunidade tributária.

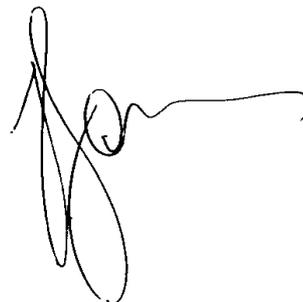
Leio a Lei 6.811/1980, que me causa perplexidade:

"A partir do exercício de 1980, o produto da taxa judiciária que se refere ao artigo 20 do Decreto [...] destinar-se-á à construção do Edifício Sede da Ordem dos Advogados do Brasil."



O que é isso? Todos esses elementos, inclusive aqueles elencados pelo ministro Carlos Britto, indicam, a meu ver, pelo menos um esboço de regime público. O que caracteriza a natureza de uma autarquia - há diversas modalidades de autarquias - não é simplesmente, como disse o ministro Eros Grau, sua sujeição ou subordinação a um órgão ou entidade da Administração; é o fato de que ela assume ou exerce atividades, missões típicas de serviço público. E todos esses elementos contidos na nossa Constituição e nas leis referentes à OAB indicam, sim, que esta é regida por um regime de direito público, e não de direito privado.

Com essas breves considerações - talvez para lançar debate -, peço vênias para divergir.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, até agora eu quis chamar a atenção da Corte, com todo respeito, para as singularidades da OAB enquanto pessoa jurídica. Era meu propósito, inclusive, referendar o ponto de vista daqueles que insubmetem a OAB à tutela a controle do Estado e confirmar o que disse o Ministro Eros Grau: é uma entidade profissional corporativa, mas que extravasa os diques da própria função corporativa para ganhar uma função institucional de defesa de toda a ordem jurídica da Constituição etc.

Por isso, resignei-me com a comparação pura e simples entre o Conselho Federal e os demais conselhos a ponto de eu lembrar que nenhum conselho tem previsibilidade constitucional, ao passo que a Ordem dos Advogados tem nas tantas vezes que citei. Porém, quanto à matéria da exigência do concurso, a própria lei criadora da ordem, Lei nº 8.906/94, categoriza a instituição como serviço público:

*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."

Ora, diante dessa categorização legal da instituição como serviço público, a regra do recrutamento de seus servidores mediante concurso público me parece se impor.

Então, voto pela exigência do concurso público.

\*\*    \*\*    \*\*



*Supremo Tribunal Federal*

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Velloso.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026

ESCLARECIMENTO

*Mi*  
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vamos deixar claro - agora que estamos conhecendo - que estamos discutindo uma questão maior que isso, surgida no final, que é a submissão e, depois, começa o problema. O Ministério Público está interessado nisso, está claro, pois dez anos depois ajuíza ação nesse sentido, ou seja, há disputas corporativas. Vamos deixar bem claro o que estamos tratando. Não é só concurso público, é uma outra questão, exatamente o que significa o desrespeito ao processo histórico político brasileiro que desenhou essa organização. O que pretendemos? Pretendemos pegar um processo histórico político clássico, claramente *sui generis* em face da realidade política e institucional do País, e tentar colocar em cima de categorias de direito administrativo, para outro objetivo que não fazer com que se traia esse processo político.

ADI 3.026/DF *Supremo Tribunal Federal*

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Já era tempo que isso acontecesse. Já não era tempo de se eliminar essa perplexidade?

*M*  
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - O desenho foi feito pela história política do País e Vossa Excelência, com seu voto, diz que existe algo no mundo chamado "serviços públicos", e, portanto, sendo serviços públicos só pode ser entidade da Administração Pública. Qual a consequência disso? Fazer aquilo que foi exatamente a longa disputa da questão dessa instituição.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro, mas são categorias jurídicas que têm de ser observadas.

*M.*  
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas categorias jurídicas não são do mundo, temos que ver as categorias a partir da história.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - São criações da lei, do Direito, da Constituição. Temos de tipificar o fato, essa é a nossa atividade, o nosso trabalho.

*M.*  
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro Carlos Velloso, essa é a discussão típica que se trava hoje entre os constitucionalistas sobre o conceito de federação, pretendendo

ADI 3.026 / DF

*Supremo Tribunal Federal*

discutir a questão da União Européia, por exemplo, se a União Européia é uma figura de federação. Quanto à instituição da federação é superada pelo fenômeno jurídico novo, distinto, historicamente com outra concepção e nós queremos pegar o mundo moderno e jogar dentro de um modelo de aprisionamentos.

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apertes do Srs. Ministro Gilmar Mendes.

## V O T O

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Sr. Presidente, há uma tendência óbvia na ciência do Direito e entre os seus aplicadores, também, de, diante de certas dificuldades conceituais, se recorrer às categorias existentes e já pensadas como se fosse escaninhos postos pela ciência, onde um fenômeno deva ser enquadrado forçosamente.

Recordo, a propósito, a secular tentativa de explicação do que era o processo e o procedimento, hoje postos como categorias autônomas na Teoria Geral do Direito; hoje ninguém mais discute que o processo e o procedimento são categorias autônomas. Então, desde as teorias alemãs, situações jurídicas, relação jurídica, se transformou numa categoria puramente estática do mundo do Direito Privado para tentar explicar uma categoria dinâmica do Direito Público que é o processo, etc, até que se chegou, hoje, à



seguinte conclusão: o processo é o processo, nada mais; ele é, em si, uma categoria.

Toda dificuldade que vejo, neste caso, é de tentar colocar forçosamente essa instituição dentro de um desses escaninhos preestabelecidos, como se isso fosse suficiente para resolver todos os problemas, que é a falta de uma definição mais clara por parte do ordenamento.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Se V.Ex.<sup>a</sup> me permite um aparte, aí estamos, talvez, invertendo até a perspectiva que marca o controle abstrato. O pedido diz respeito ao artigo 79 e parágrafo único. Entendo que não devemos responder a essas outras questões que estão postas. Aqui é saber se essa instituição que tem caráter magno e público pode dispensar o concurso público. É tão-somente essa questão. E esquecer o Decreto-lei n.º 200; esquecer, por ora, outras categorias. Tão-somente a questão posta no pedido.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Estou colocando a premissa da minha conclusão. Isso significa, para abreviar, que a instituição está sujeita a normas de direito público e, ao mesmo tempo, a normas de direito privado, independentemente de saber se é autarquia típica, se é



autarquia especial. Isto não importa para se resolver o caso concreto, admitir que, perante o ordenamento jurídico, a OAB está sujeita, em alguns aspectos, a normas de direito público e, em outros, a normas de direito privado. A pergunta que fica é a seguinte: o regime de pessoal da Ordem está sujeito a regras de direito público? Os cargos são criados por lei? Há necessidade de lei para regular qualquer circunstância do regime jurídico de pessoal? A melhor resposta, a meu ver, é obviamente negativa e, se o é, isto é, se não se aplicam ao regime jurídico do pessoal da Ordem normas de direito público, ainda que tenham outras explicações, a mim me parece que a resposta à pergunta é que não há interpretação conforme no sentido do pedido, porque não se exige concurso público, pois o pessoal da ordem dos Advogados não está sujeito a normas de direito público.

É como voto com o devido respeito.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, realmente o Ministro Peluso traz à baila um vício de que todos padecemos, que deita raízes em Aristóteles, o qual, como todos sabem, era um lógico por excelência, achava que cada coisa devia ficar em seu lugar e projetou essa influência nossa de tentar adaptar realidades diferenciadas em escaninhos conceituais preexistentes, antigos.

Deixei-me impressionar muito bem por essa observação dele e, sobretudo, por uma outra achega: é que o Ministro Cezar Peluso, ao dizer que pouco importa a natureza jurídica da OAB, o fato é que a Instituição efetivamente se rege ora por normas de Direito Público, ora por normas de Direito Privado. Ele me impressionou quando lembrou que os cargos da OAB não são criados por lei. Ele não disse isto, mas acrescento: não têm seus vencimentos fixados por lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E entendemos que há exigência do concurso. A quem interessa colocar em segundo plano concurso público, os princípios da isonomia, da moralidade, da impessoalidade?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - De outra parte, no contexto global de meu voto, queria ter ensejo de dizer que, realmente, o pensamento jurídico ortodoxo sobre a OAB encontra



sérias dificuldades pela heterodoxia da natureza da OAB, que eminentemente é uma instituição da sociedade civil, não é uma instituição da sociedade estatal, daí por que aparelhada pela própria Constituição, "n" vezes a fim de exercer um **munus** que a coloca ao lado da Imprensa como as duas grandes instituições da sociedade civil. E por natureza infensas, ambas, imprensa e OAB, a controles estatais.

Vou reconsiderar meu voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name 'L. B. F.', written in a cursive style.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EROS GRAU**

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator), Carlos Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e o Presidente, conheceu do pedido relativamente ao *caput* do artigo 79 da Lei nº 8.906/94. Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Senhores Ministros Relator, Carlos Britto e Cezar Peluso, que negavam a interpretação conforme a Constituição, no artigo 79, por entender não exigível o concurso público, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que entendia exigir concurso público, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou pelo interessado, *amicus curiae*, o Dr. Luiz Carlos Lopes Madeira. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 23.02.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

71   
Luiz Tomimatsu  
Secretário

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, com fundamento no inciso VI do art. 103 da Constituição Federal.

O objeto desta impugnação corresponde ao art. 79, *caput* e §1º, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 ("Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil").

Eis o teor dos dispositivos impugnados nesta ação direta:

*"Art. 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista.*

*§1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração."*

Ao final, o requerente postula, *verbis*:

*"(...) julgue-se procedente o pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão 'sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes*

o valor da última remuneração' do §1º do art. 79 da Lei nº 8.906/94, bem como para que seja dada interpretação conforme o art. 37, II, da Constituição Federal ao caput do art. 79 da Lei nº 8.906/94, de modo que fique explícito que os servidores da OAB, mesmo que contratados sob o regime trabalhista, devem ser submetidos, para a admissão, a prévio concurso público." (fl. 07).

Em sessão de 23 de fevereiro de 2005, por ocasião da apresentação do voto do Relator, Ministro Eros Grau, proclamou-se que:

"O TRIBUNAL, POR MAIORIA, VENCIDOS OS SENHORES MINISTROS EROS GRAU (RELATOR), CARLOS BRITTO, CELSO DE MELLO, SEPÚLVEDA PERTENCE E O PRESIDENTE, CONHECEU DO PEDIDO RELATIVAMENTE AO CAPUT DO ARTIGO 79 DA LEI Nº 8.906/94. PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, APÓS OS VOTOS DOS SENHORES MINISTROS RELATOR, CARLOS BRITTO E CEZAR PELUSO, QUE NEGAVAM A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, NO ARTIGO 79, POR ENTENDER NÃO EXIGÍVEL O CONCURSO PÚBLICO, E DO VOTO DO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, QUE ENTENDIA EXIGIR CONCURSO PÚBLICO, PEDIU VISTA DOS AUTOS O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES."

Tendo em vista o surgimento da questão da limitação dos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade, bem como em razão do fato de que a discussão da matéria envolveria a conformação constitucional e legal atribuída à Ordem dos Advogados do Brasil - OAB -, pedi vista dos autos para melhor análise desses temas.

O voto que ora profiro será apresentado em duas partes:

- a) inicialmente, uma vez que já foi superada a possibilidade de conhecimento da ação quanto a este ponto na última assentada, analisarei o tema da aplicabilidade ao *caput* do art. 79 do Estatuto da OAB de interpretação conforme o art. 37, II, da CF; e

b) em seguida, apreciarei o disposto no §1º do art. 79 da Lei nº 8.906/1994, em especial na sua parte final "sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração".

**A) Da interpretação conforme à Constituição do art. 79, caput, da Lei nº 8.906/1994 de (CF, art. 37, II)**

Com relação ao pedido de interpretação conforme do caput do art. 79 da Lei nº 8.906/1994 ("Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista"), vislumbro, nesse dispositivo, duas possibilidades.

Tem-se, portanto, uma disposição e duas possíveis normas: a primeira, que admite a contratação livre num regime tipicamente privado, e, a segunda, que submete essa contratação a um regime público, por meio da imposição de realização de concurso público.

Nesse contexto, a questão está intimamente vinculada à conformação jurídica da atuação da Ordem dos Advogados do Brasil na regulamentação da atividade da Advocacia no atual sistema constitucional.

Ao fixar essa premissa, porém, destaco que não pretendo discutir a taxonomia rígida dos conceitos ou classificações que devam ser imputados à OAB.

Com efeito, para os fins de reflexão acerca do regime trabalhista dos servidores da entidade, parece-me irrelevante o "rótulo jurídico" a que se chegue porque, seja sob a denominação de *autarquia pública*, ou ainda, sob a nomenclatura *autarquia pública*

especial, o *nomen iuris* aplicável é insuficiente para que, por si só, se tenha a dimensão das garantias constitucionais envolvidas, assim como da função institucional desempenhada pela entidade.

Preliminarmente, gostaria de enfatizar que, a rigor, pode-se dizer que não há pronunciamento definitivo do Plenário acerca da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, mas tão-somente pronunciamento em sede liminar, ocorrido na ADI nº 1.707-MC/MT, Pleno, unânime, Rel. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998.

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, indeferiu o pedido de medida liminar pleiteado, nos termos do voto do então Relator, Ministro Moreira Alves. No caso, a ementa alude brevemente a suposto caráter autárquico da Ordem dos Advogados do Brasil, em razão da fundamental relevância do serviço público prestado, *verbis*:

*"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 5.607, de 31 de maio de 1990, do Estado de Mato Grosso, que atribui em favor da OAB, Seção daquele Estado, parcela de custas processuais.*

*- Exercendo a OAB, federal ou estadual, serviço público, por se tratar de pessoa jurídica de direito público (autarquia), e serviço esse que está ligado à prestação jurisdicional pela fiscalização da profissão de advogado que, segundo a parte inicial do artigo 133 da Constituição, é indispensável à administração da justiça, não tem relevância, de plano, a fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade da lei em causa no sentido de que o serviço por ela prestado não se vincula à prestação jurisdicional, desvirtuando-se, assim, a finalidade das custas judiciais, como taxa que são. (sem o grifo no original)*

*- Ausência, também, do periculum in mora ou da conveniência em suspender-se, liminarmente, a eficácia dessa Lei estadual. Pedido de liminar*

indeferido." [ADI nº 1707-MC/MT, Pleno, unânime, Rel. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998]

Dada a especificidade e a pertinência desse caso com a discussão desta ação direta, é válido transcrever o inteiro teor do voto do Ministro Moreira Alves, verbis:

"1. O fundamento jurídico da presente ação é o de que a Lei nº 5.607, de 31 de maio de 1990, do Estado de Mato Grosso, ao atribuir que uma parcela do recolhimento de custas processuais cabe à Ordem dos Advogados do Brasil, Seção daquele Estado, teria ofendido o disposto no artigo 145, II, da Constituição de que decorre que o pagamento de taxa está intimamente vinculado à prestação do serviço público ou à colocação deste à disposição do contribuinte, não podendo o Estado pretender custear, com cobrança dessa espécie de tributo serviços outros que não os utilizados pelo contribuinte ou colocados à disposição deste.

Ora, a Ordem dos Advogados do Brasil, em face do disposto na Lei 8.906/94, é expressamente declarada como serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade, dentre outras '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, bem como a de promover com exclusividade, entre outras, a seleção e a disciplina dos advogados' (artigo 44). Portanto, por essa Lei, é, em última análise, a OAB uma federação de pessoas jurídicas de direito público (autarquias) que têm atribuições que estão intimamente ligadas à prestação jurisdicional por parte do Estado, certo como é, inclusive, que o advogado, segundo o preceituado na parte inicial do artigo 133 da Constituição, "é indispensável à administração da justiça". Por isso, pelo menos neste exame para a verificação, de plano, da relevância, ou não, da fundamentação jurídica dessa arguição de inconstitucionalidade para a concessão, ou não, da medida liminar requerida, não se me afigura ela com a relevância necessária para

que se suspenda cautelarmente a eficácia da Lei estadual em causa.

De outra parte, tratando-se de Lei em vigor há mais de oito anos, não demonstrou a inicial a ocorrência do periculum in mora, nem há conveniência em suspender-se a eficácia desse diploma legislativo por não estar caracterizado, prima facie, o fumus boni iuris.

2. Pelo exposto, indefiro o presente pedido de concessão de liminar." [ADI nº 1707-MC/MT, Pleno, unânime, Rel. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998]

Da leitura de toda a argumentação expendida pelo Ministro Moreira Alves, portanto, constata-se a dificuldade de sustentar, de modo absoluto, a efetiva configuração do caráter autárquico da OAB.

Para fundamentar essa afirmação, valho-me de três singelos argumentos.

Em primeiro lugar, a manifestação do Tribunal ocorreu apenas em caráter liminar, ou seja, em sede de superficial cognição acerca da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*) e da urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*).

Em segundo lugar, a própria literalidade dos fundamentos desenvolvidos pelo então Relator, Ministro Moreira Alves, denota que, embora a ementa do julgado indevidamente faça pressupor a caracterização da OAB como autarquia, em nenhum momento pode-se dizer que esse fundamento tenha sido decisivo para o indeferimento da liminar.

É dizer, além do peso que a ausência do *periculum in mora* assumiu no caso para o indeferimento da medida liminar (uma vez que se tratava de lei estadual cuja vigência já se estendia por mais de oito anos), o argumento básico para afirmar a falta de

plausibilidade do pedido consistiu na afetação legal da Ordem dos Advogados do Brasil a um serviço público de inegável relevância, nos termos da Lei nº 8.906/1994.

Por fim - e aqui me abstenho de tecer maiores considerações sobre o reconhecimento jurisprudencial desta Corte acerca dos fundamentos determinantes de declarações proferidas em sede cautelar -, não é possível invocar vinculação, por si só, da matéria em análise com o decidido na ADI nº 1.707-MT justamente pela carência de definitividade e profundidade do pronunciamento realizado naquela assentada.

Fixada a premissa de que o tema ainda não recebeu as devidas considerações por este Supremo Tribunal, caberia indagar: sob quais condições a disciplina legal do regime de contratação dos empregados da OAB deve ser harmonizada à conformação institucional que a entidade assume na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.906/1994?

Inicialmente, cabe esclarecer que, independente da discussão sobre a natureza jurídica da OAB, a questão deve ser desenvolvida a partir da perspectiva de que não é possível extrair, de modo apodíctico, qual o regime trabalhista aplicável.

Considerada a aparente lacuna quanto à regulamentação do tema, assumo como pressuposto o fato de que estamos diante de possibilidade de reconhecimento de um regime trabalhista flexível, consoante às disposições constitucionais e legais existentes, ou que venham a ser instituídas no futuro.

Deve-se ter em mente que a Ordem dos Advogados do Brasil constitui "serviço público" *stricto sensu* (Lei nº 8.906/1994, arts. 44 e 45, § 5º). É dizer, trata-se, antes de tudo, de organização pública que, seja sob a nomenclatura de autarquia ou não, desempenha papel institucional com forte caráter estatal e público.

A OAB, ainda que não esteja diretamente submetida a vínculo funcional ou hierárquico quanto aos órgãos da Administração Pública (Lei nº 8.906/1994, art. 44, § 1º), é responsável por atividades de inegável relevância pública, tais como, a título meramente exemplificativo:

- a) "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;" (Lei nº 8.906/1994, art. 44, I);
- b) "promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil." (Lei nº 8.906/1994, art. 44, II);
- c) a competência da OAB para "fixar e cobrar de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas", cujos créditos, uma vez reconhecidos por "certidão passada pela diretoria do Conselho competente", "constitui título executivo extrajudicial" (Lei nº 8.906/1994, art. 46, *caput* e parágrafo único);
- d) a titularidade para o recolhimento de pagamento da contribuição anual à OAB, o qual "isenta os inscritos nos seus quadros do pagamento obrigatório da contribuição sindical" (Lei nº 8.906/1994, art. 47 - dispositivo *sub judice*, impugnado na ADI nº 2.522/DF, Rel. Eros Grau);
- e) "por constituir serviço público, [a OAB] goza de imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços" (Lei nº 8.906/1994, art. 45, § 5º);
- f) "Os atos conclusivos dos órgãos da OAB, salvo quando reservados ou de administração interna, devem ser publicados

na imprensa oficial ou afixados no fórum, na íntegra ou em resumo." (Lei nº 8.906/1994, art. 45, § 6º);

**g)** o Conselho Federal da OAB possui competência para "representar, com exclusividade, os advogados brasileiros nos órgãos e eventos internacionais da advocacia;" (Lei nº 8.906/1994, art. 54, IV); e

**h)** a vinculação dos advogados públicos à OAB e a conseqüente possibilidade de aplicação de sanções.

Como se observa, em linhas gerais, a OAB é responsável não somente pelo cadastramento de habilitados no mercado profissional da advocacia (Lei nº 8.906/1994, art. 3º), mas também pela fixação de critérios avaliativos para o ingresso na profissão (Lei nº 8.906/1994, art. 8º, V), assim como pela fiscalização da qualidade dos serviços prestados pelos advogados e tem competência para apuração das infrações e aplicação das sanções disciplinares pertinentes ao exercício indevido da advocacia (Lei nº 8.906/1994, arts. 34 a 43, e 70 a 77).

Antes mesmo da tentativa de esgotamento desse rol de atividades fortemente impregnadas por espécie de "caráter estatal" (ou paraestatal), constata-se que a função institucional da Ordem dos Advogados do Brasil envolve a necessidade de definição das condições para o legítimo exercício do poder de polícia que lhe é legal e constitucionalmente atribuído.

Assim, conforme disposto no inciso XIII do art. 5º da CF "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", é forçoso considerar que as atribuições previstas na Lei nº 8.906/1994 devem ser interpretadas como delegação com contornos fortemente estatais.

Conforme enfatizou o Eminente Relator desta Ação Direta, Ministro Eros Grau, a titularidade da execução desse *serviço público independente* confere à entidade, por conseguinte, competências para o exercício de poder de polícia inerente a esse plexo de atividades institucionais, as quais envolvem, não somente a categoria dos advogados, mas também diversas esferas de atuação jurídica do Estado (como, por exemplo, no caso da participação na indicação de membros para a composição dos Tribunais pátrios, em obediência à regra do quinto constitucional).

Para maior aprofundamento desse debate, proponho argumentação constitucional que se pautar por três aspectos.

Em primeiro lugar, devemos afastar, logo de início, quaisquer preferências ou predileções de caráter corporativo porque, se de um lado, não se pode negar a importância do papel institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, de outro, a atuação dessa entidade deve ser desempenhada em conformidade com o nosso contexto republicano de Estado Democrático de Direito - frise-se Estado que se pauta pelo império da lei e da Constituição e não por um regime de privilégios.

Aqui, deve-se preconizar a história institucional de vivência constitucional do princípio republicano (CF, art. 1º), consubstanciado nos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais constituem, a meu entender, a base do sistema republicano de acesso aos cargos públicos, e que torna possível uma participação plural e universal dos cidadãos na prestação dos serviços públicos.

Assevero, portanto, a idéia de que todo e qualquer agente investido em função pública (e aqui, não confundo o público com o

estatal), ao desempenhar suas atividades e atribuições, tem o dever constitucional de respeitar os postulados ético-jurídicos condicionantes do exercício legítimo da atividade pública.

Essa constatação decorre, sem sombra de dúvida, da própria configuração democrática de nosso regime republicano, a qual não é compatível com a existência de exercício de poder político-administrativo, sem a adequada fiscalização e responsabilidade.

Dentro da perspectiva republicana e por se tratar de entidade que exerce poder de polícia, a legitimação dessa atuação institucional de cunho fortemente estatal pressupõe uma burocracia estável escolhida por métodos objetivos.

Exatamente por fazer jus a esse regime peculiar, a OAB goza de prerrogativas indispensáveis para o próprio exercício institucional das atividades que lhe competem. Desse modo, da mesma maneira que a imunidade tributária, por exemplo, é seguidamente invocada como suposto *benefício* (matéria que não constitui o objeto desta ação direta), a aplicação do concurso público aos quadros funcionais da OAB não pode ser reduzida à mentalidade, amiúde sustentada por alguns seguimentos sociais, como indevida *intervenção*, ou ainda como *ônus desproporcional* imputado à entidade.

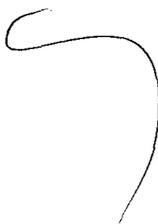
A aplicação do princípio republicano a esse caso envolve a premissa de que todo e qualquer agente, ao atuar para a realização de interesse eminentemente público-estatal, não se pode furtar obediência à Constituição, nem pretender eximir seus atos e omissões da pertinente fiscalização exercida pelas instâncias críticas da sociedade.

Em segundo lugar, não é possível assumir a postura de que a necessidade de realização de concurso público seja concebida, unicamente, como desvantagem. Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, há elementos normativos que a declaram como verdadeira garantia institucional.

Nesse contexto, em que pesem as recentes alterações ocorridas com a criação dos juizados especiais (Leis nº 9.099/1995 e 10.259/2001) e apesar dos casos excepcionais do *habeas corpus* e o da justiça do trabalho - na qual, nas instâncias ordinárias, ainda prevalece o princípio do *jus postulandi* -, não se pode negar que nosso modelo de prestação jurisdicional assume como regra geral a necessidade de que os particulares atuem por meio de profissional dotado de capacidade postulatória.

Nota-se, portanto, que essa sistemática assume a representação processual dos particulares por advogado como a via convencional para a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXVI). Com efeito, o reconhecimento de direitos constitucionais está intimamente ligado, por pressuposição lógica, à representação, por advogado, para a defesa dos interesses das partes (Lei nº 8.906/1994, arts. 1º a 5º).

Destaco, neste ponto, que não estou a cogitar da necessidade fática de assegurar a qualidade técnica, *in concreto*, do profissional da advocacia. É dizer, independentemente de se tratar de excelente advogado ou não, nosso modelo jurisdicional exige, antes de tudo, a representação por advogado devidamente habilitado (Lei nº 8.906/1994, art. 1º, I e II).



Em última análise, trata-se de medida de defesa dos interesses, não apenas dos advogados, mas de toda a sociedade, que precisa lançar mão de instrumentos e procedimentos de controle e fiscalização da advocacia. Essa atividade, por sua própria conformação constitucional, envolve segurança, transparência e legitimidade quanto à gestão do serviço público desempenhado pela Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994, art. 44).

Quanto a esse aspecto, é curioso observar paradoxalmente que, apesar de se opor à aplicação da regra constitucional do concurso público para preenchimento de seus quadros funcionais, a OAB participa de bancas nos concursos para as carreiras jurídicas da magistratura, do Ministério Público e da própria advocacia pública, por exemplo.

Por fim, encerro minha argumentação com breve abordagem sobre a aplicabilidade do princípio constitucional do concurso público à Ordem dos Advogados.

Conforme salientei, independentemente do rótulo jurídico que se lhe queira imputar, a OAB corresponde a instituição civil que, por disposição legal e constitucional, exerce atividade pública de extrema relevância: a habilitação, o controle, a fiscalização e a aplicação de penalidades na área profissional da advocacia.

A rigor, portanto, a OAB exerce *serviço público independente* e é preciso reconhecer que, consideradas as peculiaridades do modelo judicial recrutados por meio de procedimento público, objetivo e que permita, não somente a participação efetiva, mas a fiscalização por todos os cidadãos e entidades democráticas.

Trata-se, porém, de serviço público que, exatamente por seu caráter de autonomia com relação à estrutura hierárquica do Estado (Lei nº 8.906/1994, art. 44, § 1º), não pode ser enquadrado especificamente na disciplina típica do art. 175 da CF.

De outro lado, deve-se considerar a dimensão da disciplina normativa aplicável à Ordem dos Advogados do Brasil, a qual lhe confere a titularidade e a competência específica para o exercício da fiscalização dos atos da Advocacia, os quais constituem *munus* público permanente (Lei nº 8.906/1994, art. 2º, § 2º).

Nesse ponto, é válido fazer breve referência à experiência das *state actions*, nos denominados *the public function cases*, nos quais a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reconheceu, por diversas vezes, o exercício de função pública por entes privados (*the public function cases*).

Nesses casos, a Suprema Corte norte-americana buscou definir circunstâncias nas quais atores privados exerceriam funções típicas dos poderes públicos, ou paraestatais. Frise-se que se tratava de situações nas quais tais atores poderiam ser equiparados ao aparato estatal, inclusive para os fins de responder por violações a direitos constitucionais.

Segundo Lawrence Tribe (TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, Inc, 1988, p. 1691), embora seja difícil sistematizar e esgotar o desenvolvimento jurisprudencial americano quanto ao problema da *state action*, há inúmeros julgados que acenam para o entendimento de que atores aparentemente privados (*seemingly private actors*) poderiam exercer

funções tipicamente públicas (*powers or functions governmental in nature*).

Destarte, a partir da caracterização do *status* público da atuação institucional de ator privado, seria possível que o próprio exercício dessa função fosse diretamente submetido aos limites da Constituição. No *case Evans v. Newton*, por exemplo, a Corte americana decidiu que: "*where private individuals or groups endowed by State with powers or functions governmental in nature, they become agencies or instrumentalities of the State and subject to its constitutional limitation.*" (TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, Inc, 1988, p. 1705/1706).

Sem o compromisso de detalhar e desenvolver toda a discussão teórica envolvida nos *public function cases*, deve-se enfatizar que a jurisprudência da Suprema Corte pauta-se pela tentativa, ainda não realizada em sua plenitude, de distinguir funções essencialmente públicas daquelas meramente privadas.

A partir dessa perspectiva da experiência estadunidense da *state action*, é possível cogitar da aplicação de princípios constitucionais da Administração a entidades que, embora não componham a estrutura funcional de órgãos e pessoas estatais, exerçam atividades dotadas desse caráter que denominei aqui como típico *munus* público.

Trata-se do desempenho de plexo institucional de competências administrativas cuja importância é expressa por diversas vezes no texto constitucional (*cf.*, por exemplo, os arts. 93; 129, § 3º; 132 e 133, da CF).

Esse exercício de pensamento constitucional pode ser articulado porque a tarefa de gestão e controle social dos inúmeros aspectos relacionados à prestação de serviços da advocacia envolve não somente o tema da atribuição à OAB de serviço público independente (seja por disposição do texto da Constituição, ou da Lei nº 8.906/1994).

Em última análise, conforme pode demonstrar, o desempenho do *munus* público atribuído à Ordem dos Advogados deve ser compreendido de modo que o seu exercício esteja diretamente relacionado à realização e à garantia judicial efetiva de direitos individuais, coletivos e difusos constitucionalmente reconhecidos (CF, art. 5º, XIII e XXXVI).

Nestes termos, a abertura ao controle social consiste justamente em medida republicana indisponível que busca garantir a legitimidade ao desempenho da atividade pela OAB.

Nesse particular, é claro o caráter normativo dos princípios da isonomia (CF, art. 5º), da impessoalidade, da publicidade e da eficiência no caso específico de aplicação da regra constitucional do concurso público à OAB (CF, art. 37, *caput*, e inciso II).

Trata-se, portanto, de atividade administrativa e institucional que, diante de sua característica paraestatal, enseja subordinação aos princípios da Administração descritos no art. 37, *caput*, da CF/88.

O modelo de contratação pressuposto pelo instrumento do concurso público indica: a isonomia com relação aos cidadãos eventualmente interessados em se habilitarem por meio de concurso; a impessoalidade quanto aos critérios de seleção a serem adotados; a publicidade quanto às condições de acesso para o preenchimento das vagas eventualmente oferecidas; e a eficiência na seleção dos mais bem qualificados para o exercício da atividade proposta.

Ante o exposto, o regime trabalhista, a que se refere o *caput* do art. 79 da Lei nº 8.906/1994, pressupõe um modelo de contratação que, independente do regime eventualmente adotado em dado contexto legislativo (conforme exporei a seguir), deve sujeitar-se à regra constitucional do concurso público.

Nesse particular, devo alertar ainda que essa experiência não é de todo estranha em nossa ordem constitucional, nem tampouco na jurisprudência deste Tribunal. Além do típico caso das serventias extra-judiciais, por exemplo, veja-se a hipótese prevista de aplicação da regra constitucional do concurso público (CF, art. 37, II) às sociedades de economia mista e às empresas públicas prestadoras de serviços públicos.

Não obstante, no caso específico referido, as denominadas empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) constituam-se como pessoas jurídicas de direito privado, o fato de estarem imbuídas da prestação de determinado serviço público, conforme sustenta a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, demanda a adoção de regime mais próximo ao de direito público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 184-206).

Nesse sentido, vale referir o clássico precedente firmado pelo Plenário deste Tribunal no julgamento do MS nº 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 23.04.1993, no qual se proclamou, por maioria, verbis:

*"EMENTA: CARGOS e EMPREGOS PUBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas publicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica esta igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição." (MS nº 21.322/DF, Pleno, por maioria, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 23.04.1993, RTJ 146/01, pp. 139).*

Nota-se aqui que a tendência do reconhecimento de aplicação do regime de direito público para o caso dessas empresas estatais (em especial, das prestadoras de serviço público) não decorre da mera participação econômica dos poderes públicos na constituição do capital dessas empresas estatais, nem apenas pela caracterização de tais entidades como integrantes da Administração Pública Indireta, mas também em razão da relevância constitucional que a prestação de serviços públicos envolve.

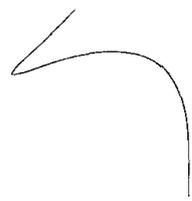
Nesse ponto, a meu ver, não vislumbro possibilidades jurídicas de estabelecer disciplina diferente para o caso do serviço público atribuído à Ordem dos Advogados do Brasil. O poder de polícia delegado à OAB, assim como no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos em geral, corresponde a serviço público de sede constitucional e legal, e que poderia até mesmo, caso assim entendesse o constituinte originário, ter sido diretamente atribuído a algum dos poderes constituídos.

Logo, para o caso em apreço, a imposição da aplicação do princípio do concurso público não decorre necessariamente da natureza jurídica da entidade em questão. É preciso levar em conta, ademais, a premissa normativa de que o serviço público delegado à OAB apresenta dimensão de relevância não apenas pública, mas também estatal (ou paraestatal).

A necessidade de aplicação desse princípio, porém, não significa que todos os empregados da Ordem dos Advogados do Brasil somente poderão ingressar nos quadros funcionais da entidade por meio de concurso público. Assim como preconizado pelo nosso modelo constitucional da Administração Pública, para os cargos de chefia, direção e assessoramento (assim caracterizados por eventual norma competente) não haveria sentido em falar na aplicação do princípio do concurso público.

Conforme argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello, e aqui entendo que o raciocínio aplicado às empresas estatais, em especial às prestadoras de serviços públicos, estender-se-ia, de igual modo, à OAB, *verbis*:

*"Em decorrência do art. 37, II, da Constituição, de acordo com o qual 'a investidura em cargo ou emprego*



público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão (...)', o ingresso nas empresas estatais está subordinado ao aludido requisito. Esta regra há de sofrer certa atenuação, embora não elisão, tratando-se de empresa estatal exploradora de atividade econômica. Para tanto concorre não apenas sua natureza industrial ou comercial, mas, sobretudo, o referido art. 173, § 1º, II, da Constituição, que refere a submissão destas pessoas ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. Compreende-se que a empresa estatal pode, legitimamente, prescindir da realização de concurso público nas situações em que sua realização obstará a alguma necessidade de imediata admissão de pessoal ou quando se trate de contratar profissionais de maior qualificação, que não teriam o interesse em se submeter a prestá-lo, por serem absorvidos avidamente pelo mercado." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, p. 205).

Com efeito, o exercício de posições de chefia, direção e assessoria está bastante vinculado à postura institucional da OAB que deva ser adotada, sob o ponto de vista de seus dirigentes, para a realização de sua função constitucional.

Conseqüentemente, a ocupação e provimento desses cargos de direção (que assim venham a ser definidos em eventual lei específica) é atividade ínsita à própria autonomia institucional da entidade. Daí não haver razão para a aplicação do inciso II do art. 37 da CF.

Entretanto, em análise mais acurada do caso, penso que estamos diante de hipótese na qual seria pertinente limitar os efeitos da declaração a partir deste julgamento (eficácia ex nunc).

Assim, seja pelos motivos de segurança jurídica e de proteção da boa-fé dos atuais empregados dos Conselhos da OAB que, embora não exerçam atividade de chefia, assessoramento ou direção, tenham ingressado sem prévio concurso público, creio ser o caso de interpretação conforme, ora proposta, declarada com eficácia *ex nunc*.

Diante do exposto e com a vênia, sempre devida, ao Eminente Relator, reconheço a necessidade de aplicação do princípio do concurso público (CF, art. 37, II) aos quadros funcionais da instituição para as futuras contratações de empregados, cujas atividades, nos termos de lei específica, não envolvam chefia, direção ou assessoramento (CF, art. 37, V).

Nestes termos, meu voto é pela procedência do pedido de interpretação conforme do *caput* do art. 79, com eficácia *ex nunc*, e em consonância com o disposto no art. 37, II e V, da CF. Ressalvo, portanto, os casos de cargos que envolvam chefia, direção e assessoramento, assim definidos em conformidade com regulação específica pela norma competente.

**B) Da inconstitucionalidade do art. 79, § 1º (*in fine*), da Lei nº 8.906/1994**

Quanto à alegada inconstitucionalidade do § 1º do art. 79, *in fine*, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 ("... sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração"), poderia surgir o argumento formal de que não se trataria de dispositivo normativo passível de controle concentrado, por envolver efeitos concretos.

Para fins de sistematizar a questão em outro nível, é válido invocar a conhecida sistematização proposta por Hans Kelsen entre normas individuais e normas concretas.

Normas individuais, grosso modo, seriam aquelas relativas a situações individualizáveis que se configuram a partir do tipo estabelecido pela norma. As normas concretas, por sua vez, corresponderiam àquelas atinentes a um caso singular.

No caso em apreço, parece-me que estamos diante de norma individual. Trata-se de preceito normativo que, a título de regulamentar o regime jurídico dos empregados da Ordem dos Advogados do Brasil, condicionou a sua aplicação a uma opção individualizada, de cada empregado, ao regime celetista ou ao regime estatutário.

Destarte, trata-se de norma suscetível de controle em sede de ADI, uma vez que correspondente a "ato normativo de alcance individual" conforme fixado no julgamento de Questão de Ordem na ADI nº 1.673/AL, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.10.1997, *verbis*:

*"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: ato concreto de Assembléia Legislativa que concede licença ao Governador do Estado por motivos que, segundo a Constituição, não a autorizariam. Sem que se desconheça a densidade da tese kelseniana da existência de atos normativos de alcance individual, correta e orientação do STF que os exclui do controle direto e abstrato da constitucionalidade de normas, cujo alcance reduz aos atos normativos gerais." [ADI (QO) nº 1.673-QO/AL, Pleno, unânime, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.10.1997].*

Superada essa questão preliminar, passo a abordar o tema da alegada agressão ao princípio da moralidade (CF, art. 37, *caput*).

Antes de maiores considerações sobre a disposição normativa em apreço (Lei nº 8.906/1994, art. 79, § 1º, *in fine*), é pertinente abordar o regime jurídico conferido aos empregados da OAB no contexto constitucional anterior.

O art. 148 da Lei nº 4.215/1963 (antigo Estatuto da OAB), assim disciplinava a questão:

**"Art. 148.** *Aplica-se aos funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil o regime legal do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União e leis complementares."*

Com o advento do Decreto nº 968/1969, a matéria foi alterada nos seguintes termos:

**"Art. 1º** *As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter-geral, relativas à administração interna das autarquias federais."* (sem o grifo no original).

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, poder-se-ia dizer que havia funcionários da OAB submetidos tanto ao regime celetista (a partir do modelo estatuído pelo Decreto nº 968/1969) quanto ao regime estatutário (em virtude do disposto no art. 148 do antigo Estatuto da OAB).

Com o surgimento da Lei nº 8.906/1994, portanto, verificava-se essa composição mista dos regimes trabalhistas nos quadros da entidade.

Conseqüentemente, considerados os ajustamentos impostos pelo texto constitucional acerca da necessidade de opção por um dos dois regimes, a previsão de indenização pelo § 1º do art. 79 seria, em princípio, razoável porque se destinaria a compensar, aos optantes pelo regime celetista, a perda de eventuais direitos e vantagens até então integrados ao patrimônio dos funcionários optantes pelo regime estatutário.

Além disso, pode-se considerar que o dispositivo estatui disciplina proporcional e consoante ao princípio da igualdade e da isonomia (**CF, art. 5º, caput e inciso II**).

É de se frisar, inclusive, que o montante da indenização prevista pelo § 1º consiste em parâmetro destinado a fixar regra de transição, à época, do regime estatutário para o celetista.

Outro aspecto relevante, conforme afirmado da tribuna na última sessão de julgamento (23.02.2005), é o de que o dispositivo impugnado (Lei nº 8.906/1994, art. 79, §1º) já produziu efeitos com relação a servidores da Ordem dos Advogados do Brasil.

Segundo alertado pelo Relator, Ministro Eros Grau, haveria 19 (dezenove) empregados da OAB nessa situação. Trata-se de trabalhadores que, ao tempo do advento da lei, fizeram a opção por outro regime.

É dizer, diante da existência de empregados da OAB já aposentados e cujos proventos são oriundos, conforme o caso, do regime celetista ou do regime estatutário, até mesmo por uma questão de segurança jurídica e de proteção da boa-fé dos servidores

optantes, creio que não deveria ser modificada a situação jurídica daqueles que, até este momento, tenham cumprido todos os requisitos de aposentação segundo o regime pelo qual optaram.

Conforme já afirmei, o *regime trabalhista* a que se refere o *caput* do art. 79 da Lei nº 8.906/1994, pressupõe um modelo de contratação que, independentemente do regime eventualmente adotado em dado contexto legislativo, deve sujeitar-se à regra constitucional do concurso público.

Note-se, aqui, que não estou a definir minha posição quanto ao mérito da obrigatoriedade ou não da aplicação do regime estatutário aos empregados da OAB. Essa, aliás, parece-me inclusive questão de estratégia institucional que a entidade deveria buscar discutir e definir a partir dos meios constitucionais e legais aplicáveis.

Trata-se de questão que, principalmente após a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, deveria ser definida de *lege ferenda*.

Ademais, considerando-se que o tema da dissolução do Regime Jurídico Único ainda está *sub judice* perante esta Suprema Corte (*cf.* ADI nº 2.135/DF, Rel. Néri da Silveira, que está com julgamento suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski), parece-me que o enfrentamento detalhado desse tema específico não seria fundamental para a resolução da controvérsia constitucional em apreço.

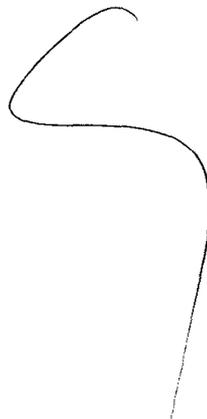
Nestes termos, quanto ao § 1º do art. 79, meu voto é pelo conhecimento da ação direta. No mérito, oriento-me pela improcedência da ADI.

Conclusivamente, Senhora Presidente, voto pela parcial procedência desta ação direta:

a) para que, com eficácia *ex nunc*, seja conferida, ao caput do art. 79 do referido diploma legal, interpretação conforme o art. 37, II e V, da Constituição Federal, no sentido de que o "regime de trabalho" a que o dispositivo se refere pressupõe ingresso mediante prévio concurso público, ressalvados os cargos que, em consonância com regulação específica pela norma competente, envolvam chefia, direção e assessoramento; e

b) para que esta ação seja julgada improcedente quanto à expressão 'sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração', constante da redação do § 1º do art. 79 da Lei nº 8.906/1994.

É como voto.



08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALCONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permitir, gostaria de reafirmar o meu voto. Em face das judiciosas observações do Ministro Gilmar Mendes justifico rapidamente as razões pelas quais o faço.

A aparentemente fascinante afirmação de que há um serviço público na atividade da Ordem não é rigorosamente correta. Porque da prestação de utilidade pela Ordem não depende a coesão social, que é característica do serviço público. Por isso, quando dizemos - e chegamos a dizer isto - que a Ordem é um serviço, estamos em verdade afirmando que ela é um serviço independente, uma categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existente no Direito brasileiro. É extremamente significativo ela ser um serviço independente, de feitio único. Por isso, naquele voto que anteriormente proferi, eu dizia:

"... serviço de feitio único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como 'autarquias especiais'..."

Mas não se trata de serviço público prestado à comunidade.

De fato, tem razão o Ministro Gilmar Mendes quando diz que não é relevante a qualificação da autarquia como tal e qual. Ocorre que a situação da OAB é muito peculiar. Porque ela não é uma entidade da Administração Indireta. Ela não está e não pode estar

sujeita a nenhum controle da Administração e nem a qualquer de suas partes a OAB pode estar vinculada.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Ministro Eros Grau, se Vossa Excelência me permite, não estou a afirmar isso. Pelo contrário, meu voto parte da premissa de que não está e não deve estar. A rigor, não há hierarquia técnica nem administrativa. Só estou a dizer que, diante da função exercida, a OAB está submetida ao regime republicano do concurso público. Tão-somente isso. Não estou a dizer que haverá fiscalização, que o Ministério do Trabalho realizará o concurso. Não. A OAB realizará o concurso. Trata-se apenas de uma decorrência do regime público, da aplicação do princípio republicano.

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):** - Entendi perfeitamente o que Vossa Excelência quis dizer. Mas isso é o que diz Vossa Excelência, não o que se pode extrair do que se disse. O que me parece fundamental é a afirmação da autonomia da OAB, porquanto autonomia e independência são características próprias dela. E de modo tal que eu diria, mercê da circunstância de ela ter atribuições institucionais e não meramente corporativas - por exemplo, a de defender a Constituição e a ordem jurídica (art. 44, inciso I, da Constituição) - e, mais ainda, da competência atribuída a ela nos termos do inciso VIII do artigo 103 da Constituição, diria ser extremamente importante não abrir-se a possibilidade de comprometimento da independência desse serviço especial. Será inevitável, mais dia, menos dia. Depois da afirmação do concurso público virá questionamento para que se afirme a necessidade de licitação; depois, virá questionamento para que se apliquem as regras relacionadas à não-equivalência de vencimentos; e assim por

diante. O que me parece extremamente importante é afirmar a autonomia e a independência da OAB, que também não pode se caracterizar como uma mera entidade ou órgão de fiscalização profissional. Porque ela tem outras funções e atribuições.

Por fim, Senhora Presidente, apenas para deixar bem vinculados os argumentos que expendi anteriormente, por certo pode ser fascinante a afirmação do princípio republicano. Mas se, em decorrência desse princípio, formos sujeitar a OAB a fazer concurso público, vamos afirmar, também, a necessidade de os partidos políticos, em decorrência do princípio republicano, passarem a fazer concurso público. Vamos exigir concurso público para que se tenha acesso ao exercício de emprego no PSDB, no PT, em todo e qualquer partido político. Estamos diante de entidades em situação especial.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência não está, certamente, comparando a Ordem dos Advogados do Brasil a partidos políticos, inclusive porque a natureza é bastante diversa.

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR)**: - É verdade, a natureza é completamente diversa. Mas se aproximaria muito na medida em que, dada a extensão tão lata da aplicação do princípio republicano, eu desenvolvesse argumentos no sentido de afirmar a exigência do concurso público também para essas entidades.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Embora no próprio TSE - penso que o Ministro Sepúlveda Pertence até liderou essa questão -, aplicou-se em relação aos partidos políticos, exatamente por conta de características próprias, porque ele tem, na verdade, facetas diversas - no caso dos partidos políticos isso é notório, embora se fale de sua perspectiva de associação para finalidade específica. Já se reconheceu, portanto, o cabimento de determinadas

medidas que só dizem respeito a entidades estatais. Por exemplo, quando se discute a exclusão de filiados do partido é por conta do caráter eminentemente público das funções exercidas nesse aspecto.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Chamei de "personalidade bifronte".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não queria me comprometer - Vossa Excelência me entendeu, e, na verdade, estou colocando aqui para efeitos de argumentação geral - e, pelo contrário, perfilhei uma orientação - acredito que já estamos cansados dessas formas jurídicas de autarquias - na qual acho bom que se divise, sim, um *tertium genus* ou um modelo que não tenha de reproduzir essas características já conhecidas de Administração direta ou indireta. É bom que a Ordem seja considerada uma entidade civil, com esse forte perfil institucional. Isso faz bem ao próprio processo de independência que ela deva ter. Aqui estamos a focar, tão-somente - por isso não podemos fazer outras ilações -, essa função pública exercida pela Ordem - e essa é a função central -, que parece obrigar a aplicação desse republicano princípio do concurso público. Tão-somente isso.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Era exatamente o que eu queria dizer. Mas o princípio republicano se afirma, também, na medida em que se assegura a independência em determinadas instituições.

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL  
CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, tudo se resume, a meu juízo, em saber qual a verdadeira e bem caracterizada natureza jurídica da OAB. Entendo ser a OAB realmente uma entidade corporativa, não há dúvida; mas não só corporativa porque dotada - não vou chamar nem função pública - de ofício público, múnus público. Isso decorre da Constituição e mais ainda do art. 44 da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que fala da competência da OAB:

"Art. 44.....

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;"

Ou seja, um tipo de múnus, de ofício — vamos reconhecer — que não tem nada a ver com as funções próprias da Administração Pública.

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



E daqui decorre, sem dúvida, a natureza corporativa da instituição. Parece-me que sim. É um caso de serviço público nos termos da lei: ofício público, múnus público que a lei preferiu chamar de serviço público.

Diz o art. 44 da Lei nº 8.906:

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

Mas é um serviço público não estatal, daí a "sui generis" — permito-me o neologismo — da instituição. Se toda atividade estatal é atividade pública, nem toda atividade pública é rigorosamente atividade estatal. Aqui, o raciocínio que deve se impor, a meu aviso, é eminentemente antiaristotélico, ou seja, temos de laborar no terreno mesmo da heterodoxia interpretativa, não da ortodoxia exegética.

Essa natureza — vamos chamar até de especialíssima — da OAB é confirmada por muitos traços.

A OAB não se integra nos órgãos e entes da Administração Pública — desenganadamente não —, por isso mesmo, ela não se submete à direção superior do Presidente da República, nem pela supervisão, coordenação e orientação dos ministros de Estado. Seu patrimônio não é do Estado — pelo menos não é do Estado pessoa jurídica —, seus cargos e empregos não são criados por lei, não são modificados por lei, não são extintos por lei.

O Ministro Cezar Peluso observou isso na última discussão.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Ministro Carlos Britto, em que a OAB se distingue dos demais conselhos fiscalizadores de profissões?

O SR. MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Entra com ação direta de inconstitucionalidade.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Qual a distinção essencial entre a OAB e esses conselhos?

**O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO** - Basta lembrar que a Constituição não fala de nenhum outro conselho nenhuma vez, em nenhuma outra oportunidade. Da OAB a Constituição fala numerosas vezes.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Daí podemos tirar a conclusão de que a OAB tem direito a um **status** de privilégio?

**O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO** - Digo que há diferenças a partir da consideração de que a OAB congrega profissionais, chamados de advogados, que desempenham uma função que a própria Constituição rotula como essencial à jurisdição. À Justiça.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Isso, a meu ver, é indicativo de que a ela é confiada uma missão no serviço público e não o contrário.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - O argumento, na verdade, reforça a tese contrária.



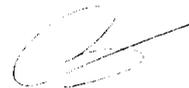
O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Reforça a tese contrária.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quanto a isso não há dúvida. Quando o Ministro Sepúlveda Pertence falou da natureza bifronte dos partidos políticos, certamente ele pensou também na OAB. A OAB pode ser considerada entidade pública no plano do múnus, no plano do ofício — vamos chamar de função —, no plano da função, mas não é entidade pública no plano da composição dos seus quadros, da formação da sua diretoria, da forma de investidura da sua diretoria, na forma de recrutamento dos seus servidores. Bifronte nesse sentido. Ela é ambivalentemente pública e privada. O seu regime jurídico é necessariamente público e privado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ela é panglossianamente pública e privada. Quer sempre estar no melhor dos mundos.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Panglossianamente, não, porque Pangloss é aquele personagem do romance de Voltaire, "Candide", que se caracterizava pelo seu extremo otimismo. Daí ele dizer sempre, diante de todas as dificuldades, que, nada obstante, vivemos no melhor dos mundos.

Senhora Presidente, em suma, a OAB tem muito a ver com o **tertium genus** de que falou o próprio Ministro Gilmar Mendes. Sempre que posso, lembro aos senhores o seguinte: as atividades notariais e de registro, por exemplo, são uma modalidade, sem



nenhuma dúvida, de atividade pública, mas atividade pública exercida em caráter privado — estou falando dos cartórios extraforenses —, atividades exercidas, por delegação, em caráter privado, e os quadros funcionais dos serviços notariais e de registro são de caráter privado, ou seja, a forma de recrutamento é a CLT e os servidores dessas entidades são empregados, não do Estado, mas do delegatário da atividade pública.

Ou seja, o direito é permeado mesmo dessas situações heterodoxas. A heterodoxia permeia passagens importantes do Ordenamento Jurídico e me parece que a OAB faz parte desse tipo de entidade.

Enfim, a regra do concurso público é desejável, sim, para a OAB, nos termos da lei. Se a lei disser que há obrigatoriedade do recrutamento de concurso, que assim seja. O fato é que a OAB é organizada e estruturada por lei, **ex vi legis**, basicamente, e, complementarmente, por provimentos **interna corporis**, endógenos.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Pela premissa de Vossa Excelência, essa lei seria inconstitucional.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, absolutamente. O regime jurídico da OAB, na verdade, é tricotômico: começa com a Constituição, passa pela lei orgânica da OAB (a Lei nº 8.906) e desemboca nesses provimentos endoadministrativos, endógenos ou da própria instituição.



Para terminar, faço um outro paralelo entre a OAB e a imprensa: a OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados do Brasil permaneça absolutamente desatrelada do Poder Público. Longe de ser fiscalizada pelo Poder Público, ela deve fiscalizar com toda autonomia, com toda independência, o Poder Público, tal com faz a imprensa.

Com essas considerações, que me parecem extraídas do Ordenamento Jurídico, a partir da Constituição, peço vênia ao Ministro Gilmar Mendes para julgar improcedente a ADI.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Na primeira parte. E na segunda, como vota Vossa Excelência? Um incentivo a optar pelo regime trabalhista.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Quanto à indenização?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não vejo mácula de inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Aí acompanha o Ministro Gilmar Mendes?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não vejo travo de inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Ministro está julgando procedente?



O SR. MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Havia pedido a interpretação conforme.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Não. Quanto ao § 1º, Vossa Excelência declarou a inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Sim, declarei a inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Então, nesse caso, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

\*\* \*\* \*



Obs: Texto sem revisão dos Srs. Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ellen Gracie (§4º do artigo 96 do RISTF).

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

**V O T O**

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eminentes Pares, prestei muita atenção aos Magistrados que me precederam e aos debates que se sucederam - fiz aqui algumas reflexões e também algumas anotações - e veio-me à mente, desde logo, o seguinte: do ponto-de-vista histórico, a corporação dos advogados sempre foi uma corporação absolutamente independente, sem qualquer vínculo com o Estado. Isso remonta à Roma antiga, com os **collegium**, os **togatorum**, as **ordo** em que se reuniam os advogados em **numerus clausus** e definiam as regras de sua atuação.

Mais adiante, em termos históricos também, vemos que os advogados se reuniram em corporações de ofício, nas guildas, também de forma absolutamente independentes do Estado - se é que se podia falar em Estado na Idade Média, porque o Estado era

absolutamente descentralizado. Hegel chamava essa forma de organização política de poliarquia, mas também os advogados, em sua organização, eram absolutamente independentes do Estado. Quando essa forma de organização foi trasladada para o Brasil - Brasil Colônia; depois, Brasil Império - em que pese à tentativa do Getulismo de se colocar um cabresto nessa corporação, a atuação da Ordem, a sua organização, sempre foi absolutamente independente.

Então, observando aqui, vejo, em primeiro lugar: em um retrospecto histórico, a OAB jamais teve qualquer vínculo com a Administração Pública. Em segundo lugar: não está subordinada à Administração Pública a qualquer título, não recebe verbas públicas e também não gere patrimônio público. A sua natureza é controvertida, é verdade.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Quanto a verbas públicas. As exações são contribuições.

**O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Sim, mas, predominantemente, elas vivem das contribuições de seus associados.

**O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Predominantemente; absolutamente independente nesse aspecto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tanto que é modelo de execução fiscal.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E presta contas na forma da lei daquilo que recebe. Isso não justifica - apenas como parêntesis, **a latere**, enfim - a conclusão a que Vossa Excelência, Ministro Gilmar Mendes, **data venia**, chegou e da qual ousou discordar.

A natureza jurídica da Ordem dos Advogados é realmente bastante controvertida. Não há autor que tenha apresentado até hoje uma definição clara, aceita unanimemente no que diz respeito à natureza jurídica da Ordem. Alguns falam em corporação especial, corporação pública, autarquia especial, federação de corporações; na verdade, não há unanimidade. Parece que ela é, segundo definição mais aceita, uma federação de corporações. As corporações, segundo o Professor Cretella, são associações de pessoas, e, obviamente, agem com a maior independência possível.

Concordo, **data venia**, com o eminente Ministro Eros Grau quando diz que a OAB não presta, a rigor, serviço público **stricto sensu**. Na medida em que é uma corporação e seus membros desempenham múnus público, ela desempenha o múnus público, taxativamente determinado, aqui e acolá, na Constituição.

Trago aqui definição da sempre magistral Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, colega minha e do Professor Eros Grau na Universidade de São Paulo, na qual diz o seguinte:

Serviço público é toda atividade que a administração pública executa direta ou indiretamente para satisfazer a necessidade coletiva, sob regime predominantemente público.

A partir dessa definição, com todo o respeito, não posso enxergar na atividade da OAB um serviço público, pelo menos tal como definem os doutrinadores - à frente de todos, aqui, a nossa Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Eu tenderia também - e tinha feito essa anotação quando o eminente Ministro Eros Grau levantou a questão e, depois, secundado pelo não menos eminente Ministro Sepúlveda Pertence - a fazer uma analogia com os partidos políticos. Estes, segundo a doutrina, constituem entes híbridos ou bifrontes, como disse o eminente Ministro Sepúlveda Pertence. Também com relação aos partidos políticos não há ainda unanimidade na doutrina. Alguns entendem que são entes de natureza privada; outros, que seriam entes de natureza pública, porque possuem dignidade constitucional. Mas a doutrina, os constitucionalistas, hoje, por força do artigo 17 da Constituição, tendem a vislumbrar, no que tange aos partidos políticos, uma natureza de caráter privado, porque eles se organizam na forma da lei civil. Não obstante isso, têm previsão constitucional, desempenham funções públicas relevantíssimas, e ninguém exige concurso público para ingresso de funcionários em seus quadros ou licitação pública etc.

Ouso dizer também que não impressiona o fato de a OAB exercer o poder de polícia ou administrar certames públicos para o ingresso dos seus membros nos respectivos quadros das diferentes subseções. Também não impressiona o fato de ela exercer uma atividade fiscalizatória, própria do Estado. As universidades privadas o fazem também; não obstante isso, ninguém, em sã consciência, haveria de imaginar que os seus quadros devessem ser providos mediante concurso público. Portanto, entendo que não se aplica, **data venia**.

O artigo 37, inciso II, da Constituição exige concurso público para cargo ou emprego público. Não vejo os servidores da OAB como empregados públicos ou exercendo cargos - que, de resto, devem ser criados por lei.

Interessantemente, também, se observarmos rigorosamente os ensinamentos da doutrina e se considerássemos, em tese, que a OAB faz parte da Administração Pública indireta, haveríamos de aplicar, também, os conceitos de controle e de tutela, porque, se a OAB for realmente um ente da Administração indireta, ela há de ser controlada, há de ser tutelada, seja preventivamente, seja repressivamente. Isso é, no meu modo de ver, absolutamente incompatível com a natureza, com a história, com o múnus público importante que cabe à OAB e o papel político que ela representa.

Também avancei no sentido das reflexões feitas pelo eminente Professor Ministro Eros Grau. Estava refletindo, aqui, se

exigirmos concurso público para ingresso na OAB, depois haveremos de exigir também licitação - Sua Excelência está certo -, equiparação de vencimentos, teto de vencimentos.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Parece-me que estamos indo além. Creio, inclusive, que já estamos julgando isso. A rigor, só coloquei a questão do concurso público. Agora já estamos colocando a tese central, como as questões de controle e de contas.

**O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - São questões conexas. Estamos refletindo em tese.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Exatamente, mas o que se discutiu aqui, tão-somente, foi o concurso público. Agora já me parece haver uma preocupação com licitação e controle, que, de resto, até pode ser salutar. Mas não é disso que estamos a falar.

Acredito que quem recebe recurso público em uma república deve prestar contas, sim. Isso é princípio republicano, mas não é disso que estamos a falar, e, sim, tão-somente do critério de seleção, da burocracia de um órgão que exerce um poder típico do Estado, de fiscalização. Agora, em outro momento, pode-se colocar uma outra questão sobre o controle ou sobre a natureza da recepção desses recursos. Quem recebe receita pública deve prestar contas.

Isso é elemento republicano e o Supremo Tribunal Federal deve reafirmar isso sempre.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não há dúvida. Quem recebe receitas públicas deve prestar contas, mas daí não se conclui que se deve exigir concurso público para o ingresso nas entidades.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Exatamente. Agora esta questão deve ser reservada para outro momento. Parece que já estamos querendo julgar esse caso aqui. Não vamos julgar isso em **obiter dictum**.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Há tantas organizações não-governamentais que recebem verbas públicas, prestam contas e não estão sujeitas a concurso público, **data venia**.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vamos discutir apenas o concurso público, porque esse é o objeto da ação. Depois, em outro momento, discutiremos a questão de controle.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, mas temos de fazer realmente uma elucubração nesse sentido, porque é uma consequência.

Em suma, respeitando o ponto de vista de Sua Excelência e cumprimentando-o pelo brilhante voto que lamentavelmente não pude acompanhar, julgo integralmente improcedente a ação.

Obs: Texto sem revisão do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (§4º do artigo 96 do RISTF).

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, dois são os dispositivos atacados. Começo pelo que apresenta, sob o ângulo do controle concentrado de constitucionalidade, solução mais fácil, mais tranqüila. Diz respeito ao § 1º, no que encerra um incentivo à opção pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, contemplando aqueles que preferiram uma indenização, a ser paga não no momento, creio, da escolha, mas da jubilação, da aposentadoria.

Não vislumbro, no preceito, contrariedade ao princípio da moralidade, porque se tem algo socialmente aceitável, ou seja, um estímulo aos servidores regidos pela Lei nº 8.112/90 a optarem, repito, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Surge a problemática referente à proporcionalidade. Ora, previu-se algo discrepante da ordem natural das coisas que pudesse ser tomado como, talvez, uma pequena loteria? A resposta é desenganadamente negativa. Definiu-se verba equivalente a cinco vezes o valor da última remuneração, que não deve ser lá tão grande assim.

Analiso a cabeça do artigo. Penitencio-me por não ter somado o voto à corrente que, na última assentada, mostrou-se minoritária, muito embora integrada pelos colegas, Eros Grau, relator, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e o Presidente, ministro Nelson Jobim. Foi colocada a matéria quanto à

ADI 3.026 / DF

pertinência da ação proposta a partir da premissa de que só cabe interpretação conforme à Carta quando há preceito ambíguo que, em si mesmo, permita mais de um entendimento, sob pena de o Supremo transformar-se em legislador positivo ou, então, em órgão consultivo e, no Judiciário, pelo menos que me lembre, só temos como órgão consultivo a Justiça Eleitoral, mais precisamente o Tribunal Superior Eleitoral.

O que nos vem - não vou dissecar a Ordem dos Advogados do Brasil, mesmo porque, e ainda bem, ela não está no banco dos réus - da cabeça do artigo 79?

Art 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista.

Qual a dúvida a respeito do alcance desse dispositivo? Nenhuma. Ele encerra o regime a ser adotado nas relações jurídicas mantidas pela Ordem, como tomadora de serviços, e os prestadores.

Posso assentar, considerado o que se contém no artigo 79, conflito com a Constituição Federal sem aditá-lo para ter texto que viabilize interpretação conforme a Carta da República? Desenganadamente não posso.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Aproveitamos a oportunidade para dar o nosso palpite sobre algo de que a lei não cuidou.



ADI 3.026 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim. E isso é perigoso. Estarei mais atento no Plenário quanto à atuação do Supremo como legislador simplesmente negativo e no tocante ao fato de a interpretação conforme, que resulta na procedência do pedido inicial sem redução de texto, ser exceção e não a regra, sob pena, repito, de a Corte se transformar em órgão consultivo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Está-se dando uma interpretação conforme, com ampliação do texto, dispondo sobre algo sobre que a lei não dispôs, de que não cuidou.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Desculpe-me, mas vamos encontrar vários casos na jurisprudência do Tribunal exatamente julgando o estatuto da OAB - e Vossa Excelência é testemunha. Na assentada passada fizemos vários adendos ao texto. Isso aqui é uma coisa elementar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim, para compatibilizá-lo com a Constituição. A lei não estava obrigada a cuidar disso e não cuidou. Mas isso é ponto vencido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É um pressuposto de Vossa Excelência. Não é ponto vencido.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Fiquei vencido por seis votos a cinco.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso é muito comum. Vemos, por exemplo, casos em que uma lei - e agora mesmo temos um - autoriza anulação ou revogação de ato administrativo e exigimos que

ADI 3.026 / DF

se faça de acordo com o devido processo legal. É tão elementar que nem vou elencar os exemplos, mas me parece que, exatamente em função da amplitude e da generalidade de um texto ele pode comportar, sim, interpretação conforme, e os exemplos na Corte são múltiplos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não posso, por mais que me esforce, assentar a existência de conflito com a Constituição Federal, a menos que imagine o que não está no próprio preceito.

Peço vênua ao ministro Gilmar Mendes para acompanhar o relator quanto à cabeça do artigo, e acompanho Sua Excelência quanto ao § 1º.

Julgo improcedente o pedido formulado.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) -  
Totalmente improcedente?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Totalmente.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Então Vossa Excelência acompanha, na realidade, o Ministro Carlos Britto, porque o Relator julga procedente a ação quanto ao § 1º.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim.



08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL**

À revisão de apartes dos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Carlos Britto.

**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, Vossa Excelência me permite? Vou pedir vênia aos Colegas que já votaram. Eu, também, já me havia manifestado.

Não vou reeditar as razões que antecipei no voto anterior, mas, com a devida vênia do Ministro Gilmar Mendes, estou encontrando séria dificuldade para ligar a exigência do concurso público à natureza dos serviços desempenhados pela Ordem, sobretudo pelo seu perfil orgânico. Quanto à regra do concurso público, sustentei-a no caso do nepotismo, com base em tese que reputei, com o autor do prefácio, uma obra clássica sobre o assunto: o princípio da impessoalidade. Liguei a idéia do concurso público e da impessoalidade a um problema de limitação do exercício do poder político sobre a máquina administrativa do Estado.



O problema do concurso público não está, sequer, ligado à regra da eficiência. A experiência mostra que, em determinados campos, a natureza privada das atividades, o regime privado ou, mais retamente falando, a própria atividade privada, às vezes, é muito mais eficiente do que a máquina pública, submissa a regras de concurso público. O concurso público não está, portanto, ligado a essa idéia como tal. Está atrelado ao fato de que a máquina da Administração Pública fica nas mãos de um poder político rotativo e que, por isso mesmo, pode cair na tentação de submeter às ambições e aos projetos pessoais e particulares o destino da máquina pública e a prestação do serviço público.

Ora, no caso, a Ordem dos Advogados não tem nenhuma afinidade ou familiaridade com essa problemática do exercício do poder político como tal, porque ela não é objeto do poder político no sentido rigoroso da palavra - não, no sentido translato segundo o qual se poderia dizer que, como toda corporação, está sujeita a certas políticas. Agora, não tem nada a ver com poder político, com partido político, exatamente por exercer função que não diz respeito àquilo que é típico da Administração Pública como tal.

Estou inteiramente de acordo com que o conceito de serviço público é histórico. Não há dúvida nenhuma. Mas

*km*

acredito que se atribuiu caráter público ao serviço prestado pela Ordem, não para relacioná-la, em termos de submissão, a regime jurídico, às mesmas regras da Administração Pública, mas, por outro motivo, para lhe dar certa imunidade e garantia à sua independência. Noutras palavras, o caráter público do serviço se reconhece, é a função da Ordem, está ligado menos à necessidade de submetê-la a regras próprias da Administração Pública, seja direta ou indireta, do que ao fato de ela não poder sofrer nenhuma interferência no desempenho das suas funções com a nota típica da independência. Ou seja, esse caráter público tem um sentido tuitivo, não tem alcance de tentar equipará-la à natureza orgânica da Administração Pública para efeito de atrair para sua administração interna as mesmas regras da Administração Pública em geral.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não acho que devamos nos aferrar, inclusive, às formas jurídicas existentes, no caso, senão seria muito fácil perfilhar a tese do caráter autárquico e, a partir daí, assumir todas as conseqüências desse modelo. Não estamos a falar nisso, até porque não se trata disso. Agora, é inegável, a Ordem, como os demais conselhos que fiscalizam profissões, exerce poder estatal inequívoco, inclusive temos jurisprudência sobre o



assunto, a partir do célebre caso julgado pelo Ministro Rodrigues Alckmim, sobre a liberdade de exercício profissional. Na verdade, esses órgãos cumprem uma função eminente de regulação de profissão, e é nesse contexto que se coloca, portanto, a necessidade, a meu ver, diante desse caráter e, também, do modelo de financiamento, público, sabemos bem, das entidades ter-se esse padrão republicano, tão-somente isso.

Percebi que alguns Colegas inclusive já avançavam para outro julgamento, não é disso que estou a falar, não quero julgar outras questões que devem ser colocadas, eventualmente, de acordo com outras situações. Aí, segundo o dito popular: "uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa". Estou discutindo apenas a questão do concurso público. Agora, se irá ser julgado depois a questão de prestação de contas, de licitação ou outras questões, isso é outro tema a ser devidamente discutido.

Porém, há uma função, discutimos há pouco, no belo acórdão da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence - o caso das associações de proteção, do ECAD, o escritório central -, e falamos deste perfil público não-estatal do escritório.

Aqui, na verdade, temos algo mais do que o próprio ECAD, porque toda função é pública, embora estejamos

concordando, parto das mesmas premissas de Vossa Excelência e de outros Colegas, que a Ordem não deve ficar subordinada a controle estatal. Quando falei em concurso público não imaginava que o Ministério do Trabalho, ou órgão de planejamento, ficasse a fiscalizar ou realizar concurso da Ordem. Estou imaginando, aqui, tão-somente a aplicação do concurso público. Só para ficar no exemplo que tanto fascina, vejam que os partidos políticos com a natureza bifronte ou trifronte, seja lá o que for, na verdade, por conta das suas singularidades, para ficar no tema que parece angustiar, estão obrigados - exatamente por sua condição peculiar, e é aqui inclusive a grande crise da democracia brasileira a partir dessa realidade mensaleira revelada - ao problema da prestação de contas. Os partidos, todos sabemos, estão submetidos a um dever de prestação de contas, prestam contas ao TSE. Isso inclusive é o grande déficit do sistema hoje revelado. Portanto, o fato de a Constituição estabelecer que é uma associação civil ou coisa igual não retira essa característica. Isso, discutiremos posteriormente.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Para resumir, nada tiro do caráter público atribuído **ex vi legis** ao serviço desempenhado pela Ordem dos Advogados, e que em



outro sistema jurídico pode não ter caráter público, sem que isso abastarde o exercício das suas funções, etc. Não consigo extrair daí ligação direta ou nexó de necessidade com o concurso público, ligado às distorções possíveis a que está submetida a máquina da Administração Pública direta e indireta, enfim aos riscos do exercício ilimitado do poder político, que não é o caso da Ordem. Ela não está sujeita à direção de partidos políticos, às mutações de opiniões e pontos de vista.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ah, não?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Em termos de partido político, não.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência me permite? A OAB é tão especial na sua configuração jurídica que, mesmo se a considerarmos uma autarquia especial, nem com as autarquias especiais de que trata a doutrina ela se confunde. Quais são as autarquias especiais no nosso sistema jurídico? O Banco Central do Brasil e as agências reguladoras. A OAB não se insere em nenhum desses esquadros de autarquia especial. Depois, as suas verbas, ainda que consideradas públicas, quanto às anuidades

recolhidas de seus filiados, não entram no orçamento, não são verbas orçamentárias do Estado. Ou seja, se toda verba orçamentária é pública, nem toda verba pública é orçamentária. Estamos, portanto, diante de um estudo eminentemente heterodoxo. Por isso chamei de antiaristotélico, já que ninguém mais ortodoxo do que Aristóteles. A OAB se inscreve nesse quadro.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Carlos Britto, o ideal seria que a Ordem dos Advogados do Brasil assumisse uma atitude radical no sentido de dar um caráter liberal à profissão de advogado. Ou seja, ela deveria sair das costelas do Estado, abrir mão desse seu papel de co-auxiliar na formação da vontade do Estado e assumir uma postura liberal. Há países nos quais não se admite sequer a possibilidade de existência de um advogado público. A profissão é liberal, então, é inadmissível o exercício da função de advogado público, porque seria incompatível com esse caráter liberal. Mas, aqui, temos essa situação anfibológica: a Ordem, para certas coisas, quer ser Poder Público, forma a vontade do Estado, recebe verba pública, tem privilégio de ingressar nas mais relevantes funções do Estado sem prestar concurso público e, por outro lado, quer

ter um status de absolutamente liberal. É essa incongruência que, um dia, terá de ser eliminada.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas a OAB desfruta de prerrogativas para mais desembaraçadamente e mais independentemente desempenhar a sua função pública. Porém, organicamente, no plano da sua organização, não é pública.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas regulamentar uma profissão é uma função mais do que pública. A Constituição prevê isso.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É o caráter bifronte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É o texto constitucional que estabelece isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, enfim, para resumir, julgo totalmente improcedente a ação, **data venia.** 

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALRETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhora Presidente, estou com dúvida. Se Vossa Excelência me permite, não sei se ficou claro o meu voto com relação ao § 1º do artigo 179.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Sim, Vossa Excelência declarou a inconstitucionalidade, conforme anotação que tenho aqui, não é verdade?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhora Presidente, gostaria de me explicar. Foi pedida a inconstitucionalidade da parte final. Esse § 1º admite, no início da sua redação, que, em algum momento, os empregados da OAB tenham sido funcionários, servidores públicos.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - São aqueles 19 (dezenove) remanescentes.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Exatamente. O que fiz, na verdade, foi uma extensão. Tomando como causa aberta a ação direta de inconstitucionalidade, eu declarava a inconstitucionalidade do todo. Posteriormente, após ouvir as observações contidas nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, quero adaptar o meu voto para declarar a improcedência, também, com relação a esse parágrafo.

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL**

À revisão de apertes do Sr. Ministro Gilmar Mendes.

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Tenho impressão que, de todos os votos até aqui lançados, inclusive o do Ministro Joaquim Barbosa, na assentada passada, ninguém partiu da premissa de que se tratasse de autarquia.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não. Se a questão pudesse ser resolvida a partir da simples perspectiva de uma definição, certamente não estaríamos nem discutindo. Claro que, obviamente, estaria resolvida, **a priori**.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Correto. Só estou dizendo que, se pudéssemos assumir essa perspectiva, me parece que ninguém aqui a subscreve, até porque o Estado sofreu uma mudança muito grande ao longo do tempo e hoje ninguém sacraliza essas formas, certamente o problema já estaria de todo resolvido.

Também não me impressiona o argumento das funções institucionais do art. 44, embora as repute extremamente relevantes, mais em razão da verdade do que a OAB representa e menos em razão daquilo que a lei diz, porque aquilo que a lei diz ela pode tirar, a disposição do artigo 44, quanto às funções institucionais da OAB na defesa do interesse da cidadania.

A meu ver, é importante, sim, o papel da OAB, como ela representa no contexto histórico brasileiro, e não porque diz o artigo 44. Na verdade, a rigor, isso é muito mais significativo, pois aquilo que a lei eventualmente regulou, amanhã, ela pode, simplesmente, suprimir. E por isso diríamos que a OAB não tem esta função eminente de representar a sociedade civil? Não, com as vênias de estilo ao notável Professor José Afonso da Silva.

Por isso tentei me cingir, apenas, a essa discussão, tão-somente a esse aspecto relativo ao concurso público, reservando-me, inclusive, para outras discussões que preocupam tanto quanto os modelos de controle em outros aspectos, entendendo que, na verdade, no regime republicano, até mesmo no Estado de direito, não há soberanos, e todos aqueles que, eventualmente, exercem múnus público têm o dever de prestar contas.

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

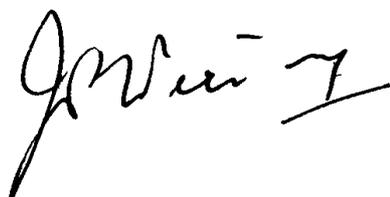
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, de minha parte faço votos para que, por deliberação própria da entidade ou da sua lei orgânica, a Ordem venha, sim, a submeter-se à regra do concurso público. No campo interno da Ordem, é indiscutível que a ausência do concurso público pode, sim, comprometer o caráter de impessoalidade, enfatizado no antológico voto do Ministro Cezar Peluso, a que Sua Excelência se remeteu.

Agora, não consegui me convencer, sem embargo do brilho dos votos dissidentes dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, de que essa necessidade decorra da Constituição Federal.

Acompanho o eminente Ministro-Relator para julgar inteiramente improcedente a ação.

Nc.

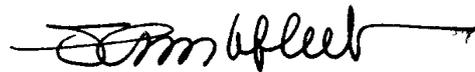


08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

**ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente): Senhores Ministros, também eu, com vênua dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, julgo improcedente a ação, fazendo por adotar, também, os bons votos e bons augúrios agora manifestados pelo Ministro Sepúlveda Pertence de que a Ordem, voluntariamente, venha a se curvar à regra democrática do concurso público.



## PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EROS GRAU**

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator), Carlos Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e o Presidente, conheceu do pedido relativamente ao *caput* do artigo 79 da Lei nº 8.906/94. Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Senhores Ministros Relator, Carlos Britto e Cezar Peluso, que negavam a interpretação conforme a Constituição, no artigo 79, por entender não exigível o concurso público, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que entendia exigir concurso público, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou pelo interessado, *amicus curiae*, o Dr. Luiz Carlos Lopes Madeira. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 23.02.2005.

**Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 08.06.2005.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, que o julgavam procedente com relação ao *caput* do artigo 79, ao qual davam interpretação conforme de modo apenas a excetuarem-se, da regra do concurso público, cargos de chefia e assessoramento, isso com efeito *ex nunc*. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. O relator retificou parcialmente o voto proferido anteriormente. Plenário, 08.06.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso

de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

*pt*   
Luiz Tomimatsu  
Secretário