

Luís Roberto Barroso

&
Associados

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

CONSULTORES

NELSON NASCIMENTO DIZ
CARMEN TIBURCIO

ROBERTO BERNARDES BARROSO
LUÍS ROBERTO BARROSO
ANA PAULA DE BARCELLOS
VIVIANE PEREZ
KARIN BASILIO KHALILI
RAFAEL BARROSO FONTELLES
EDUARDO BASTOS FURTADO DE MEND
CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO
FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES
FELIPE FIDELIS COSTA DE BARCELLOS
HELEN CRISTINA LEITE DE LIMA
RENATA SARAIVA
THIAGO MAGALHÃES PIRES
JULIA RYFER
JÚLIA MEDINA DA COSTA GOMES

Av. Rio Branco, 125 – 21º andar
Rio de Janeiro – RJ
20040-006 – Brasil
Tel.: (21) 2221-1177
Fax.: (21) 2221-8192

SHIS QL 28 Conjunto 07 Casa 11
Lago Sul – Brasília – DF
71665-275 – Brasil
Tel.: (61) 3409-1000
Fax.: (61) 3254-4095

lrbarroso@lrbarroso.com.br
www.lrbarroso.com.br

**EXMO. SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – RELATOR DA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.163-SP – SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP, associação civil sem fins lucrativos, com sede na SCS, Quadra 01, Bloco “M”, Ed. Gilberto Salomão, sala 1301, CEP 70.305-900, Brasília-DF, inscrita no CNPJ sob o nº 03.736.804/0001-30 (doc. nº 1), por seu advogado ao final assinado (doc. nº 2), com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.nov.1999, **vem requerer seja admitida sua manifestação na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*, apresentando desde logo as razões pelas quais postula a procedência do pedido formulado.**

I. A HIPÓTESE

1. A presente ação foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República para o fim de ver declarada a inconstitucionalidade do artigo 109 da

Constituição do Estado de São Paulo e do artigo 234 da Lei Complementar Estadual nº 988, de 9.jan.2006, também de São Paulo. Os dispositivos tratam (i) da designação de advogados, pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional São Paulo, para prestação de assistência judiciária a cargo da Defensoria Pública daquele Estado em caso de insuficiência de atendimento; e (ii) da obrigatoriedade de celebração de convênio para esse fim entre a Defensoria Pública Estadual e a OAB/SP, com a concessão de inúmeras prerrogativas a essa última. Essa a redação dos artigos impugnados:

Constituição do Estado de São Paulo:

“Art. 109. Para efeito do disposto no art. 3º desta Constituição, o Poder Executivo manterá quadros fixos de Defensores Públicos em cada juizado e, quando necessário, advogados designados pela Ordem dos Advogados do Brasil-SP, mediante convênio”.

Lei Complementar nº 988/2006, do Estado de São Paulo:

“Art. 234. A Defensoria Pública do Estado manterá convênio com a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, visando implementar, de forma suplementar, as atribuições institucionais definidas no artigo 5º desta lei.

§1º. A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, em função do convênio previsto neste artigo, deverá:

- 1. Manter nas suas Subseções postos de atendimento aos cidadãos que pretendam utilizar dos serviços objeto do convênio, devendo analisar o preencimento das condições de carência exigidas para obtenção dos serviços, definidas no convênio, bem como a designação do advogado que prestará a respectiva assistência;*

- 2. Credenciar os advogados participantes do convênio, definindo as condições para seu credenciamento, e observando as respectivas Comarcas e especialidades de atuação, podendo o advogado constar em mais de uma área de atuação;*

- 3. Manter rodízio nas nomeações entre os advogados inscritos no convênio, salvo quando a natureza do feito requerer a atuação do mesmo profissional.*

§2º. A remuneração dos advogados credenciados na forma deste artigo, custeadas com as receitas previstas no artigo 8º, será definida pela Defensoria Pública do Estado e pela Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 3º. A Defensoria Pública do Estado promoverá o ressarcimento à Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil das despesas e dos investimentos necessários à efetivação de sua atuação no convênio, mediante prestação de contas apresentada trimestralmente”.

2. O sentido que se tem extraído dos dispositivos transcritos é o de que a **Defensoria Pública do Estado de São Paulo está obrigada a manter convênio em caráter permanente com a OAB/SP nos termos descritos pela lei complementar**. Com efeito, ainda que o art. 109 da Constituição Estadual não determine textualmente a permanência do convênio, a interpretação e aplicação da norma ao contexto fático existente acabam por impor essa consequência, por duas razões que se relacionam. *Em primeiro lugar*, e como é corrente, a recém criada Defensoria Pública do Estado de São Paulo ainda não é capaz de absorver toda a demanda por assistência jurídica gratuita no Estado. Diante desse quadro, e *em segundo lugar*, uma leitura apressada da norma parece restringir outras providências que a Defensoria poderia adotar – enquanto ela mesma ainda não se encontra inteiramente aparelhada – para garantir a prestação do serviço jurídico aos necessitados, como se o convênio com a OAB fosse a única alternativa viável para esse fim. A isso se soma a norma complementar estadual, que dispõe expressamente que a Defensoria *manterá* convênio para essa finalidade com a Seccional paulista da OAB¹.

3. Nesse contexto, o Procurador-Geral da República ajuizou a

¹ Tanto a leitura que se faz dos dispositivos é no sentido da obrigatoriedade do convênio com a OAB/SP, que esta obteve liminar em duas ações que ajuizou a respeito do tema. A primeira delas consistiu em mandado de segurança (MS nº 2008.61.00.018139-0, em curso na 13ª Vara Federal de São Paulo) impetrado para o fim de obrigar a Defensoria Pública a renovar o convênio vigente, nas condições exigidas pela OAB (dentre as quais, aumento de até 10% acima da inflação na tabela de honorários). Vale transcrever os seguintes trechos da decisão: “O que se vê do dispositivo constitucional estadual é que havendo necessidade de designação de advogados para a atuação em prol de pessoas necessitadas de acesso à Justiça, essa providência só poderá se dar **mediante convênio**. (...). No que diz respeito à Defensoria Pública, estando ela totalmente estruturada, em condições ideais de atender à população carente em todas as regiões geográficas do Estado de São Paulo, por certo que não necessitará mais contar com o apoio de defensores públicos fora de seus quadros; de outro lado, no entanto, em havendo necessidade dessa força de trabalho suplementar, **indispensável** se torna a celebração de **convênio** para que essa integração de esforços possa se viabilizar segundo os ditames do direito posto” (negritos no original). A segunda ação foi ADIn (Agravo Regimental nº 167.047-0/5-01 na ADIn nº 167.047-0/3-00-SP) ajuizada contra ato normativo estadual que, dispondo sobre as regras gerais de prestação de assistência judiciária complementar, permitia o cadastramento direto de advogados – divergindo, portanto, da sistemática introduzida pela lei complementar ora impugnada. Na oportunidade, considerou-se que “[a] plausibilidade jurídica do pedido está evidenciada no disposto no art. 109 da Constituição do Estado”; e que “o impasse derivado da não assinatura do convênio entre a Defensoria Pública e a OAB implica em graves prejuízos à assistência judiciária, que por força de norma constitucional é obrigação do Estado, certo que em tese o pretendido credenciamento direto se afigura ilegal e obsta o exercício de atividade fiscalizadora do exercício profissional que é atribuição inerente da OAB”. O ponto será retomado adiante.

presente ADIn pedindo a declaração de invalidade de tais dispositivos uma vez que:

- (i) desrespeitam o modelo constitucional estabelecido para a Defensoria Pública Estadual, como instituição dotada de autonomia funcional e administrativa, em violação ao § 2º do art. 134²; e
- (ii) impedem a Defensoria Pública Estadual de levar a cabo a missão que lhe foi conferida pela Constituição, em violação aos arts. 5º, LXXIV e 134, *caput* e § 1º³, que consagram, respectivamente, o direito dos necessitados à assistência jurídica integral, e a própria Defensoria, como carreira jurídica dedicada exclusivamente a garantir esse direito.

4. Além desses dois fundamentos, os dispositivos ora impugnados invadem esfera de competência tipicamente administrativa, em violação ao princípio da separação dos poderes (CF/88, art. 2º)⁴. É por esse conjunto de razões que a requerente pretende ver acolhido por essa Eg. Corte o pedido formulado na presente ADIn. Antes, porém, cumpre demonstrar a presença, no caso, dos requisitos necessários ao seu ingresso como *amicus curiae*.

II. PEDIDO DE INGRESSO COMO *AMICUS CURIAE*

5. Como se sabe, a Lei nº 9.868/99 promoveu a introdução formal, no direito brasileiro, da figura do *amicus curiae*, originária do direito norte-americano. A inovação fez carreira rápida, reconhecida como fator de legitimação

² CF/88, art. 134: “§ 2º. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”.

³ CF/88, art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; e Art. 134: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. § 1º. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”.

⁴ CF/88, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como tribunal constitucional⁵. Em seu art. 7º, § 2º⁶, a Lei previu dois critérios de admissibilidade da manifestação de “*outros órgãos ou entidades*” em sede de ADIn, a serem levados em conta pelo relator: (i) a relevância da matéria; e (ii) a representatividade do postulante⁷. É fácil demonstrar a presença desses dois elementos na presente hipótese.

6. **A relevância da matéria** – tanto para a sociedade em geral quanto para os interesses tutelados pela entidade requerente – é evidente. O acesso gratuito à Justiça é um direito fundamental, consubstanciado no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal e, também por força do que dispõe o texto constitucional (art. 134), a Defensoria Pública é o principal instrumento de concretização desse direito. Nos termos da Constituição, no entanto, por Defensoria entende-se uma carreira jurídica pública organizada, administrativamente autônoma, integrada por profissionais submetidos a concurso público e dedicados exclusivamente a essa atividade.

7. Ora bem. O que se discute nesta ação, em suma, é a inconstitucionalidade de legislação estadual pertinente à própria organização da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e à forma como será prestada a assistência jurídica que lhe cabe como instituição autônoma. A fundamentalidade do direito em questão é mais do que evidente e dispensa maiores considerações – basta lembrar que a garantia de todos os direitos e, muitas vezes, da própria Constituição, seria mera proclamação retórica não fosse acompanhada do efetivo acesso à justiça⁸. No caso, debate-se justamente se o direito fundamental à assistência jurídica será ou não prestado como determina a Constituição Federal. Como se vê, é evidente o interesse público e a relevância do tema.

⁵ V. STF, *Inf. STF 215*, ADI-MC 2130/SC, Rel. Min. Celso de Mello; STF, *Inf. STF 384*, ADI 3311/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁶ Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

⁷ Sobre o ponto, v. STF, *DJU 23 jun.2005*, ADIn 3355/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁸ Nesse sentido, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 149 e 293. Sobre o tema, v. tb. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à Justiça: juizados especiais e ação civil pública*, 1999.

8. Da mesma forma, a **representatividade** da ANADEP é de fácil constatação. Trata-se de associação sem fins lucrativos, de âmbito nacional, que atua na defesa das prerrogativas, direitos e interesses dos defensores públicos de todo o país, em especial, da independência e autonomia da Defensoria Pública como instituição. A requerente conta, como seus associados, com cerca de 5.000 (cinco mil) defensores públicos distribuídos por quase todos os Estados da federação⁹, o que faz dela entidade nacionalmente representativa de uma carreira cujas atribuições receberam tratamento constitucional específico e foram elevadas à qualidade de essenciais à Justiça.

9. A representatividade da ANADEP para participar de debates envolvendo a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública já foi objeto de reconhecimento por parte desse Eg. Tribunal, por ocasião de sua admissão como *amicus curiae* na ADIn nº 3.965, *in verbis*:

“A Associação Nacional dos Defensores Públicos - Anadep e a Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais - Adep requerem seu ‘ingresso na qualidade de amicus curiae’ (...). 3. A Anadep argumenta que a questão discutida nesta ação direta de inconstitucionalidade ‘afeta não só a Defensoria Pública e os defensores públicos como também o direito e os interesses dos defendidos, a favor dos quais a Anadep tem o dever estatutário de atuar’. A Adep assevera que ‘uma vez que as normas objeto da presente demanda limitam a autonomia funcional e administrativa da Defensoria do Estado de Minas Gerais e, nesse sentido, interferem na organização e funcionamento da instituição, cabal se revela o interesse jurídico da Adep em intervir no feito, haja vista ela ser estatutariamente obrigada à defesa das garantias, prerrogativas, direitos e interesses dos Defensores Públicos do Estado de Minas Gerais, devendo pugnar pela independência e prestígio da Defensoria Pública - nos termos do art. 1º do seu Estatuto Social’. 4. Admito o ingresso das peticionárias na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de amicus curiae, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do

⁹ Apenas nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Goiás – onde a Defensoria Pública ainda não foi efetivamente instalada – não há defensores associados à entidade requerente.

*Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação dada pela Emenda Regimental nº 15/2004 (...)*¹⁰.

10. Como se vê, é fora de dúvida a *relevância da matéria* discutida na presente ação, bem como a *representatividade* da requerente para se manifestar sobre o tema¹¹. Assim, requer a ANADEP que V. Exa. se digne de admitir sua manifestação no presente processo, na qualidade de *amicus curiae*, inclusive para fins de sustentação oral, na linha dos precedentes dessa Eg. Corte.

III. NO MÉRITO: RAZÕES PARA A PROCEDÊNCIA DA ADIN

III.1. Um registro fático

11. Como é corrente, o Estado de São Paulo só veio a instituir sua Defensoria Pública no ano de 2006, por meio da Lei Complementar Estadual nº 988/06, e ainda hoje a instituição conta com apenas 400 defensores concursados em seus quadros¹². De fato, uma vez tomada a decisão política e jurídica de organizar a instituição, seu aparelhamento adequado não é algo que possa ser produzido de forma imediata, na sequência da edição de norma jurídica que disponha sobre o tema. O resultado descrito pela norma constitucional depende de um processo que envolve a realização de concursos públicos para os

¹⁰ STF, DJ 26.out.2007, ADIn 3965/MG, Rel. Min Cármen Lúcia. Note-se que a ANADEP também já teve sua legitimidade ativa para propositura de ADIn reconhecida por esta Eg. Corte. Nesse sentido, v. STF, DJe 19.set.2008, ADIn 2903/PB, Rel. Min. Celso de Mello: "Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) – Entidade de classe de âmbito nacional – (...). A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) dispõe de legitimidade ativa "ad causam" para fazer instaurar processo de controle normativo abstrato em face de atos estatais, como a legislação pertinente à Defensoria Pública, cujo conteúdo guarde relação de pertinência temática com as finalidades institucionais dessa entidade de classe de âmbito nacional".

¹¹ De forma análoga, as próprias Defensorias Públicas Estaduais têm sido regularmente admitidas como *amicus curiae*, como se observa, por exemplo, nos seguintes processos: ADIn 3643-RJ, de relatoria do Min. Carlos Brito, que trata do art. 4º, III da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.664/2005, que dispõe sobre a taxa instituída sobre as atividades notariais e de registro, cujo produto da arrecadação é destinado ao fundo especial da Defensoria Pública, em que o ingresso a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro foi admitido; ADIn 3043-MG, de relatoria do Min. Relator Ministro Eros Grau, que trata do art. 137 da LC Estadual de Minas Gerais nº 65/2003, que dispõe sobre o exercício de atividade privada pelo defensor público, em que o ingresso da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais foi admitido.

¹² Informação disponível na internet no site da Defensoria Pública de São Paulo: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2871>>. Acesso em: 20.mai.2009.

integrantes da carreira e para as carreiras de apoio, a organização de instalações físicas, dentre muitas outras providências que demandam tempo e recursos. Portanto, é natural que a criação de uma instituição dessa natureza seja seguida por um período de transição, até que a sua estruturação se complete e as condições de fato se transformem de modo a concretizar o objetivo da norma¹³.

12. No contexto de transição em que se insere atualmente a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a possibilidade de celebração de convênio com a OAB se apresenta, em tese, como *um* instrumento capaz de assegurar aos necessitados o direito de acesso ao Judiciário. Certo, porém, que se trata de medida excepcional e típica desse estágio intermediário, já que a previsão constitucional é no sentido de que a própria Defensoria Pública seja capaz de prestar de forma adequada o serviço de assistência jurídica aos necessitados. Não é isso, porém, o que fazem as normas impugnadas. Com efeito, ao criarem a *obrigatoriedade* de celebração de convênio permanente com a OAB/SP, conferindo-lhe inúmeras prerrogativas, elas acabam por excluir outras iniciativas (por vezes mais eficientes e menos custosas) e contribuir para a perenização desse quadro transitório, criando, ademais, situação de clara subordinação da Defensoria à OAB/SP. A inconstitucionalidade é mais que evidente e alguns dados ilustram o que se acaba de registrar.

13. No ano de 2007, a Defensoria paulista gastou, via Fundo de Assistência Judiciária¹⁴, aproximadamente R\$ 272.000.000,00 (duzentos e setenta e dois milhões de reais) com o convênio firmado com a OAB/SP. No mesmo período, o custo de manutenção de toda a sua estrutura de funcionamento – incluindo a remuneração dos defensores – foi de cerca de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais). Ou seja: **gastou-se quase quatro vezes mais com o convênio do que com toda a estrutura de funcionamento da**

¹³ Relembre-se, aqui, o fenômeno da inconstitucionalidade progressiva ou da lei *ainda* constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade. Emblemático nessa matéria o acórdão deste Eg. STF considerando constitucional a norma do Código de Processo Penal que reconhecia legitimação ao Ministério Público para cobrança de ressarcimento em nome da vítima hipossuficiente, até a estruturação das Defensorias Públicas (STF, DJU 19.jun.1998, RE 147.776-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

¹⁴ O Fundo de Assistência Judiciária, instituído pelo art. 7º da Lei Estadual nº 4.476/1984, é composto por parcelas das custas judiciais e extrajudiciais e tem por finalidade custear a prestação de assistência judiciária às pessoas carentes.

Defensoria¹⁵! Com tais recursos, a Defensoria teria condições de realizar concursos e ampliar seu quadro de defensores, na linha do que exige a Constituição, de modo a não mais *necessitar* de iniciativas complementares. Uma vez que se entenda que o convênio é obrigatório, porém, essa parte enorme do orçamento da Defensoria Pública de São Paulo será, sempre e necessariamente, consumida pelo convênio com a OAB/SP, sem perspectiva de que a Defensoria possa gerir tais recursos a fim de ampliar seu quadro permanente de defensores ou de melhorar sua infra-estrutura. Há mais que isso, no entanto.

14. Em julho de 2008, a OAB/SP pretendeu impor à Defensoria Pública Estadual, como condição para a renovação do convênio previsto nos dispositivos impugnados, a aplicação de aumento de até 10% acima da inflação na tabela de honorários dos advogados por ela designados para a prestação de assistência jurídica gratuita suplementar aos necessitados (fls. 172). Na oportunidade, a Defensoria tentou descontinuar o convênio celebrado e chegou a publicar edital para fins de cadastrar diretamente advogados dispostos a prestar o serviço até que o quadro de defensores estivesse completo, dispensando a intermediação da OAB/SP. Tratava-se de iniciativa análoga à do convênio, apenas sem a obrigação de valer-se da OAB e, sobretudo, de submeter-se às regras fixadas pela entidade de classe.

15. De imediato, porém, a OAB/SP impetrou mandado de segurança na Justiça Federal de São Paulo¹⁶ e obteve liminar determinando a renovação obrigatória do convênio pela Defensoria – e pior: nas condições exigidas pela OAB-SP! A OAB/SP ajuizou ainda ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁷ contra o ato

¹⁵ Sobre o ponto, v. notícia publicada no *site* do CONJUR, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-18/oab-sp_critica_cadastro_advogados_defensoria>, *verbis*: “Levantamento da Defensoria Pública de São Paulo apontam que o gasto com o convênio em 2007 atingiu mais R\$ 272 milhões. Segundo a Defensoria, com este valor poderiam ser contratados mais de 4 mil defensores públicos substitutos (considerando salário inicial de cerca de R\$ 5 mil), número considerado além do necessário para o atendimento total da população de baixa renda no estado. Para atender todas as comarcas, a Defensoria estima que sejam necessários 1,6 mil defensores”. Acesso em: 09.jun.2009.

¹⁶ MS nº 2008.61.00.018139-0, em curso na 13ª Vara Federal de São Paulo. Liminar concedida em 29.jul.2008.

¹⁷ ADIn nº 167.047-0/3-00 SP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em 26.mai.2009, foi determinada a suspensão da ADIn estadual por um ano para aguardar o julgamento deste processo.

normativo estadual DPG-10, de 14.jun.2008, que dispunha sobre as regras gerais de prestação de assistência judiciária complementar no Estado – e, mais uma vez, obteve liminar favorável aos seus interesses.

16. Os fatos narrados já demonstram que a aplicação dos dispositivos impugnados tem imposto à Defensoria Pública de São Paulo o dever de celebrar convênio com a OAB/SP – quaisquer que sejam as condições determinadas por esta última –, sendo-lhe vedada a adoção de qualquer via alternativa para dar conta de seu papel constitucional nessa fase de transição. É fácil perceber que se cuida de circunstância insustentável que importa óbvio dano ao desenvolvimento da Defensoria como instituição. Mais que isso: as normas impugnadas inviabilizam a efetividade da Constituição, na medida em que, perenizando um estado transitório, impedem a Defensoria de se organizar para desempenhar as atribuições que lhe cabem, nos termos da Carta de 1988. Os fatos narrados são suficientes para demonstrar que os dispositivos ora impugnados não podem subsistir. As razões jurídicas que conduzem a essa mesma conclusão serão desenvolvidas a seguir.

III.2. Inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados

a) Violação ao art. 2º da Constituição: celebração de convênio como ato tipicamente administrativo

17. Esse Eg. Supremo Tribunal Federal há muito consolidou o entendimento de que viola a separação dos poderes (CF/88, art. 2º)¹⁸ a exigência de autorização legislativa prévia para celebração de convênios pelo Poder Executivo¹⁹. Trata-se de entendimento com amplo apoio doutrinário²⁰

¹⁸ CF/88, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹⁹ V., entre outros, STF, *DJU* 25.out.1996, ADI 177/RS, Rel. Min. Carlos Velloso. No mesmo sentido: STF, *DJU* 18.fev.2000, ADI 462/BA, Rel. Min. Moreira Alves; STF, *DJU* 26.set.1997, ADI 165/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, *DJU* 13.nov.2002, ADI 1166/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão; STF, *RTJ* 115:600, Rep 1210/RJ, Rel. Min. Moreira Alves; STF, *RTJ* 131:490, ADI 165/MG, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁰ Confirmam-se, Toshio Mukai, *Direito administrativo sistematizado*, 1999, p. 401; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 2002, p. 282; Marcos Juruena

e que decorre da seguinte racionalidade: a celebração de convênio é ato tipicamente administrativo, inserido na esfera de competência do Executivo, que deve estar livre da ingerência dos demais Poderes²¹. Não se admite sequer a exigência de mera autorização legislativa, hipótese em que ainda restaria algum juízo de conveniência e oportunidade por parte do Executivo que, embora autorizado, poderia decidir por não firmar convênio.

18. No presente caso, de forma muito mais grave, a legislação impugnada *impõe* a celebração de convênio e vincula a forma de prestação do serviço, decisões que apenas poderia ser tomadas por quem detém a competência constitucional para prestar o serviço em questão. O ponto é simples: se não é possível exigir *autorização* legislativa prévia para a celebração de convênios, menos ainda poderá se admitir a imposição legislativa de um *dever* de celebrá-los. A violação ao princípio da separação dos poderes é, portanto, bastante evidente dispensando maiores considerações.

19. Esse fundamento, por si só, já seria capaz de demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Mas há aqui um agravante: a Defensoria foi dotada pela Constituição de autonomia funcional e administrativa, o que significa que a ela cabe decidir por firmar ou não convênios, bem como os termos do ajuste eventualmente celebrado. Em resumo, a autonomia significa que ninguém – nem a lei – poderá atrelar a Defensoria Pública a um convênio eterno com cláusulas definidas unilateralmente por sua contraparte. O ponto será aprofundado no tópico que se segue.

b) Violação ao § 2º do art. 134 da Constituição: modelo constitucional de Defensoria Pública como instituição dotada de autonomia funcional e administrativa

Villela Souto, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000, p. 339.

²¹ Embora a noção de separação e independência de Poderes não seja absoluta, consagrando-se no Brasil um sistema de freios e contrapesos, entende-se que é da sua essência que cada um deles disponha de uma esfera de atuação própria, livre da intromissão dos demais. Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 1996, p. 111.

20. Como é corrente, a Emenda Constitucional nº 45/04 procurou fortalecer as Defensorias Públicas e para esse fim (i) dotou-as de autonomia funcional e administrativa, (ii) lhes concedeu a iniciativa de sua proposta orçamentária (CF/88, art. 134, § 2º) e (iii) desvinculou o repasse dos recursos que lhes cabem do Poder Executivo, impedindo bloqueios ou providências equivalentes (CF/88, art. 168²²)²³. As alterações visaram especificamente a conferir maior independência às Defensorias e assegurar-lhes melhores condições de exercer sua função pública de forma eficiente.

21. Nas definições precisas de José Afonso da Silva²⁴, por autonomia funcional, entende-se o “*exercício de suas funções livre de ingerência de qualquer outro órgão do Estado*” e, por autonomia administrativa, o direito de “*organizar sua administração, suas unidades administrativas, praticar atos de gestão, decidir sobre situação funcional de seu pessoal, propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus serviços auxiliares, prover cargos nos termos da lei, estabelecer a política remuneratória, observado o art. 169, e os planos de carreira de seu pessoal*”. A autonomia financeira, por seu turno, engloba “*a iniciativa de sua proposta orçamentária*”, bem como a “*gestão dos recursos financeiros consignados nas dotações orçamentárias*”.

22. Nada obstante o que se acaba de registrar, os dispositivos impugnados na presente ação pretendem impor à Defensoria Pública de São

²² CF/88, art. 168: “Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º”.

²³ A importância conferida à Defensoria Pública foi destacada pelo Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto na ADI 3700/RN (DJE 6.mar.2009): “Vê-se, portanto, que a Lei Republicana alçou a defensoria pública ao patamar de instituição permanente essencial à prestação jurisdicional do Estado. Mais: uma instituição especificamente voltada para a implementação de políticas públicas de assistência jurídica, assim no campo administrativo como no judicial. Pelo que, sob este último prisma, se revelam como instrumentos de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). Fazendo de tal acesso um direito eu se desfruta às expensas do Estado, em ordem a se postarem (as defensorias) como um luminoso pondo de interseção do constitucionalismo liberal com o social. Vale dizer, fazem com que um clássico direito individual se mescle com um moderno direito social. Tornando a prestação jurisdicional do Estado um efetivo dever de tratar desigualmente pessoas economicamente desiguais. Os mais pobres a compensar a sua inferioridade material com a superioridade jurídica de um gratuito bater às portas do Poder Judiciário.(...)”.

²⁴ José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 2008, p. 615-6.

Paulo o *dever* de firmar convênio com a OAB/SP para que advogados por esta nomeados atuem na prestação da assistência judiciária gratuita, comprometendo recursos e determinando a forma de empregá-los. Não há autonomia que possa conviver logicamente com a *obrigação* de firmar um convênio. Todo o esforço da Constituição, no sentido de atribuir às Defensorias autonomia administrativa e financeira, acaba por ser inviabilizado por uma decisão do legislador (que impôs o convênio) e, em última análise, da própria OAB/SP, na medida em que suas condições para “negociar” com a Defensoria um convênio que se entende obrigatório são, por óbvio, as melhores possíveis e, ao mesmo tempo, as mais desiguais possíveis.

23. Mas não só a *obrigatoriedade* do convênio importa violação à autonomia da Defensoria Pública. Os contornos conferidos a ele pela lei complementar, com a atribuição de inúmeras prerrogativas à OAB, conduzem a Defensoria a situação de óbvia subordinação, em desrespeito evidente ao modelo constitucionalmente idealizado. De fato, o serviço de assistência jurídica suplementar acaba por passar à gerência exclusiva da OAB/SP, que também fica em posição de impor seus propósitos financeiros. Não é difícil demonstrar o ponto.

24. A lei complementar referida confere à OAB/SP os seguintes direitos e deveres: (i) manter nas suas Subseções postos de atendimento aos cidadãos, para análise do preenchimento das condições de carência e designação do advogado que prestará a respectiva assistência; (ii) credenciar os advogados participantes do convênio, cuja seleção sequer passa pelo conhecimento da Defensoria; (iii) manter rodízio nas nomeações, o que evidencia o nítido – e mais inadequado impossível – propósito corporativo que permeia o convênio; (iv) definir a remuneração dos advogados, em conjunto com a Defensoria – embora, na prática, como visto, se tenha imposto à Defensoria a celebração do convênio nos termos exigidos pela OAB/SP; e (v) obter ressarcimento de despesas com prestação de contas *a posteriori*, sem qualquer ajuste prévio. Em suma: cabe à OAB/SP determinar as condições de prestação da assistência jurídica aos necessitados. Nesse contexto, que parcela da autonomia teria sido realmente conservada pela Defensoria Pública?

25. A conclusão a que se chega é imediata. O convênio obrigatório com a OAB/SP acaba por frustrar o objetivo do constituinte derivado: sua repercussão sobre a estrutura administrativa e o orçamento da Defensoria limita a definição de suas metas institucionais, seu planejamento administrativo e, em última análise, o desenvolvimento de suas atividades. O prejuízo à independência da Defensoria Pública Estadual é evidente²⁵ e acarreta graves prejuízos ao funcionamento da instituição. Em última instância, os mais prejudicados serão os necessitados, a quem se destina a garantia constitucional de assistência jurídica. Esse o objeto do tópico seguinte.

c) Violação aos arts. 5º, LXXIV e 134: direito dos necessitados à assistência jurídica integral e à Defensoria Pública, enquanto carreira jurídica exclusivamente dedicada a garantir esse direito

26. A Constituição Federal impõe ao **Estado** a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, nos termos do já referido art. 5º, LXXIV. Vale dizer: embora não seja vedada a participação de instituições privadas na assistência à população carente – inclusive a de natureza jurídica²⁶ –, o direito fundamental dos necessitados à assistência jurídica tem de ser garantido **obrigatoriamente** pelo Estado²⁷. A previsão constitucional conjuga-se, ainda, com o disposto no art. 134 da Constituição, segundo o qual o órgão estatal essencial à função jurisdicional e a quem foi atribuída a prestação da garantia estampada no inciso LXXIV do art. 5º é a Defensoria Pública.

²⁵ Nesse sentido, v. STF, *DJE* 6.mar.2009, ADI 3700/RN, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto: “Numa frase, aparelhar as defensorias públicas é servir, sim, ao desígnio constitucional de universalizar e aperfeiçoar a própria jurisdição como atividade básica do Estado e função específica do Poder Judiciário. Daí o prestígio que a EC 45/04 conferiu a todas as defensorias (públicas) (...)”

²⁶ Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 2002, p. 297: “No que diz respeito à Defensoria Pública, é conveniente notar que o efeito real pretendido pela norma é, antes de mais nada, a existência de advogados que possam patrocinar gratuitamente as demandas dos necessitados, o que pode ser em parte suprido pela nomeação de advogados dativos, nos termos da Lei nº 8.906/94”.

²⁷ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 173: “Não se diz que o Estado ‘poderá prestar’, ou que ‘deverá prestar’. Diz-se que ele tem a obrigação de realizar a prestação determinada na norma constitucional. Aqui temos uma daquelas prestações positivas do Estado, que há de traduzir-se em uma ação afirmativa, mediante políticas adequadas ao cumprimento da imposição constitucional”.

27. A Constituição delegou, ainda, ao legislador complementar o estabelecimento de normas gerais para a organização das Defensorias dos Estados, o que foi feito pela Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94). A Constituição de 1988, porém, já estabelece desde logo algumas regras aplicáveis às Defensorias, quais sejam: (i) elas devem ser integradas por servidores públicos – por meio de concurso público, evidentemente – que não poderão exercer a advocacia fora das atribuições institucionais²⁸; e (ii) cada Estado-membro deverá organizar a sua Defensoria Estadual, respeitada sua autonomia funcional, administrativa e financeira. Trata-se aqui de verdadeira obrigação constitucional de organizar a Defensoria, não apenas porque o direito à assistência jurídica integral previsto no art. 5º – e garantido pela existência dessa instituição – vincula o Estado como um todo, mas também por conta do caráter essencial da Defensoria para o desempenho da função jurisdicional pelo Estado²⁹.

28. Nesse contexto, os quadros funcionais da Defensoria serão preenchidos obrigatoriamente, na classe inicial, mediante *concurso público de provas e títulos* (CF/88, art. 134, § 1º) – o que, a rigor, já se extrairia do art. 37, II da Carta de 1988³⁰. A exigência específica de concurso para defensores públicos apenas reforça a intenção do constituinte de resguardar o interesse público na prestação da assistência jurídica aos necessitados, bem como a necessidade de

²⁸ CF/88, art. 134: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”.

²⁹ José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, p. 615: “Os Estados não têm a faculdade de escolher se instituem e mantêm, ou não, a Defensoria Pública. Trata-se de instituição já estabelecida para eles na Constituição Federal, sujeita até mesmo a normas gerais prescritas na referida lei complementar para sua organização em cada Estado, asseguradas aos integrantes de sua carreira as mesmas garantias constitucionais vistas acima para os da Defensoria Pública da União”.

³⁰ CF/88, art. 37, II: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;

conferir a esses servidores as garantias inerentes ao serviço público, indispensáveis à sua independência funcional.

29. As exceções à regra geral do concurso público constam de forma expressa do texto constitucional, a saber: (i) nomeação para cargos em comissão, referidos no inciso II do art. 37; e (ii) contratação de pessoal por tempo determinado para atender a “*necessidade temporária de excepcional interesse público*” (CF/88, art. 37, IX). Para que seja válido o enquadramento da hipótese no inciso IX do art. 37, a jurisprudência desse Eg. STF exige a presença concomitante das seguintes condições: (i) previsão em lei dos cargos; (ii) tempo determinado; (iii) necessidade temporária de interesse público; e (iv) interesse público excepcional³¹.

30. Parece razoável enquadrar na autorização constitucional que cuida da “*necessidade temporária de excepcional interesse público*” a celebração de convênio para a prestação, por advogados privados, da assistência jurídica aos necessitados, enquanto não adequadamente aparelhada a Defensoria Pública. Não é isso, porém, o que se extrai dos dispositivos impugnados na presente ação direta, que, como visto, obrigam a Defensoria Pública do Estado de São Paulo a manter um convênio permanente com a OAB/SP. É fácil perceber que isso significa a transformação, em regra permanente, de providência que só pode ser validamente empregada de forma temporária, por conta de razões excepcionais que a justifiquem.

31. A obrigatoriedade desse convênio implica, ainda, a perpetuação do exercício das funções constitucionais da Defensoria Pública de São Paulo por advogados cadastrados aleatoriamente junto à OAB/SP, que não se

³¹ Nessa linha, v. STF, *DJU* 25.jun.2004, ADI 2229/ES, Rel. Min. Carlos Velloso: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: DEFENSOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, II e IX. Lei 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo: inconstitucionalidade. I. – A regra é a admissão do servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. – Lei 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”.

submeteram a qualquer seleção prévia, cuja “contratação” é alheia à instituição e que podem não desempenhar a atribuição de forma exclusiva. Como se vê, a violação à Constituição é evidente. O pior, no entanto, é que tal obrigação simplesmente impede que esse estado de inconstitucionalidade seja rompido, na medida em que priva a Defensoria Pública dos recursos indispensáveis à ampliação de seus quadros por meio de novos concursos. Tudo isso em prejuízo dos necessitados, que acabam por receber um serviço menos eficiente.

32. Veja-se bem. Em situações normais, a solução da Carta é a de que as atribuições da Defensoria Pública devem ser desempenhadas por um corpo de servidores exclusivamente dedicados a isso e selecionados, por mérito, pela via do concurso público. Na medida em que a legislação impugnada se interpõe entre a Constituição e o estado de coisas que ela pretende ver concretizado, impedindo que a Defensoria Pública se transforme naquilo que ela deve ser, ela incorre em evidente inconstitucionalidade. Assim também por essa razão, deve ser julgado procedente o pedido formulado na presente ADIn.

III.3. Por eventualidade, a possibilidade de se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo

33. Como se sabe, a técnica da interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pela doutrina moderna³² e amplamente acolhida por essa Corte³³, consiste na escolha de uma possibilidade de interpretação para determinada disposição legal, em meio a outras que o texto comportaria. Por essa via, dá-se a expressa exclusão de um dos sentidos possíveis do comando normativo, por produzir um resultado inconstitucional, e a concomitante

³² O princípio da interpretação conforme a Constituição tem sua trajetória e especialmente o seu desenvolvimento recente ligados à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde sua importância é crescente. V. Honrad Hesse, *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 53. V. tb., dentre muitos outros, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 1983, t. 2., p. 232 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 284 e ss.; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, p. 95; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1991, p. 236.

³³ V. sobre o tema, ilustrativamente, STF, Rep. Nº 1.417-7, Rel. Min. Moreira Alves, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 1*, p. 314. No mesmo sentido: RTJ 139/624; RTJ 144/146.

afirmação de outro sentido, igualmente comportado pelo texto e compatível com a Lei Maior³⁴.

34. À vista do exposto, e por eventualidade, é possível conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 109 da Constituição Estadual, de modo que a celebração do convênio com a OAB/SP seja compreendida como uma *faculdade* da Defensoria Pública de São Paulo, no âmbito de sua autonomia constitucionalmente garantida. Desta forma, se e quando julgar necessário, conveniente e oportuno, a Defensoria poderá celebrar convênio com a OAB/SP, como forma de, transitoriamente, dar conta de sua função constitucional.

35. Como se demonstrou, a regra é que o serviço de assistência jurídica gratuita seja prestado por *defensores públicos* e, assim, o desejável é que a Defensoria possa organizar novos concursos, de modo a tornar autossuficiente seu quadro de servidores. Nesse meio tempo, a Defensoria deverá, de forma autônoma, decidir sobre a melhor forma de complementar a prestação do serviço público que lhe foi atribuído, o que poderá ser feito, dentre alternativas igualmente válidas, por meio de convênios com a OAB/SP ou outras instituições, a exemplo dos escritórios-modelo de Faculdades de Direito.

36. Sem a nota da obrigatoriedade, portanto, será válida – e mesmo desejável – a celebração *de* convênio com entidades como a OAB/SP – na linha do que uma leitura mais atenta da norma da Constituição Estadual revela –, mas não *do* convênio descrito na norma complementar estadual. Explica-se: a autonomia constitucional conferida à Defensoria não se compatibiliza com qualquer forma de subordinação a entidade externa e, por isso, a celebração de

³⁴ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 189: “À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.

convênio deverá ser feita não só *quando*, mas também *como* a Defensoria Pública julgar necessário, não sendo válida a subordinação da Defensoria a outra instituição, qualquer que seja a sua contraparte.

37. Por essa razão, e por eventualidade, a requerente pede (i) seja declarado inconstitucional o artigo 234 da Lei Complementar Estadual de São Paulo nº 988/06 e (ii) conferida interpretação conforme a Constituição ao artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo, no sentido de que o convênio entre a Defensoria Pública e a OAB/SP seja uma faculdade da primeira, que poderá celebrá-lo quando e como julgar necessário, sem prejuízo de outras formas, mais eficientes ou adequadas à consecução da finalidade constitucional de garantir o acesso à justiça.

V. DO PEDIDO

38. Por todo o exposto, a ANADEP pede e espera (i) que V. Exa. admita sua manifestação no presente processo, na qualidade de *amicus curiae*, inclusive para fins de sustentação oral, na linha dos precedentes dessa Corte; e, no mérito, (ii) que este Eg. Tribunal julgue procedente o pedido desta ação direta para declarar inconstitucionais os artigos 109 da Constituição do Estado de São Paulo e 234 da Lei Complementar Estadual de São Paulo nº 988/06 ou, por eventualidade, para declarar inconstitucional o artigo 234 da Lei Complementar Estadual de São Paulo nº 988/06 e conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo, no sentido de que o convênio entre a Defensoria Pública de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo seja compreendido como uma faculdade da primeira, reconhecendo-se o direito da Defensoria, dentro de sua autonomia constitucional, de celebrá-lo quando e como julgar necessário.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 15 de junho de 2009.

LUÍS ROBERTO BARROSO
Adv. Insc. OAB/RJ nº 37.769