

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL – DD. CEZAR PELUSO – RELATOR DA ADI 4163**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial

15/05/2009 16:42 57363



**CONECTAS DIREITOS HUMANOS, INSTITUTO PRO BONO, INSTITUTO TERRA
TRABALHO E CIDADANIA, PRESENÇA DA AMÉRIACA LATINA – PAL,
CENTRO GASPAR GARCIA DE DIREITOS HUMANOS, ORGANIZAÇÃO MAIS
DIFERENÇAS, ORGANIZAÇÃO PASTORAL CARCERÁRIA DO ESTADO DE
SÃO PAULO – CNBB/Sul 1, COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ DE SÃO PAULO, todas
organizações da sociedade componentes do Conselho Consultivo da Ouvidoria da
Defensoria Pública do Estado de São Paulo; OUIDOR-GERAL DA DEFENSORIA
PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, WILLIAN FERNANDES e
CONSELHEIROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA OUVIDORIA DA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, MARIA TEREZA AINA
SADEK, LUCILA PIZANI GONÇALVES e PAULO SERGIO PELEGRINO, todos já
qualificados como *amici curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade em
epígrafe, vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência, requerer a juntada
do incluso parecer de autoria do Dr. Virgílio Afonso da Silva, Professor Titular de
Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.**

Nesses termos,

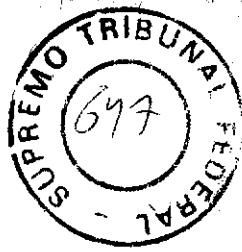
Pedem deferimento.

De São Paulo/SP para Brasília/DF, aos 13 de maio de 2009.



Eloísa Machado de Almeida

OAB/SP 201.790



PARECER

A CONSULTA

A **Conectas Direitos Humanos**, associação civil sem fins lucrativos, que manifestou-se na qualidade de *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4163, proposta pelo Procurador Geral da República, elaborou consulta acerca do objeto da referida ação, a inconstitucionalidade de expressões do art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e do art. 234, e parágrafos, da Lei Complementar Estadual 988/2006-SP.

No entendimento da consulente - e de diversas outras associações civis também signatárias do *amicus curiae* - os referidos artigos, que dispõem sobre a Defensoria Pública e convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, violam os arts. 5º, LXXIV, 134 e 135 da Constituição Federal de 1988, que dispõem sobre o direito fundamental à assistência jurídica gratuita aos necessitados e sobre a autonomia funcional e administrativa das defensorias públicas.



Diante dessa situação, e no intuito de fortalecer os argumentos apresentados ao Supremo Tribunal Federal, a Conectas Direitos Humanos formula a presente consulta, mediante a apresentação dos seguintes quesitos:

1. O art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo é constitucional?
2. O art. 234 da Lei Complementar estadual n. 988/06 (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo) é constitucional?
3. No modelo de assistência jurídica gratuita desenhado na Constituição Federal - precisamente nos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 - é cabível a celebração de convênios pelo Estado com particulares para o estabelecimento de sistemas alternativos para a prestação do serviço público em relevo?

A resposta sintética, ao final, a esses quesitos exige, dentre outras, considerações acerca do conceito de autonomia das defensorias públicas e da idéia de liberdade que subjaz ao conceito de convênio, envolvido na questão, além de uma breve análise acerca da eficácia e da restrição a direitos fundamentais. É o que será feito a seguir.

1. Introdução

Embora a idéia de assistência jurídica aos necessitados esteja presente, no Brasil, desde o Império, quando a Lei Imperial 261/1841 estabeleceu a possibilidade de isenção de custas processuais, é só a partir do início do século XX que essa idéia desenvolve-se na direção da necessidade de uma instituição responsável por essa



assistência. No início, foram alguns setores da sociedade civil que, em grande parte, assumiram essa tarefa, sendo pioneiro o trabalho do Departamento Jurídico XI de Agosto, criado em 1919 e mantido pelos alunos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pouco depois, no caso de São Paulo, o Estado passa a se preocupar também com a questão, acrescentando a possibilidade de designação de advogado *ex officio* à já existente possibilidade de isenção de custas.¹ Durante todo o século XX, diversas foram as leis e constituições que reforçaram a necessidade da prestação do serviço de assistência jurídica gratuita, tendo a Constituição de 1934 transformado esse serviço em um direito fundamental (art. 113, 32).

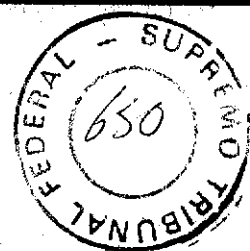
Não é a intenção deste parecer fazer um histórico dos antecedentes da criação da Defensoria Pública no Brasil,² mas apenas ressaltar, nesta introdução, que a Constituição de 1988, especialmente com as mudanças introduzidas pela EC 45/2004, operou mudança substancial no conceito de assistência jurídica aos necessitados, ao estabelecer a criação de defensorias públicas *autônomas*.

2. A autonomia das defensorias públicas estaduais

A Constituição Federal, em seu art. 134, § 2º, garante autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais. Como se verá ao longo deste parecer, a precisa compreensão desse conceito tem reflexos importantes na análise da

1 Cf. art. 2º da Lei Estadual 1763/1920.

2 Cf., para um histórico dessa evolução, especialmente no Estado de São Paulo, Cássio Schubsky (coord.), *Advocacia pública*, São Paulo: CFPGF/Imprensa Oficial, 2008, pp. 104 e ss. Cf. também o tópico II do *amicus curiae* proposto pela consulete.



constitucionalidade do art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e do art. 234 da Lei Complementar Estadual 988/2006-SP.

Ao comentar o mencionado § 2º do art. 134 da Constituição Federal, José Afonso da Silva aponta que, enquanto instituição autônoma, essencial à função jurisdicional, a Defensoria Pública "não pode ser órgão subordinado, ou parte de outra instituição, que não ao próprio Estado [...]".³

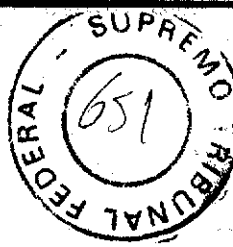
Especificamente sobre a autonomia funcional e administrativa, são os seguintes os comentários do autor: autonomia *funcional* significa "o exercício de suas funções livre de ingerência";⁴ autonomia *administrativa* significa "que cabe à Instituição organizar sua administração, suas unidades administrativas, praticar atos de gestão, decidir sobre a situação funcional de seu pessoal [...] estabelecer a política remuneratória [...]".⁵

O que se pretenderá demonstrar neste parecer é, em primeiro lugar, que o art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e o art. 234 da Lei Complementar Estadual 988/2006-SP são incompatíveis com essa previsão constitucional de autonomia das defensorias públicas. Além disso, em um segundo momento, será demonstrado que esses artigos, para além de seus efeitos inconstitucionais na autonomia das defensorias públicas, têm efeitos inconstitucionais também na realização do direito fundamental à assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV). O texto dos artigos impugnados são os seguintes:

3 José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 615.

4 Idem.

5 Idem, p. 616.



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 Estadual 988/2006-SP:

"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.

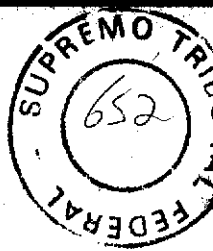
§ 1º. A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, em função do convênio previsto neste artigo, deverá:

1. manter nas suas Subseções postos de atendimento aos cidadãos que pretendam utilizar dos serviços objeto do convênio, devendo analisar o preenchimento 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, custeada 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."

Nos próximos tópicos (3 a 5), será demonstrada a incompatibilidade desses dispositivos com o art. 134, § 2º, da Constituição Federal. No tópico seguinte (6), será demonstrada a sua incompatibilidade com o art. 5º, LXXIV, também da Constituição Federal.



3. A atual situação da assistência judiciária no Estado de São Paulo

Conforme se pode perceber a partir do quadro apresentado no texto do *amicus curiae* ao qual esse parecer diz respeito,⁶ estima-se que mais de 70% da população economicamente ativa no Brasil sejam potenciais usuários dos serviços das defensorias públicas nos estados da federação. Isso significa, em números absolutos, algo em torno de 130 milhões de pessoas.⁷ A criação de uma estrutura capaz de dar conta dessa demanda não é possível no curto ou no médio prazo. No Estado de São Paulo, atualmente são apenas 400 defensores públicos para atender a mais de 20 milhões de pessoas.

Por razões que não precisam ser abordadas neste parecer, o aumento do efetivo de defensores públicos, com a criação de novos cargos, tem sido mais lento do que deveria. Mas, mesmo que esse ritmo possa (e deva) ser acelerado nos próximos anos, não há como se imaginar, nem no curto nem no médio prazo, um cenário em que toda a população-alvo possa ser atendida por defensores públicos de carreira. Como se sabe, essa é a razão pela qual a Constituição do Estado de São Paulo previu a possibilidade de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, para atuar de forma complementar na prestação desse serviço público.

A manutenção desse convênio, no entanto, mostra-se cada vez mais insustentável, dados os seus elevados custos. Ao contrário do que ocorre com os defensores públicos, que têm remuneração mensal fixa, os advogados que prestam serviço por meio do convênio com a OAB recebem por processo ou audiência. Em

⁶ Cf. *amicus curiae*, pp. 17 e ss.

⁷ *Idem*, p. 18.



razão dessa disparidade, dentre outras, são gastos hoje⁸ no Estado de São Paulo quase 4 vezes mais com o convênio com a OAB (R\$ 272 milhões) do que com toda a infraestrutura (e não apenas os salários) da Defensoria Pública (R\$ 75 milhões).

A associação das duas variáveis apontadas acima - (1) impossibilidade de, no curto e no médio prazo, a defensoria dar conta da demanda pelo serviço de assistência judiciária, e (2) a situação cada vez mais insustentável do convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil - exigiria, *para o bem da prestação desse serviço público e, sobretudo, para a maior eficácia na realização do direito fundamental* previsto no art. 5º, LXXIV ("o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"), que outra solução fosse encontrada. A busca por outra solução, contudo, esbarra no texto do art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e no art. 234 e §§ da Lei Complementar 988/2006-SP.-

Esse é, portanto, um primeiro argumento, de caráter substancial, para a inconstitucionalidade de ambos os dispositivos. Se, dadas as situações fáticas existentes, as exigências desses artigos (exclusividade de convênio com a OAB) *impedem ou dificultam sobremaneira a realização de um direito fundamental* - sem que haja motivo relevante ou proporcional para tanto - parece claro que não há como aceitar a sua constitucionalidade.

Para tentar sair desse impasse, em julho de 2008, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo editou o ato normativo DPG 10/2008, que dispunha sobre novas

⁸ Dados de 2007. Cf. *amicus curiae*, p. 26.



regras gerais de prestação de assistência judiciária complementar no Estado, e no qual se fazia uma chamada aos advogados de São Paulo para se cadastrar diretamente para a prestação desse serviço. Esse ato normativo foi uma reação da Defensoria em face das dificuldades financeiras na renovação do convênio com a OAB-SP. No mesmo mês, a OAB-SP ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra esse ato, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Essa ação - e seus argumentos - serão analisados a seguir.

4. A ação no Tribunal de Justiça de São Paulo

O interesse dessa ação para o presente parecer é sobretudo o de tornar claros os argumentos que, segundo a Secção São Paulo da OAB, embasam a constitucionalidade do art. 109 da Constituição Estadual, que disciplina o convênio entre Defensoria e Ordem dos Advogados do Brasil. Como se perceberá mais adiante, nenhum desses argumentos - *que são pouquíssimos* - resiste a um escrutínio mais detalhado. E é justamente a negação desses argumentos, um a um, que constitui um dos alicerces da tese oposta, ou seja, a da inconstitucionalidade da exigência de convênio exclusivo com a OAB.

Na mencionada ação, todos as justificativas invocadas são ou baseados em legislação infraconstitucional ou na própria Constituição do Estado de São Paulo. O primeiro argumento invoca o próprio art. 109, da Constituição do Estado de São Paulo, e o art. 234, da Lei Complementar 988/2006-SP. Como esses são justamente os dispositivos que estão sendo impugnados na ADI 4163, esse argumento de nada serve, por ser circular.



Mas a ação faz também referência à legislação ordinária para sustentar a constitucionalidade do convênio exclusivo (ou, na verdade, para sustentar a inconstitucionalidade da convocação direta pretendida pela Defensoria Pública). É possível identificar três grupos argumentos: (1) aqueles baseados na competência privativa da OAB para fixar tabelas de honorários advocatícios (arts. 22, e 58, V, ambos da Lei 8906/1994, e arts. 39, 40 e 41, do Código de Ética e Disciplina); (2) aqueles que fazem referência à exclusividade da OAB na promoção da representação dos advogados no Brasil (art. 44, também da Lei 8906/1994); e (3) aqueles baseados em precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Passo a analisar esses três grupos de argumentos a seguir.

4.1. A fixação de tabelas de honorários

No que diz respeito à competência exclusiva para a fixação da tabela de honorários, a ação ajuizada pela OAB faz menção aos seguintes dispositivos: arts. 22, e 58, V, ambos da Lei 8906/1994; e arts. 39, 40 e 41, do Código de Ética e Disciplina. Contudo, a leitura conjunta desses dispositivos parece apontar em direção diversa daquela pretendida pela Seção São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo a qual a competência para fixar honorários conferiria à OAB a palavra final sobre as condições do convênio e impediria qualquer acordo acerca desses honorários que não respeitasse essas condições. Ainda que o art. 22 estipule, como regra geral, que os honorários serão baseados em tabela organizada pela OAB e que o art. 58, V disponha que é o Conselho Seccional o órgão competente para tanto, o art. 41 do Código de Ética e Disciplina claramente faz menção a "motivo

AA



plenamente justificável" como fundamento da possibilidade de fixação de valores diversos daqueles pretendidos pela OAB. Parece ser difícil encontrar motivo mais justificado do que a efetiva realização de um direito fundamental, como é o caso em questão.

Além disso, imaginar que a aceitação de outra tabela de honorários, na forma proposta pela Defensoria Pública, seria uma forma de captação de clientes ou causa, como quer fazer crer a OAB, é simplesmente querer fechar os olhos para a realidade. Por duas razões.

Em primeiro lugar, porque é difícil (pode-se dizer, impossível) imaginar a captação de clientes de baixíssima renda (para outras causas que não aquela para a qual o advogado já foi designado como substituto do defensor público); porque quem ganha menos de três salários mínimos não só não tem condições de pagar um advogado, como não tem motivos para fazê-lo, já que pode sempre procurar a defensoria pública.

Em segundo lugar, porque todos os advogados inscritos na OAB podem se apresentar para a prestação de serviços de defensoria pública, e essa prestação, no modelo desejado pela Defensoria, seria em forma de rodízio. Que captação desleal poderia ser essa que está aberta a todos, em regime de rodízio?

4.2. A OAB e o exercício da advocacia

A OAB alega que a contratação direta de advogados, pretendida pela Defensoria Pública, violaria também o disposto no art. 44, II, da Lei 8906/1994, que



confere à Ordem dos Advogados do Brasil a exclusividade de representação dos advogados em todo o território nacional. Ora, em nenhum momento a Defensoria Pública pretendeu representar os advogados. O que ela pretende é, pura e simplesmente, seleccioná-los diretamente. Os advogados seleccionados deverão ser, por razões óbvias, advogados inscritos na OAB e se submetem, também por razões óbvias, à disciplina desse órgão de classe. O Estado não pretende burlar isso. Neste ponto - como em tantos outros - a tese da OAB não parece fazer nenhum sentido.

4.3. A decisão no RMS 4884: um falso precedente

A ação ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Secção São Paulo, apóia-se ainda em um suposto precedente do Supremo Tribunal Federal, que demonstraria a impossibilidade de que a Defensoria Pública selecione advogados por conta própria. Cumpre ressaltar, em primeiro lugar, que o precedente (RMS 4884) não é do STF, mas do Superior Tribunal de Justiça. Independente disso, no entanto, o que importa é que ele não se presta a sustentar os argumentos da OAB. Diz a ementa da decisão:

"Processual civil. Assistência judiciária gratuita. Delegação do Estado. Advogados designados pela OAB. Observância da lista elaborada.

Tendo a legislação do Estado de São Paulo cometido ao Poder Executivo o encargo de oferecer profissionais da advocacia para os pobres e revéis, que, por sua vez, delegou essa incumbência à OAB, é a esta que compete, enquanto perdurar tal delegação, a indicação dos advogados dativos, sendo ofensivo ao seu direito líquido e certo a indicação, pelo juiz, de outros profissionais fora da lista indicada pela OAB. Recursos providos."⁹

⁹ STJ, RMS 4884-5, DJU de 19.06.1995.

all



Aqui, de novo, o argumento da OAB é circular. Ao usar a decisão mencionada, o que a OAB pode afirmar é, no máximo, que a delegação é constitucional porque essa delegação está em vigor; e que ela está em vigor porque é constitucional.

Uma leitura atenta da decisão demonstra que o Superior Tribunal de Justiça foi mais cuidadoso. Ele afirma, em primeiro lugar, que, *enquanto a perdurar a delegação*, ela deve ser respeitada. Ora, é justamente a possibilidade de que essa delegação perca o que está aqui em jogo. Usá-la para defender a ela própria é, como já se afirmou acima, um raciocínio circular. Em segundo lugar - e isso desmistifica ainda mais o precedente como argumento - a decisão faz menção à impossibilidade de que *o juiz* indique profissionais de fora da lista. Como não é essa a possibilidade que aqui se discute, o argumento, que já era circular e, por isso, sem valor, cai definitivamente por terra.

5. O conceito de convênio

Como já afirmava o Min. Rafael Mayer, do Supremo Tribunal Federal, "convênio não é palavra de sentido unívoco no campo do Direito Administrativo".¹⁰ Há uma série de debates que aqui interessam pouco, como, por exemplo, aquele que diz respeito à possibilidade ou impossibilidade, nos casos de convênio, de existência de interesses divergentes e opostos, típicos dos contratos de direito privado.¹¹ Mas,

¹⁰ RDA 140 (1980), p. 67 [Rep. 1024].

¹¹ Para uma análise mais aprofundada desse e de outros debates conceituais em torno do conceito de convênio, cf., por todos, Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 8. ed., São Paulo: RT, 2004, pp. 270 e ss.



embora não seja a intenção aqui, neste parecer, fazer uma espécie de "doutrina do convênio", ou seja, embora não interessem aqui todas as possíveis distinções conceituais que cercam esse termo, parece ser necessária uma breve digressão sobre alguns aspectos desse conceito. O que interessa aqui, em suma, neste tópico intitulado "conceito de convênio", é uma característica acerca da qual *todos parecem estar de acordo quando se fala em convênio no âmbito da Administração Pública*. Para tanto, utilizarei a conceituação mais difundida nesse âmbito, a de Hely Lopes Meirelles. Segundo ele,

"[d]iante [da] igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar [...]"¹²

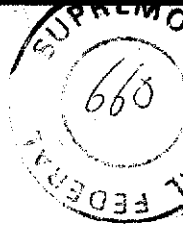
Ainda mais importante, especialmente para o argumento aqui desenvolvido, são as conseqüências que Hely Lopes Meirelles tira da característica mencionada acima. Assim, segundo ele,

"[a] liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é *traço característico* dessa *cooperação associativa*, e, por isso mesmo, *não admite cláusula obrigatória [de] permanência [...]*"¹³

É claro que, neste ponto, alguém poderia contestar e afirmar que o art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo é compatível com essa conceituação, já que ele não contém nenhuma cláusula obrigatória de permanência. A Administração Pública, ainda segundo essa interpretação, estaria inteiramente livre para fazer ou não o convênio com a OAB. É isso, aliás, o que a própria OAB argumenta.

12 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 361.

13 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 362.



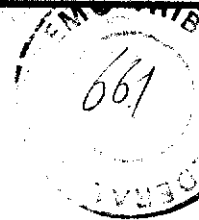
Essa é, contudo, uma equivocada interpretação das condições fáticas e jurídicas que subjazem à interpretação desse dispositivo da constituição estadual. A simples leitura de um texto não é suficiente para compreender a norma que ele contém. Em outras palavras: a permissão constitucional estadual para se celebrar ou não um convênio só é uma permissão real se essa liberdade puder ser, de fato, exercida. Ora, como se viu, por mais que não haja cláusula formal que exija a permanência no convênio, a previsão constitucional estadual de que o convênio possa ser feito única e exclusivamente com a OAB e a impossibilidade fática de que a Defensoria Pública dê conta sozinha da demanda por assistência jurídica gratuita tem como consequência exatamente essa: um convênio em que há, sim, uma exigência de permanência.

E se há exigência fática de celebração de convênio, não parece ser possível não concluir pela incompatibilidade do art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo com os ditames da Constituição Federal. Como foi visto logo no início deste parecer, a Constituição Federal, ao criar e definir as bases gerais das defensorias estaduais, determinou:

Art. 134, §2º. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa [...]"

Já foi visto, também no início deste parecer, o que isso significa. Mas não custa retomar a questão aqui. Em primeiro lugar, o status de instituição autônoma significaria que ela "não pode ser órgão subordinado, ou parte de outra instituição,

af



que não ao próprio Estado".¹⁴ Na medida em que à Defensoria Pública do Estado de São Paulo *não é garantida uma real autonomia* para definir quem, e sob que condições, desempenhará as atividades supletivas de defesa judicial dos necessitados, já que é a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, que detém a última palavra a esse respeito, parece não haver outra alternativa que não a de concluir que essa Defensoria *não é, de fato, autônoma*.

Em suma, na medida em que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não tem a real faculdade de denunciar o convênio a qualquer tempo,¹⁵ pois, como o art. 109 da Constituição Estadual não permite que ela celebre convênio com outras instituições que não a OAB, isso implicaria uma paralisação de um serviço que tem como finalidade realizar um direito fundamental, conclui-se, então, que, nesse aspecto, o mencionado art. 109 coloca a Defensoria Pública em uma posição de *clara submissão* à Ordem dos Advogados do Brasil, o que é *incompatível com a autonomia constitucional garantida às defensorias*.

6. A liberdade na configuração da assistência jurídica gratuita e a garantia de direitos fundamentais

A realização dos direitos fundamentais pode sofrer dois tipos de condicionantes principais: jurídicas e fáticas.¹⁶ As condicionantes jurídicas dizem

¹⁴ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 615.

¹⁵ Cf., no sentido de que essa é uma característica essencial do conceito de convênio, Carlos Ari Sundfeld, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 198-199: "Denomina-se convênio o ato bilateral por meio do qual pessoas de direito público ou privado ajustam a conjugação de esforços para o atingimento de objetivo comum, como a prestação de certo serviço ou a execução de obra, facultada a denúncia unilateral a qualquer tempo".

¹⁶ Sobre isso, cf., por todos, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 75 [há tradução brasileira, publicada pela editora Malheiros] e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros,

ah



respeito sobretudo às colisões entre direitos fundamentais. As condicionantes fáticas referem-se às medidas existentes para a realização desses direitos. Nesse sentido, especialmente no caso dos direitos que exigem uma ação estatal para a sua realização, uma condicionante fática relevante pode ser a insuficiência de recursos para realizar esse direito fundamental na medida ideal.

Assim, a realização do direito fundamental garantido pelo art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal (assistência jurídica aos necessitados) seria tão mais efetiva quanto maior fosse a dotação orçamentária destinada às defensorias públicas. No caso de São Paulo, sabendo de antemão da impossibilidade de uma organização ideal da Defensoria Pública, e na esteira da experiência anterior à própria Constituição Federal de 1988, a Constituição estadual previu, como já se repetiu várias vezes ao longo deste parecer, a possibilidade de que o serviço *público*¹⁷ de assistência jurídica pudesse ser realizado por meio de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo. Mas, ainda que essa alternativa possa ter funcionado a contento durante as últimas décadas, o seu custo cada vez mais elevado demonstrou que a realização mais eficiente do direito fundamental à assistência jurídica poderia ocorrer por meio de outras formas de cooperação da Defensoria Pública e atores de sociedade civil.

2009, p. 46.

17 Em diversos momentos deste parecer fala-se em serviço *público* de assistência jurídica. Com isso, quer-se fazer referência à assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas e, ao mesmo tempo, salientar que essa assistência pode também ser realizada fora desse âmbito. Toda forma de acordo entre as defensorias públicas e outras entidades, mesmo que privadas, inserem-se nesse conceito de serviço público. Fora desse âmbito encontram-se outras iniciativas de assistência jurídica, como, por exemplo, a advocacia *pro-bono*, que, a despeito de desempenhar importante atividade social, não ocorre por meio de acordos ou convênios com órgãos estatais.



Na definição do modelo desejável de cooperação, dois são os parâmetros constitucionais mais importantes, já mencionados ao longo do texto. O primeiro é o direito fundamental do art. 5º, LXXIV, que garante essa assistência aos que comprovarem insuficiência de recursos; o segundo, a garantia de autonomia para as defensorias públicas, prevista no art. 134, § 2º.

Diante desses parâmetros claros, o modelo ideal é aquele que (1) confira às defensorias autonomia e liberdade não apenas na organização de sua estrutura interna, como também na definição dos termos de eventuais convênios com particulares (indivíduos ou associações) para o estabelecimento de sistemas alternativos para a prestação desse serviço público; e, sobretudo, que (2) garanta o *maior grau de realização* do direito fundamental em questão.

A experiência demonstrou que a possibilidade de convênio com apenas uma única instituição (a Ordem dos Advogados do Brasil), a despeito de todos os bons serviços por ela prestados nessa área desde antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988,¹⁸ *não é a forma mais eficiente de realização do serviço*. Não por outra razão, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por meio do já mencionado ato normativo DPG 10/2008, procurou dispor sobre novas regras gerais de prestação de assistência judiciária complementar no Estado, fazendo uma chamada aos advogados de São Paulo para se cadastrar *diretamente na Defensoria Pública* para a prestação desse serviço.

¹⁸ O convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil baseava-se, em seu início, na Lei Estadual 4476/84 e no Decreto Estadual 23.703/85.



Ora, se direitos fundamentais devem ser realizados na maior medida possível, sofrendo apenas as restrições estritamente necessárias dos pontos de vista fático e jurídico, e se *não há nenhum fundamento plausível* para a exigência de convênio exclusivo com a OAB, prevista pelo art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo, então *este artigo constitucional impõe restrições fáticas e jurídicas desproporcionais*,¹⁹ sendo portanto inconstitucional.

As exigências de garantia de autonomia das defensorias, de um lado, e de máxima realização possível do direito fundamental à assistência jurídica aos necessitados, de outro, podem ser combinadas de várias formas. As únicas que, com certeza, não atendem a essas exigências são aquelas baseadas em modelos rígidos e *exclusivistas*. Quanto mais as formas públicas e privadas de prestação desse serviço puderem ser combinadas de forma eficiente e garantidora de autonomia para a defensorias públicas, mais as exigências constitucionais poderão ser atendidas com eficiência. Nesse sentido, é precisa a conclusão a que os autores do *amicus curiae* chegam: "O modelo público de assistência jurídica gratuita pode ser complementado com iniciativas privadas de assistência jurídica, como iniciativas *pro bono*. No entanto, a Defensoria deve ter autonomia para escolher como e com quem conveniar, em respeito ao modelo constitucional elaborado".²⁰ Quem ganha com isso são os destinatários do serviço: os necessitados.

¹⁹ *Desproporcionais* porque há formas mais eficientes de realização desse direito e que implicam menos restrições à autonomia da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

²⁰ *Amicus curiae*, p. 14.

W



7. Síntese dos argumentos

Antes de responder aos quesitos formulados, é importante retomar os argumentos desenvolvidos ao longo deste parecer, que pretendeu demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais e constitucionais estaduais que exigem que qualquer forma de contratação de serviços suplementares de assistência jurídica aos necessitados seja feita por meio de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo.

Os argumentos aqui defendidos basearam-se nos dois seguintes pilares:

(1) O conceito de autonomia não é compatível com uma situação em que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não apenas está compelida a se conveniar com a OAB, mas também com uma situação na qual a última palavra sobre os termos dos convênios, especialmente os honorários, é exclusivamente desta última.

(2) O direito fundamental à assistência jurídica gratuita aos necessitados deve ser realizado da forma mais ampla possível, diante das condições fáticas e jurídicas existentes. A exigência de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil é uma forma menos eficiente (em razão dos atuais custos) de realizar esse direito e não há nenhuma justificativa para que essa opção - convênio exclusivo - seja preferida às outras.

Além disso, este parecer demonstrou que a Defensoria Pública, ao pretender selecionar diretamente os advogados dispostos a prestar o serviço complementar de assistência jurídica aos necessitados, não viola nenhum dos dispositivos do estatuto



da advocacia, porque a Defensoria não pretende, por razões óbvias, selecionar profissionais não inscritos na OAB, e porque ela não pretende burlar a regra geral que determina que a tabela de honorários em cada estado da federação seja definida pela conselho seccional. Como o próprio Código de Ética da Advocacia estabelece, a fixação de valores diversos daqueles pretendidos pela OAB pode ocorrer se houver "motivo plenamente justificável". Parece ser difícil encontrar motivo mais justificado do que a efetiva realização de um direito fundamental, como é o caso em questão.

8. Resposta aos quesitos

À vista de todo o exposto, passo agora a responder sinteticamente aos quesitos da consulta.

Ao 1º quesito

O artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo é constitucional?

Não. Como se percebeu, diante das condições fáticas existentes, não existe nenhuma possibilidade de que, no curto e no médio prazo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo possa, sozinha, dar conta de prover todo o serviço de defesa e orientação aos necessitados. O art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo limita a ação da Defensoria Pública a uma alternativa binária: ou não celebra convênio nenhum, ou o faz com a OAB. Como a primeira opção é *faticamente impossível*, o que o art. 109 realmente prevê é a *imposição de um convênio com uma determinada instituição* (a Ordem dos Advogados do Brasil). Isso, como se demonstrou ao longo deste parecer, não apenas é incompatível com a garantia



constitucional de autonomia para as defensorias públicas, como também implica a realização *menos eficiente* do serviço público de assistência jurídica gratuita.

A imposição, por parte da OAB, de condições irrealizáveis (em razão de seus custos) faz com que a implementação desse direito fundamental seja restringida, sem que haja motivo relevante ou proporcional para tanto. Isso reforça ainda mais o caráter inconstitucional do art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo.

Ao 2º quesito

O artigo 234 da Lei Complementar estadual n. 988/06 (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo) é constitucional?

Na medida em que o art. 234 da Lei Complementar estadual 988/06 é uma espécie de regulamentação do art. 109 da Constituição estadual, a constitucionalidade deste último atinge também o primeiro. Some-se a isso o fato de que o mencionado art. 234 é ainda mais explícito na *imposição* do convênio, ao exigir que a Defensoria Pública do Estado mantenha convênio com a OAB ("Art. 234. A Defensoria Pública do Estado *manterá convênio* com a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil").

Ao 3º quesito

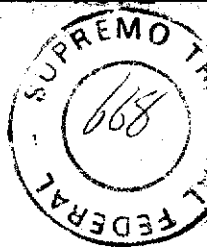
No modelo de assistência jurídica gratuita desenhado na Constituição Federal - precisamente nos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 - é cabível a celebração de convênios pelo Estado com particulares para o estabelecimento de sistemas alternativos para a prestação do serviço público em relevo?

Sim. Embora seja desejável que o serviço *público* de assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, exercido pelas defensorias

AA

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo



públicas, seja realizado por profissionais dos quadros de carreira dessas instituições, nada impede, dada a real impossibilidade de que isso ocorra no curto ou médio prazo, que elas procurem as alternativas que forem mais eficientes em cada situação concreta. A única exigência é a de que os profissionais que prestarem esse serviço sejam advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, que tem a exclusividade na representação dos advogados em todo o território nacional.

É o meu parecer.

São Paulo, 30 de abril de 2009

Virgílio Afonso da Silva

Professor Titular de Direito Constitucional
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O conteúdo e as conclusões aqui apresentados são de exclusiva responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as opiniões da Universidade de São Paulo