

29/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. CEZAR PELUSO</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUÍS ROBERTO BARROSO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: SECCIONAL SÃO PAULO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO</b>

**EMENTAS:** 1. **AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF.** Procedimento adotado para decisão sobre requerimento de medida liminar. Manifestação exaustiva de todos os intervenientes na causa, assim os necessários, como os facultativos (*amici curiae*), ainda nessa fase. Situação processual que já permite cognição plena e profunda do pedido. Julgamento imediato em termos definitivos. Admissibilidade. Interpretação do art. 10 da Lei federal nº 9.868/1999. Embora adotado o rito previsto no art. 10 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 2009, ao processo de ação direta de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental, pode o Supremo Tribunal Federal julgar a causa, desde logo, em termos definitivos, se, nessa fase processual, já tiverem sido exaustivas as manifestações de todos os intervenientes, necessários e facultativos admitidos.

**2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

**ADI 4.163 / SP**

**Impropriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido, em parte, como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela.**

**3. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e art. 234 da Lei Complementar estadual nº 988/2006. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Previsões de obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo com a seção local da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB-SP. Inadmissibilidade. Desnaturação do conceito de convênio. Mutilação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria. Ofensa consequente ao art. 134, § 2º, cc. art. 5º, LXXIV, da CF. Inconstitucionalidade reconhecida à norma da lei complementar, ulterior à EC nº 45/2004, que introduziu o § 2º do art. 134 da CF, e interpretação conforme atribuída ao dispositivo constitucional estadual, anterior à emenda. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida como ADPF e julgada, em parte, procedente, para esses fins. Voto parcialmente vencido, que acolhia o pedido da ação direta. É inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública Estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a Ordem dos Advogados do Brasil, ou com qualquer outra entidade, viola, por conseguinte, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público.**

**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 do

**ADI 4.163 / SP**

Senhor Ministro CEZAR PELUSO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, em conhecer da ação como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, julgando-a em parte, procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 234 e seus parágrafos, da Lei Complementar Estadual paulista nº 988, de 9 de janeiro de 2006, e declarar recebido como constitucional o artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo, desde que interpretado conforme a Constituição da República, no sentido de apenas autorizar, sem obrigatoriedade nem exclusividade, a Defensoria a celebrar, a seu critério, convênio com a OAB-SP, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido como ação direta de inconstitucionalidade. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro CELSO DE MELLO. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Vice- Procuradora-Geral da República, Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA; pela interessada Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Dra. DANIELA SOLLBERGER CEMBRANELLI, Defensora Pública Geral do Estado; pela interessada Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO; e, pela interessada Seccional São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. OSWALDO PINHEIRO JÚNIOR.

Brasília, 29 de fevereiro de 2012.

Ministro CEZAR PELUSO

Presidente e Relator

29/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. CEZAR PELUSO</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUÍS ROBERTO BARROSO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: SECCIONAL SÃO PAULO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO</b>

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):**

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República, que objetiva a declaração de inconstitucionalidade do art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo, e do art. 234 e parágrafos da Lei Complementar estadual nº 988, de 9 de janeiro de 2006, que tratam da instituição de convênio entre a Defensoria Pública e a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, para a prestação de assistência judiciária a necessitados, a cargo da Defensoria Pública, nos seguintes termos:

**Constituição do Estado de São Paulo:**

**“Art. 3º. O Estado prestará assistência jurídica integral e**

**ADI 4.163 / SP**

gratuita aos que declarem insuficiência de recursos.

(...)

**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, de 9 de janeiro de 2006:**

Organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado.

(...)

“**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 art. 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, custeadas com as receitas previstas no art.

**ADI 4.163 / SP**

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 apresentadas trimestralmente.”

Sustenta o autor que as normas impugnadas violam o art. 134, *caput* e parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal. Alega que, apesar de a previsão da celebração do convênio entre a Defensoria Pública e a OAB justificar-se em razão de suposto caráter emergencial, existe, na realidade, estado desvirtuado de aplicação dessas normas. A obrigação imposta à Defensoria diminuiu-lhe a capacidade estratégica - compelida que se encontra a atender às determinações do convênio, em violação à autonomia funcional e administrativa -, bem como a capacidade de gestão financeira - ante o comprometimento orçamentário para cumprir os valores destinados ao custeio da prestação jurisdicional pela OAB -, o que lhe impede a consolidação como instituição e a extinção do (eterno) estado “emergencial”, motivador do convênio. (fls. 2-11).

Menciona que ambas as instituições se puseram em “rota de colisão” de interesses, quando a Defensoria Pública passou a promover cadastro de advogados interessados em ingressar num modelo de gestão coordenado pela própria Defensoria, em obediência ao Ato Normativo DPG – 10, DE 14 DE JULHO DE 2008. Esse ato, no entanto, foi atacado judicialmente e, por decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Justiça Federal da 3ª Região, foi suspenso e mantido em vigor o convênio preexistente.

Conclui o autor que:

“Fato é que a defesa dos interesses dos necessitados no Estado de São Paulo não tem seguido o modelo constitucional. Em termos concretos o que se verifica é a atuação nessa arena

**ADI 4.163 / SP**

de advogados privados, despojados de garantias conferidas aos defensores públicos, e indicados por critérios fixados por órgão externo à entidade estatal desenhada para fazer frente a tal atribuição, entidade esta que é tida como essencial à função jurisdicional do Estado.”

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo (fl. 182-186) e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo (fls. 431-449) requereram admissão no feito na qualidade de *amici curiae*.

Em sua manifestação (fls. 197-123), a Defensoria Estadual afirma que a celebração compulsória do convênio com a OAB e o conseqüente impedimento da celebração de outros convênios ou de mecanismos alternativos para suplementar a sua atividade-fim – em razão da atual insuficiência estrutural - lhe retiram a autonomia e a gestão estratégica, comprometendo seus recursos e o planejamento orçamentário, e vão de encontro aos princípios basilares que regem a administração pública, quais sejam, moralidade, eficiência, economicidade, prestação contínua do serviço público, indisponibilidade do interesse público e razoabilidade.

Alega que eventual discordância da Defensoria Pública com as regras estabelecidas no convênio importa não renovação unilateral do convênio pela OAB e interrupção do serviço de prestação jurisdicional, obrigando aquele órgão a curvar-se às exigências da instituição privada. Sustenta que *“a estruturação da Defensoria vem sendo concretizada dia-a-dia, de forma paulatina, razão pela qual a atuação de outros entes que possam auxiliá-la no cumprimento de seu mister é fundamental para que a população perceba a prestação do direito fundamental de acesso à justiça”* (fl. 202).

Ao final, pugna pela concessão da medida cautelar, para que lhe seja garantida a possibilidade de utilizar-se de outros instrumentos com vistas à sua atuação suplementar, incluído, de modo facultativo, o convênio com a OAB/SP.

A Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 431-449) defende a tese de que a Defensoria Pública não logrou demonstrar falta de recursos para investir em sua estruturação. Menciona

**ADI 4.163 / SP**

*“que os recursos que dão suporte ao referido convênio advém do Fundo de Assistência Judiciária de São Paulo, formado com parte das custas extra-judiciais” (fl. 434).*

Afirma que a exclusividade de convênio com a OAB, prevista na Constituição e na legislação estaduais, se justifica em razão de *“ser a OAB um serviço público, que tem por finalidade, de um lado, a defesa da justiça social e, de outro, a representação da advocacia”*. A designação dos advogados respeita os princípios da transparência e da impessoalidade, e, por ser a advocacia atividade profissional regulamentada, só praticada por advogados ou sociedades de advogados, não há possibilidade de pessoas jurídicas diversas ofertar serviços jurídicos.

Também como motivação de tal convênio, discorre sobre o dever de obediência dos advogados ao art. 39 do Código de Ética Profissional (Lei 8.906/1994), o qual prevê que *“a celebração de convênios para prestação de serviços jurídicos com redução dos valores estabelecidos na Tabela de Honorários implica captação de clientes ou causa, salvo se as condições peculiares da necessidade e dos carentes puderem ser demonstradas com a devida antecedência ao respectivo Tribunal de Ética e Disciplina, que deve analisar a sua oportunidade”* (fl. 442). Aduz que, por serem os honorários advocatícios conveniados com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo inferiores ao previsto na Tabela de Honorários da OAB, não se vislumbra a alegada economicidade que adviria da possibilidade de novos convênios.

Requer, ao final, a improcedência do pedido de medida cautelar, uma vez que a *“suspensão dos dispositivos constitucional e legal paulistas objeto da ADI, representaria um pedido de elevada irresponsabilidade, pois desestruturaria todo o sistema construído há décadas de assistência judiciária paulista, levando à impossibilidade do Estado em cumprir sua obrigação constitucional”* (fl. 448)

O Governador do Estado de São Paulo prestou informações às fls. 452-481, arguindo, preliminarmente, descabimento da ação direta de inconstitucionalidade por inadequação da via eleita, em havendo mera violação reflexa das normas constitucionais, já que *“o preceito constitucional estadual e os dispositivos da lei complementar estadual*



**ADI 4.163 / SP**

*questionados encontram-se adstritos aos limites impostos materialmente pelos comandos do art. 5º, inciso LXXIV, e 134 e parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994 – que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados” (fl. 455).*

No mérito, argumenta que os arts. 5º, LXXIV, e 134, §§ 1º e 2º, da Constituição não têm “o condão de retirar do Estado-membro a possibilidade de garantir, na sua Constituição e na legislação locais, a prestação de assistência judiciária aos necessitados por outros meios que lhe são permitidos pelo ordenamento, especialmente em situações de necessidade” (fl. 467). Alega que o “o dever do Estado-membro de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados foi observado e aplicado na sua integralidade, sem macular qualquer outra norma constitucional e sem dependência de qualquer regramento federal apto a dar legitimidade à previsão estadual” (fl. 470).

Sustenta que, de acordo com o art. 24, XIII, da Constituição Federal, cabe aos Estados, concorrentemente com a União e os Municípios, legislar sobre Defensoria Pública e assistência jurídica. Sendo assim, em sua função legislativa, os Estados devem respeitar as regras insertas na Lei Complementar federal nº 80/1994 - norma geral para a organização da Defensoria Pública nos Estados –, que os autoriza a celebrar convênios com entidades públicas para a prestação de assistência jurídica. (art. 14, § 2º, com a redação dada pela LC nº 98, de 3 de dezembro de 1999).

Ressalta, ainda, que, em razão de São Paulo ser o Estado mais populoso da Federação, é patente a inviabilidade material para prestação exclusiva de assistência jurídica, por contar com maciço número de pessoas que não possuem recursos para contratar advogados em querelas jurídicas. Requer, ao final, a improcedência do pedido.

Entidades sem fins lucrativos, bem como o Ouvidor-Geral da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, William Fernandes, e os Conselheiros do Conselho Consultivo da Ouvidoria da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Maria Tereza Aina Sadek, Lucila Pizani Gonçalves e Paulo Sérgio Pelegrino (fls. 484-509), juntando aos autos parecer de autoria do Dr. Virgílio Afonso da Silva, professor titular de

**ADI 4.163 / SP**

Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (fls. 647-668), e, ainda, a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP (fls. 678-694), requereram admissão no feito na qualidade de *amici curiae*.

Em despacho às fls. 732-734, deferi a admissão no feito na qualidade de *amici curiae* apenas à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, à Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP e à Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo.

A ANADEP assevera que a norma do art. 134 da Constituição intenta a capacitação da Defensoria Pública estadual para prestar, de forma adequada, o serviço de assistência jurídica aos necessitados. Aduz que os recursos repassados à OAB/SP para manutenção do convênio forneceriam à Defensoria condições de realizar concursos e ampliar seu quadro de profissionais, de modo a já não necessitar de atividades complementares.

Defende que a obrigatoriedade de celebrar convênios contrasta com a própria natureza desse ato administrativo e viola o modelo fixado no art. 134, § 2º, da Constituição, que garante à Defensoria Pública autonomia funcional, administrativa e financeira. Argumenta que os contornos estabelecidos pela Lei Complementar nº 988/2006 conduzem a Defensoria a uma posição de subordinação à OAB/SP, impedindo que suas atribuições sejam “*desempenhadas por um corpo de servidores exclusivamente dedicados a isso e selecionados, por mérito, pela via do concurso público*” (fl. 691).

Pugna, ao final, pela procedência total do pedido ou pela declaração de inconstitucionalidade do art. 234 da LCE nº 988/06, e por “interpretação conforme a Constituição” ao art. 109 da Constituição Estadual, de modo que a celebração do convênio com a OAB/SP seja faculdade conferida à Defensoria Pública, e não, obrigatoriedade, permitindo-lhe “*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*” (fl. 693).

Determinei a aplicação do rito do art. 10, *caput* e § 1º, da Lei 9.868/99

**ADI 4.163 / SP**

(fl. 737).

A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo prestou informações às fls. 755-764, assentando que o Estado de São Paulo, por força do princípio federativo constante do art. 25, *caput*, da CF, permite a realização de convênio com a OAB, já que a Constituição “*em momento algum estabeleceu que a prestação judiciária gratuita é atribuição exclusiva da Defensoria Pública, até porque subsiste a inviabilidade fática para a prestação exclusiva desse serviço vinculado a um direito fundamental*” (fl. 759).

Alega que “*a autonomia funcional e administrativa conferida à Defensoria Pública pelo § 2º do art. 134 não alcança a iniciativa para estabelecer os rumos gerais do Estado*”, sendo competência do Governador “*considerar os fatores orçamentários e impor as diretrizes a serem adotadas na condição dos negócios do Estado*” (fl. 760). Argumenta com a falta de requisitos para a concessão da medida cautelar e manifesta-se pela improcedência do pedido.

A Advocacia-Geral da União é pelo deferimento da medida cautelar (fls. 766-778), por entender que a imposição da celebração de convênio com a OAB/SP mitiga a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública, agredindo o autogoverno da instituição, que vê reduzida a capacidade de gestão dos próprios negócios e interesses, gerando-lhe situação de subordinação, hierarquização e submissão aos demais Poderes e que terminam por interferir nas diretrizes da entidade.

Afirma, ademais, que o art. 14, § 2º, da Lei Complementar nº 80/94, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 98/99, permite a celebração de convênios para a prestação de assistência jurídica apenas enquanto a Defensoria não exista na unidade da federação.

Inferre que, desse modo, o convênio compulsório com a OAB coloca a instituição em posição desvantajosa na fixação das regras do convênio, comprometendo-lhe o desempenho das funções essenciais.

A Procuradoria-Geral da República ratificou os argumentos deduzidos na inicial (fls. 811).

**É o relatório.**

**ADI 4.163 / SP**

29/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator):** 1. Não obstante adotado para o processo o rito disciplinado no art. 10 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, em já tendo sido, nesse estágio, exaustivas as manifestações de todos os intervenientes, necessários e facultativos admitidos (*amici curiae*), o estado da causa permite-lhe cognição plena e profunda,<sup>1</sup> que autoriza a Corte a decidi-la, desde logo, em termos definitivos.

2. Afasto a preliminar de inadequação dos fundamentos do pedido, suscitada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Secção São Paulo e pelo Governador do Estado.

A meu juízo, está claro e bem fundamentado o objeto desta ação direta, o qual corresponde ao disposto na parte final do art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo, que traz, no significado normativo, regra que lhe repugna à Defensoria Pública.

Determina tal regra que, em caso de temporária necessidade de ampliação de seu mister para a prestação de assistência jurídica integral, – o que, diga-se, como situação perene é constitucionalmente inconcebível –, é obrigatório firmar convênio **exclusivo** com a Ordem dos Advogados do Brasil – Secção São Paulo. Noutras palavras, trata-se, então, de saber se tal previsão de autêntico “*convênio compulsório*” agride, ou não, a autonomia funcional, administrativa e financeira prevista às Defensorias Estaduais pelo art. 134, § 2º, da Constituição da República, donde configurar-se típica situação teórica de controle de constitucionalidade. Não é caso, pois, de inépcia da inicial, nem da chamada *ofensa indireta*, pela óbvia razão de que eventual castração da eficácia do art. 234 da lei

---

1 É o que **CHIOVENDA** denominava cognição “*ordinaria*”, ossia piena e completa,... quando essa ha per oggetto l’esame *a fondo* di tutte le ragioni delle parti” (*Istituzioni di diritto processuale civile*. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935. vol. I, p. 161, nº 37. Itálicos do original).

**ADI 4.163 / SP**

complementar atacada se dará por arrastamento ou consequência lógico-jurídica.

3. Há, todavia, preliminar de relevo, a da admissibilidade de cognição de norma anterior à Carta vigente, em sede de controle concentrado.

É que, introduzida nova ordem constitucional, se produzem de imediato, no que interessa, como se sabe, dois fenômenos jurídico-normativos. O primeiro, positivo, denominado recepção, que incorpora as normas anteriores, compatíveis, ao novo ordenamento, e outro, negativo, que, dito revogação ou perda do fundamento de validade, consiste em tornar inoperantes as que lhe sejam desconformes.

É, a respeito, imperturbável a postura desta Corte acerca da impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição, ou, em hipótese análoga à dos autos, de igual inadmissibilidade de controle de dispositivos cuja alegada afronta a texto constitucional se delineie perante emenda constitucional ulterior.

Nesse sentido, tendo por *leading case* a **ADI nº 2**, o Tribunal assentou a tese de prejuízo de todo pedido de controle de constitucionalidade de normas subalternas à vista de regras constitucionais posteriores, quando tenha sobrevivendo inovação substancial do parâmetro constitucional, pois aí eventual conflito se resolve na província da revogação ou da perda de fundamento de validade normativa, não na de inconstitucionalidade superveniente. Confira-se:

“Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88 – Inconstitucionalidade superveniente – Inocorrência – Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção – Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação direta não conhecida por unanimidade do Tribunal Pleno.”(ADI nº 7, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04.09.92)

**ADI 4.163 / SP**

“Ação direta de inconstitucionalidade – Decreto- lei nº 2.445, de 29.06.1988. Trata-se de lei anterior à Constituição de 1988. Não cabe a ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada a 06.12.1988, por se tratar de lei anterior à Constituição em vigor. DE acordo com orientação firmada pelo STF, na ADIN nº 2, a 06.02.1992, a hipótese é de revogação da lei anterior, se contrária à nova Constituição, e não de inconstitucionalidade do mesmo diploma. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta de inconstitucionalidade de que não se conhece por unanimidade do Tribunal Pleno.” (ADI nº 9, Rel. **Min. Néri da Silveira**, DJ 24.04.92. No mesmíssimo sentido, cf. ADI nº 74, Rel. **Min. Celso de Mello**, DJ 25.09.92; ADI nº 75, Rel. **Min. Francisco Rezek**, Relator para acórdão **Min. Moreira Alves**, DJ 04.09.92; ADI nº 148, Rel. **Min. Ilmar Galvão**, DJ 19.12.97; ADI nº 167, Rel. **Min. Francisco Rezek**, Relator para acórdão **Min. Moreira Alves**, DJ 15.05.92; ADI nº 344, Rel. **Min. Carlos Velloso**, DJ 07.12.95; ADI nº 337 – MC, Rel. **Min. Paulo Brossard**, DJ 08.05.1992; ADI nº 381, Rel. **Min. Moreira Alves**, DJ 18.09.92; ADI nº 385, Rel. **Min. Moreira Alves**, DJ 11.09.92; ADI nº 438, Rel. **Min. Sepúlveda Pertence**, DJ 27.05.92; ADI nº 450, Rel. **Min. Moreira Alves**, DJ 25.09.92; ADI nº 464, Rel. **Min. Francisco Rezek**, DJ 19.12.94; ADI nº 847 – MC, Rel. **Min. Néri da Silveira**, DJ 08.04.94; ADI nº 1.227 – MC, Rel. **Min. Maurício Correa**, DJ 15.09.95; ADI nº 1.360 – MC, Rel. **Min. Moreira Alves**, DJ 24.11.95)

A questão que se propõe nesta causa, como **objeto mediato textual** da pretensão deduzida<sup>2</sup> e, destarte, como ponto jurídico mais nevrálgico e absorvente, é da constitucionalidade da parte final do art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo, que data de 1989, em face do disposto no art. 134, § 2º, da Constituição Federal, o qual, erigido em

2 Do ângulo dos interesses da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, é o bem de vida que, perfeitamente identificável no caso, se pretende resguardar à instituição, como objeto último do conflito ou da lide (cf. **CARNELUTTI**, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1941. p. 8, nº 7), embora subjacente a um processo dito **objetivo**.

**ADI 4.163 / SP**

princípio constitucional com a Emenda nº 45, de dezembro de 2004, estabeleceu a autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias Públicas Estaduais.

Deste ponto de vista, a hipótese seria, pois, de extinção anômala do processo, sem resolução de mérito, por inexistir objeto cognoscível em ação direta de inconstitucionalidade. Já o reconheci, aliás, em caso similar:

**“O caso é de extinção anômala do processo. A jurisprudência da Corte era pacífica quanto à inconstitucionalidade de norma que estabelecesse, antes do advento da EC nº 45/04, autonomia administrativa à defensoria pública (ADI nº 575, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 25.06.1999). A EC nº 45/04, entretanto, ao acrescentar o § 2º ao art. 134 da Constituição Federal, trouxe inovação substancial à ordem jurídica, estabelecendo a autonomia administrativa das Defensorias Públicas Estaduais. A própria decisão proferida em ação direta proposta anteriormente pelo autor contra o mesmo dispositivo normativo (ADI nº 3.216, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 23.06.2005) confirma o caráter substancial da alteração. Está, portanto, prejudicado o pedido, uma vez que o conflito se resolve na seara da revogação do impugnado dispositivo legal por norma posterior hierarquicamente superior (ADI nº 514, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-056, p. em 31.03.2008; ADI nº 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 11.05.2007; ADI nº 2.918, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 19.04.2005; ADI nº 2.971, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2004; ADI nº 1.691, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 04.04.2003; e ADI nº 1.717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 25.02.2000).” (ADI nº 3.648, rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 28.01.2009).**

A via própria, em teoria, para situações como esta, é a da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, criada, dentre outros propósitos, para responder à necessidade de controle da eficácia de direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas



**ADI 4.163 / SP**

revogadas, direito municipal, etc., nos termos do art. 1º, § único, inc. I, da Lei nº 9.882/99.

Daí, a necessidade de se indagar se é dado, ou não, em nome da instrumentalidade, da economia e da celeridade processuais, bem como da certeza jurídica, conhecer desta demanda de inconstitucionalidade como ADPF.

Estou em que não há obstáculo intransponível para admitir a fungibilidade entre ambas as ações, desde que, inviável a primeira, como o é aqui, convivam todos os requisitos da segunda, em particular à luz das *fattispecie* do art. 1º e § único da Lei nº 9.882/99, quais sejam: (i) evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (ii) reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; e (iii) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Já o afirmou esta Corte:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

Impropriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedentes. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela. (ADI nº 4.180 REF-MC, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. em 10/03/2010. Dje-67, divulg. 15-04-2010, public. 16-04-2010. Republicação no Dje-159, divulg. 26-08-2010, public. 27-08-2010. Ementário vol. 02412-01, p. 00079, e RT vol. 99, n. 901, 2010, p. 124-128)

É mister, assim, para estima desses requisitos, verificar se a causa versa sobre preceito fundamental e, ainda, se lhe existe dano ou risco de

**ADI 4.163 / SP**

dano em razão de ato do Poder Público, ou se é relevante o fundamento da controvérsia constitucional esboçada.

A Constituição da República é peremptória ao estatuir, no art. 5º, inc. LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. E não menos o é ao proclamar, no art. 134, *caput*, que a Defensoria Pública é instituição essencial à jurisdição, em lhe competindo prover, em todos os graus, a orientação e a defesa dos necessitados, nos termos daquela outra norma. Ora, deste ponto de vista, tenho por evidente que norma inferior limitadora da autonomia de Defensoria Pública Estadual descumpre o comando emergente da conjugação dessas duas regras constitucionais (arts. 5º, inc. LXXIV, e 134, *caput*) e cuja natureza de **preceito fundamental** lhe vem do sentido manifesto de garantir direito básico da cidadania, que é o do acesso efetivo ao Judiciário, em todas as suas dimensões.

E aparece nítido, outrossim, estar presente também a função subsidiária da ADPF, uma vez que, no julgamento da **ADPF nº 33** (rel. Min. **GILMAR MENDES**), esta Suprema Corte já advertiu que *“deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – contido no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”*.

Não cabendo, no caso, a ação direta de inconstitucionalidade, nem outro remédio processual objetivo, capaz de solver, com as eficácias do controle concentrado, a relevante controvérsia constitucional já retratada, legitima-se o uso da ADPF, que *a fortiori* se não exclui pela só disponibilidade de processos e recursos de feito e alcance meramente subjetivos.

Conheço, pois, da ação, nesse tópico, como ADPF.

**ADI 4.163 / SP**

4. A primeira indagação de mérito é se a previsão do convênio, objeto do art. 109 da Constituição Paulista e do art. 234 da Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006, imposto à Defensoria Pública, vulnera ou compromete a autonomia funcional e administrativa que lhe foi constitucionalmente atribuída, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, pela Constituição da República (cf. **ADI nº 3.569**, rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, j. 02.04.2007).

Ninguém tem dúvida de que a EC nº 45/2004 conferiu essa relevantíssima garantia institucional às Defensorias Públicas Estaduais, não por excesso nem acaso, senão para que, a salvo de ingerências ou injunções político-administrativas do Poder Executivo ou doutras esferas, possam exercer, em plenitude, o nobre ofício de assistência jurídica gratuita aos que não dispõem de meios econômicos para a contratação de advogado, tornando-os com isso, em especial, sujeitos ativos do direito fundamental de acesso à Justiça.

Escusaria dizer que o conceito de **autonomia** equivale à idéia de auto-administração, a qual implica poder de escolha, guiado pelo interesse público, entre as alternativas juridicamente reconhecidas a certo órgão. Numa síntese, é autônomo o órgão que se rege e atua mediante decisões próprias, nos limites de suas competências legais, sem imposições nem restrições de ordem heterônoma.

Daí se tira, sem grande esforço, que a autonomia outorgada no art. 134, § 2º, da Constituição da República, como meio ou instrumento necessário para o correto e frutuoso desempenho das atribuições institucionais, pressupõe, no âmbito destas, correspondente liberdade de atuação funcional e administrativa, cuja limitação ou desnaturamento por norma subalterna tipifica situação de clara inconstitucionalidade.

Ora, parece-me óbvio que tal autonomia não pode deixar de, em sua expressão ou denotação primária, abranger o poder jurídico de emitir, **livremente**, declarações vinculantes de vontade, assim na celebração de contratos, onde há composição de interesses antagônicos dos contraentes, como na estipulação de convênios, onde há convergência ou comunhão

**ADI 4.163 / SP**

de interesses dos estipulantes.<sup>3</sup>

Na espécie, a provisão constante do art. 234 da Lei Complementar nº 988, de 6 de Janeiro de 2006, impõe, de maneira inequívoca, **obrigatoriedade** de a Defensoria Pública conveniar-se, em termos de **exclusividade**, com a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, o que, independentemente da qualidade ou do tempo de serviços prestados, deturpa e descaracteriza tanto o conceito dogmático de convênio, quanto a noção de autonomia funcional e administrativa, constitucionalmente positivada, configurando clara violação do preceito fundamental em que se encerra a garantia. Se não há espaço para juízo livre sobre escolha dos copartícipes dos convênios, segundo estima própria da conveniência e dos critérios que, à só luz do interesse público, devem governar o desempenho da sua alta função institucional, inviabilizando ainda a autogestão administrativa da Defensoria mediante simultâneo comprometimento orçamentário oriundo de inconcebível obrigatoriedade do convênio, não vejo como nem por onde negar a ofensa direta ao preceito fundamental que supõe íntegra autonomia.

É absolutamente irrelevante, no contexto, que recursos destinados ao pagamento do “convênio” advenham, em parte, de verbas doutras fontes que não a Defensoria, como sustenta a OAB-SP (fls. 434). E é-o, pela razão breve mas decisiva de que específica imposição normativa de “convênio”, ou obrigatoriedade legal de conveniar-se e apenas com a OAB-SP, corrói, a mais não poder, a autonomia constitucional assegurada à Defensoria Pública.

De não menor interesse à causa a alegação de que o art. 39 do Código de Ética Profissional dos Advogados (Lei nº 8.906/94) determina que celebração de convênio para prestação de serviços jurídicos, com redução dos valores taxados na tabela de honorários, implica captação de clientela, de modo que qualquer entidade ou profissional que acordasse

---

3 Para as diferenças entre tais modalidades de negócios jurídicos, cf. **GASPARINI, Diógenes**. *Direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 734 e ss.; **ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia**. *Direito administrativo*. 22ª ed., São Paulo, Atlas, 2009 p. 337 e ss; e **ARAUJO, Edmir Netto de**. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 145 e ss.

**ADI 4.163 / SP**

com a Defensoria honorários inferiores estaria faltando à ética e, destarte, sujeito às respectivas penalidades.

É que, se se desenhasse conflito entre o preceito constitucional fundamental e alguma norma da Lei nº 8.906/94, a consequência inexorável seria uma só, a de que essa, por estar fora do ordenamento, não prevaleceria. Seria fraqueza de espírito lembrar que nenhuma norma subalterna paralisa a eficácia de preceito constitucional.

De todo modo, não custa advertir que nem sequer se alinhava hipótese de captação de clientela. Cliente, no quadro, é a Defensoria mesma, que, quando impossibilitada de cumprir o mister de assistência jurídica, **e tão-somente nesta hipótese**, arcará com os honorários de outro profissional. E enveredar por caminho diverso levaria a admitir pudesse a Defensoria, a não cumprir por si o seu dever primário, preferir contratar advogados cuja remuneração ou custo seja menor! Garantindo-se-lhe, no raio da autonomia constitucional, conveniar-se livremente com entidades autorizadas a prestar serviços jurídicos, estará, antes, a Defensoria, habilitada a expandir sua atuação e alcançar, enfim, todo o território paulista, coisa que, infelizmente, está longe de realizar-se.

Aduz-se, ainda, que a designação dos advogados respeita, em si, os princípios da transparência e da impessoalidade, e, sendo a advocacia atividade profissional regulamentada, só praticada por advogados ou sociedades de advogados, não haveria possibilidade de outras pessoas jurídicas oferecerem serviços jurídicos.

Está certo. Mas nada disso tem a ver com a causa. A nenhum ente público, seja Defensoria, Ministério Público, Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, é lícito contratar à revelia dos princípios constitucionais da administração pública enumerados no art. 37 da Constituição Federal. Além disso, nem de longe se pretende possa a Defensoria indicar pessoas sem capacidade postulatória. É fora de dúvida que somente a advogados regularmente inscritos será permitido atuar nos convênios, e, pois, sob a mesma condição aplicável a todos, conveniados ou particulares, os quais já são todos zelosamente fiscalizados pela autarquia.

A mero título de observação, sublinho que o sistema de

**ADI 4.163 / SP**

credenciamento ou pré-qualificação de profissionais preconizado pela Defensoria Pública, suposto exceção à regra geral da licitação, é, um vez reverenciados todos os demais princípios constitucionais que regem a administração pública, aceito na gestão pública e, até, recomendado pelo Tribunal de Contas da União.<sup>4</sup> Não vejo, pois, impossibilidade alguma de alternativas à Defensoria Pública.

Tampouco convence o argumento de que o convênio, impositivo e exclusivo, seria forma subsidiária de o Estado prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados. O § 2º do art. 14 da Lei Complementar nº 98/99 autoriza se firme convênio com entidade pública que desempenhe as funções da Defensoria, **quando esta ainda não exista na unidade da federação**. Velhíssima jurisprudência desta Suprema Corte já definiu que tal função é exclusiva da Defensoria, donde ser admissível exercício por outro órgão somente onde essa não tenha sido ainda criada:

“LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto

---

4 JACOBY FERNANDES, Jorge U.. *Contratação direta sem licitação*. 5ª ed.. Brasília: Brasília Jurídica. 2003. p. 531 e ss.; *Credenciamento: uma solução para vários problemas*. In: Fórum de contratação e gestão pública – FCGP, v. 87, março 2009, p. 67-69.

**ADI 4.163 / SP**

não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. (parte final do artigo 127 da Constituição Federal).” (RE nº 135.328, Rel. Min MARCO AURÉLIO, j. 20.06.1994).

É dever constitucional do Estado oferecer assistência jurídica gratuita aos que não disponham de meios para contratação de advogado, tendo sido a Defensoria Pública eleita, pela Carta Magna, como **o único órgão estatal predestinado ao exercício ordinário dessa competência**. Daí, qualquer política pública que desvie pessoas ou verbas para outra entidade, com o mesmo objetivo, em prejuízo da Defensoria, insulta a Constituição da República. Não pode o Estado de São Paulo, sob o pálio de convênios firmados para responder a situações temporárias, furtar-se ao dever jurídico-constitucional de institucionalização plena e de respeito absoluto à autonomia da Defensoria Pública.

Em suma, é inconstitucional o art. 234 da Lei Complementar nº 988/2006.

5. Em relação ao art. 109 da Constituição Estadual, é, no entanto, possível mantê-lo na ordem jurídica, desde que interpretado conforme a Constituição.

Para compatibilizar-lhe o sentido normativo emergente com o preceito fundamental da Constituição da República, deve entender-se que seu texto enuncia apenas a mera **autorização** ou **possibilidade** de celebração de convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, sem cunho de **necessidade**, nem de **exclusividade**, de modo a ficar garantida à Defensoria Pública, em rigorosa consonância com sua

**ADI 4.163 / SP**

autonomia administrativa e funcional, a livre definição dos seus eventuais parceiros e dos critérios administrativo-funcionais de atuação.

Observa-se, por fim, mais uma vez, que regra primordial para a prestação de serviços jurídicos pela administração pública, enquanto atividade estatal permanente, é a do concurso público, constituindo situação excepcional e temporária a hipótese de prestação de assistência jurídica à população carente por profissionais outros que não defensores públicos estaduais concursados, seja mediante convênio com a OAB, seja mediante alternativas legítimas.

6. Ante o exposto, conheço da ação, em parte, como ADPF e, em parte, como ADI, e julgo-a, parcialmente, procedente, para:

**(a) declarar inconstitucional** o disposto no art. 234 e seus parágrafos, da Lei Complementar Estadual paulista nº 988, de 9 de Janeiro de 2006, e

**(b) declarar recebido como constitucional** o disposto no art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo, **desde que interpretado conforme a Constituição da República, no sentido de apenas autorizar, sem obrigatoriedade nem exclusividade, a Defensoria a celebrar, a seu critério, convênio com a OAB-SP.**



**29/02/2012**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

**DEBATE**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Vossa Excelência, então, está julgando parcialmente procedente a ADPF?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE e RELATOR)** - Parcialmente, no sentido de que não estou declarando a constitucionalidade direta do artigo 109.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Quanto à lei?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Na verdade, Vossa Excelência declara inconstitucional, dando essa interpretação conforme.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE e RELATOR)** - Dando essa interpretação.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - E o 234?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE e RELATOR)** - O art. 234 declaro totalmente inconstitucional.

**29/02/2012**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

**DEBATE**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Presidente, só para esclarecer. A conversão em ADPF está se dando por conta...?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Por conta de o artigo 109 ser anterior à Emenda nº 45.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - A parte referente à autonomia veio com a Emenda nº 45.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - A autonomia é anterior à Emenda, por isso estou conhecendo como ADPF.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Daí Vossa Excelência estar propondo, então, que se faça a fungibilidade.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Exatamente.

**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO****TRIBUNAL PLENO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163****VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, com relação à aplicação do princípio da fungibilidade, de modo a permitir o conhecimento da presente ADI como ADPF, eu havia cogitado a possibilidade, reforçada agora pelo que foi destacado da tribuna - no sentido de que havia também uma impugnação a preceitos da própria Constituição de 1988 - de conhecer da ação com base nesses parâmetros de controle estipulados pelo constituinte originário; mas não tenho nenhuma dificuldade de fazer o enfrentamento da forma como proposta, e de acompanhá-lo, subscrevendo todos os fundamentos expostos no brilhante voto de Vossa Excelência.

Na pesquisa que fiz sobre a jurisprudência da Corte, verifiquei que todos ou quase todos os demais Ministros presentes já participaram de inúmeros julgamentos onde a questão das defensorias públicas estaduais veio à tona, por diversos enfoques. Eu ainda não tive oportunidade de fazê-lo; mas na pauta de hoje, temos cinco ADIs que versam, em linhas gerais, sobre esse tema. Cada uma delas, sem dúvida, tem as suas peculiaridades - que certamente vão ser analisadas ao devido tempo, como agora fizemos com esta questão da fungibilidade; de qualquer sorte, o que eu gostaria de ressaltar, em brevíssimas considerações, não é o que há de diferente, mas aquilo que, em todos esses processos, pode ser identificado como uma aspiração única quanto ao posicionamento das defensorias públicas estaduais, não só no seu aspecto estrutural, ou seja, no contexto da sua autonomia em face do Poder Executivo, mas, principalmente, em relação ao espaço que a instituição precisa ocupar, a meu juízo, na prestação de um serviço social dos mais relevantes, que é a efetivação do fornecimento de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos do artigo 5º,

**ADI 4.163 / SP**

LXXIV, da Constituição da República.

Analizando por partes o tema, creio que o primeiro aspecto, qual seja, o estrutural, tem uma solução que se encontra definida pela jurisprudência desta Corte. Existe uma forte linha condutora que fornece os elementos necessários para que se defina qual é a posição destinada à Defensoria Pública, enquanto instituição, especialmente em face de eventuais pretensões limitadoras advindas do Poder Executivo.

Sem a pretensão de ser exaustiva, é possível fazer uma breve menção aos seguintes precedentes desta Corte, muitos deles não mencionados pelas cinco ações diretas hoje em pauta:

- ADI nº 4.246/PA, da relatoria do Ministro Ayres Britto, DJe de 30.8.11, onde se diz que *"A Defensoria Pública é instituição concretizadora do mais democrático acesso às instâncias decisórias do País, tanto na esfera administrativa quanto judicial", sendo "estruturada em cargos de carreira, providos por concurso público de provas e títulos", estruturação essa que "opera como garantia da independência técnica dos seus agentes e condição da própria eficiência do seu mister de assistência a pessoas naturais 'necessitadas'";*

- ADI nº 3.028, também da relatoria do eminente Ministro Ayres Britto, DJe de 01.7.10: ali se diz que o Ministério Público, como a Defensoria, é instituição que exerce função essencial à jurisdição, está autorizado a receber o produto de taxa instituída sobre atividades notariais e de registro, pois *"bem aparelhar o Ministério Público é servir ao designo constitucional de aperfeiçoar a própria jurisdição como atividade básica do Estado e função específica do Poder Judiciário";*

- ADI nº 291, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 10.9.10, onde se diz que *"A garantia da inamovibilidade é conferida pela Constituição apenas aos magistrados, aos membros do Ministério Público e aos membros da Defensoria Pública, não podendo ser estendida aos Procuradores do Estado";*

- Recurso Extraordinário nº 599.620, Segunda Turma, Ministro Eros Grau, DJe de 20.11.09: *"[a] norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal, pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos*

**ADI 4.163 / SP**

*humanos”;*

- ADI nº 3.700, Ministro Ayres Britto, DJe de 06.3.09: *“Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário”;*

- ADI nº 3.569, Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 11.5.07: *“A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (...): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado”;*

- ADI nº 3.643, Ministro Ayres Britto, DJe de 16.02.07: *“É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de polícia sobre as atividades notariais e de registro, ora para tonificar a musculatura econômica desse ou daquele órgão do Poder Judiciário, ora para aportar recursos financeiros para a jurisdição em si mesma”* - incluindo-se nesse contexto a destinação dos recursos arrecadados à Defensoria Pública estadual;

- ADI nº 3.043, Ministro Eros Grau, DJe de 27.10.06: *“O § 1º do artigo 134 da Constituição do Brasil repudia o desempenho, pelos membros da Defensoria Pública, de atividades próprias da advocacia privada”;* isso porque *“Os §§ 1º e 2º do artigo 134 da Constituição do Brasil veiculam regras atinentes à estruturação das defensorias públicas, que o legislador ordinário não pode ignorar”;*

- ADI nº 2.903, Ministro Celso de Mello, DJe de 19.9.08: *“a Defensoria não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado”;* e, por fim,

- ADI nº 3.022, Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 04.3.05: *“Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o artigo 5º, LXXIV”.*

**ADI 4.163 / SP**

Há muitos precedentes, portanto; e alguns deles guardam grande similitude com certas questões colocadas à discussão nesta pauta de hoje, especialmente no que diz respeito à impossibilidade de subordinação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado.

Para não ser repetitiva, se fosse necessário destacar apenas um ponto, no que tange à questão da autonomia administrativa das defensorias públicas estaduais, este seria o relativo à necessidade de se garantir que a instituição possa eventualmente agir em desacordo e adotar postura de confronto com as diretrizes do Poder Executivo, desde que isso seja requerido como premissa para o cumprimento da alta missão constitucional de fornecer assistência jurídica integral aos carentes de recursos. A atuação da Defensoria Pública deve ir além do simples ajuizamento de petições, pois a Constituição Federal não se limita a lhe atribuir ‘assistência judiciária’; ao contrário, faz referência à ‘assistência jurídica integral’ como sua missão. Nesse sentido, o entrelaçamento do artigo 134 da Constituição da República ao artigo 5º, LXXIV, sequer é obra de interpretação, pois está expressamente consignado, e ainda vem reforçado pela menção, no artigo 134, à incumbência de ‘orientação jurídica’ aos necessitados.

Não é necessário grande esforço imaginativo para vislumbrar hipóteses em que a atuação estatal tem potencial para gerar questionamentos a respeito de violações de direitos individuais de pessoas que fazem parte de grupos sociais carentes, o que demandaria não só orientação jurídica imediata, mas, também, eventualmente, o uso de medidas judiciais de natureza cautelar para resguardo de direitos.

Ao invés, portanto, de discutir o que é autonomia, elemento que os precedentes já definiram de forma apropriada e sobre o qual Vossa Excelência, Presidente, tratou com toda a acuidade que lhe é costumeira, entendo mais pertinente com o interesse ainda subjacente concentrar minhas considerações nos motivos que levam essa autonomia a existir; e, especialmente, para onde se deve levá-la, na perspectiva de que a Defensoria Pública tem um papel social que só será efetivamente cumprido quando sua atuação concreta for suficientemente eficaz para

**ADI 4.163 / SP**

fazer dela uma parte fundamental de um objetivo muito maior, qual seja, o da busca de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme o comando do artigo 3º, inciso I, da Constituição da República.

A Constituição, todos sabemos, reserva capítulo próprio para tratar das ‘funções essenciais à Justiça’, este dividido em seções relativas ao Ministério Público, à Advocacia Pública, e à Advocacia e Defensoria Pública. O Ministério Público e a Defensoria Pública são reputados ‘essenciais à função jurisdicional do Estado’ (artigos 127 e 134), e o advogado, ‘indispensável à administração da justiça’ (artigo 133). Nada mais é necessário dizer, porque muito já foi dito, a respeito da importância que a Constituição atribui a essas instituições. Apenas a título de exemplo, cito a ADI nº 3.026, Ministro Eros Grau, a respeito da situação especial conferida à Ordem dos Advogados do Brasil como “um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no Direito brasileiro”.

O que importa, no momento, a meu juízo, é um olhar sistemático sobre o que emana da Constituição da República nesse capítulo.

Além do Poder Judiciário, há três instituições diretamente envolvidas na atividade extremamente complexa de fornecer justiça ao povo brasileiro. Possuem suas diferenças, obviamente; mas o fato é que a Constituição Federal envolveu-as todas dentro de um grande vetor, que é o favorecimento da justiça, em seus aspectos mais amplos e de forma universal.

Tome-se, então, o exemplo do Ministério Público, instituição já tradicional quando comparado às neófitas Defensorias Públicas; para nos limitarmos ao Estado de São Paulo – de onde provêm as normas aqui impugnadas - Hugo Nigro Mazzilli esclarece, a respeito do *Parquet* paulista, que:

“Após a Revolução de 1930, o interventor Laudo de Camargo, pelo Decreto nº 5.197, de 1931, estruturou o Ministério Público paulista, conferindo a seus agentes as garantias de estabilidade e de acesso em carreira.

A Constituição Federal de 1934 relegou a organização do Ministério Público dos Estados às leis locais. Esse foi o primeiro

**ADI 4.163 / SP**

passo que acabou permitindo separar as funções de defesa judicial do Estado das atividades típicas do Ministério Público paulista, modelo que aos poucos se foi estendendo ao Ministério Público nacional.

(...)

Com a Constituição Federal de 1946, os membros do Ministério Público adquiriram estabilidade e inamovibilidade. Começou então a brotar uma consciência nacional em torno da instituição, visando a harmonizar suas principais instituições, garantias e vedações.

O Capítulo V da Constituição paulista de 1947 regulou a estrutura e o funcionamento do Ministério Público, com notável crescimento institucional. Passou-se a exigir que a instituição fosse organizada em carreira, por lei especial, observada a garantia de estabilidade; limitou-se a remoção compulsória e vedou-se o exercício da advocacia, sob pena de perda do cargo; foram equiparados os vencimentos dos membros do Ministério Público aos da Magistratura.

(...)

Valendo-se de atos institucionais, o chefe do Poder Executivo do Estado de São Paulo decretou uma Carta Constitucional (a que chamou de ‘Emenda Constitucional n. 2, de 30 de outubro de 1969’). Fixou princípios gerais para a carreira do Ministério Público, a serem observados na subsequente Lei Orgânica, e manteve a escolha do procurador-geral em lista tríplice elaborada pelo Colégio de Procuradores.

(...)

Após a Constituição da República de 1988, a Constituição paulista de 1989 estendeu-se minuciosamente sobre o Ministério Público (arts. 91 a 97), desdobrando o alcance das autonomias institucionais. (“Introdução ao Ministério Público”. São Paulo: Saraiva, 7ª Edição, 2008, p. 43/45).

Foi um longo processo de amadurecimento e consolidação da instituição do Ministério Público, fortemente impulsionado com a transformação provocada pela Constituição Federal de 1988, que livrou a



**ADI 4.163 / SP**

instituição do estranho ônus de ser um advogado do Estado ao mesmo tempo em que deveria zelar de forma isenta pela coisa pública.

O que se seguiu foi um período de readequação e de definição de uma nova identidade. Cito Marcelo Zenkner, em artigo publicado em obra destinado a tecer um balanço da atuação do Ministério Público brasileiro nos 20 anos posteriores à Constituição Federal de 1988, quando sustenta que a primeira fase do Ministério Público estava primordialmente dirigida à atividade persecutória penal; a partir de 1.988,

(...) veio a ‘segunda fase de evolução da instituição’, com um Ministério Público mais adequado às contingências de seu tempo, comprometido com a defesa dos chamados direitos sociais, dos direitos de terceira geração e dos direitos de massa, ficando de lado aquela identificação do Promotor de Justiça com o ‘acusador implacável’ (...).

E hoje, segundo o autor, ter-se-ia uma terceira fase, onde cada vez mais são empregadas “formas não judiciais de resolução de conflitos como instrumentos de acesso à Justiça, diante da inarredável constatação de que o Poder Judiciário não vem dando uma resposta satisfatória aos jurisdicionados”, fator que vem alcançando destaque porque a instituição possui respeitabilidade “frente aos órgãos da Administração Pública direta ou indireta e dada a seriedade com que desempenha as suas funções” (“Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – Revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público Brasileiro”. In: “Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Coord.: Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Edição, 2010, p. 94/95).

É no contexto dessa ‘terceira onda’ ao qual o próprio Ministério Público está a aderir que o fortalecimento das defensorias públicas se torna essencial.

No caso do estado de São Paulo, em contraste com o *Parquet*, que,

**ADI 4.163 / SP**

como visto, vem sendo estruturado há quase cem anos, as informações fornecidas nos autos desta ADI nº 4.163 indicam que a Defensoria Pública só foi modelada de forma própria em 2006 - está, portanto, ainda, nos primeiros anos da sua existência.

É evidente que o caráter neófito das defensorias públicas traz dificuldades, pois o que é novo sempre enfrenta resistência; a simples existência dessas ações diretas de inconstitucionalidade já o demonstra. São instituições obrigadas a lutar por espaço, muitas vezes a duras penas; e nem poderia ser diferente, porque são muitas as demandas sociais submetidas ao Estado brasileiro por um povo carente de quase tudo.

Mas a 'juventude' apresenta também, por outro lado, uma grande vantagem, e é sobre ela que eu pretendo me concentrar, já concluindo o meu voto. Refiro-me à hipótese de que, com o devido apoio, as defensorias podem surgir no cenário nacional como um grande catalisador desta nova postura que emerge, relativamente à tendência de viabilizar esforços para a resolução de conflitos de forma mais prática e efetiva, seja porque a instituição da Defensoria está ainda a procurar o seu próprio horizonte, o que facilita a tomada de caminhos inovadores, seja por se colocar de forma muito próxima à população carente e contar com uma imagem institucional altamente positiva.

Na verdade, é o Judiciário brasileiro, como um todo, que tem entrado - e que precisa entrar - nessa nova fase. O fortalecimento das defensorias, neste momento, pode trazer o impulso definitivo para a consolidação desse processo, com a oxigenação das posições jurídicas tradicionais, a partir da atuação eficaz de uma instituição moldada desde as suas bases pelas necessidades do nosso tempo.

É evidente que esse papel não é negado, também, à Advocacia como um todo. Como já afirmado, o Ministério Público, defensorias e a Advocacia estão definitiva e salutarmente interligados. Insisto, porém, no caráter renovador que uma nova postura a ser adotada pelas defensorias deve exercer no cenário nacional. Os defensores públicos concursados e de carreira, imbuídos de uma missão constitucional específica, de forte valor social, exercerão uma pressão positiva para que o modelo de

**ADI 4.163 / SP**

conflito jurisdicionalizado e historicamente vinculado a um sistema excludente de 'perde ou ganha' deixe de ser homogêneo.

A presente ADI não versa, portanto, apenas sobre uma delimitação do espaço institucional das defensorias. Ela pode ser analisada, também, como uma oportunidade de se perquirir a respeito dos caminhos a serem tomados pela Justiça brasileira, e sobre o que é possível fazer para incentivar processos que são inegavelmente necessários, desde que se pretenda dar ampla efetividade a uma série de princípios da Constituição da República, como os do acesso à Justiça e da razoável duração do processo.

A partir dessas considerações gerais, no que pertine especificamente ao objeto da ADI nº 4.163, saliento que o afastamento da obrigatoriedade de realização de convênio entre a seccional paulista da OAB e a Defensoria Pública do Estado não pode ser visto, sequer remotamente, como uma censura à notável contribuição dada pela OAB, há muitas décadas, à promoção da assistência judiciária aos necessitados. Está em questão, a meu ver, o ponto relativo à obrigatoriedade do convênio, fator que leva, conforme destacado brilhantemente pelo voto de Vossa Excelência, senhor Presidente, a uma vinculação de parte considerável dos recursos da Defensoria ao seu adimplemento.

Entendo que o mandamento constitucional fica melhor efetivado quando se permite à Defensoria escolher entre a alocação de material e pessoal próprios ou a realização de convênios a partir de necessidades específicas.

Em suma, acompanho Vossa Excelência, senhor Presidente, no acolhimento da ação como ADPF, na declaração de inconstitucionalidade do artigo 234 e §§ da Lei Complementar Estadual nº 988, de 2006, e na interpretação conforme ao artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo.

É como voto, Presidente.

\* \* \* \* \*

**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há uma preliminar suscitada. Conforme previsto no Regimento Interno, devemos destacá-la. Penso que é preciso – pelo menos o farei – refletir sobre a matéria.

O que temos, segundo o voto do relator? A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, teria trazido modificação substancial, considerado o que disposto na Carta do Estado de São Paulo, que é de 1989. Acontece que a solução do conflito apresentado não ocorre, considerada a nova norma do § 2º do 134, a revelar a autonomia da Defensoria Pública. A solução, a meu ver, diz respeito ao condomínio que o artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo estabelece na prestação de serviços aos menos afortunados, para não falar em necessitados, tendo em conta o que previsto inicialmente na Carta de 1988, na redação primitiva, no que, de forma categórica – e parece que as sinalizações do Supremo não são observadas pelos administradores, pelos estados. Previu-se que a assistência seria prestada pelas defensorias públicas, incumbindo aos estados, para alcançar-se esse objetivo querido pela Carta da República, aparelharem os Órgãos. Entendo que não há necessidade de transmudar-se a ação direta de inconstitucionalidade, presente a Emenda nº 45, em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O argumento básico, e não estamos presos sequer às causas de pedir da ação direta de inconstitucionalidade, é a impossibilidade de manter-se um texto – e não vejo, a partir dessa premissa, como seria constitucional um convênio estabelecido pela Defensoria – que contraria o que lançado na Carta de 1988. Por isso assento que não é o caso, pelo menos não é necessária a transformação da ação, mediante o acionamento do princípio da fungibilidade, em arguição de descumprimento de preceito fundamental. É um ponto de vista.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E**

**ADI 4.163 / SP**

**RELATOR)** - Mas eu posso dar uma explicação a Vossa Excelência também. Não há dúvida nenhuma, embora considerável, o ponto de vista de Vossa Excelência é um pouco diferente do ponto de vista do ilustre professor. Mas a mim me parece - é questão de ordem prática, e cada um tem a sua orientação intelectual - que a norma mais forte aqui, sem dúvida nenhuma, é a norma da autonomia. Isso é evidente. O choque entre as duas normas, a da Constituição do Estado e a do art. 234 da Lei Complementar, em relação à Constituição Federal, o choque direto e frontal é a respeito da autonomia. É fora de dúvida. É possível sustentar existência de conflito com outras normas constitucionais, como, por exemplo, com o princípio da separação dos Poderes. É possível sustentá-lo frente a várias normas constitucionais, mas acho que todos são secundários em relação àquele. O choque aqui é frontal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Digo que a Defensoria não pode terceirizar a atribuição essencial que lhe foi atribuída. A Defensoria, Presidente, não pode terceirizar um serviço que deve prestar diretamente. Ela não pode ser autorizada pelo Supremo, ao invés de prestar essa assistência jurídica e judiciária mediante concursados, contratar advogados!

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (**PRESIDENTE E RELATOR**) - Não, mas ela pode ser autorizada a fazê-lo quando é necessário. Isso, nós já o reconhecemos. Quando não há quadro suficiente, ou não é prestada a assistência, ela é obrigada a recorrer a convênios ou a outras alternativas, porque, se não, ela não consegue exercer sua função.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O círculo vicioso continuará. É hora, Presidente, de o Supremo, passados vinte e três anos da vigência da Carta de 1988, asseverar a concretude dessa mesma Carta. A assistência só pode ser prestada por defensoria pública.

**ADI 4.163 / SP**

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Onde ela existir, não é?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Mas, até quando? Até quando? Vinte e três anos são passados!

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Sim, mas quando a Defensoria não tem estrutura suficiente, precisa recorrer a alternativas legítimas. E uma alternativa legítima é fazer convênio. Mas eu respeito o ponto de Vossa Excelência, que está conhecendo o mérito como ação direta. Não há problema algum.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Presidente, eu também já tinha me manifestado uma dúvida. Eu não vou entrar ainda no debate de mérito sobre essa questão, mas eu tenho de manifestar uma dúvida exatamente por conta da impugnação que se fez em ADI.

Também estou com Vossa Excelência de que houve uma mudança significativa com a explicitação da ideia da autonomia. De qualquer sorte, pelo menos num primeiro exame, a mim me parece – tal como agora colocou o Ministro Marco Aurélio – que a norma, já como está posta no artigo 109, não encontrava abrigo no texto constitucional. Acredito que aqui nós temos de fazer – como temos feito – um tipo de diálogo, uma intertextualidade com a realidade. Quando nós estamos a falar do maior estado da federação, estamos a discutir a própria funcionalidade do sistema.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Já disse, inclusive, em relação a São Paulo, que é um país dentro do País.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Pelas próprias dimensões – isso ficou muito claro da tribuna –, quando nós estamos a falar que esse convênio consome dois terços do orçamento da Defensoria Pública, isso fala por si só, quanto a vários aspectos, inclusive, quanto à

**ADI 4.163 / SP**

dimensão.

Mas eu também não teria dificuldade para acompanhar Vossa Excelência, se assim o Tribunal entender, quanto à conversibilidade. Já fizemos isso em outros casos, só que, a mim me parece que a norma já seria suscetível de impugnação em face do próprio texto anterior. E nós entendemos, inclusive, que isso é possível de se fazer em ADI, a partir – acho – de um precedente do saudoso Ministro Menezes Direito e de um precedente do Ministro Dias Toffoli. A possibilidade de que sucessão de normas constitucionais permitam esse exame.

A rigor, acredito podermos chegar a bom termo, seja com a conversão, seja com a possibilidade de impugnação. Mas, a mim me parece que, em princípio, tal como agora apontado pelo Ministro Marco Aurélio, a norma já era de difícil compatibilização com o modelo da Defensoria Pública preconizado pela ordem constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A preocupação maior, Ministro, se Vossa Excelência me permitir, é com a abertura da porta. Imaginar-se, por exemplo, uma Constituição que preveja que a Procuradoria do estado, que defende os interesses do estado, possa contratar advogados para essa mesma defesa, o mesmo ocorre com o Ministério Público como estado acusador. Então, penso que, nesse campo, não é dado flexibilizar. Da mesma forma que o estado não pode impor o convênio, a Defensoria também não pode despedir-se da incumbência constitucional de prestar diretamente a assistência, e fazê-lo mediante arregimentação de advogados.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas há a realidade de poder local.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa é a questão que o Presidente destacou.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E

**ADI 4.163 / SP**

**RELATOR)** - Esse é o problema fundamental. Esse é o problema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E assim é contada a história do Brasil, passados vinte e três anos. Não houve tempo para o Estado de São Paulo aparelhar a Defensoria Pública.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas se não houve tempo até agora, será que a partir do julgamento de hoje, amanhã já terá recursos suficientes?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós todos acompanhamos o debate sobre a construção da Defensoria Pública de São Paulo. Eu me lembro, inclusive, de um caso que veio ao Plenário em que se discutia a inclusão de procuradores do estado na nova carreira de defensor público, uma vez que, num primeiro momento...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Passados dezoito anos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - ...num primeiro momento, eram procuradores do estado que faziam às vezes de defensores públicos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas nós reconhecemos isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. E nós reconhecemos a legitimidade daqueles que fizeram a opção. Mas essa tem sido uma construção gradual. Por outro lado, nós sabemos que a cessação desse modelo pode ocasionar um colapso no serviço, que, talvez, não esteja sequer longe – pelos apontamentos feitos – de ser o ideal, mas isso poderá ocasionar um colapso.

Eu sempre lembro que nós não podemos fazer uma interpretação



**ADI 4.163 / SP**

radical. Quer dizer, temos que fazer um tipo de interpretação com base numa teoria de possibilidades. E aqui me parece ser realmente difícil simplesmente dizer que num "abre-te sésamo" nos vamos ter uma Defensoria instalada em toda a unidade federada, respondendo por todas essas difíceis missões. Eu me limitaria, inicialmente, a discutir tão somente esse aspecto, mas, também, não vou insistir.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite mais um aparte apenas?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não é argumento externado. Bastará ao estado não aumentar o número de defensores para ter-se perpetuado esse condomínio, compelindo a Defensoria, por uma via indireta, a arregimentar advogados. Será que a finalidade da Carta é essa?

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É minha vez de apartear Vossa Excelência, pode ser? Ministro Gilmar Mendes?**

Eu partilho da preocupação do Ministro Marco Aurélio, até sob o prisma teórico, porque a Constituição não se limitou a assegurar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Isso está no inciso LXXIV do artigo 5º. Ela, para tornar eficaz essa prestação, criou um órgão específico, ou seja, há um atrelamento entre a função, a atividade estatal, e o órgão. O objetivo e o subjetivo estão aqui de mãos dadas. Mas, um órgão especializado, como diz o Ministro Marco Aurélio - eu quero crer que sim -, um órgão especializado, aparelhado, apetrechado...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A não ser a assistência gratuita, dita *pro bono*.**

**ADI 4.163 / SP**

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - ... voltado para essa função, evitando, portanto, dispersividade, paralelismo de atividade estatal. Há um foco. Há uma concentração dessa atividade de assistência jurídica integral e gratuita aos economicamente débeis; há um foco num órgão específico, numa instituição que a própria Constituição nomina e acoberta com prerrogativas, por exemplo, de autonomia administrativa, técnica, orçamentária. Orçamentária, não para prover os seus recursos, mas para gerir os recursos que lhe forem destinados.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Ministro, Ministro Ayres, Vossa Excelência me permite?

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Mais um complemento, só para não perder o fio do raciocínio, Excelência.

Há mais o que dizer. Essa atividade estatal foi posta pela Constituição como função de um cargo, o cargo de defensor público. Há um atrelamento, um imbricamento muito interessante por parte da Constituição.

Essa prestação de assistência jurídica, inteiramente gratuita, no plano administrativo, no plano jurisdicional, mas economicamente débeis, entregue aos cuidados de um órgão especializado chamado Defensoria Pública - mas não só isso -, de modo a se tornar específica função de um cargo também específico, provido por concurso público, estruturado em carreira. Vale dizer, os defensores públicos são pessoas mais envolvidas com o que fazem - sem demérito para ninguém -, porque eles fizeram da Defensoria Pública uma opção profissional de toda uma vida. E, pelas características da atividade, atender aos necessitados, certamente mais do que um meio de vida, do ponto de vista profissional, a Defensoria Pública é para os defensores uma razão de viver. Ou seja, são pessoas orgânicas, comprometidas, entusiasmadas com o que fazem. E vimos aqui outro dia que houve até uma opção - acho que em São Paulo - em que os defensores públicos, optando pela Defensoria, passaram a ganhar menos.

**ADI 4.163 / SP**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aliás, por idealismo, para, depois, constatarem decesso que, a certa altura, alcançou, considerado o que percebido pelos procuradores, cerca de quarenta por cento!

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Vossa Excelência me permite? É só para encaminharmos o julgamento.

Estamos diante de um dilema, é fora de dúvida: ou dizemos que a Defensoria Pública pode, no estado atual, em que não tem capacidade, na sua estruturação, para atender ao dever constitucional, tomar iniciativas de recorrer a convênios ou a formas alternativas de prestá-lo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Por iniciativa dela.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Ou, então, ela não pode tomar essa iniciativa, e não vai ser prestada a assistência. Este é o dilema.

Ora, diante desse dilema é que temos de interpretar a norma constitucional, até porque já reconhecemos, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que a Procuradoria tinha legitimidade para execução das ações **ex delicto** no caso em que as Defensorias Públicas ainda não tivessem estruturação suficiente para isso.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Norma ainda constitucional.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Estruturação suficiente para isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, o receio é único.

**ADI 4.163 / SP**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - De duas, uma: ou reconhecemos que ela está incapaz de atender à totalidade da demanda dos necessitados, ou então ela não vai atender a coisa alguma.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Presidente, o meu receio é único: confio na instituição "Defensoria Pública", mas vacilo nessa mesma confiança quando se cuida do estado "ente político".

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Ah, mas foi por isso que fiz uma advertência, aliás, duas advertências no meu voto.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Bastará ao estado congelar o quadro de defensores para se perpetuar situação que é conflitante com a Carta da República.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Estou de acordo com Vossa Excelência

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhor Presidente, tenho a impressão de que – e, aí, eu queria fazer um ponto de divergência em relação ao que disse o Ministro Britto – essa tarefa é tão hercúlea, tão desafiadora que, na verdade, ela tem de ser, de fato, compartilhada. É quase impositivo, tanto é que, durante a minha gestão, por exemplo, no CNJ, incentivei a advocacia *pro bono*.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Presidente, vimos o exemplo dado da tribuna quanto às representações contra advogados credenciados formalizados por Juízes.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – É.

**ADI 4.163 / SP**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ter-se-á beneficiários que serão tratados de forma desigual. Alguns com a assistência da Defensoria Pública, de concursados. E outros?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é necessário haver uma articulação, até porque essa tarefa realmente é imensa. Tanto é que, certa feita, recebendo a visita de dignos representantes da Defensoria Pública que pretendiam essa ideia do monopólio, eu dizia da dificuldade de, num País como o Brasil, se cancelar esse tipo de fórmula. É preciso que haja até uma articulação. E nesse sentido, a fórmula que Vossa Excelência está propondo, parece-me que concilia dentro de um pensamento mesmo de possibilidades. E eu diria mais: não só com a Ordem dos Advogados, mas com outras instituições...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Está no meu voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Foi citado aí o instituto do direito de defesa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas sem remuneração, Excelência. Sem tirar-se valores do orçamento da Defensoria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E eu chegava a dizer, inclusive de forma um pouco irônica e tosca, a esses defensores, que não precisavam enfatizar tanto esse monopólio, porque o monopólio - foi dito da tribuna pelo professor Barroso - tem uma série de problemas, a partir do déficit de não conseguir atender a todas as demandas de forma universal. Eles podiam coordenar essas atividades. Em muitos casos, o instituto da advocacia *pro bono* pode suscitar inclusive uma prestação de serviço muito mais adequada. Nesse sentido, até dizia a eles,

**ADI 4.163 / SP**

um pouco de forma irônica, que não precisavam se vexar tanto, não precisavam ficar tão angustiados porque havia pobres para todos; havia carentes para todo tipo de oferta que estava disponível.

E mais do que isso, Presidente, é necessário realmente que isso se faça no contexto de um serviço complexo. E eu dizia também que nós erramos, no Supremo Tribunal Federal, ao dizermos que os serviços de assessoria jurídica, de prestação jurídica, por exemplo, que alguns municípios oferecem, que isso seria uma atividade da assistência.

Veja a ironia: nós já dissemos, em algum acórdão deste Tribunal, que a atividade de assessoria ou de assistência jurídica que alguns municípios têm condições de fazer - e fazem - seria inconstitucional. E aí nós ficamos realmente naquela situação bastante irônica, de falar de um tipo de liberdade e não ter nada, porque se diz que o município oferece esse serviço, mas esse serviço é indevido. Como lá não tem defensor, faz-se o quê? É um tipo de extravagância hermenêutica, um tipo de interpretação suicida.

Por isso que me parece que o que Vossa Excelência está propondo é construtivo. Eu acho que é importante trazer neste momento em que nós estamos discutindo a Defensoria. Isso é um aprendizado, isso é uma tessitura institucional bastante complexa, mas é fundamental. Na medida em que nós temos essa demanda brutal do serviço judicial, em que há essa carência da assistência judicial, quisera que nós tivéssemos um defensor, público ou voluntário, em cada presídio do Brasil, em cada delegacia. Certamente nós não teríamos essa situação de vergonha que nós enfrentamos.

Como então suscitar um monopólio desse serviço nessa dimensão, quando a Defensoria Pública deveria fazer uma articulação? E Vossa Excelência está viabilizando isso, na interpretação que propõe.

**29/02/2012**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Senhor Presidente, eu gostaria de adiantar o meu voto, acompanhando Vossa Excelência, e gostaria de acrescentar que a consequência do voto proferido por Vossa Excelência é que ela restitui à Defensoria Pública de São Paulo a autonomia e o poder para decidir o que fazer diante dos problemas que surgirão em consequência dessa decisão.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Mas, Ministro, ela não tem a autonomia a ponto de prestar direta ou indiretamente a assistência. A autonomia não tem em absoluto esse alcance.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - A Defensoria Pública saberá muito bem o que fazer porque o Supremo Tribunal Federal terá restituído a ela um poder que lhe vinha sendo subtraído. Essa é a nossa missão. Acabou. Acompanho.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Sim, compelida pelo Estado que não criará novos quadros. Estará sempre compelida a contratar advogados.

**29/02/2012**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - Melhor intérprete do meu voto foi Sua Excelência!

O que estou defendendo é a autonomia, por isso conheci como ADPF. É preciso reconhecer e garantir a autonomia da Defensoria para que esta possa avaliar situações e saber como enfrentá-las.

Então, deste ponto de vista, cada um, evidentemente, com toda a liberdade que tem, vai enfocar a causa sob pontos de vista variados em relação às normas constitucionais. É só para entender o meu ponto de vista.



**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, não tenho a mais tênue dúvida de que a Constituição Federal, quando garante o acesso à Justiça, pressupõe também uma atuação afirmativa do Poder Público no incremento da sua atuação, na criação de instituições que conjurem esse desequilíbrio, erradiquem essa desigualdade no tocante ao poder judicial. Eu não conheço, no meio jurídico, quem melhor tenha se dedicado a esse estudo do que o professor Mauro Cappelletti, quando elaborou o Projeto de Florença - são quatorze volumes resumidos àquela obra do Sérgio Fabris Editor, "Acesso à Justiça".

O professor Mauro Cappelletti, juntamente com o professor Bryan Garth, da Universidade de Stanfford, sugere a criação de alguns sistemas. Ele não se despoja da ideia da Defensoria Pública - acha muito interessante, porque são profissionais arregimentados através de concurso público e muito gabaritados - e não abandona os modelos francês e italiano do dever de honra do advogado prestar esse serviço, que é imanente à sua própria função. Não estou atualizado hoje sobre a organização da Ordem dos Advogados do Brasil, mas me recordo de que o meu querido e saudoso pai foi solicitador acadêmico, porque a Ordem dos Advogados impunha, naquela oportunidade, a obrigação de que os advogados atendessem pessoas necessitadas, num número limitado, exatamente para coadjuvar o Estado na prestação desse serviço público essencial. E há ainda o Sistema Judicare, em que o Estado paga os advogados. Esse sistema para nós seria nefasto, porque recairíamos nesse temor a que se refere o Ministro Marco Aurélio, ou seja, engessar a Defensoria para fomentar um outro sistema.

Mas observe que, à luz da autonomia da Defensoria Pública, de todos os preceitos constitucionais aqui enunciados, que não há necessidade de repetir, o que Vossa Excelência leva em consideração - e é

**ADI 4.163 / SP**

muito importante quando se declara a inconstitucionalidade de uma norma - é verificar-se o quadro fático onde se vai operar o efeito da conjuração dessa ordem normativa.

Então, o que se propõe é que se elimine por completo, de uma hora para outra, a prestação coadjuvante de alguns profissionais, que, como diz o Ministro Gilmar Mendes, pode até não ser necessariamente por intermédio de convênio. O que Vossa Excelência propõe é que, ao alvedrio da Defensoria Pública, ela própria, verificando a insuficiência no seu corpo funcional, possa, eventualmente, por iniciativa própria, lavrar alguns contratos administrativos que possam viabilizar a prestação da Justiça gratuita aos necessitados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ficaré entregue, de bandeja, ao Executivo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Veja que Vossa Excelência está dando uma interpretação conforme a Constituição. Vossa Excelência está, digamos assim, acoimando de ilegal e ilegítimo esse convênio, essa imposição que já se institucionalizou há mais de duas décadas no estado de São Paulo, e Vossa Excelência está dizendo isso com todas as letras. Mas Vossa Excelência está tendo a preocupação com o resultado do julgamento, porque é quase que palpável a certeza de que, amanhã, quando se publicar a decisão, não vão surgir dois mil defensores públicos para atenderem a essa demanda que foi aqui noticiada de um milhão de processos. Por outro lado, também é preocupante esse dado apresentado pela Defensoria Pública de que setenta por cento do seu orçamento é gasto em relação ao convênio.

Então, Vossa Excelência deu uma solução, no meu modo de ver, **data maxima venia** das opiniões contrárias, equilibrada, ou seja, declara-se a inconstitucionalidade da lei complementar, que é tudo, que é o enfrentamento dessa autonomia que adveio com a Emenda nº 45, e dá-se uma interpretação conforme para que, gradualmente, a Defensoria possa se organizar. Eu tenho páginas de elogios à Defensoria Pública. Eu sou de

**ADI 4.163 / SP**

um Estado que tem tradição na Defensoria Pública. Eu fui promotor de justiça e a carreira começava como defensor público. Eu tenho todos os motivos para ter uma idolatria pela instituição, mas evidentemente é preocupante o fato de que, de um dia para o outro, não surgirão milhares de defensores para fazer frente às demandas do Estado de São Paulo, que são inúmeras.

Sou contrário ao convênio, sou contrário a essa reserva institucionalizada há duas décadas, mas também me preocupa sobretudo essa perplexidade que Vossa Excelência trouxe a lume de que é possível que essa garantia fundamental, que é o acesso à Justiça, que pressupõe a Defensoria Pública, não seja efetivado na prática. Então, temos que levar em consideração esses dados práticos.

Tenho aqui, Senhor Presidente, páginas, arestos, precedentes; na própria ação em que se reconheceu a **legitimatio ad causam** transitória do Ministério Público para mover ação civil de reparação de dano **ex delicto**, se entendeu que isso se deveria processar gradativamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, em 1994. Dezoito anos, e ainda estamos, aqui, a cogitar de inconstitucionalidade progressiva?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Entendo a preocupação de Vossa Excelência, mas a estratégia foi utilizada. Por quê? Porque havia esse estado de apreensão, o qual existe até hoje. Se o estado andou bem ou andou mal, a verdade é que não temos armas, não temos dinheiro, não temos como sair daqui já montando a Defensoria Pública para o Estado de São Paulo.

Tenho, aqui, algumas outras digressões, Senhor Presidente, mas acho que são despidiendas, diante do debate que já se travou, dos votos que foram aqui enunciado.

Peço vênias às opiniões divergentes para acompanhar integralmente o voto de Vossa Excelência.

**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas para ressaltar, Presidente, que o Plenário, quando julgou – e fui o relator do caso – o Recurso Extraordinário nº 135.328, cogitou, no tocante ao fato de a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ainda não estar devidamente aparelhada, dezoito anos atrás, da inconstitucionalidade progressiva. E mostrava ao Ministro Carlos Ayres Britto o fecho do voto, quando disse:

"Ocorre que, no Estado de São Paulo, ainda não foi criada por lei" – àquela época, 94, ainda não tinha sido criada, a lei complementar é posterior, bem posterior – "e organizada" – e, portanto, em pleno funcionamento, com cargos preenchidos – "a Defensoria Pública. É certo que Órgão da Procuradoria do Estado vem prestando assistência aos necessitados. Todavia, não se confunde ele com a Defensoria Pública tal como prevista no artigo 134 da Constituição Federal, ou seja, como instituição essencial a função jurisdicional do Estado."

E quando se cogita da prestação dos serviços pelo Estado, remete-se à Defensoria Pública; não se remete a essa mesma prestação por advogados, a partir de um serviço que não pode ser terceirizado, porque é essencial quanto à atuação do Estado.

**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO****TRIBUNAL PLENO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, a primeira instituição, ao menos que tenho conhecimento, a prestar assessoria jurídica gratuita aos necessitados foi o Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto, da Universidade de São Paulo, fundado em 1919. Antes disso, temos, na história do Brasil, por exemplo, a atuação do rábula Luiz Gama, o "Advogado dos Escravos", cuja vida está descrita numa obra de Nelson Câmara pela editora Lettera, que tinha como diretor editorial o falecido Cássio Schubsky, pesquisador da história do Direito do Brasil, de quem fui contemporâneo na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Cássio Schubsky se dedicou a pesquisar as pessoas e os homens que fizeram o Direito do Brasil, contando-nos a sua história.

A Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo foi criada posteriormente à própria atuação do Centro Acadêmico XI de Agosto da Universidade de São Paulo. O Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto da Universidade de São Paulo, que está na Praça Dr. João Mendes, nº 62, 17º andar, Centro – São Paulo, atende, há dezenas e dezenas de anos, a milhares de pessoas – hoje, conveniado com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo não é arredia a estabelecer convênios. O que ela busca aqui, por meio dessa ação direta, em que é parte interessada, em adição a inicial proposta pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, é exatamente a solução dada por Vossa Excelência, que resultou de uma análise estritamente técnica.

Vossa Excelência, como sempre, do ponto de vista de uma análise absolutamente técnica, deu uma solução que concretiza a possibilidade de a Defensoria Pública do Estado São Paulo continuar atuando e não ser

**ADI 4.163 / SP**

a chamada detentora do monopólio, como também observa o Ministro **Gilmar Mendes**. Penso que não é possível haver alguma instituição que seja detentora do monopólio da assistência jurídica gratuita aos necessitados, impedindo a atuação de municípios ou de organizações não governamentais, por exemplo.

Eu mesmo, instado pelo Ministro **Gilmar Mendes**, quando Sua Excelência era Presidente do Supremo e do CNJ, e eu chefe da AGU, fiz um parecer permitindo que os advogados públicos federais participassem como voluntários e em caráter pro bono, dos mutirões carcerários. Isso porque também as associações dos advogados públicos federais me peticionaram para saber se eles teriam a possibilidade de atuar em advocacia **pro bono** naquele programa dos mutirões carcerários. Remeti o caso à Consultoria-Geral da União, e o então Consultor-Geral, Dr. Ronaldo Araújo, proferiu um parecer avalizando a possibilidade de os advogados públicos federais, no Brasil, atuarem, em auxílio ao mutirão carcerário do CNJ, prestando uma advocacia - não deixa de ser uma advocacia - **pro bono**, para auxiliar na análise dos milhares de processos de presos, para poder, então, atuar no objetivo do mutirão carcerário a que Vossa Excelência, Ministro Peluso, agora à frente do CNJ, também deu continuidade. Ou seja, não há um monopólio da defesa daqueles que não têm condições de arcar, do ponto de vista dos seus recursos financeiros, com o pagamento de um advogado privado. E não há, também, o impedimento de um advogado privado fazer a advocacia **pro bono**.

Tive a oportunidade, ao longo da minha vida, de ser estagiário do Departamento Jurídico XI de Agosto, onde iniciei meu aprendizado na advocacia, conveniado à época - não existia a Defensoria do Estado de São Paulo, que só foi criada em 2006, já tardiamente - à Procuradoria da Assistência Judiciária, que é a sua predecessora, um braço da Procuradoria do Estado, que era quem fazia a assistência judiciária e que, depois, se transformou na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que manteve o convênio.

Também atuei na Associação em Defesa da Moradia, uma

**ADI 4.163 / SP**

organização não governamental, uma sociedade civil sem fins lucrativos, que dava apoio jurídico a movimentos pró moradia, que buscavam concretizar o acesso à habitação, ao local de moradia, defendendo favelas, cortiços e mutirões de construção de casa própria. A Associação em Defesa da Moradia, pelo menos enquanto estive lá - e, ao que sei, por ainda algum tempo, mas não sei se ainda hoje mantém convênio -, manteve convênio com a Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo, a predecessora da Defensoria Pública.

O que se está, aqui, a discutir é um monopólio que a OAB introduziu na Constituição do Estado de São Paulo visando nem tanto a defender as pessoas hipossuficientes, mas os advogados hipossuficientes, criando uma reserva de mercado.

Penso, sim, Ministro **Marco Aurélio** que, à luz da Constituição, isso já ofendia - e o professor Barroso já se manifestou aqui - o art. 2º, que, para mim, já impediria aquela obrigatoriedade do art. 109 da Constituição.

Assim, eu até tenderia a acompanhar a questão de ordem do Ministro **Marco Aurélio**, mas o voto de Vossa Excelência, Ministro Presidente e ora relator, dá uma efetividade processual maior à nossa decisão, incorporando aquilo que veio disposto na Emenda Constitucional nº 45. Ora, muito melhor que já, então, sinalizemos por inteiro a interpretação atual, aproveitando este caso concreto, à luz da nova modelagem constitucional introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o § 2º no art. 134 da Constituição.

Portanto, com esses acréscimos de ordem, que penso necessários em razão do debate havido, não tenho dúvida em acompanhar Vossa Excelência no sentido de converter a ação em ADPF e já analisá-la à luz da nova configuração constitucional, porque isso dará maior eficiência a nossa decisão e à Constituição Federal. E deixo essas palavras - penso que os debates me impeliram a fazê-lo - no sentido de que sou testemunha de que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não pretende um monopólio da sua atuação; o que ela quer é exercer a competência que a Constituição Federal deu às defensorias públicas com a respectiva

**ADI 4.163 / SP**

autonomia.

Por isso, parabenizo-o e subscrevo **in totum** o voto de Vossa Excelência, cumprimentando também os Colegas que já votaram.

# # #



**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Senhor Presidente, também tenho como pertinente tudo o que foi dito, e acho que estamos todos de acordo - mesmo os que ainda não se manifestaram - sobre a importância da Defensoria, porque é a importância da efetivação de direito fundamental como inscrito na Constituição.

A Defensoria Pública é a garantia conferida ao carente de poder lutar, judicialmente, em condições de igualdade, pelos seus direitos.

Daí a importância conferida constitucionalmente à instituição. O art. 134 da Constituição determina seja estruturada a Defensoria, pelo que, para se cumprir a norma, há que se “institucionalizar” verdadeiramente a instituição, não apenas formal, mas também materialmente. A inanição administrativa, como ocorre em algumas situações, não faz definir apenas a Defensoria Pública, mas o próprio quadro de desvalia social dos mais carentes.

Sem as condições materiais, a Defensoria Pública não consegue cumprir as suas funções. Convênios, portanto, não me parecem inconstitucionais. O convênio compulsoriamente firmado e sem permitir a atuação autônoma da instituição é que me parece inconstitucional.

E é o que se tem na espécie se se atribuir interpretação que impeça a atuação autônoma da Defensoria, ficando sempre na dependência do convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.

Nem preciso enfatizar a importância da OAB. Na história do Brasil, na de todas as lutas democráticas, naquelas que foram levadas a efeito desde o final do Império, quando o que se tinha era ainda o Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, é essa uma das entidades de maior importância e significação democrática para a nação brasileira.

Quanto à preocupação que se põe aqui relativa aos vinte e três anos de vigência da Constituição sem cumprir devidamente uma norma que era de garantir a Defensoria Pública para todos que dela precisassem,

**ADI 4163 / SP**

faço anotação brevíssima, Presidente, vou ler apenas uma passagem:

No ano de 1866, Nabuco de Araújo, então Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, que só se transformou em OAB em 1930, preocupava-se exatamente com o acesso à Justiça para os que precisassem de recursos e de advogados e escreveu a seguinte e brevíssimo excerto:

*"Se não se pode tudo, faz-se o que é possível. No estado actual da nossa legislação, e atendendo às despesas que uma demanda custa, pode-se dizer, sem medo de errar, que a igualdade perante a lei não é senão uma palavra vã. Que importa ter direito, se não é possível mantê-lo? Se um outro pode vir privar-nos delle? Que importa ter uma reclamação justa, se não podemos apresentá-la e segui-la por falta de dinheiro? A lei é, pois, para quem tem dinheiro, para quem pode suportar as despesas das demandas, a quem pode pagar um advogado".*

Quase trinta anos depois dessa afirmativa é que veio o Decreto n. 2454/1897 e criou a assistência judiciária na Capital Federal, Rio de Janeiro.

Todas as Constituições brasileiras a partir de 1934, faço exceção à Carta de 37, garantiram que – pelos arts. 113 na de 1934; 141 na de 1946; 150 da Carta de 1967; e agora, na de 1988 - haveria garantia aos necessitados da assistência judiciária.

E, no artigo 113 da Carta de 1934, dispunha-se que:

*"Art. 113 - .....*

*32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos."*

Ou seja, não é de 1988 a luta que se tem no Brasil para se chegar a este órgão que hoje se chama Defensoria Pública; tem sido uma luta contínua, e que continua, e o nosso debate hoje é apenas demonstração

**ADI 4163 / SP**

disso. A Defensoria Pública é a garantia que o carente tem, portanto, de poder lutar pelos seus direitos.

Acho importante a solução dada por Vossa Excelência, que acompanho, independente de considerar que mesmo se não levássemos em consideração o § 2º do artigo 134, daria, sim, para se declarar a interpretação conforme ao artigo 109 da Constituição de São Paulo. Entretanto, quem participou da luta para se ter a inclusão dessa norma no texto normativo trazido com a Emenda n. 45 sabe bem que, se nós resolvermos, na linha, Ministro Carlos Britto, da preocupação de Vossa Excelência e do Ministro Marco Aurélio, podemos decidir, a despeito desta autonomia que foi vincada de forma expressa, que não estamos fortalecendo a interpretação no sentido da Defensoria. E por que faço tal assertiva? Porque participei de muitos dos eventos que levaram à inclusão dessa norma garantidora de autonomia. Porque outros órgãos, incluídos os de prestação de serviço do Estado, por exemplo, a Procuradoria de Estado, que executa a advocacia para os Estados e para a União, também é órgão criado na Constituição entre as funções essenciais à Justiça, e não se dota de igual autonomia.

Essa autonomia distingue a Defensoria, hoje, de outras espécies de advocacia pública, como é a própria Procuradoria do Estado.

Então, a importância enfatizada no voto do Ministro-Relator é exatamente a que veio com essa conquista feita pela Emenda n. 45.

Acho que, mesmo podendo-se basear essa declaração de inconstitucionalidade do artigo 234 da Lei Complementar e dar interpretação conforme, com base específica no princípio da autonomia, fortalece-se este princípio e, de conseguinte, fortalecida fica também a definição da vertente constitucional quanto à necessidade de os Estados se submeterem a essa imposição constitucional de criar aparatos burocráticos suficientes para corresponder à demanda a ser atendida pela Defensoria Pública.

E, mesmo, Ministro Carlos Britto, com a preocupação de Vossa

**ADI 4163 / SP**

Excelência, absolutamente legítima, justa e da qual partilho, acho que é preciso institucionalizar a instituição como antes afirmei - assim ela é chamada na Constituição -, a Defensoria, de maneira não progressiva, para, daqui a vinte anos, estarmos a discutir isso, mas a não perder de vista que nós todos - servidores públicos, juízes, advogados públicos, defensores públicos e membros do Ministério Público - somos os que servem alguém que de nós precisa, o jurisdicionado; e, neste caso, é o jurisdicionado mais necessitado.

O que não posso perder de vista é que, no artigo 5º, onde posto que *"o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"*, se falhar - que não deveria falhar -, mas se falhar, num lugar qualquer do Brasil, essa demanda pela ausência de um defensor, que, por causa da nossa interpretação, não se chegue a deixar em desvalia alguém que já precisa muito, muito mais do que todos os outros, dessa assistência.

Por isso tenho que a interpretação formulada e votada pelo Presidente acolhe exatamente esta necessidade de se dotar de autonomia, com eficiência, o que sempre demanda uma estruturação maior, mas que também não se perca de vista que nós, servidores, servimos.

Portanto, onde a gente falhar – e seria preciso que não falhássemos, mas como todo ser humano, falhamos -, mas se falhar, e quando falhar, e como falhar, que, havendo uma possibilidade como esta construída pelo Ministro-Presidente, não fique sem garantia exatamente a norma do Direito fundamental.

Portanto, repito, tenho a mesma preocupação até porque já participei de todas essas lutas de defensores. Entretanto, considero que aqui a interpretação calha melhor ao que é a demanda constitucional e ao quadro que nós precisamos para chegar à ultimação, à efetivação do que está posto no artigo 134, § 2º.

Por isso, Senhor Presidente, acompanho o voto de Vossa Excelência no sentido formulado e votado, ou seja, declaro inconstitucional o artigo

**ADI 4163 / SP**

234 e, parcialmente, dou interpretação conforme à parte final do artigo 109 da Constituição paulista.

\*\*\*\*\*

**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, acompanho integralmente o voto bem posto de Vossa Excelência. Primeiro, porque creio que é um voto que se reveste de razoabilidade e de um aspecto eminentemente pragmático, como já foi ressaltado aqui. É de conhecimento geral que, sobretudo dentro da crise econômica mundial e que certamente atinge o Brasil, o orçamento público não é suficiente para atender às demandas populares no que diz respeito não apenas à prestação desse serviço público essencial, que é o acesso à Justiça, mas também o acesso à saúde, educação; portanto, não há que se falar, a meu ver, nesses campos, de um monopólio.

Aliás, a Constituição, nos artigos 199 e 209, quando trata da saúde e do ensino, de forma taxativa, diz o seguinte: são livres à iniciativa privada a saúde e o ensino. São serviços públicos de natureza essencial e deitam raízes também nos direitos fundamentais abrigados na Constituição. Portanto, o Estado tem primordialmente o dever de prestar esse serviço essencial, mas não de forma exclusiva.

Entendo, senhor Presidente, que a formulação do voto de Vossa Excelência atende integralmente à pretensão da combativa Defensoria Pública do estado de São Paulo porque reforça a sua autonomia constitucional, mas não exclui a possibilidade desta Defensoria Pública valer-se de terceiros, e não exclusivamente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional São Paulo, para coadjuvá-la na prestação deste serviço essencial.

Com relação à forma de recebimento da pretensão, se vamos receber esta petição como ação direta de inconstitucionalidade ou ADPF, isso me

**ADI 4.163 / SP**

parece, *data venia* dos que pensam em sentido contrário, despiciendo. Vossa Excelência fundou seu voto na violação ao artigo 134, § 2º - fundamentalmente, portanto, a recebe como uma ADPF.

Eu não teria nenhum problema em fundar o meu voto e, portanto, acolher essa pretensão em outros dispositivos constitucionais constantes da redação originária da nossa Carta Magna, por exemplo, como aventado da tribuna pelo professor Barroso, o artigo 2º, que trata da separação dos poderes. Eu acrescentaria aquele também trazido à colação pelo eminente Ministro Marco Aurélio, que é aquela formulação original, que já dava autonomia, pelo menos implicitamente, à Defensoria Pública. Mas eu aduziria outro artigo que penso que tenha sido violado pelo artigo 109 da nossa Constituição paulista, ou pelo artigo 234 da Lei Complementar 988, que é justamente o artigo 165 da Constituição, que estabelece exatamente a disciplina orçamentária do Estado brasileiro como um todo. Tanto o artigo 109 da Constituição do estado, quanto o artigo 234 da Lei Complementar 988, paulista, impõe uma despesa de natureza aleatória ao estado, sob o fundamento de um conceito indeterminado da necessidade da prestação do serviço público; portanto, ao arrepio de três instrumentos fundamentais da mecânica orçamentária, que são exatamente as diretrizes orçamentárias, o plano plurianual e os orçamentos anuais.

De qualquer forma, senhor Presidente, com essas brevíssimas considerações, eu acompanho integralmente o posicionamento de Vossa Excelência, louvo o brilhante voto e creio que é a melhor solução para o momento, até mesmo porque é uma solução de caráter transitório.

**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Senhor Presidente, também não posso deixar de louvar o voto de Vossa Excelência. Como invariavelmente Vossa Excelência faz, ele demonstra o que é próprio da sua trajetória aqui no Supremo. Em Vossa Excelência há uma convergência de talento e cultura, e Vossa Excelência prestigiou, sobremodo, essa linha evolutiva do Supremo no reconhecimento da alta dignidade constitucional das defensorias públicas.

Lembro-me, por exemplo, da ADI nº 3.700, lembrada pela Ministra Rosa Weber, da qual fui Relator e pude dizer que as defensorias públicas são aparelhos genuinamente estatais ou de existência necessária, exercentes de atividade estatal permanente, portanto; mais que isso, unidades de serviços que se inscrevem no rol daquelas que desempenham função essencial à jurisdição.

Em suma, o que eu quis dizer, senhor Presidente e Ministro Gilmar Mendes, em especial, é que o modelo constitucional de concepção e aparelhamento e funcionalização das defensorias públicas é um modelo de muito boa qualidade e, se levado a sério, materializa o princípio constitucional da eficiência administrativa, que está no artigo 37, cabeça, da Constituição.

Manifestei uma preocupação com os receios do Ministro Marco Aurélio porque eu também temo por uma interpretação, a partir da Suprema Corte, que relativize essa importância, essa essencialidade do papel das defensorias públicas. Afinal de contas, seria a relativização de uma específica proteção aos pobres, porque o público alvo das defensorias públicas é constituído de pessoas economicamente precarizadas, débeis, necessitadas, na linguagem da Constituição. E o fato é que eu estou cansado de relativização em desfavor dos economicamente débeis. Lembro-me de uma frase, de uma metáfora de Lênio Streck,



**ADI 4.163 / SP**

falando bem da Constituição, mas dizendo que há golpes de interpretação, pois muitas vezes a Constituição se torna um latifúndio improdutivo. E eu tenho receio de que, relativizando esse modelo constitucional de tão bela feitura, Ministro Marco Aurélio, de relativização em relativização, terminemos por, mais uma vez, confirmar que a corda sempre rebenta do lado do mais fraco. E receio que se utilize, mais uma vez, em desfavor dos economicamente débeis, a ideia-força, a teoria da reserva financeira do possível.

As defensorias públicas, nós sabemos, promovem, pela primeira vez no País, de modo institucionalizado, uma correlação de forças. No plano penal uma correlação de forças com o Ministério Público, instituição aparelhadíssima para bem cumprir suas funções. O Ministério Público, hoje, tão prestigiado é, e merece ser mesmo, que o paradigma dos padrões remuneratórios do Poder Judiciário, paradigma dos sonhos do Poder Judiciário é o Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Já que trata dessa dualidade Ministério Público/Defensoria Pública, em posse de defensores públicos, tive a oportunidade de utilizar a picardia do carioca, e disse que, se tivesse que dar ênfase maior, importância maior a uma das duas instituições, daria à Defensoria Pública. E no campo futebolístico, justifiquei: é mais fácil atacar do que defender.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Bem, e no âmbito das ações cíveis, a correlação de força se estabelece entre os bem-dotados, ou razoavelmente dotados economicamente, e os débeis, que são esses débeis defendidos por essa instituição, que não por acaso leva o nome de Defensoria Pública, defensoria da população, defensoria do povo.

A Constituição fala tanto de redução das desigualdades sociais, encurtamentos das distâncias sociais, até como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, inciso III do artigo 3º:

"Art. 3º .....

**ADI 4.163 / SP**

*III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;"*

Mas não criou um órgão para isso, uma instituição específica para isso. Aí, a Constituição salta para o artigo 23, inciso de nº X:

*"Art. 23º .....*

*X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;"*

Ótimo discurso normativo, mas ainda assim abstrato, teórico. Entretanto, no campo da institucionalização dos órgãos essenciais à função jurisdicional, criou, aparelhou, funcionalizou as defensorias públicas, colocou as defensorias públicas como um aparelhamento especificamente voltado, especializado mesmo, para a defesa dos economicamente necessitados. Então, me parece que esse modelo há de ser prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal como o ideal para esse encurtamento das distâncias sociais.

Por isso é que eu participei do debate, antecipando o meu voto, senhor Presidente, não para discordar do voto de Vossa Excelência, mas para adensar, manifestar essa minha preocupação com um tipo de interpretação, embora de boa-fé, leniente da Constituição em matéria de tanta importância para as pessoas mais necessitadas.

As defensorias públicas realizam o ideal do acesso eficaz à jurisdição, um acesso à jurisdição do ponto de vista substantivo, pelo equilíbrio de forças que ela está preordenada, predestinada a promover.

Então, eu louvo o voto de Vossa Excelência, apenas quanto à interpretação conforme, eu gostaria de deixar claro o seguinte: quem decide, por eventual e excepcional recurso a organismos não exclusivamente à Ordem dos Advogados, com capacidade postulatória - Vossa Excelência disse bem -, são as próprias defensorias públicas, no gozo da sua autonomia funcional e administrativa. Se isso estiver subjacente à decisão de Vossa Excelência?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - É textual.**

**ADI 4.163 / SP**

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Pronto. As minhas reservas desaparecem. É como voto.

**29/02/2012****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhor Presidente, como eu já disse no debate, eu também entendia que era possível resolver o tema, tal como suscitado pelo Ministro Marco Aurélio, a partir da própria proposta da ação direta de inconstitucionalidade, sem a necessidade de sua conversão, conversibilidade, em ADPF. Mas também já disse que acompanho Vossa Excelência nesse ponto, tendo em vista o argumento da densificação do parâmetro de controle a partir da perspectiva da autonomia.

Numa das sessões anteriores, nós tivemos a oportunidade, Presidente, de discutir a questão do processo que está devidamente aparelhado e que, em vez de julgar a liminar, nós possamos eventualmente julgar já o mérito. Vossa Excelência não o disse, mas acredito que nós estamos fazendo nesse sentido, porque, pelo que percebi, o processo era de pedido de liminar, e nós estamos julgando já o mérito. Então, eu gostaria de fazer esse registro porque acredito que estamos resolvendo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - A partir desse registro, Ministro Gilmar, eu gostaria de avançar um pouco mais, porque acho que é possível.

Na última assentada, nós chegamos a ponderar que, na verdade, essas liminares nas ações de controle de constitucionalidade são urgentes, mas nem por isso elas são cautelares; elas são satisfativas. E se o processo já está completamente instruído, com todas as manifestações, e nós já estamos adentrando ao mérito, nada impediria que nós déssemos o caráter de definitividade a essa solução de mérito final. Até porque não haverá nenhum interesse de agir na propositura de uma futura ação de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, com essa

**ADI 4.163 / SP**

definição. Quer dizer, vamos ficar com uma liminar esperando o processo principal, que não virá. Por outro lado há uma série de provimentos urgentes, que têm natureza satisfativa no próprio Código de Processo Civil. O artigo 888 estabelece, por exemplo: a entrega de bens de uso pessoal de cônjuge e dos filhos; a demolição de prédio. Isso tudo são medidas urgentes e satisfativas, provimentos satisfativos urgentes. Então, há essa figura. Eu tive a oportunidade, coincidentemente, de enfrentá-las no trabalho sobre tutela de segurança e tutela de evidência.

Entendo, Ministro Gilmar, que isso seja um instrumento hábil à nossa gestão de inúmeros processo que decidimos, em termos de uma suposta liminar, cautelar, e que depois ficam a espera de uma ação principal, que não precisa vir.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não, é que não tem ação principal aqui. Na verdade o pedido de liminar é no próprio processo. Esse processo, na verdade, é uma construção brasileira que se fez a partir, Ministro Fux, do mandado de segurança. No fundo nós tínhamos um mandado de segurança, com a possibilidade de pedido de liminar; depois, avançamos para a representação interventiva; e, na primeira lei de representação interventiva, salvo engano, mandou-se aplicar, no que coubesse, a lei do mandado de segurança. Então, passou-se a aplicar a liminar em representação interventiva, suspendendo, eventualmente, a aplicação da lei. Depois, veio, então, o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ou, antes disso, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admitir o cabimento de cautelar em representação de inconstitucionalidade. Depois veio a Emenda nº 7/77, que admitiu a cautelar em sede expressa. Houve um debate no Supremo Tribunal Federal, do qual participou, por exemplo, salvo engano, Xavier de Albuquerque, em que se dizia se cabia ou não a cautelar em sede de representação de inconstitucionalidade, na linha do que cabe no mandado de segurança. Mas é claro que a liminar, aqui, tem um caráter muito peculiar, porque seja lá o que for, ela envolve a suspensão da eficácia ou a suspensão de vigência de uma lei. Aí, então,

**ADI 4.163 / SP**

por conta desse debate, veio a Emenda nº 7/77, que previu expressamente a competência do Supremo para conceder a cautelar em sede de representação de inconstitucionalidade.

Eu não mudaria nada, até porque, agora, na Lei nº 9.868, o que se permite? Permite-se a cautelar e, na cautelar, permite-se ouvir o Ministério Público e a AGU; que dizer, podemos ter o processo instruído e, nesse caso, podemos já julgar o mérito. Tanto é que nós já temos precedentes – eu acredito da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence – no sentido de admitir que, estando o processo instruído, passamos logo ao julgamento de mérito. Senão, temos aquela situação para a qual apontávamos em relação ao caso do CNJ, em que dizíamos: "Puxa, são tão exaurientes as razões que, dificilmente, vamos conseguir acrescentar algo mais no julgamento de mérito". E, aí, falamos um pouco, num argumento retórico, nesse juízo de cognição sumária. Que cognição sumária é essa que consome três dias de julgamento?

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Vossa Excelência tem toda a razão.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – Mas, é claro, para que possamos atender a esse requisito, temos que ter a manifestação de todos aqueles que estão legitimados: Ministério Público, AGU, para que isso se consuma.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Ministro Gilmar, só para fazer um adendo. Na realidade, a falta de interesse processual se aplica quando se trata de uma ação cautelar e de uma principal. Aqui, a falta seria de interesse processual superveniente.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Essa chamada liminar integra o próprio procedimento da ação.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É. Essa é uma liminar satisfativa, e hoje já se preconiza, no mundo inteiro, a estabilização da tutela antecipada se não houve oposição a ela. Parece ser o caso

**ADI 4.163 / SP**

específico, aqui.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -** Exatamente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX -** Eu comungaria dessa opinião de nós transformarmos em definitiva essa solução adotada em suposta cognição sumária.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -** Então, neste caso, eu só gostaria de fazer o registro que, de fato, embora instruída como liminar, nós estamos a julgar o mérito, e acredito que seja uma boa solução.

Em relação ao tema de fundo, eu já tive oportunidade de dizer também que compartilho um pouco das preocupações aqui explicitadas pela Ministro Marco Aurélio. De fato, parece, *a priori*, um pouco extravagante falar-se de uma interpretação conforme quando o texto constitucional talvez sugerisse que sequer isso deveria ser mencionado isso é uma coisa interna do âmbito da Defensoria. Mas também não podemos – isso temos falado aqui – olvidar a realidade, fazer de conta que a realidade não existe. E, quando estamos a falar exatamente do maior estado da Federação, desestruturar esse serviço pode significar um dano muito maior – na linha do Evangelho, Presidente, querendo fazer o bem, acabamos fazendo o mal. Então, temos que ter aqui uma grande responsabilidade.

Por outro lado, salvo engano, no próprio memorial da Defensoria Pública, já se admitia essa possibilidade, dizendo: o problema não é o convênio; o problema é a exclusividade do convênio.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO -** E a obrigatoriedade.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -** E a obrigatoriedade inclusive de contratar. Então, essa era a questão básica. Isso decorria inclusive da lei. Por isso Vossa Excelência, então, chancelou a inconstitucionalidade.

Então, me parece que a solução é adequada, tendo em vista esses

**ADI 4.163 / SP**

termos. Agora, se se evolui – e deve-se evoluir – positivamente, pelo menos os sinais indicam nesses sentido –, e a Defensoria Pública passa a responder massivamente, sem a necessidade desses convênios, para toda a sua missão, todos os seus desafios, obviamente, no âmbito de sua autonomia, ela poderá fazer o redimensionamento desses convênios, sem maiores dificuldades. Também já foi dito aqui – eu fiz referência expressa, e há inclusive um memorial do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – é importante, Presidente, que haja a possibilidade, realmente, de que, em casos como este, que essa celebração de convênio se dê com diferentes institutos; que determinados tipos de atividade – por exemplo, a advocacia voluntária, a advocacia *pro bono* – sejam devidamente contemplados. Em muitos casos, essa advocacia *pro bono* é altamente especializada e pode atender a determinadas situações somente graças a esse tipo de oferta. Como, então, demonizá-la? como colocá-la na ilegalidade? Como dispensar esse tipo de atividade? Especialmente diante das carências que são conhecidas e do grande desafio que se coloca.

A tarefa de assistência judiciária, já foi dito por todos aqui, é hercúlea. Presidente, nós temos algo em torno de quinhentos mil presos no Brasil. A metade desse contingente é de presos provisórios. Certamente nós não exageramos ao falar que noventa, noventa e cinco por cento dessas pessoas são pessoas pobres; portanto, carentes de algum tipo de assistência. E nós temos sabe quantos defensores públicos no Brasil, Presidente? Cinco mil defensores públicos. Basta ver: se os defensores públicos tivessem se dedicado tão somente às questões criminais, Ministro Fux, eles não dariam conta dessa tarefa. Isso é evidente. Então, é necessário que haja outro tipo de articulação, que haja outro tipo de pensamento que não passe por esse modelo de prestação de um serviço público com essas características de monopólio. Já tivemos de ter muito cuidado aqui em relação a essas pretensões de caráter corporativo. Passa a vindicar o direito de não prestar o serviço, porque é isto que resulta, em última instância: veta-se o trabalho da advocacia voluntária, veta-se a atividade desses entes, mas não se consegue atender



**ADI 4.163 / SP**

às demandas, que são enormes, num país de uma forte tradição judicialista. Nós estamos a falar, Presidente, de oitenta milhões de processos que tramitam este ano pelas instâncias todas do Brasil. Portanto, nós estamos a falar que praticamente um em cada três cidadãos no Brasil tem uma demanda na Justiça. Nós estamos falando, portanto, de uma tendência à expansão dessa realidade, o que envolve a atividade de assistência judiciária, ou, eventualmente, não de assistência judiciária, mas de assistência jurídica.

Então, é importante que se valorize essa atividade de convênios, de incentivo a um tipo de pensamento alternativo da assistência jurídica.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Vossa Excelência me permite?

Eu acho que nós devíamos estabelecer uma ordem de preferência. Os convênios, o incentivo aos convênios se coloca num plano contingencial, de emergência e de excepcionalidade. Devemos incentivar, sim, o aparelhamento, o fortalecimento das defensorias públicas. A prioridade das prioridades nesse plano é o fortalecimento das defensorias públicas. Agora, num plano contingencial, num plano emergencial, num plano - digamos - supletivo de explícita transitoriedade é que se pode recorrer à advocacia **pro bono**. É como eu penso, à luz do modelo constitucional. E acho que o voto do Ministro Peluso não desborda dessa ordem de precedência das coisas.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Eu tenho a impressão, Ministro Britto, que a tarefa é tão ingente, é tão grande, que, a rigor, não é possível pretender, à luz desse quadro – estamos apenas a trabalhar com números –, que cinco mil defensores públicos dela deem conta. Estamos a falar, por exemplo, de quinhentos mil presos no Brasil. Quinhentos mil presos! Quer dizer, se a Defensoria Pública hoje tivesse se dedicado apenas à questão criminal, nós estaríamos muito distantes de satisfazer minimamente essa demanda.

De modo que me parece fundamental haver uma articulação; que a Defensoria Pública tenha um papel central, como órgão central de coordenação desse tipo de atividade. Mas não me parece que possamos

**ADI 4.163 / SP**

estabelecer essa ideia de monopólio. Por isso é que eu dizia da importância de rever aquela nossa jurisprudência que censurava a atividade de assistência jurídica ofertada por municípios. Se houver municípios com condições de fazê-lo, que façam; se houver entidades não governamentais ou outras que possam dar algum tipo de assistência, que possam fazê-lo, desde que não façam com exploração dessas pessoas. Mas por que não fazer esse tipo de articulação? Então, acho que a oportunidade é importante para deixar isso claro.

Eu tenho a impressão de que deveria se incentivar – Ministro Cézar Peluso que está na presidência do CNJ, e Vossa Excelência que está prestes a assumir – a advocacia *pro bono*, até mesmo oferecendo algum tipo de sanção premial, de convite, para que advogados prestassem esse tipo de advocacia. Como eu disse, se nós conseguíssemos colocar um advogado em cada presídio deste país, nós mudaríamos essa face vergonhosa que existe no campo dos direitos humanos: abandono, violência, tortura. Não é uma tarefa fácil, mas também não é uma tarefa impossível, considerando o número de advogados disponíveis, desde que haja um tipo de organização. Então, talvez pudéssemos incentivar, por exemplo, colocando que isso valeria ponto de títulos para concurso da advocacia, concursos da Defensoria, concursos do Ministério Público, por exemplo. São medidas que podem ser pensadas.

Poder-se-ia pensar, acredito estar defasado o Texto Constitucional em relação, por exemplo, ao chamado serviço civil alternativo. O Texto Constitucional, como sabem, estabelece nos § 1º e 2º do artigo 143:

"Art. 143 - .....

§ 1º - Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir".

**ADI 4.163 / SP**

Por que não pensar, talvez, numa reformulação disso para pensar num serviço alternativo obrigatório? Não para quem alega que não pode prestar serviço militar por uma razão de consciência, mas para aquele que não é chamado para prestar o serviço militar, que é a maioria; para prestar algum tipo de serviço nessa seara com a advocacia *pro bono*.

Parece-me que há alternativas, e o quadro é tão desafiador, Presidente, que me parece impossível dispensar, prescindir desse tipo de cooperação. Nós não podemos, nesse caso, não levar em conta as consequências da nossa decisão.

Em tese, pelas considerações feitas aqui, tecnicamente, nós poderíamos até declarar a norma da Constituição estadual de São Paulo, na parte final, como norma inconstitucional, mas, aí, teríamos de dar eficácia prospectiva a essa decisão. E também não impediríamos que, no futuro, a Defensoria continuasse a fazer convênio, inclusive com a Ordem dos Advogados do Brasil.

Acredito que Vossa Excelência deu uma adequada solução para o caso e, por isso, subscrevo o voto de Vossa Excelência, mas eu gostaria de fazer esse adendo, porque há, realmente inúmeras carências.

Para não faltar com os números, Presidente, eu só queria lembrar, em relação a temas que a toda hora se colocam, é que, em geral, a gente sabe que para questões extremamente complexas há sempre soluções simples e, em geral, erradas. E esse é um desses temas difíceis, desses temas complicados.

Recentemente, o grande jornal Folha de São Paulo publicava uma matéria sobre o funcionamento do foro privilegiado. E logo alguns apressados chegaram à conclusão: o foro privilegiado funciona mal; logo, funciona bem o primeiro grau. Certo? Não. Errado. Não funciona bem o primeiro grau também no país, Presidente.

Eu já tive oportunidade de dizer no CNJ que nós verificamos, há pouco tempo, quatro mil homicídios, sem inquérito aberto, em Alagoas. Isso conta uma história da justiça criminal. Nós verificamos, Presidente, mil crimes de júri para prescrever em Jaboatão dos Guararapes,

**ADI 4.163 / SP**

Presidente: falta de defensor, falta de juiz, falta de promotor. Que justiça de primeiro grau funciona desse jeito? Então, não vamos ficar fazendo enrolação. Não vamos fazer simplificação em relação a isso. É necessário fazer uma reforma completa do sistema de justiça criminal. E nesse sentido está também a Defensoria Pública, para que a gente não subscreva soluções simplistas e erradas.

Subscrevo o voto de Vossa Excelência, Presidente.

29/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, estaremos julgando o pedido final ou a cautelar?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - A medida final. Já estamos no mérito, julgando a ação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Já é o mérito.

Presidente, a Constituição Federal está em vigor há mais de vinte e três anos e trouxe regra quanto a um serviço essencial, a uma atividade precípua do Estado, no campo da assistência jurídica e judiciária aos menos afortunados. Previu, em bom português, em bom vernáculo, que esse serviço deve ser prestado pelo Estado àqueles que comprovem insuficiência de recursos. Mais do que isso, a própria Carta de 1988 previu qual seria o segmento do Poder Executivo que prestaria esse serviço, apontando, também, como função essencial à Justiça.

Preceitua o artigo 134 da Carta de 1988:

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.

Presidente, qual a postura adotada por São Paulo, o maior Estado da Federação?

O que houve após a Carta de 1988? Simplesmente não observou o que contido na Constituição Cidadã. Somente com a Lei Complementar nº 988, de 2006 – passados dezesseis anos, portanto – ocorreu a criação da Defensoria Pública.

Estou lembrado, não tenho o precedente, de situação concreta do Rio Grande do Sul, em que, logo após a Carta de 1988, versamos, quanto à contratação de advogados para prestar essa assistência em que pese –

**ADI 4.163 / SP**

penso que à época já havia Defensoria Pública no Rio Grande do Sul – a inconstitucionalidade progressiva.

Indago: até quando vamos ficar na mitigação da Carta da República? Na tomada desse documento, que é de eficácia maior e não simplesmente lírico, como algo formal e não real? Vários foram os pronunciamentos do Supremo quanto à necessidade de as unidades da Federação estruturarem a Defensoria Pública, e ainda não me defrontei com caso em que apontada ausência de estruturação do Ministério Público. Talvez porque o Ministério Público tenha a iniciativa do encaminhamento de projeto de lei para o aumento do respectivo quadro, enquanto a Defensoria Pública não. Até quando vamos conviver com esse estado de coisas, que acaba por emprestar à Lei Maior do País, muito pouco amada pelos dirigentes, pelos homens públicos, contornos meramente formais, como se fosse um documento – como disse – romântico; que não primasse pela realidade, pela concretude?

Em 1994, dezoito anos atrás, nesta bancada, puxei voto para, a partir desse instituto – resultante de uma construção doutrinário-jurisprudencial, que é o da inconstitucionalidade progressiva –, dizer íntegro, hígido, o artigo 68 do Código de Processo Penal, no que confere legitimidade ao Ministério Público, fazendo as vezes da Defensoria Pública, para a ação *ex delicto*. Nesse voto, que dizia respeito a uma situação concreta vinda de São Paulo, referi-me à Defensoria Pública. Vários foram os pronunciamentos seguintes: na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.229, examinamos situação concreta em que se previu a contratação de defensores públicos por prazo determinado, como se a assistência fosse algo realmente transitório, e não definitiva, em termos de atuação do Estado. Continuamos julgando casos e apreciamos um outro, em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, em 1998, também a versar a legitimidade do Ministério Público, presente o artigo 68 do Código de Processo Penal.

Prossequimos analisando esse menosprezo do Executivo e do Legislativo, relativamente ao que não dá voto, ao implemento do que previsto na Constituição Federal, quanto à estrutura da Defensoria

**ADI 4.163 / SP**

Pública.

A Carta do Estado de São Paulo, mais precisamente a Lei Complementar, versa convênio – e este pressupõe, de início, manifestação espontânea da vontade – obrigatório a encerrar uma reserva de mercado quanto ao gerenciamento da assistência jurídica, reserva de mercado presente a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Afirmou-se que setenta por cento do orçamento da Defensoria (setenta por cento!) são destinados a fazer frente a esse convênio, com implicações múltiplas quanto à prestação de contas, a despesas, e em verdadeiro círculo vicioso: O Estado não encaminha projeto para aumentar o quadro da Defensoria Pública; há necessidade de prestação da assistência; e assim se vai contando a história do Brasil, presente a Constituição Federal.

Colhi da inicial da ação direta de inconstitucionalidade – para mim, possível de ser julgada como tal, frase do então Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando: "A Defensoria Pública está, no caso em exame, freada pela intermediação da OAB, seção do Estado de São Paulo". E continuará freada. Por que continuará freada, embora podendo definir com quem estabelecerá convênio? Por que haverá a inércia do Executivo quanto à indispensável estruturação do órgão. E continuará com número deficiente, ante a demanda, de defensores.

Presidente, ontem se disse que a situação de São Paulo se mostrava inconstitucional porque essa assistência que a Carta quer, prestada pela Defensoria Pública, por servidores públicos concursados, era prestada por advogados do Estado. Quando da feitura do concurso – e legitimamos a opção dos procuradores pela integração ao novo órgão, a Defensoria Pública –, os procuradores o implementavam para representar e defender o Estado e para prestar assistência, fazendo as vezes – de forma equivocada, de forma inconstitucional – da Defensoria Pública.

Veio a lei, em 2006, e criou a Defensoria Pública, para quê? Para não desempenhar a função que se aponta essencial à Justiça? Para simplesmente ser senhora da delegação desse serviço, que deve ser prestado por concursado, e não por advogado, arregimentado – e

**ADI 4.163 / SP**

geralmente arregimentado a partir de remuneração que, pelo menos, sinaliza o que poderá ocorrer na prestação da assistência jurídica e judiciária.

O Dr. Luís Roberto Barroso mencionou da tribuna a existência de cerca de duzentas representações mensais de magistrados, junto à OAB – Seccional de São Paulo, quanto ao desempenho desses advogados.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Esse é um número que impressiona verdadeiramente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quantas e quantas vezes já se declarou, em processo, indefeso o acusado pela parca, pela deficiência – não vou falar em negligência, mas em imperícia – do profissional em atuação? Será que é isso que esse documento, pouco amado – para mim, pouco amado – no Brasil, que é a Constituição Federal quer? Será que não estaremos contribuindo para a manutenção do círculo vicioso? O Executivo não encaminha, embora haja orçamento – pressionado até mesmo no campo político –, projeto para aumentar o quadro, e continuará a Defensoria Pública a destinar setenta por cento de seu orçamento para essa contratação, que fica aquém do serviço que, a rigor, pela Carta, deve ser prestado.

Presidente, a todos os títulos, há de haver um ponto final nessa situação. Devemos sopesar valores. Existe demanda, e a Defensoria Pública de São Paulo não está, passados vinte e três anos da imposição constitucional, devidamente estruturada. Mas não podemos assentar, neste julgamento de fundo, que é inconstitucional a Ordem gerenciar a delegação, mas não o é o implemento da terceirização, pela Defensoria Pública.

O que está na Lei Maior não leva a esse resultado; sopesando valores, não posso deixar de homenagear o texto constitucional. E estamos a versar atividade essencial, atividade que a Carta aponta que deve ser desenvolvida não por advogado – contratado, soube, por quinhentos reais a processo, e certamente não serão contratados os



**ADI 4.163 / SP**

grandes criminalistas, em se tratando de um processo criminal.

Acolho o pedido formalizado pelo Procurador-Geral da República tal com o foi. Entendo que a parte final do artigo da Carta do Estado de São Paulo, no que viabiliza a assistência por advogados contratados mediante convênio, conflita com a Constituição Federal, e o artigo 234 da Lei Complementar conflita – como disse Vossa Excelência, parafraseando um integrante do Tribunal –, "a mais não poder", com a mesma Constituição.

Busco, Presidente, e é atividade precípua do Supremo, o guarda maior da Constituição Federal. E penso que essa guarda, com a devida vênia daqueles que concluem de forma diversa, não estará a ocorrer se simplesmente transferirmos da Ordem para a Defensoria, potencializando a autonomia desta, a possibilidade de delegação. E disse que não imagino a mesma delegação quanto à defesa do Estado, consideradas as procuradorias estaduais; não imagino a mesma delegação quanto ao Ministério Público, para que um advogado, assim designado por ele, Ministério Público, venha a atuar, fazendo as vezes, personificando o Estado acusador.

A maioria está formada, fico admirado com a flexibilidade adotada pela maioria quanto ao teor da Carta da República, projetando, a meu ver, de forma indeterminada no tempo, a precariedade das defensorias – e já não se pode mais, passados vinte e três anos, cogitar de situação transitória. Admito a ação como direta de inconstitucionalidade e julgo procedente às inteiras o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República.

É como voto.

**29/02/2012**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163 SÃO PAULO**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Senhor Presidente, eu insisto no ponto de vista, que me parece consentâneo com o de Vossa Excelência, de que essa interpretação conforme significa uma possibilidade de recurso a outros órgãos, de capacidade postulatória nos seus respectivos membros, em caráter tão supletivo quanto transitório e excepcional, e sempre a critério das próprias defensorias públicas no uso de sua autonomia funcional e administrativa.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** - É exatamente como consta do dispositivo do meu voto.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.163**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO**

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO

INTDO.(A/S) : SECCIONAL SÃO PAULO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S) : LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

**Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), conheceu da ação como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, julgando-a, em parte, procedente, para declarar a ilegitimidade ou não-recepção do artigo 234 e seus parágrafos, da Lei Complementar Estadual Paulista nº 988, de 9 de janeiro de 2006, e declarar constitucional o artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo, desde que interpretado conforme a Constituição, no sentido de apenas autorizar, sem obrigatoriedade nem exclusividade, a Defensoria a celebrar convênio com a OAB-SP, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira; pela interessada Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Dra. Daniela Sollberger Cembranelli, Defensora Pública Geral do Estado; pela interessada Associação Nacional dos Defensores Públicos-ANADEP, o Professor Luís Roberto Barroso; e, pela interessada Seccional São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Oswaldo Pinheiro Júnior. Plenário, 29.02.2012.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu  
Secretário