

Parecer CONDEGE

Autonomia da Defensoria Pública

Ref: Inconstitucionalidade da institucionalização de advocacia dativa paga pelos cofres públicos, em detrimento do modelo público de prestação de assistência jurídica

(Parecer aprovado na 28ª Reunião Ordinária do Condege, realizada em Recife – PE, no dia 31 de maio de 2019)

1. Diante da possibilidade de propostas legislativas que busquem, no âmbito dos Estados, institucionalizar modelos de prestação de assistência jurídica a necessitados diversos do modelo público, é pertinente a manifestação deste Conselho a respeito da matéria, diante da afetação direta e evidente da atividade da Defensoria Pública em território nacional.
2. Presta-se o presente parecer a demonstrar a incompatibilidade de tais propostas com a normativa constitucional e infraconstitucional sobre o tema da prestação de assistência jurídica aos necessitados.

DO MODELO PÚBLICO DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS

3. A Constituição Federal de 1988 não deixa qualquer margem de dúvida quanto à adoção do **modelo público** de prestação de assistência jurídica aos necessitados, à medida que expressamente atribui referido mister à Defensoria Pública. É dizer, o texto constitucional prevê verdadeira “estruturação de aparato estatal voltado a fazer cumprir sua destinação institucional”¹.
4. Dispõe o *caput* do art. 134:

¹ REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

5. A opção constitucional no sentido de não implementar outras modalidades de assistência jurídica, como, *v.g.*, *pro bono* e *judicare*², decorre do sopesamento feito pelo constituinte quanto a certas características que somente podem ser atingidas com o modelo público.

6. A este respeito, destaca-se que somente no modelo público é possível: (a) a especialização do atendimento em demandas individuais e coletivas; (b) um regime de dedicação exclusiva daqueles que prestam o serviço; (c) controle correicional decorrente da organização em carreira pública; (d) observância a princípios constitucionais de Direito Administrativo, como moralidade e impessoalidade que, como regra, impedem a contratação de pessoal sem prévio concurso público, bem como estipulam teto para aferição de subsídios e vencimentos, etc.

7. Diante dos atributos que apenas podem ser alcançados pelo modelo público, a Emenda Constitucional n. 80/14 *reafirmou* a necessidade de expansão da Defensoria Pública, ao determinar que “no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em **todas** as unidades jurisdicionais”, sendo que “o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população”³.

² No sistema *judicare*, “advogados (profissionais liberais) são remunerados pelos cofres públicos, prestando assistência judiciária às pessoas necessitadas. Nota-se aqui que o advogado mantém seu *status* de profissional liberal, de tal forma que a percepção de honorários através de cofres públicos não o impede de exercer a advocacia em prol de sua clientela provada.” (REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.)

³ ADCT. **Art. 98.** O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º **No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.**

DA INCONSTITUCIONALIDADE NA SUBSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA PELO ESTADO

8. Em que pese a clareza dos dispositivos constitucionais citados acima, o STF teve a oportunidade de reiterar a importância de o Estado assegurar a defesa de interesses jurídicos dos necessitados mediante a atuação da Defensoria Pública. Confira-se:

Art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina. LC estadual 155/1997. **Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de "defensoria pública dativa".**

Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inciso LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988.

Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da LC estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de um ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994). (ADI 3.892 e ADI 4.270, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-3-2012, P, DJE de 25-9-2012.) (Vide ARE 767.615 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 5-11-2013, 2ª T, DJE de 11-11-2013) (g.n.)

9. O Ministro Relator deixa claro, em seu voto, que a Constituição da República não deixou margem de dúvida acerca da **forma** de cumprimento ao mandamento constitucional – e correspondente direito fundamental – de prestação da assistência jurídica integral e gratuita:

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Em resumo, a situação em Santa Catarina, além de severo ataque à dignidade do ser humano, cuja proteção, sob o ângulo do direito de acesso à justiça, passa variar de acordo com a sua localização geográfica no território nacional, representa, em minha opinião, grave desrespeito a uma **ordem do constituinte, que não se limitou à exortação genérica do dever de prestar assistência judiciária, mas descreveu, inclusive, a forma que deve ser adotada na execução desse serviço público, não dando margem a qualquer liberdade por parte do legislador estadual.**

10. Naqueles mesmos autos, durante os debates, com a percuciência que lhe é peculiar, o saudoso Ministro Ayres Britto sublinhou tal aspecto, qual seja, a indissociabilidade entre a prestação estatal de assistência jurídica e a Defensoria Pública:

E o modelo constitucional de assistência jurídica integral e gratuita, orientação e assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, é um modelo de imbricação, de germinação, de enlace entre essa assistência, essa orientação aos economicamente débeis e as defensorias públicas. Não há como dissociar as coisas. Esse direito subjetivo das pessoas economicamente precarizadas à assistência e orientação, no plano administrativo e no plano jurisdicional, por modo gratuito e integral, não se exerce com eficácia senão quando prestado - é o modelo da Constituição - por um órgão de alta especialização, de alta concepção constitucional, que são as defensorias públicas. As coisas estão, portanto, enlaçadas.

[...]

Portanto, eu também entendo que deixar de aparelhar as defensorias públicas é atentar violentamente contra a Constituição e correr o risco até de incidir nesse crime mais alto, o crime de responsabilidade.

11. Não somente no gravíssimo caso do Estado de Santa Catarina, em que se pretendia substituir pura e simplesmente o modelo público pelo modelo *judicare*, deixando de criar e aparelhar a Defensoria Pública por completo, privilegiando convênio estatal direto com a OAB, o STF foi chamado a se pronunciar sobre a matéria.

12. Cumpre destacar, também, trecho do voto vencedor proferido pelo relator, Ministro Cezar Peluso na ADI 4.163/SP, a qual versava sobre a autonomia da Defensoria Pública em face da (julgada inconstitucional) obrigação legal de celebração de convênios com a OAB:

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. **(STF. ADI 4.163/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 29/02/12) (g.n.)**

13. Tanto o texto constitucional como o entendimento jurisprudencial demonstram que subterfúgios que, de qualquer forma, restrinjam a atuação institucional da Defensoria Pública, em detrimento de outros modelos de prestação de assistência jurídica, devem ser veementemente rechaçados, tendo em vista a inconstitucionalidade material subjacente.

14. Assim, causa espécie o fato de, ainda hoje, haver notícias de projetos em afronta ao modelo público, prevendo, por exemplo, que a defesa jurídica dos necessitados decorrerá de atuação de advogados – não concursados e não sujeitos ao teto constitucional – contratados livremente pelo Estado.

15. É o que ocorre, por exemplo, no Estado do Tocantins, em que se verificou iniciativa para apresentação de projeto de lei visando a criação de sistema de assistência judiciária composto por advogados inscritos na OAB/TO, em prejuízo da Defensoria Pública, que, frise-se, já se encontra instalada em todas as comarcas do Estado.

16. Na matéria, não bastasse a clareza constitucional, interpretada em decisões de caráter **vinculante** e eficácia **erga omnes**, é de se rememorar o disposto no art. 4º, §5º, da Lei

Complementar federal n. 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *In verbis*:

§ 5º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado **será exercida pela Defensoria Pública**. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

17. O dispositivo legal em questão, em plena vigência, de caráter normativo geral no âmbito nacional (e, portanto, não passível de contrariedade por dispositivo estadual, sem se incorrer em grave inconstitucionalidade) indica **a impossibilidade de o Estado criar outro modelo institucional de prestação de assistência jurídica às pessoas necessitadas**, sob pena de haurir o mister constitucional atribuído à Defensoria Pública.

18. Tal previsão legal, aliada à autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública, permite concluir que quaisquer recursos provenientes do Estado para fins de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados devem, necessariamente, ser destinados à Defensoria Pública.

19. Como se verá, a possibilidade de celebração de convênios, residual e excepcional, também conforme a pena do Pretório Excelso, fica circunscrita ao exercício da autonomia administrativa pelas próprias defensorias, e não ao alvedrio do executivo ou qualquer outro ente.

DA PROGRESSIVA IMPLEMENTAÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE DESCENTRALIZAÇÃO PROVISÓRIA DE PARTE DA PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA – OBSERVÂNCIA À AUTONOMIA INSTITUCIONAL

20. Como é cediço, é atribuição constitucional da Defensoria Pública a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Para cumprir tal desiderato, a norma fundamental também assegurou à Instituição autonomia administrativa, funcional e financeira:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

[...]

§ 2º **Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa** e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

21. Ademais, com a normatização infraconstitucional subjacente, restou assentado que a prestação de assistência jurídica pela Defensoria Pública pode se dar mediante a celebração de convênios com órgãos ou entidades nacionais ou estrangeiras – sempre a critério **da própria Defensoria Pública**.

22. Nesse sentido, por exemplo, há previsão legal específica acerca da consecução **indireta** das atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, conforme se verifica pela leitura da Lei Complementar estadual nº 988/2006:

Artigo 19 - São atribuições do Defensor Público-Geral do Estado, dentre outras:

[...]

XIII - firmar **convênios** com órgãos ou entidades, nacionais ou estrangeiras, **visando à consecução das atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado;**

23. Importante lembrar que a possibilidade de celebração de convênios pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo já foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão vinculante e de eficácia *erga omnes*, levada a efeito no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4163/SP, assim ementada:

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 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 – OABSP. 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.**

(STF – ADI 4163 SP, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 29/02/2012, Tribunal Pleno, Publ. DJe 01/03/2013) (g.n.)

24. Ou seja, restou afirmada a possibilidade de celebração de convênios pela Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica, no gozo de sua autonomia funcional, administrativa e financeira, sendo, inclusive, **inviabilizada, por inconstitucional, a obrigatoriedade de celebração com qualquer ente específico (naquele caso, a OAB/SP).**

25. Acerca da **autonomia** da Defensoria Pública, é possível extrair do V. Acórdão o seguinte:

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 ideia de autoadministração, 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” (negrito no original, grifo nosso).

26. Note-se que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu que, diante da ainda insuficiente estruturação da Defensoria Pública no Brasil e, em específico, no Estado de São Paulo, é justificável a possibilidade de estabelecimento, via convênio, da prestação por outras entidades da assistência jurídica, coordenada pela Defensoria Pública. É o que se verifica no seguinte trecho do voto do Exmo. Min. Relator:

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.

27. Assim, conforme entendimento do Pretório Excelso, resta claro que o **instrumento de convênio se encontra à disposição, apenas, da Defensoria Pública para que, quando impossibilitada de cumprir sozinha a prestação da assistência jurídica, possa absorver os**

casos que, de outra forma, não teria possibilidade de assumir diretamente, ainda no curso de sua tão desejada estruturação.

28. Nessa linha, qualquer iniciativa de outro órgão ou Poder deve ser reputada inconstitucional, tendo em vista a flagrante violação à autonomia prevista no art. 134, §2º, da Constituição da República.

CONCLUSÃO

29. Do exposto, depreende-se a inconstitucionalidade material de atos administrativos ou leis que afrontem o modelo público de prestação de assistência jurídica às pessoas necessitadas.

30. Ademais, são igualmente inconstitucionais medidas que cerceiem a autonomia da Defensoria Pública para celebrar convênios que visem complementar a prestação do serviço público.

Recife - PE, 31 de maio de 2019.

COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS