



Sérgio Castro: Defensoria não é obrigada a firmar convênio com OAB

Em data de 31 de maio último, foi apresentada, à Câmara Federal dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição 184/2012, cujo objeto consiste em alterar o artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil, acrescentando-lhe um parágrafo único com a seguinte redação:

Parágrafo único — “A orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do artigo 5º, LXXIV, é de competência concorrente da Advocacia, na forma de convênio a ser estabelecido entre a Ordem dos Advogados do Brasil e o Poder Público, assegurado remuneração digna aos advogados participantes”.

O objetivo do presente artigo é demonstrar a cabal inconstitucionalidade deste expediente tendente a criar uma Defensoria Pública paralela àquelas já existentes nos Estados, Distrito Federal e na União.

Em primeiro plano, aborda-se a inconstitucionalidade relativa à burla ao cânon constitucional inscrito no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, uma vez que a redação da referida Proposta de Emenda, da maneira como vazada em seu texto inicial supra transcrito, deixa claro o intento de se criar um corpo de advogados selecionados pela Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de convênio com o Poder Público, e remunerados com recursos provenientes do erário.

Ou seja, por meio de um convênio celebrado entre a OAB e o Poder Público, e à revelia de um concurso público, selecionam-se advogados para desempenhar uma função que incumbe ao Estado (artigo 5º, inciso LXXIV), e remuneram-se-os com recursos públicos, tudo, frise-se, ao arripio do ditame democratizador do concurso público.

Em segundo plano, como se não bastasse esse substancial aspecto para, por si só, já eivar a constitucionalidade deste Projeto de Emenda Constitucional, outra barreira levanta-se contra sua aprovação.

No julgamento das ADI's 2.797 e 2.806-0/DF, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, a Excelsa Corte assentou não caber ao Poder Legislativo editar norma que contrarie jurisprudência já firmada pelo próprio STF, desrespeitando-se assim seu mister exclusivo de conferir aos princípios e normas constitucionais uma leitura e interpretação soberana e definitiva (excetuando-se, por óbvio, a modificação desta interpretação pela própria corte, a exemplo do que dita o artigo 103-A, parágrafo 2º da carta).

Naquele ensejo, tratava-se de discutir a constitucionalidade de Lei Ordinária Federal (Lei 10.628/2002), que ampliava as hipóteses de duração temporal da prerrogativa de foro (além de estendê-la à seara da responsabilidade por atos de improbidade administrativa), isto após a Excelsa Corte haver cancelado, pouquíssimo tempo antes, o verbete sumular 394 do STF, consolidando jurisprudência justamente contrária à perpetuação da prerrogativa de foro.

Pois bem, quanto ao objeto deste Projeto de Emenda Constitucional, de rigor a lembrança de que o STF, também recentemente, em julgamento lavrado no bojo da ADI (convertida em ADPF) 4.163, já realçou



as balizas constitucionais vigentes para que a Ordem dos Advogados do Brasil possa, legitimamente, concretizar uma atuação colaborativa no âmbito da assistência jurídica gratuita prestada aos hipossuficientes.

Nessa trilha, ousamos sintetizar o entendimento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 4.163), portanto um julgamento dotado dos atributos da vinculatividade e da abrangência *Erga Omnes*.

Em suma, decidiu o Tribunal, na voz do culto ministro Cezar Peluso, que:

- 1-) Dada a autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública, a ela cabe, de maneira livre e discricionária, firmar convênio com qualquer entidade, na consecução de seu objetivo-fim, qual seja o de tornar mais eficiente a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes;
- 2-) Portanto, disso decorre não estar obrigada a Defensoria Pública a conveniar-se com a Ordem dos Advogados do Brasil ou qualquer outra entidade, havendo, assim, afronta à Constituição Federal na norma — ainda que de índole constitucional-estadual — que atribua à OAB ou qualquer outra entidade do gênero exclusividade nestes convênios;
- 3-) Dada a obrigatoriedade de submissão a concurso público para a realização de atividade permanente de Estado (e, a rigor, pelo artigo 5º, inciso LXXIV da CF, a assistência jurídica aos hipossuficientes assim o é), resulta excepcional a participação nesse mister de advogados não submetidos a concurso público.

Pois bem, retomando o que assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo das ADI's 2.797 e 2.806-0-DF, transcreve-se trecho da ementa de lavra do ministro Sepúlveda Pertence, *in verbis*:

“Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal — guarda da Constituição —, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição — como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia —, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.” (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.797-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19 de dezembro de 2006)

O Supremo Tribunal Federal, nesta oportunidade, consagrou tese que de certa forma corrobora a autoridade de seus julgamentos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, bem



como a sua jurisprudência pacífica de forma geral, de modo a impedir que o próprio Congresso Nacional faça tábula rasa do que decidido pela Excelsa Corte em sua tarefa (a da Corte Excelsa) de interpretar definitiva e soberanamente o conteúdo material e formal das normas e princípios constitucionais.

E nem se diga que, naquela ocasião, em que se discutia a constitucionalidade da Lei 10.628/2002 — que alterou o artigo 84 do CPP e acrescentou dois parágrafos ao mesmo artigo, expandindo material e temporalmente a eficácia do instituto do foro privilegiado por prerrogativa de função — tratava-se de lei ordinária, enquanto que, agora, estamos por tangenciar projeto que visa introduzir no ordenamento norma de natureza constitucional.

É sabido que mesmo ao Poder Constituinte Derivado Reformador vigoram restrições advindas da própria Constituição Federal, restrições estas de ordem material, formal, circunstancial (artigo 60, parágrafos 1º usque 5º), o que faz do Poder Constituinte Derivado uma atividade condicionada e limitada a parâmetros estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário.

A esse respeito, escrevem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Não raras vezes, impõe o constituinte limites materiais expressos à eventual reforma da Lei Maior. Cuida-se das chamadas cláusulas pétreas ou da garantia de eternidade (*Ewigkeitsgarantie*), que limitam o poder de reforma sobre determinados objetos”

E arremata,

“Daí falar-se de inconstitucionalidade das normas constitucionais, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas” (Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 6ª Ed., p.1087/1088)

E, para que possamos situar, como preceito fundamental intangível e insuprimível por Emenda Constitucional, os dispositivos constitucionais consagradores da autonomia e da preservação da Defensoria Pública como única instituição estatal apta a prestar a assistência jurídica aos hipossuficientes, vemos, em primeiro lugar, que o Supremo Tribunal Federal converteu a Ação Direta de Constitucionalidade em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando implícito o reconhecimento da Corte quanto ao caráter de preceito fundamental do artigo 134, parágrafo 2º da Constituição Federal — a assegurar autonomia funcional, administrativa e orçamentária às Defensorias Públicas — uma vez que, se fundamental não fosse esse preceito, sequer afigurar-se-ia possível a deliberação de seu mérito pela Corte (cf. julgamento da ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes).

Igualmente, o direito individual a uma prestação jurídica integral e gratuita encontra sustentação tanto no artigo 134, quanto no artigo 5º, inciso LXXIV, este último de natureza irretorquivelmente fundamental e protegido pela denominada cláusula pétrea insculpida no artigo 60, parágrafo 4º, IV.

Noutro giro, embora se tenha discutido no mérito da ADPF 4.163 a constitucionalidade de norma contida na Constituição Estadual do Estado de São Paulo, o efeito vinculante proferido nesta ação irradia seus efeitos para todos os demais Estados-Membros, Distrito Federal, além da própria União, dado o chamado fenômeno da transcendência dos motivos determinantes das decisões do STF em controle de



constitucionalidade, fenômeno sufragado no julgamento do RE 197.917/SP (caso de “Mira Estrela”), e no HC 82.959/SP (progressão de regime em crimes hediondos).

Em conclusão, inegável a burla da Proposta de Emenda à Constituição 184 à decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, nos autos da ADPF 4.163, que conferiu à Defensoria Pública a autoridade para celebrar convênios com vistas a aprimorar a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, tudo com vistas a zelar pelo primado da autonomia da Defensoria Pública como único órgão do Estado apto a promover a satisfação deste direito fundamental individual.

Outrossim, incontornável a inconstitucionalidade deste Projeto de Emenda Constitucional 184, haja vista malferir ele o postulado do ingresso mediante concurso público na Administração Pública, postulado este, antes de mais nada, democratizador e otimizador das atividades desempenhadas pelo Estado (*lato sensu*).

Bibliografia:

Da Silva, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª Ed., Ed. Malheiros, 2009;

Branco, Paulo Gustavo Gonet; Mendes, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 6ª Ed., Ed. Saraiva, 2011;

Date Created

31/08/2012