

**Mandado de Segurança: 0018139-33.2008.4.03.6100**

**Autos com (Conclusão) ao Juiz em 15/12/2011 p/ Sentença**

**S/LIMINAR**

**Tipo : A - Com mérito/Fundamentação individualizada /não repetitiva Livro : 14 Reg.: 805/2011 Folha(s) : 284/296**

**Juiz Federal Wilson Zauhy Filho**

**13ª Vara Cível Federal**

A impetrante busca a concessão de ordem, em sede de mandado de segurança, para ver garantido o direito, que reputa líquido e certo, "de promover a designação de advogados para suplementar as atividades institucionais da Defesa Pública Paulista, como dispõe o artigo 109 da Constituição de São Paulo e o art. 234 da Lei Complementar n. 988/2006" também do Estado de São Paulo, aduzindo, em suas razões de fato e de direito, em síntese, o seguinte: que há 22 (vinte e dois) anos a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil mantém Convênio com o Poder Público, por meio da Procuradoria Geral do Estado, até o ano de 2.006 e com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a partir de 2.007;

no dia 11 de junho de 2.008 venceu o prazo anual de vigência do Convênio anteriormente firmado com a Defesa Pública, e a negociação entre as partes não chegou a um consenso quanto aos termos da renovação, fundamentalmente pela pretensão de que a OAB abra mão de cláusula de reajuste da inflação, que está no Convênio;

além de se negar a renovar o referido Convênio de Assistência Judiciária, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo fez editar o Ato Normativo DPG - 10, de 14 de julho de 2.008, por meio do qual dispôs "sobre as regras gerais de prestação de assistência judiciária complementar no Estado de São Paulo", convidando aos advogados, individual e diretamente, para se cadastrarem na prestação de assistência judiciária complementar, quando deveriam anuir "expressamente ao regime e às normas estabelecidas" naquele ato (art. 2.º, 2.º c.c. art. 3.º) "aceitando honorários aviltados e unilateralmente fixados" (arts. 8.º e anexo III);

que a convocação dos advogados foi realizada por meio da publicação de edital no Diário Oficial.

Reporta-se a impetrante à aplicabilidade do artigo 39, inciso IX, da Constituição Federal e da Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1.993, do artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo, do artigo 234 da Lei Complementar Estadual n. 988 de 9 de janeiro de 2.006, dos artigos 22, 1º, 44, II e 58, V, da Lei n. 8.906 de 4 de junho de 1.994 (Estatuto da OAB) e dos artigos 39, 40 e 41 do "Código de Ética e Disciplina" da Ordem dos Advogados do Brasil, que não estariam sendo observados pela autoridade impetrada.

Requer, ao final, a concessão de liminar para ver sustados os efeitos do Edital de convocação dos advogados e a concessão definitiva da ordem para ver garantido o direito líquido e certo invocado "de promover a designação de advogados para suplementar as atividades institucionais da Defesa Pública Paulista, como dispõe o artigo 109 da Constituição de São Paulo e o art. 234 da Lei Complementar n. 988/2006".

A liminar foi concedida em razão do reconhecimento, em análise preliminar, da "indispensabilidade do convênio para a utilização da força de trabalho de advogados" e, ainda, para que a prestação de serviços aos necessitados de acesso à justiça não sofressem solução de continuidade, com determinação de que os organismos envolvidos - OAB e Defensoria - dessem continuidade ao convênio então existente até 11 de junho de 2.008, em todos os seus

termos, até que sobreviesse solução definitiva nos autos, ou, ainda, ocorresse adequação dos fatos à realidade normativa prenunciada nas razões de decidir da liminar (fls. 40/43).

Em suas informações reporta-se a autoridade coatora à autonomia funcional, administrativa e à iniciativa de proposta orçamentária posto pela Constituição Federal em favor da Defensoria Pública (artigo 134, 2º, pós EC. 45/2.004) e, como corolário desses postulados que "existe a possibilidade de prestação de assistência judiciária por outras organizações da sociedade civil, sendo o convênio o principal instrumento administrativo utilizado para realizar ajustes entre partícipes que buscam a mútua cooperação na realização de objetivos comuns", nos moldes dos artigos 116, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1.993, e 37, XXI, da Constituição Federal;

defende ainda a constitucionalidade do Ato Normativo DPG n. 10, de 14 de julho de 2.008, pois o artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo "não pode ser interpretado de forma restritiva, de modo a impor à Defensoria Pública do Estado de São Paulo a obrigatoriedade de celebrar convênio, e de forma exclusiva, com a OAB, para prestar de forma suplementar, a assistência judiciária" e a "aceitação da tese sustentada pela OAB conduz a um direcionamento único inaceitável de celebração de acordos" pois a interpretação literal e restritiva desse dispositivo constitucional estadual "leva à figura teratológica de convênio compulsório", dado que "o convênio, por definição, pressupõe consenso e unidade de escopos";

diz ainda que o artigo 234 da Lei Complementar Estadual n. 988/2006 deve também ser interpretada do mesmo modo já referido ao artigo 109 da Constituição Estadual, no sentido que "não deve ser interpretado com conteúdo obrigacional dirigido à Defensoria Pública, de manter convênio exclusivamente com a OAB;

que tais dispositivos devem ser interpretados à luz do artigo 134, 2º, da Constituição Federal, por retratarem "mera autorização para a Defensoria Pública manter convênio com a OAB, quando lhe parecer oportuno ou necessário, quando esta forma de ajuste se mostrar mais conveniente, mais vantajosa para a Administração e mais condizente com os princípios que devem nortear o administrador da coisa pública, em especial o da economicidade";

diz ainda que a Lei Complementar n. 988/2006 prevê como receita da Defensoria Pública o Fundo de Assistência Judiciária, instituído pelo art. 7.º da Lei n. 4.476, de 20 de dezembro de 1.985, regulamentado pelo Decreto n. 23.703, de 25 de julho de 1.985 e alterações posteriores, ratificado pela Lei n. 7.001/90, em razão do disposto no artigo 176, IX, da Constituição do Estado de São Paulo e a competência para gerir tal fundo é do Defensor Público-Geral (artigo 19 da Lei Complementar n. 988/2.006) e, daí, o ato impugnado se revela "legítimo, pois realizado manifestamente dentro da competência da Defensoria Pública, com o devido amparo legal";

que a instituição de tabela de honorários advocatícios prescrita no Ato impugnado não representa violação ao disposto no artigo 22, 1º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB) pois a adesão do advogado é facultativa e, além disso, "o atrelamento da tabela de honorários do Convênio à tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, não se coaduna com a necessária previsibilidade das despesas da Administração Pública, ferindo até mesmo o equilíbrio econômico-financeiro da avença";

quanto à não renovação do convênio diz que foi comunicado à impetrante a incidência do reajuste na tabela dos honorários advocatícios, na razão de 5,84%, em conformidade com o disposto na cláusula 5ª., parágrafo 5.º, do termo de convênio que, entretanto, não foi aceito pela OAB, que visava reajuste real e que a renovação não se deu em razão da não manifestação da OAB após o dia 11 de julho, data do encerramento do convênio e, por fim,

que o credenciamento previsto no Ato impugnado não se ressentir de vício dado que "a opção pelo credenciamento, desde que observados os pressupostos assentados, notadamente no que se refere à preservação dos princípios da isonomia, da economicidade e da motivação, é admitida pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais de Contas", pugnando, assim, pela denegação do mandado de segurança, por entender que "não se pode dizer concretizado o direito líquido e certo".

Pede, ainda, a reconsideração da liminar concedida.

Interposto Agravo de Instrumento da decisão concessiva de mandado de segurança (fls. 73/94), a ele foi negado provimento (fls. 181/182).

O Ministério Público Federal manifesta-se pela concessão da segurança, com a confirmação da decisão liminar, para tornar sem efeito o Ato Normativo DPG n. 10/2.008, bem como para que dêem as partes continuidade ao convênio existente até 11 de julho de 2.008, até que novo ajustamento seja realizado.

A Impetrada, por petição de fls.159/162, informa a interposição da ADIN - 4163, pelo Procurador-Geral da República (fls. 168/177), em que se postula a declaração de inconstitucionalidade do artigo 129 da Constituição do Estado de São Paulo e do artigo 234, da Lei Complementar n. 988/2.006, por contrariarem o disposto no artigo 134, 1º e 2º, da Constituição Federal.

Por petição de fls. 188/189 a Fazenda do Estado de São Paulo pede a suspensão do processo até o julgamento da ADIN 4163, ex vi do artigo 265, IV, "a", do Código de Processo Civil. Por despacho de fl. 206, de 25 de junho de 2.009, foi determinado o sobrestamento do mandado de segurança, por um ano, nos termos do artigo 265, IV, do CPC.

Durante o período de suspensão do processo ocorreram várias manifestações, tanto de advogados denunciando o descumprimento da liminar, como da própria impetrante, pelo mesmo motivo, requerendo providências pontuais ao Juiz Federal condutor do processo.

Vencido o prazo anual previsto na lei processual tornaram os autos para sentença.

É o RELATÓRIO.

DECIDO:

Inicialmente destaco que os pedidos formulados por advogados que se sentiram prejudicados por eventual não cumprimento da liminar concedida nos autos (petição de "reclamação" de fls. 341/902) e pela própria Impetrante, pelo mesmo fundamento (petição de fls. 909/928), em que pede providência de "intervenção no Convênio", com designação de administrador, ficam prejudicados diante da superveniência da sentença.

Preliminarmente destaco, também, que a providência cautelar concedida na lide com esteio no Poder Geral de Cautela do Juiz, teve por escopo impedir a solução de continuidade do Convênio que historicamente vinha sendo firmado entre as partes, até a decisão final da lide.

Ressalto que a liminar foi concedida com base no Poder Geral de Cautela dado que efetivamente essa providência não foi expressamente postulada pela Impetrante, que se limitou a pedir a declaração de invalidade do Ato DPJ n. 10, de 14 de julho de 2.008, tudo fundado, na ótica da Impetrante, na premissa de inconstitucionalidade e ilegalidade desse ato

à luz do artigo 37, XI, da Constituição Federal, do artigo 109, da Constituição do Estado de São Paulo, da Lei Complementar (estadual) n. 988, de 2.006, e legislação ordinária correlata. A ordem, no entanto, deve ser denegada.

Em primeiro lugar não se há de falar de aplicação, na espécie, de lei de natureza excepcional (Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1.993), isso porque, além dessa norma ter abrangência exclusiva no âmbito federal, mais especificamente "os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas", em razão de sua excepcionalidade ela só tem aplicação às situações postas por seu artigo 2.º e incisos I a X, não se verificando, nesse rol, a previsão de "contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" para o serviço de assistência judiciária às pessoas carentes.

Isso porque, na dicção do artigo 37, IX, da Constituição Federal, "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público", fazendo ver que apenas os casos aí elencados podem admitir exceção à regra geral de acessibilidade a cargo, inadmissível, na espécie, interpretação extensiva ou mesmo integrativa. Rechaço, assim, o pedido inicial, sob esse fundamento.

Quanto ao ato impugnado no presente mandamus tenho que ele não se ressente de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Nesse ponto é imperioso ressaltar, em premissa, verdadeira contradição na tese esposada pela Impetrante ao pretender dar à figura jurídica do convênio o cunho de obrigatoriedade, quando ele (convênio), por si, é a própria negação da idéia de imposição. Nesse sentido, aliás, a doutrina sintetiza bem o que se deve entender por "convênio administrativo", verbis: "Já no chamado convênio administrativo, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interessados não se contrapõem - ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe.

No convênio, a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização imediata de atividades orientadas à realização de interesses fundamentais similares." (destaquei). (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Dialética, 11ª. Ed., pág. 661). Qualquer outra situação, cuidando-se de ajuste de vontades, se caracteriza como "contrato", como bem pontuava o Decreto n. 93.872, de 23 de dezembro de 1.986, em seu artigo 48, parágrafo único, verbis: "Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato." (destaquei).

Portanto, análise literal dos dispositivos invocados pela Impetrante (art. 109 da CE e 234 da LC 988/06) não permite reconhecer a obrigatoriedade de celebração de convênio, diante da ilogicidade da exigência, que constituiria verdadeira contradição em termos. Ainda que se admita que a Constituição do Estado de São Paulo e a Lei Complementar tenham tentado impor a celebração de um contrato de exclusividade, além de também incidirem em verdadeira contradição, na medida que o contrato pressupõe ajuste de vontades, também constituiria um monopólio inaceitável em prol da OAB.

Mas tenho que a interpretação a ser dada aos dispositivos em questão deva se ajustar ao comando do artigo 134 e parágrafos da Constituição Federal. Dispõe o artigo 134 e seus parágrafos 1º e 2º, o seguinte, verbis: "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 artigo 5.º, LXXIV. Federal e dos Territórios e prescreverá normas

gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. 2.º. 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, 2.º."

A exemplo da Advocacia, "indispensável à administração da justiça", a Defensoria Pública é também "essencial à função jurisdicional", estando em patamar de igualdade em funções e importância na quadra constitucional. Daí não se mostra adequada a interpretação que possa levar à desconsideração das prerrogativas postas pela Constituição Federal de "autonomia funcional e administrativa" em prol da Defensoria Pública, em favor de outra entidade de igual status constitucional.

Portanto, ao editar o Ato DPJ n. 10/2.008, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo nada mais fez do que exercer prerrogativa que lhe conferiu a Constituição Federal. O artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo e o artigo 234 da Lei complementar n. 988/2006 não têm, portanto, a dimensão que lhes procuram dar a Impetrante. Dispõem esses dispositivos, respectivamente, o seguinte: "Art. 109. Para efeito do disposto no artigo 3.º 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". "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 definidas no artigo 5.º desta lei". Os dispositivos transcritos devem ser interpretados no sentido de apenas indicarem que a Defensoria Pública poderá manter convênio com a OAB para o atendimento de suas funções institucionais (atendimento ao universo de pessoas carentes), sem importar que essa indicação seja de natureza exclusiva, vez que poderá a Defensoria Pública socorrer-se de outras entidades, a exemplo de "entidades estudantis que mantenham serviços de assistência judiciária" ou, ainda, "contratação de serviços técnicos e especializados de terceiros, observadas as disposições legais pertinentes" (Decreto Estadual n. 34.462/91), sem que isso importe em violação à Constituição do Estado de São Paulo ou à Lei complementar que implementa o mandamento maior.

Devem, portanto, ser interpretados "conforme a Constituição", assim entendido, em concreto, que em havendo acordo de vontades entre as entidades (OAB e Defensoria Pública) poderão elas celebrar "convênio" de molde a unirem esforços na consecução do objetivo comum: "prestar assistência judiciária ao universo de pessoas carentes"; não havendo acordo de vontades, circunstância que inviabiliza a formação do convênio, poderá a Defensoria Pública, para atender a seus objetivos constitucionais, arregimentar profissionais do direito dispostos a executar a nobre missão de assistir judicialmente a pessoas desprovidas de recursos, fazendo o cadastramento de interessados, diretamente.

Essa interpretação, aliás, é a única que verifico possível, pois se de um lado a Defensoria Pública tem autonomia funcional e administrativa, por força da Constituição Federal, não poderia norma estadual, por mais hierarquizada que seja, minimizar essa autonomia, submetendo a instituição ao jugo de outra instituição de igual importância constitucional. Se tal não bastasse, não aproveita também à Impetrante o argumento de que o valor dos honorários estariam sendo aviltados por força do ato impugnado, e, ainda, que o valor dessa remuneração deveria levar em conta a tabela de honorários fixada pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, quando da prestação de serviços a pessoas carentes, em caráter suplementar à atividade da Defensoria Pública. Esse argumento também não se sustenta e não serve para derribar o ato objeto de questionamento.

Em primeiro lugar sabe-se que a tabela de honorários advocatícios é indicativa de valores mínimos a serem cobrados pelos profissionais de direito vinculados à OAB, mas não são, de modo algum, vinculativos para a Administração Pública, que se prende, por primeiro, à lei; destarte, ato corporativo não pode ser imposto, de modo cogente, à Administração Pública.

A esse propósito a Impetrante sequer questiona o Decreto Estadual n. 34.462, de 27 de dezembro de 1.991, com as alterações do Decreto n. 40.409, de 27 de outubro de 1.995, com fundamento de validade nas Leis Estaduais 4.476, de 20 de dezembro de 1.984 e seu Decreto 23.703, de 25 de julho de 1.985 e na Lei n. 7.001, de 27 de dezembro de 1.990, que estabelece as atribuições do Procurador Geral do Estado, hoje sucedido pelo Defensor Público-Geral, no que diz com a administração do Fundo de Assistência Judiciária, como sendo as seguintes, verbis:"Art. 4.º. Os recursos do Fundo serão aplicados, pela Procuradoria Geral do Estado, consoante diretrizes fixadas pelo Procurador Geral do Estado, na realização de despesas necessárias às atividades de assistência judiciária gratuita, compreendendo, dentre outras:... VIII - pagamento de honorários aos advogados prestadores de assistência judiciária por força de designação do juiz da causa, dentre aqueles previamente inscritos na Capital, junto ao Fundo de Assistência Judiciária, ou no Interior, junto às sedes das Procuradorias Regionais e segundo tabela referida no 3º.... 3.º O Procurador Geral do Estado fixará a Tabela de Honorários para pagamento aos advogados mencionados nos incisos I, III e VIII deste artigo."Bem se vê que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo simplesmente herdou, agora com apoio constitucional (art. 134 da CF), as mesmas atribuições que eram então conferidas ao Procurador Geral do Estado, circunstância que não é questionada, sequer brevemente, pela Impetrante, nessa sede.

A legislação estadual, portanto, reforça a posição de autonomia administrativa da Defensoria Pública, não se podendo falar que a edição do ato impugnado fira alguns dos dispositivos mencionados pela Impetrante, como amplamente demonstrado.

Diante do exposto, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, para julgar improcedente o pedido deduzido pela Impetrante e, de conseguinte, denegar a ordem.Revoga-se a liminar anteriormente concedida.P.R.I.C.São Paulo, 15 de dezembro de 2.011.