

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Social Liberal – PSL, em que se questiona a competência da União para organizar a Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública, conforme os arts. 105-B, *caput* e §3º; e 105-C, da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, acrescentados pelo art. 10 da Lei Complementar n. 132, de 07 de outubro de 2009.

Preliminarmente, verifico que a parte autora, após manifestação da AGU, complementou a procuração com poderes específicos para que abrangesse os arts. 105-B, *caput* e §3º, e 105-C, em sua totalidade. Regularizou-se, assim, o instrumento de mandato, conforme orientação desta Corte na ADI 2.187, Rel. Min. Octavio Gallotti.

Conheço, portanto, da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Estando os autos devidamente instruídos e em plenas condições de julgamento definitivo, passo ao exame de mérito.

De início, recordo que o princípio da lealdade à Federação, extraído da própria existência do Estado Federal, do próprio princípio federativo, foi conceituado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) como a obrigação de todas as partes integrantes do pacto federal de atuar de acordo com o espírito do referido pacto e de colaborar com a sua consolidação, protegendo os interesses comuns do conjunto (*BVerfGE1*, 299 315)

Assim, o princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção, de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a Federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da Federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, não apenas político e moral (ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana* , Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1986, p. 247) .

Não raras vezes surgem dúvidas sobre os limites da competência legislativa dos entes federados, tendo em vista os critérios utilizados pelo próprio constituinte na sua definição e a aparente vinculação de uma determinada matéria a mais de um tipo de competência.

Ao constatar-se aparente incidência de determinado assunto em mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina a norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses. (DEGENHART, Christoph. Staatsrecht, I, Heidelberg, 22ª edição, 2006, p. 56-60)

No presente caso, alega-se que os dispositivos que organizam a Ouvidoria Geral da Defensoria Pública nos Estados-membros violariam a função da União de editar normas gerais sobre a Defensoria Pública.

Esse argumento, entretanto, não merece prosperar. Parece-me evidente que os dispositivos em questão instituem diretrizes gerais sobre a organização e a estrutura da Ouvidoria-Geral das Defensorias Públicas estaduais.

Não percebo singularidade regional ou especificidade local que justifique a impugnação da referida norma. Antes, a legislação veio a garantir que o órgão não tenha atribuições distintas em cada unidade da federação, desvirtuando sua função.

Afasto, portanto, a inconstitucionalidade formal dos dispositivos.

Não vislumbro, igualmente, razão de ser nas alegações de violação aos princípios da razoabilidade e da obrigatoriedade de concurso público, bem como de limitação indevida do exercício de funções de chefia por parte dos membros da carreira da Defensoria Pública.

O art. 37 da Constituição Federal dispõe o seguinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Ao contrário do alegado pelo requerente, entendo que as atribuições conferidas aos membros da Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública estão inseridas entre as previstas na Constituição para a criação de cargos em comissão, quais sejam: direção, chefia e assessoramento.

Como bem registrou a AGU em seu parecer, referida disposição constitucional “estabelece, de modo expresso, ressalva acerca das nomeações para cargos em comissão, que não se condicionam a prévia aprovação em concurso público. Essa é, justamente, a situação em exame, pois o cargo de Ouvidor-Geral não constitui cargo de provimento efetivo, o que autoriza a livre nomeação para seu preenchimento.” (eDOC 36, p. 11).

Nesse sentido, não se pode negar ao Estado a necessária autonomia e discricionariedade para definir a melhor estruturação e composição de seus órgãos, com vistas ao completo alcance dos fins que informam e norteiam a atuação estatal.

Ademais, conforme lição de Maria Tereza Sadek em parecer trazido pela Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, “a Ouvidoria Geral representa a força motriz deste novo modelo (...). Sua autonomia e independência são condições indispensáveis para o exercício de sua função básica – receber críticas, sugestões, elaborar propostas que visem o aperfeiçoamento dos serviços da Defensoria Pública. Trata-se de uma solução institucional repleta de potencialidades construtivas e fecundas. Do lado da sociedade é uma garantia da existência de uma porta aberta entre a população e a Defensoria. No que se refere à Defensoria, permite que a instituição seja permanentemente revigorada a partir de avaliações e propostas de seus usuários. Essa interrelação é a essência da Ouvidoria.” (eDOC 32)

Portanto, não há nenhuma inconstitucionalidade na decisão estatal de instituir um órgão como o que aqui se questiona, composto por agentes que satisfaçam determinados requisitos de capacidade técnica e institucional.

Confiram-se, a propósito, o seguinte precedente:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – CONFIGURAÇÃO – DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA DESSA INSTITUIÇÃO PERMANENTE, ESSENCIAL À FUNÇÃO DO ESTADO – A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO – LEGISLAÇÃO PERTINENTE À ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA – MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE (CF, ART. 24, XIII, C/C O ART. 134, § 1º) – FIXAÇÃO, PELA UNIÃO, DE DIRETRIZES GERAIS E, PELOS ESTADOS-MEMBROS, DE NORMAS SUPLEMENTARES – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA INVESTIDURA NOS CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO-GERAL, DE SEU SUBSTITUTO E DE CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO – OFENSA AO ART. 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA REDAÇÃO QUE LHE DEU A EC Nº 45/2004 – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE CONTRARIA, FRONTALMENTE, CRITÉRIOS MÍNIMOS LEGITIMAMENTE VEICULADOS, EM SEDE DE NORMAS GERAIS, PELA UNIÃO FEDERAL – INCONSTITUCIONALIDADE CARACTERIZADA – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

(...)

COTEJO ENTRE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL E LEI COMPLEMENTAR NACIONAL – INOCORRÊNCIA DE OFENSA MERAMENTE REFLEXA – A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL.

- A Constituição da República, nos casos de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, Estudos de Direito Constitucional, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas

estatais, cabendo , à União, estabelecer normas gerais (CF , art. 24, § 1º), e , aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF , art. 24, § 2º). Doutrina. Precedentes.

- Se é certo , de um lado, que, nas hipóteses referidas no art. 24 da Constituição, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para , assim, invadir , de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos Estados-membros, não é menos exato , de outro, que o Estado-membro, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, consubstanciada na Lei Complementar nº 80/94), não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois , se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá , diretamente, no vício da inconstitucionalidade.

A edição, por determinado Estado-membro, de lei que contrarie, frontalmente, critérios mínimos legitimamente veiculados, em sede de normas gerais , pela União Federal ofende , de modo direto, o texto da Carta Política. Precedentes.

ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS ESTADOS-MEMBROS – ESTABELECIMENTO , PELA UNIÃO FEDERAL , MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR NACIONAL , DE REQUISITOS MÍNIMOS PARA INVESTIDURA NOS CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO-GERAL , DE SEU SUBSTITUTO E DO CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DOS ESTADOS-MEMBROS – NORMAS GERAIS , QUE , EDITADAS PELA UNIÃO FEDERAL , NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE, NÃO PODEM SER DESRESPEITADAS PELO ESTADO-MEMBRO - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE FIXA CRITÉRIOS DIVERSOS – INCONSTITUCIONALIDADE .

- Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem , mediante legislação autônoma, agindo ultra vires , transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente , diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria ou a certa Instituição, como a organização e a estruturação, no plano local , da Defensoria Pública.

- É inconstitucional lei complementar estadual , que, ao fixar critérios destinados a definir a escolha do Defensor Público-Geral do Estado e demais agentes integrantes da Administração Superior da Defensoria Pública local, não observa as normas de caráter geral, institutivas da legislação fundamental ou de princípios, prévia e validamente estipuladas em lei complementar nacional que a União Federal fez editar com apoio no legítimo exercício de sua competência concorrente.

OUTORGA, AO DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO, DE NÍVEL EQUIVALENTE AO DE SECRETÁRIO DE ESTADO .

- A mera equiparação de altos servidores públicos estaduais, como o Defensor Público-Geral do Estado, a Secretário de Estado, com equivalência de tratamento, só se compreende pelo fato de tais agentes públicos, destinatários de referida equiparação, não ostentarem, eles próprios, a condição jurídico-administrativa de Secretário de Estado.

- Consequente inoocorrência do alegado cerceamento do poder de livre escolha, pelo Governador do Estado, dos seus Secretários estaduais, eis que o Defensor Público-Geral local - por constituir cargo privativo de membro da carreira - não é , efetivamente, não obstante essa equivalência funcional, Secretário de Estado. Aplicação , à espécie, de precedentes do Supremo Tribunal Federal. (...)” (ADI n. 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19.09.2008)

Resta evidente, portanto, que não há de se falar em violação da norma impugnada a qualquer dos dispositivos constitucionais indicados.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/09/2008