

1. Trata-se, presentemente, da análise de minuta de anteprojeto de lei complementar que *“Altera a Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público, e dá outras providências”*.

1.1 Em linhas muito singelas, referida minuta pretende alterar a citada lei complementar para:

- a) Incluir o Subquadro de Funções de Apoio da Defensoria Pública, exercidas por Advogados Penitenciários;
- b) Estabelecer as atribuições da função-atividade de Advogado Penitenciário;
- c) Gizar, ainda que de modo incompleto, o regime jurídico de dita função-atividade, prevendo, dentre outras coisas, (i) ingresso mediante concurso público, (2) jornada de trabalho de 20 (vinte) horas semanais, (3) promoção exclusivamente por antiguidade, (4) pagamento de despesas de deslocamento para “prestação de serviços de assistência jurídica aos presos e internados” e (5) pagamento de adicionais de periculosidade e insalubridade (30% sobre o valor do salário); e
- d) Prever o aproveitamento dos advogados da Fundação “Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel” – FUNAP na função-atividade de Advogado Penitenciário, com a manutenção do regime jurídico a que atualmente são jungidos, asseguradas, ainda, “todas as vantagens pessoais da função anterior, inclusive as conquistadas judicialmente”.

2. Por intermédio do ofício especial datado de 25 de janeiro de 2019, o Sr. Presidente da ASAF - Associação dos Advogados da Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel – FUNAP, *“SOLICITA O EXPRESSO APOIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS – SEÇÃO DE SÃO PAULO, para manter, de forma ativa, a interlocução com o Governo do Estado, Assembleia Legislativa, Funap e Defensoria, no sentido de viabilizar uma propositura de Projeto de Lei Complementar para aproveitamento dos Advogados da Funap na Defensoria Pública, no subquadro de apoio do referido órgão.”*.

2.1 À guisa de contextualização consta dos autos que em 1977 a FUNAP passou a prestar assistência jurídica aos presos carentes, sendo que desde 1991 foram celebrados sucessivos convênios entre a Procuradoria Geral do Estado (sucedida pela Defensoria Pública), a Secretaria da Administração Penitenciária e a FUNAP, tendo como escopo aquele há pouco citado.

Quando do envio, pelo Governador do Estado, de Projeto de Lei Complementar que resultou na edição da LC nº 988/2006, os advogados da FUNAP não foram contemplados inicialmente, o que veio a ocorrer por emenda parlamentar, cujo dispositivo correlato (artigo 6º das Disposições Transitórias) foi, posteriormente, vetado pelo Chefe do Executivo.

Seguiu-se, então, o ajuizamento da ADI 4363 pelo Partido Verde, que pleiteava *“uma interpretação conforme a Constituição, ao parágrafo 3º, incisos e caput do artigo 3º das Disposições Transitórias da Lei Complementar Estadual nº 988/06, estendendo aos advogados da FUNAP – estáveis em 05 de outubro de 1988, ou que ingressaram*

mediante concurso público e/ou processo seletivo público – o direito à opção pelo cargo de Defensor Público substituto paulista.” (cf. requerimento subscrito pelo então Presidente da ASAF, em 30 de abril de 2016, e encaminhado à Presidência da OAB – Seção São Paulo).

Referida ação teve sua inicial indeferida pelo Ministro Relator, Edson Fachin, à vista do precedente julgamento da ADI 3720 (esta relatada pelo Ministro Marco Aurélio e que foi julgada improcedente).

Pois bem.

3. A primeira observação que deve ser feita é que a Emenda Constitucional nº 80 alterou significativamente o delineamento constitucional da Defensoria Pública.

Pela sua importância no presente estudo vale a pena trazer à baila as alterações que ela promoveu no artigo 134 da CR:

“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.

...

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”

4. Não há uniformidade na doutrina quanto aos reflexos que a EC nº 80 acarretou no que concerne à competência para a iniciativa legislativa de questões afetas à Defensoria Pública, tema de importância fulcral na presente análise.

4.1 Daniel Sarmento, em parecer elaborado a pedido da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF¹, sustenta que:

“É verdade que o art. 61, § 1º, inciso II, ‘d’, da Constituição, estabeleceu que são de iniciativa privativa do Presidente da República os projetos de lei relativos à ‘organização (...) da Defensoria Pública da União’. Porém, tal dispositivo foi, nesta parte, tacitamente derogado pela EC nº 80/2014, que acrescentou ao texto magno o art. 134, § 4º, determinando que se aplica à Defensoria, ‘no que

¹

Disponível em: https://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2017/05/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf; acesso 02/10/2019.

couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição'. É que o art. 93, caput, da Constituição, atribuiu ao STF o poder de iniciativa de lei sobre o Estatuto da Magistratura. A aplicação deste preceito em relação à Defensoria implica o reconhecimento da iniciativa do Defensor Público-Geral Federal para leis que tratem da organização da DPU.

...

Entendo que essa iniciativa é privativa do Defensor Público-Geral Federal, e não concorrente com a do Presidente da República, na mesma linha do que ocorre com o STF em relação ao Estatuto da Magistratura. Trata-se, portanto, de situação normativa diversa da que vigora para o Ministério Público. Para o MP, há preceitos editados concomitantemente pelo poder constituinte originário, consagrando a iniciativa privativa do Presidente da República para leis que disponham sobre a sua organização (art. 61, § 1º, II, 'd'), mas também, paradoxalmente, facultando a deflagração do processo legislativo na matéria aos procuradores-gerais de cada ministério público (art. 128, § 5º). A doutrina vem superando a contradição afirmando que a iniciativa do Chefe do Executivo não é privativa, mas concorrente à dos chefes do Ministério Público. No caso do MP, como ambos os preceitos constitucionais foram editados no mesmo momento, não é possível o emprego do critério

cronológico para resolução de antinomias, para assentar que qualquer deles deva prevalecer sobre o outro. Não é o que se dá, porém, na hipótese envolvendo a Defensoria Pública, pois a EC nº 80/2014 é superveniente ao art. 61, § 1º, II, 'd', que já estava contido no texto originário da Carta. Aqui, é possível afirmar a revogação tácita da norma originária, em razão da sua incompatibilidade com a emenda constitucional posterior. Esta solução, ademais, prestigia mais a teleologia da Constituição, de fortalecer a autonomia da Defensoria, do que aquela que resultaria do reconhecimento da iniciativa concorrente do Presidente da República para leis sobre a organização da DPU, já que o exercício dessa suposta faculdade pelo Chefe do Executivo Federal poderia ameaçar a independência da instituição.

Sem embargo, ainda que não se concorde com a tese mais ampla, da revogação tácita do art. 61, § 1º, II, 'd', da Constituição, não há como se objetar, no mínimo, ao reconhecimento do poder de iniciativa concorrente do Defensor Público-Geral Federal na matéria. A extensão do art. 93, caput, à Defensoria Pública também importa no reconhecimento do poder de iniciativa do Defensor Público-Geral Federal para a lei complementar que estabelece normas gerais para as defensorias públicas dos Estados e Distrito Federal. Trata-se da lei complementar referida no art. 134, § 1º, da Constituição, que preceitua:

...

Logo, não há dúvida de que o Defensor Público-Geral Federal dispõe de iniciativa privativa para projetos de leis que tratem sobre a alteração do número de membros da Defensoria Pública da União, criação e extinção dos seus cargos e a remuneração dos Defensores Públicos Federais e dos servidores da instituição. Nessa matéria, aliás, os defensores-gerais dos Estados também desfrutam da mesma iniciativa privativa, no plano do processo legislativo estadual.

No mesmo sentido, o Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, proferiu recentemente decisão cautelar a propósito da inconstitucionalidade de alterações promovidas na Lei Orgânica da Defensoria Pública do Paraná por iniciativa do governador daquele Estado, registrando:

‘Não obstante o conteúdo material, que a toda evidência se demonstra inconstitucional por ferir as garantias decorrentes da simetria e da autonomia da Defensoria Pública, mais grave ainda, a justificar o deferimento da liminar para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual 180/2014, é o processo legislativo deflagrado por ato do governador do Estado do Paraná, que encaminhou à Assembleia Legislativa o Projeto de Lei Complementar 16/2014. (...). Por certo que, após a implantação, dever-se-ia observar o comando constitucional que estabelece ser iniciativa privativa do Defensor Público Geral do estado projetos

de lei relativos a questões específicas, uma vez que tal situação objetiva assegurar as prerrogativas da autonomia e do autogoverno da Instituição.

A ofensa à garantia da iniciativa do processo legislativo privativo denota evidente vício, que, por consequência lógica, é causa de inconstitucionalidade formal, a macular o seu resultado, id est, a própria lei’.”
(grifamos)

4.2 Com a devida vênia, não nos parece aceitável a construção interpretativa de Sarmiento quanto à parcial derrogação do artigo 61, § 1º, inciso II, ‘d’, da Constituição com o advento da EC nº 80. Se essa fosse a intenção do Poder Constituinte Derivado Reformador, certamente ele o teria de forma expressa, a evitar quaisquer dúvidas e inseguranças.

5. O princípio da interpretação sistemática da Constituição – e de suas alterações posteriores – nos leva a comungar o entendimento de Pedro Lenza², assim sintetizado:

“Há proposta doutrinária no sentido do total afastamento da iniciativa exclusiva do Presidente da República em razão do advento da EC n. 80/2014, que teria, segundo sustentado, derogado, tacitamente, nesse ponto, o art. 61, § 1.º, II, ‘d’. Muito embora

² Direito constitucional Esquematizado. Editora Saraiva. Edição do Kindle.

bastante interessante a tese apresentada no parecer de Sarmiento, temos certa dificuldade em admitir a revogação do art. 61, § 1.º, II, 'd', até porque o art. 134, § 4.º, manda aplicar o art. 93 'no que couber', nada dizendo sobre o art. 61, § 1.º, II, 'd'.

...

■ *lei complementar estadual dispendo sobre matérias institucionais em relação à Defensoria Pública Estadual: iniciativa concorrente ou compartilhada entre o Governador de Estado e o Defensor Público-Geral Estadual (art. 134, §§ 1.º, 2.º e 4.º, e, por simetria, o art. 61, § 1.º, II, 'd', c/c o art. 128, § 5.º);*

...

■ ***normas relacionadas à aplicação, no que couber, das matérias do art. 96, II: trata-se de lei ordinária dispendo sobre a criação e a extinção de cargos, remuneração dos seus serviços auxiliares e dos órgãos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio dos Defensores Públicos, devendo ser a iniciativa do projeto de lei reservada aos Defensores Públicos-Gerais de cada Defensoria Pública, no seu âmbito federativo (art. 134, § 4.º, CF/88).***

O tema em análise está em discussão no STF e a tese lançada pelo PGR na petição inicial da ADI 5.662 (pendente) traz solução interessante e nos termos do que sustentamos. Vejamos: 'o art. 61, § 1.º, II, 'd', da CR, embora reserve ao Presidente da República a

iniciativa de leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União e normas gerais para organização da DP dos estados e do Distrito Federal, não exclui a iniciativa privativa dos defensores públicos gerais para leis que disponham sobre organização, atribuição e estatuto correspondente, observado o regramento geral definido pela lei nacional de normas gerais da defensoria pública (da LC n. 80/94). Não há contradição entre o art. 61, § 1.º, II, 'd', da CR, com a iniciativa privativa das defensorias públicas estaduais para leis que disponham sobre matérias institucionais (CR, art. 134, §§ 1.º, 2.º e 4.º), à semelhança do Ministério Público. A iniciativa presidencial exclusiva reserva-se para a lei nacional de normas gerais de organização da defensoria pública dos estados e do Distrito Federal, incumbindo aos defensores públicos gerais a das leis que minudenciarão organização, atribuições e estatuto das defensorias públicas dos estados” (petição inicial, fls. 7 e 8, ajuizada em 24.02.2017).”

6. Em parecer lançado na ADI 5644, a então Procuradora Geral da República externou a seguinte posição:

“O art. 61-§1.º- II-d, da Constituição, embora reserve ao Presidente da República a iniciativa de leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União e normas gerais para organização da

Defensoria Pública dos Estados e do Distrito Federal, não exclui a iniciativa privativa dos Defensores Públicos Gerais para as leis que disponham sobre organização, atribuição e estatuto correspondente, observado o regramento geral definido pela lei nacional de normas gerais da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/1994).

À semelhança do Ministério Público, não há contradição entre os arts. 61-§1.º, II-d da Constituição com a iniciativa privativa das Defensorias Públicas Estaduais para leis que disponham sobre matérias institucionais (CF, arts. 134-§§2.º e 5.º). A iniciativa presidencial exclusiva reserva-se para a lei nacional de normas gerais de organização da Defensoria Pública dos Estados e do Distrito Federal, incumbindo aos Defensores Públicos Gerais a iniciativa das leis que minudenciarão a organização, as atribuições e o Estatuto das Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal.”

7. Parece-me, pois, que projeto de Lei Complementar, de iniciativa do Chefe do Executivo Bandeirante, que visa a alteração da LC nº 988/2006 nos moldes já indicados no item 1.1 desta manifestação está eivado de **inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa**.
8. Há que se analisar a questão, ainda, por outro prisma, momento em que se deve enveredar pela tormentosa seara da competência legislativa concorrente, “*cujo conceito compreende dois elementos:*

(d.1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e seus parágrafos);... ”³.

Gilmar Mendes⁴ aponta que:

“A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i. é, normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente.”

8.1 Nesse sentido, e em relação à Defensoria Pública⁵, foi editada a Lei Complementar 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, e dá outras providências”*.

³ José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 41ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 485.

⁴ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco. Série IDP - Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. Edição do Kindle.

⁵ E nos termos do artigo 61, §1º, II, d, da CF/88.

8.2. Referida lei complementar, no Título IV, trata “*Das Normas Gerais para a Organização da Defensoria Pública dos Estados*”, prescrevendo, nos artigos 108⁶ e 109:

“Art. 108. Aos membros da Defensoria Pública do Estado incumbe, sem prejuízo de outras atribuições estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual, pela Lei Orgânica e por demais diplomas legais, a orientação jurídica e a defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo.

Parágrafo único. São, ainda, atribuições dos Defensores Públicos Estaduais:

...

IV – atuar nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob

⁶ Com a redação conferida pela Lei Complementar n° 132, de 2009.

fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública do Estado.

Art. 109. Cabe à lei estadual disciplinar os órgãos e serviços auxiliares de apoio administrativo, organizando-o em quadro próprio, com cargos que atendam às peculiaridades e às necessidades da administração e das atividades funcionais da Instituição.”

8.2 Assim, a expressa disposição do artigo 108, parágrafo único, IV, da LC 80, está em rota de colisão com os dispositivos do Projeto de Lei Complementar em exame, principalmente em relação ao artigo 2º:

“Artigo 2º - Caberá ao advogado penitenciário, sob coordenação do Defensor Público responsável pela área de execução penal:

I – atuar diretamente nos estabelecimentos prisionais do Estado;

II – entrevistar pessoalmente os presos e internados, condenados e provisórios, no local destinado a este fim nas unidades penais, visando sempre prestar pronta e atualizada informação sobre a situação processual dos interessados;

III – acompanhar as sindicâncias administrativas, promovendo a defesa dos presos;

IV – informar de forma clara e compreensível, sempre que solicitado, por escrito ou verbalmente, aos defendidos ou familiares sobre o andamento dos processos de conhecimento e execução;

V – informar ao Defensor Público responsável qualquer fato relevante referente à situação jurídica e/ou prisional dos defendidos;

VI – outras atribuições definidas pelo Conselho Superior da Defensoria Pública.”

9. O atendimento jurídico permanente aos presos em geral (provisórios, já sentenciados, internados e adolescentes) é uma das principais atribuições do cargo de Defensor Público, não podendo lei estadual atribuí-la, ainda que concorrentemente, à outra categoria, qual seja, de advogados penitenciários.

10. Isso não significa dizer que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não possa, enquanto não estiver devidamente estruturada, celebrar convênios com instituições e órgãos para o cumprimento de seu mister constitucional.

Essa sistemática é plenamente justificável pelas augustas atribuições da Defensoria Pública no que concerne à defesa dos direitos dos indivíduos economicamente hipossuficientes em um Estado Democrático de Direito.

- 10.1 Assim tem ocorrido desde sua instituição em 2006, inclusive com a própria Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel – FUNAP. Há notícias, colhidas em sítios da internet, que o último convênio celebrado entre a Defensoria, a Secretaria da Administração Penitenciária e a FUNAP data de abril de 2019.

11. Entretanto, é significativamente diferente, inclusive – e principalmente - sob o ponto de vista jurídico, a prestação de serviço de assistência jurídica, de modo suplementar, pelos advogados da FUNAP e a inserção, na Lei Orgânica da DP-SP, da função-atividade de Advogado Penitenciário, com atribuições que são, repito, de competência exclusiva de Defensores Públicos.
12. Nesse passo, creio que Projeto de Lei Complementar com tal desiderato estaria maculado, igualmente, por **vício de inconstitucionalidade, na modalidade material**, porquanto em confronto com as diretrizes gizadas pela Lei Complementar nº 80/1994.
13. Por outro lado, os pareceres citados no ofício da ASAF, da lavra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Henrique Salvonitti Miranda precederam a edição da EC 80, porquanto datados, respectivamente, de julho de 2002 e 9 de setembro de 2005. Assim, não são aptos a rebater os argumentos jurídicos aqui expendidos.
14. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por seu turno, quando do julgamento da ADI 2073085-92.2017.8.26.0000 reafirmou a competência exclusiva do Defensor Público Geral de *“propor diretamente ao respectivo Poder Legislativo a alteração do número de membros da carreira, a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação de subsídios (artigos 96, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘b’ c.c. 134, § 4º, ambos da CF/88), vale dizer, questões afetas ao regime jurídico de seus membros e servidores.”*, bem como a necessidade de observância dos parâmetros gizados na Lei Complementar nº 80/1994.

15. Encaminhando-me para o epílogo, há outros problemas deveras importantes na minuta de anteprojeto de Lei Complementar, como o regime celetista dos advogados da FUNAP, em confronto ao regime estatutário dos Defensores Públicos e de todos os cargos de apoio existentes na Defensoria Pública, a jornada (parcial) de trabalho, em contrapartida à jornada integral de todos os integrantes da DP, a previsão de pagamento de adicionais (periculosidade/insalubridade) aos advogados da fundação, benefício que não existe tanto para os Defensores quanto para o quadro de apoio etc.

Ainda que se possa considerar que não afrontam a Constituição Federal de forma direta são pontos que merecem reflexão, porquanto poderão ensejar o ajuizamento de ações no futuro.

16. Em suma, e considerando o estrito escopo deste parecer, que está jungido à análise da questão sob o viés eminentemente constitucional, creio que, à vista das apontadas inconstitucionalidades, formal e material, não deve, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, apoiar a iniciativa da ASAF – Associação dos Advogados da Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel – FUNAP, tal qual pleiteado no ofício subscrito por sua Presidente.

É o parecer.

São Paulo, 07 de outubro de 2019.

Adalberto Robert Alves
Comissão de Direito Constitucional
OAB – Seção São Paulo