



Juliana Pacetta Ruiz

ADPF 4163 e a advocacia pro bono
Quais são as relações que podem ser encontradas entre o problema apresentado pela Defensoria e a questão do pro bono?

Monografia
apresentada à Escola
de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob orientação de
Rafael Bellem de Lima.

SÃO PAULO
2013

Resumo: A monografia discute a relação do julgamento da ADPF 4163 e a questão da advocacia voluntária, também conhecida como advocacia pro bono. A ADPF trata da não obrigatoriedade da Defensoria Pública de São Paulo de manter convênio exclusivo com a OAB-SP. A indagação acerca da relação entre os dois temas surgiu porque mesmo sem ter sido chamado a resolver questões relacionadas ao pro bono, os ministros invocam esse problema diversas vezes durante os votos. Dois deles até mesmo chegam ao ponto de afirmarem que não dever existir nenhuma restrição à prática de advocacia voluntária, sendo que até junho de 2013, em São Paulo, havia a interdição de se advogar para pessoas físicas de acordo com a Resolução Pro Bono de 2002. Dessa forma, será estudado se o STF influenciou no debate sobre o tema e quais seriam as relações entre o caso da ADPF e da advocacia pro bono

Acórdãos citados: ADI 4163

Palavras-chave: advocacia gratuita, STF, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pro bono, OAB.

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço imensamente ao meu orientador por ter me auxiliado a estruturar o trabalho para que ele fizesse um pouco mais de sentido, além de ter me dado a oportunidade de fazer uma monografia menos “convencional” e por ter me ajudado até os últimos segundos antes da entrega desse trabalho, antes e depois da banca.

Agradeço também à Evorah Cardoso, que participou da minha banca e fez várias sugestões que me abriram outras possibilidades de estudo e me fizeram pensar melhor sobre meu trabalho.

Agradeço a equipe da Escola de Formação, que sempre ouviu meus dilemas sobre meu tema de pesquisa com muita paciência.

Agradeço aos meus dois entrevistados: Marcos Fuchs e o Procurador Pedro Antônio de Oliveira Machado. Os dois me receberam pessoalmente para as entrevistas, cederam-me materiais e pesquisas e suas equipes sempre responderam aos meus e-mails com muita prontidão. Inclusive, Marcos Fuchs gentilmente ofereceu o espaço do Instituto Pro Bono para que eu o utilizasse caso tivesse necessidade.

Agradeço aos meus queridos amigos da Escola de Formação e ao apoio de todos nessa jornada insana de final de novembro.

Agradeço aos meus amigos e colegas de faculdade por me aguentarem ser monotemática durante alguns meses. Finalmente, agradeço meus amigos da vida e, principalmente, minha família, que me apoiou, cedeu computadores e foi muito compreensiva nesses últimos meses. Agradeço também ao Luiz, que suportou todas minhas variações de humor e ausência até a conclusão dessa monografia.

Lista de abreviaturas

ADIn ou ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CE-SP: Constituição do Estado de São Paulo

CF: Constituição Federal

CED: Código de Ética e Disciplina

DPE: Defensoria Pública do Estado

DPU: Defensoria Pública da União

EAOAB: Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil

LCE: Lei Complementar Estadual

MPF: Ministério Público Federal

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

OAB/SP: Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paulista

TED: Tribunal de Ética e Disciplina

STF: Supremo Tribunal Federal

Sumário

1. Introdução.....	7
1.1 Escolha do caso e estrutura do trabalho	7
1.2. Definição dos termos	8
1.3 Pano de Fundo: Defensoria do Estado de São Paulo.....	10
1.4 Pano de Fundo: Pro Bono.....	12
2. Metodologia e objetivos da pesquisa	14
2.1 Pergunta e hipóteses	14
2.1.1 Primeira hipótese.....	14
2.1.2 Segunda hipótese	15
2.2 A escolha do caso	16
2.2.1 Problema do convênio entre Defensoria Pública e OAB: universo utilizado	16
2.3 Questão da advocacia pro bono	18
2.3.1 Entrevistas	18
2.3.2. Resolução Pro Bono e Tribunal de Ética e Disciplina	19
2.3.3 Audiência Pública Pro Bono	23
3. Problema do Pro Bono	24
3.1 Pro bono e a história da sua regulamentação	24
3.2 Regulamentação sobre Pro Bono	25
3.3. Insatisfação com a proibição	28
3.4 Audiência Pública Pro Bono	29
3.4.1 Motivos para instauração do inquérito e convocação da audiência pública	29
3.4.2 Participação na Audiência Pública	30
3.4.3 Repercussão da Audiência Pública	32
3.5 Suspensão da Resolução Pro Bono.....	32
3.6 Importância da Audiência Pública e da Suspensão	33
4. Caso da ADPF 4163.....	35
4.1 Problema do Convênio: o caso da ADPF	35
4.2. Reconstrução dos acontecimentos.....	36
4.2.1 A Criação das Defensorias Públicas no País e a Emenda Constitucional 45.	36

4.2.2 A criação da Defensoria Pública Estadual do Estado de São Paulo e a manutenção do antigo convênio	36
4.2.3 O problema do convênio e o círculo vicioso.....	38
4.2.4 O fim do convênio e o Ato Normativo nº 10	39
4.3 Argumentos Jurídicos	41
4.3.1 A favor da inconstitucionalidade	42
4.3.2 Contra a inconstitucionalidade	44
4.4 Pro Bono	46
5. Resposta do STF	48
5.1 Julgamento	48
5.1.1 Questões preliminares, conversão de ADI em ADPF e resultado dos votos.....	48
5.1.2 Autonomia da Defensoria	51
5.1.3 Sobre o convênio.....	52
5.1.4 Pro bono e a prestação de assistência jurídica gratuita.....	55
6.Relação entre o problema do pro bono e o problema do convênio	60
6.1 Resposta à pergunta de pesquisa	60
6.1.1 Verificação da primeira hipótese	61
6.1.2 Novas possibilidades de resposta: pro bono como solução ao problema do convênio	64
5.1.3 Novas possibilidades de resposta: a constitucionalidade do pro bono.	67
6.1.4 Verificação da segunda hipótese: o que o STF não responde..	69
7.Conclusão	71
8. Anexos.....	72

1. Introdução

1.1 Escolha do caso e estrutura do trabalho

O objetivo do presente trabalho é estudar a relação que haveria entre o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 4163 e a questão da advocacia pro bono, também conhecida como advocacia voluntária.

A relação entre esses dois temas não é evidente e esse objeto de estudo surgiu a partir da leitura da citada ADPF. O problema que foi levado para Supremo Tribunal Federal (STF) foi a questão da obrigatoriedade do convênio entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo (OAB/SP), se esse convênio seria constitucionalmente mandatório ou não. Contudo, em algumas partes da discussão surge o tema da advocacia pro bono e alguns ministros discutem de forma superficial os limites do pro bono a partir do problema da Defensoria. A partir disso, surgiram as perguntas: qual seria a relação entre esses dois temas? Por que esse tema teria surgido nessa ADPF, se ele não foi levado ao STF?

Coincidentemente, logo depois do julgamento, tiveram alguns acontecimentos importantes quanto à questão da advocacia pro bono, que até junho de 2013 era restringida pela OAB/SP, como a Audiência Pública Pro Bono. Esse fato fez com que pensasse que talvez o julgamento do STF pudesse ter influenciado, de alguma maneira, o desenrolar da discussão sobre advocacia voluntária no ano de 2013. Daí, teria surgido uma terceira pergunta: o STF teve importância como local de discussão do tema?

A estrutura do trabalho foi pensada tendo em mente essas indagações principais, para que a gênese desse trabalho e as soluções apresentadas pudessem fazer sentido para o leitor.

1. A primeira parte apresentará o tema do pro bono, com material coletado além das peças processuais, pois não havia muito sobre o tema nesses documentos.
2. A segunda parte tratará de forma mais profunda da questão da Defensoria Pública de São Paulo: qual o problema levado ao

STF, qual a razão desse problema e quais argumentos são utilizados para defender as duas posições antagônicas que circundam esse caso. O material utilizado será os das peças processuais da ADPF. Apesar do foco principal do trabalho ser identificar o problema do pro bono dentro da ADPF e sua relação com a Defensoria, é essencial que o leitor saiba o motivo principal do STF ter sido invocado.

Essas primeiras partes são importantes para que se possa ter um panorama geral dessas duas questões abordadas no voto dos ministros, afinal, antes de estabelecer qualquer relação, é necessário saber quais temas estariam se relacionando e quais aspectos de cada tema foram abordados.

3. A terceira parte trata justamente da intersecção entre os temas: o que os ministros dizem sobre a situação da Defensoria e do pro bono, como eles aparecem nos votos.

4. A quarta e última parte trata de estabelecer quais seriam as relações entre os temas, se o julgamento seria importante para a questão do Pro Bono a partir dos dados encontrados durante a pesquisa.

Contudo, antes de entrar no trabalho propriamente, é necessário definir melhor os termos que serão utilizados durante a monografia, especialmente o que se entende aqui por advocacia pro bono. Além disso, haverá uma breve apresentação do caso da ADPF e do problema da advocacia pro bono.

1.2. Definição dos termos

Como dito anteriormente, é necessário definir alguns dos termos principais que serão utilizados nesse trabalho, principalmente o que significa assistência jurídica gratuita.

Esse termo é bastante amplo e pode se referir desde os serviços prestados pela Defensoria Pública àqueles prestados por estudantes universitários de direito. assistência prestada por estudantes universitários de direito. Em pesquisa elaborada pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), chamada "Advocacia de interesse

público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado”, define que a principal semelhança dentre essas modalidades é o fato de estarem historicamente relacionada “ao acesso à justiça por pessoas marginalizadas política ou economicamente”¹.

A advocacia pro bono, também chamada nesse trabalho de assistência jurídica privada, é um dos formatos mais tradicionais desse tipo de assistência, que envolve advogados ou escritórios de advocacia que prestam serviços jurídicos de forma voluntária e gratuita. Na pesquisa do CEBRAP, é apontado que esse tipo de prática é predominantemente pautada pela solução do caso concreto e obtenção da justiça individual, *client-oriented* (voltada ao cliente). Nesta monografia, será considerado como prática de advocacia pro bono não só aquela exercida advogados independentes ou vinculados a um escritório, mas também a prática de advogados de organizações não governamentais (ONGS) que decidem auxiliar pessoas em situação de hipossuficiência a resolver conflitos jurídicos, com ações que tenham como prioridade resolver o problema do cliente. Nessa definição, também consideraremos como clientes ONGs e entidades de terceiro setor que não possuem recursos para arcar com honorários advocatícios.

Já a Defensoria Pública foi uma instituição pública especialmente criada na Constituição de 1988 cujo missão é prestar assistência jurídica gratuita a pessoas que não possuem meios de pagar um advogado privado.

Outro termo que está presente seria “advogado dativo”. Os advogados dativos também prestam assistência jurídica gratuita, mas são conveniados à Ordem dos Advogados do Brasil e, na maioria dos casos, acabam por complementar o atendimento das defensorias públicas quando elas não conseguem suprir sua demanda.

¹ ADVOCACIA de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP): Ministério da Justiça, 2013. P. 13

1.3 Pano de Fundo: Defensoria do Estado de São Paulo

A previsão de assistência jurídica gratuita para aqueles com insuficiência de recursos foi inserida em âmbito constitucional pela primeira vez na Carta de 1934². As regras da assistência foram uniformizadas pela Lei de Assistência Judiciária, no. 1060 de 5/2/1950.

No entanto, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que é criada uma instituição pública que tem como função fornecer assistência jurídica gratuita a pessoas em situação de hipossuficiência e vulnerabilidade: a Defensoria Pública. No art. 134³, a CF faz jus à previsão de assistência jurídica integral e gratuita do art. 5º, LXXIV, criando as defensorias públicas nos estados, o que permitiria um maior acesso à justiça por parte daqueles que não têm condições para arcar com os honorários de um advogado.

A Defensoria Pública demorou para ser criada no Estado de São Paulo, ela surgiu apenas em 2006, com a Lei Complementar Estadual (LCE) 988. Nesse contexto, o art 109 da Constituição do Estado de São Paulo e o artigo 234 da LCE 988 designaram a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo (OAB/SP) para prestar assistência judiciária em caso de insuficiência de atendimento por parte da Defensoria. O problema trabalhado no caso é que a interpretação dada a esses dispositivos antes da ADPF 4163 instituía a obrigatoriedade e de se firmar convênio exclusivo com a Ordem.

Além disso, a LC988, art. 234, determinava que a Seccional

²

Art.

CF/34

113

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

³ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito 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.

§ 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.

Paulista da Ordem deveria, entre outros, definir junto com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo a remuneração dos advogados credenciados, sendo que a Defensoria Pública do Estado promoveria o ressarcimento à Seccional Paulista das despesas e dos investimentos necessários à atuação do convênio.

O convênio terminaria em 11 de julho de 2008 e a Defensoria e a Seccional Paulista tentavam negociar novos termos para a sua renovação, sem sucesso. Diante disso, a Defensoria editou o Ato Normativo DPG-10, de 14 de julho de 2008, pelo qual passava a promover diretamente o cadastro de advogados que, por interesse pessoal, demonstrassem a intenção de ingressar em um modelo de gestão coordenado pela Defensoria. Tal ato foi atacado pela OAB/SP por meio de um mandado de segurança na Justiça Federal e uma ação direta de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujas decisões preliminares foram favoráveis à continuidade do convênio compulsório entre defensoria e OAB-SP.

Diante dessa situação, a Procuradoria Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (que foi posteriormente convertida em ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a obrigatoriedade do convênio.

A Defensoria alegou que o convênio obrigatório restringia a sua autonomia prevista pela Emenda Constitucional 45, além de atender propósitos financeiros impostos por entidade externa a sua estrutura, visto que a OAB-SP arbitrava os honorários a serem pagos aos advogados dativos por ela designados. O convênio consumia cerca de 70% de todo o orçamento da Defensoria Pública de São Paulo, o que, entre outros fatores, constituía um impedimento para a sua expansão.

Por sua vez, a OAB-SP alegou que não haveria inconstitucionalidade, pois o Estado de São Paulo teria utilizado a competência concorrente para legislar sobre sua defensoria pública, como permitiria o art. 24, XIII, CF. Afirmou-se também que a Defensoria se negou a renegociar o convênio, além de querer que a Seccional Paulista abrisse mão da cláusula de reajuste da inflação. A OAB-SP

também não estaria aberta a discutir os valores da tabela de honorários utilizada para remunerar os dativos porque, no seu entendimento, a quantia já era baixa o suficiente.

1.4 Pano de Fundo: Pro Bono

Como já definido em tópico anterior, a advocacia pro bono é a prestação de serviços e de assistência jurídica de forma gratuita e voluntária por um advogado, por isso essa prática também é chamada de advocacia voluntária. Nesse trabalho, consideramos que exerce advocacia pro bono qualquer pessoa que seja advogado, estando vinculado a um escritório de advocacia ou não.

Em agosto de 2002, foi editada a Resolução Pro Bono pela OAB-SP, que permite a prática de advocacia pro bono somente a entidades do terceiro setor que comprovem impossibilidade de arcar com honorários advocatícios. Ou seja, há a impossibilidade de se advogar de graça para pessoas físicas. A justificativa da OAB/SP dada diante da regulamentação é que havia muitas reclamações sobre concorrência desleal e o uso da advocacia voluntária para promoção pessoal, por essa razão, deveria haver algum tipo de regra para limitar a advocacia pro bono..

Essa questão é objeto de disputa do mundo jurídico: alguns dão razão à OAB/SP, outros creem que a Resolução é excessivamente restritiva e injusta.

Desde então, houve alguns momentos importantes para essa discussão. Em fevereiro de 2013, ocorreu a Audiência Pública Pro Bono, na qual o Ministério Público Federal do Estado de São Paulo começou a colher informações para instruir inquérito civil público contra a Resolução Pro Bono. A OAB/SP não participou da audiência. Contudo, pouco tempo depois, em 17 de junho de 2013, o presidente nacional da OAB suspendeu as regras que limitam a advocacia pro bono em todo o país⁴. Nesse mesmo dia, foram indicados nomes para uma comissão com o intuito de

⁴ Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/25774/oab-suspende-a-limitacao-de-advocacia-pro-bono-no-pais>. Acesso em 24 ago.2013.

estudar propostas para formular novo conjunto de regras dessa prática, que careceria de regulação.

2. Metodologia e objetivos da pesquisa

2.1 Pergunta e hipóteses

O fio condutor da pesquisa é a seguinte pergunta: **há relação entre a prestação suplementar de assistência jurídica gratuita pela OAB, cuja obrigatoriedade foi questionada na ADPF 4163, e o problema da proibição da advocacia pro bono em São Paulo?**

Essa pergunta me suscitou duas hipóteses.

2.1.1 Primeira hipótese

A **primeira hipótese** é que há relação, no sentido de que a decisão do STF teve impacto no problema do pro bono, impulsionando maior discussão sobre o tema, o que culminou na realização da Audiência Pública Pro Bono. Os elementos que levaram à elaboração dessa hipótese foram a cronologia dos acontecimentos:

1. Em 29 de fevereiro de 2012, no julgamento da referida ADPF, os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli afirmam explicitamente que a prática de advocacia pro bono não poderia ser restrita e outros ministros apontam que a advocacia voluntária poderia servir para complementar a prestação de assistência jurídica gratuita por parte da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
2. No Estado de São Paulo, desde agosto de 2002, há uma resolução que regula diversos aspectos da advocacia pro bono elaborada pela Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo que é proibido a qualquer advogado prestar esse tipo de assistência para pessoas físicas. Quando os ministros do STF afirmam que essa prática não pode ser proibida ou restrita de forma excessiva, há mais legitimidade para se questionar essa normativa.
3. No final de 2012, a Procuradoria dos Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal abriu inquérito civil público questionando a legalidade da Resolução Pro Bono da

OAB/SP. Em fevereiro de 2013 foi realizada uma audiência civil pública para colher dados para o inquérito, na qual, inclusive, o Ministro Gilmar Mendes esteve presente e defendeu a prática da advocacia pro bono.

4. Em junho de 2013 a Resolução Pro Bono é suspensa pela OAB/SP. Os representantes da Ordem afirmaram que seria elaborada outra resolução, desta vez em âmbito nacional.

Dessa forma, a decisão do STF teria influenciado a abertura do inquérito, sendo, portanto, um local importante para a discussão do tema.

2.1.2 Segunda hipótese

A **segunda hipótese** seria que a questão relativa à proibição da advocacia pro bono no Estado de São Paulo teria sido judicializada de modo indireto, ou seja, teria sido levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio da discussão de um outro problema, no caso, a discussão sobre a constitucionalidade da celebração obrigatória e exclusiva do convênio entre a Defensoria Pública do Estado e a Ordem dos Advogados.

O termo judicialização indireta é utilizado nesse trabalho para descrever o fenômeno que ocorre quando há um caso que trata de um problema específico *x* levado para uma instância decisória, contudo, em meio a discussão sobre o problema *x*, surge, de forma indireta, outro problema *y*, que não estaria obviamente relacionado com *x*. Na judicialização indireta, resolve-se tanto o problema *x* quanto o *y*, apesar desse último não ter sido judicializado. Ou seja, nesse caso o judiciário teria sido acionado para responder ao problema do convênio entre Defensoria Pública do Estado (DPE) e OAB/SP e acabou por solucionar outra questão, que inclusive não havia sido levada para que ele resolvesse: o problema do pro bono.

Essa segunda hipótese surgiu diante da leitura de algumas das colocações dos ministros, como a do Ministro Dias Toffoli, quem afirmou que não deveria haver limitação à prática da advocacia pro bono. No

entanto, como já foi explicado, há uma regulação no Estado de São Paulo que impede a atuação pro bono para pessoas físicas, o que talvez fosse uma limitação maior do que o discurso do ministro Dias Toffoli e Ministro Gilmar Mendes dava a entender.

Além disso, na mesma quinzena, houve dois julgamentos que envolviam casos sobre a Defensoria Pública: a ADPF 4163 (objeto dessa monografia) em 29.02.2012 e a ADI 14.03.2012. Na segunda ação, o Instituto Pro Bono foi *amicus curiae*⁵ enquanto na primeira o Instituto não foi aceito como tal, mas sua manifestação foi recebida como memorando. Em entrevista com o diretor executivo do desse instituto, ele mencionou que o tema pro bono surgiu em conversas com os ministros em ambas as ações. Isso corroborou minha hipótese que o tema teria surgido de forma indireta.

2.2 A escolha do caso

Como já dito acima, a escolha da ADPF se deu pela inusitada presença da advocacia pro bono em um caso no qual o STF não foi chamado a opinar sobre essa questão e pela relevância do tema, já que o a questão da regulação da advocacia voluntária está em discussão atualmente.

Assim, seguindo a proposta de estrutura do caso, apontada em 1.1, será explanada a metodologia utilizada em cada parte.

2.2.1 Problema do convênio entre Defensoria Pública e OAB: universo utilizado

Para contextualizar o problema do convênio, foram utilizadas as peças da ADPF 4163. Ao todo, são 67, sendo que para essa parte foram selecionadas peças até o documento 37, que é a decisão monocrática.

⁵ De acordo com o Glossário Jurídico do site do Supremo Tribunal Federal: "Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: Amici curiae (amigos da Corte).

Número do documento	Documento
0	Petição Inicial do Procurador Geral da República
1	Petição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (pedido de amicus curiae)
2	Petição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (apresenta argumentos sobre a necessidade de concessão da medida cautelar)
3	Petição da Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil
4	Petição do Governador do Estado de São Paulo (presta informações requisitadas)
5	Petição da Conectas Direitos Humanos e outras entidades (pedido de amicus)
6	Petição da Conectas Direitos Humanos e outras entidades (parecer do prof. Vírgilio Afonso da Silva)
7	Petição da Defensoria Geral da República (juntada de moção de apoio)
8	Petição Associação Nacional dos Defensores Públicos (pedido de amicus)
11	DESPACHO STF: defere pedidos de amicus
13 (versão enviada por via eletrônica) e 14 (versão enviada por fax)	Petição da Assembleia Legislativa de São Paulo (presta informações requisitadas)
15	Manifestação do Advogado Geral da União
16	Petição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (requer juntada de documentos)
17	Procurador Geral da República pede que seja deferida a medida cautelar
20	Relatório
35	Pedido de amicus do Instituto de Defesa do Direito à Defesa

Os documentos 9 e 10 não integraram esse universo porque são apenas pedidos da OAB por cópias dos autos. O documento 12 é um despacho do STF, pedindo manifestação de entidades. Os documentos 18 e 19 são cópias do 16 e 17, respectivamente. Os documentos 21 e 22 são mandados de intimação do STF. Dos documentos 23 a 26 temos os volumes do processo.

Os documentos 27 ao 35 são documentos enviados pelo Instituto de Defesa ao Direito à Defesa, esclarecendo os propósitos de sua entidade. O documento 36 é um recibo de petição eletrônica.

2.3 Questão da advocacia pro bono

Como não havia quase nenhuma informação sobre a questão da advocacia pro bono nas peças da ADPF 4163, foi necessário buscar as informações em outras fontes.

Em primeiro lugar, foram entrevistados o diretor executivo do Instituto Pro Bono, Marcos Fuchs e o Procurador Regional Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, Pedro Antônio de Oliveira Machado. Houve tentativa de marcar uma entrevista com membros da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, mas devido ao prazo de entrega da pesquisa, isso não foi possível de ser realizado..

Foi consultada a legislação a respeito da Advocacia Pro Bono e o eamentário do Tribunal de Ética e Disciplina na OAB/SP, este último foi considerado uma fonte relevante, pois poderia oferecer mais detalhes sobre a restrição da advocacia pro bono em casos específicos.

Quanto à audiência pública pro bono, seus dados foram extraídos a partir de gravação em vídeo.

2.3.1 Entrevistas

A escolha por fazer entrevistas se deu porque algumas informações e indagações consideradas por mim importantes para a pesquisa que não poderiam ser encontradas e respondidas por fontes documentais, como, por exemplo a razão pela qual o Ministério Público Federal abriu um inquérito civil público contra a OAB/SP.

Como mencionado no tópico anterior, foram realizadas duas entrevistas. A primeira com o diretor executivo do Instituto Pro Bono, Marcos Fuchs, A segunda foi com o Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, Pedro Antônio de Oliveira Machado, membro da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão (PRDC). A PRDC foi a responsável por instaurar o inquérito civil e a realizar a audiência pública em parceria com o Instituto Pro Bono. Dessa forma,

essas pessoas estariam aptas a fornecerem as informações necessárias para a pesquisa.

O roteiro seguiu a construção de entrevistas semi-estruturadas, pela qual há um eixo essencial previamente decidido, mas que leva em consideração a possibilidade de variação de outras perguntas ao longo da entrevista.

As duas entrevistas possuem um eixo com cinco perguntas em comum:

- **1) O que levou à abertura do inquérito civil?**
- **2) Por que a escolha de fazer uma audiência pública?**
- **3) A instauração do inquérito civil e o chamado da audiência pública foram influenciados pelo julgamento do STF na ADPF 4163?**
- **4) Os srs. tinham ciência do conteúdo da ADPF 4163 sobre a advocacia pro bono?**
- **5) Qual foi a resposta da OAB/SP à audiência?**

2.3.2. Resolução Pro Bono e Tribunal de Ética e Disciplina

As duas outras fontes utilizadas para compreender a questão pro bono foram a Resolução Pro Bono e as ementas do Tribunal de Ética e Disciplina.

Como o próprio nome já sugere, a Resolução Pro Bono disciplina a prática de advocacia pro bono. Já o Tribunal de Ética e Disciplina (TED) tem como uma das funções responder a questionamentos de advogados sobre questões de ética profissional. Dessa forma, era uma oportunidade de verificar se haveria alguma orientação mais específica, caso-a-caso, sobre a advocacia pro bono

2.3.2.1 Tribunal de Ética e Disciplina

O Tribunal de Ética e Disciplina (TED) da OAB divide-se em vinte e duas (22) turmas⁶. Da segunda à vigésima quarta há a competência de instaurar procedimentos disciplinares e julgar aqueles inscritos no quadro da OAB, com exceção da exclusão dos quadros, que é decidida pelo Conselho Seccional competente, de acordo com o Estatuto de Advocacia, art.38⁷.

A primeira turma não aplica sanções disciplinares, já que é um órgão consultivo, seu objetivo é sanar dúvidas quanto a problemas éticos para advogados. Durante minha visita ao TED em 22 de agosto de 2013 (556ª Sessão), em alguns dos pareceres lidos, os membros da primeira turma explicaram que o órgão responde a perguntas teóricas sobre ética, mas em alguns casos, também podem abordar casos práticos se deles puder se desprender uma situação geral e que possa ser respondida em tese. As ementas das decisões da primeira turma do TED são públicas, ao passo que as da segunda à vigésima quarta são mais sigilosas, estando apenas disponíveis ementas bem curtas de algumas decisões a partir de Outubro de 2010 até maio de 2013.

Para ter acesso às ementas do TED, vai-se até o endereço eletrônico da OAB-SP (<http://www.oabsp.org.br>). No menu ao lado esquerdo terá a opção "Tribunal de Ética". Após clicar em nesse link, haverá outras opções no mesmo menu, como na figura abaixo:

⁶ TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/competencia>. Acesso em 2 set 2013.

⁷ Art. 38. A exclusão é aplicável nos casos de:

I - aplicação, por três vezes, de suspensão;

II - infrações definidas nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34.

Parágrafo único. Para a aplicação da **sanção disciplinar de exclusão**, é necessária a manifestação favorável de dois terços dos membros do **Conselho Seccional competente**. (grifo meu)

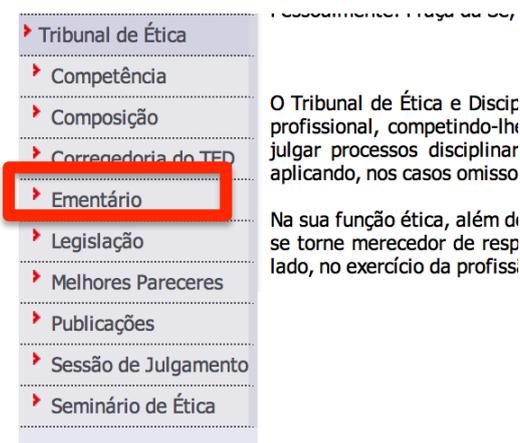


Figura 1

Deve-se clicar em "ementário". Aí, há duas opções de busca: ementas da **Turma de Ética Profissional (a)**, que corresponde à primeira turma, órgão consultivo; e emendas da **Turma Disciplinar (b)**. Em ambas as páginas, haverá uma ferramenta de busca que procura até duas palavras-chaves (figura 2).

Busca por ano:

Figura 2

(a). Turma de Ética Profissional (1ª turma)

As palavras-chave escolhidas foram "pro bono" e "advocacia gratuita". Sendo que "pro bono" foi digitada no mesmo campo (pois não houve nenhum resultado ao digitar em campos separados, com "pro" como palavra 1 e "bono" como palavra 2) e "advocacia gratuita" em dois campos ("advocacia" foi a palavra número 1 e "gratuita" foi a palavra número dois). A última busca foi feita em 14 de setembro de 2013.

"Pro bono" obteve 21 resultados. Desses, todos foram mantidos no universo, apesar de nem todos tratarem diretamente da proibição ou permissão da OAB para essa modalidade de advocacia gratuita, mas de

outros aspectos da advocacia pro bono, como a questão das custas etc. Julguei que poderiam ser informações úteis para a pesquisa futuramente.

Quanto à "advocacia gratuita", obtive 27 resultados. Excluí os casos que se referiam à autorização de entidades acadêmicas prestarem o serviço de advocacia gratuita, outros que se tratavam de questões sobre beneficiários de assistência jurídica gratuita e outro que tratava sobre convênio com seguradora. Também foram excluídos 5 decisões que já apareceram na palavra chave anterior, restando 7 decisões.

A última busca foi feita em 14 de outubro de 2013.

Assim, são 28 decisões a serem analisadas em (a), estando em azul as correspondentes à palavra-chave "pro bono" e em verde as correspondentes à palavra-chave "advocacia gratuita":

E-2.392/01	E-3.394/06	E- 4.085/11
E-2.888/04	E-3.542/07	E - 1.483/97
PB-05/04	E-3.601/08	E-2.702/03
E-2.954/04	E-3.614/08	E- 2.988/2004
E-2.994/04	E-3.684/08	E- 3.091/2004
E-3.068/04	E-3.765/09	E- 3.144/2005
E-3.185/05	E-3.841/09	E- 3.247/2005
E-3.297/06	E-3.908/10	E- 3.509/2007
E-3.314/06	E-3.877/10	
E-3.330/06	E-3.962/10	

(b). Turma Disciplinar (2a à 22a)

Foram buscadas as mesmas palavras chaves de (a). "Pro bono" não obteve nenhum resultado e "advocacia gratuita" obteve 4, sendo que

destas apenas 1 comporá meu universo, pois as outras 3 decisões tratavam apenas da proibição à propaganda de advocacia gratuita e não da prática em si. A decisão é: Acórdão No: 244/2012.

A última busca foi feita em 20 de setembro de 2013.

2.3.3 Audiência Pública Pro Bono

Foi assistida a uma gravação da audiência pro bono disponível nos seguintes links:

PARTE 1: <http://youtu.be/uSoL4G-tDVk>

PARTE 2: <http://youtu.be/hGYgSyPCevo>

PARTE 3: <http://youtu.be/7BAnktyDITA>

PARTE 4: http://youtu.be/Pe_iX6kfoq0

PARTE 5: <http://youtu.be/ZEL6cz8M7sE>

PARTE 6: http://youtu.be/8DmoA_XBvHo

PARTE 7: <http://youtu.be/7TySbvYxLI>

As falas importantes foram transcritas. O tempo total de vídeo foi aproximadamente 2 horas e 36 minutos de gravação.

3. Problema do Pro Bono

Para explicar a questão da advocacia pro bono, esse texto será estruturado de forma a mostrar a evolução do problema ao longo do tempo.

Na primeira parte, será explicado o que é a advocacia pro bono e como surgiu a normativa que a regulamenta no Estado de São Paulo por parte da OAB/SP. Na segunda parte, será explicado como era regulamentada a questão pro bono pela OAB-SP através da Resolução Pro Bono de 2002 e dos julgados do Tribunal de Ética e Disciplina (TED) até o momento de suspensão da dita resolução em junho de 2013. Na terceira parte será apresentado o conflito que surgiu com a implementação da Resolução Pro Bono, que culminou na realização de uma audiência pública sobre o tema. A quarta parte será sobre a audiência pública: qual a razão de sua convocação, qual foi o objeto de suas exposições e quais foram seus impactos. A quinta parte falará sobre a suspensão da Resolução Pro Bono de 2002 e, por último, na sexta parte será explicada a importância da audiência pública e para o debate sobre o pro bono e para a suspensão da resolução.

3.1 Pro bono e a história da sua regulamentação

A advocacia Pro Bono é uma advocacia realizada de forma gratuita e voluntária⁸, por isso também é conhecida por "advocacia voluntária". Essa forma de prestação de serviços advocatícios é regulamentada pela OAB/SP na Resolução Pro Bono de 2002.

Antes da regulamentação da OAB, de acordo com a entrevista realizada com Marcos Fuchs, havia um entendimento tácito de que se alguém praticasse advocacia pro bono, isso não deveria ser divulgado – não era uma prática proibida, não havia nenhuma regulação sobre o tema, mas o entrevistado deu a entender que essa atividade não era vista com bons olhos por diversos setores da advocacia.

⁸ ADVOCACIA PRO BONO. Disponível em: <http://www.probono.org.br/advocacia-pro-bono>. Acesso em 10 set. 2013

Em 2001, há a primeira ocorrência⁹ na jurisprudência do Tribunal de Ética e Disciplina da Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (TED OAB/SP) que pôde ser identificado pela palavra-chave “pro bono”¹⁰. Nesse julgado, afirma-se que há necessidade de regulação da prática de advocacia pro bono para estabelecer limites e coibir abusos, como o uso da prática do pro bono como tática de promoção pessoal. Em matéria publicada no jornal Valor Econômico¹¹, o presidente do Tribunal de Ética da OAB-SP afirmou que a regulamentação era necessária devido a reclamações sobre concorrência desleal.

Como resposta a esse problema, em agosto de 2002, o Conselho Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil regulamentou essa prática por votação unânime¹², impondo algumas condições para que determinado advogado e/ou sociedade de advogados pudesse exercê-la sem serem advertidos pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP.

3.2 Regulamentação sobre Pro Bono

A regulamentação sobre a questão do pro bono pode ser basicamente extraída de duas fontes: a Resolução Pro Bono de 2002 e a jurisprudência do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-SP. É importante mencionar que, até dezembro de 2013, não havia nenhuma regulação que abrangesse todo o território nacional acerca do tema. Entretanto, o entrevistado Marcos Fuchs mencionou que alguns estados do Brasil seguem algumas das diretrizes fixadas por essa norma da Seccional de São Paulo.

⁹ E-2.392/0 . ADVOCACIA PRO BONO - ATIVIDADE VOLTADA PARA O BEM PÚBLICO, SEM CONTRAPARTIDA FINANCEIRA - NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESTABELECEndo LIMITES E COIBINDO ABUSOS. Julgado em 13/12/2001

¹⁰ O Tribunal de Ética e Disciplina é um órgão das seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, destinado a aconselhar o profissional em relação à ética profissional, além de instruir processos disciplinares

¹¹ MPF ABRE INQUÉRITO PARA INVESTIGAR OAB DE SÃO PAULO (08/02/2013) Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3000366/mpf-abre-inquerito-para-investigar-oab-de-sao-paulo>. Acesso em 13 set. 2013

¹² RESOLUÇÃO PRO BONO. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/legislacao/resolucao-pro-bono>. Acesso em 29 ago. 2013

Basicamente, a Resolução Pro Bono estabelece as seguintes condições para advocacia pro bono:

1 - A prestação de serviços será de assessoria e consultoria jurídicas e, excepcionalmente, atividade jurisdicional;

2 - Quando ocorrerem honorários sucumbenciais, eles serão revertidos às entidades beneficiárias na forma de doação;

3 - Os beneficiários da advocacia "pro bono" deverão ser pessoas jurídicas do terceiro setor, sem fins lucrativos, reconhecidas e desprovidas de recursos financeiros para custear despesas procedimentais, judiciais ou extrajudiciais;

4 - O advogado ou sociedade de advogados ficarão impedidos por dois anos, contados da última prestação de serviços, para a prática de advocacia para empresas ou entidades coligadas à assistida, seus membros, diretores, sócios ou associados;

5 - A intenção de exercer a advocacia "pro bono" deverá ser comunicada previamente ao Tribunal de Ética e Disciplina, informando seus objetivos e alcance de suas atividades. Posteriormente e a cada seis meses deverá ser encaminhado ao TED relatório sobre o desenvolvimento das referidas atividades. Além disso, o TED poderá requisitar esclarecimentos que deverão ser prestados pelos advogados sobre informações do art. 4º da resolução¹³, ainda que fora dos prazos estabelecidos;

6 - A entidade beneficiária deverá manifestar anuência e conhecimento prévio da Resolução Pro Bono.

Ou seja, qualquer forma de prestação voluntária a pessoas físicas é vedada pela resolução.

¹³ Resolução Pro Bono. Artigo. **Artigo 4.º** - Os advogados e sociedades de advogados que pretendam exercer atividades pro bono deverão comunicar previamente ao Tribunal de Ética e Disciplina, os objetivos e alcance de suas atividades, devendo, também, encaminhar a esse Tribunal, relatório semestral contendo as seguintes informações: denominação social da entidade beneficiária, tipo de atividade a ser prestada, data de início e término da atividade.

Além daquilo que é previsto na própria Resolução, algumas outras condições foram extraídas dos julgados do TED, como:

1. a necessidade de registro na OAB do advogado ou sociedade de advogados para fazer pro bono (E-3.542/2007).
2. a necessidade de comprovação da hipossuficiência da pessoa jurídica sem fins lucrativos auxiliada (E-2.954/200).
3. Não pode haver criação de instituto com o propósito de promover assistência judicial (E-3.068/2004, E-3.185/2005, 3.297/2006, E-3.314/2006, E-3.330/2006).
4. É vedado fazer propaganda ou anunciar que faz serviços gratuitos, em qualquer meio (E-1.483/97, E-2.702/03, E-3.144/2005).
5. Advogados voluntários podem fazer palestras com orientações abertas ao público, desde que as orientações dadas sejam gerais e não específicas (E-3.877/2010).

A justificativa para a restrição seria a de que a advocacia voluntária e gratuita exercida por particulares poderia levar a uma captação indevida de clientela ou um ato que tem o potencial de trazer esse risco. Esse argumento pode ser confirmado pela normativa invocada pelo TED. Os artigos invocados são os arts. 33 e 34, IV, 44 da Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), e os arts. 7º e 41 do Código de Ética e Disciplina (CED). O Art. 33 afirma que é necessário para o advogado a obediência ao CED; o art. 34, IV, fala da proibição de angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros. O art. 7º do CED também proíbe práticas que contribuam para a captação indevida de clientes, enquanto o art. 44 versa sobre o dever de urbanidade do advogado.

Quanto à proibição do atendimento de pessoas físicas, sempre recomenda-se encaminhar os necessitados aos "serviços jurídicos gratuitos existentes em todo o Estado, como o Convênio OAB/PGE, aos centros acadêmicos das faculdades de direito e (...) à Defensoria Pública

do Estado, entre outras entidades oficiais, reconhecidas e/ou fiscalizadas pela OAB¹⁴ .

A única exceção encontrada no TED foi o caso do advogado que atende parente que não possui recursos financeiros: "O advogado, excepcionalmente, pode atender gratuitamente um parente que se encontre em situação desfavorável, ainda que esse pudesse socorrer-se da assistência judiciária". No entanto, isso só é admitido se a causa não tiver interesses econômicos¹⁵.

3.3. Insatisfação com a proibição

A regulamentação e suas restrições têm sido motivo de muita discordância no mundo jurídico. De um lado, há aqueles que veem a possibilidade de prestar advocacia gratuita a pessoas físicas como um ato com o potencial de caracterizar a captação indevida de clientela e de promover a concorrência desleal, já que a oferta de advogados seria bastante grande (no Brasil, há mais de 800 mil advogados). De outro, há grupos, como o Instituto Pro Bono, que acreditam que as restrições da resolução são excessivas, como a impossibilidade de atender gratuitamente a pessoas físicas. Também creem que essas limitações não se justificariam na sociedade brasileira, na qual há tantas pessoas que não conseguem ter acesso à assistência jurídica integral e gratuita, mesmo com o serviço prestado pelas defensorias públicas e pelos convênios ligados à tal entidade.

De acordo com Marcos Fuchs, esse tipo de restrição estaria na contramão do que normalmente acontece ao redor do mundo. Ele deu o exemplo da *New York Bar Association*, que tem como uma de suas

¹⁴ E-3.394/2006 v.u., em 16/11/06. ADVOCACIA – ADVOCACIA ITINERANTE – CONTRATO COM PREFEITURAS MUNICIPAIS – LEGALIDADE POR MEIO DE LEI MUNICIPAL E DENTRO DO QUE DETERMINA A LEI ORGÂNICA MUNICIPAL – ADVOGADOS CONTRATADOS E COORDENADOS PELO CONSULENTE – ENTIDADE NÃO REGISTRADA NA OAB – O ÓRGÃO PAGADOR SERIA CADA MUNICÍPIO UTILIZADOR DESSE SERVIÇO – ANTIETICIDADE, ILEGALIDADE, CAPTAÇÃO DE CLIENTELA E CONCORRÊNCIA DESLEAL – ELIMINAÇÃO DA MARCA D'ÁGUA CONTIDA NA PETIÇÃO DO CONSULENTE.

¹⁵ E-3.509/2007 - v.m., em 16/08/2007 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VEDAÇÃO DA GRATUIDADE (CED, ART. 41). ADVOCACIA EM PROL DE PARENTE NECESSITADO. POSSIBILIDADE, EM CARÁTER EXCEPCIONAL.

exigências para obtenção da carteira de advogado o exercício de 50 horas de serviço pro bono. Há também grandes empresas, como a General Eletric, as quais só contratam serviços de escritórios que praticam pro bono.

Essa insatisfação tornou-se ainda mais evidente em fevereiro de 2013, com a Audiência Pública Pro Bono, na qual o Ministério Público Federal do Estado de São Paulo começou a colher informações para instruir inquérito civil público contra a Resolução Pro Bono. Antes disso, no julgamento da ADIn 4163, alguns ministros tinham se manifestado a favor da advocacia pro bono, como Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Na audiência, todas as manifestações foram contrárias às restrições da Resolução Pro Bono de 2002, o que será melhor desenvolvido no próximo tópico.

3.4 Audiência Pública Pro Bono

3.4.1 Motivos para instauração do inquérito e convocação da audiência pública

O Procurador da República Pedro Antônio de Oliveira Machado, que exercia na época da audiência a função de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão substituto, afirmou, em entrevista para a monografia, que o Ministério Público foi provocado por um professor universitário sobre a dificuldade de atuação de advogados de forma gratuita.

A partir disso, o Ministério Público Federal (MPF) começou a colher informações para instruir inquérito civil público, como já mencionado acima. Foram mandados diversos ofícios para a OAB/SP com perguntas sobre qual seria a justificativa da resolução. Também se questionou se a resolução realmente atenderia aos anseios da classe e não poderia configurar uma possível inconstitucionalidade quanto à limitação excessiva no exercício da profissão, pois a liberdade profissional é protegida de forma bastante ampla na CF. O Procurador afirmou que a OAB-SP sempre respondeu sucintamente ao que foi perguntada, afirmando que só aplicavam a norma vigente, a qual não permitia o exercício da advocacia pro bono fora dos moldes da resolução.

O Procurador também comentou que a partir de um certo ponto no inquérito civil, o MPF passou a trabalhar com o Instituto Pro Bono e tiveram uma reunião para discutir qual seria a estratégia adotada, na qual chegaram a cogitar até mesmo a possibilidade de entrar com uma ação civil pública. O Procurador Pedro Antônio foi relutante em adotar a judicialização da questão, acreditava que a ação civil pública deveria ser encarada como um último recurso por duas razões principais: a morosidade do judiciário (que poderia retardar a discussão do problema) e a complexidade da questão.

A complexidade do tema se deve principalmente a dois aspectos. Primeiramente, a OAB tem competência para deliberar como a profissão será regulamentada, a questão é: essa restrição é legal tendo em vista a liberdade profissional prevista na Constituição Federal?. Em segundo lugar, a OAB é uma entidade de classe representativa, cujos representantes são eleitos pela classe – por mais controversa que possa ser essa representação -, o que levaria a, em tese, esses membros eleitos da OAB estarem representando a vontade da classe¹⁶

Apesar desses argumentos, o Ministério Público Federal notou que havia um grande movimento de advogados insatisfeitos com as restrições. Assim, o Procurador Pedro Antônio sugeriu que se fosse realizada uma audiência pública para que se pudesse abrir uma via de diálogo. Tanto o Procurador titular da época, Jefferson Aparecido Dias, quanto Marcos Fuchs, aprovaram a ideia. A audiência foi marcada para o dia 22 de fevereiro de 2013, aberta a todos que quisessem participar.

3.4.2 Participação na Audiência Pública

Na audiência, a participação foi muito diversa, apesar da própria OAB/SP não ter comparecido. Vale destacar que na mesa estava Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal.

Todas as manifestações foram contra a resolução. Alguns afirmaram que a regulamentação atual da advocacia voluntária não seria

¹⁶ Aqui poderia ser questionado se a forma pela qual os representantes são eleitos realmente possibilitaria a representação de múltiplos interesses da classe como um todo, mas isso não foi abordado durante a entrevista.

razoável, pois vedar a prestação de serviços sem nenhum custo, em tese, não causaria prejuízos nem aos atendidos ou aos advogados – obviamente, caso não atenda corretamente seu cliente, o advogado responde por isso, independente de cobrar honorários ou não.

Também foi falado que a resolução, da maneira que está, representaria grave violação aos direitos humanos e à constituição em um país no qual há um imenso déficit do direito de acesso à justiça (a profa. Flávia Piovesan cita pesquisa de Maria Tereza Sadeck, pela qual apenas 30% da população brasileira teria acesso à justiça). Haveria também uma possível violação ao direito de livre exercício profissional (CF, art. 5º, XIII). Assim, permitir de forma mais ampla a advocacia pro bono seria resguardar a função social da advocacia. Flávio Croce Caetano, Secretário da Reforma do Judiciário, afirmou que as Defensorias Públicas deveriam ser fortalecidas e são elas quem deveriam coordenar o acesso à população carente.

Outros advogados como Miguel Reali Jr., José Carlos Dias e Heloísa Machado de Almeida (advogada da Conectas Direitos Humanos), o próprio Marcos Fuchs, representantes de ONGs e entidades como o Instituto de Defesa ao Direito a Defesa e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), além de diversos Centros Acadêmicos de faculdades de direito manifestaram-se contra a resolução.

O ministro Gilmar Mendes afirmou que sua exposição não seria sobre a resolução, mas falou bastante da situação carcerária brasileira, país que possui 550 mil presos, sendo que 40% deles são provisórios. Isso evidenciaria que deve-se entender de forma ampla os dispositivos da Constituição Federal sobre acesso à justiça, já a demanda está além daquilo que se esperava. O ministro também mencionou que o Brasil precisava romper com sua mentalidade corporativa e falou que Conselho Nacional de Justiça (CNJ) havia aprovado resolução que estabeleceu regras básicas da advocacia voluntária, utilizando-se dela principalmente para os mutirões carcerários promovidos pelo CNJ.

Em situação anterior, em um café da manhã promovido pelo Instituto Pro Bono, Marcos Fuchs disse que o ministro Gilmar Mendes

afirmou estar cansado de ver tantas pessoas presas de forma injusta e que era urgente um melhor acesso à justiça por parte da população mais pobre.

3.4.3 Repercussão da Audiência Pública

O Procurador afirmou que um dos grandes pontos fortes da audiência pública foi mostrar que há realmente um enorme descontentamento com a regulamentação. O fato de tantos juristas experientes e reconhecidos questionarem e condenarem a regulamentação à advocacia pro bono somente reforçou o entendimento de que aquilo tinha que ser revisto.

Como a OAB-SP não havia mandado nenhum representante à audiência, o Ministério Público Federal encaminhou as gravações da audiência para todos os conselheiros da OAB e para o presidente da entidade. Junto com os vídeos, solicitaram que a Resolução fosse revista em face dos pronunciamentos favoráveis à revogação da normativa.

O diretor do Instituto Pro Bono contou em entrevista que, duas semanas após a audiência, recebeu uma ligação do presidente do Conselho Estadual, Marcos da Costa. O presidente que afirmou que a OAB/SP também estava desconfortável com a situação e não compareceu na audiência porque tinha intenção de fazer algo sobre a resolução junto ao Conselho Federal. Por hora, tinham dado orientação para que a Comissão de Ética fosse mais leniente nos assuntos que envolvessem essa matéria, que não punisse os advogados que praticassem pro bono. Um mês após isso, foi marcada uma reunião com o presidente do Conselho Federal da OAB, Marcos Vinicius da Costa, quem afirmou para Fuchs que tinha muita preocupação em resolver essa matéria, pois a discussão sobre isso estava parada há mais de 4 anos.

3.5 Suspensão da Resolução Pro Bono

No dia 17 de junho de 2013 a Resolução Pro Bono foi suspensa¹⁷. Apesar da OAB nunca ter confirmado essa informação, o Procurador

¹⁷ OAB SUSPENDE LIMITAÇÃO DE PRO BONO NO PAÍS <http://www.oab.org.br/noticia/25774/oab-suspende-a-limitacao-de-advocacia-pro-bono-no-pais>. Acesso em 24 ago.2013.

acredita que a audiência pública teve um grande peso para a suspensão da resolução. Na mesma matéria do Valor Econômico mencionada acima, o procurador Jefferson Aparecido Dias afirma que a única chance de não levarem o inquérito civil adiante seria se a OAB revogasse a resolução, o que somente fortalece a hipótese de que a audiência pública foi um fator crucial para a suspensão.

No mesmo dia em que a resolução foi suspensa, foram indicados nomes para uma comissão com o objetivo de estudar propostas para formular um novo conjunto de regras sobre essa prática no âmbito nacional. Marcos Fuchs afirma que houve avanços, pois com a revogação, em teoria, pessoas físicas poderiam ser atendidas. No entanto, uma resolução nova será criada e o Instituto gostaria de colaborar na sua elaboração para que o documento possa regulamentar de uma forma menos restritiva a advocacia pro bono, que inclua pessoas físicas em todo território nacional.

O inquérito civil ainda não foi arquivado, pois o Procurador responsável espera pela nova resolução para conseguir verificar se a restrição ainda seria excessiva ou não.

3.6 Importância da Audiência Pública e da Suspensão

A audiência pública foi muito importante para o debate sobre a prática de advocacia voluntária. Apesar de entidades como o Instituto Pro Bono terem passado os últimos dez anos a fazer campanhas em órgãos públicos e universidades pelo país sobre a importância da atividade pro bono, foi um momento no qual o assunto ganhou uma projeção muitíssimo maior – nunca havia tido uma discussão tão ampla sobre o assunto.

O fato do público ali presente ter sido altamente heterogêneo (desde advogados, membros de ONGs, centros acadêmicos, secretários do estado à um ministro do STF) e todos terem se manifestado contra as atuais restrições, dando bons argumentos e exemplos práticos dos malefícios da restrição, provavelmente exerceu uma grande pressão sobre a própria OAB. Afinal, de repente, depois de muitos anos sem grande

discussão dentro da Ordem, a questão novamente vira pauta dentro da Ordem dos Advogados do Brasil, a resolução é suspensa e é feito um esforço maior para a elaboração de outra normativa.

4. Caso da ADPF 4163

4.1 Problema do Convênio: o caso da ADPF

Essa parte será dedicada a explicar o caso do qual versa a ADPF 4163, que trata do conflito entre a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) e a Defensoria Pública Estadual de São Paulo acerca do convênio entre essas duas entidades para a prestação de assistência jurídica gratuita. O que estava sendo questionado na corte era se o convênio com a OAB/SP deveria ser exclusivo e obrigatório.

Para mapear o conflito, foram utilizadas as peças da ADIn 4163, o julgado do TJ-SP¹⁸ e notícia do site da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo na época da criação da Defensoria. Os documentos utilizados nessa parte, de acordo com o índice de peças na parte de metodologia, vão do 0 ao 17 (exceto o documento 11).

As partes¹⁹ que se manifestaram nessa parte de acordo com sua posição sobre a constitucionalidade ou não do convênio são:

Partes	A favor ou contra a inconstitucionalidade do convênio exclusivo e obrigatório da DPE com a OAB-SP
Procurador Geral da República	A favor
Defensoria Pública do Estado de São Paulo	A favor
Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil	Contra
Governador do Estado de São Paulo	Contra
Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo	Contra
Advogado Geral da União	A favor
Associação Nacional dos Defensores Públicos	A favor
Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono e Outros*	A favor
Instituto da Defesa do Direito à Defesa (IDDD)*	A favor
Defensora Pública Geral e Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF)*²⁰	A favor

¹⁸ TJ-SP. Direta de Inconstitucionalidade. 9053984-62.2008.8.26.0000. Relator: Elliot Akel, julgado em 23/01/2013.

¹⁹ O termo parte aqui não é utilizado com a mesma conotação que teria nas disciplinas de Processo Civil ou Penal. Neste trabalho, parte apenas significa que esta pessoa/entidade/instituição se manifestou ao longo do processo.

²⁰ ***essas entidades tiverem seus pedidos de amicus indeferidos, sendo suas manifestações recebidas pelo STF na forma de memoriais.**

A análise desses documentos será feita em três partes: na primeira, será apresentada uma reconstrução dos acontecimentos a partir do que foi narrado pelas partes no processo; na segunda, serão elencados os argumentos jurídicos levados ao STF que concernem o convênio. Na terceira parte, haverá uma breve compilação daquilo que os atores trazem sobre o assunto pro bono, de acordo com algumas peças processuais.

4.2. Reconstrução dos acontecimentos

4.2.1 A Criação das Defensorias Públicas no País e a Emenda Constitucional 45.

Como já dito no início, a Constituição Federal de 1988 atribuiu a criação de um órgão especial para prestar assistência jurídica integral e gratuita (função essencial do estado²¹) em seu artigo 134²²: as Defensorias Públicas.

Em 2004, a Emenda Constitucional 45 adicionou ao artigo 134 seu § 2º, que passou a assegurar às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa. Essa previsão é fundamental, já que as DPEs atuam contra o próprio poder executivo em diversas situações, e, ao garantir sua autonomia, o legislador estaria a protegendo contra eventuais retaliações.

4.2.2 A criação da Defensoria Pública Estadual do Estado de São Paulo e a manutenção do antigo convênio

Apesar da previsão constitucional ser de 1988, São Paulo só teve sua própria defensoria criada em 2006 pela Lei Complementar Estadual nº 988 de 09 de janeiro de 2006 (LCE 988). Antes disso, o serviço de

²¹ art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

²²Art. 134. 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 art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito 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. ([Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 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](#))

assistência jurídica gratuita era feito pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), suborgão da Procuradoria Geral do Estado. Como não havia procuradores o suficiente para atender toda a demanda de assistência jurídica gratuita, o serviço suplementar era feito por advogados que trabalhavam através do convênio entre PAJ e a OAB/SP.

Quando houve a transição da PAJ para a Defensoria, a LCE 988 previu a manutenção obrigatória do convênio no artigo 234²³ e parágrafos, determinando a manutenção do convênio entre a DPE e a Seccional de São Paulo da OAB, que prestaria assistência jurídica gratuita integral suplementarmente. Os parágrafos enumeram diversos deveres da OAB/SP, inclusive o de definir junto com a DPE a remuneração dos advogados credenciados (art. 234, § 2º). O referido dispositivo reforçou o que já estava previsto na Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 109, o qual determina que: "(...)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".

Em um primeiro momento, a manutenção do convênio pareceu necessária, afinal, quando se criou a Defensoria, foram abertas apenas 400 vagas para a carreira, apesar de se ter estimado a necessidade de 1500 para cobrir a demanda – diante da falta de recursos humanos da Defensoria, o convênio seria uma maneira de garantir o atendimento no Estado²⁴.

²³ Artigo 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 institucionais definidas no artigo 5º desta lei.

§ 1º - A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, em função do convênio previsto neste artigo, deverá:

1. manter nas suas Subsecções postos de atendimento aos cidadãos que pretendam utilizar dos serviços objeto do convênio, devendo analisar o preenchimento das condições de carência exigidas para obtenção dos serviços, definidas no convênio, bem como a designação do advogado que prestará a respectiva assistência;
2. credenciar os advogados participantes do convênio, definindo as condições para seu credenciamento, e observando as respectivas Comarcas e especialidades de atuação, podendo o advogado constar em mais de uma área de atuação;
3. manter rodízio nas nomeações entre os advogados inscritos no convênio, salvo quando a natureza do feito requerer a atuação do mesmo profissional.

§ 2º - A remuneração dos advogados credenciados na forma deste artigo, custeada com as receitas previstas no artigo 8º, será definida pela Defensoria Pública do Estado e pela Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil.

²⁴ http://www.apesp.org.br/publicacoes/j_procurador/procurador_19/perfil.htm

4.2.3 O problema do convênio e o círculo vicioso

Apesar de oferecer assistência jurídica suplementar nos casos em que a defensoria não poderia fazê-lo, o convênio foi fonte de alguns problemas para a DPE. Um dos maiores foi o fato de que ele onerou demasiadamente o orçamento dessa instituição, já que esta é responsável por custeá-lo.

As origens das receitas da DPE estão no art 8º, da LCE 988²⁵, sendo a fonte principal o **Fundo de Assistência Judiciária**²⁶. No documento no qual a DPE do Estado de São Paulo pleiteou o ingresso como *amicus curiae* (documento 1 de 20.10.2008), foram apresentados dados que demonstravam que os gastos com convênio teriam aumentado (de 1997 à 2007, houve um aumento de 698%), sendo que aproximadamente 70% dos recursos da Defensoria iriam para o convênio²⁷. Além do convênio custar mais a DPE do que sua própria atividade regular, esta também afirma que a relação de custo-benefício não seria benéfica, pois enquanto 400 defensores atenderiam cerca de 850 mil pessoas em um ano, os 47 mil advogados inscritos no convênio atenderiam 1 milhão de pessoas por ano (segundo a DPE, estes dados teriam sido fornecidos pela própria OAB). Assim, proporcionalmente, a defensoria trabalharia mais por menos dinheiro.

²⁵ Artigo 8º - Constituem receitas da Defensoria Pública do Estado:

I - as dotações orçamentárias e os créditos adicionais originários do Tesouro do Estado;

II - os recursos provenientes do Fundo de Assistência Judiciária;

III - os honorários advocatícios fixados nas ações em que houver atuado;

IV - os recursos provenientes de convênios com órgãos ou entidades, nacionais ou estrangeiras, nos termos da legislação vigente;

V - as rendas resultantes do uso e da aplicação de bens e valores patrimoniais;

VI - as subvenções, auxílios, doações, legados e contribuições;

VII - outras receitas previstas em lei. **(grifo meu)**

²⁶ Artigo 235 - A Defensoria Pública do Estado sucederá a Procuradoria Geral do Estado nos convênios e contratos firmados pelo Estado de São Paulo, por intermédio da Procuradoria Geral do Estado, **com despesas suportadas pelo Fundo de Assistência Judiciária.**

Artigo 236 - O Fundo de Assistência Judiciária, instituído pela Lei nº 4.476, de 20 de dezembro de 1984, e regulamentado pelo Decreto nº 23.703, de 27 de maio de 1985, destinado a custear despesas concernentes à prestação de assistência judiciária gratuita, **vincula-se, a partir da promulgação desta lei complementar, à Defensoria Pública do Estado, que passará, imediatamente, a gerir os seus recursos**, inclusive o saldo acumulado. **(grifo meu)**

²⁷ De acordo com o documento 1, a Defensoria custaria 75 milhões e o convênio custaria 272 milhões.

O fato do convênio utilizar grande parte do orçamento da Defensoria perpetuaria sua condição precária - lembrando que ela já nasceu com oferta aquém da demanda -, o que não permitira um maior investimento na solidificação da instituição da DPE. Teríamos, então, um círculo vicioso, pois:

- a defensoria, com estrutura deficitária, teria que recorrer ao convênio para conseguir atender a todo o estado;
- o convênio, por sua vez, consumiria boa parte do orçamento da defensoria, impedindo que ela pudesse investir em si mesma;
- o fato da defensoria não conseguir investir em si mesma perpetuaria sua situação de insuficiência, o que a obrigaria a recorrer ao convênio para conseguir atender à demanda por assistência jurídica gratuita em diversas comarcas do Estado de São Paulo.

4.2.4 O fim do convênio e o Ato Normativo nº 10

O convênio tinha como data de término o dia 11 de julho de 2008 (cláusula décima terceira do convênio).

A previsão inicial era de que ele seria renovado, porém, a OAB-SP e DPE tiveram problemas para entrarem em acordo quanto aos termos de renovação. De acordo com o documento 2, o embate com a OAB começou porque a Defensoria se negou a renovar uma versão do convênio que previste reajuste para a remuneração dos advogados dativos em índice acima da inflação - no documento 8, a Associação Nacional dos Defensores Públicos afirma que o reajuste pedido pela OAB-SP estaria 10% acima da inflação.

Por sua vez, a OAB-SP negou-se a renovar o convênio nos termos da Defensoria. Assim, a DPE afirma que o convênio não foi renovado por decisão unilateral da OAB, reforçando que tinha como intenção inicial a sua continuidade.

Do outro lado, a OAB/SP alegou que o valor pago pelo convênio a seus advogados era de aproximadamente R\$ 500,00, sendo que isso era

pago apenas depois do trânsito em julgado e já estava bem abaixo do previsto na tabela de honorários. Inclusive, a Ordem custearia atendimento à população carente, já que precisava manter 313 pontos de atendimento e nunca foi ressarcida por isso, apesar de haver previsão em lei para tal²⁸.

Diante da não renovação, a DPE buscou outras formas para dar continuidade ao serviço de assistência jurídica gratuita devido a insuficiência de seus quadros. Foi editado pela Defensoria Pública-Geral o Ato Normativo nº.10, de 14 de julho de 2008, o qual instaurou um processo de cadastramento direto de advogados interessados em realizar esse tipo de assistência em caráter suplementar. Esse novo sistema obteve quase 3000 inscrições no primeiro dia (documento 2). Aí, começou um segundo conflito, pois esse modelo foi questionado pela OAB/SP perante a Justiça Federal e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP).

No TJ-SP, a OAB-SP alegou a inconstitucionalidade do Ato Normativo nº. 10 afirmando que ele, ao prever a assistência judiciária complementar sem a participação da OAB e com tabela de honorários fixada unilateralmente pela Defensoria feriria o art. 109 da Constituição Estadual. Além disso, ele estaria em descompasso com o art. 234 da LCE no. 988/06, os arts. 22, 44, II, e 58 da L8906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) e o Código de Ética e Disciplina da OAB. Na Justiça Federal foi impetrado mandado de segurança contra o mesmo ato. Em ambas ações, a OAB/SP conquistou decisões de caráter cautelar que impediram o prosseguimento dessa saída achada pela Defensoria para dar continuidade ao seu serviço normalmente.

É nesse momento que fica claro para a Defensoria o problema que era a interpretação dada ao artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo e ao artigo 234 da LEC 988/06. Dizem esses dispostos normativos:

²⁸ LCE 988 - Art. 234, §3º: A Defensoria Pública do Estado promoverá o ressarcimento à Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil das despesas e dos investimentos necessários à efetivação de sua atuação no convênio, mediante prestação de contas apresentada trimestralmente.

Constituição do Estado de São Paulo

Artigo 109 - *Para efeito do disposto no art. 3º 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.*

LCE 988/06

Artigo 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 institucionais definidas no artigo 5º desta lei.*

Ou seja, a obrigatoriedade e exclusividade que esses artigos poderiam sugerir limitaria a atuação da Defensoria e sua capacidade de desenhar um convênio da maneira que fosse conveniente para si.

Outro problema que ocorreu devido a não renovação do convênio foi a greve de defensores públicos). A OAB-SP, em seu turno, argumenta que a greve não seria pela quebra do convênio e sim por razões de equiparação salarial a outros órgãos do judiciário (documento 3).

Assim, em 17 de outubro de 2007, a Procuradoria Geral da República entra com Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4163 (que foi posteriormente convertida em ADPF), pedindo para que o STF declarasse inconstitucional a obrigatoriedade e exclusividade do convênio entre a Defensoria e a OAB/SP prevista na legislação acima reproduzida.

4.3 Argumentos Jurídicos

Nessa parte, serão descritos os argumentos jurídicos suscitados nas peças processuais. Para fins didáticos, os argumentos serão separados em favoráveis à inconstitucionalidade e contra a inconstitucionalidade.

4.3.1 A favor da inconstitucionalidade

Na inicial (documento 0), a o Procurador Geral da República ajuíza ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar. São impugnados as expressões dos arts.109 da Constituição do Estado de São Paulo e do art.234 e parágrafos da LCE 988/06, que tratam da designação da OAB/SP para prestar assistência jurídica gratuita em caso de insuficiência de atendimento da Defensoria e, inclusive, prevê que a OAB/SP deve selecionar os profissionais que serão os advogados dativos e determinará o esquema de rodízio entre eles para pegarem casos.

Esses artigos seriam inconstitucionais porque iriam contra a previsão de autonomia funcional e administrativa introduzida pela Emenda Constitucional 45/04 e contra o disposto no art. 134 da Constituição Federal, como será explicado nos tópicos abaixo.

4.3.1.1 Afronta ao art. 134 da CF

O Procurador Geral da República (documento 0) afirma que a CF, em seu artigo 134, impõe à defensoria o dever de prestar primordialmente a assistência jurídica gratuita. Desta forma, quando a OAB/SP toma para si a competência de designar profissionais para atender ao público²⁹ – e o faz em forma de rodízio, esquema que dá chance de cada vez mais advogados participarem do convênio - haveria uma afronta ao art. 134 da CF. Ainda, de acordo com a Procuradora, a forma de rodízio seria uma manobra movida pelo interesse corporativo

²⁹ LCE 988/06

art.234. § 1º - A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, em função do convênio previsto neste artigo, deverá:

1. manter nas suas Subsecções postos de atendimento aos cidadãos que pretendam utilizar dos serviços objeto do convênio, devendo analisar o preenchimento das condições de carência exigidas para obtenção dos serviços, definidas no convênio, bem como a designação do advogado que prestará a respectiva assistência;
2. **credenciar os advogados participantes do convênio, definindo as condições para seu credenciamento**, e observando as respectivas Comarcas e especialidades de atuação, podendo o advogado constar em mais de uma área de atuação;
3. **manter rodízio nas nomeações entre os advogados inscritos no convênio, salvo quando a natureza do feito requerer a atuação do mesmo profissional.**

§ 2º - A remuneração dos advogados credenciados na forma deste artigo, custeada com as receitas previstas no artigo 8º, será definida pela Defensoria Pública do Estado e pela Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil. **(grifo meu)**

de absorver o maior número de advogados possíveis que queiram atuar como dativos.

4.3.1.2 Afronta à autonomia da DPE (CF, art. 134, §2)

O segundo argumento é que o art. 234 da LCE 988 e o art. 109 da CE-SP violariam a autonomia.

Em primeiro lugar, tais artigos, ao determinar a obrigatoriedade do convênio, engessariam a atuação da Defensoria ao criar uma situação de déficit permanente na instituição, como foi descrito no item 3.1.1.3 ("O problema do convênio e o círculo vicioso). O convênio paralisaria as ações de desenvolvimento da DPE, que se veria sempre com falta de previsão orçamentárias para adotar medidas de expansão.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo (documentos 1 e 2) segue a mesma linha argumentativa, de que a obrigatoriedade do convênio fere a autonomia constitucional da defensoria, pois transfere para entidade privada a avaliação da conveniência e oportunidade acerca da realização de um ato administrativo (a celebração de um convênio), impedindo que a DPE busque serviços que se mostrem mais oportunos e convenientes para seus fins. Nesse mesmo sentido, a Advocacia Geral da União (AGU) afirma que quando garante-se autonomia funcional e administrativas à DPE, ela deve obediência unicamente aos parâmetros constitucionais e legais que regem a matéria e delimitam sua ação. O art. 234 mitigaria o auto governo e, assim como a ANADP, a Advocacia Geral da União também argumenta que isso caracterizaria uma interferência do poder executivo e legislativo na direção dos assuntos e questões relativos à entidade.

No entendimento da DPE, além desta proibição constitucional, a lei que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios (LC 80/94) e prescreve normas gerais para sua organização também não teria dado base para o citado artigo da Lei Complementar Estadual no. 988. Portanto, não bastaria assegurar garantias institucionais, deve-se certificar que haja condições materiais que possam assegurar a qualidade do serviço da DPE.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADP – documento 8) chama a atenção para o fato de que o convênio obrigatório faz com que a DPE fique em posição de subordinação em relação à OAB-SP e que a exigência de prévia autorização legislativa para celebrar convênios seriam uma violação da separação de poderes.

Em quase todas as manifestações (documento 2, 5, 8) ressalta-se o fato da defensoria gastar quase quatro vezes mais com o convênio do que gasta com sua própria estrutura. Esse é um dos argumentos principais.

Por fim, na peça da Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono e Outros argumenta-se o serviço da DPE poderia ser complementado de outras maneiras, como com advocacia privada pro bono.

4.3.2 Contra a inconstitucionalidade

A Seccional de São Paulo da OAB, por sua vez, afirma que a ação proposta pela Procuradoria não apontaria qualquer inconstitucionalidade, direta ou indireta, do art. 109 da CE-SP ou do art. 234 da LCE 988/2006. Em argumento parecido, o Governador do Estado de São Paulo afirma que a inconstitucionalidade não está clara, pois a Constituição Estadual não estaria em conflito com nenhuma norma da constituição, sendo necessário o estudo de legislação infra-constitucional (o art. 234 da LCE 988) para que se entenda a argumentação do Procurador Geral da República.

Outro ponto levantados pela OAB-SP seria a falta de argumentos jurídicos na inicial. Eles afirmaram que o Fundo de Assistência Judiciária (FAJ) não interfere na capacidade do Estado de São Paulo de investir na Defensoria. Ou seja, a existência do FAJ não impediria o Governo do Estado de São Paulo de fazer investimentos na Defensoria, aumentar o seu quadro de defensores, funcionários interdisciplinares etc. Dessa forma, a “culpa” da Defensoria não ter recursos suficientes não seria do convênio, e sim do Estado de São Paulo que não se interessaria em buscar outros meios de investir nessa instituição.

Tanto a OAB quanto o Governo de São Paulo afirmam que o convênio foi uma escolha do legislador para que não tivessem que

reestruturar toda a rede de assistência jurídica enquanto se aguardava a total implementação da Defensoria.

Ainda segundo a OAB, a autonomia garantida constitucionalmente à defensoria não permite que a instituição atue sem qualquer limitação legal. Não haveria inconstitucionalidade no regramento adotado pelo Estado de São Paulo, que definiu que a Defensoria não teria liberdade para conveniar com quem quisesse, impondo a celebração de um convênio obrigatório e exclusivo com a OAB. As razões para esta opção, segundo a Ordem dos Advogados seriam as seguintes:

1.O fato da OAB ser um serviço público de acordo com o art. 44 da L8906/94;³⁰

2.A OAB asseguraria a transparência e impessoalidade na designação de advogados para o serviço;

3.A advocacia é uma atividade profissional regulamentada, que só pode ser exercida por advogados devidamente credenciados e sociedade de advogados, sendo proibida a prestação de serviços advocatícios por outras pessoas jurídicas;

4.O Código de ética profissional determina não poder haver redução na tabela de honorários. Uma eventual redução poderia se configurar como captação indevida de clientela, salvo se as condições peculiares da necessidade e dos carentes puderem ser demonstradas com antecedência ao Tribunal de Ética e Disciplina - TED.

Diante dessas razões, temos que apesar dos honorários pagos aos advogados dativos serem inferiores àqueles da tabela, o fato da OAB estar presente no convênio autoriza pegar-se menos. Por isso, o convênio com a OAB-SP é seguro aos advogados participantes, eles têm a certeza de não estarem infringindo nenhuma norma de ética profissional.

O Governador também afirma que os artigos em questão apenas dariam estariam garantindo o direito da pessoa humana e possibilitariam a efetivação do direito de assistência jurídica gratuita, dever constitucional

³⁰ Essa definição foi dada pela própria OAB-SP quando diz: "A primeira dessas razões **é ser a OAB um serviço público**, que tem por finalidade, de um lado, a defesa da justiça social e, de outro, a representação da advocacia (art. 44 da Lei no. 8906/1994)." Documento 3, pp. 11. (**grifo meu**)

outorgado aos entes federados. O dever dos estados de criarem a DPE não retira a competência para escolherem qual a maneira de garantir assistência jurídica gratuita aos necessitados³¹, levando em consideração as peculiaridades de cada lugar. local, sob pena de irem contra determinação. Ou seja, as normas que preveem a celebração do convênio (quando necessário) foram a maneira encontrada pelo legislador paulista para efetivar o direito fundamental de assistência jurídica, garantindo os direitos previstos na constituição.

Os argumentos dados pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo também seguem linha parecida. Apontam que em nenhum momento a CF estabeleceu que assistência jurídica é de atribuição exclusiva da Defensoria Pública e que compete ao Governo Estadual exercer a direção superior da administração do Estado (CF, art. 47, II), sendo que a Defensoria integraria a estrutura institucional do poder executivo, estando submetida a essa direção superior. Desta forma, a autonomia funcional da DPE não alcançaria a iniciativa estatal de estabelecer rumos gerais da implementação dos direitos fundamentais, que se daria através do convênio. Quanto à medida cautelar, afirma que a necessidade de urgência não se justificaria porque a distribuição da ação ocorreu dois anos após sua propositura.

4.4 Pro Bono

Nas peças, há poucas referências explícitas à advocacia pro bono. Temos nos documento 5 temos uma ata de Assembleia Geral Extraordinária de 21 de setembro de 2005, do Instituto Pro Bono, e seu Estatuto, que mencionam muito brevemente o que viria a ser a advocacia pro bono. Em especial, na ata Assembleia Geral Extraordinária há manifestações que falam da necessidade de divulgação da prática pro bono e menciona-se a regulação de forma superficial – que ela estaria sendo discutida dentro

³¹ CF, art. 5o, LXXIV - o **Estado** prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (grifo meu)

No documento 6, há o parecer do Professor Virgílio Afonso da Silva, encomendado pela Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono e Outros. Ele menciona a advocacia pro bono explicitamente apenas no final do texto, em um momento: "O modelo público de assistência jurídica gratuita pode ser complementado com iniciativas privadas de assistência jurídica, como iniciativas *pro bono*."

Ou seja, a despeito do tema ser mencionado algumas vezes dentro dessas peças, que correm como memoriais, já que o Instituto Pro Bono, Conectas e Outros não foram admitidos como *amici*, ele não é problematizado.

5. Resposta do STF

Esse capítulo será sobre as manifestações do STF em relação aos problemas apresentados pelos atores.

5.1 Julgamento

Essa sessão será sobre a análise dos votos dos ministros do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4163. Será verificado se o STF respondeu às principais questões levantadas pelos atores, se não o fez e quais implicações para as partes teriam essas respostas. O capítulo será dividido em cinco partes, cada uma correspondente a uma grande questão dos problemas levantados. Não foram discutidos aspectos dos votos que não foram relevantes para o estudo, como questões processuais.

A primeira parte tratará sobre questões preliminares (conversão da ADIn em ADPF) e como isso influenciou o resultado da votação. A segunda parte tratará da autonomia da defensoria, como os ministros a concebem a partir de uma ótica constitucional. A terceira parte será sobre o convênio, o porquê de sua obrigatoriedade e exclusividade ser inconstitucional na visão dos ministros. A quarta e última parte versará sobre o pro bono e prestação de assistência jurídica gratuita. Apesar do problema do pro bono não ter sido trazido de forma expressiva pelos atores, como mencionado no tópico 4.4, alguns ministros discutem bastante sobre ele. Alguns até mesmo o apontam como uma solução para o problema orçamentário da defensoria. Nessa parte também será analisada como os ministros conceberiam um modelo de assistência jurídica gratuita.

5.1.1 Questões preliminares, conversão de ADI em ADPF e resultado dos votos

Todos os ministros concordam que o objeto da ação está bem claro, que é o art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo (CE-SP), que determina a realização do convênio compulsório. **As questões que se colocam são: essa previsão agride a autonomia da defensoria prevista pelo art. 134, § 2º com eficácia plena e aplicabilidade imediata?** Esse é um dos principais pontos que serão evocados ao longo

dos votos. Ao final, o relator conclui que a obrigatoriedade de se conveniar com a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil agride sim a autonomia da Defensoria.

Antes de começar a responder esse problema, o Ministro Cezar Peluso propõe que a Ação Direta de Constitucionalidade seja convertida em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pois o que estaria em cheque seria a parte final do art.109 da Constituição do Estado de São Paulo, que é de 1989, e a nova redação do art. 134, parag 2º, dado pela Emenda Constitucional 45 de 2004. Ou seja, tenho diploma posterior, a Emenda, que entra colisão com diploma anterior, a Constituição Estadual - o problema é de superveniência da emenda constitucional, que tornaria o artigo 109 inconstitucional.

Normalmente, em um conflito dessa natureza, a questão se resolveria automaticamente por revogação da lei anterior e não pelo exame de constitucionalidade da questão. Entretanto, a antinomia entre a emenda e o artigo da constituição paulista em questão não é clara, o que demandaria um exame mais minucioso pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Cezar Peluso afirma que não vê problema em admitir a fungibilidade entre ambas as ações (ADI e ADPF).

Posteriormente, o Ministro Marco Aurélio questiona a necessidade de se converter a ADI em ADPF. O Ministro afirma que para aceitar a conversão, deve-se aceitar o pressuposto de que a Emenda Constitucional 45 trouxe mudanças substanciais considerando o que está disposto na Constituição do Estado de São Paulo. No entanto, ele crê que o art. 109 estaria contra o texto original da Constituição Federal de 1988, sem considerar as inovações da EC 45, já que foi previsto de forma categórica que a assistência seria prestada pelas Defensorias Públicas. Ou seja, para ele, o fato de a Defensoria não ser a principal prestadora direta desse serviço (visto que há mais advogados dativos do que defensores, além da organização da prestação de serviço suplementar não ser organizada pela defensoria) é muito preocupante, ainda mais por ter passado mais de 23 anos depois criação dessa instituição. Em contrapartida, o Ministro Cezar

Peluso afirma que a questão mais importante em jogo seria a da autonomia, que foi inserida com a EC 45/2004.

O Ministro Gilmar Mendes concorda essa norma já seria suscetível de impugnação com texto anterior, mas fala que não teria problema em acompanhar o relator. A Ministra Carmen Lúcia também concorda que a questão da autonomia apresentada explicitamente pela EC 45 é muito relevante, pois distingue a Defensoria de outras formas de advocacia pública, assim, essa conquista deve ser valorizada. Portanto, os ministros (todos, exceto o ministro Marco Aurélio) que consideram as ações fungíveis são aqueles que dão um grande peso à autonomia concedida pela EC 45.

Art. 109 já não estaria abarcado pela CF, mas a autonomia possui um diferencial	Já não era abarcado pela redação original da CF	A colisão do art. 109 é primordialmente com a EC/45
Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Gilmar Mendes, Ayres Britto	Marco Aurélio	Cezar Peluso, Rosa Weber

A admissão ou não da ADPF também relaciona-se com os resultados do voto. Todos os ministros, exceto Marco Aurélio, decidiram (a) declarar inconstitucional o art. 234 da Lei Complementar Estadual 988 e (b) dar interpretação conforme a art. 109 da CE-SP, de forma que ele fosse interpretado como apenas uma faculdade da Defensoria celebrar convênio com a OAB-SP, estando a DPE livre para escolher fazer convênios com outras entidades. **O Ministro Marco Aurélio pensa que não deve existir convênio algum** ³², não havendo nenhuma interpretação que possa ser dada ao art. 109 da CE para viabilizá-lo no ordenamento. Esse aspecto será melhor trabalhado na parte específica sobre as condições de prestação da assistência jurídica integral e gratuita.

³² "Por que continuará freada [a Defensoria], embora podendo definir com quem estabelecerá convênio? Por que haverá a inércia do Executivo quanto à indispensável estruturação do órgão" STF: ADPF 4163, Rel. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, Voto Marco Aurélio. pp.79

5.1.2 Autonomia da Defensoria

Todos os ministros pelo menos mencionam essa questão, sendo que a maioria apenas concorda com o que foi dito pelo relator.

O Ministro Cezar Peluso define que autonomia funcional e administrativa equivalem à ideia de auto-administração. O órgão tem direito de atuar e tomar decisões próprias, tendo como limite aquilo que é estabelecido pela lei. A autonomia dada para a Defensoria teria propósito, ela permite exercer em plenitude a assistência jurídica gratuita, sem ter que se preocupar com retaliações e imposições do poder público que poderiam prejudicar esse serviço. A limitação ou desnaturação da autonomia por norma subalterna tipificaria situação de inconstitucionalidade³³.

Faz parte da autonomia a poder jurídico de emitir livremente declarações vinculantes de vontade, tanto na celebração de contratos quanto de convênios. O ministro deixa claro que tanto no caso do contrato quanto do convênio é necessário uma convergência de interesses, o que novamente poderíamos ligar ao caso do convênio, já que a Defensoria afirma que seus interesses não estariam sendo contemplados na negociação de um novo acordo.

A ministra Rosa Weber argumenta que a autonomia da Defensoria se estenderia ao ponto de ela não poder estar subordinada à Secretaria do Estado. Isso invalidaria o argumento da Assembleia Legislativa de São Paulo, o qual afirma que compete ao Governo Estadual exercer a direção superior da administração do Estado, estando a defensoria integrada na estrutura institucional do poder executivo, submetida a sua direção superior. A Ministra Carmen Lúcia afirma que no caso de instituições como a DPE, que possui autonomia funcional e administrativa, ela não precisaria se submeter a qualquer decisão do poder executivo – a DPE pode agir nos limites da Constituição e da lei – e o Estado deve respeitar essa imposição constitucional (a de que a DPE tem autonomia administrativa e funcional).

³³ “Daí se tira, sem grande esforço, que a autonomia outorgada no art. 134, § 2º, da Constituição da República, como meio ou instrument necessário para o correto e frutuoso desempenho das atribuições institucionais, pressupõe, no âmbito destas, correspondente liberdade de atuação funcional e administrativa, cuja limitação ou desnaturamento por norma subalterna tipifica situação de clara inconstitucionalidade” STF: ADPF 4163, Rel. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, Voto Cezar Peluso. pp.19

Os ministros Luiz Fux e Dias Toffoli só reforçam que a autonomia da Defensoria deve ser respeitada e fortalecida.

Os ministros Marco Aurélio e Lewandowski consideram que a autonomia da Defensoria já estava explicitamente prevista antes da Emenda Constitucional 45, no entanto, o segundo acompanha o relator, enquanto Marco Aurélio mantém sua posição inicial (a de que não precisaria ser convertido em ADPF, pois o art.109 já não estaria protegido pela CF de 88).

5.1.3 Sobre o convênio

5.1.3.1 Prestação e qualidade do serviço

É unânime entre os ministros que o convênio entre a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil não pode ser nem obrigatório nem exclusivo, já que isso não estaria de acordo com o conceito de convênio ou com os conceitos de autonomia funcional e administrativa. O ministro Cezar Peluso também afasta o argumento trazido pela OAB de que só advogados podem prestar esse serviço porque a advocacia é uma atividade regulamentada, só praticada por advogados ou sociedade de advogados. A defensoria nunca pretendeu indicar pessoas sem a capacidade postulatória.

Alguns ministros ressaltam que a não obrigatoriedade ou exclusividade não têm nenhuma relação com a qualidade dos serviços prestados pela OAB/SP. A ministra Rosa Weber fala que o afastamento da obrigatoriedade não pode ser visto como censura à notável contribuição da OAB no campo da assistência jurídica gratuita há muitos anos. Essa é uma observação interessante, dado que a Defensoria trouxe alguns documentos (documento 2) nos quais apresenta diversos problemas que atendidos tiveram com advogados dativos (o que não excluiria a possibilidade de pessoas terem problemas com o atendimento da defensoria). Nesse sentido, Marco Aurélio se refere a fala do Dr. Luís Roberto Barroso (na época, advogado da ANADEP), que mencionou a existência de cerca de 200 representações mensais de magistrados junto à OAB-SP quanto ao desempenho dos advogados dativos, isso seria um indício de que o convênio não seria um serviço tão eficiente .

5.1.3.2 Convênio como reserva de mercado e seus custos

Todos os ministros concordam que a oneração do convênio com a OAB-SP no orçamento da defensoria é insustentável. Outros até afirmam que o convênio é uma reserva institucionalizada de mercado, como Fux, Toffoli e Marco Aurélio. O ministro Dias Toffoli ainda diz explicitamente que o estaria em jogo nesse julgamento seria o monopólio da OAB/SP na Constituição do Estado de São Paulo.

Uma questão que teve grande peso para que se chegassem a essa conclusão foi que hoje há considerável vinculação de parte dos recursos da defensoria para esse fim, cerca de 70%. Por essa razão, os ministros consideram urgente a questão – mesmo que tenham demorado 4 anos para julgá-la.

O ministro Cezar Peluso disse que como a Defensoria foi o único órgão estatal destinado ao exercício ordinário da Assistência Jurídica Gratuita, qualquer política que desvie pessoas ou verbas para outra entidade com o mesmo objetivo insulta a CF.

Um ponto muito importante da manifestação da OAB/SP é sobre a norma contida no Código de Ética Profissional, pela qual é proibido pagar menos do que está previsto na tabela de honorários sem anuência da Ordem, pois tal ato se configuraria como captação indevida de clientela. A OAB/SP observa que os honorários previstos no convênio para pagamento dos advogados dativos são inferiores àqueles da tabela, e somente a Ordem poderia permitir a cobrança de honorários menores. Sobre isso, apenas o Ministro Cezar Peluso ataca a questão diretamente. Ele afirma que em caso de conflito entre preceito constitucional e aquelas normas previstas no Código de Ética Profissional, a lei não prevaleceria, tendo em vista que nenhuma norma subalterna pode paralisar a eficiência de um preceito constitucional.

E o mais importante: para o ministro, mesmo que não houvesse conflito com preceito constitucional, a DPE não se encaixaria dentro da hipótese de captação indevida de clientela porque o cliente é a própria Defensoria nessa situação – os advogados contratados através de convênios prestam serviços para a Defensoria.

Sobre esse assunto, o ministro Gilmar Mendes menciona que teria dito aos representantes da OAB que havia pobres para todos, provavelmente questionando se o tipo de público alvo da defensoria poderia ser enquadrado em captação indevida de clientela ou concorrência desleal – quem ganha menos de três salários mínimos não teria muitas condições de pagar um advogado, afinal.

Essa colocação deixa algumas dúvidas: Isso quer dizer que a Defensoria pode pagar seus advogados o valor que desejar, que julgar mais conveniente? Até que limite vai essa discricionariedade para arbitrar o valor? Os outros ministros não dão respostas claras a essas questões deixadas pelo voto do ministro Cezar Peluso. Pelo menos, podemos inferir que a Defensoria poderia contratar serviços pelos quais não tenha que pagar nenhum honorário a partir dos votos do relator, de Gilmar Mendes e Toffoli.

5.1.3.3 Liberdade da Defensoria de celebrar convênios

A partir do debate do tópico anterior, surge outra discussão: o Ministro Marco Aurélio acredita que a assistência jurídica gratuita deve ser prestada de forma exclusiva pela defensoria, não havendo nenhum convênio. Outros ministros concordam que o ideal seria que a prestação fosse feita apenas pela Defensoria, porém, hoje não haveria abolir o convênio. Outros ainda julgam que a defensoria nunca conseguiria atender a toda a demanda

O ministro Marco Aurélio acredita que dar esse tipo de “autorização” para convênios só perpetuaria as dificuldades que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo enfrenta, pois, nessa situação, o Poder Executivo não se motivaria para investir mais nessa instituição, o que dificultaria a sua expansão. O Ministro fundamenta sua preocupação no fato de que apesar da Defensoria Pública ter sido prevista na Constituição Federal de 1988, São Paulo só a implementou em 2006, 18 anos depois do comando da carta constitucional.

O ministro Ayres Britto acompanha Marco Aurélio em sua preocupação, acredita que a relativização pode permitir que a “corda

arrebente para o lado mais fraco”, como usualmente acontece, contudo, ele acompanha o relator, concordando que a Defensoria teria a liberdade de celebrar convênios. Entretanto, o ministro faz uma ressalva ao dizer que os convênios só deveriam existir enquanto a DPE não possuísse capacidade para absorver toda demanda sozinha.

Já os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli acreditam que a defensoria deve ser completamente livre para celebrar convênios e que dificilmente ela conseguirá absorver toda a demanda no futuro.

Essas conclusões serão melhor analisadas no próximo tópico.

5.1.4 Pro bono e a prestação de assistência jurídica gratuita

No voto, a advocacia pro bono é citada algumas vezes, ainda que ela só tenha sido citada nos memorandos da Conectas Direitos Humanos, Pro Bono e Outros de forma breve.

O ministro Gilmar Mendes postula que seria impossível a defensoria dar conta da demanda pelo serviço de assistência judiciária e que, ao mesmo tempo, não seria justo obrigar a defensoria a suportar o peso do convênio com a OAB/SP em seu orçamento. Desta maneira, haveria a necessidade de buscar outra solução para esse problema. O ministro aponta como uma das alternativas a prestação de assistência jurídica gratuita pro bono e até mesmo afirma que, em alguns casos, esse tipo de advocacia poderia oferecer um serviço muito mais adequado para a população. O Ministro Marco Aurélio menciona a parceria da defensoria com o Instituto de Defesa ao Direito de Defesa (IDDD), afirmando que era uma boa parceria dado que não tirava dinheiro da defensoria, pois a atuação dos advogados do IDDD seria voluntária.

O ministro Ayres Britto concorda que se poderia recorrer à advocacia pro bono na situação atual, mas que, como dito anteriormente, a prestação sob forma de advocacia pro bono deveria ser feita subsidiariamente, até o momento em que a Defensoria conseguisse suprir a demanda de atendimentos. Os ministros Cezar Peluso e Luiz Fux concordam com essa opinião.

O Ministro Dias Toffoli diz claramente que **não há o impedimento de um advogado privado prestar advocacia pro bono**, o que é curioso, já que a OAB/SP possui a Resolução Pro Bono de 2002, que inflige diversas limitações à prática da advocacia voluntária. Mesmo sem ter sido esse problema ter sido levado de forma direta ou clara ao STF, o ministro Toffoli responde a esta questão ao falar :

*"(...) não há um monopólio da defesa daqueles que não têm condições de arcar, do ponto de vista dos seus recursos financeiros, com o pagamento de um advogado privado. **E não há, também, o impedimento de um advogado privado fazer a advocacia pro bono.**" (grifo meu)³⁴*

Ou seja, o ministro afirma que não deve haver restrições à advocacia voluntária.

É possível concluir que a maioria dos ministros é favorável à advocacia pro bono como alternativa para o problema do convênio. A partir dessas colocações, podemos inferir como o STF gostaria que se dessem alguns aspectos da prestação de assistência jurídica gratuita. Nessa análise, foram identificadas três correntes de como esse serviço deveria ser prestado:

- (1)** Prestação de assistência jurídica gratuita deve ser feita exclusivamente pela defensoria, não devendo haver convênio com qualquer instituição;
- (2)** O ideal seria que a assistência jurídica gratuita fosse feita pela apenas pela defensoria, sem convênio. Contudo, a situação atual demanda a existência de algum convênio porque a estrutura da DPE é insuficiente. Sendo assim, enquanto a estrutura demandar essa prestação suplementar, poderá haver a livre celebração de convênios, desde que não onere mais a defensoria;
- (3)** Em qualquer circunstância a prestação de assistência jurídica gratuita deve ser permitida a todos, a Defensoria é livre para celebrar

³⁴ STF: ADPF 4163, Rel. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, Voto Dias Toffoli. pp.54

convênio com quem julgar mais conveniente, a qualquer tempo. Não haveria necessidade de entes privados estarem ligados à convênio para praticarem advocacia pro bono.

Corrente	(1)	(2)	(3)
Ministros	Marco Aurélio	<ul style="list-style-type: none"> - Cezar Peluso, Luiz Fux e Ayres Britto (<i>de forma explícita</i>) - - Rosa Weber, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski (<i>de forma tácita</i>) - 	Gilmar Mendes, Dias Toffoli

Em **(1)**, temos a posição de Marco Aurélio. O ministro acredita que ao permitir que a DPE realize convênio, isso somente perpetuaria sua condição precária, um convite para o Estado continuar em sua inércia. Como exemplo da falta de iniciativa estatal, o ministro lembra da demora em se aprovar um projeto para aumentar o quadro da DPE. Apesar de vários ministros se preocuparem essa questão, apenas Marco Aurélio sustenta até o final a não existência de convênios. Ele afirma passados tantos anos da previsão constituição a respeito das Defensorias, já passou do momento dos ministros serem lenientes e considerarem medidas paliativas. O Estado precisa obedecer aos mandamentos constitucionais, especialmente quando se trata de assuntos relacionados à defesa dos hipossuficientes.

De acordo com essa posição, não fica claro se o ministro admitiria a prática de advocacia pro bono – o caso de um particular, sem vinculação com convênio algum (até porque convênios não seriam permitidos nesse cenário), decidir prestar advocacia voluntária.

Em **(2)**, temos a posição da maioria da corte. Nem todos os ministros anuem com esse desenho institucional explicitamente, porém,

para fins de análise, considere que todos que acompanharam o relator e não se manifestaram em outro sentido estariam enquadrados nessa corrente.

Essa posição é chamada por muitos ministros de “pragmática”, pois daria uma solução efetiva para o problema. Alguns argumentam que, apesar de concordarem com Marco Aurélio que há uma manifesta inércia do Estado, sabem que o aparelhamento da defensoria não acontecerá de forma rápida. O ministro Luiz Fux argumenta que mesmo se declarassem o convênio inconstitucional, não haveria dois mil Defensores Públicos no dia seguinte ao julgamento, que pudessem suprir a demanda³⁵, o que prejudicaria a população que necessita dessa assistência. O ministro Ayres Britto sugere que a Defensoria se utilize da advocacia pro bono como plano contingencial³⁶. Ou seja, enquanto a Defensoria não se estrutura, esta recorreria a convênios que não onerassem tanto seu orçamento. Nesse contexto, a prioridade seria fortalecer as defensorias.

Em **(3)**, o ministro Gilmar Mendes argumenta que, a partir de sua experiência no Conselho Nacional de Justiça, na qual promoveu mutirões carcerários, percebeu que o problema de assistência jurídica gratuita tinha dimensões muito mais amplas do que o esperado. O ministro conta que, hoje em dia, há aproximadamente 500 mil presos no Brasil, sendo que a metade desse número é formada por presos provisórios e não seria exagero afirmar que 95% dessas pessoas seriam pobres. O ministro constatou que nem se todos os defensores do país (cerca de 5000) resolvessem focar seus serviços somente na área criminal seria possível

³⁵ “Mas Vossa Excelência está tendo a preocupação com o resultado do julgamento, porque é quase que palpável a certeza de que, amanhã, quando se publicar a decisão, não vão surgir dois mil defensores públicos para atenderem a essa demanda que foi aqui noticiada de um milhão de processos. Por outro lado, também é preocupante esse dado apresentado pela Defensoria Pública de que setenta por cento do seu orçamento é gasto em relação ao convênio. Então, Vossa Excelência deu uma solução, no meu modo de ver, **data maxima venia** das opiniões contrárias, equilibrada, ou seja, declara-se a inconstitucionalidade da lei complementar, que é tudo, que é o enfrentamento dessa autonomia que adveio com a Emenda nº 45, e dá-se uma interpretação conforme(...)” STF: ADPF 4163, Rel. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, Voto Min Luiz Fux.pp.50

³⁶ “Eu acho que nós devíamos estabelecer uma ordem de preferência. Os convênios, o incentivo aos convênios se coloca num plano contingencial, de emergência e de excepcionalidade. Devemos incentivar, sim, o aparelhamento, o fortalecimento das defensorias públicas. A prioridade das prioridades nesse plano é o fortalecimento das defensorias públicas. Agora, num plano contingencial, num plano emergencial, num plano - digamos - supletivo de explícita transitoriedade é que se pode recorrer à advocacia **pro bono**” STF: ADPF 4163, Rel. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, Voto Min Ayres Britto.pp.73

resolver esse problema. Por isso, seria urgente valorizar um pensamento alternativo de assistência jurídica gratuita, no qual o estado não teria o monopólio desse tipo de serviço. Ele ressalva que o fato do estado não ter monopólio não exclui a possibilidade de que a Defensoria Pública pudesse ter papel central como órgão de controle, coordenando esse tipo de atividade e se conveniando com as entidades que desejasse, afinal, seria vantajoso a Defensoria poder fazer convênio com diferentes institutos.

Nessa linha, os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli ressaltam que deve-se abrir cada vez mais espaço para a advocacia pro bono. Gilmar Mendes até sugere a existência de incentivo à advocacia voluntária com o oferecimento de prêmios para quem fizesse esse tipo de serviço. Outra alternativa seria criar um tipo de serviço civil que correspondesse à hipótese dos parágrafos 1º e 2º do art. 143 da CF³⁷. Esse artigo fala que aqueles que alegam não poder prestar o serviço militar obrigatório por imperativo de consciência terão a possibilidade de prestar algum serviço alternativo. A sugestão do ministro é a advocacia pro bono pudesse ser considerada uma categoria desse “serviço alternativo”. Ele acredita que somente incentivando a advocacia voluntária, ao mesmo tempo que se fortalece a defensoria, é que poderiam mudar o estado vergonhoso que se encontram os direitos humanos no país, especialmente no que concerne a questão carcerária.

³⁷ CF, art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. ([Regulamento](#))

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. ([Regulamento](#))

6.Relação entre o problema do pro bono e o problema do convênio

6.1 Resposta à pergunta de pesquisa

O objetivo principal da pesquisa era mostrar a relação entre a ADPF 4163 e a o problema do pro bono, ou seja, de que maneira a (i) resposta dada pelo STF sobre o convênio entre DPE e OAB-SP e (ii) as observações feitas sobre pro bono poderiam influenciar a questão da advocacia solidária. Como dito no tópico "objetivos da pesquisa", minha hipótese inicial era que a resposta dada pelo STF teria impulsionado uma discussão maior sobre o pro bono, que teria culminado na abertura do inquérito civil em junho de 2012 e na Audiência Pública Pro Bono em fevereiro de 2013.

Para verificar essa hipótese inicial, entrevistei o diretor executivo do Instituto Pro Bono, Marcos Fuchs, e o Procurador Pedro Antônio de Oliveira Machado. O primeiro colaborou com o Ministério Público Federal, prestando informações sobre advocacia pro bono e também auxiliou na realização da audiência pública, enquanto o segundo foi o ator que instaurou o inquérito civil público. Dessa forma, faria sentido perguntar a eles se o julgamento teve influência ou não na questão da advocacia pro bono.

Apesar das entrevistas não terem confirmado completamente a hipótese inicial, acredito que ela não pode ser afastada totalmente. Inclusive, ao longo da pesquisa, percebi que a relação entre os dois temas possui outras nuances, que só se revelaram enquanto analisava os votos e as entrevistas.

Para mostrar os achados da pesquisa, esse capítulo será organizado da seguinte forma:

- Em primeiro lugar, será apresentada a verificação da primeira hipótese a partir das entrevistas (6.1.1).
- Em segundo lugar, serão apresentadas outras possibilidades de resposta à pergunta de pesquisa (6.1.2 e 6.1.3)

- Em terceiro lugar, será mostra a verificação da segunda hipótese. Nesse tópico, serão discutidas algumas das particularidades do problema do pro bono e porque *não houve judicialização indireta* (6.1.4)

Essa última parte é particularmente importante porque apesar do problema do pro bono e do convênio estarem relacionados na ADPF 4163, eles **não são o mesmo o mesmo problema**. Há várias questões que foram levantadas durante o capítulo sobre pro bono (tópico 3.2) que não são trabalhadas pelo Supremo Tribunal Federal. Essa parte será colocada por último, pois algumas de suas conclusões dependem do tópico 6.1.3.

6.1.1 Verificação da primeira hipótese

Os elementos que corroborariam com a hipótese seriam:

(a) o fato do STF ter invocado a questão do pro bono sem ter sido chamado a fazê-lo. Os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli defenderam que não deveria ter restrição à prática quando há uma resolução que limita a advocacia voluntária no Estado de São Paulo (e, aparentemente, limita de uma forma que esses ministros considerariam excessiva, ao meu ver);

(b) o fato do Ministro Gilmar Mendes, um dos maiores defensores do pro bono dentro da ADPF 4163, ter feito parte da mesa da audiência pública e ter repetido alguns dos argumentos utilizados no voto na ADPF, como a questão carcerária brasileira; e

(c) o fato dos eventos terem acontecido sucessivamente poderia ser outro indício de sua correlação. Primeiro, houve o julgamento, depois a abertura do inquérito civil e a realização da audiência pro bono e, por fim, a suspensão da Resolução Pro Bono em junho de 2013.

Esses três fatos pareciam apontar que o julgamento havia influenciado bastante o problema do pro bono. Como já dito acima, para verificar essa hipótese, foi feita entrevista com o diretor executivo do Instituto Pro Bono Marcos Fuchs e com o Procurador Pedro Antônio de Oliveira Machado, os quais foram perguntados: **"a instauração do**

inquérito civil e o chamado da audiência pública foram influenciados pelo julgamento do STF na ADPF 4163?''. Antes da pergunta ser feita, ambos foram contextualizados quanto ao que os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli alegaram sobre a advocacia pro bono. Nos próximos tópicos, serão descritas as respostas dos entrevistados e como isso ajuda a responder a pergunta de pesquisa.

6.1.1.1 Resposta de Marcos Fuchs

A resposta de Marcos Fuchs foi que ele achava que o julgamento tinha influenciado a abertura do inquérito e a audiência, mas não de forma direta, no sentido de haver uma relação imediata de causa (julgamento) e consequência (abertura do inquérito e realização da audiência), como eu havia imaginado inicialmente. O entrevistado afirmou ter havido uma corrente, um movimento que criou circunstâncias favoráveis para que a Resolução Pro Bono de 2002 pudesse ser questionada de maneira mais aberta. Ele citou como exemplo alguns dos acontecimentos que acredita terem colaborado para isso:

- 1) O instituto Pro Bono promoveu um café da manhã entre escritórios que apoiavam a causa e convidaram o Ministro Gilmar Mendes, que afirmara estar realizando o mutirão carcerário com o Conselho Nacional de Justiça e não aguentava mais ver presos sem defesa.
- 2) O fato de grandes corporações começarem a questionar grandes escritórios que não fazem pro bono, preferindo contratar os serviços daqueles que realizam algum tipo de advocacia solidária.
- 3) No terceiro exemplo, ele se referiu diretamente ao voto do ministro Gilmar Mendes, no qual afirmou que haveria pobres para todos, por isso não deveria haver restrição³⁸ e que advocacia pro bono é necessária imediatamente.

³⁸ "Nesse sentido, eu até dizia a eles, um pouco de forma irônica, que não precisavam se vexar tanto, não precisavam ficar tão angustiados porque havia pobres para todos; havia carentes para todo tipo de oferta que estava disponível." STF: ADPF 4163, Rel. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, Voto Min Gilmar Mendes.pp.46

Considerando que um dos elementos que Marcos Fuchs indica como influente nessa “corrente de acontecimentos” é o voto de Gilmar Mendes, isso daria força à primeira hipótese.

6.1.1.2 Resposta do Procurador Pedro Antônio de Oliveira Machado

Quando perguntado se ADPF 4163 teve alguma influência na abertura do inquérito ou convocação da audiência, o Procurador afirmou que não, mas que isso poderia ter influenciado o Ministro Gilmar Mendes – que foi membro da mesa na audiência e se manifestou alertando para o déficit de assistência jurídica gratuita no judiciário,. Ou seja, o julgamento da ADPF 4163 pode ter contribuído para que o ministro Gilmar Mendes apoiasse a iniciativa de atuação do Ministério Público Federal (MPF) na defesa que não houvesse restrições à advocacia pro bono.

É interessante pontuar aqui que o Procurador também afirmou que o MPF ficou surpreso com a participação do público e dos juristas que lá compareceram, o que só reforçou a percepção de que realmente havia um grande descontentamento sobre como o tema da advocacia pro bono estava sendo tratado . Portanto, a presença de um ministro do Supremo Tribunal Federal pode ter servido para dar ainda mais peso a esse entendimento.

6.1.1.3 Conclusões parciais sobre as entrevistas

Apesar das entrevistas não confirmarem que a relação entre a ADPF e a Audiência Pública é direta, a fala de Marcos Fuchs, na qual afirma que a ADPF e o apoio do Ministro Gilmar Mendes deram força para o questionamento do regulamento sobre advocacia pro bono, não permite que essa hipótese seja descartada completamente.

Como os acontecimentos são recentes, seria muito precipitado já responder a pergunta se o STF foi ou não um local de discussão relevante para a advocacia pro bono.

6.1.2 Novas possibilidades de resposta: pro bono como solução ao problema do convênio

Como mencionado no início do capítulo, durante a pesquisa, surgiu uma nova possibilidade de resposta à pergunta. Dessa vez, a relação não se apresenta como influência do julgamento nos acontecimentos em relação ao inquérito civil do pro bono, mas sim da **advocacia pro bono como a solução mais viável ao problema da Defensoria do Estado de São Paulo.**

O conflito em questão no julgamento da ADPF era a obrigatoriedade e a exclusividade do convênio entre a OAB/SP e a DPE, então por que o pro bono seria uma solução para o problema da DPE?

Primeiramente, uma das principais dificuldades do convênio era que ele onerava demasiadamente a DPE, chegando a consumir 70% de seu orçamento. Isso, somado à falta de investimento do poder executivo na estrutura da Defensoria, fazia com que essa instituição não conseguisse se expandir e perpetuava sua condição precária, evidenciada pelo déficit de defensores para atender a demanda de assistência judiciária no Estado. Apesar das mudanças no quadro social da última década, o Brasil possui 8,5% da população com renda familiar até 70 reais e, no estado mais rico da União, temos o maior número absoluto de população na miséria (101.000 pessoas), de acordo com o Censo de 2010. Em São Paulo, os atendimentos da Defensoria Pública cobrem apenas 15,1% das comarcas desse Estado³⁹.

Diante disso, o fato da advocacia pro bono não onerar a defensoria a apontaria como uma grande solução para esse problema, já que haveria a possibilidade de oferecer assistência judiciária gratuita subsidiariamente à Defensoria quando esta não pudesse fazê-lo e, ao mesmo tempo, haveria recursos para que a instituição pudesse crescer e tivesse a real possibilidade de diminuir seu déficit de atendimento. O Ministro Gilmar

³⁹ IPEA - MAPA DA DEFENSORIA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>. Último acesso em 28 jan 2014

Mendes menciona que em muitos casos “o instituto da advocacia pro bono pode suscitar inclusive uma prestação de serviço muito mais adequada”(p. 45).

E por que essa solução seria a mais viável, dentro daquilo que foi analisado nos votos?

Em seu voto, Cezar Peluso afirma que a normativa do Código de Ética e Disciplina da OAB que prevê a impossibilidade de se pagar honorários abaixo daqueles fixados na tabela não pode prevalecer diante de mandamento constitucional (que seria a necessidade de prestar assistência jurídica gratuita). Assim, fica claro que a Defensoria pode realizar convênio com entidades que não onerem **em nada** seu orçamento. Por outro lado, não há a mesma clareza se a defensoria poderia pagar menos do que o previsto na tabela.

Portanto, o pro bono seria a única solução viável para poupar o orçamento da DPE. Para exemplificar como essa solução poderia ser benéfica, será apresentado na próxima parte o caso dos Juizados Especiais Federais, mencionado pelo Procurador na entrevista. Esse caso é interessante porque a solução que foi dada pelo STF ao problema da DPE também poderia ser aplicada aí.

6.1.2.1 O caso dos Juizados Especiais Cíveis Federais do Estado de São Paulo

O presente caso foi apresentado pelo Procurador ao final da entrevista. Ele mencionou que esse caso tinha relação com o problema do pro bono, pois há déficit de oferta de assistência jurídica gratuita e falta de verbas para realizar contratação de advogados. Contudo, é importante frisar que há alguns aspectos do caso que não se restringem à questão de realizar convênios – temos também o problema da falta de informação passada às pessoas pelas instituições judiciárias, por exemplo.

De acordo com a Lei 10259/2001, art. 3^o⁴⁰, os Juizados Especiais

⁴⁰ L10259, art. 3^o Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem

Federais Cíveis (JEFC) são competentes para processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos. Ao contrário dos Juizados Especiais Federais Criminais (JEFCrim), no JEFC não é obrigatório a representação das partes através de advogado. Apesar disso, essa não obrigação não implica que alguém que não possa arcar com as despesas de um advogado não tenha direito à assistência jurídica gratuita.

No entanto, o que tem ocorrido nos JEFs é que mesmo aqueles que necessitam de assistência gratuita acabam recorrendo à advogados privados, com a cobrança de honorários. O Procurador tem a hipótese de que isso ocorre por dois motivos: **(a)** as pessoas não sabem de seu direito à assistência jurídica gratuita e integral; e **(b)** como não é obrigatória a presença de advogado, essa informação não é muito divulgada ao público pelos JEFs, pois há falta de verba para contratarem advogados dativos.

Para fomentar a hipótese (b), o Procurador mostrou o Ofício no. 287/2011CORDJEF3 no qual a Desembargadora Federal Coordenadora dos JEFs da 3ª Região, Therezinha Cazerta, afirma que não é de praxe a nomeação de defensores públicos ou advogados dativos na Região em questão, mas que haveria essa necessidade na propositura e acompanhamento de ações em casos mais complexos. Isso não ocorreria porque não haveria recursos da Assistência Judiciária Gratuita. Dessa forma, caberia chamar imediatamente a Defensoria Pública da União (a quem caberia a tutela desses casos) para atuar efetivamente ou celebrar convênio para prestação de assistência jurídica gratuita.

Nesse caso, os JEFs tiveram a experiência de advogados voluntários. Entretanto, houve diversas irregularidades, como a cobrança indevida ante a gratuidade do trabalho. Posteriormente, a OAB informou que esses advogados atuando de forma voluntária não poderiam prestar serviços dessa forma, pois não estavam autorizados a cobrar honorários inferiores aos fixados pela OAB – apenas os convênios com o a OAB

como executar as suas sentenças.

poderiam cobrar honorários menores do que os da tabela. Há, portanto, anecessidade da harmonização de normas para que haja uma efetiva fiscalização de irregularidades (como as cobranças indevidas) e para que os advogados possam atuar de maneira voluntária sem temer por represálias da OAB.

Tendo em vista que o § 3º do art. 134 também estendeu às Defensorias Públicas da União (DPU) os efeitos § 2º deste mesmo artigo⁴¹, parágrafo que confere às defensorias autonomia funcional e administrativa. Dessa forma, podemos entender que como tanto a DPE quanto a DPU gozam de autonomia, ambas estariam autorizadas a realizar convênios, como assegurou a decisão da ADPF 4163. Ou seja, a solução apresentada pelos ministros ao problema do convênio também poderia se aplicar a esse caso – se as DPUs pudessem se valer da advocacia pro bono, as causas mais complexas dos JEFs poderiam ser acompanhadas, garantindo aos hipossuficientes o direito de assistência jurídica gratuita e atendimento de maior qualidade.

5.1.3 Novas possibilidades de resposta: a constitucionalidade do pro bono.

A terceira relação encontrada entre a ADPF 4163 e o problema do pro bono foi que, através dela, o STF apresenta algumas possibilidades de como se realizaria a assistência jurídica gratuita de uma perspectiva constitucional. Ou seja, há alguns indícios de como seria tratada a questão do pro bono de forma mais geral.

⁴¹ Art. 134. 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 art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito 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. ([Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 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](#))

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013](#)) (grifo meu)

Como já dito em capítulo anterior, foram identificadas três correntes nos votos dos Ministros:

Na posição (1), adotada pelo ministro Marco Aurélio, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não poderia fazer convênio com ninguém, mas ele não esclarece se advogados poderiam agir independentemente e realizar atividade *pro bono*.

Na posição (2), os ministros defendem que a defensoria deveria ser o órgão responsável por coordenar a prestação de assistência jurídica gratuita no estado, celebrando convênios livremente, inclusive entidades que pratiquem *pro bono* – o que seria especialmente benéfico para o seu orçamento. É importante pontuar que esses convênios só aconteceriam na impossibilidade da Defensoria oferecer diretamente o atendimento.

No entanto, como na primeira posição, não fica claro se os advogados poderiam agir voluntariamente sem estarem vinculados a algum convênio e o que aconteceria quando acabasse a situação de precariedade da defensoria. Nesse último caso, mesmo que assumíssemos que atuação independente fosse permitida durante a situação de déficit de atendimento da defensoria, isso continuaria assim?

Somente da posição (3) é que fica claro que *pro bono* seria aceito amplamente e sem restrições em qualquer situação. O Ministro Gilmar Mendes e Dias Toffoli defendem que a assistência jurídica gratuita é uma tarefa hercúlea⁴² e que seria muito difícil que a defensoria conseguisse atender a todos que precisassem desse serviço – ou seja, é uma quase impossível que se elimine permanentemente o déficit de atendimento num país como o nosso, com tanta desigualdade e elevado número de pessoas que não possuem acesso à justiça. Obviamente, a Defensoria deve sempre ser fortalecida e sua expansão incentivada, mas os ministros não conseguem imaginar um cenário – pelo menos num futuro próximo – no qual ela poderia dar conta de toda a demanda.

⁴² “(...)tenho a impressão de que – e, aí, eu queria fazer um ponto de divergência em relação ao que disse o Ministro Britto – **essa tarefa é tão hercúlea**, tão desafiadora que, na verdade, ela tem de ser, de fato, compartilhada. É quase impositivo, tanto é que, durante a minha gestão, por exemplo, no CNJ, incentivei a advocacia *pro bono*.” STF: ADPF 4163, Rel. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, Voto Gilmar Mendes.pp.44 **(grifo meu)**

Apesar de algumas incertezas nas posições (1) e (2), nenhum dos ministros se colocou contra a atividade pro bono, o que poderia indicar uma perspectiva favorável para advocacia voluntária no Supremo Tribunal Federal.

6.1.4 Verificação da segunda hipótese: o que o STF não responde

A segunda hipótese de pesquisa era que poderia ter havido judicialização indireta nesse caso: o STF teria dado respostas ao problema do pro bono, mesmo não tendo sido chamado para isso por nenhuma das partes.

No entanto, essa hipótese não se confirma totalmente, já que o problema do pro bono não foi totalmente resolvido. O que foi falado sobre pro bono na ADPF 4163 (a não ser no caso das posição 3, de Gilmar Mendes e Dias Toffoli) está diretamente relacionado ao problema do convênio, quando o pro bono não existe apenas em função da incapacidade da Defensoria. Mesmo no documento 6 (parecer encomendado pela Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono e Outros) a questão do pro bono também é trazida apenas como uma forma de solução ao convênio e não como um problema próprio.

Apesar de alguns ministros terem extrapolado o discurso do pro bono como solução para o problema da defensoria, para que a questão da advocacia voluntária fosse realmente enfrentada, seria necessário tratar de pontos que não têm relação nenhuma com a Defensoria, como a regulação profissional dada pela Resolução Pro Bono de 2002 e pelas ementas do Tribunal de Ética e Disciplina.

Mesmo com os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli afirmando que a advocacia voluntária não deveria ter nenhuma restrição, essa afirmação ainda deixar muitas dúvidas sobre lidar com essa questão. Por exemplo, essa afirmação quer dizer que a OAB não teria nenhuma competência de regular essa prática ou apenas que ela extrapolou os limites de sua competência com a Resolução Pro Bono de 2002?

Os outros votos deixam dúvidas ainda maiores: se alguém que não for conveniado à Defensoria quiser prestar advocacia pro bono, essa pessoa pode fazer isso? Não há uma conclusão definitiva sobre o assunto.

Essas dúvidas são bastante pertinentes no momento presente, no qual a nova resolução pro bono está em fase de elaboração pelo Conselho Federal da OAB.

Claro que esses votos têm uma posição favorável à liberação da advocacia gratuita, porém, eles estão longe de enfrentar a questão de forma a resolver a questão do pro bono efetivamente, como havia pensado que poderia ter sido feito através da judicialização indireta

7. Conclusão

A partir da análise dos votos, foi possível perceber que a principal relação entre ADPF 4163 e a questão do pro bono é o fato da advocacia gratuita ter sido apontada como **principal solução** para o problema do convênio.

A primeira hipótese não se confirma completamente, pois a partir das entrevistas não é possível afirmar que a causa da abertura do inquérito foi o julgamento da referida ADPF. No entanto, ela não pode ser descartada totalmente, na medida em que o diretor executivo do Instituto Pro Bono, Marcos Fuchs, afirmou que a fala de Gilmar Mendes e Dias Toffoli deram mais legitimidade à causa, além do fato do ministro Gilmar Mendes ter participado da audiência pública e ter incentivado a advocacia pro bono enquanto estava no CNJ.

A segunda hipótese não se confirma. Apesar de Gilmar Mendes e Dias Toffoli se colocarem favoráveis à não restrição da advocacia pro bono, eles não especificam a que restrição se referem, o que gera algumas incertezas sobre como seria resolvido o problema do pro bono.

8. Anexos

8.1 Modelo de fichamento das ementas do TED

Número da Emenda	Dia do julgamento	Composição da Mesa	Quem pode exercer pro bono?	Como pode exercer pro bono?	Qual a legislação invocada?	Outros

8.2 Modelo de fichamento da análise das peças processuais

Número do documento	Quem está se manifestando	Relato dos acontecimentos	Argumentos jurídicos	Legislação invocada	Fala de pro bono?	Outros

8.3 Modelo de fichamento da análise dos votos

Ministro	ADI ou ADPF?	Autonomia da Defensoria	Defensoria como instituição	Convênio	Pro bono	Qual a legislação invocada?	Outros