

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5010696-38.2013.404.7200/SC

RELATOR : FERNANDO QUADROS DA SILVA
APELANTE : DIEGO TORRES
: ROGER RASADOR OLIVEIRA
: SERGIO DANTAS CHAMOUN
ADVOGADO : HYTALO HENRIQUE MARTINS CLAUDINO
: RODRIGO DALL'AGNOL
APELADO : Defensor Público-Geral - ESTADO DE SANTA CATARINA
: - Florianópolis
ADVOGADO : LEANDRO RIBEIRO MACIEL
APELADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE
: SANTA CATARINA
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DEFENSORIA PÚBLICA. ESTADO DE SANTA CATARINA. REQUISITO OBJETIVO. NATUREZA DO PEDIDO IMEDIATO. ANULAÇÃO DE ATO LESIVO. CARÊNCIA DE AÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AFASTADAS. JULGAMENTO DO MÉRITO. SUSPENSÃO DA ASSINATURA DO CONVÊNIO ENTRE OAB E O ESTADO DE SANTA CATARINA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS NECESSITADOS (DEFENSORIA PÚBLICA DATIVA).

1. De acordo com o artigo 5º, LXXIII, da CRFB, admite-se a propositura de ação popular para fins de anulação de *ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.*

2. Para a doutrina, a ação popular contém pedido imediato desconstitutivo (ou constitutivo negativo), porquanto sempre objetivada a anulação de ato lesivo - em especial - ao patrimônio público.

3. Presente o requisito objetivo da demanda: pretensão desconstitutiva, ainda que preventiva, porquanto evidente a possibilidade de lesão ao patrimônio público pela desconsideração do caráter subsidiário da celebração do convênio, o que evidencia o interesse público na propositura da ação popular.

4. Viável a veiculação, em ação popular, de pretensão cuja abrangência supera o âmbito dos interesses privados, bem denotando a adequação da via eleita.

5. O artigo 134 da Constituição Federal eleva a Defensoria Pública à função essencial à justiça, garantindo-lhe, com exclusividade, o exercício da orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do seu também artigo 5º, LXXIV.

6. Tratando-se de exame de legalidade estrita, não há que se aduzir indevida intervenção do Poder Judiciário em matéria relativa ao mérito do ato administrativo (discricionariedade).

7. Hipótese em que inexistente fundamento jurídico que ampare a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.

8. Ao intentar a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação do serviço próprio da Defensoria Pública Estadual, sem que tenham sido nomeados os candidatos aprovados em concurso público para o cargo de Defensor Público Estadual/SC a Administração Pública inverte a lógica legal, fixando como regra a atuação da 'Defensoria Pública Dativa' e, como exceção, a Defensoria Pública instituída pela Constituição da República.

9. *Decisum* que não determina a nomeação dos candidatos aprovados em concurso, o que representaria violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas apenas impede a celebração de novos convênios que não se revistam de caráter nitidamente suplementar, em homenagem ao princípio da legalidade.

10. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de abril de 2015.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação popular proposta inicialmente contra o Estado de Santa Catarina e a Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Santa Catarina (OAB/SC), sendo posteriormente citado o Defensor Público-Geral do Estado de Santa Catarina, objetivando que os requeridos se abstenham de realizar convênio, para fins de prestação de assistência jurídica gratuita, enquanto não houver a nomeação dos 157 aprovados no 1º Concurso Público para o Cargo de Defensor Público do Estado de Santa Catarina.

O pedido de liminar restou indeferido, sendo a decisão posteriormente reformada por este Tribunal no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5028235-83.2013.404.0000, deferindo o pedido liminar.

Sobreveio sentença que acolheu a preliminar de inadequação da via eleita, decretando a carência de ação e julgando extinto o feito, sem resolução do mérito - art. 267, IV, do CPC. Honorários advocatícios e custas processuais isentos - art. 5º, LXXIII, da CF.

Irresignados, os autores populares apelam (Evento 216, origem). Sustenta a parte autora a necessidade de observância do princípio da primazia do julgamento de mérito em ações coletivas. Invoca a teoria da asserção, ante a impossibilidade de decreto de carência após a instrução, não tendo a inicial sido rejeitada. Ressalta a existência de interesse público primário. Noticia que os autores populares já tomaram posse no cargo de Defensor Público do Estado de Santa Catarina, existindo ainda aproximadamente 30 aprovados aguardando nomeação, o que afasta a tese de interesse individual. Destaca que o objetivo da demanda é obstar a celebração de convênio entre a OAB/SC e a Defensoria Pública, no intuito de garantir a prestação de serviços jurídicos aos hipossuficientes e não a nomeação dos autores, fato que já ocorreu. Aduz que o fato do autor popular ter algum interesse pessoal no resultado do processo não afasta sua legitimidade, quando o objetivo visado é a defesa do patrimônio público e moralidade administrativa. Ressalta o disposto no art. 9º da Lei de Ação Popular, sendo admitido a sucessão processual obrigatória quando os autores populares possam dar causa à improcedência da ação, o que não foi observado. Alega que a nomeação dos 157 aprovados no concurso público não será capaz de tornar constitucional/legal a celebração de convênio entre o Estado e a OAB/SC, apenas pretende afirmar que, com a existência de aprovados, o convênio certamente não se daria de forma suplementar, como previsto na legislação estadual. Requer, assim, o julgamento do mérito, com a adoção da teoria da causa madura, a teor do que dispõe o art. 515, §3º, do CPC. Discorre sobre a ilegalidade e lesividade do ato impugnado, tendo sido suficientemente comprovada a intenção de efetivação do convênio e o caráter preventivo da ação.

Com contrarrazões (Eventos 237 e 239, origem), subiram os autos a este Tribunal Regional Federal.

A parte autora protocolou medida cautelar inominada sob n.º 5029235-84.2014.404.0000, oportunidade em que recebida como petição, foi deferido o provimento judicial antecipatório postulado, sendo a decisão objeto de agravo legal que, submetido à apreciação da Turma, foi julgado nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA ASSINATURA DO CONVÊNIO ENTRE OAB/SC E O ESTADO DE SANTA CATARINA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS NECESSITADOS (DEFENSORIA PÚBLICA DATIVA).

- 1. Não há, no caso dos autos, fundamento jurídico que ampare a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.*
- 2. Ao intentar a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação do serviço próprio da Defensoria Pública Estadual, sem que tenham sido nomeados os candidatos aprovados em concurso público para o cargo de Defensor Público Estadual/SC a Administração Pública inverte a lógica legal, fixando como regra a atuação da 'Defensoria Pública Dativa' e, como exceção, a Defensoria Pública instituída pela Constituição da República.*
- 3. Agravo improvido.*

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pelo provimento da apelação (Evento 4).

É o relatório. Peço dia.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

VOTO

O recurso deve ser conhecido, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Inadequação da via eleita:

O Juízo *a quo* acolheu a preliminar de inadequação da via eleita, porquanto entendeu que a condição suspensiva expressa no pedido inicial (até que os 157 aprovados do 1º Concurso Público para o Cargo de Defensor Público sejam nomeados) configuraria a verdadeira intenção de defesa de interesses individuais/privados, o que foge do escopo da ação popular.

Isso porque, na exordial, os autores populares requerem, expressamente, o acolhimento do pedido nos seguintes termos (Evento 1, INIC1, origem):

'(...)

3) seja julgado a procedente o pedido, confirmando-se a liminar, para os fins de que seja determinado ao Defensor Público Geral e a OAB/SC que se abstenham de celebrar contrato de convênio, para fins de prestação de assistência jurídica, enquanto não houver a nomeação dos 157 aprovados no 1º Concurso Público para o Cargo de Defensor Público, de modo que o convênio possua nítido caráter subsidiário, sob pena de multa de R\$ 1.000.000,00 de reais e do crime de desobediência;

(...).'

De acordo com o artigo 5º, LXXIII, da CRFB, admite-se a propositura de ação popular para fins de anulação de '*ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*'.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 107/108), '*pode-se afirmar que na ação popular o pedido imediato é de natureza desconstitutiva-condenatória, ao passo que o pedido mediato será, precipuamente, a insubsistência do ato lesivo*':

'Pelo que já se desenvolveu anteriormente, pode-se afirmar que na ação popular o pedido imediato é de natureza desconstitutiva-condenatória, ao passo que o pedido mediato será, precipuamente, a insubsistência do ato lesivo e, sendo possível, a recomposição específica do statu quo ante, relativamente a estes interesses difusos: a) patrimônio público, não só no sentido estrito de 'erário público' (= dinheiro ou tesouro público), mas em senso largo, abrangendo também as entidades de que o Estado participe e tomando-se esse termo 'patrimônio' de maneira a compreender os bens e valores históricos, artísticos, turísticos, paisagísticos, sacros, arquitetônicos etc., que componham, enfim, o conceito de 'patrimônio cultural'; b) meio ambiente, no sentido atual desse conceito; c) moralidade administrativa, que hoje, como observa Lúcia Valle Figueiredo, não é mais uma expressão fugidia, mas que comporta efetivo controle, a partir da razoabilidade, da 'relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir (...)'

No mesmo sentido, referindo-se à '*posição da demanda popular*', José Afonso da Silva (Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 96/97) assim dispõe:

'Visto isso, como se conceberia a ação popular diante dessas classificações?

Em primeiro lugar, ela visa à constituição de um processo de conhecimento. Seria, pois, uma ação de cognição. A sentença que julgar procedente a demanda popular abrirá, entretanto, possibilidade a um processo executório. Nesse caso, formado o título executivo com a decisão favorável no processo popular de conhecimento, surgem as condições para uma ação popular de execução.

Em segundo lugar, a demanda que contém a ação popular constitui um misto de demanda constitutiva e condenatória. Isso será mais bem examinado quando estudarmos a sentença que julgar procedente a demanda popular.

É constitutiva, quando propugna decretação da nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. É condenatória, quando condena ao pagamento de perdas e danos. Trata-se de cumulação de dois efeitos: o constitutivo negativo e o condenatório.'

Na hipótese, a parte autora popular propõe uma ação preventiva de modo a evitar a ocorrência de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

Em casos tais, não vejo como obstar o processamento do feito, porquanto presente o requisito objetivo da demanda: pretensão desconstitutiva, ainda que preventiva. Explico.

Com efeito, é entendimento predominante no âmbito desta Terceira Turma, que a anulação de ato por meio de ação popular somente é possível quando se tratar de ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa, conceito no qual não se mostra adequado incluir interesses eminentemente privados.

A respeito do tema, colaciono o seguinte precedente desta Corte, *in verbis*:

AÇÃO POPULAR. INADEQUAÇÃO DO VEÍCULO PROCESSUAL ELEITO. PRETENSÃO PARTICULAR. 1. Inviável a veiculação, em ação popular, de pretensão cuja abrangência não supera o âmbito dos interesses privados, como defender interesses comerciais da empresa da qual o autor é sócio, postulando a anulação do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº. 19/COTER/2011. 2. Extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso XI, do Código de Processo Civil. (TRF4 5006852-17.2012.404.7200, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 04/12/2014)

A presente ação popular foi intentada com o objetivo de obstar a celebração de convênios entre a Defensoria Pública e a OAB/SC, nas hipóteses em que não configurado o nítido caráter subsidiário, nos termos da legislação estadual.

Defende a parte autora que a existência de candidatos aprovados em concurso público afasta, por si só, o caráter subsidiário da celebração, razão porque pretende a nomeação dos aprovados antes de eventual novo convênio.

É o caso de aplicação do seguinte precedente, eis que evidente a possibilidade de lesão ao patrimônio público, caso desrespeitado o caráter subsidiário da celebração, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. Ação Popular. Adequação da via eleita. Lesão ao Patrimônio Público. A possibilidade da existência de lesão ao patrimônio público confere à ação popular meio adequado para atacar o ato impugnado. (TRF4, AC

Embora presente certo grau de interesse pessoal, aplica-se a sempre abalizada doutrina de José Afonso da Silva, segundo o qual *o interesse público, e não o individual, é que atrai o autor popular* (Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79), o que, na espécie, consubstancia-se até mesmo na inexistência de formalização para o repasse de valores, o que vem sendo investigado pelas autoridades competentes, ante a ofensa aos princípios administrativos da legalidade, publicidade e moralidade, nesse sentido o teor do parecer do MPF, nesta instância:

(...)

Com efeito, a presente ação popular foi ajuizada adequadamente, dentro os ditames legais - Lei nº 4.717/65. E, como já referido, a continuidade do sistema antigo da defensoria dativa, na forma como vinha sendo conduzido pelos réus desta ação, afronta a moralidade pública, a eficiência administrativa e o patrimônio público. Isso porque é notório o fato de que o Estado de Santa Catarina não pagava em dia os defensores

dativos, sendo que os pagamentos estão atrasados há anos; ainda, a OAB/SC não obedecia a ordem cronológica dos pagamentos, sem mencionar o gasto público com tal sistema, exacerbado, gerando uma dívida do Estado para com a autarquia em torno de mais de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). Ademais, inexistia formalização do repasse de valores à OAB/SC, o que fere os princípios administrativos da legalidade, publicidade e moralidade administrativa.

Vale dizer, a ilegalidade apontada pelos autores como razão para o ajuizamento da Ação Popular Preventiva reside no fato de que o Estado de Santa Catarina pretende dar continuidade ao antigo modelo de defensoria dativa, juntamente com a OAB/SC, priorizando-o ao invés da estruturação da Defensoria Pública, pelo que não há falar em carência da ação, sob o argumento de que com ela se pretende patrocinar interesse privados dos autores.

(...)

Portanto, afasto a hipótese de inadequação da via eleita, passando ao exame do mérito.

Mérito:

No mérito, cinge-se a controvérsia sobre a (im)possibilidade de imposição de obrigação de não fazer ao Estado de Santa Catarina, consistente na abstenção de celebração de convênio com a OAB/SC, com o objetivo de suprir deficiência criada pelo próprio Estado na prestação da assistência jurídica gratuita.

Sobre a necessidade de criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, em 14 de março de 2012, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.270, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto proferido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, declarou a inconstitucionalidade do artigo 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da Lei Complementar Estadual n. 155/1997, que viabilizavam a assinatura de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação do serviço de

assistência judiciária aos necessitados ('Defensoria Pública Dativa'), mantendo a aplicabilidade dos textos invalidados pelo período de doze meses, a contar do julgamento, nos termos do aresto cuja síntese transcrevo:

'Ementa: Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de 'defensoria pública dativa'. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).

(ADI nº 4270, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, DJe-188 de 24-09-2012, publicado em 25-09-2012)

Do voto condutor do acórdão, por elucidativo, extraio a seguinte passagem:

(...)

Em resumo, a situação em Santa Catarina, além de severo ataque à dignidade do ser humano, cuja proteção, sob o ângulo do direito de acesso à justiça, passa variar de acordo com a sua localização geográfica no território nacional, representa, em minha opinião, grave desrespeito a uma ordem do constituinte, que não se limitou à exortação genérica do dever de prestar assistência judiciária, mas descreveu, inclusive, a forma que deve ser adotada na execução desse serviço público, não dando margem a qualquer liberdade por parte do legislador estadual.

(...)

Importa considerar que o artigo 134 da Constituição Federal eleva a Defensoria Pública à função essencial à justiça, garantindo-lhe, com exclusividade, o exercício da orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do seu também artigo 5º, LXXIV, *in verbis*:

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.

§ 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.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

Aliás, registre-se que a essencialidade da atividade assegurada, pela CRFB, à Defensoria Pública já foi objeto de inúmeras manifestações do Supremo Tribunal Federal, na esteira dos exemplos que trago à colação:

(a) inconstitucionalidade da contratação de servidores temporários para exercer função de defensor público (*ADI nº 2.229, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 25.06.2004; ADI nº 3.700, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 06.03.2009*);

(b) impertinência da atribuição, à defensoria pública, da defesa de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente (*ADI nº 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 04.03.2005*);

(c) invalidade das regras de investidura do Defensor Público-Geral, seu substituto e do Corregedor-Geral da Defensoria Pública estadual em desacordo com os critérios fixados na lei complementar nacional (*ADI nº 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 19.09.2008*); e

(d) impossibilidade do exercício de advocacia privada por defensores públicos, à margem das atribuições institucionais (*ADI nº 3.043, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 27.10.2006*).

Em todas essas hipóteses exemplificadas, o STF demonstrou especial atenção ao desenho constitucional conferido às atribuições da Defensoria Pública, cujo papel institucional se insere nos movimentos de acesso à ordem jurídica justa e de aproximação entre os extratos sociais necessitados e o Poder Judiciário - desenvolvimento democrático que não pode ser obstado por ausência de vontade política, sob pena de fragilização dos instrumentos democráticos de exercício dos Poderes legítimos (omissão que viabiliza a sindicabilização judicial - ARE 679616 AgR Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe-232 de 25-11-2013, publicado em 26-11-2013).

No caso em específico, os autores populares pretendem obstar a celebração de convênio com a OAB/SC, posto que demonstrada a ausência do caráter subsidiário da pretensão, ante a existência de candidatos aprovados aguardando nomeação.

De fato, estabelece o art. 62 da LC n.º 575, de 02 de agosto de 2012, que criou a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina:

*Art. 62. A Defensoria Pública poderá celebrar convênio com órgãos e instituições, com vistas a implementar, **de forma suplementar**, as funções institucionais definidas no art. 4º desta Lei Complementar, de modo a assegurar que todos os assistidos sejam abrangidos pelo atendimento.*

Tratando-se de exame de legalidade estrita, não há que se aduzir indevida intervenção do Poder Judiciário em matéria relativa ao mérito do ato administrativo (discricionariedade - que não se confunde com arbitrariedade).

Não há dúvida de que o texto legal (embora de constitucionalidade duvidosa frente ao art. 134 da CF, conforme destacado pelo MPF nesta instância) confere certa discricionariedade ao Administrador Público - que, de acordo com seu prudente critério e em ato administrativo fundamentado, pode firmar convênios com órgãos ou instituições, com vistas a implementar as funções institucionais da defensoria pública.

Ocorre que, na hipótese sob análise, a própria legislação impõe limitações ao atuar do Administrador, admitindo a celebração de convênios apenas de forma suplementar.

Ou seja: o caso concreto evidencia que a discricionariedade administrativa, ao fim e ao cabo, não pode ultrapassar as limitações legais, sob pena de arbitrariedade.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 973) assim dispõe:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

José dos Santos Carvalho Filho, no entanto, adverte para a necessária diferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade (*Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 48), nos seguintes termos:

A liberdade de escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com discricionariedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade contra legem.

Ao pretender a celebração de convênio com a OAB/SC, enquanto existentes candidatos aprovados em concurso público aguardando nomeação, atua a Administração em desconformidade com os parâmetros legais e sem a devida justificação formal, ou seja, o Administrador desvestiu-se de seu atuar

discrecionalário para, em verdade, agir abusivamente, em manifesta afronta à legalidade - norte da atuação administrativa no Estado de direito constitucional.

Nesse sentido, mantenho a posição outrora adotada quando do julgamento do agravo legal na medida cautelar inominada, recebida como petição, da qual destaco o seguinte trecho:

(...)

A situação concreta em apreço ainda ostenta uma agravante significativa: desde 15 de março de 2013 (Evento 11, ATA2, origem), cento e cinquenta e sete aprovados no último e único concurso público promovido para o preenchimento de vagas no cargo de Defensor Público Estadual/SC aguardam a nomeação, em que pese a existência de previsão orçamentária para o respectivo provimento (Evento 1, OUT12, origem).

É certo que o Poder Judiciário, de ordinário, não pode determinar a nomeação de candidatos aprovados em concurso público (salvo as exceções jurisprudencialmente admitidas). No entanto, é possível - e este é o objeto principal deste pedido recursal - obstar a adoção de medidas administrativas, carentes de base legal ou constitucional, que objetivem a frustração das legítimas expectativas de candidatos aprovados em certames que tais, por corolário lógico da segurança jurídica, mais precisamente da proteção da confiança legítima nos atos oficiais do Poder Público.

Outra não é, frise-se, a interpretação do artigo 62 da Lei Complementar Estadual n. 575/2012, de Santa Catarina, que expressamente admite a celebração de convênio com entidades para a prestação suplementar do serviço de assistência jurídica aos necessitados, nos seguintes termos (Evento 1, OUT11, origem):

'Art. 62. A Defensoria Pública poderá celebrar convênio com órgãos e instituições, com vistas a implementar, de forma suplementar, as funções institucionais definidas no art. 4º desta Lei Complementar, de modo a assegurar que todos os assistidos sejam abrangidos pelo atendimento.' (Grifei).

Ao intentar a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação do serviço próprio da Defensoria Pública Estadual, sem que tenham sido nomeados os candidatos aprovados no concurso público já homologado, a Administração Pública inverte a lógica legal, fixando como regra a atuação da 'Defensoria Pública Dativa' e, como exceção, a Defensoria Pública instituída pela Constituição da República.

Por fim, destaco que, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 5013643-34.2013.404.0000, afastei a pretensão recursal porque, naquela oportunidade, inexistia ato concreto que demonstrasse a intenção do Estado de Santa Catarina em inobservar o prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal para a manutenção excepcional das normas declaradas inconstitucionais na ADI n. 4.270. Agora, porém, há notícia formal de assinatura de novo convênio, na data de 02 de dezembro de 2013, às 17h (Evento 78, origem) - bem denotando o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do artigo 273 do CPC (artigo 22 da Lei n. 4.717/1965).

Ante o exposto, recebo a presente medida como petição e defiro o provimento judicial antecipatório postulado, para obstar a celebração de convênio entre o Estado de Santa Catarina e a Ordem dos Advogados do Brasil, que tenha por finalidade a assistência judiciária aos necessitados ('Defensoria Pública Dativa').

(...)

Acrescento que não se está determinando a nomeação dos candidatos aprovados, o que representaria violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas apenas obstando-se a celebração de novos convênios que não se revistam de caráter nitidamente suplementar, em homenagem ao princípio da legalidade.

Deixo de arbitrar, ao menos por ora, a multa diária pleiteada, porquanto não evidenciada a intenção de descumprimento da determinação.

Quanto à sucumbência, nas hipóteses em que, pela particularidade da causa, inexistir condenação e se apresentar exorbitante a fixação dos honorários advocatícios dentro dos parâmetros constantes do artigo 20, §3º, do CPC (10 e 20%), é viável o arbitramento da verba em montante preciso, forte nas disposições do §4º do artigo 20 do diploma civil adjetivo.

Outrossim, considerando que o trabalho realizado pelo advogado deve ser remunerado de acordo com a complexidade da causa e o tempo exigido para o serviço, tudo em conformidade com os parâmetros do § 3º e alíneas do referido dispositivo legal, condeno o Estado de Santa Catarina ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

De igual forma, deve ser condenada a OAB ao pagamento de verba honorária de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), ante sua atuação ativa para viabilizar a formulação do convênio questionado (o que restou comprovado nos autos), em que pese sua legalidade estar sendo questionada judicialmente.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7431179v2** e, se solicitado, do código CRC **C7F082E5**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a):	FERNANDO QUADROS DA SILVA:53012780963
Nº de Série do Certificado:	581DE44528A71A2D
Data e Hora:	23/04/2015 10:40:14

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 22/04/2015
APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5010696-38.2013.404.7200/SC
ORIGEM: SC 50106963820134047200

RELATOR : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
PRESIDENTE : Desembargador Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
PROCURADOR : Dr(a)Eduardo Kurtz Lorenzoni
SUSTENTAÇÃO ORAL : VIDEOCONFERÊNCIA (Florianópolis) Adv. Orlando Celso da Silva Neto pela apelada OAB/SC e pedido de preferência: Adv. Hytalo Henrique Claudino pelo apelante
APELANTE : DIEGO TORRES
: ROGER RASADOR OLIVEIRA
: SERGIO DANTAS CHAMOUN
ADVOGADO : HYTALO HENRIQUE MARTINS CLAUDINO
: RODRIGO DALL'AGNOL
APELADO : Defensor Público-Geral - ESTADO DE SANTA CATARINA - Florianópolis
ADVOGADO : LEANDRO RIBEIRO MACIEL
APELADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SANTA CATARINA
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 22/04/2015, na seqüência 59, disponibilizada no DE de 10/04/2015, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

RELATOR ACÓRDÃO : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
VOTANTE(S) : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
: Juíza Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE

Letícia Pereira Carello
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Letícia Pereira Carello, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7500874v1** e, se solicitado, do código CRC **4A4CD68D**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Letícia Pereira Carello

Data e Hora: 23/04/2015 12:36