

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES
PÚBLICOS FEDERAIS – ANADEF**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita
no CNPJ/MF sob o nº 31.248.479/0001-03, com sede na SCN, Quadra 1, Bloco C,
sala 1308, Edifício Brasília Trade Center, Brasília – DF, vem, por meio de seus
advogados devidamente constituídos, com endereço profissional na SHIS, QL 4,
conj. 1, casa 11, Lago Sul, Brasília/DF, CEP 71.610-215, onde deverão receber
qualquer comunicação do feito, com e-mail beatrizsena@souzanetosena.adv.br,
propor a seguinte

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

para pleitear ao Supremo Tribunal Federal que realize interpretação conforme a
Constituição do artigo 107, V e § 1º, do ADCT e dos artigos 105 a 108 da Lei
Federal nº 13.328/2016.

I. ASPECTOS PROCESSUAIS, OBJETO E LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

I. 1. Legitimidade ativa do autor

1. As associações de classe de **âmbito nacional** são legitimadas a propor ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX). A Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF - é *entidade de classe de âmbito nacional* que representa os *Defensores Públicos Federais*. A associação possui 530 associados: são defensores públicos federais lotados em todos os estados da federação (documentos comprobatórios anexos).¹ A legitimidade ativa da ANADEF, considerada sua representatividade nacional, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorreu nas ADIs n. 3.892/SC e 4282/DF.

2

2. As **finalidades institucionais** da entidade estão enumeradas no artigo 2º de seu Estatuto (anexo): “(...) V – zelar pela democratização interna e externa da Defensoria Pública da União; (...) XV – representar judicialmente, em qualquer instância ou foro, ou extrajudicialmente, aos seus associados, nos termos do art. 5º, incisos XXI, LXX, LXXI e LXXII, e art. 102, inciso I, alínea ‘a’ c/c art. 103, inciso IX, todos da Constituição (...)”. Como se verifica, o Estatuto prevê a possibilidade do ajuizamento de ações diretas, perante o STF, para zelar

¹ De acordo com o artigo 10 do Estatuto do ANADEF, “Art. 10. São requisitos para a admissão como Associado Efetivo: I – ser membro ativo ou inativo da carreira de Defensor Público Federal; II – não ter sido excluído dos quadros associativos em período inferior a cinco anos, contados da decisão de exclusão.”

² Sob a vigência da Lei Complementar n. 80/94, os integrantes da carreira eram denominados Defensores Públicos da União. A entidade autora se denominava então Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU. Em 2009, a Lei Orgânica da Defensoria Pública passou a adotar a designação Defensores Públicos Federais, do que resultou nova alteração na denominação da entidade, que passou a adotar a denominação atual: Associação Nacional do Defensores Públicos Federais – ANADEF.

pela democratização da Defensoria Pública da União.

3. Os preceitos impugnados na presente ADI concernem **especificamente à Defensoria Pública da União**. O artigo 107 do ADCT fixou limite individualizado para as despesas da Defensoria Pública da União, e não para as defensorias públicas estaduais. Os artigos 105, 106 e 107 e 108 da Lei 13.328/2016 concernem à atribuição de requisitar funcionários conferida especificamente à DPU, não às demais defensorias. **Inaplicável** ao caso a jurisprudência do STF que considera ilegítimo o ajuizamento de ação por associação que representa apenas *fração de categoria*, quando a impugnação recai sobre norma aplicável à categoria inteira.³ Como as normas ora impugnadas referem-se especificamente à Defensoria Pública da União, a ANADEF, que representa os Defensores Públicos Federais, é associação legítima para propor a presente ação.

4. O requisito da *pertinência temática* também é indubitavelmente observado. As normas impugnadas fixam *limite individualizado para as despesas da Defensoria Pública da União*. Ao fazê-lo, impedem que haja Defensores Públicos Federais em todas as seções e subseções judiciárias da Justiça Federal, tornando inviável o cumprimento do artigo 98 do ADCT, segundo o qual a Defensoria deveria, no prazo de 8 anos, contados a partir de 2014, estar implantada em todas as unidades jurisdicionais. Impugnam-se também normas que dispõem sobre o pessoal de apoio da DPU. Trata-se, portanto, de tema que se

³ Nesse sentido: “(...) 1. As associações que congregam mera fração ou parcela de categoria profissional em cujo interesse vêm a juízo não possuem legitimidade ativa para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade. Precedentes: ADI 4.372, redator para o acórdão Min. Luiz Fux, Pleno, DJe de 26/09/2014; ADPF 154-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 28/11/2014; ADI 3.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe de 1/7/2011. 2. In casu, à luz do estatuto social da agravante, resta claro que a entidade tem por finalidade representar os magistrados estaduais, defendendo seus interesses e prerrogativas. Nota-se, assim, que a entidade congrega apenas fração da categoria profissional dos magistrados, uma vez que não compreende, dentro de seu quadro, os Juízes Federais, por exemplo. 3. É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da ilegitimidade ativa da ANAMAGES para a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou qualquer outra ação do controle concentrado de constitucionalidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ADPF 254 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, DJe-143 30-06-2017).

identifica diretamente com as finalidades institucionais da ANADEF: o requisito da pertinência temática é atendido, na hipótese, de modo prototípico.

I.2. Objeto da ação: artigo 107, V e § 1º, do ADCT e artigos 105,106,107 e 108 da Lei 13.328/2016

5. A **Emenda Constitucional n. 95** promulgada pelo Congresso Nacional em 15/12/2016, instituiu o chamado “**Novo Regime Fiscal**”. A principal medida é *congelar* os gastos públicos primários (isto é: excluídos os gastos com o pagamento da dívida pública) pelos próximos *20 exercícios financeiros*. Os gastos públicos primários só serão corrigidos monetariamente, de acordo com a inflação do ano anterior. É o que se estabelece no artigo 107 do ADCT. Apenas em 2036, o legislador se desoneraria da observância dessa gravíssima restrição. A presente ADI impugna o **artigo 107, V e § 1º, do ADCT**, que diz respeito especificamente aos gastos da DPU. O teor desses preceitos – e dos demais preceitos cuja constitucionalidade deva ser apreciada por arrastamento - é o seguinte:

Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

(...)

V - da Defensoria Pública da União.

(...)

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

(...)

§ 7º Nos três primeiros exercícios financeiros da vigência do Novo Regime Fiscal, o Poder Executivo poderá compensar com redução equivalente na sua despesa primária, consoante os valores estabelecidos no projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Poder Executivo no respectivo exercício, o excesso de despesas primárias em relação aos limites de que tratam os incisos II a V do caput deste artigo.

(...)

Art. 109. No caso de descumprimento de limite individualizado, aplicam-se, até o final do exercício de retorno das despesas aos respectivos limites, ao Poder Executivo ou a órgão elencado nos incisos II a V do caput do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o descumpriu, sem prejuízo de outras medidas, as seguintes vedações:

(...)

6. Além disso, requer-se na presente ADI, ainda, o exame da constitucionalidade dos artigos 105, III e parágrafo único, 106, 107 e 108 da Lei nº 13.328/2016, no contexto específico da vigência da EC n. 95. O Poder Executivo Federal vem procurando extrair desses preceitos a interpretação segundo a qual os servidores de outros órgãos, requisitados pela DPU há mais de três anos – a DPU não possui quadro de apoio próprio –, devem ter sua remuneração reembolsada pela própria DPU. Considerando o congelamento dos gastos da DPU, promovido pela EC n. 95, a interpretação dada pelo Executivo a esses preceitos legais levaria à redução, em cerca de 33%, do serviço hoje prestado pela instituição, com o fechamento das respectivas unidades. Os preceitos possuem a seguinte redação:

Art. 105. A requisição de servidor ou empregado público da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será realizada pelo prazo de até 3 (três) anos para a:

I - Justiça Eleitoral;

II - Procuradoria-Geral Eleitoral;

III - Defensoria Pública da União.

Parágrafo único. O poder de requisição da Defensoria Pública da União observará o disposto no parágrafo único do art. 4º da Lei no 9.020, de 30 de março de 1995.

Art. 106. Após o prazo estabelecido no art. 105, é facultada a permanência do servidor ou empregado, por igual período, mediante manifestação formal de interesse do órgão requisitante e reembolso das parcelas de natureza permanente da remuneração ou salário já incorporadas, inclusive das vantagens pessoais, da gratificação de desempenho a que fizer jus no órgão ou entidade de origem e dos respectivos encargos sociais.

Art. 107. Quando o servidor ou empregado encontrar-se requisitado para órgão relacionado no art. 105 na data de publicação desta Lei, o órgão requisitante disporá de 6 (seis) meses para manifestar interesse na permanência do servidor, passando a efetuar o respectivo reembolso ao término desse prazo, contado: I - da data de entrada em vigor desta Lei, quando requisitado por período igual ou superior a 3 (três) anos; ou II - da data em que completar 3 (três) anos ininterruptos de requisição, observado o prazo de requisição, quando requisitado por período inferior a 3 (três) anos.

Art. 108. O não reembolso implica o retorno imediato do servidor ou empregado ao órgão ou entidade de origem, mediante notificação ao órgão requisitante.

Parágrafo único. Não atendida a notificação pelo órgão requisitante, o servidor será notificado, diretamente, para se apresentar ao órgão de origem no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de caracterização de ausência imotivada.”

I. 3. Cláusulas pétreas. Parâmetros de controle da constitucionalidade de emendas. Possibilidade jurídica do pedido.

7. De acordo com a jurisprudência do STF, a Corte pode declarar

inconstitucionais as emendas que violem os limites materiais ao poder de reforma, consubstanciados nas chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). A EC n. 95 viola a cláusula pétreia estabelecida no **artigo 60, § 4º, IV**, da Constituição Federal, ao negar acesso à Justiça aos hipossuficientes (arts. 5º, XXXV e LXXIV), impedindo a implementação, em todo o território nacional, de sua garantia institucional, a Defensoria Pública (art. 134), em conformidade com cronograma expressamente previsto no ADCT, art. 98, § 1º. O teor dos preceitos que servem como parâmetro de controle na presente ADI é o seguinte:

CF, At. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

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

CF, Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

CF, Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

I. 4. Presunção moderada da constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 95/2016. Necessidade de controle rigoroso da constitucionalidade.

8. A presunção de constitucionalidade dos atos do Legislativo é relativa, *iuris tantum*, podendo ser afastada pelo intérprete.⁴ O princípio da presunção da constitucionalidade permanece plenamente válido e operativo no contexto presente. Porém, hoje é concebido de forma *gradualista*.⁵ Há razões que reforçam a presunção de constitucionalidade, e razões que a relativizam. Ao invés de se operar com o código binário constitucionalidade-inconstitucionalidade, a jurisdição constitucional contemporânea busca verificar quais razões sugerem a adoção de critérios mais estritos ou mais amplos para se aferir a constitucionalidade de decisões emanadas das autoridades públicas. Na hipótese ora em exame, diversos fatores sugerem a adoção de critérios mais rigorosos.

9. O congelamento de gastos primários, estabelecido pela Emenda

⁴ A formulação clássica da presunção de constitucionalidade se deve ao jurista norte-americano James Thayer. Em texto canônico, publicado no final do século XIX, Thayer advogou a adoção de uma postura de autocontenção judicial no exercício do controle de constitucionalidade. Só nos casos em que o vício da inconstitucionalidade possa ser afirmado para além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), os tribunais devem declará-la. Para Thayer, “*a Constituição frequentemente admite diferentes interpretações; frequentemente existe uma margem para escolha e avaliação; e nesses casos a Constituição não impõe ao Legislativo nenhuma posição específica, mas deixa aberta a possibilidade de escolha, sendo então constitucional qualquer escolha racional*”. (THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, vol. 7, n. 3, 1893). O Judiciário deve, assim, se abster de substituir a “escolha racional” do legislador pela sua própria escolha, ainda que esta lhe pareça a melhor.

⁵ Conrado Hubner Mendes esclarece a abordagem gradualista: “*Há duas maneiras de se pensar em conceitos políticos e jurídicos que se manifestam em diversas partes deste texto. Poderíamos chamar esses dois estilos analíticos de binarismo e gradualismo. Binário é o raciocínio estruturado a partir de dicotomias abrangentes e rígidas, isto é, limita-se a verificar se um objeto tem ou não determinada qualidade (por exemplo: se um regime é democrático ou autoritário, se alguém é de esquerda ou de direita, se uma lei é constitucional ou inconstitucional). Gradualista, por sua vez, é o raciocínio que nos permite avaliar a medida de certa qualidade, o grau de realização de determinado ideal. Não se preocupa em dizer se algo é ou não é, mas em que medida algo é ou não é, o quanto se aproxima ou se distancia desse ideal (da democracia, da esquerda e assim por diante)*.” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2010). Cf. também: SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal*, nº 60, 2011; FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de estudios Políticos, 2007.

Constitucional n. 95/2016, é obstáculo severíssimo para a prestação de assistência jurídica gratuita para os hipossuficientes, parcela da população que se encontra em condição de grave vulnerabilidade. Uma das **razões éticas** que justificam a intensificação do controle de constitucionalidade é justamente a proteção das minorias (que, por assim serem, podem *estar* hipossuficientes) e, no caso em tela, os hipossuficientes do ponto de vista econômico. *Os assistidos da Defensoria Pública são destituídos de poder econômico, de poder político e de acesso às instituições judiciais.* A pobreza produz uma reação em cadeia de exclusão social.⁶ Qualquer medida legislativa que incida especificamente sobre essa (maior) parcela da população, restringindo-lhe o acesso à Justiça, deve ser objeto de exame rigoroso quanto a sua constitucionalidade.⁷

10. A EC n. 95 restringe drasticamente as escolhas orçamentárias a serem realizadas pelo legislador democrático por um período de vinte anos. Promove o entrincheiramento constitucional de uma *decisão política circunstancial*⁸, para evitar que as gerações futuras tomem novas decisões

⁶ Como esclarece Müller, a “exclusão social” diz respeito não só “à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal ‘reação em cadeia da exclusão’ que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política”. (Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Trad. Peter Naumann, ed. esp., out., 2000. p. 27 ss.).

⁷ O ponto foi esclarecido em estudo acadêmico, nos seguintes termos: “*Critério igualmente importante se relaciona à proteção de minorias estigmatizadas. O processo político majoritário, que tem lugar no Parlamento e no governo, pode não ser suficientemente atento em relação aos direitos e interesses dos integrantes de grupos vulneráveis. O insulamento judicial diante da política eleitoral permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados em outras esferas. Esse argumento é um dos que justifica a adoção de uma postura mais ativista do STF no histórico julgamento sobre união homoafetiva. Pode-se fundamentar, assim, uma relativização da presunção de constitucionalidade de atos normativos que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas.*” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013).

⁸ A Constituição brasileira, que já padece de excessivo grau de detalhamento, novamente se submete à tentativa de cristalizar uma orientação ideológica que, por circunstâncias excepcionais e momentânea, foi capaz de contar com a adesão de maioria qualificada exigida para se emendar a Constituição. A propósito, o Ministro Roberto Barroso ensina que “*no Brasil, a política ordinária se faz por meio de emendas constitucionais. Tal fato gera dificuldades intuitivas, pois impõe negociações políticas permanentes, com as sequelas fisiológicas daí advindas. A segunda consequência negativa é facilmente previsível: o número espantoso de emendas à Constituição, um recorde mundial. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência do texto constitucional e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as*

alocativas. Por estarem em jogo os *pressupostos de funcionamento da democracia*, a jurisdição constitucional pode adotar maior proatividade, **em prol do Pacto Republicano**, submetendo a EC n. 95 a escrutínio estrito.⁹ Os cidadãos devem cumprir o “dever constitucional” de pagar tributos. Mas devem também poder participar das decisões relativas aos gastos que se farão com os recursos arrecadados: “*no taxation without representation*”. As normas que restringem as decisões políticas do povo devem se sujeitar a um controle judicial exigente¹⁰.

11. A aptidão para as constituições limitarem as deliberações majoritárias é justificada por intermédio de diversas teorias. Uma das principais é a do *pré-compromisso*. O argumento do pré-compromisso é esclarecido por meio da analogia à decisão de *Pedro sóbrio* que, ao chegar a uma festa, dá as chaves de seu carro a um amigo e pede a este que não as restitua ao fim do evento, caso verifique que Pedro está embriagado, mesmo se ele insistir.¹¹ Também o

contingências da política” (O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto, <http://www.luisrobertobarroso.com.br>).

⁹ Como tem acentuado a jurisprudência do STF, “*é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, de sorte a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxima quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política*” (STF, ADI 5105, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015). Como precisamente ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo os críticos da jurisdição constitucional costumam aceitar como legítima sua intervenção para proteger o funcionamento regular do processo democrático: “*O ponto é que uma das principais características da jurisdição constitucional – e que, por isso mesmo, torna-se parte de sua essência – é funcionar como uma espécie de garante das condições mínimas da democracia. Esse tipo de atuação das Cortes constitucionais e das Supremas Cortes é consensual, aceito e prestigiado até pelos mais fervorosos críticos do chamado ativismo judicial.*” (STF, MS 32033, Relator Min. Gilmar Mendes, Relator p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe-033 18-02-2014).

¹⁰ Esse parâmetro tradicional tem sua origem na célebre nota de rodapé do Juiz Harlan Stone no caso *Carolene Products Co. v. USA*, de 1938, que concebeu a ideia de afastamento da presunção de constitucionalidade de leis violadora de proibições específicas da Constituição ou de leis que restrinjam processos políticos (*e.g.*, restrições sobre o direito ao voto e a disseminação da informação, interferência em organizações políticas e a proibição de reuniões pacíficas), bem assim de leis que se direcionem contra minorias religiosas, nacionais ou raciais. Essa é a tese central de uma obra clássica da teoria constitucional norte-americana: ELY, J. H. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 1980.

¹¹ A imagem foi formulada pelo pensador liberal austríaco Friedrich von Hayek, e é discutida em: HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988. Tal argumento é esclarecido também por meio da referência à solução concebida por Ulisses, em sua *Odisseia*, para passar incólume pela ilha das sereias. Ulisses, diante da iminência da passagem de seu navio nas proximidades de ilha habitada por sereias, cujo canto enfeitiça,

povo se auto-restringiria, nos momentos constituintes, para impedir que, em situações futuras de irracionalidade política, destruísse os princípios fundamentais antes estabelecidos. No caso da Emenda Constitucional n. 95 ocorreu o contrário. Sua aprovação se deu não em um momento racional e virtuoso da democracia brasileira, como foi a constituinte de 1988, mas na excepcionalidade de uma “pausa democrática”.¹² É pertinente, a propósito, outra analogia: Bridget, em um instante de fanatismo religioso, para não expor à dúvida os dogmas de sua fé, entrega a uma amiga a chave de sua biblioteca, e a instrui a não devolvê-la, ainda que instada a tanto.¹³ A autorrestrrição estabelecida em momento de crise ou irracionalidade limita ilegitimamente a liberdade decisória futura. A EC n. 95 impede que futuros governantes, eleitos pelo povo em ambientes de *normalidade* política, tomem até mesmo decisões de incontestável razoabilidade, como a de aumentar os gastos de acordo com o aumento da arrecadação.¹⁴

pede a seus marinheiros que o atem ao mastro e que não o desamarrem, mesmo que ele, depois, determinasse o contrário. Com isso, poderia ouvir o canto das sereias sem sucumbir a ele. Cf. ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge University Press, 1984.

¹² A expressão é do Ministro Carlos Ayres Britto. Cf. <https://www4.tce.sp.gov.br/6524-carlos-ayres-britto-brasil-passa-por-momento-pausa-democratica>

¹³ A analogia é sugerida por Jeremy Waldron: Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, p. 271-297.

¹⁴ Conforme o princípio da responsabilidade fiscal ou do equilíbrio fiscal, os gastos públicos devem se limitar pela capacidade do estado de arrecadar e de gerir adequadamente a sua dívida. Na lição de Diogo de Figueiredo, o princípio do equilíbrio “*está vocacionado à sustentação de uma qualidade indispensável na gestão financeiro-orçamentária, que é a relação estável entre os elementos fundamentais do crédito público, das despesas públicas e do endividamento público. ‘Por mais óbvia que seja a noção de que todo o orçamento deve ser equilibrado, o fato é que isso não está expressamente dito em norma alguma’*, observou Adilson Abreu Dallari, de modo que, também, sob mais este aspecto, é bem-vinda, a Lei de Responsabilidade Fiscal, por manifestar este princípio de equilíbrio das contas públicas em dispositivos cruciais. São nítidos exemplos de aplicação deste princípio a exigência do equilíbrio entre receitas e despesas na elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias, dispondo para que, progressivamente, sejam alcançadas e possam ser satisfeitas as metas de superávit primário (art. 4º, I, a); as regras relativas à renúncia de receitas (art. 14, I), a ação que aumente despesas (art. 16) e as regras alusivas aos sistemas previdenciários próprios dos entes da Federação (art. 69)” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos, *Revista de direito administrativo*, n. 221, p. 71-93, jul./set. 2000). O princípio da responsabilidade fiscal institui a ideia de uma tendencial correlação entre arrecadação e despesas públicas. A EC n. 95/2016 vai muito além do princípio da responsabilidade fiscal ao romper com a correlação entre arrecadação e gastos. Trata-se de medida extrema e inédita no mundo.

II. MÉRITO: ARTIGO 60, § 4º, IV. CLÁUSULAS PÉTREAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

II. 1. Não cumprimento da Emenda Constitucional n. 80. Constituição Federal, Artigo 5º, LXXIV. Ausência de Defensores Públicos Federais em 67% do território nacional. DEFENSORIA PÚBLICA: garantia institucional do acesso à Justiça.

12. A Emenda Constitucional n. 95 congelou o orçamento da Defensoria Pública da União por 20 anos. Ocorre que as unidades da DPU atualmente instaladas não são suficientes para atender sequer à metade *real* de sua população alvo que, em decorrência de sua hipossuficiência, tem direito à assistência jurídica gratuita (pessoas com mais de dez anos de idade e com renda de até dois salários mínimos, para fins estatísticos). Hoje, a atuação da DPU alcança 1.832 municípios e atende, potencialmente, a 41.385.421 pessoas. No entanto, o país possui 5.565 municípios, e 75.073.409 pessoas preenchem os requisitos para se beneficiarem da assistência jurídica provida pela Instituição. **A Defensoria Pública da União abrange apenas cerca de 33% dos municípios brasileiros e menos de 55% da população que tem direito ao atendimento.** Esses dados podem ser melhor visualizados na Tabela 1.

Tabela 1: Nível de cobertura da população alvo até dois salários mínimos

Total de Seções/Subseções Judiciária	Total de Seções/Subseções Judiciárias atendidas pela DPU	Total de Subseções Judiciárias não atendidas pela DPU	População alvo até 2 SM dos municípios com cobertura da DPU	População alvo até 2 SM dos municípios sem cobertura da DPU
276	78	196	41.385.421	33.687.988
			1	8

Fonte: ASPLAN

13. A DPU deve prestar atendimento não só aos jurisdicionados da Justiça Federal, mas também aos da Justiça Militar, da Justiça do Trabalho e da

Justiça Eleitoral. Porém, as unidades efetivamente instaladas da DPU estão muito aquém do necessário para abarcar até mesmo a totalidade da Justiça Federal. **Hoje, existem 276 seções e subseções judiciárias federais, e apenas 71 unidades da DPU.** Na Tabela 2, é apresentada comparação entre o número de unidades da DPU e a quantidade de seções e subseções da Justiça Federal, por região:

Tabela 2: Abrangência dos Órgãos de Atuação DPU.

Tribunal	Jurisdição	Seções e Subseções Judiciárias	Seções e Subseções Judiciárias atendidas pela DPU
1ª Região	Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.	96	25
2ª Região	Espírito Santo e Rio de Janeiro.	26	11
3ª Região	Mato Grosso do Sul e São Paulo.	52	15
4ª Região	Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.	59	15
5ª Região	Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.	43	12
Total		276	78 (*)

Fonte: ASPLAN e Portal da Justiça Federal

(*) São 71 unidades da DPU que atendem a 78 seções e subseções judiciárias.

14. O **Plano de Interiorização da DPU** (anexo), elaborado em 2015¹⁵, previa a instalação de 205 unidades, o que seria suficiente para dar conta de todas as seções e subseções judiciárias federais faltantes. Com as instalações ocorridas

¹⁵ Processo SEI 08038.001201/2015-01. O plano de interiorização da DPU possui 5 fases. As fases indicam a ordem de implantação do Plano e a posição indica a prioridade de instalação. A 1ª fase de instalação das unidades foi finalizada pela DPU.

em 2015, restam ainda 196 unidades a serem instaladas. O Plano de Interiorização visa atender à necessidade de o Estado cumprir o disposto nos artigos 3º, III, e 5º, LXXIV, da Constituição da República, observando o prazo expressamente estabelecido no art. 98 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 80/2014, segundo o qual, em 8 (oito) anos, a União deve contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais. Confira-se a redação do preceito:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

15. O Plano de Interiorização encontra-se **suspenso** por força da Portaria GABDPGU nº 448, de 27 de abril de 2017 (anexa), que promove a adequação do orçamento da DPU ao limite individualizado para as despesas primárias determinado pela Emenda Constitucional nº 95/2016, ora impugnada, no ponto. O congelamento dos gastos com a Defensoria Pública da União impede, por completo, o cumprimento do determinado no art. 5º, LXXIV, da Constituição da República, nos prazos estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 80.

16. A Emenda Constitucional n. 95 congelou os gastos primários não só da Defensoria Pública da União. Congelou também os gastos da *Justiça Federal* e do *Ministério Público da União*. Porém, essas instituições já se encontram em nível mais avançado de institucionalização, assim como a *Advocacia Geral da União*. Embora todas essas instituições também sejam gravemente impactadas

pela Emenda Constitucional n. 95, **a DPU é podada em seu processo ainda inicial de institucionalização**. Ao todo, a DPU conta hoje com **627 defensores**, para atender a todo o território nacional - nada obstante, entre 2013 e 2017, a instituição tenha realizado cerca de 8 milhões de atendimentos. A DPU foi instituída pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, atendendo à determinação expressa prevista nos artigos 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal. De início, incorporaram-se em seus quadros os membros da Assistência Judiciária Militar Federal. O primeiro concurso para a DPU ocorre apenas em 2001. Como antes consignado, hoje existem 71 unidades da DPU frente a 276 seções e subseções judiciárias federais.

17. Foi justamente para organizar o crescimento da Defensoria Pública da União, de modo a garantir o atendimento às exigências inerentes ao artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, que o constituinte derivado promulgou a **Emenda Constitucional n. 80**, determinando que, “*no prazo de 8 (oito) anos, a União (...) dever(á) contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais*”. Portanto, no prazo de oito anos, haveria, pelo menos, um Defensor Público Federal para cada uma das 276 seções e subseções judiciárias federais. A EC n. 95 torna impossível o cumprimento desse prazo. Mas não só: torna impossível qualquer ampliação da Defensoria Pública da União pelo prazo de 20 anos. Durante esse período, em 196 seções ou subseções judiciárias federais, os hipossuficientes ficarão desassistidos, violando-se frontalmente o determinado no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

18. Interromper a implementação do programa de instalação da DPU, instituída efetivamente apenas em 2001, equivale a obstar a eficácia do direito fundamental positivado no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal; significa negar acesso à Justiça à população residente em 67 % do território brasileiro. O congelamento do orçamento de uma instituição precariamente implantada é um grave obstáculo para a sua expansão e aperfeiçoamento: o congelamento do orçamento de uma instituição em fase de implantação impede que ela se conclua, negando-lhe presença efetiva em parte significativa do território nacional. **O**

efeito prático da Emenda Constitucional n. 95 é furtar à maior parte da população brasileira o efetivo acesso à Justiça.

II. 2. Ausência de quadro de apoio permanente. A aplicação da inciso V do artigo 107 do ADCT, em conjunto com o artigo 107 da Lei nº 13.328/2016.

19. A Defensoria Pública da União até o presente momento **não conta** com quadro de apoio permanente. A estruturação do Quadro Permanente de Pessoal da DPU está pendente de decisão legislativa. Sobre a matéria, encontram-se em tramitação, no Congresso Nacional, o PL nº 7922/2014 e o PL nº 7923/2014. Por reconhecer a situação emergencial da Defensoria Pública da União, o legislador lhe concedeu atribuição para promover a **requisição** de servidores pertencentes a outros órgãos e entes da Administração Pública. É o que consta do artigo 4º, parágrafo único, da Lei 9.020/95:

(...) Art. 4º O Defensor Público-Geral da União poderá requisitar servidores de órgãos e entidades da Administração Federal, assegurados ao requisitado todos os direitos e vantagens a que faz jus no órgão de origem, inclusive promoção.

Parágrafo único. A requisição de que trata este artigo é irrecusável e cessará até noventa dias após a constituição do Quadro Permanente de Pessoal de apoio da Defensoria Pública da União.
(...)

20. Passados vinte anos desde a edição da Lei n. 9.020/95, sem que tenha sido criada a carreira de apoio da DPU, foi promulgada a **Lei n. 13.328/2016**, que, em seu artigo 105, reafirmou que a requisição oriunda do Defensor Público-Geral Federal é irrecusável e cessará até noventa dias após a constituição do Quadro Permanente de Pessoal de Apoio. Confirma-se o teor do preceito:

Art. 105. A requisição de servidor ou empregado público da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será realizada pelo prazo de até 3 (três) anos para a:

I - Justiça Eleitoral;

II - Procuradoria-Geral Eleitoral;

III - Defensoria Pública da União.

Parágrafo único. O poder de requisição da Defensoria Pública da União observará o disposto no parágrafo único do art. 4o da Lei no 9.020, de 30 de março de 1995.

21. Como, até o presente momento, a carreira de apoio da DPU não foi criada, aplica-se o artigo 4º da **Lei n. 9.020/1995**: as requisições devem permanecer, só cessando noventa dias após a constituição do Quadro Permanente de Pessoal de Apoio. O Executivo Federal vem sustentando, porém, que, nesse caso, a remuneração dos servidores requisitados há mais de três anos deve ser reembolsada pela DPU aos entes e órgãos de origem. O Executivo Federal apoia sua pretensão no que dispõe os artigos 106, 107 e 108 da Lei nº 13.328/2016:

Art. 106. Após o prazo estabelecido no art. 105, é facultada a permanência do servidor ou empregado, por igual período, mediante manifestação formal de interesse do órgão requisitante e reembolso das parcelas de natureza permanente da remuneração ou salário já incorporadas, inclusive das vantagens pessoais, da gratificação de desempenho a que fizer jus no órgão ou entidade de origem e dos respectivos encargos sociais.

Art. 107. Quando o servidor ou empregado encontrar-se requisitado para órgão relacionado no art. 105 na data de publicação desta Lei, o órgão requisitante disporá de 6 (seis) meses para manifestar interesse na permanência do servidor, passando a efetuar o respectivo reembolso ao término desse prazo, contado: I - da data de entrada em vigor desta Lei, quando requisitado por período igual ou superior a 3 (três) anos; ou II - da data em que completar 3 (três) anos ininterruptos de requisição, observado o prazo de requisição, quando requisitado por período inferior a 3 (três) anos.

Art. 108. O não reembolso implica o retorno imediato do servidor ou empregado ao órgão ou entidade de origem, mediante notificação ao órgão requisitante.

Parágrafo único. Não atendida a notificação pelo órgão requisitante, o servidor será notificado, diretamente, para se apresentar ao órgão de origem no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de caracterização de ausência imotivada.

22. Dado o congelamento do orçamento da DPU, promovido pela EC n. 95/2016, a Defensoria Pública da União não tem recursos para promover o reembolso dos servidores requisitados há mais de três anos. Se prevalecer essa interpretação, em torno de **33% dos núcleos da DPU** em todo o Brasil terão de interromper suas atividades por falta de servidores. Hoje, há 1.333 servidores requisitados, atuando na área administrativa da DPU, dos quais, 59% foram requisitados sem ônus; destes, 64% enquadram-se atualmente na hipótese prevista no artigo 107 da Lei nº 13.328/2016. O reembolso da remuneração de 497 servidores que haviam sido requisitados sem ônus causaria um aumento imediato de mais de 170% no valor despendido atualmente com os servidores em exercício na DPU (tal despesa passaria de cerca de R\$ 3 milhões/mês para mais de R\$ 8 milhões mensais).

23. A aplicação do artigo 107, V e § 1º, do ADCT, em conjunto com os artigos 106 e 107 da Lei nº 13.328/2016, inviabilizaria a continuidade dos serviços prestados pela Defensoria Pública da União em 24 de suas unidades, que correspondem a um terço do total de unidades da DPU em todo o território nacional. Como não é possível ampliar gastos, a devolução dos servidores é inevitável. Com essa devolução, ocorreria uma redução de mais de 40% da força de trabalho das unidades. Atualmente, a DPU possui 54 unidades com servidores públicos federais requisitados, o que equivale a 74% das unidades existentes. **A Lei nº 13.328/2016 produz impacto decisivo em 3 de cada 4 unidades da DPU.**

24. Atualmente, o impacto apenas vem sendo atenuado em razão de liminares relativas a alguns desses servidores. Foi o que ocorreu na decisão que se segue, concernente a dois servidores originariamente lotados no DNPM:

“Nessas condições, ao exame do capítulo XVII da Lei n. 13.328, de 2016, e do artigo 4º da Lei n. 9.020, de 1995, a conclusão a que chego, à base de cognição sumária, é a seguinte: a legislação confere um tratamento especialíssimo às requisições emanadas da DPU, não apenas em relação a outros órgãos, mas também relativamente aos demais órgãos listados no artigo 105 (Justiça eleitoral e Procuradoria-Geral Eleitoral), reportando-se o parágrafo único do mencionado artigo 105, tão somente em relação à Defensoria, ao disposto no ar. 4º da Lei n. 9.020, de 1995, que, como visto, além de estabelecer o caráter compulsório da requisição da Defensoria Pública da União, devendo essa regra prevalecer, prima facie, em detrimento das disposições constantes dos artigos 106, 107 e 108, todos da Lei n. 13.328, de 2016, em atenção à regra interpretativa segundo a qual lex specialis derogat lex generalis.

Acresce-se que, mais recentemente, em 3 de janeiro de 2017, a Ministra Laurita Vaz, Presidente do STJ, ao apreciar pedido de reconsideração formulado pela DPU nos autos do Mandado de Segurança n. 23.054/DF – que versa sobre matéria análoga à discutida nesta demanda - acolheu a tese segundo a qual o quadro de pessoal de apoio da Defensoria Pública da União ainda não estava consolidado e suspendeu os efeitos do ato administrativo que havia determinado o retorno imediato de médicos peritos atuantes no âmbito da Defensoria às agências da Previdência Social.

Ademais, seria um contrassenso manter o caráter compulsório das requisições emanadas da DPU, mas aplicar a essa instituição os prazos e as condições a que aludem os artigos 107 e 108 da Lei 13.328, 2016, já que, na prática, o que ocorreria seria a devolução do servidor ou empregado que contasse com três anos (esse, aliás, é o pedido subsidiário formulado pela DPU), medida que, além de não trazer qualquer benefício ao órgão de origem – que não conseguiria recompor o seu quadro, considerada a compulsoriedade da requisição -, prejudicaria a Defensoria e os seus assistidos, que sofreriam a perda de servidores experientes, a reclamar o dispêndio de tempo e recursos financeiros para o treinamento de novos servidores.”¹⁶

¹⁶ JF, MS n. 1003805-65.2017.4.01.4300, Juiz Federal Substituto Eduardo Riberio de Oliveira, 15ª Vara federal Cível da SJDF, D. 05.06.2017.

25. A decisão acima é precisa em sua fundamentação. Na verdade, o artigo 105, parágrafo único, atribui à DPU um tratamento específico, distinto do conferido à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, também mencionados nos incisos do artigo 105. No tocante à DPU, mantém-se o regime jurídico estabelecido no art. 4º da Lei n. 9.020/1995 justamente pelo fato de ainda não ter sido instituído Quadro Permanente de Pessoal de Apoio. É o que determina expressamente o parágrafo único do artigo 105. Por essa razão, uma das interpretações possíveis que se extrai desse complexo normativo é que **os artigos 106, 107 e 108 da Lei nº 13.328/2016 não se aplicam à DPU**. Em outros termos: a DPU encontra-se fora do âmbito de incidência desses preceitos legais, razão pela qual, enquanto o Quadro de Pessoal de Apoio não for instituído, mantém-se o poder de requisição da DPU, bem como a inexigibilidade de qualquer reembolso, exatamente nos termos do art. 4º da Lei n. 9.020/1995.

26. Além de ser **interpretação** possível, é a **única** que se coaduna com a Constituição Federal. Submetida a DPU aos limites orçamentários estabelecidos pela Emenda Constitucional n. 95, a DPU não conta com os recursos necessários ao reembolso a que aludem os artigos 107 e 108 da Lei nº 13.328/2016. **As finalidades subjacentes ao art. 4º da Lei n. 9.020/1995 – possibilitar o funcionamento da DPU no curso de seu processo de implantação –, permanecem vigentes hoje**. Subtrair ao corpo funcional da DPU os servidores requisitados significa, como antes ressaltado, tornar inviável o funcionamento da instituição em cerca de 33% dos núcleos já instalados. Viola-se, com isso, e até não mais poder, o direito previsto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Impõe-se, portanto, interpretar o complexo normativo em **conformidade com a Constituição**, de modo a excluir a DPU do âmbito de incidência dos artigos 106, 107 e 108 da Lei nº 13.328/2016.

27. Aplica-se à hipótese o princípio da **continuidade** dos serviços públicos. A prestação de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes é

serviço público provido de fundamentalidade e essencialidade.¹⁷ A prestação dos serviços públicos cominados ao Estado pela Constituição não é uma possibilidade, mas uma obrigação: “*incumbe ao Poder Público (...) a prestação de serviços públicos*” (CF, art. 175). A prestação de serviços públicos caracteriza-se como um “dever-poder” do Estado.¹⁸ Se os direitos fundamentais são indisponíveis, o Estado tem a obrigação de realizar as prestações tendentes à sua concretização, que não podem ser descontinuadas. Pelas mesmas razões, o CDC determina que a prestação de serviços essenciais não pode ser interrompida sequer diante da inadimplência¹⁹, e a Lei nº 7.783/89 limita o exercício do direito de greve quanto aos “*serviços ou atividades essenciais*” (art. 10).²⁰

28. A hipótese suscita ainda a aplicação do **princípio da vedação do retrocesso social**. Uma das derivações especialmente importantes do princípio da

¹⁷ Como esclarece Marçal Justen Filho, “*Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público. A advertência é relevante porque há atividades estatais que não se orientam a promover, de modo direto e imediato, os direitos fundamentais. Essas atividades não são serviço público e, bem por isso, não estão sujeitas ao regime de direito público.*”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 480). Segundo Toshio Mukai, “*Materialmente, serviço público não pode ser senão aquilo que, dentro de certas circunstâncias de tempo e de lugar, tenha transcendência, pela sua necessidade e essencialidade para a comunidade, além de outros requisitos retirados da natureza das coisas. Portanto, é ele anterior ao Estado mesmo, porque o direito não é exclusivamente criação legal*”. (MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 190). Ruy Cirne Lima, no mesmo sentido, sustenta que “*Serviço público, - podemos dizer -, é todo serviço existencial relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado.*” (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1939, p. 69).

¹⁸ GRAU, Eros Roberto Constituição e serviço público. in *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p 249.

¹⁹ Art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

²⁰ O princípio da continuidade do serviço público tem dado fundamento a diversas decisões do STF: “(...) *O Supremo Tribunal Federal, nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade.*” (AC 2895 MC, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2011, DJe-213 30-10-2014)

segurança, na esfera social, é o princípio da *vedação do retrocesso*. Como esclarece o Ministro Roberto Barroso, “*por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.*”²¹ Em decorrência do princípio da proibição do retrocesso, é vedada a revogação de normas que tenham efetivado direitos fundamentais.²² A Defensoria Pública da União, nas dimensões que possui hoje, foi incorporada ao “*patrimônio jurídico da cidadania*”. A redução drástica das atividades da Defensoria, em decorrência da supressão dos servidores que hoje lhe prestam apoio, é retrocesso absolutamente incompatível com a Constituição Federal de 1988, que caracteriza, como objetivo fundamental da República, o de “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (CF, art. 3º, III).

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio Janeiro, 2001, p. 158. Cf. também: Cf. Felipe Derbli. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; José Vicente dos Santos Mendonça. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003.

²² O STF, em diversos precedentes, aplica o princípio da vedação do retrocesso: “(...) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002’.” (RE 878694, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, DJe-021 06-02-2018).

II.3. Violação do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição: direitos e garantias fundamentais. Artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Artigo 98 do ADCT. Acesso à justiça dos hipossuficientes.

29. A Constituição Federal caracteriza o acesso à justiça como direito fundamental. Em seu art. 5º, XXXV, a Constituição determina que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Todos os cidadãos devem ter acesso a Justiça. Os hipossuficientes contarão, para isso, com assistência jurídica integral e gratuita do Estado. Segundo o artigo 5º, LXXIV, *“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”*. O texto constitucional é preciso ao determinar que a assistência jurídica será gratuita e integral. A Constituição confere a atribuição de prestá-la a uma instituição: a Defensoria Pública. Segundo o artigo 134, *“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”*

30. Sem acesso à Justiça, todo o sistema de direitos perde sua efetividade. De pouco adianta que a Constituição positive um amplo catálogo de direitos e liberdades básicas se não oferece as *garantias* para que esses direitos se efetivem. No caso dos hipossuficientes, a garantia é provida pela Defensoria Pública: sem a implementação efetiva da Defensoria Pública, o catálogo de direitos fundamentais se converte em promessa constitucional inconsequente. A Defensoria Pública, como consigna farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é **“garantia institucional”** dos direitos fundamentais.²³ Não por outra

²³ Como esclarecem o Ministro Gilmar Mendes e o Professor Paulo Gonet, *“As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica*

razão, a Defensoria Pública é positivada na Constituição Federal de 1988 no âmbito de capítulo denominado “*funções essenciais à Justiça*”, ao lado do próprio Judiciário, do Ministério Público, da advocacia pública e privada:

“Tal consideração assume importância na medida em que a Carta brasileira faz uma opção clara pelo desenho institucional de Defensoria Pública. Essa opção política de concreção da dignidade humana guarda importante aspecto de enfrentamento das desigualdades. Não é demais lembrar que o combate à pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como destaca o inciso III do artigo 3.º da Constituição. E, ao colocar-se o próprio Estado, por meio de essencial garantia institucional (a Defensoria Pública), para cumprir o dever autoimposto de prestar ‘jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’, como afirma o inciso LXXIV do artigo 5.º da Constituição, essa tarefa só poderia ser desincumbida por uma estrutura organizacional estabelecida em respeito a uma instituição essencial à Justiça. É dizer: não bastaria a prestação do serviço de assistência. Para atuar em consonância com o dever imposto ao próprio Estado e com vista aos objetivos da própria República, foi preciso que a Constituição estabelecesse modelagem organizacional — vinculativa e de reprodução obrigatória em suas unidades federativas — que consagrou verdadeira garantia institucional de promoção dos direitos humanos e de efetivação do primado da igualdade perante a lei.”²⁴

que devem ter seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador”. (MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2011). Como ensina J. J. Gomes Canotilho, “As chamadas garantias institucionais (Einrichtungsgarantien) compreendem as garantias jurídico-públicas (institutionnelle Garantien) e as garantias jurídico-privadas (Institutsgarantie). (...) A proteção das garantias institucionais aproxima-se da proteção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições”. (CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000). No mesmo sentido, ensina Paulo Bonavides, que “a garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 537).

²⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Alberto Carvalho. A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 2, 2016 p. 116-131.

31. No parecer anexo, Daniel Sarmento, com precisão, caracteriza a Defensoria Pública como garantia institucional dos direitos fundamentais dos hipossuficientes:

“O acesso a direitos no país permanece profundamente assimétrico. Proclamados com generosidade no texto constitucional e na legislação, os direitos com frequência não saem do papel para os integrantes dos grupos vulneráveis. Tais pessoas, por outro lado, são as principais destinatárias da atuação punitiva do Estado, como se sabe, altamente seletiva. Elas são as maiores vítimas tanto do arbítrio estatal, como do seu descaso e ineficiência na prestação de serviços públicos ligados à garantia de direitos fundamentais – saúde, previdência, educação, saneamento etc. São elas também as mais sacrificadas em relações marcadas pela desigualdade, como as existentes no âmbito trabalhista.

Desde a redemocratização, o Brasil ensaia se converter em um autêntico Estado Democrático de Direito. O principal obstáculo para tanto é a subsistência, em nossa sociedade, de verdadeiros bolsões de estado de exceção, em que as violações aos direitos fundamentais dos excluídos, conquanto sistemáticas e cotidianas, permanecem invisíveis, porque naturalizadas por uma cultura que não enxerga a todos como sujeitos iguais de direito, merecedores do mesmo respeito e consideração. Nossas práticas sociais recordam o mandamento contido na constituição da Fazenda dos Bichos, de que falou George Orwell: “todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros”.

A Constituição de 88 quis remediar esse quadro, não se contentando em reconhecer simbolicamente os direitos fundamentais. Ao inverso, a Carta de 88 preocupou-se em assegurá-los no mundo concreto, de forma a transpor o oceano que ainda se interpõe entre os seus princípios emancipatórios e a vida real das camadas excluídas da população. Para isso, apostou fortemente no acesso à justiça.

O acesso à justiça envolve a possibilidade real de mobilizar o aparato jurisdicional na defesa de direitos e interesses lesados ou ameaçados, mas não se esgota nisso. Tal direito pressupõe a efetividade e tempestividade da tutela processual. Ademais, envolve ainda o acesso a direitos e bens jurídicos fundamentais para uma vida digna, que podem ser assegurados inclusive por mecanismos extrajudiciais. Em outras palavras, o acesso à justiça não se resume à ausência de obstáculos ao ingresso em juízo. Mais do que isso, ele se traduz na ideia de acesso à ordem jurídica justa.

Sem efetivo acesso à justiça, os direitos, proclamados com pompa e circunstância nos documentos jurídicos, tornam-se pouco mais do que floreios retóricos em folhas de papel, desprovidos de qualquer eficácia social. (...)

Apesar da sua importância, o acesso à justiça aos necessitados no Brasil ainda é uma promessa a ser cumprida. São múltiplas as causas desse fenômeno. Há uma dimensão cultural, ligada à falta de conhecimento dos direitos e de suas garantias por parte da população mais vulnerável, que, em regra, tem menor escolaridade. Mas existe também um déficit estrutural do Estado brasileiro, cujas instituições ainda não funcionam de modo adequado para franquear o pleno acesso à justiça aos necessitados.

Ora, a teoria constitucional contemporânea tem enfatizado que os direitos fundamentais, além de constituírem direitos subjetivos, possuem também uma dimensão objetiva, por consagrarem os bens jurídicos mais relevantes de uma comunidade política. Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais extraem-se pelo menos três consequências importantes: (a) o reconhecimento da eficácia irradiante destes direitos, que passam a atingir várias outras situações e relações jurídicas, para além dos limites do direito subjetivo originário; (b) a afirmação do dever do Estado de proteger tais direitos de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive de particulares; e (c) a consagração de um direito a organização e procedimento adequados à tutela efetiva dos bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais. É esta última consequência que nos interessa mais de perto.

A existência de um direito a organização e procedimento parte da premissa realista de que os direitos não se efetivam por um passe de mágica. É preciso que existam estruturas organizacionais e procedimentais adequadas para que eles possam gerar os seus efeitos no mundo concreto. (...)

No caso do acesso à justiça – que, como destacado, é pressuposto para a fruição de todos os demais direitos – a Defensoria Pública desempenha um papel vital, no cenário de uma sociedade tão desigual como a brasileira. Pode-se afirmar que a estruturação adequada da Defensoria corresponde a um direito fundamental a organização e procedimento, titularizado pelos necessitados.

E não é preciso nenhuma construção hermenêutica mais complexa para se chegar a essa conclusão, bastando observar o que prescreve claramente a nossa Constituição. O art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Maior estabelece que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

E o art. 134 da Carta, por sua vez, dispõe que a Defensoria Pública é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

Assim, sem uma Defensoria Pública forte, bem estruturada, com recursos materiais e humanos adequados para o desempenho de sua missão constitucional, fica comprometido o gozo de todos os direitos fundamentais dos indivíduos e grupos hipossuficientes e vulneráveis. (...)

Em outras palavras, é fundamental dotar a Defensoria Pública de um arcabouço institucional adequado, para evitar que, como salientou a Ministra Carmen Lúcia, a “inanição administrativa” faça “definhar não só a Defensoria Pública, mas o próprio quadro de desvalia social dos mais carentes”. Esta conclusão não resulta de especulação teórica, mas da análise de dados concretos da realidade.

É que, apesar do seu inequívoco relevo constitucional, e de sua importância crucial para a edificação de uma sociedade democrática e inclusiva, a Defensoria vem sendo tratada, ao longo dos anos, como uma espécie de “prima pobre” das demais instituições do sistema brasileiro de justiça. Número insuficiente de defensores, falta de estrutura material e de condições adequadas de trabalho, remuneração dos seus membros inferior à das outras carreiras jurídicas são algumas das mazelas que historicamente vêm lhe afligindo.”

32. Como garantia fundamental, a Defensoria Pública se subsume à hipótese estabelecida no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.²⁵ Observe-se que o preceito faz referência não só aos “direitos”, mas também às **“garantias”**. As garantias dos direitos fundamentais também são protegidas como *cláusulas pétreas*.²⁶ Não é compatível com o sistema constitucional

²⁵ Cf.: CORDOVA, Haman Tabosa de Moraes. Defensoria Pública é cláusula pétrea da Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 21 de maio de 2012.

²⁶ Na jurisprudência do STF, dentre outros precedentes, cf.: “(...) O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por

brasileiro a edição de emenda que obste a implantação efetiva da Defensoria Pública da União.²⁷ Tal Emenda dissolve as bases materiais para que o acesso à Justiça seja efetivamente facultado aos mais pobres. A assistência judiciária para os hipossuficientes, prevista no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é cláusula pétrea: o poder constituinte reformador não pode revogá-la ou impedir, pela via da privação de recursos, o funcionamento da instituição incumbida pelo texto constitucional de garanti-la.

33. Ressalte-se que o fato de os dispositivos que cuidam da Defensoria Pública e de sua efetiva implantação se situarem fora do Título II da Constituição Federal, que delimita a esfera dos direitos providos de “fundamentalidade formal”, não impede que lhes seja atribuída “**fundamentalidade material**”²⁸ e,

meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. (...)” (RE 633703, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-219 18-11-2011).

²⁷ Nas palavras de Márcio Iorio Aranha, “as garantias institucionais servem, então, como diretriz e impulse às funções estatais de poder, emancipando-as de uma necessária pretensão subjetiva anterior para adotar uma razão de atuação positiva estatal espelhada na objetivação, de que o direito fundamental foi alvo” (ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 2a Ed. São Paulo: Atlas, 2000).

²⁸ A “fundamentalidade formal” deriva da circunstância de a norma estar prevista no catálogo expresso de direitos fundamentais. Já a “fundamentalidade material” se deriva do conteúdo da norma, seja ou não ela caracterizada pelo Texto Constitucional como fundamental. O tema da fundamentalidade material foi assim examinado por Canotilho: “A idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Prima facie, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à Constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal, como o demonstra a tradição inglesa das Common-Law Liberties. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos material mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16º/ 1.º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 355-356). Em sua definição de direitos fundamentais, Sarlet busca integrar os dois tipos de fundamentalidade: “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de

portanto, o *status* de **cláusula pétrea**. Tal possibilidade decorre do que estabelece o §2º do artigo 5º da Constituição Federal: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*” Ao aplicar esse preceito, o STF, por exemplo, declarou inconstitucional o § 2º do art. 2º da EC n. 3/93, que excepcionava a incidência do princípio da anterioridade tributária ao IPMF. O princípio está estabelecido no artigo 150, III, *b*, ou seja, fora do catálogo expresso de direitos e garantias fundamentais (Título II):

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - O princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - O princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou

disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001).

serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.)[...] ²⁹

34. O *status* de cláusula pétrea deve igualmente ser conferido à Defensoria Pública, que é “garantia institucional” do direito fundamental à assistência jurídica gratuita, previsto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Cuida-se, por isso, de limite material ao poder de reforma da Constituição. A EC n. 95 não poderia, como o fez, interromper o processo de implantação da Defensoria Pública da União, congelando a situação atual, caracterizada pela ausência da prestação da assistência jurídica gratuita em 194 seções e subseções da Justiça Federal, competentes para julgar as demandas de, aproximadamente, 45% da população potencialmente assistida. Para evitar que tal inconstitucionalidade se perpetue, deduzem-se os pedidos alternativos de interpretação conforme e de declaração de inconstitucionalidade.

35. O pedido de **interpretação conforme** do artigo 107, V, e § 1º, do ADCT é para que a Corte estabeleça a interpretação segundo a qual os recursos necessários à execução do cronograma estabelecido no artigo 98, § 1º, do ADCT não se inserem na base de cálculo do limite que aqueles preceitos estabelecem. Tal pedido não envolve a supressão pura e simples da Defensoria Pública da União do congelamento promovido pela EC n. 95. O congelamento se mantém,

²⁹ STF, ADI 939-7/DF, Relator Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.94. Na jurisprudência do STF, cf. ainda: “(...) 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral” (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). (...) 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.” (ADI 3685, Relator Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006).

mas em relação à estrutura atual, ou seja, em relação às unidades da DPU já implantadas. Como os demais órgãos e entes estatais, a DPU também se submeterá a rigorosa disciplina fiscal. Porém, deferido o pedido de interpretação conforme, o orçamento da DPU será acrescido no montante necessário ao cumprimento do cronograma de implantação estabelecido na EC. 80. Uma vez cumprido o cronograma fixado na Constituição Federal, o congelamento de gastos volta a incidir. A proposta de interpretação conforme procura promover a **concordância prática entre o que dispõem as emendas constitucionais n. 80 e n. 95.**

36. Se Vossa Excelência entender que a interpretação conforme não é possível, requer, alternativamente, que simplesmente **declare a inconstitucionalidade** do inciso V do artigo 107 do ADCT, e, por arrastamento, das referências ao preceito constantes do § 7º do artigo 107 e do *caput* artigo 109, também do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 95. A declaração de inconstitucionalidade produz, igualmente, o resultado almejado pela ANADEF na presente ADI. Suprimido o obstáculo decorrente da Emenda Constitucional n. 95, o cronograma fixado pela Emenda Constitucional n. 80 poderá ser cumprido. Os valores necessários serão inseridos na próxima proposta orçamentária e o Congresso Nacional deliberará sobre o tem considerando o que dispõe o artigo 98, § 1º, do ADCT.

II.4. Decisões judiciais que determinam a abertura de unidades específicas da Defensoria Pública: desorganização da administração, não aplicação efetiva do acesso à Justiça

37. O Poder Judiciário vem editando decisões determinando a abertura de novas unidades da Defensoria Pública da União. Tais decisões se fundamentam no fato de que a prestação da assistência jurídica gratuita é caracterizada na Constituição como “dever do estado”: e como dever do estado,

tal prestação não pode deixar de ser entregue à cidadania. Se o Estado se omite, o Poder Judiciário está autorizado a atuar, podendo determinar a abertura de novas unidades da Defensoria Pública. A jurisprudência brasileira culmina com importante precedente da Segunda Turma do STF, da lavra do Ministro Celso de Mello. Segundo Sua Excelência, a Defensoria Pública é a instituição incumbida de garantir aos mais pobres o “*direito a ter direitos*”:

“(…) DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE

EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – “THEMA DECIDENDUM” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE. - Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as

medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. - É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina. - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina.”³⁰

³⁰ AI 598212 ED, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe-077 24-04-2014. No mesmo sentido: “Defensoria Pública – Direito das pessoas necessitadas ao atendimento integral, na comarca em que residem, pela Defensoria Pública – Prerrogativa fundamental comprometida por razões administrativas que impõem, às pessoas carentes, no caso, a necessidade de custoso deslocamento para comarca próxima onde a defensoria pública se acha mais bem estruturada – Ônus financeiro, resultante desse deslocamento, que não pode, nem deve, ser suportado pela população desassistida – Imprescindibilidade de o estado prover a defensoria pública local com melhor estrutura administrativa – Medida que se impõe para conferir efetividade à cláusula constitucional inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Fundamental da República – Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas – situação

38. O acórdão acima, relatado pelo Ministro Celso de Mello, foi proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. A Primeira Turma da Corte possui precedente no mesmo sentido, da lavra da Ministra Rosa Weber:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA. AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO QUE FRUSTA DIREITOS FUNDAMENTAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JURISDICCIONAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.10.2007. Emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal a quo manteve a sentença que condenou o Estado a designar um defensor público para prestar serviços de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes da Comarca de Demerval Lobão consoante os arts. 5º, LXXIV, 127, caput, 129, III e IX e 134 da Constituição Federal. No caso de descumprimento da obrigação, fixou multa diária. O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes. Precedentes. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não

constitucionalmente intolerável – o reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “direito a ter direitos” como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias – intervenção jurisdiccional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (cf, art. 5º, inciso lxxiv, e art. 134) – legitimidade dessa atuação dos juízes e tribunais – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – controle jurisdiccional de legitimidade sobre a omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes – a função constitucional da defensoria pública e a essencialidade dessa instituição da república – recurso de agravo improvido.” (RE 763667 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE-246 13-12-2013).

ofende o princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.”³¹

39. Como se verifica, o Supremo Tribunal Federal entende que a ausência da prestação do serviço pela Defensoria Pública configura **omissão inconstitucional**, passível de ser controlada pelo Poder Judiciário. A prestação requerida é dever constitucionalmente imposto ao poder público, que não pode se desviar do seu cumprimento sob o argumento de que há limites orçamentários. O STF, como se verifica nos acórdãos acima, consigna que a hipótese *não* se condiciona à *reserva do possível*. Porém, não é incomum que as decisões judiciais que determinam a instalação de unidade da Defensoria Pública da União em seção judiciária ainda desassistida deixem de indicar a correspondente fonte de custeio. Daí decorre que a Instituição, para atender à decisão judicial, se vê na contingência de deslocar defensores lotados em outras unidades, impossibilitando seu funcionamento adequado e, por vezes, levando ao próprio fechamento da unidade. Tais decisões, alocativas, são implicitamente desalocativas, em um cenário de rígida limitação orçamentária.

40. Ao desconsiderarem as limitações orçamentárias impostas à DPU pela EC n. 95, tais decisões acabam não ampliando o acesso à justiça. Para cumpri-las, a DPU se vê obrigada a desfalcar unidades para garantir o oferecimento do serviço em outras. A **atuação judiciária pontual, ao não promover a ampliação dos recursos disponíveis**, acaba por **desorganizar** a administração da Defensoria Pública da União. É pertinente a conhecida metáfora do **cobertor curto**: quando se cobre a cabeça, se descobrem os pés.³² Como os juízes que examinam casos relativos a unidades específicas não tem a visão do

³¹ AI 739151 AgR, Relator Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe-112 11-06-2014.

³² Cf. GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista Forense*, n. 37, 2003; SARMENTO, Daniel. A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

conjunto da Instituição, não tem como aferir, dentre as mais diversas localidades do país, as que demandam priorização na alocação de Defensores. A fragmentação da atuação judiciária, data máxima vênua, produz ineficiência, sem promover a efetiva ampliação dos serviços prestados. A questão toda origina-se, em verdade, na omissão estatal, por parte do Executivo Federal, que não promove a alocação dos recursos necessários.

41. Em estudo acadêmico sobre o controle judicial da distribuição de medicamentos pelo estado, anterior a seu ingresso no STF, o Ministro Roberto Barroso defende a tendencial exclusividade do emprego das ações coletivas e do controle abstrato de constitucionalidade, com razões que também se aplicam ao contexto veiculado na presente ADI:

“Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (...) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

Em segundo lugar, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente

mais simples.

Em terceiro lugar, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos erga omnes, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estructure seus serviços de forma mais organizada e eficiente. Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado.”³³

42. A **sede adequada** para que o Judiciário se manifeste sobre a presente política pública é a presente **ADI**, em que poderá ter lugar o **exame global** do problema da garantia do acesso à justiça aos hipossuficientes. A decisão a ser proferida na presente ADI, ora requerida, é vocacionada à garantia da universalização da assistência jurídica gratuita para os pobres, e não levará à desorganização da Defensoria Pública da União – ao contrário das inúmeras ACPs supracitadas. A ampliação do acesso à Justiça dos hipossuficientes se dará de forma organizada e planejada, **em conformidade com cronograma estabelecido pelo próprio constituinte derivado, que editou a Emenda Constitucional n. 80**. O que se requer é, tão-só, que o STF emita comando apto a fazer com que a Emenda Constitucional n. 80 seja efetivamente executada.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse público*, v. 9, n. 46, 2007.

III. MEDIDA CAUTELAR: FUNDAMENTOS E PEDIDOS

43. Requer-se a concessão de medida cautelar, presentes seus requisitos autorizadores, conforme se demonstrará.

44. Presente o *fumus boni iuris*, por todas as razões antes consignadas. A impossibilidade orçamentária de implantação efetiva da Defensoria Pública da União em todo o território nacional é obstáculo intransponível ao acesso à justiça, consubstanciando grave violação do dever estatal, constante do artigo 5º da Constituição Federal, de prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados.

45. Também presente o *periculum in mora*. A EC n. 95/2016 entrou em vigor desde a sua promulgação, no dia 15/12/2016. A EC produzirá seus efeitos negativos ao longo dos próximos 20 anos. Porém, decisão do STF sobre as matérias veiculadas na presente ação é urgente considerando que os prazos estabelecidos pela Emenda Constitucional n. 80 já estão em curso. A Emenda foi promulgada em 2014 e determinou que, em 8 anos, a Defensoria Pública deveria estar presente em todas as unidades jurisdicionais do Brasil. Como antes consignado, para cumprir o determinado na Emenda Constitucional n. 80, foi elaborado, em 2015, o Plano de Interiorização da DPU, que previa a instalação de 205 novas unidades, o que seria suficiente para dar conta de todas as seções e subseções judiciárias federais faltantes. Com as instalações ocorridas em 2015, restam ainda 196 unidades a serem instaladas. Hoje, nas respectivas cidades, a população mais pobre se encontra gravemente podada em seu acesso à Justiça – como antes consignado, são 33 milhões de pessoas desassistidas, afora seus dependentes.

46. Para que orçamento da DPU contemple, já em 2019, os valores necessários ao cumprimento do cronograma estabelecido no artigo 98, § 1º, do ADCT, é necessário que tais valores constem de projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Executivo Federal até 31 de agosto de 2018. Para que isso ocorra, necessário se torna que Vossa Excelência defira liminar ainda no começo de agosto, para que a proposta orçamentária da DPU seja elaborada considerando,

já, o provimento de Vossa Excelência.

47. Por seu turno, a exigência de reembolso da remuneração dos servidores requisitados, como antes consignado, tornará inviável a continuidade da prestação do serviço em cerca de 33% dos núcleos da DPU, que terão de interromper suas atividades. A EC n. 95, quando conjugada à Lei nº 13.328/2016, produz não apenas o congelamento do crescimento da instituição, mas também a sua redução em proporções drásticas. **O tema é hoje objeto de controvérsia com o Executivo Federal**, a qual deve ser convenientemente equacionada - e é o que aqui se requer -, ainda antes da propositura do projeto de lei orçamentária, em agosto de 2018.

48. Por todas essas razões, requer-se, liminarmente, que o Supremo Tribunal Federal:

(1) realize interpretação conforme do artigo 107, V e § 1º, do ADCT para estabelecer a interpretação segundo a qual os recursos necessários à execução do cronograma estabelecido no artigo 98, § 1º, do ADCT não se inserem na base de cálculo do limite que aqueles preceitos estabelecem;

(3) alternativamente, suspenda a execução do inciso V do artigo 107 do ADCT, e, por arrastamento, das referências ao preceito constantes do § 7º do artigo 107 e do *caput* artigo 109, também do ADCT;

(3) cumulativamente, realize interpretação conforme a Constituição dos artigos 106, 107 e 108 da Lei nº 13.328/2016, para excluir a Defensoria Pública da União de seu âmbito de incidência;

IV. PEDIDOS PRINCIPAIS


34. Diante do exposto, requer-se a confirmação do deferimento do pedido cautelar e, quanto ao mérito, que:

- (a) seja recebida e julgada procedente a presente ADI;
- (b) sejam notificados a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, por intermédio de seus Presidentes, para que, como responsáveis pela elaboração das normas impugnadas, manifestem-se;
- (c) seja notificado o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação;
- (d) seja notificado o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, para que emita o seu parecer;
- (e) seja julgada procedente a presente ADI, para que o Supremo Tribunal Federal:
 - (e.1) realize interpretação conforme do artigo 107, V e § 1º, do ADCT para excluir de seu âmbito de incidência (*i. e.*, da base de cálculo do limite individualizado para as despesas primárias da DPU) os recursos necessários à execução do cronograma estabelecido no artigo 98, § 1º, do ADCT;
 - (e.2) alternativamente, declare a inconstitucionalidade do inciso V do artigo 107 do ADCT, e, por arrastamento, das referências ao preceito constantes do § 7º do artigo 107 e do *caput* artigo 109, também do ADCT;
 - (e. 3) cumulativamente, realize interpretação conforme a Constituição dos artigos 106, 107 e 108 da Lei nº 13.328/2016,


para excluir a Defensoria Pública da União de seu âmbito de incidência;

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, DF, 07 de agosto de 2018.


Cláudio Pereira de Souza Neto
OAB/RJ nº 96.073


Beatriz Veríssimo de Sena
OAB/DF nº 15.777


Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti
OAB/DF n.º 41.987