

Legal Opinion

ADI 3.943:

A PERTINÊNCIA DOS EMBARGOS PARA DECLARAÇÃO
SOBRE A NECESSIDADE (OU NÃO) DA COMPROVAÇÃO DE
HIPOSSUFICIÊNCIA E A EXPLICITAÇÃO ACERCA DO
CONCEITO DE CARÊNCIA DE RECURSOS

1. Trata-se de *legal opinion* que se apresenta ao Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca dos Embargos de Declaração opostos pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ao acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943, em que foi questionada a validade constitucional do artigo 5º, II, da Lei n.º 7.347/85, alterado pela Lei n.º 11.448/2007, que acrescentou a Defensoria Pública ao rol de legitimados para propositura de ação civil pública. A ação foi julgada improcedente.

2. Os embargos opostos pela CONAMP perguntam, em síntese, a respeito da teoria prevalecente no acórdão: se a Defensoria Pública pode ajuizar ação civil pública somente nos casos em que houver interesses comprovados de necessitados, ou se pode, também, atuar independentemente da comprovação de hipossuficiência. A questão surge a partir de **contradição/omissão identificada na decisão, notadamente, entre os itens 38 e 42.**

3. Os referidos embargos não têm, propriamente, a pretensão de modificar o teor da decisão, mas, isso sim, de explicitar o seu conteúdo. É esse o contexto em que se apresenta esta *legal opinion*, que objetiva explicitar que o que se quer é:

- ✓ **discutir a extensão dos efeitos do julgado;**
- ✓ **suscitar questões a respeito de seus eventuais efeitos colaterais; e**
- ✓ **fornecer subsídios para que o referido provimento jurisdicional seja integrado de maneira coerente à tradição constitucional a respeito da matéria.¹**

¹ Não esqueçamos que o próprio NCPC trouxe, no art. 926, a exigência de que juízes e tribunais observem a *coerência* e a *integridade* na construção de suas decisões. Não se trata de um exotismo, mas de uma garantia de enraizamento democrático de cada provimento jurisdicional, que somente se legitima partir da exigência de tratamento igualitário do Poder Público para com as pessoas sob o seu domínio (*equal concern and respect*).

I. O QUE É ISTO: A HIPOSSUFICIÊNCIA? E QUEM SÃO ELES, OS NECESSITADOS?

QUAL É O CONCEITO DE “CARENTES”?

O STF serve, em demandas desse tipo, como farol iluminador da aplicação equânime (*fairness*) do Direito no território nacional – mormente num país de dimensões continentais como o Brasil. E a primeira questão a ser resolvida diz respeito ao elemento nuclear a legitimar a atuação da Defensoria Pública, a saber: a defesa dos “necessitados”. Quem são eles – os necessitados?

Como sabe essa E. Corte, há setores da doutrina que vêm defendendo certa elasticidade do **conceito de necessitado**. Os carentes poderiam ser classificados como econômicos, jurídicos ou mesmo organizacionais. Neste último caso, inclusive, enquadrar-se-iam os titulares de direitos/interesses metaindividuais. Conceito deveras dúctil. Frágil. E duvidoso.

E por que o conceito de carentes assim apresentado (carente jurídico e organizacional) é frágil, dúctil e duvidoso? Simples. Porque o texto da Constituição é expresso ao identificar os **necessitados** com as **pessoas carentes de recursos (art. 5º, LXXIV)**. Isso equivale a dizer: para efeitos de legitimação da atuação da Defensoria Pública, **carente é carente econômico**. Esta compreensão parece ter sido adotada na teoria que orienta o voto condutor.² Mas é importante que isso seja dito com todas as letras, para que não paire qualquer dúvida sobre o ponto. Por isso os embargos. Por isso esta *legal opinion*.

² Isso aparece de modo particularmente claro no **item 42 do julgado**, em que se condiciona a liquidação/execução da sentença proferida numa demanda coletiva, de forma individualizada, quando houver, aí sim, a **comprovação da insuficiência de recursos**.

II. DELEGADOS DE POLÍCIA, PROPRIETÁRIOS DE TERCEIRO PONTO DA SKY E NET, TITULARES DE CONTA DO ITAÚ PERSONALITTE – QUAL É O LIMITE DO CONCEITO DE HIPOSSUFICIENTE?

Alguns casos e exemplos ilustram esta preocupação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul adotou recentemente, de forma explícita, a tese de que a Defensoria Pública detém legitimidade para patrocinar a defesa de um hipossuficiente organizacional – no caso, um Delegado de Polícia, alvo de uma ação de combate à improbidade administrativa (TJRS - Processo nº 70065077406). Eis a pergunta: trata-se de uma decisão correta ou de um desvio aplicativo?

Passemos da *defesa* (individual, como no caso citado) para o *ataque* (propositura de demandas). O argumento justificador (defesa de pessoas que não podem ser consideradas *caerentes* desde o ponto de vista econômico) é o mesmo. A Defensoria Pública poderia ajuizar uma demanda que favorecesse dezenas de Delegados de Polícia? Poderia assistir (ou, no limite, *substituir*) uma Associação dos Delegados de Polícia³? Ou isto configuraria uma interpretação não autorizada pela decisão que resolveu a ADI 3.943/DF? Eis o porquê dos embargos.

E o caso de Cuiabá/MT, em que a Defensoria Pública ingressou com ação coletiva (Sky Brasil Serviços Ltda. - Processo nº 20271-27.2012 - Código 299671 e Embratel TvSat Telecomunicações Ltda. (Claro TV) - Processo nº. 20593-47.2012 - Código 299956)⁴ para desonerar usuários dos serviços de TV por assinatura do

³ Aliás, caberia aqui outra discussão: a Defensoria Pública tem legitimidade extraordinária subordinada ou autônoma? Quer dizer, a instituição *assiste* ou *substitui* o necessitado?

⁴ <http://tj-mt.jusbrasil.com.br/noticias/100170129/tv-por-assinatura-nao-pode-cobrar-por-ponto-extra>

pagamento pelo terceiro *ponto*? Outro erro? De que modo este exemplo se distancia do caso dos *titulares de contas no Itaú Personalité*, como exemplarmente referido no voto do Ministro Roberto Barroso? Perceba-se: **a diferença aqui é de valores, é de grau – e não de essência.**

Em palavras mais simples: é claro que o Ministro Roberto Barroso tem toda a razão. Esta é a distinção a ser traçada. Mas **é preciso que se explicito o sentido do limite e o limite do sentido.** O julgado ora embargado faz referência a uma definição de *necessitado* que leve em conta *princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais.* Que *princípios hermenêuticos* são esses? Quais as razões de princípio que os instituem? A que conclusão eles conduzem?

III. *CLEAR AND PRESENT DANGER*: UMA QUESTÃO DE MORALIDADE POLÍTICA E SUBSTANTIVA

Donde a pertinência de serem enfrentados, com o devido cuidado, os embargos de declaração opostos pela CONAMP, e que são objeto desta *legal opinion*. Se me permitem a licença, estamos diante de um *clear and present danger* de que **a decisão do Supremo Tribunal se preste como estímulo para a multiplicação de casos como os acima descritos**. A não ser que se colha o ensejo para a devida explicitação daquilo que está dito pela Constituição, cujos limites semânticos devem ser preservados (e isso é apenas uma questão de Democracia). **Necessidade é, para a finalidade em discussão, necessidade econômica**. É para onde apontam, textualmente, os arts. 5º, LXXIV e 134, ambos da Constituição do Brasil. Eis o texto da Constituição. Como dizia Gadamer, parafraseando Schopenhauer: o texto é como a palavra do Rei – sempre vem primeiro. Pois **estes embargos desejam que esta Suprema Corte explicita essa palavra do Rei – no caso, a Constituição**.

E, atenção: a discussão aqui estabelecida, como qualquer boa controvérsia jurídica, *envolve questões de moralidade política e substantiva, e não meramente semânticas*. Temos de ter cuidado com aquilo que Ronald Dworkin denomina de *agulhão semântico*. Quando se lida com o Direito, lida-se com *conceitos interpretativos* (cuja definição envolve *valor e responsabilidade*) e não meramente *criteriais*. Não se quer definir *com quantos reais se faz um necessitado*; mas, isto sim, *reconstruir o sentido de necessitado de um modo coerente com as demais disposições constitucionais* (que criam a Defensoria

Pública, dotam-lhe de determinados poderes e missão etc.), *observados os limites semânticos do texto*.⁵

Em definitivo: a discussão não é sobre o conceito de *necessitado*, dado, atribuído, de forma convencional⁶. A questão é de conteúdo (o argumento jurídico é, sempre, um argumento substantivo, radicado na moralidade política da comunidade de princípios). **O que se quer dizer é que o conceito de “carente” ou de “necessitado” não depende de um mero acordo, de uma mera convencionalidade.** Ele tem substância. Ele tem conteúdo. E esse conteúdo vem da moralidade política da comunidade de princípios.

Ora, a **vocação constitucional da Defensoria Pública** – é isso, em última análise, o que se discute – é a ampliação do acesso à justiça, que vinha sendo negligenciado, de um ou outro modo, num país como o Brasil, aos pobres. É por isso que o art. 5º, LXXIV fala em **insuficiência de recursos** e não insuficiência de outra coisa (organização, por exemplo). É isto. Parece claro que o poder constituinte *não quis forjar um concorrente da advocacia privada e nem criar um outro Ministério Público*. O que se fez foi **preencher um gap social e jurídico** – o que era, aliás, absolutamente necessário.⁷

Não por acaso, a própria Lei Orgânica da Defensoria Pública, a Lei Complementar nº 80/94, assim dispõe em seu art. 1º, na redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009:

⁵ Sobre limites semânticos, ver Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, em especial o 6º. Capítulo.

⁶ Como diz Shakespeare, no ato II de Romeu e Julieta, *a rosa perderia o seu perfume se a chamássemos por outro nome?*

⁷ Sei do que falo. Não por acaso, defendi sempre a inconstitucionalidade por omissão dos Estados em aparelhar suas respectivas Defensorias Públicas.

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, **aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.**

Ora bem: “aos necessitados”, ali, refere-se a todo o conteúdo do artigo, ou seja, todas as atribuições institucionais da Defensoria Pública dirigem-se a eles. E os **necessitados são, como não poderia deixar de ser, os do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição: aqueles que têm insuficiência de recursos.**

Entenda-se bem: é claro que a discussão nuclear – tanto dos Embargos de Declaração como desta *legal opinion* – é de interpretação constitucional; mas a LC 80/94 é relevante porque define o papel institucional das Defensorias no Estado brasileiro, conferindo densidade infraconstitucional ao desenho geral reservado a ela pela Constituição da República, o que se mostra fundamental para a **construção do limite do sentido das suas atribuições no manejo de ações civis públicas.**

Quer dizer, há o texto da Constituição e o texto da lei: esta **soma semântica deve ser levada a sério.**

Por isso é que **carência é carência de recursos.** Ou é isso, ou não há limites claros para a atuação da Defensoria Pública. Quem não é, sob certo aspecto, um hipossuficiente organizacional ou jurídico?

Por isso, de novo se diz: eis a razão pela qual a Suprema Corte tem de esclarecer, iluminar essa importante questão.

IV. A SUPERPOSIÇÃO ENTRE AS INSTITUIÇÕES, OU: O QUANTO VOCÊ QUER OU PODE PAGAR?

Faço, aqui, uma metáfora para melhor compreendermos a *quaestio juris* objeto dos embargos e da *legal opinion*. Ronald Dworkin fala, em seu livro *Virtude Soberana*, a respeito da justiça de um sistema público de saúde. Em última análise, a pergunta é: o quanto você quer (ou pode) pagar? O quanto é justo direcionar dos recursos públicos (a todos pertencente, portanto) em prol da saúde de alguém?

O direito à vida é inegociável? É claro que sim. A dignidade humana é o fundamento moral do Direito? Estamos de acordo. Mas o Estado Social tem limites, pois não? Qual o custo dos direitos? Em palavras mais simples: *é justo (ou simplesmente correto) que 50% do orçamento de um pequeno Município seja destacado para custear um tratamento heroico ou experimental da saúde de apenas um de seus membros?*

Questões como esta já vêm resolvidas, de algum modo, pela Constituição. Por isso, decidir não é *escolher*, mas sim *interpretar o Direito*, este empreendimento coletivo, altamente complexo, ao qual cabe garantir a legitimidade do uso da coerção. E interpretar é uma questão, insisto, parafraseando Dworkin, de *valor* e de *responsabilidade*.⁸ Devemos identificar o *valor* e assumir a *responsabilidade* por levá-lo a sério, por promovê-lo. No âmbito do Direito, isso deve ser feito com as amarras da *coerência* e da *integridade*, com as quais se preserva o tratamento isonômico.

Faço essa pequena digressão para tentar recolocar a pergunta pela legitimidade da Defensoria Pública na propositura de ações coletivas. Não cabe ao

⁸ A propósito da obra de Dworkin e de seu aproveitamento no contexto do Direito brasileiro, consultar: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Tribunal, com o devido respeito, *escolher quem defende quem ou quê*. Fosse esta a tarefa, talvez estivéssemos mesmo diante de uma das tais *escolhas trágicas*. Mas não é o caso. O que se deve fazer é perguntar pelo *valor* da instituição Defensoria Pública, e assumir a *responsabilidade* de responder esta pergunta de modo ajustado com a integridade do Direito, *no qual o texto constitucional tem um papel de importância inexcedível*. Dito de outro modo: **cabe ao Tribunal a construção de um sentido para o limite das atribuições da Defensoria Pública, um limite que seja harmônico com a estrutura constitucional de defesa dos direitos.**

Pensemos, pois: é claro que o acesso à justiça é indispensável e que qualquer interpretação que negue a esse direito uma expressão suficiente *é/será* inconstitucional. Mas nem por isso se pode dizer, sem mais, que *qualquer interpretação que favoreça o acesso à justiça seja a melhor*, se é que me faço entender.

V. SERIA CONSTITUCIONAL UMA LEI QUE ESTENDESSE A GRATUIDADE DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA A TODAS AS PESSOAS?

Não fosse assim, por que parariamos por aqui? Por que não estenderíamos a gratuidade a todos? Para argumentar: *seria constitucional uma regra estendendo a gratuidade de acesso a justiça a todos, independentemente de sua condição econômico-financeira?* Essa é a questão.

O fato é que o Brasil não se pode dar ao *luxo* de manter instituições superpostas, se me permitem uma espécie de *concessão* a um argumento consequencialista. Pode parecer – e certamente é – antipático ser o Ministério Público, e ainda mais por intermédio de uma associação classista, a dizer isto, mas esse é busílis da questão: o quanto estamos dispostos, enquanto comunidade política, a pagar por assistência jurídica? Quantos servidores públicos devem ser remunerados para a perseguição deste mesmo fim? Há recursos disponíveis?

Ora, **não se trata de uma disputa de espaço entre Ministério Público e Defensoria Pública.** E nem de defender uma pretensa *norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública.* Não é isso. Aliás, isso o acórdão deixou claro. Mas não há nenhuma boa razão (política ou de princípio) para que se estimule a *superposição* entre as atribuições de um e de outro. **É preciso delimitar quem faz o quê. Segundo a sua vocação constitucional.**

Neste fio, é o próprio Ministro Celso de Mello quem deixa claro na ADI em tela: **a Defensoria Pública, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e**

necessitadas. Esse é o seu *valor*. Levada a sério esta compreensão, pouco mais precisaria ser dito.

Numa palavra: ou se estabelecem os limites da atuação questionada, ou se considera inconstitucional o dispositivo que trata da carência de *recursos* (diz-se isso para efeito de argumento, claro: trata-se de norma originária e de cláusula pétrea). E veja-se: o desiderato constitucional é o de que uma Instituição do Estado defenda aqueles que não podem pagar advogado. Simples assim. O resto é desvio hermenêutico. Por tudo isso, não parece correto – e nem prudente – autorizar as Defensorias a ajuizarem, sem uma limitação temática clara, ações coletivas; não ao menos sem a definição, por parte desta Suprema Corte, dos limites do sentido e do sentido dos limites do público alvo da assistência.

Enfim, **as necessidades são ilimitadas e, os recursos, limitados.** No Estado Social, é assim: os direitos têm custo. O quanto se pode pagar?



VI. A EXCLUSÃO TAXATIVA DA TUTELA DOS INTERESSES E DIREITOS DIFUSOS POR PARTE DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Emenda Constitucional n.º 80 agregou, ao art. 134 do texto principal, a defesa, por parte da Defensoria Pública, dos direitos *individuais* e *coletivos* dos *necessitados*. Individuais e coletivos, mas não os *difusos*.⁹ Novamente o texto fala por si. Bem assim, a linha condutora do acórdão embargado exclui, sob certos aspectos, a tutela dos interesses difusos por parte da Defensoria.¹⁰

De todo modo, é importante que esse Supremo Tribunal enfrente o ponto com todas as letras. Deixe essa questão bem clara. E, diga-se, não se trata de perguntar *a quem interessaria restringir ou limitar a tutela dos hipossuficientes*, como o fez a Ministra Carmen Lúcia; mas, sim, *concessa venia*, de evitar situações teratológicas, decorrentes de uma eventual licença ou carta branca dada pelo Tribunal à Defensoria Pública.

Explico: tem a Defensoria Pública legitimidade para ajuizar ações de combate à improbidade administrativa? Para a tutela do patrimônio público? Para a defesa do meio ambiente? Da segurança pública? É claro que, de um ou de outro modo, ações deste tipo tem o potencial de alcançar a esfera jurídica dos necessitados.

Mas isso não é, com o devido respeito, fundamento bastante.

Mais uma vez, lembro que casos como os referidos não são fruto da imaginação, mas sim fatos concretos, casos reais.

⁹ E nem se diga que o gênero *coletivos* abrangeria os direitos/interesses *difusos*. O próprio constituinte fez esta distinção (entre *coletivos em sentido restrito* e *difusos*) tratou, por exemplo, das funções institucionais do Ministério Público (art. 129).

¹⁰ Por exemplo, a partir do momento em que se traça a distinção da legitimidade a partir da potencial individualização da liquidação/execução em favor do necessitado (carente de recursos), no já citado item 42 do voto da Eminente Ministra Relatora.



Que se deixe claro, então, como pretende a CONAMP, que a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizamento de ações coletivas não abrange a tutela de interesses difusos.

CONCLUSÃO

A PERTINÊNCIA TEMÁTICA E A QUESTÃO DA NECESSIDADE (OU NÃO) DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE HIPOSSUFICIENTES ENVOLVIDOS E INTERESSADOS

A CONAMP pretende, como resultado do julgamento dos embargos de declaração, que fique **declarada a admissão da legitimidade da Defensoria Pública somente para propositura de ação civil pública nos casos em que existam, comprovadamente, hipossuficientes envolvidos e interessados.**

De fato,

- se por um lado o acórdão aponta a necessidade de sempre se averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a Defensoria Pública protege com os possíveis beneficiários das ações ajuizadas,

- de outro, dispensou a instituição da comprovação prévia da pobreza do público alvo (item 38 do voto da Ministra Carmen Lúcia).

A questão que se coloca, pois, é: como delimitar, em abstrato, a *pertinência temática* de uma demanda coletiva ajuizada pela Defensoria?

Propõe-se, dados os termos do acórdão, a seguinte **solução**:

a Defensoria passa a ter o ônus de demonstrar (quem sabe como preliminar de suas petições iniciais) que a demanda ajuizada atingirá primariamente (e não de modo secundário, colateral ou acidental) uma coletividade composta por carentes de recursos. Ou, em sentido reverso: que



o fato de o resultado da demanda proposta vir a atingir pessoas que não são carentes de recursos (e que poderiam, portanto, autonomamente, independentemente da Defensoria Pública, por moto próprio, ajuizar a sua demanda individual, querendo) é, apenas, um efeito colateral, secundário ou meramente accidental.

Isso é o mínimo – para o caso, insiste-se, de se afastar o pedido da CONAMP de que fique esclarecido que a demanda proposta pela Defensoria Pública venha já de início com a comprovação da existência de hipossuficientes envolvidos e interessados.

É nesse sentido que a presente *legal opinion* aponta para o **acerto da propositura dos embargos de declaração ao acórdão da ADI 3.943.**

Porto Alegre, 15 de outubro de 2015.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Lenio Streck", is written over the printed name and title.

LENIO LUIZ STRECK
Pós-Doutorado em Direito Constitucional
Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional
Advogado – OAB/RS 14.439