

Só hipossuficientes podem ser assistidos pela Defensoria Pública

19/02/2015



Lenio Streck
Jurista e Professor

Esta é a pergunta que está colocada na mente das centenas de

milhares de advogados e do restante da população. Simples assim. A polêmica já se instalara por ocasião da Ação Penal 470. Volta agora na operação "lava jato", em que um diretor de empresa, casualmente também advogado, vem sendo defendido por membro da Defensoria Pública.

Aqui na **ConJur** ([ler aqui](#)) o pau comeu de ambos os lados na matéria que tratou disso. Foram quase 50 comentários. A maioria criticando o fato da Defensoria — que deve defender necessitados —, estar dispendendo recursos públicos caros (salário, material de infra-estrutura, telefonemas e quiçá diárias etc) para defender alguém que, ao que consta (e o ônus de demonstrar isso não é meu!), não provou ser hipossuficiente. Como ironizou o leitor-comentarista de codinome Preocupante (Delegado de Polícia Estadual),

“esse cara deve ser um pobrezinho (...); qualquer cidadão ou cidadã entenda que, em tese, uma pessoa que trabalha na gestão de uma empresa do porte da que ele trabalhou perceba mensalmente uma renda razoável. Ademais sendo essa empresa apontada como uma verdadeira lavanderia de milhões de dólares”.

Como se vê, o que os leitores críticos questionam — e, ao meu ver, corretamente — é o fato de que alguém possa ser defendido por defensor público pago pelo povo sem comprovar efetiva hipossuficiência. Em favor da Defensoria alega-se que a) a sua Lei orgânica combinada com o CPP lhe dá essa prerrogativa. Dizem que, na medida em que ninguém pode ser julgado sem

advogado, a consequência lógica é que deve ser defendido por um Defensor Público (como verão no final da Coluna, esqueceram de ler o artigo 263 e seu parágrafo único, do CPP); b) logo, onde está escrito “necessitados” (ou hipossuficientes), deve-se ler hipossuficientes jurídicos (sic).

Sei ler e por isso não quero discutir o óbvio: *ninguém pode ser julgado sem defensor*. Mas daí vem a pergunta: disso se deflui que, mesmo com recursos, deverá ser defendido por um Defensor pago pela malta? É isso que as dezenas de leitores questionam. E, por certo, seria a pergunta que a população faria.

Quando nos defrontamos com um problema de interpretação da Constituição e das leis, não podemos chegar a um impasse ou uma aporia (dilema sem saída). Explico. Se a DP tem razão em sua tese de que ela pode defender o réu na “lava jato” porque a sua Lei orgânica e o CPP assim determinam e se dermos razão a ela, *chegaremos a seguinte conclusão lógica*:

a) basta que alguém diga que não tem advogado ou que não quer constituir (nem falo se tem ou não recursos) que isso já é motivo para a atuação da DP;

b) consequentemente, qualquer pessoa pode ser defendida pela DP, inclusive o Eike Baptista, eu mesmo ou o estimado Marcos Alves Pintar (ou o José Dirceu ou o Marcos Valério);

c) o critério constitucional da hipossuficiência, segundo a tese da DP, cai por terra diante do simples desejo de qualquer pessoa de não gastar com advogado, porque a Viúva terá de lhe dar um – porque, afinal, ninguém pode ser julgado sem defensor. Bingo. Não há outra hipótese.

Repetindo: se a tese da DP é correta, as consequências são exatamente as que acima coloquei. Só que isso, convenhamos, não tem sentido. Tem-se, assim, de um lado, *o direito de não ser julgado sem advogado* e, de outro, *a aporia exurgente do fato de que, levada ao pé da letra a tese, não há qualquer limitação para a atuação da DP*, bastando a simples menção de não querer constituir causídico.

Há juízes em Berlin? Sim. E eu digo: ainda há advocacia privada em Pindorama

Qual é a solução acerca do que foi dito acima? Simples. Não tratar a coisa de forma corporativa e, sim, republicana. Pindorama ainda não é socialista. Ainda existem advogados privados em Pindorama. Poderá até chegar o dia em que todos terão defesa pública e gratuita, ricos e pobres (considerando-se que ainda existirão pobres...). Mas, atenção: enquanto esse dia não chega, quem sabe prestigiemos a livre iniciativa e o advogado que paga a sua OAB e se esfalfela atrás de clientes? Alguém dirá: Lenio Streck é reacionário (e outros adjetivos) e escreve isso porque é contra a Defensoria (como se fazer críticas fosse uma coisa tão maniqueísta, mormente quando o mesmo L. Streck sempre defendeu a implementação da Defensoria, inclusive propondo inconstitucionalidade por omissão). Mas, vamos pular essa parte.

A questão é, de novo, simples: *primeiro*, a CF não foi revogada e nem reescrita no ponto de que somente tem direito à assistência (vejam, assistência jurídica) da DP *o hipossuficiente*. Claro como água-que-não-a-do-Tietê. *Segundo*, continua valendo a premissa humanitário-garantista de que *ninguém pode ser julgado sem defensor*, só que isso não é que nem (n)o SUS, isto é, não é um direito de cunho prestacional. *Terceiro*, quando ocorrer de um magano e/ou alguém NHPS

(não hipossuficiente) *não constituir advogado*, o juiz lhe nomeará um advogado dativo (da advocacia privada que ainda existe em Pindorama), cuja figura jurídica (dativa) *não foi revogada*, porque se trata de coisas diferentes (há o defensor pago, o dativo e o público). Esse advogado dativo será remunerado por arbitramento de honorários (artigo 263, parágrafo único do CPP) que o juiz fará (comecei defendendo acusados assim; como dativo e recebendo dos não-pobres-que-não-contratavam-advogado, um farelinho para colocar gasolina no meu Maverick). O que não pode ocorrer é que, sob pretexto de cumprir a Constituição, descumpra-la. A CF (ainda) é claríssima: *só tem direito a assistência judiciária gratuita o hipossuficiente*. Enquanto não se reescrever a Carta Magna e enquanto água é água e pau é pau e não poderemos dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, temos o ônus dos limites semânticos da CF.

Não, não nos preocupemos. Não vamos descumprir acordos internacionais (Pacto de San José, etc) e nem a CF. O acusado não ficará sem advogado. Mas ele não receberá a assistência de um eficiente DP, *por uma simples razão: quem pode pagar, tem de pagar*. E o CPP foi sábio já em 1941, criando a figura do dativo. Nomeado, receberá por isso (e não da Viúva, e, sim, do acusado NHPS).

E não se venha com a *neo-tese* de que o DP deve ser nomeado e, comprovado que o acusado tem recursos, deve receber os honorários que reverterão para a Defensoria, que, convenhamos, não é um escritório de advocacia. Sem sentido a tese levantada por um leitor de que a DP está agindo no estrito cumprimento do dever legal e que a condição ou não de hipossuficiente será analisada pelo magistrado quando da prolação da sentença, onde verificada a situação econômica em sua vida pregressa, este poderá arcar com as custas processuais. Desde o início isso deve ser verificado, exatamente para evitar que recursos públicos, via defensoria, sejam gastos onde não devem, uma vez que, antes de tudo, deve ser nomeado um dativo-da-advocacia-privada. Também não tem nada a ver a velha Súmula 523 do STF. E por que o juiz não deve nomear um defensor público ao réu NHPS? Por uma questão lógico-sintático-semântica: se o réu tem recursos, não é hipossuficiente; logo, não poderia ter sido defendido por defensor público. Além disso, não consta que a DP possa invadir esfera de atuação da advocacia privada, sendo que a dativa, como se sabe, está nessa esfera.

Finalmente, uma lembrança: *devemos ler a Lei Orgânica da DP e o CPP de acordo com a Constituição e não a Constituição de acordo com as leis*. E um leitor também invocou uma decisão do STF para justificar a atuação da DP no caso. Eis a decisão:

"A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais *em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal* (ADI 558 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/1991)."

Bingo. Vi ali a palavra *necessitados* e, na sequência, "serviços que se estendam ao patrocínio de outras iniciativas em que se vislumbre *interesse que justifique esse subsidio estatal*".

Binguíssimo. A decisão do STF é de acordo com a minha tese. Como o réu do processo em tela não é necessitado, resta analisar a segunda parte do julgado: "interesse social a justificar

subsídio da malta”. Hum, hum. É preciso dizer mais alguma coisa?

O juiz federal Ricardo de Sales, embora em sede de ação civil pública, exarou decisão exemplar ([ler aqui](#)) dizendo aquilo que aqui defendo: DP defende hipossuficientes. Cita decisão do desembargador Néviton Guedes, colunista da **ConJur**, em que este deixa claro que a DP trata dos “comprovadamente necessitados” (vejam: *comprovadamente!*). Ainda no Superior Tribunal de Justiça, o ministro Teori Zavascki já deixava isso claro (RESP 912.849). Veja-se: não se trata só de que os utentes devem ser necessitados, como também *devem comprovar* esse fato! Há um voto do ministro Sepúlveda Pertence que diz o seguinte: à DP incumbe a defesa dos necessitados, ou seja, *dos que comprovarem insuficiência de recursos* (ADI MC 558). E sabem de onde ele tirou essa parte final? Nada mais, nada menos que da Constituição, que, no artigo 5º, inciso LXXIV, explicita: – *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*.

Numa palavra final, relembro o bem válido artigo 263 do CPP — que foi ignorado pelo juiz Sérgio Moro e pela DP — que eu usava para receber honorários de réus NHS (isso bem antes da CF/88):

Se o acusado não o tiver [advogado], ser-lhe-á *nomeado defensor pelo juiz*, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. *O acusado, QUE NÃO FOR POBRE, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.*

Bingo outra vez. Vejam que o legislador de 1941 já tinha essa visão de que o Estado não tem de financiar os NHPS’s! O réu NHPS *será obrigado* a pagar os honorários! A palavra “obrigado” me parece insuscetível de redefinições, certo? Simples assim. E não se diga que esse dispositivo é inconstitucional. Seria risível inquinar esse dispositivo de inconstitucional, pela simples razão de que, em plena Constituição social e compromissória, obrigar um acusado NHPS a pagar honorários e despesas processuais é nada mais, nada menos, *do que (a)firmar a força normativa de um texto constitucional que justamente prevê que o Brasil é uma República que visa a reduzir a pobreza e fazer justiça social!*

Vamos resumir tudo isso em sete teses:

1. A CF garante, por princípio, a defesa de todo e qualquer acusado; e por princípio (e preceito) estabelece que a assistência jurídica bancada pelo Estado se destina a HPS’s. Não há qualquer colisão de princípios na hora em que um NHPS não quiser contratar advogado. E por quê? Porque há uma regra que resolve esse problema, que está no CPP (artigo 263, parágrafo único);

2. A primeira coisa que o DP eventualmente nomeado pelo juiz em caso de acusado NHPS deverá fazer é indicar ao magistrado o dispositivo do CPP, requerendo o seu cumprimento.

Claro que a “literalidade” do artigo 263 — escrito ainda sob a égide do Estado Novo — pode levar ao mal entendido de que ao juiz caberá “escolher” o advogado dado ao réu. Mas, neste caso, uma simples interpretação conforme à Constituição resolve: o juiz, então, deverá officiar à



OAB para que indique um causídico que, depois de assumir a causa, requererá o arbitramento de honorários (que não estarão limitados pela tabela dos convênios ou mesmo da OAB, devendo o arbitramento obedecer os critérios da complexidade da causa e da capacidade financeira do acusado).

3. Se o acusado NHPS não estiver satisfeito com seu advogado, poderá contratar outro de imediato;

4. Quando falo de advogado privado que será nomeado ao NHPS não estou falando do dativo-pertencente-a-convênios pagos pelo Estado, porque seria um *bis in idem*. Esses convênios não mais existem em alguns Estados e desaparecerão nos demais, assim que a DP assumir a assistência a todos os hipossuficientes;

5. No limite, existirá uma exceção, é claro: nos casos de réu NHPS revel, não se pode obrigar a um advogado privado trabalhar gratuitamente. Neste caso não haverá outra solução a não ser a nomeação de um defensor público (ou um dativo remunerado por convênio). Veja-se: quando falo da nomeação de um advogado que-não-seja-defensor-público, estou me referindo às hipóteses de sua nomeação à NHPS's (veja-se que o artigo 263 fala em "réu que não for pobre") pela simples razão de que, criada a Defensoria, não caberá mais a nomeação de dativo (remunerados pelo Estado) para a defesa de NHPS's. Por isso a importância do artigo 263, e seu parágrafo único, que ficam recepcionados pela CF/1988 nos casos residuais, de réus NHPS que não constituíram advogado. Portanto, com a criação da DP, tal dispositivo passa a ganhar mais força, exatamente pela divisão que se estabelece: *para necessitados (HPS), DP; para não-necessitados (NHPS's), defensor indicado e com honorários fixados pelo juiz da causa, nos termos do artigo 263 e seu parágrafo.*

6. Imaginemos que existam centenas ou milhares de casos de NHS usufruindo da DP. Quantos efetivamente necessitados estarão sendo deixados de atender? É possível transferir recursos públicos para atender acusados não abrangidos pelo permissivo constitucional?

7. Alguém poderá indagar acerca dos critérios para a indicação de advogado pela OAB (ou pelo juiz). Trata-se de uma questão que deve ser posta. Ela se põe neste momento como extremamente relevante, uma vez muitos desses casos surgirão (cada vez mais) de acusados não enquadrados como HPS's. É melhor que passemos a nos preocupar com isso. Sob pena de aceitarmos, simplesmente, que a Constituição pode ser violada, com deslocamento de caros recursos públicos em favor de pessoas que podem pagar advogados em país que tem mais de meio milhão deles. Assistência judiciária não é SUS. Aquela é restrita aos pobres; esta não impede aos não pobres que tenham acesso. Por que? Porque está na Constituição. E a CF estabelece um modelo de *welfare state* e nele, quem tem recursos paga a sua assistência jurídica. Não aceito que meus impostos sejam desviados para fazer a felicidade de pessoas que podem arcar com suas defesas em juízo. Caso contrário, aceitando-se o precedente do diretor Carlos Alberto (caso da "lava jato"), por que razão alguém vai contratar advogado, se pode dispor de excelente defesa feita por defensor público e *ainda ter a seu favor prazo em dobro*? Não é maravilhoso? Além de não pagar, ainda tem-um-advogado-diferenciado, inclusive no que tange aos prazos.

8. Sim, sei das dificuldades para interpretar o sentido do que seja hipossuficiente. Assim como é difícil dizer o que é insignificante. Ou o que seja *periculum in mora* etc. Vaguezas e ambiguidades fazem parte do direito. Aliás, quando os alunos me perguntam “por que a lei não é clara”, digo-lhe duas coisas: primeiro, porque ela não é escura; segundo, porque toda lei necessita de interpretação e isso nos dará emprego nos próximos 50 anos. Portanto, mãos à obra: podemos até ter dificuldade em determinados casos para dizer o que é um HPS e um NHPS. Mas se for um ex-diretor de empresa, envolvida no maior escândalo da história, podemos cravar um pule de dez!

Gadamer tem uma frase genial: se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo. Portanto, deixemos que a Constituição nos diga algo: artigo 5º, LXXIV — o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita *aos que comprovarem insuficiência de recursos*. Não precisamos chamar o filólogo do conto a *Sereníssima República*, de Machado de Assis, para tentar nos convencer de que “comprovar” não é igual “a ter que provar, demonstrar”; e que “insuficiência” não é igual à “não ter recursos para” ou “ser alguém necessitado economicamente”. Nem o filólogo da Sereníssima nos prova que necessitado não quer dizer “necessitado por falta de recursos”... E sabem por que? Porque na Constituição consta a palavra... *recursos*. Bingo outra vez. Portanto, não se venha com a churumela de “necessitado jurídico”. Esse tem aos montes na Faculdade do Balão Mágico.

And I rest my case! Republicanamente.

Um *post scriptum* anedótico (em homenagem à DP): o meirinho chega e diz para o acusado NHPS: tenho uma boa e uma má notícia para você. A boa é que você não precisará pagar advogado; a má é que você será defendido por um advogado indicado em uma lista, um recém-formado tipo-Faculdade-do-Balão-Mágico. Na hora, o acusado se atira no chão e começa a gritar, quase como naquela propaganda do Rodox (não, Rodox não, Rodox não): não, não, um advogado que leu Direito Penal mastigado, não, eu quero um defensor público!

E eu complemento: eu também. E quem não quer?

Para os mais jovens, vejam a velha propaganda do Fator Rodox:

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-fev-19/senso-incomum-hipossuficientes-podem-assistidos-defensoria-publica/>