

**CARLA REGINA GONÇALVES DE ANDRADE**

3 cm

**DEFENSORIA PÚBLICA: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO ACESSO À  
JUSTIÇA**



**São Paulo (SP)**

**2009**

**Carla Regina Gonçalves de Andrade**

3 cm

**DEFENSORIA PÚBLICA: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO ACESSO À  
JUSTIÇA**

**Monografia apresentada ao Curso de  
Especialização Telepresencial e Virtual em  
Direito Público, como requisito parcial à  
obtenção do grau de especialista em Direito:  
Direito Público com Ênfase em Magistério**

**Superior.**

**Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL  
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG**

**Orientadora: Prof. Simone Born de Oliveira**

**São Paulo – São Paulo**

**2009**

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Público com Ênfase em Magistério Superior, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

São Paulo, 13 de outubro de 2009

**Carla Regina Gonçalves de Andrade**

**Carla Regina Gonçalves de Andrade**  
**DEFENSORIA PÚBLICA: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO ACESSO À**  
**JUSTIÇA**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Público, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Público com Ênfase em Magistério Superior, da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

São Paulo, 13 de outubro de 2009

## **DEDICATÓRIA**

**A Deus**

**À minha família, especialmente à Beatriz**

**Ao Douglas**

**À Conceição**

**Às Anas: Vitória e Paula e à Anna**

## **AGRADECIMENTOS**

**Agradeço à minha orientadora, Professora Simone Born de Oliveira, pela confiança, pela cooperação e, sobretudo, pela generosidade acadêmica.**

**Epígrafe**

**"Todo homem é cidadão, cidadão do infinito, porque existe uma cidadania que transcende os espaços das nações, dos povos e dos estados, é a cidadania da família Deus, que nos faz irmãos, nos faz iguais."**

**Bezerra Diniz**

## RESUMO

A efetividade do Direito Fundamental de Acesso à Justiça, num país como o Brasil, de profundas e conhecidas desigualdades sociais, deve ser compreendida de forma ampla: exercício pleno da cidadania por intermédio da assistência jurídica integral (judiciária e consultiva) e, gratuita. O programa constitucional brasileiro destacou para tal mister, a defesa dos necessitados, a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, caracterizando-se assim, como instrumento apto a assegurar o próprio Estado Democrático de Direito, hábil a prestação estatal cujo objetivo é atenuar as desigualdades, impedir que questões alheias ao Direito, como as de cunho econômico interfiram na realização da Justiça. Pretendemos com este estudo afirmar o caráter de transformação social diretamente relacionado à efetividade do acesso à Justiça, perpetrado pela Defensoria Pública.

**Palavras-chave:** Constituição, Estado Democrático de Direito, Direito Fundamental de Acesso à Justiça, Defensoria Pública, efetividade, transformação social, cidadania.

## ABSTRACT

In a country full of deep and enormous social inequalities such as Brazil, the effectiveness of the fundamental right to justice must be broadly understood as the plain exercise of citizenship through the full and free legal assistance (judicial and consulting). The Brazilian constitution establishes for such purpose, the defense of the needy, the Public Defense, a fundamental institution for the jurisdictional function of the State, which becomes a useful tool indispensable to guarantee the democratic state, whose goal is to attenuate the inequalities and to prevent that other issues, such as the economic ones influence the judicial decision. The objective of this study is to show the aspect of social transformation is straight related to the effective access to justice, performed by the Public Defense.

**Key words: constitution, democratic state, fundamental right to justice, Public Defense, effectiveness, social transformation, citizenship**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	11
<b>CAPÍTULO 1</b>	12
1 Direitos Fundamentais	12
1.1 Origens	13
1.2 Evolução	14
1.3 Características	15
1.4 Princípios e Normas Constitucionais	16
1.5 As Constituições Brasileiras	18
1.6 Direitos Fundamentais e Democracia	19
<b>CAPÍTULO 2</b>	21
2 Direito e Garantia Fundamental de Acesso à Justiça	21
2.1 Natureza Jurídica do Direito Fundamental de Acesso à Justiça	26
2.2 Validade, Efetividade e Eficácia	29
<b>CAPÍTULO 3</b>	34
3 Defensoria Pública: Assento Constitucional	34
3.1 Princípios Institucionais	35
3.1.1 Unidade	36
3.1.2 Independência Funcional	37
3.1.3 Indivisibilidade	40
3.2 Prerrogativa dos Defensores	42
3.3 A Ação Transformadora	44
3.4 Funções da Defensoria Pública	46
3.5 Defensoria e Advocacia	48
3.6 Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Gratuidade de Justiça	50

<b>CONCLUSÃO</b>	55
<b>REFERÊNCIAS</b>	57
<b>ANEXOS</b>	n.p

## INTRODUÇÃO

Estas são as últimas linhas a serem escritas, no entanto, talvez só agora me sinta preparada a começar a escrever este trabalho. Talvez agora tenha reunido melhores condições de percepção acerca da magnitude e beleza que cercam o tema e, em consequência, da responsabilidade que me cabe.

Com a humildade própria dos iniciantes convido o leitor a percorrer o caminho da compreensão do Direito ao Acesso à Justiça, considerado o mais importante de todos os Direitos, vez que viabilizador de todas as demais conquistas do cidadão.

Partimos dos embriões históricos e seguimos rumo às Declarações de Direitos Humanos, afirmadoras do Direito ao Acesso à Justiça. O trabalho ora apresentado parte da premissa do ideal cristão de que todos são iguais e procura investigar se de fato, no atual molde constitucional atingimos esse objetivo.

Com base na Teoria Geral dos Direitos humanos e fundamentais, investigadas as suas características, a pesquisa encontra um elo político que une cidadão e Estado, a cidadania, que a partir da Constituição de 1988, se instrumentalizou por meio da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública é analisada de uma maneira ampla, não cumpre o presente trabalho o papel de esmiuçar tal instituição mas, de afirmá-la enquanto instituição hábil à defesa da cidadania.

Seja com referenciais teóricos ou exposição de atuações bem sucedidas, revelam-se a Defensoria Pública e seus agentes como transformadores da realidade social.

Cumpramos ressaltar que também constitui objetivo deste estudo revelar a Defensoria Pública como Instituição de defesa dos necessitados, inclusive no que tange às dificuldades advindas da ausência de informações acerca dos direitos dos cidadãos, difundir, esclarecer ao seu público soluções aptas a conferir-lhes maior dignidade na resolução de questões jurídicas. Nesse passo, importante observar que, normalmente, os necessitados são vítimas de um sistema sócio-econômico complexo que, marginaliza.

Em suma, o caminho percorrido parte do ideal cristão, atravessa o processo civilizatório, afirma os Direitos Humanos e Fundamentais, encontra um Estado Democrático de Direito, constitucionaliza a Defensoria Pública e instrumentaliza a cidadania.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais constituem parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade, e numa via de mão dupla, a sociedade democrática é condição indispensável para a eficácia de tais direitos<sup>1</sup>.

O histórico dos Direitos Fundamentais consiste em elemento importante a ser analisado, vez que nos revela a construção humana como fundamento.

Trata-se de prática comum, apontar-se a doutrina do cristianismo, especialmente, a filosofia de São Tomás de Aquino, a concepção de que os homens por serem criados à imagem e semelhança de Deus são valorosos e gozam de uma liberdade inerente à sua natureza, esta formulação estruturou a idéia de que devem ser respeitados por todos, autorizando o súdito a praticar atos de desobediência.

As teorias contratualistas para afirmar que os soberanos deveriam exercer a sua autoridade com submissão ao direito natural. Locke, consoante Branco, partindo do pressuposto de que os homens se reúnem em sociedade para preservar a própria vida, a liberdade e a propriedade, torna esse bens jurídicos oponíveis ao próprio soberano.

### 1.1 Origens

A evolução histórica do direito fundamental de acesso à Justiça, vem de longa data, num vôo panorâmico percorrem das Leis de Draco<sup>2</sup>, ao movimento humanista do século XVIII, como reação ao absolutismo e que proporcionou condições para o Estado moderno. As idéias de Locke, Rousseau e Montesquieu ganham força e o movimento libertário torna-se irreversível, com a promulgação da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002. Material da 2ª aula da Disciplina Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Público. – UNISUL – REDE LFG.

<sup>2</sup> Praticamente não assegurava nenhuma oportunidade de defesa aos que considerava criminosos, prevendo a pena de morte para quase todas as faltas “As faltas pequenas, julguei que mereciam este castigo; para as grandes não encontrei castigo maior”.

<sup>3</sup> De 1948, contrária à toda e qualquer forma de discriminação, de perseguição, tortura, regimes de opressão, conflitos internos e externos.

Com base na defesa das quatro liberdades de Roosevelt: liberdade de expressão, de credo, contra o medo e contra necessidades materiais foi consolidada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que dividiu os Direitos Humanos em dois grupos: o primeiro relativo à liberdade, exigindo, portanto, uma atitude negativa do Estado e, o segundo grupo, de conteúdo positivo, consistentes nos Direitos de natureza social, econômica e cultural.

Cynthia Robert assinala que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em si mesma não apresenta força obrigatória e vinculante, atesta o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados, corroborando o que Sundfeld já afirmara.

Trata-se do posicionamento mais adequado à densificação do Estado Democrático de Direito, de acordo com Cynthia Robert, de outro modo menosprezaríamos a luta da civilização em detrimento de legalismos.

Logo, outros documentos se somaram, tais como a Carta Política de Direitos que originou as dez primeiras emendas à Constituição americana de 1787 e, cujo quinto preceito assegurou, constitucionalmente um dos fundamentos pertinentes ao acesso à Justiça e à assistência judiciária, assimilados como garantia de acesso fundamental à Justiça em 1791, posteriormente à Constituição americana.

Conquanto a Revolução Francesa seja outro marco na consagração dos direitos humanos, apenas em 1851 foi publicado na França o primeiro Código de Assistência Judiciária.

No Brasil, as Ordenações do Reino foram nossa principal fonte legislativa, as compilações de leis vigentes em Portugal, publicadas nos séculos XV, XVI e XVII eram inspiradas no Direito Canônico. A série é iniciada pelas Ordenações Afonsinas, seguidas pelas Ordenações Manuelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas, que introduziram profundas transformações na organização da Justiça, disciplinando os processos civil e criminal, consoante escólio de Lobão<sup>4</sup>, já é perceptível alguma preocupação com o acesso e o tratamento dos necessitados.

---

<sup>4</sup> ROCHA, Alexandre Lobão. A Garantia Fundamental de Acesso do Necessitado à Justiça. Artigo retirado do site da Defensoria Pública da União, acesso 10/06/2009.

Contudo, apenas em 1897 é que se deu a implementação da Assistência Judiciária, dentre as inovações o Decreto nº 2.457 de 1897, procurou estabelecer parâmetros para o conceito de “pobre” como destinatário do novo serviço público<sup>5</sup>.

## 1.2 Evolução

Para compreensão de sua evolução nas Constituições brasileiras necessária a enumeração das fases por que passaram os Direitos inerentes à pessoa.

De acordo com os ensinamentos de Fernando Barcellos de Almeida, citado por Cinthia Robert<sup>6</sup>, destacam-se cinco fases evolutivas, a saber:

Primeira fase: um Monarca, com poderes absolutos fazia concessões espontâneas (Código de Hamurabi, na Babilônia e a Lei Claudius Tiberius, em Roma<sup>7</sup>);

Segunda fase: determinadas elites, o clero e a aristocracia conquistaram direitos e liberdades (Magna Carta de 1215, de João Sem Terra)<sup>8</sup>;

Terceira fase: a burguesia conquista Direitos Humanos (Revolução Francesa, 1789)<sup>9</sup>;

Quarta fase: classes sociais que não detinham o poder político e que por empreenderem luta, conquistam direitos sociais, econômicos e culturais;

Quinta fase: conquista de direitos que recebem proteção supranacional (meio ambiente, desenvolvimento, desarmamento).

A precitada autora observa uma similaridade dessas fases com a Era de Direitos descrita por Norberto Bobbio. Assim, transportados para a primeira, segunda, terceira e quarta gerações, afirma que nosso texto constitucional fez a assimilação e organizou os Direitos Fundamentais, Coletivos, Difusos e Transindividuais.

## 1.3 Características

---

<sup>5</sup> Na concepção de Odete Medaur o serviço público é uma dentre as múltiplas atividades desempenhadas pela Administração, que deve utilizar seus poderes, bens e agentes, seus atos e contratos para realizá-lo de modo eficiente.

<sup>6</sup> ROBERT, Cinthia, SÉGUIN, Élide. Direitos Humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<sup>7</sup> 41 a 54 da era cristã.

<sup>8</sup> Reconheceu direitos aos nobres e omitiu-se em relação aos demais.

<sup>9</sup> Regida pelos Princípios de igualdade, liberdade e fraternidade.

Alexandre de Moraes<sup>10</sup> entendendo que Direitos Humanos positivados são Direitos Fundamentais enuncia suas características: imprescritibilidade, não perecem pela falta de seu exercício; inalienabilidade, são indisponíveis ou inegociáveis; irrenunciáveis, bem assim não admitem condição ou termo; são invioláveis, seja por parte do Estado ou do particular, apresentam também a característica da universalidade por sua origem histórica.

Cinthia Robert acrescenta à tais características o atributo da indivisibilidade dos Direitos Humanos, sustenta a impossibilidade de fracionamento, ou são respeitados ou não são.

Cabe ao Poder Público torná-los efetivos quando revestidos da ação positiva Estatal, vez que insuficiente sua enunciação em normas programáticas, ressaltando-se nesse contexto a relevância da Defensoria Pública.

Pela universalidade e, mais, por clamarem pela efetivação os Direitos Humanos afloram a característica da interdependência com o ordenamento jurídico, daí a complementariedade lembrada por Alexandre de Moraes.

A consolidação de políticas democráticas<sup>11</sup> fundamentou-se na Teoria da Indivisibilidade dos Direitos Humanos.

#### **1.4 Princípios e normas constitucionais**

Cediço, indispensáveis para a realização da Justiça e do Direito a instituição e o estudo dos Princípios<sup>12</sup>, cuja função é de orientar o operador do direito na interpretação de uma norma.

No magistério de Cinthia Robert, os princípios tornam o sistema jurídico homogêneo pela continuidade e estabilidade da ordem jurídica, sintetizam uma retroalimentação<sup>13</sup> social, oriundos da própria história jurídico moral do grupo, são as vigas de sustentação do sistema que, como tal, o harmoniza, integra e complementa.

O que é norma?

---

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>11</sup> Políticas públicas legitimadas pelo regime democrático.

<sup>12</sup> Maria Helena Diniz associa aos princípios gerais de direito, a idéia de diretriz do sistema jurídico.

<sup>13</sup> Processo por intermédio do qual uma ação é controlada pelo conhecimento do efeito de suas respostas.

Nesse contexto, violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

A relevância do estudo dos princípios está relacionada aos Direitos Humanos e à Constitucionalização da Defensoria Pública como instrumento apto a fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Caracterizam-se em regras normalmente não escritas e latentes no grupo social que os abriga de forma intuitiva, originam-se da própria tradição jurídico-social, sendo acolhidos pela doutrina e jurisprudência e, exprimem um direito objetivo<sup>14</sup>.

Para Paulo Bonavides<sup>15</sup> ao serem inseridos nos textos constitucionais transformam-se em Princípios Constitucionais e espalham clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complexas que sejam.

Cynthia Robert ao analisar a classificação dos Princípios proposta por Canotilho, indaga: quais as funções dos Princípios? Há possibilidade de diferenciação qualitativa?

O precitado autor afirma que as regras são de aplicação direta enquanto que os princípios necessitam de mediações concretizadoras a cargo do legislador e do aplicador, os princípios possuem caráter fundamental no ordenamento jurídico em virtude de sua superioridade hierárquica, são *standards* juridicamente vinculantes na necessidade de justiça ou na idéia de direito, enquanto as regras podem vincular normas de conteúdo formal, vez que os princípios fundamentam as regras. Logo, os princípios têm emprego multifuncional, possuem, simultaneamente, funções argumentativa e integradora do direito, concluindo então, pela possibilidade de diferenciação qualitativa.

Os Direitos Humanos são intimamente relacionados ao princípio da isonomia legal, vez que se todos são iguais perante a lei, não pode a riqueza ser elemento distintivo entre os homens, sem o Acesso à Justiça não há exercício efetivo de cidadania.

O Princípio da Igualdade<sup>16</sup> é norma apta à orientação do aplicador da lei e também do próprio legislador. A fórmula da igualdade não deve ser buscada apenas em relação à

---

<sup>14</sup> ROBERT, op. cit

<sup>15</sup> BONAVIDES apud ROBERT E SÉGUIN, 2000, p. 119.

<sup>16</sup> Art. 5º, *caput*, CR

norma posta mas, a própria edição da norma deve pautar-se pelo tratamento equânime das pessoas<sup>17</sup>.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.<sup>18</sup>

Na busca pela isonomia assumimos o risco de vê-la formalmente garantida, claramente escrita e, no entanto, verificar que a essência de seus dizeres não foi alcançada, não atingido o espírito da igualdade. Assim, não basta que a norma pretendendo a igualdade seja posta, imprescindível a postura atenta do aplicador do direito, bem como do legislador para o seu atingimento.

A final o Professor alerta que não é possível interpretar como desigualdades situações em que a própria lei não haja explicitado o fator tido como desequiparador, ou seja, se a lei propõe alguma distinção deve certificar-se de que tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos.

Com base na construção teórica ora apresentada a autor conclui pela ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando, entre outros, a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente, bem assim, quando a interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

A Constituição Federal assegura a igualdade, senão vejamos:

Art.5º, *caput*

Proclama o direito de acesso à Justiça:

Art. 5º, XXXV

Declara incumbir ao Estado a assistência jurídica:

Art. 5º, LXXIV

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>18</sup> Idem, p. 10.

Nesse passo, revela-se a questão central: todos têm mesmo direito à assistência jurídica?

### **1.5 As Constituições Brasileiras**

A Constituição do Império (1824) consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais em seu art. 179 dentre eles: igualdade, legalidade, inviolabilidade do domicílio, direito de petição. Divididos, segundo a classificação tripartite de Fernando Barcellos de Almeida<sup>19</sup>, em Direitos Naturais, Direitos Cíveis e Direitos Políticos

A Constituição de 1891, a primeira da República conquanto também traga uma lista de direitos em seu art. 72 inovou ao separar o Estado e a Igreja, então, ao lado do direito à vida, por exemplo, trouxe o direito ao ensino laico.

A Carta de 1934 acrescentou ao rol já tradicional dos Direitos Humanos o da irretroatividade da lei penal e da assistência jurídica gratuita.

Cumprе ressaltar que em decorrência do regime ditatorial os Direitos Humanos não gozavam do mínimo de efetividade.

Os Direitos agasalhados pela Constituição de 1988 refletem o momento histórico em que vivíamos quando de sua promulgação, estávamos deixando para trás um período de restrições, o regime militar instalado em 1964, governo autoritário exercido com supremacia quase absoluta do poder executivo, apoiado pelas forças armadas, com o enfraquecimento ou ausência do Poder Legislativo, bem como, do próprio Poder Judiciário, ausentes as liberdades de imprensa, de associação e de expressão, desnaturado o Estado de Direito, sem eleições livres e regras claras de sucessão, assim justificou-se o tratamento cuidadoso dispensado às liberdades.

Cynthia Robert e Élide Seguin fazem uma retrospectiva dos antecedentes da Assembléia Nacional Constituinte que originou a nossa Constituição cidadã, reiteram que da ditadura militar às campanhas e comícios de abril de 1984 foram 20 anos de opressão e barbárie em nome de uma doutrina de segurança, por óbvio, a segurança do poder arbitrário

---

<sup>19</sup> Robert, op. cit.

que fugia ao debate político e à eleição. Ressaltam, citando Paulo Bonavides que o "quadro constituinte" instalado em 2 de fevereiro de 1987, não se originou de uma ruptura anterior das instituições.

Flávia Piovesan salienta, com propriedade, que o texto constitucional em vigor rompeu com o regime autoritário, conferindo aos Direitos Fundamentais grande ênfase sendo o documento mais avançado, abrangente e detalhado acerca da matéria em toda história constitucional brasileira<sup>20</sup> e, informa que preocupado com a densificação do Estado Democrático de Direito, o constituinte originário trouxe para o início do texto as normas relativas aos Direitos Humanos.

#### Panorama da CF 88

Ademais, o texto constitucional qualificou como essenciais à Justiça as funções e atividades exercidas pelo Ministério Público, Advocacia Pública e Privada, e a Defensoria Pública.

### **1.6 Direitos Fundamentais e Democracia**

O Estado de Direito é criado e regido pela Constituição, concebida como norma jurídica superior às demais, em que haja divisão do poder político entre órgãos independentes e harmônicos, cujo controle é exercido reciprocamente entre uns e outros, onde todos sejam submetidos à lei e o cidadão, titular de direitos, possa opô-los em face do próprio Estado<sup>21</sup>.

De acordo com Sundfeld a tripartição dos Poderes, a supremacia da lei e, a própria Constituição, não encerram valores em si mesmos, existem dar efetividade, tornar permanente e indestrutível a garantia de direitos individuais<sup>22</sup>.

Revelam-se assim, aos poucos, os contornos do Estado Democrático de Direito, aquele em que o povo participa regularmente e com base em sua convicção, do exercício do poder político, a fim de controlar o próprio Estado.

Aduz, ainda, o precitado autor que o conceito jurídico sintetizador de tais instrumentos é a República que traz em si, essencialmente, a idéia de representação<sup>23</sup> e,

---

<sup>20</sup> PIOVESAN apud ROBERT e SÈGUIN, 2000, p. 109.

<sup>21</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p.49.

<sup>22</sup> Idem, p 48.

somada à idéia de transparência nas regras de condução de seus representantes ao poder, fecha o ciclo gerador do conceito de Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, titulares de direitos, inclusive políticos, podem exercitá-los em face do próprio Estado e, sintetiza: "...o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).

Interessa-nos, especialmente, no âmbito deste trabalho a última parte, os Direitos Individuais. Conceito de Direitos Individuais.

---

<sup>23</sup> Art. 1º da Constituição: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

## 2 DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Passamos agora à análise de alguns referenciais históricos do Direito de Acesso à Justiça.

Os historiadores do tema apontam o Código de Hamurabi (Babilônia -séc. XXI A.C.) como o primeiro registro documental da preocupação com o princípio da equidade, cuja fórmula prescrita pelo próprio imperador previa: "para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da Justiça."

Outros registros remontam à fundação de Roma (séc. VIII A.C.). Ao tratar de sua organização institucional, Rômulo teria atribuído a denominação de "patronos" aos poderosos do povo, a quem caberia a "proteção" dos menos favorecidos, que chamou de "clientes". "Os patronos explicavam as leis aos seus clientes, defendiam-nos em Juízo, aconselhavam-nos e os ajudavam em tudo. Em troca os clientes mostravam seu devotamento não apenas honrando seus patrões, mas até mesmo auxiliando-os no pagamento de dívidas"

A sociedade ateniense, esteve sob regência das terríveis "Leis de Draco", que praticamente nenhuma oportunidade de defesa asseguravam aos que considerava criminosos, prevendo a pena de morte para quase todas as faltas. O jurisconsulto assim se manifestava: "As faltas pequenas, julguei que mereciam esse castigo; para as grandes, não encontrei castigo maior".

Sólon (séc. VI/VII A.C.), legislador considerado um dos "Sete Sábios da Grécia", foi o responsável pela abolição das "Leis de Draco", instituiu o julgamento popular, cuja presidência ficava a cargo dos magistrados e o povo manifestava sua decisão por meio de pedras brancas ou negras. Lobão salienta que essa profunda mudança constituiu um marco na evolução do direito de defesa. Todavia, a preocupação com o acesso e a distribuição da Justiça sempre permaneceu na pauta dos debates entre os filósofos.

Ao tomar conhecimento das reformas de Sólon, o filósofo Anacársis vaticinou: "As leis são como teias de aranha: segurarão os mais fracos e os pequenos que se deixarão apanhar, mas serão despedaçadas pelos fortes e poderosos".<sup>24</sup>

Desde então, há registros seguros do pagamento de certas quantias pelos litigantes aos magistrados, com a finalidade de manutenção dos juízos. Todos aqueles que recorriam a

---

<sup>24</sup> Lobão, op. cit. p. 03

esse serviço do Estado estavam obrigados ao recolhimento de taxas. Normalmente, a condenação criminal era acompanhada de pena em pecúnia ou de prestação de serviços ao ofendido.

Com o ideal cristão, iniciou-se a primeira grande revolução na cultura ocidental, que provocou radicais transformações institucionais por onde se difundiu. Sua doutrina, nascida como produto da opressão vivida por povos dominados, ampliou-se para preconizar a busca de uma justiça plena, ameaçando a hegemonia do Império Romano, e cujo tempo denotou a força que que carregava, sob tal influência que o Imperador Constantino (séc. III/IV D.C.) promulgou o "Edito de Milão", passando a tolerar o cristianismo em todo o Império Romano, sendo o primeiro a determinar que os pobres estavam isentos do pagamento de custas e seriam defendidos gratuitamente<sup>25</sup>.

Suas causas deveriam ser submetidas em primeira instância ao próprio Imperador. Surge assim, o embrião da assistência judiciária gratuita com a finalidade de garantir ao pobre o acesso à Justiça. Todavia, a isenção do pagamento de taxas, hoje denominada justiça gratuita, foi a primeira medida.

Só mais tarde criou-se a assistência judiciária gratuita, sendo que a consolidação do Direito Romano deu-se com Justiniano (séc. V/VI D.C.), por meio dos famosos "Digesto" ou "Pandectas" e as suas "Institutas", verdadeiro manual do direito vigente com a finalidade de facilitar aos jovens o aprendizado jurídico, como parte da sua estratégia de manter a unidade do Império Romano.

O acervo passou à Idade Média com a denominação de "Corpus Iuris Civilis". E foi Justiniano quem incorporou definitivamente ao Direito Romano a prática de dar advogado às partes que não o tivessem, transformando a assistência judiciária em um dever do Estado. Constituindo-se o marco fundamental do instituto assimilado gradativamente pelo direito europeu.

Foi na Inglaterra do século XIII, com a "Magna Carta", que consolidou-se verdadeira linha divisória na história dos direitos e garantias individuais e, portanto, do acesso à Justiça, vez que trouxe o principal instrumento de defesa do cidadão: o Habeas Corpus:

Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Idem, p. 04.

<sup>26</sup> Lobão, op.cit

A partir do século XVIII, com o movimento humanista há reação à tirania do absolutismo, ocorrem as transformações sócio-econômicas que marcaram o pensamento político-filosófico ocidental e proporcionaram condições para o surgimento do estado moderno.

A Garantia do Acesso à Justiça situa-se entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, iniciada quando o Estado suprimiu do indivíduo o direito de vingança. Para Cinthia Robert a atividade protetiva do Estado aliada ao Princípio da Isonomia transforma o portal de Acesso à Justiça no mesmo que dá passagem ao próprio Direito.

A evolução do princípio de Acesso à Justiça acompanhou a história da luta pelos Direitos Humanos e pela Cidadania<sup>27</sup>, trata-se de um direito do cidadão e não de uma liberalidade do Estado.

A temática do acesso à justiça está intimamente vinculada ao modelo político do Estado, há estreita relação entre Estado, sociedade, processo e os direitos humanos. Para Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>28</sup>, trata-se de um serviço público essencial: “Um sistema judiciário eficiente e eficaz deve propiciar a toda pessoa um serviço público essencial: o acesso à justiça.”

Consoante o magistério de Milene de Alcântara Martins Scheer<sup>29</sup> a justificativa para a existência do direito encontra-se na efetividade das normas jurídicas. A evolução da sociedade e do pensamento científico-jurídico demonstram a insuficiência da edição de normas jurídicas para o alcance da finalidade do direito.

Corroborar tal assertiva Danilo Zolo, citado por Maria Garcia<sup>30</sup>, ao ensinar: “um direito formalmente reconhecido mas não justificável – é dizer, não aplicado ou não aplicado pelos órgãos judiciais com procedimentos definidos – é *tout court*, um direito inexistente”

Como revela Clémerson Merlin Clève<sup>31</sup>, citado por Milene de Alcântara Martins Scheer:“(…) ao jurista (enquanto tal) cabe, além de tudo, verificar quais direitos são protegidos (pela ordem jurídica), e de que maneira tal proteção se efetiva”

A conscientização da população acerca do abuso de direito, do cerceamento de defesa, bem assim, como de qualquer outro impeditivo ao exercício deste direito é premente.

---

<sup>27</sup> Vínculo político que liga o indivíduo ao Estado e que lhe atribui direitos e deveres de natureza política.

<sup>28</sup> *In O Acesso à Justiça Como Direito Humano e Fundamental*, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, v. 19, nº 226, abril de 2008.

<sup>29</sup> SCHEER: 2006, p. 276.

<sup>30</sup> GARCIA: 2007, p. 257.

<sup>31</sup> SCHEER: 2006, p. 277.

O acesso à Justiça é uma garantia prevista em quase todos os ordenamentos jurídicos e constituições modernas, entretanto, a falta de conhecimento sobre seus direitos e seus deveres diante do Estado, bem como, das obrigações e direitos do Estado em face de cada cidadão pode tornar ineficazes tais disposições.

Assim, informa Paulo Galliez:

De fato, existem pessoas que são cidadãs, contudo não tem conhecimento de seus direitos e, por ignorá-los, não os invocam. Outras os conhecem, mas não os exercitam por medo. Há muitos, incluindo os que integram a classe média, que preferem não afrontar a ordem vigente, mesmo para questionamentos de seus direitos<sup>32</sup>.

Nessa esteira, somos levados a reconhecer que o primeiro passo para a concretização de um direito é conhecer a norma que o prescreve e, exercitá-la.

A função protetiva do Estado vincula-se à tutela jurisdicional, ao exercício da cidadania e a garantia dos direitos individuais. Hoje, a doutrina analisa a questão do Acesso à Justiça sob dois enfoques: acesso ao Judiciário e, principalmente, acesso ao Direito, incumbindo à Defensoria Pública este último, na condição de órgão político do Estado, densificador da Democracia e do Estado de Direito, vez que garante o direito à informação e à consulta jurídica.

O acesso à justiça é definido como a possibilidade concreta de provocação da função jurisdicional e na viabilização do seu resultado: a decisão justa e viável<sup>33</sup>.

Na acepção de Luiz Guilherme Marinoni, citado por Scheer<sup>34</sup> a garantia do acesso à justiça impõe “(...) que todos tenham direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela efetiva, adequada e tempestiva”.

Sobre o tema, destaca-se a obra de Cappelletti e Garth, citada como referência por vários autores em artigos científicos distintos, que sob a premissa de que a preservação do efetivo acesso à Justiça constitui requisito fundamental dos sistemas jurídicos modernos, extraem da realidade jurídica os obstáculos diretos ou indiretos ao concreto e efetivo acesso à jurisdição.

---

<sup>32</sup>GALLIEZ: 2009. p. 31.

<sup>33</sup> SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a Efetividade da Norma Constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 14, nº 54, p. 226-292, jan./mar. 2006, p. 283.

<sup>34</sup> Idem, mesma página.

Referem-se ao valor das custas judiciais e dos honorários advocatícios como especial fator restritivo do acesso à justiça, acompanhada pela ausente ou reduzida condição financeira do interessado como fator decisivo para a provocação da jurisdição.

O princípio da sucumbência também é apontado e encarece ainda mais o acesso à justiça, pois há de ser ter a previsibilidade do valor das custas judiciais, às quais se agrega o custo dos honorários advocatícios do seu patrono e do advogado do vencedor.

Assim, a condição econômica é fator determinante para o acesso à justiça, concluem: “a disponibilidade financeira é importante diferencial, aquele que possui melhores recursos financeiros tem maiores condições de suportar os custos da demanda e a demora da prestação jurisdicional.”

Nessa esteira, a fim de impedir que a escassez de recursos econômicos se torne fator impeditivo à efetividade do acesso à justiça, imprescindível a instituição da Defensoria Pública, com políticas públicas voltadas ao aperfeiçoamento de suas atividades, bem assim, com a garantia de sua autonomia e independência, a fim de que constitua-se numa Instituição forte merecedora da confiança de seus assistidos.

Há autores que, baseados num enfoque processual, referem-se à insuficiência de vias adequadas ao atendimento efetivo da população menos favorecida econômica e culturalmente, à ineficácia de regras do sistema processual civil, à incongruência do sistema normativo e, até à insensibilidade dos magistrados no que tange aos efeitos sociais gerados por suas decisões, como fatores de risco ao pleno acesso à justiça<sup>35</sup>.

Levantam-se debates acalorados sobre a reestruturação do Judiciário; a falta de funcionários públicos qualificados e de juízes preparados; as falhas nos processos de seleção dos magistrados; a impunidade; a corrupção; a excessiva politização do STF, questões que, em última análise, revelam a preocupação com a efetividade do acesso à Justiça

O acesso à justiça depende de políticas públicas de conscientização e educação da população acerca de direitos; depende ainda, de reais condições econômicas e técnicas para a busca da prestação jurisdicional, tão logo os sistemas jurídico, político e social se adequem a esse mister a efetividade estará alcançada, assim poderemos dizer que o Estado Democrático e Social de Direito alcançou, enfim, a eficácia plena de seu programa.

Outros, como Celso Antônio Baeta Minhoto<sup>36</sup>, questionam a própria vontade do homem em ser sujeito de direitos. Aponta para aquilo que denomina "comodismo inato do

---

<sup>35</sup> Milene de Alcântara Martins Scheer. página 289.

<sup>36</sup> MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Os desafios contemporâneos da eficácia, da efetividade e dos conflitos no campo dos direitos fundamentais*, 2007, p. 62.

homem" e, sugere que o homem está bastante disposto a abrir mão do que é dito e visto como fundamental, mas que, na prática não se mostra com tal fundamentalidade, querendo significar que direitos fundamentais são postos de lado por interesses como conforto e bem-estar material.

Prossegue referindo-se à situação atual de ampla tutela dos direitos fundamentais, ponderando que em termos de tutela, posituação, previsão, normatização, regulação e proteção, não há qualquer carência em face de tais direitos.

Atualmente, os desafios são relacionados basicamente, à efetividade, representando a aplicação concreta dos dispositivos e das previsões a esse respeito e, à eficácia dos direitos fundamentais, reclamando um resultado, um efeito, uma resposta prática, real, palpável, incidindo sobre o objeto de sua aplicação.

## **2.1 Natureza jurídica do direito fundamental de acesso à Justiça**

Partindo-se da relação entre o direito ao acesso à Justiça e a efetividade da norma constitucional, torna-se essencial a definição da natureza do direito fundamental.

Da garantia constitucional de direitos em favor dos indivíduos surge a noção de direito subjetivo público, aquele titularizado pela indivíduo e exercitável contra o próprio Estado<sup>37</sup>.

Alexandre de Moraes explica que, em regra, as normas relativas aos direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata.

A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).<sup>38</sup>

Salienta o autor que a eficácia e aplicabilidade dos direitos constitucionais dependem muito de seu próprio enunciado, vez que o texto constitucional, por vezes, faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de certas normas definidoras de direitos sociais, dentre os fundamentais.

---

<sup>37</sup> SUNDFELD, op. cit

<sup>38</sup> MORAES, Alexandre. 2002, p.27.

Robert Alexy, no estudo da teoria dos direitos fundamentais, sob o prisma do direito subjetivo, elabora uma classificação e os divide em direitos a algo (direitos a atividades negativas e positivas), liberdades (liberdades não protegidas e protegidas) e competências. Sendo certo que a categoria dos direitos a algo subdivide-se em direitos a ações negativas (direitos de defesa) e direitos a ações positivas (direitos a prestações), em que se insere o direito ao acesso à Justiça. Numa dimensão subjetiva institui o direito individual de provocar o Estado para a prestação jurisdicional, enquanto sua dimensão objetiva revela a exigência da ação negativa do Estado, para que não adote medidas judiciais, legislativas ou executivas tendentes a obstaculizar o direito do jurisdicionado. Todavia, o efetivo acesso à Justiça impõe ao Estado ações positivas de natureza física (material) ou normativa (formal)<sup>39</sup>.

Assim, revela-se a composição híbrida do direito ao acesso à Justiça, vez que trata-se concomitantemente de direito de defesa e de direito de natureza prestacional fática e normativa<sup>40</sup>, vedado ao Estado qualquer ato impeditivo da busca da prestação jurisdicional e, exigível em face deste mesmo Estado que a prestação jurisdicional seja concedida com justiça, celeridade e razoabilidade.

A natureza da Assistência é de desdobramento de princípio fundador da República, portanto, densificador do Estado Democrático de Direito, ensinam Cinthia Robert e Élide Seguin.

Ciente de sua posição institucional a Defensoria assume a tarefa social que a Constituição lhe outorgou. Segundo o Min. Sepúlveda Pertence<sup>41</sup>, apresenta-se como instrumento de concretização dos direitos humanos, conquanto seja bastante difundida, a idéia de que presta-se ao acesso formal de pessoas carentes ao Judiciário, é equivocada, a atuação institucional não se resume a este aspecto.

Ademais, o conceito de necessitado não se limita ao de hipossuficiência econômica, esta visão baseia-se na ordem constitucional anterior<sup>42</sup>.

Concordamos com Alexandre Lobão Rocha<sup>43</sup>, quando ao referir-se à democratização do acesso à Justiça afirma que o nível de desenvolvimento de uma nação também pode ser avaliado pela democratização de seu aparato judiciário, ou seja, pelos meios de que dispõe o povo para acessar o Judiciário.

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. 2008, p. 193-204.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang apud SCHEER, 2006, p. 288.

<sup>41</sup> STF, Pleno, Adin 3.569/PE, j. 02/04/2007, DJ11/05/2007.

<sup>42</sup> Para maiores esclarecimentos consulte: As Atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à ordem jurídica justa. Leandro Coelho Carvalho. Revista de Processo, São Paulo, ano 33, n. 156, p. 205, fev./2008.

<sup>43</sup> ROCHA, Alexandre Lobão. *A Garantia Fundamental de Acesso do Necessitado à Justiça*. Artigo retirado do site da Defensoria Pública da União, acesso 10/06/2009.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA afirma que o Brasil tem cerca de doze por cento de sua população constituída de “pobres indigentes”, aproximadamente dezesseis milhões e seiscentas mil pessoas<sup>44</sup>, considerando-se que a faixa da população atendida pela Defensoria é aquela que não tem condições de contratar um advogado, o número amplia-se assustadoramente e surge a realidade incontestável: para tornar o acesso efetivo é indispensável vontade política.

Assente entre os Defensores Públicos o desejo de que as funções institucionais da Defensoria Pública sejam plenamente alcançadas, embora, seja praticamente unânime, a manifestação de inconformismo ante a carência estrutural da Instituição.

Constituem-se bons exemplos de atuação da Defensoria Pública: a) Defensoria Pública do Rio de Janeiro ao obter liminar numa Ação Civil Pública para defesa dos consumidores que no ano de 1999, por conta de alterações repentinas na política econômica nacional levaram a alta do dólar, provocando o aumento dos contratos de *leasing*, mantendo-se a taxa de conversão da moeda americana nos moldes pactuados; b) a contribuição da Defensoria Pública por ter afirmado no livro Crimes de Maio<sup>45</sup> a "grande frustração" por não haver o Ministério Público oferecido denúncia em nenhum dos casos, vez que há indícios de que as vítimas tenham sido sumariamente executadas; c) Defensoria Pública do Rio de Janeiro que, ao atuar nos conflitos coletivos, relacionados ao direito de moradia da população carente, criou três núcleos especializados: o Núcleo Fundiário, o Núcleo de Terras e Habitação, e o Núcleo de Loteamentos, cujo principal objetivo é evitar que os especuladores prejudiquem aos assistidos, várias famílias teriam sido despejadas ou enganadas em suas relações contratuais, caso a Defensoria Pública não estivesse cumprindo seu papel institucional.

A intervenção dá-se com o comparecimento do Defensor Público nas comunidades, para criar um laço de confiança no trabalho, bem como, para aproximar-se das dificuldades por que passam os assistidos, vez que, em regra, seus contendores têm alto poder aquisitivo e, por óbvio, são representados por advogados experientes.

Sobre o papel transformador desta instituição, Silvio Roberto Mello Moraes, refletiu<sup>46</sup>:

E é justamente pela importância do papel da Defensoria Pública e sua direta influência na mudança do atual quadro social, que a instituição, não raras vezes, se depara com poderosos inimigos que, pertencentes às fileiras dos opressores e antidemocráticos, não pretendem qualquer mudança na situação social do presente. Muitas vezes, travestidos de falsos democratas, agem sorratamente,

---

<sup>44</sup> Idem

<sup>45</sup> Produzido por Comissão Independente para apurar os crimes de maio de 2006 envolvendo o Primeiro Comando da Capital.

<sup>46</sup> Op. cit, p. 17.

enfraquecendo e aviltando a Instituição que certamente mais lhes assusta, pois o seu papel transformador reduz o domínio que exercem sobre os desinformados e despreparados que, infelizmente, constituem a maior parte da nação brasileira. Preocupa-os, portanto, a idéia de uma Defensoria Pública forte, independente e transformadora, capaz de exercer com altivez sua missão constitucional, livre de ingerência políticas.

Ousamos afirmar, por demasiado óbvio, que a postura do Defensor Público deve pautar-se pela ética<sup>47</sup>.

Relevante a análise dos conceitos de poder, órgão e função, nesse contexto. O Estado enquanto ente abstrato age por intermédio de seus órgãos. O Defensor Público é um órgão de execução do Estado que por sua vez traduz-se numa realidade social, política, cultural e jurídica, cujos elementos formadores são o povo, o território e o governo soberano (autodeterminação).

O Estado exerce a sua soberania dentro e fora dos limites de seu território. Moreira Neto, citado por Cinthia Robert, diferencia os dois aspectos internos da soberania: Poder de Império, incidente sobre as pessoas e, Poder de Domínio, incidente sobre os bens existentes em seu território. Nessa esteira, conclui a precitada autora, órgão é um centro mínimo de atribuições.

Função constitui-se em atividade pública, é o poder de agir cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico e que só se legitima quando dirigido ao atendimento da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente<sup>48</sup>.

O conjunto de atribuições criado por lei, com denominação e remuneração, igualmente previstos em lei a fim de que os agentes públicos investidos exerçam suas funções denomina-se cargo. Sendo certo que atribuição é a parcela de poder-dever vinculado a determinado cargo.

Assim, o Defensor Público no exercício de suas atividades funcionais constitucionais possui cargo e atribuições fundamentais para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

## 2.2 Validade, efetividade e eficácia

---

<sup>47</sup> Entendida como aquela adquirida através de um processo de consulta ao seu "demônio interior", segundo nossa compreensão, convicção *in O que é ética*. Álvaro L. M. VALLS, Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2004.

<sup>48</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

Trataremos neste ponto da dimensão objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e da efetividade da norma constitucional.

Scheer<sup>49</sup> partindo do estudo dos Direitos Fundamentais nas obras de Robert Alexy e Ingo W. Sarlet observou outras dimensões de atuação (negativa e positiva) do Estado com as quais identifica-se a temática de sua efetividade.

Oportuno delimitar as distinções teóricas entre validade, eficácia e efetividade das normas constitucionais instituidoras dos Direitos Fundamentais.

A aplicação da norma jurídica inicia-se pela certificação de sua validade e equivaleria à identificação da obediência ao processo legislativo contido prescrito pelo próprio sistema jurídico com o objetivo de edição de uma norma. Com as normas constitucionais não seria diferente, então, serão formalmente válidas quando elaboradas pelo Poder Constituinte Originário legitimamente constituído.

A seguir a verificação recai sobre a eficácia da norma constitucional, vez que por tratar-se a Carta de 1988 de uma Constituição analítica, tratou matérias com distintos graus de vinculação aos objetivos da Constituição, algumas receberam tratamento bastante específico, outras, dependeram de complementação a cargo do legislador ordinário.

José Afonso da Silva, considerando as distinções entre as normas constitucionais, elaborou uma classificação quanto à eficácia para facilitar a aplicação da Constituição.

Descartou a existência de norma constitucional destituída de eficácia, reforçando assim, posição doutrinária e jurisprudencial ao afirmar que, todas elas (normas constitucionais) irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada.

Considerando a organização das normas constitucionais relativamente à eficácia<sup>50</sup>, classifica-as em: a) normas de eficácia plena, "(...) incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los, todos os objetivos visados pelo constituinte (...), cuja aplicabilidade é direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida, "(...) normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias", cuja aplicabilidade é direta, imediata, mas não integral e, c) normas de eficácia reduzida ou

---

<sup>49</sup> Op. cit, p. 288.

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

limitada, "(...) todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando esta tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado", cuja aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida.

A promulgação da Constituição é que torna imperativa aos seus destinatários a missão de atribuir-lhe efetividade.

Passamos neste ponto a uma análise restritiva acerca da efetividade, especificamente, sobre as normas instituidoras dos direitos e garantias fundamentais e, mais de perto sobre o direito fundamental de acesso à Justiça, fundamentado no art. 5º, XXXV da nossa Constituição cidadã.

Estudos dedicados ao tema demonstram que a efetividade do direito ao acesso à Justiça ultrapassa à mera constatação do grau de aplicabilidade da norma constitucional. Força o intérprete a reconhecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como diretrizes para ação estatal, bem assim, transcende a noção de produção de efeitos para alcançar resultados, de eficiência.

Nesse passo, Scheer revela que há equivalência da efetividade com a idéia de eficácia social proposta por Miguel Reale, vez que pertinente à correspondência alcançada pela norma entre o que prescreve e os valores nos quais se funda a ordem jurídica e social no momento de sua aplicação, estabelecendo a perspectiva tridimensional entre o fato, situação regida pela norma; norma, texto e; valor, padrões éticos estabelecidos para a nova ordem jurídica.

A reforma constitucional, implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no que tange ao Judiciário tentou elaborar uma fórmula que impulse uma ação continuada por meio da qual, a partir da aproximação população-Estado, possam ser resolvidas as necessidades de acesso rápido a juízes e tribunais, agilidade procedimental e decisão justa, pacificadora dos numerosos e diversificados conflitos sociais<sup>51</sup>.

Alarcón<sup>52</sup> sustenta que passamos, no Brasil, por momentos de redefinições institucionais, bem assim, de reconstruções jurídicas e culturais em geral, cujo centro revela a necessidade de novos paradigmas, aptos a sustentar a Justiça como valor social em que a transparência seja a marca de atuação dos órgãos estatais e, mais, a agilidade, prontidão,

---

<sup>51</sup> Pietro de Jesús Lora Alarcón in Reforma do Judiciário analisada e comentada (coordenadores André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón) Ed. Método, São Paulo, 2005, p. 27.

<sup>52</sup> Idem, p. 28

eficácia e efetividade da ação judiciária, por fim, que própria concepção e aplicação do direito sejam compreendidas como um processo de elaboração coletiva.

Revela-se, nesse sentido, a noção de que trata-se a EC 45/2004 de mais um elemento dentro do processo de construção de um real Estado Democrático de Direito e, prestígio dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Oportuno lembrar que, de acordo com Alarcón, a efetividade da reforma trazida pela EC 45 depende da superação de desigualdades sociais enraizadas no sistema socioeconômico, em que haja implementação de políticas públicas destinadas ao cumprimento das finalidades essenciais do Estado brasileiro, sintetizada no art. 3º da Carta de 1988.

Sobre o *laissez-faire*, Estado liberal burguês, séculos XVIII e XIX, Lenza<sup>53</sup> citando Cappelletti e Garth, observa que os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos então vigentes. Direito ao acesso à proteção judicial significava o direito formal à propor ou contestar uma ação.

Prossegue Pedro Lenza, afirmando que a igualdade proclamada pelo ideal liberal era uma grande 'fachada', distanciava-se da realidade e ilustra tal constatação citando máximas que comprovam a assertiva: "todos são livres para dormir debaixo das pontes", "a pobreza é uma desgraça pela qual o direito nenhuma responsabilidade pode assumir" e, "a Justiça se faz para dar a cada um o que é seu: ao rico sua riqueza, ao pobre sua pobreza".

A lógica era de que tais direitos eram anteriores ao Estado, direitos naturais, assim, sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. A postura do Estado era de passividade em relação ao reconhecimento e defesa dos direitos das pessoas.

Muito distinta da concepção, almejada atualmente de efetividade das normas jurídicas significando a utilização de instrumentos para a sua real aplicabilidade, a perfeita incidência da norma sobre a conduta de cada indivíduo, isolada ou conjuntamente, sua materialização no mundo dos fatos, "a efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social".

Ademais, Bezerra Leite fundamenta a efetividade de acesso ao Poder Judiciário, para que não caracterize o termo "efetividade" mera construção filosófica ou sociológica, nas bases do Direito Processual cujos princípios gerais devem ser seguidos.

Dentre os princípios gerais do Direito Processual há os informativos também chamados ou conhecidos como regras informativas do processo, baseiam-se em critérios

---

<sup>53</sup> LENZA, Pedro. Assistência Jurídica, Integral e Gratuita e o Fortalecimento da Defensoria Pública na Reforma do Judiciário *in: Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. 2005, p. 489-490.

técnicos e lógicos, são universais e por isso, praticamente incontroversos: princípios lógico, jurídico, político e econômico este último é o que nos interessa, vez que consiste em, por um lado fazer com que as lides não sejam tão dispendiosas e, por outro, propiciar o acesso dos hipossuficientes econômicos ao aparelho judiciário, através de institutos como a assistência judiciária e a justiça gratuita.

Sustenta o precitado autor que fundamentado está o acesso ao aparelho judiciário, porém, esta é apenas a base do que modernamente buscamos, que é a efetividade do acesso ao Poder Judiciário, entre estes dois tópicos há um caminho e é neste caminho que podemos localizar a Defensoria Pública, eis que efetividade de acesso ao Poder Judiciário representa muito mais do que mero acesso.

A efetividade do acesso é ou pode ser vista, contemporaneamente, como fundamental para uma ordem jurídica justa<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2009, p. 129-132.

### 3 A DEFENSORIA PÚBLICA: ASSENTO CONSTITUCIONAL

Cumprе recordar que foi com a Constituição de 1988 que a Defensoria Pública ganhou assento, demonstrando a estreita relação dessa instituição com o Estado Democrático de Direito.

Aliás, a Constituição vigente inseriu a advocacia pública entre as funções essenciais à Justiça, distinguindo, em seus artigos 131 e 132, a Advocacia da União da Advocacia dos Estados-membros e Distrito Federal, e nos artigos 133 e 134, a advocacia em geral e a destinada a dar assistência jurídica aos menos favorecidos, Defensoria Pública. Como a defesa judicial da União Federal, até então, era tarefa do Ministério Público Federal, o legislador constituinte possibilitou, mediante assinatura de prazo para tanto, que os Procuradores da República em atividade optassem entre permanecer integrando o Parquet e compor a Advocacia Geral da União (art.29, § 2º, ADCT,CF).

Constitui dever da União, nos termos de lei complementar, instituir e organizar as Defensorias Públicas, não como serviços avulsos, exercidos de forma improvisada, mas como função organizada em carreira, com cargos iniciais providos mediante concurso público, garantidas suas prerrogativa, constata Carlos Muta<sup>55</sup>.

No âmbito dos Estados, devem ser organizadas e dotadas de autonomia funcional e administrativa, além da iniciativa de elaboração de sua proposta orçamentária<sup>56</sup>. A remuneração de seus membros dá-se mediante subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Em sua atuação o Defensor Público esclarece ao assistido quais são seus direitos e seus deveres. O conteúdo da assistência prestada pela Defensoria Pública ultrapassa os limites do processo, isentando o preparo, pareceres e consultorias.

---

<sup>55</sup> MUTA, Carlos Hiroki. Direito Constitucional, tomo II: organização do Estado e dos Poderes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 362-363.

<sup>56</sup> Ver artigos 99, § 2º, e 134, § 2º, ambos da Constituição da República

### 3.1 Princípios Institucionais

A Lei Complementar federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, alterada pela Lei Complementar nº 98, de 3 de dezembro de 1999, Lei Orgânica Nacional<sup>57</sup> da Defensoria Pública, em seu art. 3º prevê os princípios institucionais da Defensoria Pública: Princípio da Unidade, Princípio da Indivisibilidade e, por fim, o Princípio da Independência Funcional.

A norma sob comento cuida da organização da Instituição, funcionamento, atribuições e competências de seus órgãos, bem como do regime jurídico de seus membros.

Diploma legal de fundamental relevância para as Defensorias de todo Brasil, vez que reconhece a instituição que tem por finalidade primeira assegurar o princípio constitucional da igualdade.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Silvio Roberto Mello Moraes, não apenas uma igualdade formal, mas uma igualdade substancial no acesso à informação jurídica e no acesso à Justiça, com maestria conclui:

Não é possível realizar algo que se assemelhe, concretamente, ao Estado Social de Direito sem que estejam presentes esses dois pressupostos. É absolutamente necessário que todos os membros da coletividade tenham igual possibilidade de saber o que podem exigir e o que devem fazer: os direitos e os deveres<sup>58</sup>.

Para eles a relevância da instituição ultrapassa os limites estabelecidos pelos artigos 134 da Carta de 1988 e 1º da Lei Complementar nº 80, com alterações da Lei Complementar nº 98/99, alcançando a própria garantia e efetividade do Estado Democrático de Direito, instrumentalizando o exercício dos direitos e garantias individuais de cada cidadão hipossuficiente do Brasil, consagrada assim, a igualdade substancial a que se referiu o Professor Barbosa Moreira.

Ademais, sustentam que a Constituição ao enunciar a Constituição e a Lei Complementar nº 80/94, alterada pela de nº 98/99, ao repetir que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado busca-se definir a plenitude dos meios pelos quais os indivíduos, os interessados, podem alcançar a Justiça, pela via administrativa,

---

<sup>57</sup> Silvio Roberto Mello Moraes sustenta tratar-se de uma Lei nacional e não federal e o faz baseado nos ensinamentos de Geraldo Ataliba que propõe a distinção, acolhida também por Michel Temer e, consistente no fato de que aquela alcança todos os habitantes do território nacional, ao passo que esta, incide apenas sobre os jurisdicionados da União, 1995, p. 16.

<sup>58</sup> Idem, p. 17.

ou por uma medida parlamentar desde que a realização desse valor se dê no seu sentido mais amplo possível, vez que a realização da Justiça é uma finalidade do Estado.

Também quer significar tal afirmação, acerca da essencialidade da Defensoria, que representa o elo entre a sociedade e o Estado, sendo certo que a assistência jurídica serve de instrumento na defesa de um regime socialmente mais justo<sup>59</sup>.

Tais princípios formam um sistema, um conjunto interdependente e coerente entre si conferindo lógica e racionalidade à Lei.

Paulo Cesar Ribeiro Galliez, citando Roland Corbisier, ensina:

A palavra sistema, em sentido amplo, significa um conjunto ou uma totalidade de objetos, reais ou ideais, reciprocamente articulados e interdependentes uns em relação aos outros. Na definição de sistema, encontram-se, pois, três noções ou idéias fundamentais: a de totalidade, a de unidade e a de interdependência das partes ou elementos constitutivos<sup>60</sup>.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 80/94 (com a redação dada pela LC nº 98/99) entendida como um sistema, define a Defensoria Pública e dispõe acerca de sua organização no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Estados.

### 3.1.1 Unidade

O Princípio da Unidade garante, por meio dessas normas fundamentais e interdependentes, que a Defensoria exerça o seu mister sem que haja ruptura de qualquer dos princípios.

Assegura a realização contínua e permanente da atuação do Defensor Público no patrocínio dos interesses de seus assistidos com eficiência e zelo, valendo-se de suas prerrogativas funcionais<sup>61</sup>.

A unidade de normas quer significar então, que não podem ser consideradas isoladamente. O Professor Paulo Galliez<sup>62</sup> afirma que a investidura no cargo traduz a obrigação de atuar, com desempenho irretocável e, valendo-se de suas prerrogativas.

---

<sup>59</sup> ROBOREDO apud MELLO MORAES

<sup>60</sup> CORBISIER apud GALLIEZ, 2009, p. 29

<sup>61</sup> Remeto o leitor ao item 2.2.

<sup>62</sup> GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

A unidade e a indivisibilidade permitem a substituição de um Defensor por outro, respeitadas as regras legais sem prejuízo para a atuação da Instituição ou para o processo, cada um deles é parte de um todo, sob a mesma direção, atuando pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades<sup>63</sup>.

Entretanto, há casos em que os princípios se confundem, em que há um envolvimento entre eles de forma a dificultar a identificação de cada qual. Suponhamos que um assistido seja condenado e o Defensor manifeste interesse recursal, pugnando pela postergação da apresentação das razões (art. 578, § 2º, CPP) e, por um acaso haja designação de um outro Defensor Público que entenda desnecessária a interposição do recurso.

A unidade não induz à vinculação de opiniões, assim, não são obrigados a adotar o posicionamento de outro colega, todavia, a divergência não vulneraria a unidade da Defensoria Pública.

### **3.1.2 Independência funcional**

Assegura a plena liberdade de ação do defensor público perante todos os órgãos da administração pública, especialmente o Judiciário, garante que não haja relação de hierarquia diante dos demais agentes políticos do Estado.

Cuida-se de princípio indisponível, inarredável diante de qualquer circunstância.

De acordo com os ensinamentos de Silvio Moraes por intermédio de tal princípio a Defensoria Pública cumpre seu dever constitucional de mantenedora do Estado Democrático de Direito, assegurada a igualdade substancial entre todos os cidadãos, bem assim, instrumentalizando o exercício de vários direitos e garantias individuais, vez que representante dos hipossuficientes, muitas vezes contra o próprio Estado<sup>64</sup>. Mister que a Defensoria tenha assegurada uma posição de independência e autonomia em relação aos demais organismos estatais.

Paulo Galliez, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sustenta que a independência funcional diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo que estiver relacionado ao exercício de suas funções essenciais à Justiça e complementa, conquanto possam atuar, teoricamente, face a qualquer

---

<sup>63</sup> MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar nº 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>64</sup> Idem, mesma página.

dos Poderes do Estado, não se sujeitam a eles e tampouco podem por eles serem influenciados.

A Lei Complementar nº 80/94 (com a redação dada pela LC 98/99) tratando das garantias dos defensores públicos reproduz a independência funcional<sup>65</sup> e acrescenta a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade.

Alguns autores admitem que tais garantias constituem-se em desdobramentos do princípio institucional da independência funcional<sup>66</sup>, identificando o Defensor Público como agente político em absoluta paridade com a figura do juiz<sup>67</sup>.

O princípio ora tratado encontra-se assentado no art. 4º do mesmo diploma legal, identificado como funções institucionais da Defensoria Pública. Consistentes na prática de atos judiciais e extrajudiciais, principalmente a hipótese de acionamento de Pessoas Jurídicas de Direito Público, inclusive o próprio Estado como já afirmado.

O Princípio da Independência Funcional garante o direito ao próprio entendimento, a fim de que cumpra seu dever constitucional de manutenção do Estado Democrático de Direito, preservando a igualdade substancial entre todos os cidadãos e, intrumentalizando o exercício efetivo dos direitos e garantias individuais ainda que em face do próprio Estado.

Todavia, um agente político do Estado<sup>68</sup>, aquele que executa funções atribuídas pela própria Constituição e para as quais é imprescindível autonomia funcional, além de outras prerrogativas<sup>69</sup>, não pode dispor dos interesses de seus assistidos. Em verdade, o Defensor só poderá deixar de atuar nos casos previstos em lei<sup>70</sup>, a fim de assegurar a assistência jurídica e integral, consagrada pela Carta de 1988.

Traçando um paralelo entre as instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, o precitado autor sustenta que a exemplo do que ocorre com a Magistratura em relação à jurisdição e com Ministério Público em face da ação penal, pode-se afirmar que a Defensoria Pública detém a indisponibilidade da defesa da cidadania.

Consiste em dever funcional do Defensor Público recorrer para qualquer instância ou Tribunal, de acordo com a Lei Complementar nº 80/94, alterada pela LC nº 98/99, (artigos:

---

<sup>65</sup> Art. 127: São garantias dos membros da Defensoria Pública do Estado, sem prejuízo de outras que a lei estadual estabelecer: I- a independência funcional no desempenho de suas atribuições; II- a inamovibilidade; III- a irredutibilidade de vencimentos; IV- a estabilidade.

<sup>66</sup> Dentre eles Paulo Galliez e Silvio Moraes.

<sup>67</sup> Afirmação de Jean Menezes de Aguiar, citado por Paulo Galliez, 2009, p. 45.

<sup>68</sup> Classificação adotada por Helly Lopes Meirelles

<sup>69</sup> Não estendidas aos servidores públicos em geral.

<sup>70</sup> Por exemplo, nos casos em que a ação seja manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio arts. 44, XII; 89, XII; e 128, XII, da Lei Complementar nº 80/94.

45, inciso VII; 90, VII; e 129, VII), sempre que houver fundamento legal, jurisprudencial ou prova nos autos<sup>71</sup>.

Para manutenção da unidade da Defensoria Pública sem que haja hipertrofia da Corregedoria, convém, nos casos em que o Defensor entenda pela não interposição de recurso, que officie, porque se o posicionamento correicional for diverso, poderá designar um outro defensor para exame e interposição de recurso.

A inamovibilidade do Defensor Público (artigos 34, 79 e 118 da Lei Complementar nº 80/94) é tida como outra característica da unidade institucional, vez que a impossibilidade de remoção por critérios pessoais ou políticos assegura que a infra-estrutura dos órgãos de atuação não seja comprometida, preservando, desta forma, os interesses dos assistidos.

Silvio Roberto Mello Moraes, citado por Paulo Galliez, sobre a prerrogativa da inamovibilidade assim entendia:

O Defensor Público é colocado a salvo de eventuais ingerências políticas das quais poderia ser vítima ao se digladiar com poderosos em defesa dos interesses daqueles menos favorecidos e que poderiam lhe acarretar a remoção para Comarca distante, como forma de punição<sup>72</sup>.

Ainda no que tange à inamovibilidade aduz que para atingir seus objetivos, para que a Defensoria Pública seja independente e possa atuar como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, deve ser resguardada de todas as formas de ingerência, afirmando a essencialidade de amplas garantias constitucionais para seus integrantes.

Assim, o Defensor Público só poderá efetivar suas funções quando lhes sejam outorgadas garantias eficazes para o exercício da função jurisdicional e, prossegue, tal garantia visa proteger a função não apenas o cargo sendo auto-aplicável, de eficácia imediata, já que proveniente originariamente do texto constitucional.

Por incrível que possa parecer a Lei Complementar 80/94, alterada pela LC nº 98/99, em seu art. 120, prevê possibilidade de remoção compulsória, como espécie de punição disciplinar, a ser aplicada com prévio parecer do Conselho Superior da Defensoria Pública<sup>73</sup>, assegurada ampla defesa.

Tal dispositivo, de acordo com o magistério de Paulo Galliez, encontra-se maculado pela inconstitucionalidade<sup>74</sup>, vez que nossa Carta Política, em seu art. 134,

---

<sup>71</sup> Cabe ainda ao Defensor enviar cópia à Corregedoria Geral.

<sup>72</sup> MORAES, 1995, p. 80.

<sup>73</sup> Ver art. 9º e art. 10 da Lei Complementar nº 80/94.

<sup>74</sup> Consoante entendimento da Professora Maria Helena Diniz num conflito entre normas de diferentes escalões, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica, terá precedência em relação a de escalão inferior.

parágrafo único, destaca expressamente a garantia da inamovibilidade ao Defensor Público, concluindo pela ilegalidade e arbitrariedade de sua aplicação, desconstituído de consistência jurídica, na espécie.

A garantia da inamovibilidade é absoluta, não pode ser afastada nem mesmo por interesse público, é o que defendia Silvio Roberto Mello Moraes, lembrando que direitos e garantias constitucionais podem, em certas circunstâncias, ser ampliados por normas infraconstitucionais, nunca restringidos, sob pena de inconstitucionalidade.

### 3.1.3 A indivisibilidade

Traz em si o sentido de pertencer a vários indivíduos ao mesmo tempo, não passível de fracionamento. Iniciada a atuação do Defensor Público a assistência jurídica deve ser prestada até o atingimento de seu objetivo final, as normas fundamentais da Defensoria Pública e seus órgãos não são divisíveis, a lei prevê substituição ou designação de outro Defensor Público para casos de licença ou férias, garantindo assim, o princípio da eficiência do serviço público, albergado pelo art. 37 da Constituição da República.

A Lei Complementar nº 80 atribui ao Defensor Público Geral velar pelo cumprimento das finalidades da Instituição, assim, cabe a ele a preservação da indivisibilidade da Instituição.

As prerrogativas da intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos<sup>75</sup> é o que melhor caracteriza a indivisibilidade da Defensoria.

A indivisibilidade é preservada também pela proibição do exercício da advocacia fora de suas atribuições institucionais<sup>76</sup>. Convém registrar que embora assemelhadas as funções do Defensor Público e do advogado são absolutamente distintas. Nesse sentido, voto do Ministro Vicente Cernichiaro, citado por Paulo Galliez:

A advocacia não é atividade do Estado. Ao contrário, privada. Livre é o seu exercício, nos termos do Estatuto do Advogado. A Advocacia não se confunde com a Defensoria Pública. Esta é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo a orientação jurídica e a defesa, em todos graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (Constituição art. 134).<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Criadas pela Lei 7.871/90, que acrescentou o § 5º ao art. 5º da Lei nº 1.060/50 e reproduzidas pela LC 80/94, em seu art. 128, I.

<sup>76</sup> Art. 134, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 130 da Lei Complementar nº 80/94.

<sup>77</sup> CERNICHARO apud GALLIEZ, 2009, p. 37.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 62, de 10 de fevereiro de 2009, disciplinando os procedimentos relativos ao cadastramento e à estruturação de serviços de assistência jurídica voluntária.

A Resolução menciona a existência de programas desenvolvidos pelo Poder Judiciário para suplementar a atuação da Defensoria Pública, a fim de viabilizar a assistência jurídica voluntária aos necessitados.

Nesse contexto, os tribunais podem diretamente organizar meios de cadastramento de advogados para prestação de assistência jurídica (art. 1º da Resolução), caracterizando atitude altamente desrespeitosa à autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública. Por quê?

Ilumina o caminho da compreensão Paulo Galliez ao asseverar:

Ao invés de obter recursos financeiros para o aprimoramento da Defensoria Pública, com criação de cargos e dotações orçamentárias próprias, o Estado, ao adotar iniciativas como tais, a enfraquece e a marginaliza, enaltecendo prática de políticas neoliberais, cujo declínio já vem se afigurando no cenário mundial<sup>78</sup>.

Prossegue o precitado autor apontando para a participação das organizações não governamentais no cenário político e na sociedade civil, mantidas pelo capital privado, cuja função é substituir o Estado, tornando-o mínimo pelo processo de esvaziamento promovido pela globalização. O número expressivo de atendimentos realizados pela Instituição relaciona-se diretamente com a exclusão social e não com mercado de trabalho dos advogados.

Característica da indivisibilidade substituição de membros da Defensoria Pública nos casos de impedimento decorrente de colisão de interesses de partes beneficiárias ou da suspeição dos Defensores Públicos, no exercício da curadoria especial, onde não haja órgão de atuação específico, na instalação e elevação de entrância de algumas comarcas.

Os conflitos negativos de atribuição são solucionados pela Corregedoria Geral da Defensoria Pública, o mais rápido possível a fim de não prejudicar o direito dos assistidos.

Importante notar que a indivisibilidade da Defensoria Pública mantém laços estreitos com os princípios da administração pública, insculpidos no artigo 37 da Constituição<sup>79</sup>: a) a legalidade, observância da lei formal, dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, dos demais fundamentos e princípios constitucionais e, principalmente da própria Constituição; b) a impessoalidade, visa resultados desconectados de

---

<sup>78</sup> GALLIEZ, 2009, p. 41.

<sup>79</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

razões pessoais, conectados com os interesses da coletividade; c) a moralidade, vinculado por Hely Lopes Meireles ao conceito de bom administrador; d) a publicidade, transparência ou visibilidade, o termo secreto não é condizente com a democracia e, por fim, e) a eficiência, vincula-se à idéia de ação para produzir resultado de modo rápido e preciso; a fim de que seja preservada a credibilidade e o respeito, incumbindo aos Defensores Públicos o cuidado para que não se tornem meros enunciados, destituídos de eficácia e efetividade.

### 3.2 Prerrogativas dos Defensores

Como corolário da independência funcional, seguem-se as prerrogativas dos Defensores Públicos, cuja finalidade consiste na adequação da eficiência do serviço com a demanda existente.

As prerrogativas de maior destaque são a do recebimento de intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição e a contagem de todos os prazos em dobro<sup>80</sup>. Cumpre ressaltar a obrigatoriedade da intimação pessoal.

Constitui dever funcional do Defensor o comparecimento à realização das audiências, condicionado à prévia intimação pessoal, consoante prerrogativa impostergável.

O alcance prático no dia-a-dia forense dos Defensores Públicos é muito grande, podendo-se afirmar que inócuentes tais prerrogativas o trabalho da Defensoria se tornaria inviável.

Apesar de previstas em leis federais<sup>81</sup> ainda há magistrados que as ignoram, felizmente, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo favoravelmente ao cumprimento das determinações legais, inclusive declarando nulidade absoluta pela falta de intimação pessoal do Defensor Público<sup>82</sup>.

Os Defensores Públicos contam com o direito de examinar em qualquer repartição, autos em flagrante, inquérito e processos, forçosamente reconhecida a ilegalidade e arbitrariedade de qualquer restrição<sup>83</sup>. A hipótese de um Defensor Público de primeiro grau ser impedido de acessar processos que tramitam já em grau recursal, sob fundamento de consistir em atribuição específica do Defensor de classe especial consiste em ilegalidade e arbitrariedade.

---

<sup>80</sup> Art. 128 da LC nº 80/94

<sup>81</sup> Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei nº 7.871/89 e LC nº 80/94.

<sup>82</sup> Ver HC 128526/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJE 14/09/2009.

<sup>83</sup> Arts. 44, VIII, e 128, VIII, ambos da LC nº 80/94.

A atuação em curadoria especial, cuja intervenção se dá em razão de citação ficta<sup>84</sup>, é mais uma manifestação da independência funcional. O curador especial tem legitimidade para opor embargos à execução quando houver citação ficta do devedor<sup>85</sup>.

Entende a doutrina, nestes casos, que há comportamento involuntário da parte e que, ao contrário do que se dá com a intimação real que por desídia conduz à revelia, não seria justa tal penalidade, vez que o réu citado fictamente não comparece em juízo por ato involuntário, porque não teve conhecimento da citação, não havendo como assemelhar-se as duas situações, atuando o curador especial, somente nos casos de citação ficta<sup>86</sup>.

Ressaltamos, por oportuno, a prerrogativa da requisição, consagração da independência funcional do Defensor Público, o chamado poder de requisição, ato administrativo revestido de auto-executoriedade<sup>87</sup>, impondo obrigação ao seu atendimento por parte do requisitado, obrigação derivada de comando constitucional, corolário do princípio da legalidade.

Despicienda, portanto, a intervenção de qualquer outra autoridade para a obtenção dos documentos mencionados no art. 128, X, da Lei Complementar nº 80/94. A atuação do Defensor será independente, mais célere e imediata, mormente naqueles casos em que seus assistidos necessitam apresentar certidões para obter emprego, por exemplo.

Por incrível que possa parecer há alguns órgãos ignorando os ofícios requisitórios encaminhados pelos Defensores Públicos, sem contudo, justificarem-se. Cediço que o desatendimento sujeita o seu destinatário às sanções penais e administrativas cabíveis, tratando-se de um particular, em tese, configura-se o crime de desobediência, no entanto, tratando-se o requisitado descumpridor de um funcionário público há divergência quanto à prática delituosa<sup>88</sup>.

Na verdade, determinados agentes públicos desconhecem ou ainda não foram convencidos de que a Defensoria possa exercer esse poder, habituados ao cumprimento de ordens apenas judiciais<sup>89</sup>.

A normação de regência, Lei Complementar nº 80/94, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 98/99, não estabeleceu qualquer distinção ou

---

<sup>84</sup> Por meio da publicação de um edital ou por hora certa

<sup>85</sup> Ver Súmula 196 do STJ

<sup>86</sup> Paulo Galliez faz alusão à obra de Ligia Maria Bernardi “O Curador Especial no Código de Processo Civil”.

<sup>87</sup> Atributo do ato administrativo que torna despicienda a provocação do Judiciário para o cumprimento de suas determinações.

<sup>88</sup> Damásio de Jesus aponta três correntes acerca da matéria: a) pode ser sujeito ativo de desobediência, RT 418:249; b) não pode, RT 487:289 e c) se o funcionário desobedece a ordem como particular: se dentre suas funções não há crime de desobediência, podendo configurar-se prevaricação, RT 567:397.

<sup>89</sup> Paulo Galliez op. cit., p. 50.

enumerou taxativamente os atos que podem ser objeto de requisição, sendo certo que o fundamento legal para os Defensores Públicos da União encontra-se no art. 44, X, para os Defensores do Distrito Federal e territórios no art. 6º, XVI e, para os Defensores Públicos dos Estados no art. 128, X.

### 3.3 A Ação Transformadora

Hannah Arendt em a *Condição Humana*<sup>90</sup>, faz distinção entre labor, trabalho e ação. Sendo certo que o labor e o trabalho são etapas necessárias rumo à ação, última etapa do processo descrito pela autora e, apta à transformação.

A atuação do Defensor Público é um instrumento de transformação social, é ação transformadora da realidade, como em regra, a atuação de todos os operadores do Direito.

Nesse sentido, as palavras do Professor Gustavo Tepedino<sup>91</sup>:

Creio que da parte do operador do direito é indispensável uma mudança de atitude. Ele que é tradicionalmente formado para ser um conservador - na medida em que o conceito de paz social sempre se associou à preocupação de manter os *status quo* - precisa dar o seu grito de liberdade, em busca de uma maior efetividade na aplicação do direito, processo este que, ao contrário do que ensinava a escola clássica, não lhe pode ser jamais indiferente.

Para tanto, estais atentos, sobretudo, à dimensão humana de nossa profissão.

Pablo Picasso, em sua autobiografia, afirma que 'nunca se é cuidadoso o bastante quando se trata da vida de outras pessoas'.

'Quando eu era criança', conta o gênio catalão, 'eu vi uma aranha prestes a matar um inseto, preso em sua teia'. Ato contínuo, pegou o menino pintor uma pedra e agiu, descobrindo, logo depois, 'horrorizado, que acabara de matar os dois'.

A imagem me parece valiosa: não vos limiteis a uma atitude meramente técnica em vosso ofício e lembrai-vos sempre que os conflitos de interesses não são estruturas abstratas, empenhando, ao revés, uma parcela de vida das pessoas envolvidas.

Sei que, por nossas tantas limitações, não logramos dar-vos a formação que amaríamos vos haver proporcionado. Entretanto, espero que possais perceber a dimensão dinâmica do direito, transformado, pelo Texto Constitucional, de elemento meramente repressivo e conservador em instrumento promocional, a serviço do homem.

(...)

Meus queridos afilhados: Tende em vós a consciência e a certeza de que podeis interferir na realidade social, valendo-vos da função promocional do direito assegurada pelo projeto constitucional. Desconsiderai os costumes; desconsiderai as convenções e desconsiderai as normas que não atendam à promoção da dignidade do

<sup>90</sup> Revista Cult, ano 12, nº 139, setembro de 2009, in *Qual o sentido do Trabalho*, Suzana Albornoz, p. 48.

<sup>91</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O papel do jurista na reconstrução das instituições*. Discurso proferido na solenidade de colação de grau da Turma Professor Gustavo Tepedino, graduada em julho de 1994, Faculdade de Direito da UERJ, in *Temas de Direito Civil - Tomo II*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

homem. Valei-vos da ciência jurídica como instrumento de promoção da Justiça, voltada para a realização da personalidade humana.

Paulo Galliez ao citar artigo jornalístico<sup>92</sup>, defende a transcendência da atuação técnico-jurídica, afirma que a postura profissional do Defensor Público deve pautar-se pelos sentimentos morais de Justiça, indignação, solidariedade e, sobretudo, de decisão política. Incumbindo-lhe aconselhar, orientar e conscientizar sobre o exercício da plena cidadania.

Há neste momento uma constatação muito importante: a conscientização inicia um processo de libertação.

De posse de tal conhecimento e, com receio de suas conseqüências, o regime militar ao destituir o então Presidente João Goulart do poder ceifou o projeto de alfabetização de adultos criado por Paulo Freire. A base de tal projeto, sinteticamente, consistia em educação para libertação, o objetivo era desenvolver a criticidade do cidadão. Infelizmente, o educador foi exilado e, seu projeto substituído pelo Mobral, método cuja base consiste no aprendizado pela repetição, forma de alienação, muito oportuna à época.

Paulo Freire em sua *Pedagogia do oprimido*<sup>93</sup>, nos ensinou:

Quem, melhor que os oprimidos, se encontrará preparado para entender o significado terrível de uma sociedade opressora? Quem sentirá, melhor que eles, os efeitos da opressão? Quem, mais que eles, para ir compreendendo a necessidade da libertação? Libertação a que não chegarão pelo acaso, mas pela práxis de sua busca; pelo conhecimento e reconhecimento da necessidade de lutar por ela. Luta que, pela finalidade que lhe derem os oprimidos, será um ato de amor, com o qual se oporão ao desamor contido na violência dos opressores, até mesmo quando esta se revista da falsa generosidade referida.

(...)

A realidade social, objetiva, que não existe por acaso, mas como produto da ação dos homens, também não se transforma por acaso. Se os homens são os produtores desta realidade e se esta, na “invasão da práxis”, se volta sobre eles e os condiciona, transformar a realidade opressora é tarefa histórica, é tarefa dos homens.

Cumprе ressaltar que durante o exílio, no Chile, Paulo Freire e seu método foram responsáveis por um grande avanço social naquele país: contribuíram sobremaneira para a alfabetização, consciente, de seu povo.

Na toada da libertação também agiu Augusto Boal referindo-se explicitamente à *Pedagogia do Oprimido* de Paulo Freire e, em seu *Teatro do Oprimido*, aliou teatro e ação social enfatizando o aspecto pedagógico de tal prática. Os pressupostos conceituais do *Teatro do Oprimido* orbitam em torno de cultura, cidadania e opressão em uma sociedade dividida em classes sociais.

<sup>92</sup> *Estar com os de baixo* de autoria do Professor Emir Sade, in Folha de São Paulo, 07/11/2000.

<sup>93</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

Para Boal o Teatro do Oprimido é um modelo de prática cênico-pedagógica que possui características de militância e destina-se à mobilização do público, vinculando-se ao teatro de resistência, onde o “oprimido” é o indivíduo “despossuído do direito de falar, do direito de ter a sua personalidade, do direito de ser” (Boal, 1996).

Entre suas técnicas destaca-se o Teatro Legislativo que conduz a uma experiência sócio-cultural, cujo objetivo consiste na produção de propostas legislativas e ou jurídicas. Trata-se de uma forma de implantar o conteúdo político do Teatro do Oprimido, a partir dos problemas cotidianos da população elabora-se um levantamento de informações que serão úteis para a elaboração de leis.

As práticas de Paulo Freire e Augusto Boal são inspiradoras à prática da Defensoria Pública, vez que dão voz àquele privado das palavras.

### **3.4 Funções da Defensoria Pública**

O artigo 4º da Lei Complementar nº 80/94 enumera algumas funções institucionais da Defensoria Pública. Trata-se de rol meramente exemplificativo<sup>94</sup>, não encerra em si todas as funções atinentes à Instituição.

Assim, outras funções poderão ser-lhe atribuídas, por lei ou mesmo em decorrência do exercício de seu mister, desde que, claro, haja compatibilidade com sua finalidade institucional.

Distinguem-se as funções exercidas pela Defensoria em típicas, exercidas na defesa de direitos e interesses dos hipossuficientes e, atípicas, aquelas funções exercidas sem que seja considerada a situação econômica dos assistidos.

A promoção extrajudicial de conciliações por intermédio do aconselhamento jurídico constitui-se numa das funções primordiais da Defensoria Pública, consagrada, inclusive, pelo próprio texto constitucional.

A atuação do Defensor Público, nestes casos, consiste no esclarecimento das partes acerca de seus direitos e deveres, cujo objetivo é alcançar um consenso, uma composição sobre a controvérsia a ele submetida.

---

<sup>94</sup> Mello Moraes, op. cit, p. 24.

A grande vantagem dessa atuação cinge-se ao fato de que cientes de seus direitos e deveres, as partes, orientadas pelo Defensor Público, em regra buscam um acordo e deixam de acionar o Poder Judiciário, o que contribui sobremaneira para a efetividade do acesso à Justiça.

Promover a defesa, nas esferas penal e cível, é função elementar da Defensoria Pública. No âmbito da Justiça Criminal a atuação da Defensoria Pública na defesa de indiciados ou acusados é, nas palavras de Mello Moraes<sup>95</sup>, "guardiã dos direitos e garantias individuais", incumbindo-lhe zelar pelo respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, cuja aplicação, em última análise, interessa a toda a sociedade, vez que corolários do Estado Democrático de Direito. Reforçamos neste ponto a essencialidade da Instituição para a efetividade do Direito de acesso à Justiça como ponto fulcral na manutenção da democracia e aprimoramento dos objetivos colimados pela Constituição de 1988, que em seu artigo 3º clama por uma sociedade livre, justa e solidária.

Cumprir salientar que em matéria penal a atuação da Defensoria Pública não está vinculada à hipossuficiência econômica do acusado, assegurada sua intervenção pela garantia constitucional da ampla defesa.

A atuação da Defensoria Pública, nestes casos, dar-se-á em face de revelia ou quando o acusado, no início da ação, não indicar advogado ou, no seu curso, quando o advogado inicialmente constituído renunciar.

Instrumentalizar e garantir os direitos dos detentos com sua atuação junto aos estabelecimentos prisionais, velando, precipuamente pelo fiel cumprimento da Constituição e pela legislação de regência.

Outra função importante desempenhada pelo Defensor Público traduz-se na curadoria especial, trata-se de função atípica, vez que independe da situação econômica daquele que tenha sido citado por edital ou por hora certa, do incapaz sem representante legal ou cujos interesses sejam colidentes com os interesses do representante, ou do réu preso<sup>96</sup>.

O Defensor Público também promove a defesa da criança e do adolescente<sup>97</sup>, judicialmente, individual ou coletivamente, ajuizando ações civis públicas (art. 210, III, ECA e o art. 5º da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, alterado pela Lei 11.448 de 15 de janeiro de 2007)e, mais, pode atuar administrativamente participando dos Conselhos Estaduais e Municipais de Defesa da Criança e do Adolescente, ao fiscalizar as Instituições de Internação

---

<sup>95</sup> Op. cit, p. 27.

<sup>96</sup> Ver artigo 9º do Código de Processo Civil.

<sup>97</sup> MELLO MORAES, 1995, p. 28-29.

de menores, velando pelos seus direitos, assegurados pelo Estatuto, constituindo-se tal atividade numa de suas funções mais edificantes (arts. 140 e 206 e seguintes, Lei nº 8069/90).

Faceta de grande importância revela-se na atuação da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais, promovendo aconselhamento jurídico nas tentativas de conciliação e representando judicialmente os cidadãos sem condições de constituir advogado.

O Código de Defesa do Consumidor, igualmente, previu como instrumento da Política Nacional das Relações de Consumo, a manutenção da assistência jurídica, integral e gratuita ao consumidor desprovido de recursos suficientes para a contratação de um advogado, inclusive por meio de ações civis públicas<sup>98</sup>, coletivamente, portanto.

Oportuno lembrar que, seja no exercício de funções típicas ou atípicas, os membros da Defensoria Pública devem agir com vistas à resolução do conflito, objetivando a efetivação da Justiça no caso concreto.

O Defensor Público tem como missão essencial garantir o acesso à ordem jurídica justa. De acordo com Leandro Coelho de Carvalho até pouco tempo entendido como mero acesso ao Judiciário, hoje, remodelado:

( i ) um direito de acesso a uma ordem jurídica justa ( ii ) que permita uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, ( iii ) considerando as particularidades das situações de direito substancial (iv) e as diferentes posições sociais, (v) que possibilite também a participação das partes na formação da decisão, ( vi ) bem como garanta o acesso à informação e orientação jurídicas.<sup>99</sup>

Num movimento histórico, evolutivo, civilizatório, enfim, procuramos substituir, com base no ideal de Justiça, a formalidade pela efetividade.

### **3.5 Defensoria e Advocacia**

Conquanto estejam topograficamente muito próximas na Constituição, encerram naturezas distintas

A advocacia tem compromisso social, e tem uma função que extrapola a sua condição profissional e de defesa de interesses particulares, porque, além de indispensável à

---

<sup>98</sup> Ver STJ REsp 912849/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJe 28/04/2008

<sup>99</sup> CARVALHO, Leandro Coelho. *As Atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à ordem jurídica justa*. Revista de Processo, São Paulo, ano 33, n. 156, p. 204-224, fev./2008.

administração da Justiça (art.133,CF), o advogado é um defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade de seu ministério à elevada função pública que exerce<sup>100</sup>.

A advocacia pública é denominação que se contrapõe a advocacia privada, sendo parâmetros para sua distinção os interesses aconselhados ou patrocinados e os requisitos exigidos para seu exercício.

Diz-se advocacia pública aquela que aconselha ou patrocina interesses de pessoas jurídicas de direito público, interesses em que prevalece não a vontade do agente mas a da coletividade consagrada no ordenamento constitucional ou legal<sup>101</sup>. Por tal circunstância, são esses interesses superiores aos dos particulares e indisponíveis pelos respectivos gestores, configurando regime jurídico que extrapola dos limites administrativos para impregnar o regramento processual, como adiante se examinará.

Os integrantes da advocacia pública têm vinculação funcional ao Estado, incluindo as pessoas jurídicas de Direito Público Interno e as pessoas de direito público de natureza administrativa. Logo, além de atenderem aos requisitos e condições para a advocacia, devem ser inscritos nos quadros da OAB, os advogados públicos submetem-se a concurso público e são regidos pelo Estatuto da Ordem e pelos estatutos e normas próprios aos servidores públicos e, também às normas especiais que regem os órgãos a que estão vinculados.

No gerenciamento dos interesses públicos, ao desempenhar atividades de consultoria ou de assessoria, a advocacia pública está vinculada ao Poder Executivo, que detém praticamente o monopólio da atividade administrativa, e coordena o conjunto de órgãos e entidades que compõem a Administração Pública.

Quando se fala em defesa do Estado, há que se esclarecer que Estado tem sentido amplo para abranger as pessoas políticas, bem assim, as pessoas públicas de natureza administrativa, as autarquias e as fundações de direito público. A conotação que se dá a Estado, em geral, é a de interesses públicos indisponíveis, geridos por pessoas de natureza pública, submetidas a regime jurídico de direito público, de que decorrem a autoexecutoriedade dos atos administrativos e a presunção relativa de sua legalidade, repercutindo quanto à dispensa de autorização judicial para a execução decorrente da vontade estatal manifestada pelo agente público, e pela inversão do ônus da prova, respectivamente,

---

<sup>100</sup> Código de Ética, art.2º

<sup>101</sup> SESTA, Mário Bernardo – *A Advocacia de Estado. Posição Institucional*. Revista de Informação Legislativa, n.117, p.191.

cujas bases estão fincadas em dois princípios: o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos.

Afirma-se, em considerando a supremacia dos interesses públicos, que a relação jurídica instaurada entre pessoa pública e pessoa natural ou jurídica privada apresenta verticalidade, na acepção de desigualdade entre as partes, com posicionamento superior da pessoa pública.

O princípio da indisponibilidade dos interesses públicos consiste na impossibilidade de o administrador agir segundo sua vontade, ao contrário, restringir-se ao regulado no ordenamento jurídico, daí decorrendo os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, já mencionados<sup>102</sup>, e outros que atendam ao que o legislador, no exercício de sua competência, interpretou como o abstrato interesse da coletividade.

### **3.6 Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Gratuidade de Justiça**

Os conceitos de assistência judiciária, de gratuidade de justiça e de assistência jurídica não se confundem.

A assistência jurídica consiste na prestação de serviços jurídicos aos hipossuficientes, seja consultivo ou judicial (processual).

O conceito de assistência jurídica, inserido na Constituição e elevado à categoria de princípio constitucional, art. 5º, inciso LXXIV<sup>103</sup>, impôs ao Estado um dever amplo, que não abrange apenas a gratuidade da justiça, a intenção do legislador constituinte originário, ao que tudo indica, foi tornar efetivo o acesso à Justiça a todos, independentemente, de sua condição sócio-econômica.

Cediço, portanto, que o direito não é limitado à assistência judiciária, trata-se de um conceito mais amplo, o termo "assistência jurídica integral", consoante Giannakos<sup>104</sup>, traduz sua finalidade ambivalente: a) a assistência transcende o Juízo, trata-se de assistência

---

<sup>102</sup> Ver item 3.1

<sup>103</sup> "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"

<sup>104</sup> GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência judiciária no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42.

jurídica, persegue o Direito, efetivando-se onde ele estiver; b) a assistência é integral, não se esgota na parte, na unidade, objetiva coordenar os diversos grupos sociais<sup>105</sup>.

Trata-se, em verdade, de um serviço consultivo prestado aos cidadãos hipossuficientes economicamente, com o intuito primordial de composição do conflito, que contribui, inclusive para diminuição da carga da máquina judiciária.

A assistência jurídica é gênero do qual são espécies: assistência judiciária, assistência pré-judiciária, extrajudicial ou extrajudiciária, conforme observou Giannakos, salientando que o preceito constitucional garante "assistência jurídica", que abrange a prestação de outros serviços, como consultas, pareceres e assistência jurídica extrajudicial.

O patrocínio judicial do necessitado é chamado de assistência judiciária.

A gratuidade da justiça, por sua vez, compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos.

Incumbe à Defensoria Pública, como já foi dito antes, instituição essencial à função jurisdicional do Estado a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, sendo certo que a disposição do artigo 5º, LXXIV faz referência aos que comprovarem insuficiência de recursos.

No entanto, quanto à questão da comprovação destaca José Maria Rosa Tesheiner, citado por Giannakos, que a Lei nº 1.060/50 (com redação dada pela Lei nº 7510/86), não exige tal requisito, suficiente a declaração do requerente, sob as penas da lei, de que não goza de condições para arcar com as custas do processo e com os honorários de um advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família,

Nesse sentido o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>106</sup>, para obtenção da assistência judiciária gratuita é suficiente a simples afirmação do interessado de que não dispõe de condições de arcar com as custas do processo e com os honorários do advogado, sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família. A declaração prestada na forma da lei, firma a favor do requerente presunção *juris tantum* de necessidade que somente será elidida diante de prova em contrário.

A concessão da assistência judiciária gratuita encerra uma decisão de natureza constitutiva, sem força de coisa julgada<sup>107</sup>, passível portanto, de revogação, de ofício ou a requerimento, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 1060/50.

---

<sup>105</sup> Ibidem p. 42

<sup>106</sup> STJ: REsp 299063/SP, Relatora Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ 08/10/2001 e, Ag 1198666, decisão monocrática, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 09/10/2009.

<sup>107</sup> GIANNAKOS, op, cit. p. 44

A expressão assistência judiciária, no sentido de garantia de igualdade de acesso à Justiça deve ser admitida com maior abrangência, vez que a expressão nomeia instituto ligado à tutela de direitos subjetivos e, compreende ainda, atividades técnico-jurídicas preventivas, consultivas, informativas e de aconselhamento, não significando apenas acesso aos Tribunais.

Traz em si o ideal de igualar a todos em oportunidades diante da lei, a fim de que seja alçada a tão almejada efetividade do acesso, assim, a expressão mais feliz é, sem dúvida, assistência jurídica.

Cumpra ressaltar que o hipossuficiente não está livre da multa prevista no art. 14, parágrafo único do Código de Processo Civil nos casos atos prejudiciais à efetivação de provimentos judiciais.

Horácio Vanderlei Tostes, questiona a quem deve ser dirigida a declaração de hipossuficiência? E, sustenta não ter dúvida de que deve dirigir-se ao órgão de atuação da Defensoria Pública<sup>108</sup>, pelo que não há de se falar em deferimento da gratuidade de justiça pelo magistrado, mas sim pelo órgão de atuação da Defensoria Pública, estando, assim, revogado o art. 5.º da referida lei ordinária, por ser incompatível com o sistema jurídico vigente.

Para exemplificar apresenta um caso hipotético, a concessão de assistência jurídica integral e gratuita pelo órgão estatal responsável pela assistência judiciária e, ao promover a demanda, o juiz competente para a causa entende não ser o caso de deferimento da gratuidade da Justiça ao assistido pela Defensoria Pública. Assim, um cidadão assistido pela Defensoria tem o pedido de gratuidade de justiça negado pelo juiz.

Prossegue o precitado autor tentando indicar a solução: conquanto a lei 1.060/50 preveja recurso de tal decisão, continua trabalhando hipoteticamente, o tribunal *ad quem* mantém a decisão de indeferimento da gratuidade de justiça. Por se tratar de questão fática, prova de hipossuficiência, não cabe recurso extremo<sup>109</sup>.

Destaca que não se trata de situação em que haja a parte contrária impugnado a gratuidade de justiça no curso do processo, situação distinta, vez que, nesta última situação há espaço para o contraditório, quando, provando que o cidadão não faz jus a assistência judiciária, este não terá direito a gratuidade de justiça, nem de ser assistido por Defensor Público.

---

<sup>108</sup> Horácio Vanderlei Tostes Defensor Público de Minas Gerais *in* A gratuidade de justiça como função institucional da Defensoria Pública.

<sup>109</sup> Súmula nº 7, STJ

Naquela situação hipotética, aventada pelo autor, o necessitado tem vedado seu direito de gratuidade de justiça, mesmo estando assistido por órgão do Estado instituído constitucionalmente para tanto, revelando-se uma ingerência de um poder, o Judiciário, na prestação da atividade fim de órgão autônomo, Defensoria Pública, de outro poder, e o mais grave indicado pelo citado autor: sem contraditório, ou seja, sem que a presunção de veracidade de sua afirmação de hipossuficiência seja cabalmente destruída por procedimento em que lhe seja garantida a ampla defesa, já que a boa-fé se presume, enquanto a má-fé há de ser provada.

Conclui Tostes salientando que não é condizente com a ordem jurídica em vigor que uma instituição, essencial à função jurisdicional do Estado, tenha sua atuação regulada, concessão da gratuidade de justiça ao necessitado, pelo órgão jurisdicional, exatamente por constituir-se a Defensoria Pública, em instituição essencial à função estatal de dizer o direito.

Salienta a importância do serviço prestado pela Defensoria Pública, ainda quando atue extrajudicialmente na composição de litígios. Ou seja, quando o órgão da assistência judiciária promove a conciliação entre as partes litigantes na fase pré-processual, extrajudicialmente, cujo instrumento de transação assume condição de título executivo extrajudicial, inciso II do art. 585 do Código de Processo Civil, concede a gratuidade de justiça aos hipossuficientes, não havendo de se falar em tributação na prestação deste serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte.

De acordo com Tostes, entender que cabe ao judiciário a concessão da gratuidade de justiça, como previsto na lei 1060/50, é reduzir o órgão estatal essencial à função jurisdicional do Estado responsável pela assistência judiciária a uma subordinação não prevista no texto constitucional, pois os poderes do Estado são autônomos e harmônicos entre si, não podendo um órgão do Poder Judiciário se imiscuir na atividade institucional de órgão autônomo de outro poder do Estado, o Poder Executivo.

Ademais, é plenamente possível que a parte contrária impugne a assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública nos moldes do preceituado no art. 7.º da Lei 1.060/50, sendo certo que tal dispositivo há de ser interpretado com supressão de texto, pois não há de se falar em situação de suficiência superveniente ao pleito da gratuidade de justiça, já que no momento da necessidade de assistência judiciária é que se perfaz o direito ao serviço público estatal, efetivando-se a concessão, momento do fato gerador da exação de custas judiciais, quando da análise da situação fática do administrado pelo órgão de atuação da Defensoria Pública.

Assim, sustenta, a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei Ordinária 1.060/50, ao fundamento de que a gratuidade de justiça é uma imunidade tributária, vez que garantida em sede constitucional aos necessitados, bem assim por inconstitucionalidade formal, já que lei federal não pode suspender a exigibilidade de tributo estadual, quando se estiver demandando em sede de justiça estadual.

## CONCLUSÃO

O Brasil, infelizmente, ainda figura entre os países de maior contraste social do mundo, a má distribuição de rendas é patente. Nesse contexto, o atingimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Constituição, torna-se missão de grande monta.

Não por acaso, a mesmo documento político que pretende construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades, bem assim, promover o bem estar de todos, instrumentaliza o Estado com uma instituição apta a prestar assistência jurídica aos necessitados.

A Defensoria Pública vem completar o tripé da Justiça, relativamente aos menos favorecidos: acusador (em regra o Ministério Público), julgador (Poder Judiciário) e, a partir da Constituição cidadã, a defesa se faz institucionalizada (a Defensoria Pública).

O processo histórico do Brasil impediu, durante muito tempo, o exercício da cidadania, o Direito, durante muito tempo, foi utilizado como instrumento de manutenção do poder, instrumento de contenção da massa. Massa, por sua vez, alijada do maior bem de que um homem pode gozar: a consciência.

Com base no ideal cristão de que o sofrimento dignifica o homem, e em máximas preconizadas pelo Estado Liberal, "Deus ajuda a quem cedo madruga", homens de pouca cultura, os peões das fábricas, calados numa linha de produção, foram responsáveis pelo processo de industrialização do Brasil, a este intento serviu a alienação.

Outros, homens de muito saber, e que tinham muito a dizer, foram exilados, impedidos de contribuir para a libertação, naquele momento histórico ela não interessava aos ocupantes do poder.

O processo de redemocratização do país, trouxe de volta a esperança. A Assembléia Nacional Constituinte instalada em 1987 e que aos 05/10/1988 promulgou a Constituição da República, atentou para valores maiores, benditos sejam os homens que, sob a proteção de Deus, em nome do povo, elaboraram a nossa Constituição visando instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, e sem preconceitos, fundada na

harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A institucionalização da Defensoria Pública representou, nesse passo, um grande avanço, vez que criada como instrumento hábil a imprimir efetividade aos direitos enunciados pela Constituição aos que carecem de voz.

O papel da Defensoria Pública não se limita à defesa judicial dos hipossuficientes econômicos, ao contrário, traduz-se num ideário de atingimento de todos os objetivos colimados pela nossa Constituição, explícita ou implicitamente. Cabe ao Defensor Público, enquanto agente do Estado, disseminar a possibilidade da Justiça, cabe ao Defensor Público, levar luz às trevas da ignorância, permitir que a dialética social seja promovida a fim de que sejam encontradas soluções concretas para os problemas que afligem àqueles que sequer sabem ser possuidores de direitos.

Estudos diagnósticos elaborados pelo Ministério da Justiça demonstram certa relação entre a estruturação da Defensoria Pública e a melhora do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) nos Estados<sup>110</sup>.

Não se trata de uma pretensão imatura, um desejo adolescente, trata-se de possibilidade real de transformação social. Imaginemos que cada núcleo faça sua parte, cada núcleo contribua para o mister constitucional outorgado à Defensoria Pública e, mais, imaginemos que a instituição seja respeitada pelos demais agentes do Estado, que sejam reconhecidas sua autonomia e independência, certamente consistirá num poderoso instrumento de manutenção e defesa do próprio Estado Democrático de Direito.

Pela crença na força desta instituição é que este trabalho se concretizou, esperamos ter contribuído para a afirmação da Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado e, mais, essencial ao alcance da efetivação dos direitos assegurados por este mesmo Estado.

---

<sup>110</sup> Disponíveis em : <[www.mj.gov.br/reforma](http://www.mj.gov.br/reforma)> ou <[www.anadep.org.br](http://www.anadep.org.br)>

## REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. 2ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Luiz Carlos. *Introdução à História do Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CARVALHO, Leandro Coelho. *As Atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso á ordem jurídica justa*. Revista de Processo, São Paulo, ano 33, n. 156, p. 204-224, fev./2008.
- DINIZ, José Janguê Bezerra. *A efetividade do processo como instrumento de cidadania*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo: ESDC, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2009.
- GARCIA, Maria. *Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2º do art. 5º da CF/88. Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 15, nº 61, p. 245-257, out/dez 2007.
- GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência judiciária no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *O Acesso à Justiça Como Direito Humano e Fundamental*, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, v. 19, nº 226, abril de 2008. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10 ed. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

MEDAUR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Os desafios contemporâneos da eficácia, da efetividade e dos conflitos no campo dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 15, n. 61, p.49-73, out-dez/2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar nº 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MUTA, Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, tomo II: organização do Estado e dos Poderes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

PARENTONI, Leonardo Netto. *Da Assistência Jurídica Gratuita na Jurisprudência Brasileira*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo, n. 71, p. 62-79, fev./2009.

- RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça coletiva: legitimidade ativa e pertinência temática*. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 167, p.231-249, jan/2009.
- ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Élide. *Direitos Humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ROCHA, José Manuel de Saccadura. *Fundamentos e Fronteiras da Sociologia Jurídica (Os Clássicos)*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- SCHEER, Milene de Alcântara Martins. *A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a Efetividade da Norma Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 14, n° 54, jan./mar. 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TAVARES, Ramos André; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil - Tomo II*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TORRES, Jasson Ayres. *O Acesso à Justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- WELTER, Belmiro Pedro. *(Des)Velamento da cidadania na Democracia Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 15, n. 61, p. 75-96, out-dez/2007.

## APÊNDICES

**ANEXOS**

ANEXO 01 – Lei Complementar nº 80 de / / 94.

ANEXO 02 -

ANEXO 03 -

ANEXO 04 -

ANEXO 05 -