

A Defensoria Pública Enquanto Garantia Fundamental Institucional - Releitura do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro

Gustavo Barbosa Giudicelli*

1. Introdução

Apesar de expressamente prevista pela Constituição Federal de 1988, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados (art. 134), a Defensoria Pública no Brasil ainda enfrenta diversos entraves ao pleno atendimento do comando constitucional, seja do ponto de vista material-estrutural¹, seja do ponto de vista jurídico, sendo ainda freqüentes os questionamentos quanto aos limites e predicados da atuação da Defensoria Pública na tutela jurídica do seu público alvo.

Quanto a este último aspecto, foco do presente trabalho, observa-se que ainda há quem não aceite a legitimidade do Defensor Público para a propositura de Ação Civil Pública em nome próprio², havendo ainda quem pretenda atribuir também à OAB a incumbência de, através de convênios com o Poder Público, prestar assistência jurídica aos hipossuficientes³, nos moldes outrora existentes no Estado de Santa Catarina, o que, ressalte-se, já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁴.

Buscando fazer frente a tais questionamentos, imprescindível se faz investigar o papel da Defensoria Pública no cenário jurídico-constitucional pátrio, almejando estabelecer o seu correto enquadramento enquanto garantia fundamental institucional, vinculada, sobretudo, ao direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, na dicção do art. 5º, LXXIV da Constituição Federal.

* Defensor Público do Estado de Alagoas.

¹ Segundo mapa da Defensoria Pública no Brasil, recentemente publicado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), disponível em <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria> (acessado em 15.04.2013), 95,4% das comarcas brasileiras não possuem Defensores Públicos em quantidade suficiente, sendo que em 72% delas sequer há Defensor Público, valendo destacar ainda a imensa distorção entre o número de Juízes (11.835), membros do Ministério Público (9.963) e Defensores Públicos (5.054) em atividade no Brasil.

² Por exemplo, essa é a opinião exposta pelo Promotor Público André Luis Alves de Melo em artigo publicado no sítio Consultor Jurídico na Internet (<http://www.conjur.com.br/2013-abr-06/andre-luis-melo-defensoria-nao-ajuizar-acao-civil-publica-nome-proprio>). Acesso em 15.04.2013.

³ Através de Projeto de Emenda Constitucional em trâmite na Câmara dos Deputados (PEC 184/2012).

⁴ ADI 3892/SC, julgada em 14.03.12.

Para tanto, importa reconhecer a necessidade de uma interpretação sistemática-teleológica que propicie a “consecução das metas e dos objetivos fundamentais da República”⁵, considerando as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, bem como atendendo-se ao postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais⁶.

Eis o objetivo do trabalho ora apresentado, pretendendo-se reconhecer na Defensoria Pública o status de garantia fundamental institucional, enquadrando-a nas classificações mais usuais dos direitos fundamentais, com todas as conseqüências práticas daí advindas.

Nesse sentido, se discorrerá brevemente sobre o papel que os direitos fundamentais vêm assumindo no direito constitucional contemporâneo, destacando sua essencialidade⁷ e sua força vinculante para todos os agentes sociais, em especial no que tange ao dever estatal de proteção e fomento⁸.

Posteriormente, a partir da análise das diversas classificações dos direitos fundamentais, se pretenderá o enquadramento da Defensoria Pública no conceito de garantia fundamental institucional, com todas as conseqüências práticas daí advindas, que vão desde a consagração de sua essencialidade e fundamentabilidade, até o reconhecimento do seu status de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CF), inviabilizando qualquer tentativa de supressão de suas funções através de emenda constitucional.

Fixadas estas premissas, serão enfrentadas as questões supramencionadas quanto ao papel da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro, seus limites e possibilidades, sempre à luz, repita-se, da interpretação sistemática-teleológica do ordenamento jurídico pátrio e da natureza de garantia fundamental institucional que deve ser reconhecida à Defensoria Pública.

2. A defensoria Pública enquanto garantia fundamental institucional

a) Visão geral dos Direitos Fundamentais

⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do** . 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

⁶ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 381.

⁷ Há quem diga, com apoio na doutrina estrangeira, que não há ordem jurídica legítima sem que se reconheça direitos fundamentais. Nesse sentido, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76-77

⁸ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 375.

Consoante destacado supra, o presente estudo tem como escopo enquadrar a Defensoria Pública no âmbito dos direitos fundamentais, pelo que se faz imperioso a análise, ainda que sucinta, tendo em vista os limites da investigação que se propõe, do papel que tais direitos vêm assumindo no direito constitucional contemporâneo, com reflexos em todos os demais ramos do direito.

Nessa seara, e embora muitos autores destaquem as origens pretéritas dos direitos fundamentais⁹, parte-se aqui do entendimento de que tais direitos, como entendidos hoje em dia, tiveram seu surgimento nas declarações de direitos do final do século XVIII, momento no qual os seus requisitos essenciais se mostraram presentes, quais sejam, as noções de Estado, indivíduo e de um texto normativo regulador da relação entre ambos (Constituição)¹⁰.

Com efeito, foi a partir do surgimento das primeiras constituições enquanto documentos formais que regulam determinada sociedade, dotados de superioridade hierárquica, que os direitos fundamentais adquiriram sua posição de um dos elementos essenciais daquelas, constituindo o seu núcleo material, além da separação dos Poderes, sendo *conditio sine qua non* do Estado Constitucional¹¹.

Era a consagração do Estado Liberal em sua primeira fase, consubstanciado na tríade ideológica da Revolução Francesa, qual seja, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, correspondentes às chamadas gerações dos direitos fundamentais, sucessivas e complementares¹² ao longo do seu desenvolvimento histórico.

Inicialmente, consolidou-se a chamada primeira dimensão dos direitos fundamentais, identificada com o ideal da liberdade, no sentido de direito de defesa do particular contra a interferência indevida do Estado em sua autonomia privada, correspondentes, portanto, aos direitos civis e políticos que inauguraram o constitucionalismo do Ocidente¹³.

⁹ Ver, por todos, SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 37 e seguintes.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 10-11.

¹¹ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58-59.

¹² Justamente em razão dessa complementariedade, critica-se muito na doutrina nacional a utilização do termo “geração”, sendo preferível o termo “dimensão”, que será aqui utilizado. Nesse sentido, por todos, WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Medeiros, 2006.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563

Posteriormente, a partir da crise social oriunda da chamada Revolução Industrial¹⁴ e, no plano teórico, a partir da expansão do Comunismo, começou a ser difundida a idéia de que o Estado não era o único inimigo das liberdades humanas e que a sua absoluta inércia, permitindo que a sociedade se desenvolvesse pelas “mãos livres do mercado”, também gerava sérios desequilíbrios sociais.

Almejando combater tais distorções do sistema capitalista então em crise, surge a chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais, consubstanciada na idéia de que ao Estado cabia, além dos seus deveres de abstenção, deveres de atuação positiva no fomento dos direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos.

Nas palavras do português José Carlos Vieira de Andrade:

*Os direitos a prestações, ao contrário, imporiam ao Estado o dever de agir, quer seja para protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais. Em qualquer dos casos, o direito pode ser a prestações materiais (intervenção policial ou prestação de ensino ou cuidados médicos) ou jurídicas (emissão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho ou do arrendamento para habitação)*¹⁵.

O Estado deixa, assim, de ser o “maior inimigo” das liberdades individuais, em sua concepção material que vai muito além da liberdade meramente formal, para se tornar o agente fomentador dos direitos sociais, econômicos e culturais, se reconciliando com a Sociedade¹⁶.

Completando a tríade ideológica da Revolução Francesa, surgem os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, valendo transcrever à respeito os ensinamentos de Ingo Sarlet:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa¹⁷.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 59.

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 168.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 602

¹⁷ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

Por fim, há quem fale ainda em direitos fundamentais de quarta dimensão, sendo estes “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”¹⁸

Consagram-se, pois, os direitos fundamentais para além do seu aspecto subjetivo-individual, conjugando as dimensões anteriores e alavancando-os à condição de fundamento axiológico de um Estado Democrático e Social de Direito, tendo sido esse o modelo escolhido por nosso Poder Constituinte.

Para se concluir nesse sentido, basta a leitura do Preâmbulo e dos primeiros artigos da Constituição Federal, pelos quais se verifica que nosso Poder Constituinte optou expressamente pela adoção de um Estado Social e Democrático de Direito, com todas as conseqüências daí advindas, sendo de se destacar “seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”¹⁹.

De fato, a doutrina pátria é unânime em destacar o sentido compromissório e dirigente da nossa Carta Magna²⁰, sendo vários os aspectos que explicitam a opção político-social supramencionada, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, destacando-se [1] o extenso catálogo de direitos e garantias consignados, incluindo aí os direitos sociais; [2] a posição topográfica desse rol de direitos, reconhecendo seu caráter de “valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”²¹; [3] a especial proteção dada à eles pelo art. 60, §4º, CF; e [4] a centralidade dada ao princípio da dignidade humana, tido como o epicentro axiológico do ordenamento jurídico²².

Ressalte-se ainda a existência de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal²³, seja em razão da cláusula de abertura disposta no

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 571

¹⁹ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 134.

²¹ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 66.

²² SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 59.

²³ Como reconhecido pelo STF no julgamento da ADI 939-7/DF, aonde se entendeu que a garantia do art. 150, III, “b” da Constituição Federal é uma garantia fundamental, gozando do status de cláusula pétrea.

seu art. 5º, §2º²⁴, seja em razão do próprio conceito material de direitos fundamentais, que engloba não apenas aqueles formalmente fundamentais, como também aqueles que, “por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”²⁵.

Por fim, como último aspecto a ser considerado, ressalte-se aqui a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), com efeito vinculante para todos os agentes estatais, gerando para o Estado obrigações positivas e negativas, assim sintetizadas por Ingo Sarlet:

Do efeito vinculante inerente ao art. 5º §1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes Públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.²⁶

É nesse contexto que se insere a Defensoria Pública enquanto “função essencial à atividade jurisdicional do Estado” (art. 134, CF), não havendo dúvidas, portanto, do caráter de fundamentabilidade de sua missão institucional, conforme, aliás, expressamente estabelecido no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal, sendo obrigação do Estado implementá-la, fomentá-la e protegê-la, dotando-a de todas as condições jurídicas e materiais para o cumprimento de sua finalidade constitucional.

Antes, porém, de adentrarmos na investigação do papel da Defensoria Pública no cenário dos direitos fundamentais, faz-se necessário breve análise das mais relevantes classificações das espécies de direitos fundamentais formuladas na doutrina, de modo a proceder a um correto enquadramento da Defensoria Pública neste âmbito, o que se passa a fazer.

b) Classificações dos Direitos Fundamentais – Enquadramento da Defensoria Pública

Para além da classificação dos direitos fundamentais em razão de sua evolução histórica, referida supra, diversos autores nacionais e estrangeiros buscaram desenvolver classificações outras, baseadas nos mais diversos critérios, que vão desde critérios

²⁴ Sobre o alcance do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, ver SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

²⁵ *Ibid.* p. 91.

²⁶ *Ibid.*, p. 375.

relativos à funcionalidade dos direitos fundamentais²⁷, até sua forma de positivação em uma determinada Constituição²⁸.

Sem que se vá aqui adentrar nesse intrincado tema, basta para os propósitos do trabalho verificar que, ao nos debruçarmos sobre nossa Constituição Federal de 1988, uma primeira nota distintiva salta logo aos olhos, qual seja, a distinção entre direitos fundamentais de um lado e, de outro, as garantias fundamentais que os protegem, não tendo o Constituinte, no entanto, olvidado esforços em estabelecer uma distinção conceitual entre ambos os institutos, e nem sequer em sistematizá-los separadamente, tarefa essa que ficou a cargo da doutrina.

Trata-se, todavia, de distinção já realizada pela doutrina pátria desde Rui Barbosa, que bem destacou a necessidade de separarmos

no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.²⁹ (grifo no original).

Desenvolvendo o tema, o professor Paulo Bonavides distingue as garantias constitucionais das garantias institucionais, a partir da obra do jurista Carl Schmitt, destacando sua íntima relação com o advento do Estado Social³⁰.

Conceituando o instituto, completa o autor:

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.³¹

²⁷ Sendo essa a opção de Ingo Sarlet, que destaca a abrangência e elasticidade desse critério, viabilizando sua adaptação ao direito constitucional positivo. *Ibid.* p. 163.

²⁸ Nossa Constituição, por exemplo, dividiu os direitos e garantias fundamentais no seu Título II entre direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e dos partidos políticos, sendo muitas as críticas que podem ser feitas a essa escolha, sobretudo no que se refere à sua falta de sistematicidade e rigor científico. Nesse sentido, entre outros, Ingo Sarlet. *Ibid.*, p. 159-160.

²⁹ BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 535.

³¹ *Ibid.* p. 537

Adotando o mesmo posicionamento³², Ingo Sarlet reconhece que o Ministério Público, enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127 da CF 88), “constitui autêntica garantia institucional fundamental e, por esta razão, encontra-se protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional”³³.

O que se defende no presente trabalho é justamente a necessidade de se atribuir à Defensoria Pública o mesmo status dado pelo supramencionado autor ao Ministério Público³⁴, sendo certo que, considerando os termos utilizados pela Constituição Federal nos dispositivos pertinentes (art. 127 e 134), ambas as instituições gozam do mesmo atributo de “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”, não havendo nada que justifique tratamento diferenciado quanto ao reconhecimento de sua natureza de garantia institucional fundamental³⁵.

Reforçando a tese, reitere-se aqui que, utilizando-se de um conceito material de direitos e garantias fundamentais, estes englobam não apenas aqueles constantes do Título II da Carta Magna, mas também aqueles que, “por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”³⁶.

Ora, a importância dada à Defensoria Pública pela Constituição que justifica sua inclusão entre as garantias fundamentais decorre da própria essencialidade lhe atribuída para a função jurisdicional do Estado, que, por sua vez, também é uma garantia constitucional por força do art. 5º, XXXV, da Carta Magna³⁷.

³² Embora inserida em uma proposta classificatória mais ampla que, em razão dos limites do estudo ora proposto, não será aqui analisada em seus pormenores. Para aprofundamento, ver SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 155 e seguintes.

³³ Ibid., p. 182, nota de rodapé 579.

³⁴ Tal como já feito, embora sem maiores aprofundamentos, por CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 599.

³⁵ A única nota distintiva digna de menção é o vocábulo “permanente” dado ao Ministério Público e não estendido à Defensoria Pública, que, no entanto, não infirma a jusfundamentabilidade desta e nem contradiz sua condição de cláusula pétrea, conforme se demonstrará em outro capítulo do presente estudo. Por outro lado, recentemente a Emenda Constitucional nº 45/04 estendeu às Defensorias Públicas Estaduais a mesma autonomia funcional e administrativa dada ao Ministério Público, corroborando tratar-se de instituições merecedoras da mesma proteção constitucional. Ressalte-se, porém, que o mesmo tratamento não foi dado à Defensoria Pública da União, em diferenciação que não se sustenta, tratando-se de equívoco que deve, *de lege ferenda*, ser corrigido.

³⁶ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 91.

³⁷ Reconhecendo o status de garantia constitucional ao dispositivo do art. 5º, XXXV, da CF 88, ver SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 430.

Sendo assim, o conceito de garantia institucional dado pelo professor Paulo Bonavides, supracitado, ampara o reconhecimento da Defensoria Pública enquanto garantia fundamental institucional, não havendo dúvidas, repise-se, da importância que lhe foi atribuída pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, a Defensoria Pública é a instituição incumbida pelo Constituinte para o cumprimento do direito fundamental insculpido no art. 5º, LXXIV, da CF 88, sendo indubitável sua natureza de garantia instrumental deste, amoldando-se perfeitamente no conceito de “disposições assecuratórias”, correlatas às “disposições declaratórias”, conforme lição do mestre Rui Barbosa, referida supra.

Também o conceito de normas de direitos fundamentais atribuídas³⁸, sendo estas aquelas que possuem uma relação de refinamento com as normas expressamente positivadas, guardando com elas uma relação de fundamentação, utilizando-se do critério da correta fundamentação referida a direitos fundamentais³⁹, autoriza o reconhecimento do status de garantia fundamental à Defensoria Pública.

Com efeito, o reconhecimento da jusfundamentabilidade da Defensoria Pública decorre diretamente do direito fundamental de acesso à justiça previsto no art. 5º, LXXIV da CF 88, fundamentando e garantindo este, tendo como missão institucional justamente dar-lhe o máximo de efetividade, servindo ao postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais⁴⁰, bem como aos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados, respectivamente, nos arts. 1º e 3º da Carta Magna.

Para melhor fundamentar o que ora se afirma, e como último passo antecedente ao estudo do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico pátrio contemporâneo, faz-se necessária breve análise do direito fundamental do acesso à justiça, o que passa a ser feito a seguir.

c) O direito fundamental de acesso à Justiça

A Constituição Federal de 1988, com inegável avanço, erigiu o direito de acesso à Justiça à categoria de direito fundamental, conjugando-o em duas normas de direitos

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 69.

³⁹ *Ibid.*, p. 74.

⁴⁰ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 381

fundamentais, derivadas e complementares entre si, quais sejam, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF 88), e o direito a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CF 88).

Apesar da imensa maioria dos compêndios de Direito Constitucional mencionarem apenas o primeiro princípio ao se referirem ao direito de acesso à justiça⁴¹, em visão anacrônica que não atende aos objetivos fundamentais elencados no texto constitucional, defende-se aqui a tese de que, adotando uma leitura sistemática da nossa Constituição, o direito fundamental de acesso à Justiça é muito mais amplo⁴², englobando, indubitavelmente, o igualmente fundamental direito à assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes, com o qual guarda íntima relação, inclusive em respeito aos demais princípios constitucionais pertinentes.

Trata-se, sobretudo, da busca pelo acesso à ordem jurídica justa, na feliz e já consagrada expressão de Kazuo Watanabe, cujos ensinamentos merecem transcrição literal:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.⁴³

É justamente aqui que o direito à assistência judiciária aos hipossuficientes se impõe como única forma de se viabilizar o real acesso à uma ordem jurídica justa àqueles desprovidos de recursos, inclusive em obediência ao princípio da igualdade jurisdicional⁴⁴.

Deveras, a garantia de acesso à tutela jurisdicional sem que se forneça meios para que as pessoas efetivamente possam se socorrer dela em todos os níveis, além de ser uma falácia que não se sustenta, acaba por, em última análise, aumentar o abismo

⁴¹ Nesse sentido, exemplificadamente, CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 676, LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 698 e SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Madeiros, 2012, p. 430.

⁴² BRITTO, Adriana. **A evolução da Defensoria Pública em Direção à Tutela Coletiva**. In SOUSA, José Augusto Garcia de. (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 01

⁴³ WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**, in **Participação e Processo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Madeiros, 2012, p. 219

social entre ricos e pobres, ao invés de contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF 88).

Ressalte-se aqui que os desafios para um real acesso à uma ordem jurídica justa vai muito além da questão financeira, valendo trazer à tona clássica obra sobre o tema, que elenca três grandes obstáculos ao acesso efetivo à Justiça: [I] as custas judiciais; [II] a possibilidade das partes; e [III] os problemas especiais dos direitos difusos⁴⁵.

Mais a frente, os Autores completam:

Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho⁴⁶.

Ainda:

Todos esses obstáculos, é preciso que se diga, têm importância maior ou menor, dependendo do tipo de pessoas, instituições e demandas envolvidas. Ainda que as tenhamos relacionado à “capacitação pessoal”, é temerário personalizá-las excessivamente. Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil “mobilizar” as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.⁴⁷

Verifica-se, pois, a impossibilidade de se adotar qualquer exegese reducionista quanto ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, que necessariamente deve buscar fazer frente a todos os obstáculos existentes à sua efetiva realização, sob pena de se fazer tábua rasa dos princípios e objetivos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Reitere-se aqui a necessidade de uma interpretação teleológica-sistemática dos supramencionados dispositivos constitucionais que propicie a “consecução das metas e dos objetivos fundamentais da República”⁴⁸, considerando as normas constitucionais e

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 08.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 24-25

⁴⁸ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

infraconstitucionais pertinentes, bem como atendendo-se ao postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais⁴⁹.

Nesse sentido, adota-se o entendimento do professor Juarez Freitas, para quem a Constituição deve “ser vista como uma rede axiológica de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, entendidos de maneira predominantemente substancial”⁵⁰.

De fato, nenhuma norma constitucional deve ser vista de forma isolada, mas sim inserida no contexto da Constituição, à luz dos princípios e objetivos fundamentais que necessariamente orientam qualquer interpretação constitucionalmente adequada.

É nesse diapasão que, considerando os objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Carta Magna⁵¹, impõe-se uma leitura conjunta dos incisos XXXV e LXXIV do seu art. 5º, emprestando ao direito de acesso à Justiça uma dimensão muito mais ampla do que a usualmente dada pela doutrina pátria, sendo certo que o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados vai muito além do mero acesso formal ao Poder Judiciário⁵².

Para se entender nesse sentido, basta observar que, nada obstante existente no Brasil desde as Ordenações Filipinas⁵³, o instituto da assistência jurídica ganhou contornos totalmente novos a partir da Constituição de 1988, o que se atesta pela utilização pioneira das expressões “jurídica” e “integral”.

Quanto à primeira, verifica-se que o termo é muito mais abrangente do que o anteriormente utilizado “judiciária”, vez que não engloba tão somente a assistência em processos judiciais, mas também a atuação extrajudicial, orientação jurídica, contencioso administrativo, etc.

Também a expressão “integral” reforça essa idéia, sendo pacífico o entendimento de que a assistência jurídica prestada pelo Estado através da Defensoria

⁴⁹ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 381.

⁵⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 185-186.

⁵¹ Vale destacar que todos os cinco incisos do mencionado artigo servem à argumentação proposta, no que se vislumbra sua adequação constitucional.

⁵² MENEZES, Felipe Caldas. **Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição**. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf>. (Acesso em: 24.04.13)

⁵³ À respeito de suas origens históricas, internacional e nacionalmente, ver Felipe Caldas Menezes. *Ibid*, p. 03 e seguintes.

Pública abrange todos os graus e níveis, conforme inclusive prevê o art. 1º da Lei Complementar 80/94, que Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados⁵⁴.

Como consequência lógica, também o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF 88) deve ser relido sob essa ótica, no sentido de que o direito à tutela jurisdicional não se refere somente ao Poder Judiciário, mas também ao direito à tutela das demais instituições estatais que são essenciais à função jurisdicional do Estado, incluindo aí, na expressa dicção constitucional (art. 134, da CF 88), a Defensoria Pública que, repita-se à exaustão, não é instrumento tão somente da assistência “judiciária”, mas sim da assistência jurídica, integral e gratuita.

Estabelecidas essas premissas, e considerando o seu status de garantia fundamental institucional, mister se faz uma releitura do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico nacional, almejando, sobretudo, superar visões anacrônicas que não enxergam o alcance e importância dada à instituição pela Constituição Federal de 1988, o que se passa a fazer a seguir.

3. O Papel da Defensoria Pública no cenário jurídico nacional

a) Considerações iniciais

Conforme destacado supra, indubitável se mostra o caráter de garantia institucional fundamental dada à Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988, assim como indubitável é o novo alcance dado ao direito de acesso à tutela jurisdicional, superador de qualquer conceito meramente formal de acesso ao Poder Judiciário.

A partir daí, inúmeras são as consequências práticas, que impõem a superação de alguns questionamentos doutrinários acerca do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico nacional, bem como o afastamento de qualquer tentativa, em nível constitucional ou infraconstitucional, de supressão ou diminuição das atribuições e prerrogativas da instituição.

⁵⁴ Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

É nesse sentido que se pretenderá no presente capítulo discorrer brevemente sobre alguns desses temas, sem pretensão de esgotamento, e almejando tão somente oferecer argumentos jurídicos que levem em consideração a importância dada à Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988, bem como a relevância de sua missão institucional na busca pelo cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF 88).

b) Defensor Público – Advogado de pobre?

Talvez a visão mais atrasada que se pretende combater com o presente estudo é aquela, infelizmente ainda comum, que pretende identificar no Defensor Público, de forma pejorativa, a figura de “advogado de pobre”, como se paternalismo e/ou caridade fosse, olvidando o papel do Defensor Público como agente de transformação social e construtor da cidadania⁵⁵.

Tal visão se manifesta tanto nas tentativas de se igualar a atividade dos Defensores Públicos aos advogados dativos, como se atividades intercambiáveis fossem⁵⁶, quanto nas tentativas de vincular a atuação dos Defensores Públicos à OAB, como se as atribuições daqueles não decorressem diretamente da Constituição Federal, inclusive com regime jurídico próprio⁵⁷.

Reitere-se aqui mais uma vez que as atribuições dos Defensores Públicos vão muito além da mera demanda judicial individual junto ao Poder Judiciário, em razão do conceito lato de assistência jurídica que deve ser dado ao art. 5º, LXXIV da Carta Magna.

Também no plano infraconstitucional as atribuições dadas pelo legislador aos Defensores Públicos transcendem a mera atividade advocatícia, bastando a análise da Lei Complementar 80/94 para se concluir nesse sentido.

⁵⁵ “A procura pelos serviços prestados pela Defensoria Pública não se dá pela promoção, mas pela necessidade premente dos excluídos. Não há espaço para paternalismo e caridade, e sim exercício de direitos garantidos pela Constituição Federal.”(GALLIEZ, Paulo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 128).

⁵⁶ Tal como feito no Estado de Santa Catarina, cuja Constituição Estadual durante décadas atribuiu a assistência judiciária dos hipossuficientes à OAB, através de advogados conveniados a serem pagos pelos cofres públicos, o que foi recentemente declarado inconstitucional pelo STF (ADI 3892/SC, julgada em 14.03.12).

⁵⁷ Lei Complementar 80/94. Ressalte-se que, segundo seu art. 4º, §6º (incluído pela Lei Complementar 132/09), “a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público”, pelo que deve ser afastada desde logo qualquer obrigatoriedade do Defensor Público integrar os quadros da OAB para o exercício do seu mister.

Com efeito, além do já citado art. 1º da mencionada Lei Complementar expressamente elencar entre as funções da Defensoria Pública “a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos”, uma leitura atenta de diversos dos seus dispositivos revelam a opção do legislador infraconstitucional pátrio, notadamente em seu art. 4º.

Exemplificadamente, cite-se a prestação de orientação jurídica (inciso I), promoção das soluções extrajudiciais de litígio (inciso II), difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (inciso III), atendimento interdisciplinar (inciso IV), promoção de Ação Civil Pública (inciso VII), etc.

Ainda no plano infraconstitucional, várias alterações legislativas vêm destacando a atividade da Defensoria Pública para além da tutela individual em ações judiciais, podendo-se citar os seguintes exemplos:

- I.) Obrigatoriedade de comunicação à Defensoria Pública das prisões em flagrante: No âmbito do Processo Penal, a Lei nº 12.403/11 recentemente instituiu a obrigatoriedade de envio à Defensoria Pública, pela autoridade policial, de cópia integral dos autos de prisão em flagrante realizados. Muito mais do que a tutela individual da liberdade, tal alteração legislativa revela a preocupação do legislador em possibilitar alguma forma de controle das prisões em flagrante realizadas, atribuindo tal prerrogativa à instituição estatal incumbida da defesa dos hipossuficientes;
- II.) Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais): Também no âmbito penal, recentemente a Lei nº 12.313/10 estatuiu a obrigatoriedade da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública dentro e fora dos estabelecimentos penais, devendo em todos eles haver local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público (art. 16, §1º e §2º), além da Defensoria Pública ter sido incluída entre os órgãos da execução penal (art. 61), com assento obrigatório no Conselho da Comunidade (art. 80). Há ainda um capítulo inteiro dedicado à instituição (capítulo IX), prevendo

uma série de atribuições que destacam sua essencialidade para além da tutela individual.

- III.) Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha): Visando coibir a violência doméstica, o art. 8º, I, da Lei 11.340/06 prevê como uma das diretrizes da política na área a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, reconhecendo, pois, a atuação institucional da Defensoria Pública para além da atividade judiciária, outorgando-lhe também o auxílio de equipe multidisciplinar (art. 30);
- IV.) Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei nº 11.448/07): A mudança mais significativa talvez seja a inclusão da Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura de Ação Civil Pública⁵⁸. Trata-se, porém, de questão polêmica que será melhor analisada no próximo tópico do presente estudo.

Conclui-se, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro concede à Defensoria Pública atribuições e prerrogativas que vão muito além da assistência judiciária em processos judiciais, razão pela qual sua atividade não se confunde com a advocacia privada, sobretudo porque esta negligencia o atendimento das pessoas hipossuficientes enquanto classe.

Nesse sentido, é inegável a opção da Constituição Federal por um sistema de assistência jurídica aos hipossuficientes que supere o chamado “sistema *judicare*”⁵⁹, cujas limitações já foram de há muito denunciadas pela melhor doutrina, como se extrai do trecho a seguir transcrito:

O *judicare* desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio, não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a

⁵⁸ O que, todavia, já vinha sendo aceito pelo STJ antes mesmo da mencionada alteração legislativa. Nesse sentido, RESP 555.111-RJ, Rel. Min. Castro Filho, julgado 05.09.06.

⁵⁹ Assim definido pela doutrina: “Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, Os *advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota dos honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem recebe” (In. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 35)

compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos. (...) Ademais, mesmo que reconheçam sua pretensão, as pessoas pobres podem sentir-se intimidadas em reivindicá-la pela perspectiva de comparecerem a um escritório de advocacia e discuti-la com um advogado particular. Sem dúvida, em sociedades em que os ricos e os pobres vivem separados, pode haver barreiras tanto geográficas quanto culturais entre os pobres e o advogado. (...) Mais importante, o *judicare*, trata os pobres como indivíduos, negligenciando sua situação como classe. (...) Dado que os pobres encontram muitos problemas jurídicos como grupo, ou classe e que os interesses de cada indivíduo podem ser muito pequenos para justificar uma ação, remédios meramente individuais são inadequados. Os sistemas *judicare*, entretanto, não estão aparelhados para transcender os remédios individuais.⁶⁰

Com efeito, a superação do modelo individualista de solução de conflitos, dando-se primazia a uma tutela coletiva adequada, é uma das grandes preocupações dos operadores jurídicos⁶¹, sendo inegável a preferência cada vez mais latente do legislador pátrio para as formas de solução coletiva de litígios, seja como forma de desafogar o exacerbado Poder Judiciário, seja como forma de se buscar a melhor forma de tutela jurisdicional dos supramencionados direitos fundamentais da terceira dimensão, de difícil ou até mesmo impossível tutela através de demandas individuais.

Nessa perspectiva, a assistência jurídica através da Defensoria Pública foi o modelo escolhido pelo Constituinte para a superação dos entraves apontados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, opção esta intimamente relacionada à idéia de cidadania, no sentido de inserir o cidadão dentro da estrutura do Estado, como parte integrante e inseparável deste⁶², pelo que visões reducionistas do papel da Defensoria Pública simplesmente não se sustentam.

Trata-se, repita-se, de uma ótica que não se confunde com paternalismos e/ou caridades, privilegiando, por outro lado, o cumprimento dos objetivos fundamentais da República, bem com o atendimento da missão institucional atribuída à Defensoria Pública pela roupagem que foi lhe dada pela Constituição Federal, sistematicamente considerada.

É nesse sentido que deve ser interpretada a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos chamados direitos difusos e coletivos, tema do próximo tópico.

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 38-39.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4, 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 117.

⁶² GALLIEZ, Paulo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

c) A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva

Consoante já ressaltado, a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública, muito embora já reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça anteriormente, foi expressamente positivada através da Lei nº 11.448/07, que incluiu a Defensoria Pública entre os legitimados do art. 5º da Lei 7.347/85.

Adotando a mesma diretriz em sua Lei Orgânica, a Lei Complementar nº 132/09 fez incluir expressamente entre as funções institucionais da Defensoria Pública (art. 4º da Lei Complementar nº 80/94), a legitimidade para as ações coletivas, estabelecendo uma única condição, qual seja, a necessidade de que o resultado da ação possa beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Trata-se de medida lógica, com respaldo constitucional, que procura resguardar o estrito cumprimento da missão institucional da Defensoria Pública, sem que daí se possa concluir, porém, pela impossibilidade da instituição recorrer à tutela jurisdicional para a defesa de interesses difusos e coletivos.

Vários argumentos nos permite chegar a essa conclusão, tendo-se em conta principalmente o já tão abordado aqui enfoque constitucional do papel da Defensoria Pública enquanto garantia fundamental institucional responsável pela garantia também fundamental de acesso à Justiça.

Nesse diapasão, o primeiro argumento que salta aos olhos se refere à Teoria dos Poderes Implícitos, de larga utilização no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁶³ e do Ministério Público⁶⁴, e que também deve ser estendido à Defensoria Pública, por imperativo lógico e de coerência do Direito.

Deveras, não se concebe que a Constituição atribua a uma instituição determinada função e, ao mesmo tempo, não lhe conceda os meios necessários para a sua realização integral. Em outras palavras, quando a Constituição Federal determina os fins, deve também, obrigatoriamente, conceder os meios, sem os quais suas determinações se tornariam letra morta.

No que se refere à Defensoria, já se destacou aqui a necessidade de, em razão de uma leitura sistemática-teleológica da Carta Magna, emprestar ao direito fundamental de acesso à Justiça a maior amplitude possível, superando conceitos

⁶³ MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23.05.2007, DJ 29.05.2007, apud in LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

⁶⁴ RE 535.478, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 28.10.2008, DJ 21.11.2008, apud in LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 613.

meramente formais de acesso ao Poder Judiciário, e privilegiando o acesso à uma ordem jurídica justa⁶⁵, de forma que atenda ao princípio da igualdade jurisdicional⁶⁶, bem como aos objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º da Constituição Federal, o que só pode ser feito adequadamente, em muitas situações, através da propositura de ações coletivas.

Ademais, no âmbito da tutela coletiva, e já entrando aqui no segundo argumento a ser considerado, entende-se que a legitimidade para a tutela desses direitos deve ser a mais ampla possível, devendo vigorar aqui o brocardo in dúbio pro legitimidade⁶⁷.

Isto porque a tutela coletiva, para atingir os seus escopos, necessita de uma legitimidade adequada⁶⁸, superadora da noção de legitimidade ordinária prevista no art. 6º do Código de Processo Civil que, em razão de ser centrada em um modelo individualista e subjetivista, não atende aos interesses transindividuais⁶⁹.

Ainda nesse sentido, observe-se que a legitimidade da Defensoria Pública se adequa perfeitamente a essa noção de legitimidade adequada, gozando ainda de “pertinência temática”⁷⁰ para a tutela coletiva de direitos que possam beneficiar grupos de pessoas hipossuficientes.

Deve ser afastado desde logo, portanto, o argumento de que a Defensoria Pública não teria legitimidade para propor ações coletivas quando houvesse o terrível “risco” de serem beneficiadas, também, pessoas não necessitadas⁷¹.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr:

⁶⁵ Vale destacar a íntima relação entre o conceito de acesso à ordem jurídica justa aqui desenvolvido e a idéia de tutela coletiva, compartilhando-se do entendimento de que “a própria noção de direitos coletivos nasceu para garantir o acesso à justiça de situações que antes não encontravam guarida no Judiciário”. (DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4, 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 112).

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Madeiros, 2012, p. 219

⁶⁷ SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas**. In SOUSA, José Augusto Garcia de. (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 226-227.

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4, 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 230.

⁶⁹ SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas**. In SOUSA, José Augusto Garcia de. (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 221.

⁷⁰ Nome dado ao critério usualmente utilizado pelo STF para auferir a legitimidade ativa em Ações Cíveis Públicas. Cf. ADI 2482-MG.

⁷¹ Conforme ressaltado, ironicamente, por SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas**. In SOUSA, José Augusto Garcia de. (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 241.

Para que a Defensoria seja considerada como ‘legitimada adequada’ para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas ‘necessitadas’, conforme locução tradicional. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de PlayStation III ou de Mercedes Benz. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas. Ainda neste sentido, não seria possível a promoção de ação coletiva pela Defensoria quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não⁷²

Frise-se ainda que os necessitados de que fala o art. 134 da Constituição Federal não são apenas aos necessitados econômicos, mas também aqueles socialmente vulneráveis, também chamados de “necessitados organizacionais”. Assim, como bem adverte Ada Pellegrini Grinover, a interpretação do art. 134 da Constituição Federal, “que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo *necessitados* abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis”⁷³.

Nessa mesma toada, não há qualquer impeditivo constitucional para que se atribua à Defensoria Pública atribuições outras além da assistência jurídica dos economicamente necessitados, desde que não destoam da sua missão institucional e possam, de alguma forma, atender aos objetivos que lhe foram determinados pela Constituição Federal.

Com essa visão, já se manifestou o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, nos autos da ADIN 558-RJ, *in verbis*:

“A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.”⁷⁴

⁷² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas**. Salvador: Fredie Didier Jr. Escritório Acadêmico, 2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?Cid=240>>. Acesso em 25.04.2013.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer de Ada Pellegrini Grinover: Legitimidade da Defensoria Pública em propor Ações Civis Públicas*. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/?siteAcao=ProducaoJuridicalIntegra&id=7>>. Acesso em 25.04.2013.

⁷⁴ Apud in. SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas**. In SOUSA, José

Por fim, e como último argumento a ser aqui desenvolvido, deve ser afastado também a limitada exegese que vê na expressão “aos que comprovarem insuficiência de recursos”, constante no art. 5º, LXXIV, um impeditivo para a propositura de ações coletivas pela Defensoria Pública, sob o argumento de que essa necessidade de comprovação individual inviabilizaria, na prática, a propositura de ações coletivas.

Para além da pobreza dessa interpretação literal que não corresponde à necessária interpretação sistemática-teleológica da Constituição Federal, verifica-se que ela não observa que a Lei nº 1.060/50 foi recepcionada pela vigente Carta Magna⁷⁵, pelo que se conclui pela presunção de hipossuficiência dos assistidos pela Defensoria Pública, que pode ser afastada acaso a parte contrária comprove a ausência de hipossuficiência.

No âmbito da tutela coletiva, tal presunção age com muito mais força, seja porque há direitos que, por sua própria natureza, são de todos, obviamente aí incluídos pessoas hipossuficientes, seja porque a hipossuficiência, que, repita-se, não é apenas econômica, já se insere no próprio conceito de pertinência temática, podendo ser objeto de análise da legitimidade da Defensoria Pública *in concreto*, mas não um impeditivo para a sua atuação *in abstracto*.

Pensar em sentido contrário seria colocar empecilhos processuais à frente do direito material, olvidando do caráter instrumental daqueles, privilegiando a forma em detrimento do direito fundamental de acesso à justiça de uma parcela considerável da população.

Aqui, cumpre reiterar que é justamente na tutela coletiva que diversos problemas dos hipossuficientes enquanto classe podem ser resolvidos a contento, em muito superando os remédios individuais de solução de conflitos⁷⁶, razão pela qual a necessidade de comprovação individual da situação de hipossuficiência para a garantia de acesso à tutela da Defensoria Pública importaria, na prática, em negar direitos a essas pessoas, inviabilizando, repita-se, seu acesso à uma ordem jurídica justa.

Por todo o exposto, conclui-se que a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas decorre da própria Constituição Federal, sendo

Augusto Garcia de. (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233.

⁷⁵ RE 205.746/RS, Relator: Min. Carlos Velloso, julgamento em 26/11/1997, DJ de 28/02/1997.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 38-39

instrumento imprescindível para o efetivo cumprimento de suas missões institucionais constitucionalmente estabelecidas, pelo que não há nada de inconstitucional na legislação infraconstitucional que reconheceu tal legitimidade, sendo os argumentos em contrário meras falácias retóricas que não se sustentam.

d) Impossibilidade de supressão ou diminuição das atribuições e prerrogativas da Defensoria Pública (cláusula pétrea) – inconstitucionalidade da PEC 184/2012

Como última etapa da presente investigação, cumpre extrair do status de garantia fundamental institucional da Defensoria Pública um óbice intransponível contra qualquer tentativa de supressão ou até mesmo diminuição das atribuições e prerrogativas daquela instituição.

Ressalte-se que não se trata de tema desprovido de importância prática, vez que já há tentativa⁷⁷ de se retirar da Defensoria Pública a incumbência, com exclusividade, de prestar assistência jurídica aos hipossuficientes, pretendendo-se incluir um parágrafo único ao art. 133 da Constituição Federal, que teria a seguinte redação:

Parágrafo único – “A orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do art. 5º, LXXIV, é de competência concorrente da Advocacia, na forma de convênio a ser estabelecido entre a Ordem dos Advogados do Brasil e o Poder Público, assegurado remuneração digna aos advogados participantes”.

Trata-se de uma tentativa manifestamente inconstitucional de se implantar no Brasil o “sistema judicare”, cujas insuficiências já foram discutidas acima, e que certamente não atende aos anseios da população carente brasileira.

Com efeito, seria um retrocesso social imensurável retirar da Defensoria Pública a incumbência de, com exclusividade, prestar a assistência jurídica que, nos termos do art. 5º, LXXIV, deve ser integral e gratuita.

Isto porque, conforme já amplamente demonstrado no presente trabalho, a atuação institucional da Defensoria Pública vai muito além do mero patrocínio individual de ações judiciais, cabendo-lhe ser agente de transformação social e fomento da cidadania, sendo este um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF 88).

⁷⁷ Através de Projeto de Emenda Constitucional em trâmite na Câmara dos Deputados (PEC 184/2012).

Urge reconhecer, pois, o caráter de garantia fundamental institucional da Defensoria Pública, com todas as conseqüências práticas daí advindas, o que inclui o seu status de cláusula pétrea, na qualidade de instituição essencial à atividade jurisdicional do Estado⁷⁸ (art. 134, CF 88).

De fato, nos termos do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988, não se admite qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais.

Investigando o alcance desse dispositivo, Ingo Sarlet destaca, na esteira da doutrina estrangeira, que “as cláusulas pétreas de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional”.⁷⁹

No caso da Defensoria Pública, pois, não é a sua previsão constitucional por si mesma que se encontra protegida, mas sim a garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, fundada, como destacado supra, em dois incisos do art. 5º da Carta Magna (XXXV e LXXIV), razão pela qual a imutabilidade daquelas também se aplica à ela.

Vale ressaltar, como reconhece boa parte da doutrina nacional⁸⁰, que o direito de acesso à Justiça faz parte do assim chamado mínimo existencial, núcleo essencial do princípio da dignidade humana, não podendo de forma alguma ser suprimido mediante reforma constitucional.

Destarte, e embora se saiba que a proteção das cláusulas pétreas não abrange aspectos marginais do direito fundamental em questão⁸¹, verifica-se que qualquer tentativa de se tirar da Defensoria Pública a incumbência de prestar assistência jurídica com exclusividade esbarra no núcleo essencial do direito de acesso à Justiça e, por conseqüência, no núcleo essencial do princípio da dignidade humana, vez que parte integrante deste.

Não se trata aqui de um superdimensionamento da Defensoria Pública, mas sim do correto reconhecimento de sua essencialidade para a função jurisdicional do Estado,

⁷⁸ Como reconhecido, repita-se, ao Ministério Público por Ingo Sarlet (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 182, nota de rodapé 579), não havendo nada que justifique tratamento diferenciado entre essas duas instituições, gozando ambas do mesmo status de “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”.

⁷⁹ *Ibid*, p. 429.

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

⁸¹ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 430.

possuindo, repita-se à exaustão, atribuições e prerrogativas que superam em muito qualquer forma de *judicare*.

Sobeja destacar que o argumento que consta na proposta de emenda constitucional supramencionada se resume a alegada incapacidade da Defensoria Pública atender toda a população em razão da sua precariedade, como se a omissão estatal em implantar uma Defensoria Pública de qualidade fosse justificativa para, ao invés de suprir a omissão, adotar medidas paliativas que, muito mais do que resolver o problema, contribuirá para a manutenção do *status quo*, “privatizando” a desigualdade social.

Destacando a inconstitucionalidade da omissão estatal em implementar a Defensoria Pública, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer a essencialidade da instituição⁸², condenando o Estado de Santa Catarina a implementar, no prazo de 01 (um) ano, órgão estadual de Defensoria Pública naquele estado, declarando a inconstitucionalidade da prestação desse serviço por meio de convênio com a OAB.

Em suas razões de decidir, o Ministro Relator Joaquim Barbosa bem destacou as vantagens da existência de Defensor Público organizado em carreira específica e com dedicação exclusiva, com competência para atuar na defesa de direitos coletivos, na consolidação da cultura da resolução extrajudicial de litígios e junto às unidades prisionais, constituindo sua ausência “severo ataque a dignidade do ser humano”.

Ainda, ressaltou o Ministro Relator a existência de diversos precedentes daquela Corte reconhecendo a “necessidade imperiosa de dotar o serviço de assistência judiciária de boas e estáveis condições de trabalho, por meio da criação de instituição estatal própria, independente e organizada em carreira”.

De fato, foi esse o modelo adotado pela Constituição Federal, estabelecendo os contornos da instituição criada para, com exclusividade, fazer valer o direito fundamental de acesso à Justiça, não podendo tal direito ser suprimido sem que se ofenda o núcleo essencial do princípio da dignidade humana.

Não é exagero, portanto, incluir a Defensoria Pública no núcleo essencial do Estado Democrático de Direito tal como plasmado no texto constitucional, sendo instrumento insubstituível daquele, não podendo ser, pois, suprimido ou diminuído sem

⁸² ADI 3892/SC, julgada em 14.03.12

prejuízo intolerável dos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

4. Conclusão

Por todo o exposto, e sem que se vá aqui repisar todos os argumentos supramencionados, conclui-se que o reconhecimento do status de garantia fundamental institucional à Defensoria Pública é decorrência da interpretação sistemática-teleológica da Constituição Federal, que lhe atribuiu a incumbência, com exclusividade, de servir de instrumento do direito fundamental de acesso à Justiça, o que vai muito além do mero acesso formal ao Poder Judiciário.

O modelo adotado pela Constituição Federal não deixa margem de dúvidas quanto à essencialidade e jusfundamentabilidade da instituição, devendo todas as suas atribuições e prerrogativas ser interpretadas sob essa ótica, bem como se levando em conta os princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º e 3º da CF 88), que impõem um conceito material de acesso à ordem jurídica justa, superadora de qualquer reducionismo interpretativo nessa seara.

Também em nível infraconstitucional essa jusfundamentabilidade vem sendo cada vez mais reconhecida pelo legislador pátrio, não havendo espaço para posturas exegéticas que não levem em conta a missão institucional da Defensoria Pública enquanto instrumento de transformação social e promoção da cidadania.

É nesse sentido que deve ser atribuído à Defensoria Pública todos os instrumentos necessários para a consecução da sua missão institucional, incluindo aí a plena legitimidade para a propositura de ações coletivas, única forma de cumpri-la em toda sua magnitude.

Por fim, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, dotada do status de garantia fundamental institucional, a Defensoria Pública faz parte do núcleo essencial de um Estado Democrático de Direito, não podendo ser suprimida e nem ter suas atribuições diminuídas, sob pena de indefensável retrocesso no cumprimento do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.