

**CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE JUSTA: ENTRE O EFETIVO
ACESSO À JUSTIÇA E O CUMPRIMENTO MERAMENTE FORMAL DAS
NORMAS CONSTITUCIONAIS**

**BUILDING A JUST SOCIETY: BETWEEN THE EFFECTIVE ACCESS TO
JUSTICE AND FORMAL ENFORCEMENT ONLY CONSTITUTIONAL
STANDARDS**

Flávia Elaine Soares FERREIRA¹

RESUMO

O presente estudo pretendeu analisar a criação da Defensoria Pública como exigência do Estado Democrático de Direito e finalidade de garantir os direitos dos hipossuficientes. Para tanto se estudou os dispositivos da Constituição Federal que preveem a criação deste órgão, bem como da legislação infraconstitucional que visa garantir o acesso à justiça. Foi estudado o posicionamento do Supremo em relação à necessidade de criação da Defensoria e da afirmação de independência do mesmo, ainda que com posicionamentos políticos contrários de alguns estados que alegavam prestar a assistência jurídica efetiva. Chegou-se à conclusão de que a efetividade do acesso à justiça só se dá com paridade de armas e, que, portanto, compete ao estado membro dar guarida à criação de um órgão responsável por possibilitar o acesso à Justiça de maneira integral.

PALAVRAS CHAVE:

Assistência jurídica, acesso à justiça, inclusão.

ABSTRAT

The present study aimed to analyze the creation of the Public Defender as a requirement of a democratic state of law and order to guarantee the rights of inapt. Therefore we studied the provisions of the Federal Constitution to provide for the establishment of this body as well as the constitutional legislation which aims to ensure access to justice. We studied the positioning of the Supreme on the need for the creation of the Ombudsman and the assertion of independence of the same, albeit with opposing political positions of some states who claim to provide effective legal assistance. Came to the conclusion that the effectiveness of access to justice only occurs with parity of weapons and that, therefore, the responsibility of the member state harboring the creation of a body responsible for granting access to justice in a holistic manner.

KEY WORDS

Legal aid, access to justice, inclusion.

SUMÁRIO

Introdução; 1. Inclusão através do acesso à Justiça; 1.1. Inércia estatal inconstitucional; 2. Expansão da atividade da Defensoria Pública como meio de garantir o acesso à Justiça; Conclusões. Referências.

¹ Advogada, Orientadora de Prática Jurídica. Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Especialista em Direito Constitucional, flaviaesf@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil reconhecida pela doutrina como cidadã, além de trazer um extenso rol de direitos e garantias individuais é responsável por trazer as funções essenciais à Justiça e dentre estas elenca a criação da Defensoria Pública como órgão essencial a consecução dos fins da República.

No ano em que completa 25 anos de sua promulgação, ainda não existe Defensoria Pública instalada em todo o território nacional, capaz de atender aos necessitados.

Condições políticas são responsáveis pela manutenção desta inconstitucionalidade, uma vez que embora exista legislação ordinária que disponha acerca do acesso à Justiça àqueles que declararem insuficiência de recursos, não se pode afirmar que tal acesso seja efetivo e eficiente, desrespeitando, mais uma vez, o diploma normativo constitucional.

Ocorre que na maioria dos estados federados o serviço de prestação de assistência jurídica gratuita é prestado por advogados inscritos na ordem que, em convênio celebrado com órgão do Poder Executivo, em razão de atuação judicial recebem honorários pelos atos praticados de acordo com uma tabela previamente aprovada pelo órgão que presta a assistência, seja órgão do executivo, nos estados em que não há Defensoria Pública criada, seja pela própria Defensoria, quando a estrutura é deficiente.

A quantia que estes advogados dativos recebem é muito aquém do que seria adequado em termos de honorários advocatícios, contudo, muitos destes advogados têm uma rotatividade alta de nomeações o que, por vezes, possibilita que o advogado atue com exclusividade na prestação assistência judiciária gratuita.

Foi o que aconteceu com o estado de São Paulo, no interior do estado muitos advogados realizam advocacia quase que com exclusividade recebendo nomeações da Assistência Judiciária Gratuita que até a criação da Defensoria Pública de São Paulo, no ano de 2006, recebiam por convênio celebrado entre a Ordem dos Advogados do Brasil, subseção de São Paulo e a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por meio de sua Procuradoria de Assistência Judiciária.

No Estado do Paraná a situação é parecida, com um agravante não existe este convênio, dessa forma, os advogados que atuam representando os interesses dos desprovidos de recursos financeiros para contratação de um profissional particular, acabam por ter de ajuizar execução de honorários contra o próprio estado.

Tal situação está prestes a mudar, posto que a instituição Defensoria Pública foi criada por uma lei aprovada em maio de 2011 e o primeiro concurso de ingresso na carreira está em vias de conclusão.

No estado de Santa Catarina, a briga foi tão intensa que a criação da Defensoria Pública se deu apenas após decisão do Supremo em sede de controle de Constitucionalidade Concentrado que determinou que a instalação da instituição deveria se dar em um ano, sob pena de ação de improbidade e de crime de responsabilidade imputados ao governador.

Tais situações são exemplos corriqueiros de como os interesses políticos de uma classe podem sobrepor à necessidade de criação de um órgão com independência funcional e financeira capaz de representar os interesses daqueles que não tem recursos para o pagamento de um profissional, a ausência da Defensoria Pública instalada e efetiva contribui para a manutenção da exclusão social que acaba por se perpetuar através da exclusão processual.

Não que os advogados que atuem pela assistência não tenham competência para a atuação, contudo se o Estado possui órgão responsável para defender os interesses da sociedade, deve, também, possibilitar a criação de um órgão que atue com paridade de armas, para defender os interesses daqueles que já são excluídos do ensino, da divisão de renda, do mercado de consumo.

Neste trabalho procura-se demonstrar a importância da criação da Defensoria Pública como órgão independente capaz de amparar os excluídos seja através de seus núcleos de apoio, seja através da advocacia preventiva.

1. Inclusão através do acesso à justiça

A Constituição Federal prevê em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Ocorre que esta dignidade está longe de ser alcançada, existem muitos excluídos de serviços básicos, como água, esgoto, energia elétrica, quando se menciona a exclusão de pessoas do acesso a bens ou produtos básicos, mais difícil ainda viabilizar o acesso à Justiça como condição essencial de amparo àquele que teve lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos.

Como argumenta BOBBIO (1992, p. 45): (...) Não se pode pôr o problema dos direitos do homem abstraindo-o dos dois grandes problemas de nosso tempo, que são os problemas da guerra e da miséria (...).

A assistência jurídica integral e gratuita está prevista no diploma constitucional em seu artigo 5º, LXXIV, como dever do Estado, dessa forma compete ao Estado garantir a

paridade de armas, duas instituições devidamente amparadas para acusar e defender, no âmbito criminal, por exemplo.

Essa garantia de acesso à Justiça por meio de um órgão responsável pela prestação da assistência jurídica integral e gratuita àqueles que declararem insuficiência de recursos significa a redemocratização do acesso à Justiça que, por muito tempo, era vista como um privilégio e, até mesmo, atualmente, embora em menor grau, significa um privilégio para aquele que pode arcar com o ônus da demora do processo.

A criação da Defensoria Pública representa a ideia central de que o Estado deve fornecer um profissional habilitado e capacitado para a defesa dos interesses dos necessitados, sendo que esta instituição deve prezar pelo pluralismo e diversidade.

O acesso à justiça é direito fundamental que concretiza a cidadania, tendo em vista que o Estado atua como o instrumento da sociedade civil para possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais (Gonçalves e Brega Filho, 2010).

Considerando a tripartição dos poderes divulgada por Montesquieu a função jurisdicional representa o próprio estado-juiz o responsável por aplicar o direito ao caso concreto.

Ao mencionar os obstáculos ao acesso à Justiça, CAPPELLETTI e GARTH fundamentam a insuficiência de recursos financeiros como objeto da primeira onde renovatória:

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres [...] A consciência social que redespertou, especialmente no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias. (1988, p. 31-33)

Não se pode impor àquele que não tem condições financeiras o ônus de lutar pelo seu direito a todo custo, pois é função do Estado garantir que pessoas vulneráveis tenham acesso à Justiça, até mesmo porque estas já estão em condição desfavorecida, impor a estas a contratação de um advogado às suas expensas seria o mesmo que prejudicá-la duas vezes, quando não significa o perdimento do próprio direito lesado.

Nesse sentido são as palavras de Neme e Moreira (2011, p. 23), quando se referem ao direito à tutela jurisdicional efetiva:

Um grupo socialmente minoritário deve ter assegurado, em um Estado Democrático de Direito, a inclusão social com respeito para suas diferenças, como forma possível de abolição da discriminação. Essa luta não pode ser travada nas ruas, “no braço”, mas através de mecanismos inerentes aos Poderes instituídos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).

A violação de direitos fundamentais dos “excluídos” diariamente é objeto de denúncia perante o Ministério Público e o Poder Judiciário. Neste contexto, o prazo razoável do processo, como direito fundamental, mostra-se como importante remédio a contribuir para a inclusão social. Apenas para exemplificar, refletimos sobre dois exemplos: a) mulher: as dificuldades suportadas pela mulher em sociedade merecem profunda reflexão e abordagem nas suas mais variadas nuances. Em sociedade, no tocante à identidade de gênero, não se garantiu plenamente à mulher o direito à igualdade de chances na concorrência por postos de trabalho, prestígio social, diplomas, poder político, sem dizer o número alarmante de casos de agressão física e moral em relação àquela. Há dúvida que a morosidade da justiça pode acarretar perecimento de direito da mulher? E isso não é causa de agravamento de exclusão social do supracitado grupo social? b) crianças: situação específica: adoção. Inúmeras crianças aguardam em “casa abrigo” o seu encaminhamento “à adoção”. O sentimento geral é pela demora na tramitação de processo deste gênero. Há dúvida do dano à saúde psíquica da criança na demora de seu encaminhamento a uma família? E isso também não é causa de agravamento de exclusão social do supracitado grupo social?

Poderíamos ainda, citar questões referentes aos idosos, portadores de deficiência física, dentre tantos outros excluídos, cuja morosidade da justiça (que possuem causas diversas) implica no agravamento da exclusão social. E essa exclusão social leva ao esgarçamento do tecido social, agravando o processo de discriminação social, gerando crise de legitimidade nas instituições, com agravamento da criminalidade, justamente porque o Estado acaba não sendo capaz de gerar oportunidades para todos, a promover solidariedade entre estranhos, já que o Estado Nacional está constantemente, em sua ordem interna, sendo desafiado por uma perceptível força explosiva do multiculturalismo.

A criação da Defensoria Pública pode garantir a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil², sem os quais a manutenção da desigualdade social e do estado de inconstitucionalidade para com os desprovidos de recursos se perpetuará.

Inicialmente, como forma de possibilitar a defesa dos interesses daqueles que não possuem suficiência de recursos há previsão da Lei da Justiça Gratuita, lei da década de 50 que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Referido diploma normativo prevê que aquele que declare não possuir recursos suficientes gozará de direito à prestação da justiça gratuita que prevê a isenção de custas judiciais³. Esta isenção é possível, ainda que a parte contrate advogado particular para representá-la.

Para concessão dos benefícios da Justiça gratuita impende verificar se o beneficiário não tem dinheiro para pagar pelo custeio de uma ação. (SILVA, 2006).

² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ O hipossuficiente pode fundamentar seu pedido nos dispositivos da Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950 que estabelece normas para concessão de justiça gratuita aos necessitados, bem como o disposto no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, o qual garante que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Embora, atualmente, nos casos de contratação de advogado particular, muitos magistrados têm exigido a comprovação da insuficiência de recursos para deferir o pedido de assistência judicial gratuita, não deve ser este o posicionamento mais adequado, posto que a própria lei menciona que a simples declaração é suficiente.

Dessa forma, a comprovação da ausência de recursos para a concessão da justiça gratuita deve ser exigida como exceção à regra de simples declaração, sob pena de se afrontar até mesmo o princípio da boa fé objetiva.

Embora a Constituição preveja que a justiça gratuita será concedida àquele que comprovar a insuficiência de recursos, esta não é a medida mais adequada, uma vez que, a produção de prova negativa é inviável. Deste modo, compete à parte adversa suscitar impugnação aos benefícios da justiça gratuita, documentando o porquê desta argumentação.

Observe-se, que se faz necessária distinção entre justiça gratuita e assistência judiciária gratuita. Enquanto que a justiça gratuita é aquela concedida com fundamento na lei federal nº 1.060/1950, a assistência judiciária gratuita deve ser exercida pela Defensoria Pública, seja por seus próprios meios, seja mediante a realização de convênios.

1.1 Inércia estatal inconstitucional

A Constituição Federal no capítulo que trata da advocacia pública menciona que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, conforme dispõe o artigo 134.

No entanto, quase 25 anos após a promulgação da Constituição Cidadã não é o que se pode visualizar. Embora a legislação que cria a Defensoria⁴ esteja produzindo efeitos em todos os Estados do país.

Não se pode dizer o mesmo da instalação da instituição, posto que no Estado de maior demanda jurisdicional a Defensoria só está instalada nos grandes centros urbanos, pois respeita a ordem de necessidade para instalação, dessa forma a defesa dos necessitados se dá com a atuação de defensores públicos concursados e de advogados dativos, por meio de convênio celebrado com a ordem dos advogados do Brasil.

⁴ Segundo a lei complementar 80/1994:

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

A defesa política da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a alegada proteção aos direitos dos advogados que atuam com predominância no Convênio com a Defensoria Pública, embora realizem função social da profissão, acabou por retardar a expansão da atividade da defensoria no estado.

Existiam ações judiciais que questionavam a expansão da atividade da Defensoria, que, por meio de Convênios com universidades que mantinham o Curso de Direito atuavam na representação dos interesses dos assistidos, em regra, com fiscalização mais assídua sobre os recursos empregados e teses institucionais defendidas.

Contudo, em 2012 o Supremo decidiu que a Defensoria Pública tem autonomia administrativa (conforme dispõe o artigo 134, § 2º, Constituição Federal) para realizar convênios com outras instituições, não havendo que se falar em exclusividade na manutenção do Convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo.

A discussão surgiu para saber se a previsão de convênio exclusivo – previsto no artigo 109 da Constituição de São Paulo e no artigo 234 da Lei Complementar 988/2006 – e imposto à Defensoria Pública do Estado de São Paulo agrediria ou não a autonomia funcional, administrativa e financeira prevista para as Defensorias Estaduais pelo artigo 134, parágrafo 2º, da Constituição Federal. A Constituição do Estado de São Paulo autoriza, no artigo 109, a designação de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para suprir a falta de defensores públicos, mediante a celebração de convênio entre o Estado e aquela instituição.

Outra norma contestada é o artigo 234 da Lei Complementar 988/2006, que diz que a OAB deve credenciar os advogados participantes do convênio e manter rodízio desses advogados. Estabelece também que a remuneração de tais profissionais será definida pela Defensoria Pública e pela Ordem dos Advogados do Brasil, mediante uma tabela de honorários.

Inicialmente o presidente do Supremo, Ministro César Peluso converteu a ADI em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pois os dispositivos questionados são anteriores à Emenda Constitucional (EC) 45. Essa emenda atribuiu autonomia para as Defensorias Públicas estaduais a fim de, sem qualquer ingerência, exercerem plenamente a assistência jurídica gratuita àqueles que não dispõem de meios econômicos para a contratação de advogados.

O voto do relator deu procedência parcial para a ação, para considerar a possibilidade de celebração do convênio entre a OAB/SP e a Defensoria de São Paulo, sem, contudo, que este convênio seja obrigatório nem exclusivo. Nas palavras do relator:

Na espécie, a previsão constante do 234 da Lei Complementar impõe, de maneira inequívoca, obrigatoriedade de a Defensoria Pública conveniar-se em termos de exclusividade com a Ordem dos Advogados, seccional São Paulo, o que, independentemente da qualidade ou do tempo de serviços prestados, deturpa e descaracteriza tanto o conceito dogmático de convênio quanto a noção de autonomia funcional e administrativa constitucionalmente positivada configurando uma clara violação do preceito fundamental em que se encerra a garantia.

Dessa forma, foi considerado inconstitucional o artigo 234. No entanto, o ministro Cezar Peluso entendeu que o artigo 109 da Constituição paulista poderia ser mantido na ordem jurídica, desde que interpretado conforme a Constituição Federal, para autorizar a celebração do Convênio entre Defensoria e OAB, sem obrigatoriedade, nem exclusividade, uma vez que a Defensoria goza de autonomia administrativa, funcional e financeira.

Outro questionamento utilizado para impossibilitar a criação da Defensoria Pública é o de que a prestação da assistência gratuita no estado membro é efetiva, ainda que sem a instituição. Este argumento falacioso foi utilizado, mais recentemente, pelo Estado de Santa Catarina, para justificar a inércia estatal em criar o órgão responsável pela efetividade da prestação jurisdicional aos hipossuficientes.

Esta inércia se deu por critérios políticos, pois, muitas das vezes, é o próprio estado o litigante em potencial das ações propostas pelas Defensorias em representação aos interesses de seus assistidos.

Nesse sentido, há decisão do Supremo, na ADI 4270, que fixou prazo para que o Estado de Santa Catarina saísse da inconstitucionalidade e criasse a Defensoria Pública Estadual.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos foi a autora da ADI 4.270, segundo a fundamentação da inicial o Executivo e Legislativo locais negligenciavam ao não criar a Defensoria Pública, mantendo a prestação do serviço de maneira precária e transitória. Foi afirmado que a garantia fundamental de prestar assistência jurídica gratuita a cidadãos hipossuficientes é de responsabilidade expressa do Estado, devendo ser incumbida a um órgão estatal.

O Procurador Geral do Estado de Santa Catarina fundamentou que a concessão de prazo para criação da Defensoria Pública seria ilegítima, uma vez que em casos análogos não houve esta fixação, citou os exemplos dos Estados do Paraná, São Paulo e Goiás, nos quais a instalação de referido órgão é recente.

Segundo notícia publicada no sítio do Supremo:

O Plenário acompanhou o entendimento colocado pelo voto do relator da matéria, ministro Joaquim Barbosa, que julgou como procedentes ambas as ADIs. Ele descreveu o julgamento desta quarta-feira como “o caso mais grave de todos apreciados pela corte sobre a questão das Defensorias Públicas”. Barbosa classificou ainda o modelo vigente em Santa Catarina como um “severo ataque a dignidade do ser humano”.

Foi do ministro Celso de Mello, no entanto, o mais longo e contundente voto a favor das ADIs em julgamento. O decano criticou o argumento do princípio da autonomia federalista, ponderando que a “autonomia” deve ser exercida “de acordo com e subordinada” às normas da Federação. “O apelo ao princípio da autonomia federativa não legitima essa transgressão”, disse.

O ministro ainda qualificou a situação em Santa Catarina de “injustificável inércia”, de “incompreensível resistência em admitir uma obrigação constitucional” e de “comportamento transgressor”.

Frente à fala enérgica e indignada do ministro Celso de Mello, o procurador do estado, que fizera a sustentação oral, pediu a palavra novamente para se pronunciar sobre “as graves acusações apresentadas pelo ministro”. O pedido de consideração não foi acolhido pelo presidente do tribunal, ministro Cezar Peluso.

O presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), André Castro, que também se ocupou da sustentação oral, observou que foram discutidas punições caso ocorra o descumprimento da decisão desta quarta-feira ou a resistência em efetuar as mudanças integralmente. “Os ministros também cogitaram sanções no caso de descumprimento da decisão, como a proposição de ação de improbidade e de crime de responsabilidade contra o governador do estado”, disse Castro. “Foram argumentos duros, enfáticos, ressaltando o flagrante desrespeito aos direitos fundamentais”, declarou.

Nos estados em que não há Defensoria instalada, ou que por vezes a infraestrutura do órgão não é suficiente para atender a demanda da população carente, o serviço continua sendo prestado por advogados inscritos no convênio e por Faculdades de Direito, que prestam tal serviço como parte integrante do estágio supervisionado, seguindo as diretrizes da Resolução nº 9 de 2004 do Ministério da Educação.

Os Escritórios de Assistência Jurídica Gratuita ou Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito possuem, neste caso, duas finalidades que se complementam: a atuação prática seria um laboratório do Curso de Direito e a Assistência Jurídica, a função social do curso sendo aplicada desde a graduação (SILVA, 2006).

Contudo, ainda que com tais opções, não se pode dizer que o acesso à justiça, nestes casos, seja efetivo, uma vez que a prestação destes serviços se dá eminentemente na seara judicial, pois não há possibilidade de remuneração de advogados na via administrativa.

Eis aqui mais um empecilho para a efetivação do acesso à Justiça, posto que muitas questões poderiam ser resolvidas mediante intervenção administrativa e até mesmo conscientização acerca dos direitos dos assistidos, é o que acontece, por exemplo, no caso da Defensoria Pública de São Paulo que, na capital conta com o apoio de núcleos específicos, capazes de intermediar e divulgar efetivação de direitos dos vulneráveis (minorias).

Na Defensoria Pública de São Paulo existem Núcleos Especializados – de natureza permanente – que possuem como objetivo promover uma atuação estratégica da instituição em áreas de especial importância, os Núcleos coordenam os debates produzidos pelos Defensores Públicos em sua área de atuação, fornecendo suporte técnico necessário, propõem ações judiciais e são responsáveis por coordenar acionamento de Cortes Internacionais se for necessário. Cada Núcleo possui um Defensor e equipe de Defensores integrantes⁵.

A criação da Defensoria Pública tem como objetivo efetivar o direito de acesso à justiça garantido constitucionalmente, posto que tal efetivação pode ser considerada ineficaz quando a prestação da assistência jurídica se dá pela nomeação de advogados dativos nos termos da lei de assistência judiciária. Para Mattos, a criação da Defensoria Pública como órgão estatal “[...] é absolutamente necessária para a concretização deste direito fundamental e fomentador de todos os outros direitos, em especial no que se refere à prestação de serviços jurídicos extraprocessuais” (2011, p. 96, 97).

A criação de uma instituição independente e com aparato financeiro para desempenhar o seu mister é salutar para garantir o acesso à justiça efetivo, pois, na maioria das vezes, a parte vulnerável não tem condições de arcar com o ônus da demora na prestação do serviço judicial.

Contudo, embora tenha havido projeto de lei, de autoria da própria bancada do governo, que regulamentasse a autonomia financeira da Defensoria Pública, a Presidente da República o vetou sob o fundamento de que seria contrário ao interesse público.

Garantir a existência da instituição não significa garantir a efetividade de sua atuação, assim, interesses políticos ainda contribuem para a ineficácia de direitos

⁵ Competências previstas pela Lei Complementar Estadual nº 988 de 2006 aos Núcleos Especializados:

- I - compilar e remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos Defensores Públicos;
- II - propor medidas judiciais e extrajudiciais, para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e acompanhá-las, agindo isolada ou conjuntamente com os Defensores Públicos, sem prejuízo da atuação do Defensor Natural;
- III - realizar e estimular o intercâmbio permanente entre os Defensores Públicos, objetivando o aprimoramento das atribuições institucionais e a uniformidade dos entendimentos ou teses jurídicas;
- IV - realizar e estimular o intercâmbio com entidades públicas e privadas, bem como representar a instituição perante conselhos e demais órgãos colegiados, por qualquer de seus membros, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado;
- V - atuar e representar junto ao Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, propondo as medidas judiciais cabíveis;
- VI - prestar assessoria aos órgãos de atuação e de execução da Defensoria Pública do Estado;
- VII - coordenar o acionamento de Cortes Internacionais.

fundamentais, vez que a Defensoria Pública, instituição que visa dar efetividade a estes direitos, ainda luta constantemente para efetivamente existir.

Existe proposta de Lei complementar estadual de autoria do Deputado Campos Machado, que representa interesses da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo, na qual requer que a administração do fundo de assistência judiciária seja revertida à Secretaria de Justiça e Cidadania, um grande retrocesso para a luta da instituição pela autonomia na prestação de seus serviços⁶.

Somente com uma instituição ativa que a prestação do serviço de assistência jurídica integral será possível, sem os aparatos e autonomia necessários, a simples implantação da Defensoria seria mero formalismo, com o qual ainda haveria a situação de inconstitucionalidade face à omissão estatal de garantir o efetivo acesso à Justiça aos desamparados.

O Estado Constitucional de Direito só será efetivo quando as lesões a direito puderem ser amparadas pelo Judiciário, de forma que a desigualdade social não seja obstáculo ao acesso efetivo à Justiça, de modo que exista paridade de armas entre litigantes.

2. Expansão da atividade da Defensoria Pública como meio de garantir o acesso à Justiça

Após a inércia estatal na criação de Defensorias Públicas e na disponibilidade de aparato técnico e econômico para dar efetividade ao órgão se discute a ampliação das atividades da instituição como consectário de suas funções, possibilitar o acesso à justiça àqueles que não tenham suficiência de recursos.

Nesse sentido, compete à Defensoria Pública atuar na prevenção de conflitos e precipuamente na mediação destes, como forma de se possibilitar um acesso à Justiça eficiente, no qual os interessados resolvam a lide e não apenas cumpram uma decisão judicial imposta.

A atuação recente da Defensoria Pública também deve ser responsável pela desjudicialização dos conflitos. Esta atuação se dá com o apoio de seu corpo técnico, daí a necessidade de dar guarida à instituição, de forma que se possibilite que esta atuação não seja apenas judicial, mas extrajudicial, através da mediação de conflitos, por exemplo.

⁶ Pelo projeto de lei complementar 65/2011 de autoria do Deputado Campos Machado.

São os núcleos de apoio multidisciplinares que são os responsáveis por essa atuação extrajudicial, até mesmo para que seja possível analisar as condições especiais de determinadas pessoas, para então dar o apoio institucional adequado.

Dessa forma, não cumpre com a determinação constitucional o estado-membro que cria a Defensoria, mas não a concede um aparato adequado para que esta realize a sua própria função institucional, que vai muito além da representação judicial daqueles que não possuem recursos financeiros suficientes para arcar com o ônus do processo.

Como consequência desta ampliação de competência da Defensoria Pública tem-se a alteração na legislação que regula a Ação Civil Pública, incluindo entre os legitimados para a sua propositura o Defensor Público.

Nas palavras de Didier Júnior e Zaneti Júnior (2012, p. 218):

Para que a Defensoria Pública 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 Play Station 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 ativa da Defensoria Pública quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não.

Dessa forma, quando verificada a legitimação da Defensoria Pública não se questiona se as pessoas as quais ela representa seriam ou não necessitadas, uma vez que a decisão pode beneficiar a todos.

No entanto, tal alteração legislativa tem sido objeto de contestação pelo Ministério Público, sob o argumento de que esta modalidade de tutela seria mais restrita e, que não competiria à Defensoria Pública atuar na representação dos interesses tutelados via Ação Civil Pública, uma vez que esta competência seria do Ministério Público.

Tal questionamento já foi objeto de Recurso Especial questionando a legitimidade da Defensoria Pública para atuar na representação de interesses transindividuais, tendo em vista que para esta tutela haveria o Ministério Público.

Ora, tratando-se de direitos transindividuais, garantir que outro órgão, também em representação à função do Estado, atue visando garantir a proteção destes direitos seria nada mais do que conceder eficácia ao mandamento constitucional, defender argumento contrário significaria a restrição da efetividade destes direitos, o que não corresponde aos objetivos da Constituição.

Seguindo este raciocínio o Superior Tribunal de Justiça não deu provimento ao recurso especial 1.106515 MG⁷ que questionava a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública.

Existem alterações legislativas recentes que também demonstram esta ampliação da competência da Defensoria, sobretudo, como órgão responsável pela promoção do efetivo acesso à justiça, é o caso, por exemplo, de alterações promovidas na Lei de Execução Penal⁸ e do Código de Processo Penal⁹ que contribuíram para reafirmar a essencialidade da instituição. A primeira alteração incluiu a Defensoria Pública na lista de órgãos da execução penal tornando-a corresponsável pela execução da pena e da medida de segurança, enquanto que a segunda tornou obrigatório o envio, dentro de 24 horas, da cópia dos autos de prisão em flagrante para a Defensoria Pública quando o preso não indicar um advogado.

⁷ RESP 1.106515 MG

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 134 DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5º, XXXV, DA CF. ARTS. 21 DA LEI 7.347/85 E 90 DO CDC. MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUMENTO POR EXCELÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA RECONHECIDA ANTES MESMO DO ADVENTO DA LEI 11.448/07. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA DO DIREITO QUE SE PRETENDE TUTELAR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Constituição Federal estabelece no art. 134 que "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". Estabelece, ademais, como garantia fundamental, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), que se materializa por meio da devida prestação jurisdicional quando assegurado ao litigante, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), mudança efetiva na situação material do direito a ser tutelado (princípio do acesso à ordem jurídica justa).

2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83do CDC).

3. Apesar do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de que "Anova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais'" (REsp 700.206/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 19/3/10), a ação civil pública é o instrumento processual por excelência para a sua defesa.

4. A Lei 11.448/07 alterou o art. 5º da Lei 7.347/85 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública. Essa e outras alterações processuais fazem parte de uma série de mudanças no arcabouço jurídico-adjetivo com o objetivo de, ampliando o acesso à tutela jurisdicional e tornando-a efetiva, concretizar o direito fundamental disposto no art. 5º, XXXV, da CF.

5. In casu, para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública bastaria o comando constitucional estatuído no art. 5º, XXXV, da CF.

6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais.

7. Recurso especial não provido

⁸ Lei nº 12.313/2010 – alterou a LEP

⁹ Lei 12.403/2011

Esta ampliação na atuação da Defensoria Pública visa garantir o amparo ao cidadão que, desprovido de recursos financeiros não tem acesso ao Judiciário para amparar seus direitos lesados. Ainda mais, a instituição quando é fortalecida ganha respaldo estatal para ter a sua atuação ampliada e garantir o efetivo acesso à justiça, que pode ser possibilitado também na via administrativa.

É fato que a atuação do advogado também no processo administrativo contribui para a regularidade do procedimento, deste modo, se a parte ré em processo administrativo não tem como contratar advogado particular, nada mais justo que a Defensoria Pública preste esta assistência jurídica, visando evitar irregularidades e injustiças.

Embora haja Súmula Vinculante do Supremo que entenda que a defesa feita por advogado em processo administrativo disciplinar é facultativa, isso não significa, que, na medida do possível ele não seja desejável.

Aliás, referida súmula¹⁰ é criticada pela doutrina do Direito Administrativo, posto que teria sido editada por critérios de razão política, uma vez que representa retrocesso no entendimento favorável à assistência de advogado no processo administrativo, que já era consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Enfim, a atividade da Defensoria Pública deve se dar sempre que a assistência de um advogado possa contribuir para a regularidade do ato, e se em caso de pessoa com capacidade financeira esse direito seria resguardado, porque, em razão da vulnerabilidade econômica este direito seria diminuído?

Essa previsão de ampliação na atuação da defensoria pública encontra respaldo no documento intitulado 100 regras de acesso à Justiça, que são regras de Brasília sobre acesso à Justiça das Pessoas em condição de vulnerabilidade.

O texto foi elaborado, com o apoio do Projecto Eurosócial Justiça, por um Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana, da qual também participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEF), a Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA).

As Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que ocorreu em Brasília durante os dias 4 a 6 de Março de 2008.

Nesse sentido, segundo o documento acima descrito:

¹⁰ A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Secção 2ª.- Assistência legal e defesa pública

1.- Promoção da assistência técnica jurídica à pessoa em condição de vulnerabilidade

(28) Constata-se a relevância da assessoria técnico-jurídica para a efectividade dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade:

- No âmbito da assistência legal, ou seja, a consulta jurídica sobre todas as questões susceptíveis de afectar os direitos ou interesses legítimos da pessoa em condição de vulnerabilidade, inclusive quando ainda não se iniciou um processo judicial;
- O âmbito da defesa, para defender direitos no processo perante todas as jurisdições e em todas as instâncias judiciais;
- E em matéria de assistência letrada ao detido.

(29) Destaca-se a conveniência de promover a política pública destinada a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais: quer seja através da ampliação de funções do Defensor Público, não somente na ordem penal mas também noutras ordens jurisdicionais; quer seja através da criação de mecanismos de assistência letrada: consultorias jurídicas com a participação das universidades, casas de justiça, intervenção de colégios ou barras de advogados

A legitimidade da atuação da Defensoria Pública tende a aumentar na medida em que a Instituição passe a contar com o aparato financeiro necessário, pois, como instituição que visa dar guarida aos direitos humanos, direitos das minorias e dos hipossuficientes, se torna verdadeira guardiã do Estado Social de Direito, na implementação de políticas públicas que visem dar efetividade aos direitos outrora conquistados.

CONCLUSÃO

O acesso à Justiça, direito fundamental, tão estudado em tempos de supremacia da Constituição e efetivação de direitos outrora conquistados, tem como fundamental apoio a criação de Defensorias Públicas, com o intuito de garantir que este acesso não seja exclusivo daqueles que têm condições financeiras de arcar com os custos de uma lide.

Os estados-membro têm cumprido com o mister na criação de referida instituição, contudo, o aparato necessário para a consecução das finalidades da Defensoria Pública está longe de ser conquistado.

Interesses políticos tem impedido a expansão da instituição que zela pelos interesses daqueles que não têm recursos financeiros e, por isso, muitas vezes encontram-se em situação de vulnerabilidade.

O efetivo acesso à Justiça como direito de todos só deixará de ser uma promessa e passará a ter efetividade quando interesses políticos convergirem com os objetivos da República Federativa do Brasil.

O desrespeito do estado-membro que não ampara suficientemente o órgão responsável pela prestação de assistência jurídica aos carentes significa inconstitucionalidade

evidente, por ofender a norma constitucional e impedir a consecução dos fins da República Federativa do Brasil.

Iniciativas de entidades que visam manter um serviço fracionário e inefetivo não devem sobrepor-se aos direitos fundamentais do cidadão vulnerável.

A criação recente de Defensorias Estaduais pelos Estados de São Paulo, Paraná e Santa Catarina é só o primeiro passo para a efetividade do acesso à Justiça, com ele devem vir outros passos mais importantes, a garantia da autonomia financeira e administrativa é um deles, pois sem estas, a instituição se verá limitada pelo próprio ente que a criou.

Da mesma forma, a ampliação da legitimidade ativa da Defensoria Pública só tem como finalidade garantir a efetivação de direitos fundamentais a um maior número de destinatários, assim tratando-se de direitos transindividuais, qualquer alteração legislativa que vise garantir que outro órgão, também em representação à função do Estado atue visando a proteção destes direitos seria nada mais do que conceder eficácia ao mandamento constitucional.

Portanto, a criação da Defensoria Pública é essencial para consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, sem os quais a manutenção da desigualdade social e do estado de inconstitucionalidade para com os desprovidos de recursos se perpetuará.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

_____, **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Informações disponíveis em <http://www.defensoria.sp.gov.br>, acesso em 02.03.2013.

_____, **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Informações disponíveis em <http://www.defensoria.sp.gov.br>, acesso em 04.03.2013.

_____, **Lei Federal nº 1060**, de 05 de fevereiro de 1950.

_____, **Lei Complementar nº 80**, de 12 de janeiro de 1994.

_____, **Lei Federal nº 12.313/2010**.

_____, **Lei Federal 12.403/2011**.

_____, **Ministério da Educação e Cultura**. Resolução nº 09 de 29 de setembro de 2004.

_____, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.106.515 MG. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 02.03.2013.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 5. Disponível em www.stf.jus.br, acesso em 03.03.20120.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, André Luís Machado. **Veto a autonomia financeira da Defensoria surpreende**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-31/andre-luis-veto-autonomia-financieira-defensoria-publica-surpreende>, acesso em 04.03.2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. Volume 4. 5ª edição. Editora Juspodivm, Salvador, 2012.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa; BREGA FILHO, Vladimir. **Descenso à justiça como fator de inclusão social**. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos...** Fortaleza: CONPEDI, 2010.
<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3055.pdf>.>

NEME, Eliana Franco; MOREIRA, José Cláudia Domingues. **Acesso à Justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais: possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do Homem**. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica - UENP. Nº14 (janeiro/junho) – Jacarezinho, 2011.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça: um princípio em efetivação**. Curitiba: Juruá, 2011.

MENDONÇA, Camila Ribeiro. **Defensores são contra mudanças na gestão do convênio**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-dez-07/defensoria-proposta-oab-sp-assistencia-juridica>, acesso em 05.03.2013.

SILVA, Luiz Marlo de Barros. **O acesso ilimitado à Justiça através do Estágio nas Faculdades de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.