

Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados

Centro de Documentação e Informação

Coordenação de Biblioteca

<http://bd.camara.gov.br>

"Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade."



DEFENSORIA PÚBLICA - INSTITUIÇÃO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL PELO ESTADO E À JUSTIÇA

Suely Pletz Neder
Consultora Legislativa da Área I
Direito Constitucional, Eleitoral, Municipal,
Administrativo, Processo legislativo e Poder Judiciário

ESTUDO

ABRIL/2002



Câmara dos Deputados
Praça dos 3 Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF

© 2002 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o(s) autor(es) e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

DEFENSORIA PÚBLICA - INSTITUIÇÃO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL PELO ESTADO E À JUSTIÇA

Suely Pletz Neder

“Eu sou o Governador guardião. Em meu seio trago o povo das terras de Sumer e Acad. Em minha sabedoria eu os refreio, para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça.”

Hamurabi, 2067 a 2025 a.C.¹

“O tribunal está fechado para os pobres”² dizia Ovídio. Para abrir-lhe as portas a todos, o Constituinte de 1988 instituiu a Defensoria Pública e fixou os contornos que deveriam ser seguidos em sua estruturação pela União, Estados e Distrito Federal.

Anteriormente à promulgação da Carta Política vigente, em algumas unidades federativas do país o Poder Público já prestava a Assistência Judiciária regulamentada pela Lei nº 1.060/50, muita vez de forma precária.

A Carta Magna, no art. 5º, LXXIV, trouxe não só a promessa do acesso universal à Justiça, presente nas demais Constituições pátrias, quanto, principalmente, a ordem para a efetiva institucionalização da Defensoria Pública em todo o território nacional.

Mais ainda, atenta à necessidade de conceder a assistência jurídica integral, estendeu a atuação do Defensor Público ao âmbito extrajudicial e, no judicial, a todos os graus e instâncias do Poder Judiciário.

Assim, ao configurar esse direito individual que permite a equalização das condições dos desiguais perante a Justiça, diz o artigo 5º, LXXIV, da C.F., “*in verbis*”:

“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Este direito fundamental da cidadania é materializado pela Defensoria Pública, consoante o determinado pelo artigo 134 da Lei das Leis nos termos abaixo transcritos:

“A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, por concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

Vê-se, portanto, que o **Dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados é exercitado, como *munus publico*, em caráter de exclusividade pela Defensoria Pública.**

Tal afirmação não elide o exercício, **a nível suplementar, da advocacia dativa**, praticada por profissional liberal, que, no entanto, **ao contrário do que ocorre com o Defensor Público, não possui o dever legal de exercê-la.**

Com efeito, nada pode ser mais diversa que a situação do Defensor Público e a do Advogado. É inconteste que todas as Funções Essenciais à Justiça (conforme foram denominadas pela Constituição Federal a Advocacia e as Instituições da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Advocacia-Geral) possuem um radical comum.

Elas são carreiras ou profissão - esta, no caso da Advocacia - de cunho nitidamente postulatório, essenciais não só ao exercício da Função Jurisdicional do Estado, mas, como diz Sérgio D'Andréa Ferreira em “Comentários à Constituição”:

“O que se busca com a atuação dessas instituições é a realização da Justiça, tomado esse termo não apenas no sentido de Justiça de estrita legalidade; de Justiça Jurisdicional, mas de Justiça abrangente da equidade, da legitimidade, da moralidade.”

No mesmo sentido discorre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em artigo publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo sob o título “*As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*”.

Nele, o respeitado jurista analisou o controle formal, concentrado, exercido pelos órgãos técnicos - as Procuraturas Constitucionais - em relação ao difuso, informal, desenvolvido pela sociedade ou parte dela, ocasião em que registrou:

“Mas, em ambos os casos, sublinhe-se, busca-se a plena realização da Justiça não apenas àquela estritamente referida à atuação do Poder Judiciário, mas a que é estendida à atuação de todos os Poderes do Estado e entendida como a suma de todos os valores éticos que dignificam a convivência em sociedade: a licitude, a legitimidade e a legalidade.”

Esse radical comum entre as Funções Essenciais à Justiça não afasta, por outro lado, as especificidades próprias à cada uma delas, inerentes à natureza das suas atribuições constitucionais.

Assim, no que respeita à Defensoria Pública em relação à Advocacia a distinção já ocorre quanto a natureza pública de uma, privada da outra. Estende-se, ainda, ao vínculo entre as partes e seus patronos: para a Defensoria Pública é público-institucional; para a Advocacia, privado-contratual.

A partir do estabelecimento desse vínculo de natureza público-institucional o Defensor Público assume, **pela dicção da Constituição Federal, da lei infraconstitucional e pela investidura no cargo público**, o **DEVER** e não a faculdade de assistir aos incontáveis cidadãos economicamente necessitados que a ele recorrem e, mais ainda, aos revéis e aos que não constituíram advogados para a defesa dos seus direitos indisponíveis.

E o faz como corolário da supremacia da soberania popular sobre o poder do Estado, que dela deriva, instrumentalizando, assim, o pleno exercício dos direitos fundamentais da cidadania à esmagadora maioria da população e superando, pela via institucional, a desigualdade social de oportunidades dadas a seus assistidos em relação aos possuidores de fortuna material.

Essa ação, que somente pode contribuir para a credibilidade e o prestígio da ordem jurídica e das instituições basilares da sociedade democrática, repercute diretamente no volume de causas e atendimentos jurídicos extrajudiciais a cargo da Defensoria Pública, que, necessariamente, é muito superior ao do Advogado, profissional liberal que, como dito anteriormente, mantém com seu cliente um vínculo privado, contratual, derivado da livre vontade das partes contratantes.

Com efeito, é indiscutível que no País em que a estrutura político-social se revela profundamente injusta para a esmagadora maioria de seus cidadãos - cada vez mais alijada do exercício dos seus direitos de cidadania e do acesso aos bens e serviços produzidos socialmente - imensa tarefa recai sobre os ombros da Defensoria Pública.

Sobre tal hercúlea missão, bem ressaltou o eminente constitucionalista, prof. José Afonso da Silva, *in* “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 6ª Edição, pag. 195 e segs., saudando a criação, pela Carta de 1988 da Instituição:

“Os pobres têm acesso muito precário à Justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados. O patrocínio gratuito se revelou de alarmante deficiência. A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer à eficácia do dispositivo segundo o qual **o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita para os que comprovarem insuficiência de recursos** (art. 5º, LXXIV). Referimo-nos à institucionalização das Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134).

Quem sabe se fica revogada, no Brasil, a persistente frase de Ovídio: **Cura pauperibus clausa est**. Ou as Defensorias Públicas federal e estaduais serão mais uma instituição falha? **Cabe aos Defensores Públicos abrir os tribunais aos pobres, é uma missão tão extraordinariamente grande que, por si, será uma revolução, mas, também se não cumprida convenientemente será um aguilhão na honra dos que a receberam e, porventura, não a sustentaram.** (destaques nossos)

E diz, ainda, o mesmo autor, na obra referenciada:

“A igualdade perante a Justiça, assim, exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a idéia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizada pelo grupo em que se insere de fato; de outro, deve ele apreciar os critérios de relevância que foram adotados pelo legislador. É essa doutrina que orienta o princípio da igualdade da justiça na imposição da pena para o mesmo delito. Seria injusto fosse aplicada a mesma pena sempre em atendimento a uma igualdade abstrata. Aplicando-se matematicamente a mesma pena para o mesmo crime, que, por regra, é praticado em circunstâncias diferentes, por pessoas de condições distintas.

Para que tal abstração não ocorra é que, além das circunstâncias agravantes, se impõe a regra da individualização da pena (art. 5º, XLVI). **Mas ainda é certo que as profundas diferenças de condições materiais não se igualizam por essas poucas regras de justiça penal. É muito difundida a idéia de que cadeia é só para os pobres.** *(destacamos em negrito)*

A isonomia formal e a material se distinguem, como ensina o mesmo constitucionalista, na obra mencionada:

“A afirmação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Mas aí se firmara a igualdade jurídica e formal **no plano político de caráter puramente negativo**, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as **desigualdades** econômicas porque fundada “numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea.” (cf. Ingber, “L’Égalité”, *destacamos*)

Nossas Constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a **mera isonomia formal**, no sentido de que a lei e sua aplicação trata a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. **A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.** “

Sob essas premissas e atento ao pretendido pelo Constituinte de 1988, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 7.871, de 1989, introduzindo ao art. 5º da Lei nº 1.050, de 1950, que tratava da Assistência Judiciária aos necessitados, o § 5º, dispondo, **in verbis**:

“Nos Estados em que a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida o Defensor Público ou quem exerça cargo equivalente será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.”

E, atendendo ao comando do § único do art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil, editou a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organizou a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e estabeleceu normas gerais para sua organização nos Estados.

Esta Lei Complementar normatizou a carreira da Defensoria Pública, em cargos providos, na classe inicial, por concurso público de provas e títulos e assegurou a seus integrantes a independência política, garantida pela estabilidade funcional, a inamovibilidade do órgão de atuação em que foi regularmente lotado e a irredutibilidade de seus vencimentos. Ao mesmo tempo vedou ao Defensor Público o exercício da advocacia fora das suas atribuições institucionais.

Lado outro, a lei referida, em seu art.142, determinou aos Estados a adaptação de suas Defensorias Públicas à normatividade dela emanada no prazo de cento e oitenta dias de sua publicação, ocorrida em 14/01/94, vale dizer, até 11 de julho de 1994.

Entretanto, **tal qual costumeiramente ocorre quando se trata de dar eficácia aos direitos da cidadania e especialmente aos dos excluídos socialmente**, ainda hoje, decorridos mais de uma dezena de anos da promulgação da Carta Magna e desde há muito já vencido o prazo dado aos Estados, inúmeros são os Entes Federativos, que descumprem o DEVER legal de assegurar, por meio da Defensoria Pública, assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

E, mesmo quando o fazem, esquecidos de que o direito de acesso à Justiça compreende o de receber a ampla **defesa técnica**, indispensável à dedução da pretensão resistida, estruturam apenas formalmente a Instituição, negando-lhe as mais elementares condições materiais e de recursos humanos para o desempenho de suas relevantes atribuições e condenando, assim, à inação as garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos hipossuficientes.

Conhecendo essas limitações circunstanciais à atuação da Defensoria Pública, visando a estimular a superação desses óbices ao exercício dos direitos fundamentais da cidadania e pretendendo tratar desigualmente os desiguais, dando-lhes as condições para superar essa desigualdade, é que o legislador infraconstitucional atribuiu, com exclusividade, **ao Defensor Público ou a quem exercesse cargo equivalente nos Estados em que a Assistência Judiciária fosse organizada e por eles mantida**, as prerrogativas da intimação pessoal e do prazo duplo.

Ora, os cargos públicos sujeitam-se para o seu provimento ao concurso público de provas ou de provas e títulos (art.37, II, C.F.) o que, de per si, distingue a situação do Defensor Público - e de seus equivalentes - daquela do Advogado.

De perguntar-se, então, o que fazer quando o Estado omissor transfere ao profissional liberal o desempenho de suas atribuições constitucionais?

Independentemente das demais medidas judiciais cabíveis relativas à constitucionalidade do ato omissivo, algumas soluções despontam na jurisprudência dos tribunais.

É o que ocorre com as advindas do **Superior Tribunal de Justiça** que, além de em inúmeros julgados confirmar a validade das prerrogativas asseguradas ao Defensor Público pela Lei nº 7.871/89, acabou, também, **estendendo o prazo em dobro aos Advogados do Diretório Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por estarem suprimido, via convênio com o Estado de São Paulo, a inexistência da Defensoria Pública naquela unidade federativa.**

Responderam, mais, àquela indagação sobre o que fazer face à omissão do Estado outros inúmeros tribunais, **em mananciosa jurisprudência, reafirmando que cabe ao Estado arcar com os honorários dos nomeados para o exercício da advocacia dativa, na inexistência ou insuficiência do Defensor Público.**

Assim, chega-se, indubitavelmente, à conclusão de que o § 5º, do art. 5º da Lei nº 1.060/50, introduzido pela Lei nº 7.871/89 é absolutamente harmônico com a Carta Magna por tratar desigualmente os desiguais.

E, mais, esse dispositivo tem endereço certo e exclusivo, qual seja, **o agente público que, por regular investidura no cargo público e pela dicção da Constituição e da lei infraconstitucional, tem o DEVER de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados**, situação em todo diversa da do Advogado que possui a **FACULDADE** de exercer a advocacia dativa, consoante o reconhecido pela doutrina e a jurisprudência.

Enfim, não se pode deixar de consignar o reconhecimento que tem sido prestado pela sociedade aos serviços prestados pela Defensoria Pública, vez que é ele que tem dado à Instituição condições de sobrevivência.

Em verdade, agride à consciência nacional que ao Poder Público jamais falem os recursos para implementar as ações da sua própria Advocacia-Geral e do Ministério Público, este, defensor da sociedade e fiscal da lei, mas que sejam sempre inexistentes para estruturar a Defensoria Pública.

E, destaca-se ao final, tudo isso ocorre, quando, na maior parte das vezes, é contra o próprio Poder Público que o hipossuficiente deveria postular o seu direito, por ele lesado!

NOTAS DE REFERÊNCIA

¹ Transcrito por Jaime de Altavila, *in* “Origem dos Direitos dos Povos, p. 43.

² “Cura pauperibus clausa est”, Ovídio, citado por José Afonso da Silva, *in* “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, 16^ª Ed., p. 588, 1999.