



INTER
FACES
CIENTÍFICAS

DIREITO

ISSN IMPRESSO 2316-3321

ISSN ELETRÔNICO 2316-381X

A EFICÁCIA DO DIREITO/GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA PREVISTA NO ART. 5º, LXXIV, CF/88

Jéffson Menezes de Sousa¹

Marco A. R. Cunha e Cruz²

RESUMO

O presente artigo realiza um estudo acerca da eficácia e da aplicabilidade da norma prevista no art. 5º, LXXIV, CF/1988. Os objetivos se circunscrevem a: a) identificar a eficácia da norma no art. 5º, LXXIV, CF/88; b) delimitar a sua aplicabilidade, se imediata ou mediata; c) compreender a garantia constitucional ora analisada levando em consideração todos os seus aspectos e consequências. Utilizou-se o método dedutivo, primando pelo viés qualitativo. Realizou-se uma análise documental. O trabalho foi organizado a partir de uma revisão bibliográfica que contou com obras gerais e específicas, artigos científicos publicados em revistas especializadas, e a análise de casos discutidos no Supremo Tribunal Federal que versassem sobre a atuação da Defensoria Pública como órgão de concretização da assistência jurídica. Condensa-se no texto, portanto, o posicionamento doutrinário acerca da temática ora discutida, bem como a visualização do posicionamento da Suprema Corte

do país quanto à garantia da autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas Estaduais. O estudo gera algumas conclusões: a) a máxima do direito/garantia de assistência jurídica gratuita se dá através da promoção de uma justiça social e igualitária; b) o texto do inciso LXXIV do artigo 5º possui eficácia limitada, logo, em razão disto, tem aplicabilidade mediata e não de serem preenchidos requisitos para produção de seus efeitos; c) a advocacia constitucional da Defensoria Pública consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, aos direitos titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da CF88, d) definitivamente, a EC 45 de 2004 potencializou o “direito a ter direitos”, e contribuiu para a se aproximar da efetividade da norma programática que dispõe sobre assistência jurídica gratuita e integral.

PALAVRAS-CHAVE

Eficácia. Garantia Constitucional. Assistência Jurídica.

ABSTRACT

The present article conducts a study about the effectiveness and applicability of the expected norm in the art. 5, LXXIV, CF/1988. The objectives are limited to: a) identify the effectiveness of the norm in art. 5, LXXIV, CF/88; b) delimitate its applicability, if immediate or mediate; c) understand the constitutional guarantee now analyzed considering all its aspects and consequences. It was used the deductive method, striving for qualitative bias. It was made a documental analysis. The work was organized by a bibliographic review which featured general and specific works, scientific articles published in specialized magazines, and analysis of the cases discussed in the Supreme Federal Court that talked about the Public Defender as an organ of implementation of legal assistance. Condenses in the text, the doctrinal position about the thematic now discussed, as well as the visualization of the position of Supreme Court of the country and to ensure the functional and administrative autonomy of the State Public Defender. The study provides some

conclusions: a) the maximum of the right / guarantee of free legal assistance is through the promotion of a social and equal justice; b) the text of the item LXXIV from the art 5 has limited effectiveness, so for this reason, it has mediate applicability and they will be filled requirements of its effects; c) Public Defender's constitutional avocation is to give concrete expression and effectiveness, including through access to the injured state jurisdiction, rights securitized by needy people, who are the real recipients entered in both the standard art 5, LXXIV, as the precept embodied in art 134, both of CF88, d) finally, the EC 45, 2004, increased the "right to have rights", and contributed to approach the effectiveness of programmatic norm which provides for free legal assistance and integral.

KEYWORDS

Effectiveness. Constitutional Guarantee. Legal Assistance.

RESUMEN

En este artículo se presenta un estudio sobre la eficacia y la aplicabilidad de la norma prevista en el art. 5, LXXIV, CF/1988. Los objetivos se limitan a: a) identificar la eficacia de la norma en el art. 5, LXXIV, CF/88 b) delimitar su aplicabilidad, si es inmediata o mediata c) entender la garantía constitucional aquí analizada, tomando en cuenta todos sus aspectos y consecuencias. Se utilizó el método deductivo, optando por el enfoque cualitativo. Se realizó un análisis

documental. El trabajo fue organizado a partir de una revisión bibliográfica que incluyó obras tanto generales como específicas, artículos científicos publicados en revistas especializadas, y los estudios de casos examinados en el Supremo Tribunal Federal que trataran sobre el desempeño de la Defensoría Pública como instrumento de implementación de la asistencia jurídica. Se abarca en el texto, por lo tanto, la posición doctrinal sobre el tema aquí discutido,

así como la visualización de la posición de la Corte Suprema del país en relación a la garantía de autonomía funcional y administrativa de las Defensorías Públicas Estaduales. La investigación ofrece algunas conclusiones: a) la máxima del derecho/garantía de la asistencia jurídica gratuita se consigue a través de la promoción de la justicia social y la igualdad b) el texto de la sección LXXIV del artículo 5 tiene una eficacia limitada, por lo que debido a esto tiene aplicabilidad mediata y depende de algunos requisitos para que se produzcan sus efectos c) es considerada avocación constitucional de la Defensoría Pública proporcionar la expresión efectiva y concreta, incluso mediante el

acceso del lesionado a la jurisdicción del Estado, a los derechos titulizados por las personas necesitadas, que son los beneficiarios reales tanto de la norma registrada en el art. 5, LXXIV, como del precepto consagrado en el art. 134, ambos de la CF88, d) por último, la EC 45 de 2004 potenció el “derecho a tener derechos”, y ha contribuido a acercar la eficacia de la norma programática que establece la asistencia jurídica gratuita e integral.

PALABRAS CLAVE

Eficacia. Garantía constitucional. Assistência Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF88) garante uma assistência jurídica integral e gratuita a ser exercida pelo Estado àqueles que não tenham condições econômicas de arcar com gastos processuais e honorários advocatícios para reclamarem seus direitos perante o Poder Judicial. A finalidade dessa garantia é fazer com que todos, de forma igualitária e independentemente de suas condições financeiras, possam gozar de direitos que são resguardados pelo ordenamento jurídico.

Esta previsão já se encontrava nas Cartas Magnas anteriores. Importa observar, pois, que o *status* da assistência jurídica passou primeiramente pela Carta de 1934 (art. 133) e esteve ausente durante o período da ditadura militar. Ficará notório que durante todo o percurso até a atualidade, a assistência jurídica evoluiu termologicamente, tendo a releitura de sua semântica no art. 5º, LXXIV, CF88 – “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (Grifo nosso). A questão ora a ser pesquisada é saber quais reflexos essa característica de integralidade conferiu ao direito ora discutido. Diante da discussão proposta é que se desenvolve este texto.

Neste sentido, é certo que toda norma constitucional tem sua eficácia, seja ela plena ou limitada, e goza de aplicabilidade, podendo esta ser direta ou indireta. A problemática acerca da temática da assistência jurídica prestada gratuitamente pelo Estado está na definição desta ser de eficácia plena, por se tratar de um direito fundamental, elencado no art. 5º da CF/88; ou possuir eficácia limitada, é dizer, que por si só não produz o efeito que tem por finalidade produzir, necessitando da determinação e criação por lei de providências que possam pô-la em prática. Define-se, deste modo, que o problema a ser discorrido neste escrito é descrever qual a eficácia do direito fundamental de assistência jurídica gratuita, a partir de um estudo doutrinário.

Com efeito, quando a proposta é a analisar a eficácia de uma garantia ou de um direito fundamental, é inafastável discutir a sua aplicabilidade, uma vez que este último termo está intimamente ligado ao primeiro. No presente texto, a questão curial a ser desenvolvida é descobrir se a assistência jurídica integral e gratuita está prevista em uma norma de eficácia limitada, que, apesar de gozar de aplicabilidade imediata,

tem sua eficácia plena condicionada à elaboração da legislação infraconstitucional. Igualmente, é necessário descobrir como pode ser caracterizada a sua aplicabilidade.

Para a delimitada temática é imprescindível definir o que se objetiva, que sumariamente corresponde a: a) identificar a eficácia da norma no art. 5º, LXXIV, CF88; b) delimitar a sua aplicabilidade, se imediata ou mediata; c) compreender a garantia constitucional ora analisada levando em consideração todos os seus aspectos e consequências.

Na produção do artigo, utilizou-se o método dedutivo, primando pelo viés qualitativo. Realizou-se,

para o fito, uma análise documental: o trabalho foi organizado a partir de uma revisão bibliográfica que contou com obras gerais e específicas, artigos científicos publicados em revistas especializadas, e a análise de casos discutidos no Supremo Tribunal Federal que versassem sobre a atuação da Defensoria Pública como órgão de concretização da assistência jurídica. Condensa-se no texto, portanto, o posicionamento doutrinário acerca da temática ora discutida, bem como a visualização do posicionamento da Suprema Corte do país quanto à garantia da autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas Estaduais. Após este estudo, tecem-se algumas considerações finais.

2 A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DO ART. 5º, LXXIV, CF88

Existe um significativo rol de direitos dedicados à defesa da posição jurídica com relação aos órgãos jurisdicionais em geral, todos eles previstos pela CF/88. Dentre eles encontra-se o art.5º, LXXIV, uma norma inegavelmente programática. Tais disposições que dizem respeito a esses direitos, e aqui apreciado especialmente o de assistência judicial gratuita, vão além do art. 5º e estendem-se pela Constituição. Como exemplo, urge citar o art. 134 – “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.”

Esse fenômeno de extensão de garantias cumpre um papel fundamental na concretização do Estado Democrático e Social de Direito. Torna-se perceptível a importância da assistência jurídica integral e gratuita ofertada à população hipossuficiente, aquela que não dispõe de recursos financeiros suficientes. Debater sobre eficácia dessa garantia fundamental

é acrescer questões à discussão já instaurada pelos doutrinadores e vislumbrar um esclarecimento de conceitos e sua aplicação em um determinado contexto.

É visível que em diversas obras de direito constitucional os autores explicitem o que é eficácia e aplicabilidade, mas raramente é posto um debate exatamente sobre o direito fundamental aqui discutido. Foi essa necessidade que impulsionou a realização do referido artigo, justificada sua existência na imprescindível necessidade de uma apreciação exclusiva da real identidade da garantia/direito constitucional da assistência jurídica integral gratuita.

Como regra geral, toda norma jurídica apresenta eficácia, algumas sociais e jurídicas, e outras apenas jurídicas. Eficácia social representa a potencialidade da norma para regular relações em casos concretos, a eficácia jurídica também carrega tal característica, embora vá além a partir do momento que só o ato da

norma existir no plano positivado, escrito, já resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela se conflitam. Aplicabilidade diz respeito à integração da norma ao ordenamento jurídico, gozando de eficácia jurídica e sendo passível de exigências por seus titulares (SILVA, 2007, p. 408)¹.

José Afonso da Silva (2007a, p. 262) destaca que as normas constitucionais de eficácia plena possuem normatividade suficiente à sua incidência imediata, pois desnecessária providência normativa ulterior para sua aplicação. Há presença de situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, e por isso são desde logo exigíveis. Por outro lado, as normas constitucionais de eficácia limitada, no momento da promulgação da Constituição, não têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos. É imperiosa uma lei integrativa infraconstitucional. E, por isso, tem sua aplicabilidade mediata e reduzida.

Motta e Barchet (2009, p. 154) discorrem a respeito da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais citando, de antemão, o art. 5º, § 1º - *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Para ambos a norma consagra o princípio da imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos pela Constituição de 1988. Deixam claro que não se pode confundir o conceito de aplicabilidade imediata com a eficácia

plena de um dispositivo constitucional. Portanto, há direitos e garantias fundamentais que além de possuírem imediata aplicabilidade, como todos os demais, também gozam de eficácia plena, ou seja, deflagram na integralidade os efeitos jurídicos queridos pelo legislador constituinte originário. Por outro lado, há direitos e garantias fundamentais previstos em normas constitucionais de eficácia limitada, que apesar de gozarem de aplicabilidade imediata, têm sua eficácia plena condicionada à elaboração da legislação infraconstitucional.

Neste sentido, há discussão doutrinária sobre a diferenciação quanto à aplicabilidade das normas constitucionais de direitos e garantias individuais e direitos e garantias sociais. Há efeitos distintos para aquelas definidoras de direitos e garantias individuais, onde se configura o caráter de aplicabilidade imediata, e as outras normas definidoras de direitos sociais que, ao contrário, estariam sujeitas a providências posteriores, que lhes completariam a eficácia e possibilitariam a sua aplicação de fato, como leciona José Afonso da Silva (2007b, p. 408). Ter “aplicação imediata”, consoante aduz o art. 5º, § 1º, CF88, significa dizer que as normas constitucionais são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam.

Ainda na discussão acerca da aplicabilidade da norma de assistência jurídica integral e gratuita, Ingo W. Sarlet (2004) propõe falar acerca da positivação dos direitos fundamentais. Nesse tom, ele considera existir uma íntima conexão entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica, pois, a carga eficaz da norma assim dependerá de sua natureza, se programática, ou de forma que sua positivação permita desde logo o reconhecimento do direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental. Para Sarlet (2004), toda a questão envolta no art. 5º, § 1º, CF88, esteve na impossibilidade de aplicação da prerrogativa dessa norma de aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais.

¹ Na busca por uma compreensão acerca da aplicabilidade das normas, quanto ao estudo de sua eficácia, José Afonso da Silva se reportou a doutrinadores como Carlos Cossio, que tratou da teoria egológica do Direito que fez desaparecer a discrepância entre os juristas quanto a utilização de diversas palavras, positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade, falando unicamente da validade e da vigência do Direito, por serem os demais, vocábulos sinônimos. Foi no sociologismo jurídico que José Afonso da Silva encontrou a redução do problema acerca da vigência, que representou a aplicação eficaz do Direito, que a partir daí surgiu a perspectiva das normas programáticas, aquelas que necessitam de lei ordinária ou complementar para atuar efetivamente, como assim compreende-se a assistência jurídica integral e gratuita que fez necessário a criação da Defensoria Pública para a sua concretização. Por fim, utiliza-se da lição de Kelsen que dá nítida prevalência à vigência, embora admita certa conexão com a eficácia, porém diferenciando-as no tocando ao universo de sua existência, estando uma no “dever-ser” e a seguinte no mundo do “ser”, em que pese um mínimo de eficácia ser condição de vigência da norma. Cf.: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63 e ss.

Assim, repousaria apenas sobre os direitos individuais e coletivos, embora seja evidenciado que a nossa Constituição não estabeleceu distinção quanto à natureza entre os direitos de liberdades e os direitos sociais. A princípio, todas as categorias de direitos fundamentais devem reger-se pelo mesmo regime jurídico, portanto, conclui dizer que sejam além dos direitos sociais, econômicos, culturais, todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis pela incidência do art. 5º, § 1º, CF88.

Por seu turno, Maria Helena Diniz (1997) refere-se a um gradualismo eficaz das normas constitucionais. Segundo ela há um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais. Todas teriam juridicidade, mas seria utópico considerar que todas teriam a mesma eficácia, pois o seu grau eficaz é variável. Não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por elas visados.

É nesta linha de raciocínio que se afirma que está excluída a possibilidade de se julgar ineficaz a norma que consagra a assistência jurídica gratuita. Motta & Barchet (2009) atribuem a característica de aplicabilidade imediata a todas as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, o que inclui, indubitavelmente, a assistência jurídica gratuita, a luz do disposto no art. 5º, § 1º, CF88. A distinção entre as normas está contida na sua eficácia, ou seja, existirão normas de eficácia plena e outras de eficácia limitada. De outro lado, José Afonso da Silva (2007b, p. 408), pondera que “aplicação imediata” difere de “aplicabilidade imediata”, sendo a primeira uma noção genérica de que todos os direitos fundamentais têm a possibilidade de produzir seus efeitos jurídicos.

No mesmo sentido é a opinião de Maria Helena Diniz, ou seja, significa dizer que o direito/garantia da assistência jurídica gratuita está previsto porque deve

e tem condições de ser posto em prática, e não que possui aplicabilidade imediata, uma vez que depende de regulação que diga como tal assistência será ofertada pelo poder estatal.

Ao adentrar na discussão acerca de eficácia e efetividade, é inafastável entender esses dois conceitos. É de imprescindível consulta a teorização de Luís Roberto Barroso (2009, p. 220), quem aduz que a efetividade representa o cumprimento da norma. Trata-se da observância de uma conduta humana quanto à conformidade com o seu conteúdo. Surge dessa ideia o termo “função social” que irá condizer com materialização da norma no mundo dos fatos, representando uma íntima ligação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Com efeito, a finalidade do constituinte ao positivizar a norma programática do art. 5º, LXXIV, CF88, foi instaurar uma justiça acima de tudo, igualitária. Porém, como acentuou Thiago Luís Santos Sombra (2011), a pressuposição de igualdade perante a lei nunca foi realmente convincente. Isto porque a desigualdade econômica sempre foi preponderante sobre a igualdade formal. Ao passar dos anos, o Estado Social e Democrático de Direito absorve novas aspirações e cuidou de observar os indivíduos segundo as suas condições reais. Com isso, há uma proposta de que o Estado fomente o “empoderamento” da sociedade (PEREIRA, 2006). Neste sentido, um destes exemplos, indisputavelmente, é a assistência jurídica integral e gratuita, que vislumbra conferir igualdade no campo real para aqueles até então distanciados do Poder Judiciário, por fatores econômicos e sociais.

O fenômeno discutido mostra a dualidade de correntes a respeito do que seja eficácia, aplicabilidade e efetividade. Não se pode afirmar que há uma confusão, e sim interpretações distintas acerca dos termos. Fica compreendido que o mandamento programático do art. 5º, LXXIV, CF88, ainda que dotado de imperatividade, foi editado pelo constituinte de uma forma que não foi à norma concedida eficácia plena *a priori*,

e via de consequência sem aplicabilidade imediata e sem efetividade. Isto se explica pela interpretação meramente filológica do próprio texto do inciso. Para a prática dessa prestação pelo Estado, falta definir como se concretizará. Por mais que o art. 134 defina que se dará através da Defensoria Pública, ainda assim, a concretização do preceito não se encontra no *corpus* lingüístico do art. 5º, LXXIV, CF88.

Convém convergir, portanto, que o texto do inciso LXXIV do artigo 5º possui eficácia limitada, logo, em razão disto, tem aplicabilidade mediata. Isso significa afirmar que a norma não contém disciplinados

todos os elementos necessários para sua efetividade. Nada obstante, a própria Constituição já instituiu a Defensoria Pública, criada e disciplinada por suas leis orgânicas, que dispõem sobre seu funcionamento, direcionando a este instrumento estatal recursos e condições suficientes para atingir a finalidade que o constituinte se propugnou a concretizar. É intuitivo, portanto, concluir que para se lograr a eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma do inciso LXXIV do artigo 5º, há de ter uma Defensoria Pública robusta e atuante para, indubitavelmente, ser instrumento de efetividade do direito/garantia da assistência jurídica integral e gratuita.

3 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

O princípio de acesso à justiça é um dos pilares do Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares sem que houvesse a possibilidade de que o jurisdicionado possa ter acesso ao órgão que aprecia seus conflitos e conduz a pacificação social. A assistência jurídica gratuita é um direito/garantia destinado àqueles hipossuficientes economicamente, cuja finalidade é fazer com que a justiça seja um ambiente de todos, e que na sociedade civil todos estejam amparados pelo Direito.

Mauro Capelletti e Bryant Garth (2002, p. 08) observam que a expressão “acesso à justiça” serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, sistema este entendido como o meio pelo qual as pessoas podem reivindicar seus litígios sob os auspícios do Estado. De um lado, o sistema deve ser igual e inadvertidamente acessível a todos; de outro, deve o sistema produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Estabelecem ainda uma premissa básica que será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

A evolução histórica da assistência jurídica não pode passar despercebida. Dentro da discussão dessa matéria, ainda sobre o que de novo essa garantia/direito conseguiu absorver com a Carta Magna vigente, pode-se dizer que a grande novidade apresentada pela Carta de 1988 está no seu campo de atuação: já não se delimita em função do atributo ‘Judiciário’, mas passa a envolver tudo que seja ‘jurídico’. A assistência jurídica, portanto, abarca a assistência consultiva e contenciosa de toda e qualquer relação jurídica que o cidadão hipossuficiente necessite.

De fato, a mudança do adjetivo qualificador da ‘assistência’, reforçada pelo acréscimo ‘integral’, implica evidente ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo e qualquer ato jurídico. Incluem-se também nesta franquia constitucional: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos.

Na mesma perspectiva, Motta & Barchet (2009, p. 408) entendem ter o art. 5º, LXXIV, CF88, criado como direito fundamental a assistência jurídica integral aos hipossuficientes economicamente e, além disso, os termos “jurídica e integral” significam que a assistência não se limita ao campo judicial, devendo anteceder-lo e ser de boa qualidade e sobre a concretização dessa garantia. Comentam, ainda, sobre o art. 134 CF88, que determina que é a Defensoria Pública quem tem a pertinência de cumprir tais atribuições. Frisam a delimitação trazida no texto do inciso que consiste na mensagem da não abrangência da norma a todos, mas unicamente aos que comprovarem insuficiência de recursos, não requerendo, todavia, um estado de miserabilidade. Por insuficiência de recursos, entende-se a falta de disponibilidade financeira para custear as despesas inerentes ao processo judicial e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (Lei 1.060/50, art. 2º, par.ún.).

No mesmo raciocínio, a gratuidade é imperiosa para a acessibilidade do hipossuficiente ao Judiciário. Por gratuidade, é de se entender a isenção das taxas judiciárias e dos selos (art. 3º, I, Lei 1.060/50), a desobrigação de pagar os emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventários da justiça (art. 3º, II, Lei 1.060/50); o não pagamento das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais (art. 3º, III, Lei 1.060/50); a isenção das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados (art. 3º, IV, Lei 1.060/50); a desobrigação de pagar os honorários de advogado e peritos (art. 3º, V, Lei 1.060/50); o não pagamento das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade (art. 3º, VI, Lei 1.060/50, Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001); a isenção dos depósitos previstos

em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório (art. 3º, VII, Lei 1.060/50, incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

No ponto tocante à finalidade do legislador acerca da matéria ora discutida, José Afonso da Silva (2005) asseverou que, a desigualdade da justiça consiste precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e/ou de defesa assegurado na Constituição (art. 5º, XXXV, CF88). É exatamente isso que explica a motivação subjetiva do constituinte em instituir esse direito/garantia de assistência jurídica, pois de nada adiantaria a simples fixação de que todos devem ter acesso ao Judiciário, deixando de enxergar que nem todos possuem as mesmas condições de acessibilidade.

É neste contexto que não sem razão Ada Pellegrini Grinover (1999 afirma que se pode dizer, sem exagerar, que a Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça. Todos devem ter um real acesso à justiça, isso é uma afirmativa imposta pelo próprio Estado Democrático e Social de Direito. Ao mesmo tempo em que se observa o ideal de que todos devem ter acesso ao Poder Judiciário, percebe-se que as pessoas desafortunadas economicamente não possuem a mesma facilidade que aquelas abastadas. É fato irrefutável que existem barreiras, sejam elas sociais, culturais, e principalmente econômicas que distanciam a população hipossuficiente da justiça. O direito/garantia da assistência jurídica, portanto, conta com esta previsibilidade do constituinte para mitigara inacessibilidade do Judiciário ao cidadão hipossuficiente.

As mencionadas palavras de Grinover, com efeito, não são irreais. Muito se avançou na busca pela aproximação

mação da sociedade civil com o Poder Judiciário. Com razão Capelletti e Garth (2002) afirmam que os resultados do sistema jurídico devem ser socialmente justos. A justiça social, na pós-modernidade, pode e deve ser viabilizada pelo Estado Social e Democrático de Direito. A assistência jurídica integral e gratuita, indisfarçavelmente, representa uma forma de tornar o acesso à justiça de fato efetivo e, por conseguinte, alcançar-se a justiça social. Neste contexto, a assistência jurídica integral e gratuita veio com a proclamação de inúmeros direitos fundamentais, essenciais para que seja preservada e desenvolvida a dignidade da pessoa humana. E tal essencialidade foi consagrada pela CF88 no elenco de seus direitos mais importantes.

Buscar um acesso à justiça efetivo nada mais é que tornar útil todo o ordenamento jurídico, proteger

a finalidade social das normas, o estabelecimento da ordem e paz social, a limitação e deveres às pessoas bem como garantias e direitos que lhes proporcionem condições de viverem harmonicamente e de prosperarem. A efetividade desse acesso estará condicionada a requisitos como: a) o cumprimento do princípio da isonomia, ou seja, o tratamento de forma igualitária (art. 5º, *caput*, CF88); b) a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF88) que resultará na condição do Judiciário atender a todos, razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, para que se abra espaço para novas demandas; c) a erradicação de qualquer distância ou exclusão de qualquer barreira seja social, cultural ou econômica que impossibilite, seja qual for o indivíduo, a ter seus direitos reclamados e atendidos pelo Poder Judicial.

4 A EFETIVIDADE DO ART., LXXIV, CF88

A evolução da Defensoria Pública e da garantia constitucional de assistência jurídica integral e gratuita encontra fundamento na perspectiva da primeira onda renovatória de Capelletti e Garth, que teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária. A Defensoria Pública hoje tem estatura constitucional e legal, é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-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 (art. 134, CF88, art. 1º da Lei Complementar nº 80, de 12/01/1994, com redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Neste contexto, a Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às

instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça previsto no inciso XXXV, do art. 5º da CF88(ADI 3.700, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 15-10-2008, Plenário, DJE de 6-3-2009). Sua função é orientar juridicamente e realizar a defesa técnica daqueles que são carentes e não dispõem de condições financeiras para arcar com um processo legal ou que necessitam de informação acerca de seus direitos e deveres. A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008). Este é o órgão incontestavelmente constituído para prestar dar efetividade ao que está disposto no art. 5º, LXXIV, CF88.

Diferente da advocacia privada, que se configura a partir de uma natureza privado-contratual no vínculo

entre as partes, a Defensoria Pública se reveste de um vínculo de natureza público-institucional. A vocação constitucional da Defensoria Pública consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, aos direitos titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da CF88 (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008).

Em outras palavras, o que o art. 5º, LXXIV conjugado com o art. 134, da CF88 se propõem é a implementação da premissa basilar de ter direito a ter direitos. De fato, o direito a ter direitos é uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades. A assistência jurídica gratuita e integral é, neste sentido, um direito essencial para assistir a qualquer pessoa que se enquadre no figurino constitucional, mormente aquelas que nada têm, mas necessitam de tudo. O Defensor Público assume, pela dicção do texto constitucional, 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 (NEDER, 2012).

Acerca da organização e evolução da Defensoria Pública, os principais pontos apresentados por Gilmar Mendes (2009, p. 1047) que merecem realce, são: a) os profissionais do Direito que ocupam cargo de Defensor Público a ele ascendem por meio de concurso de provas e títulos, b) com vistas à eficiência das suas relevantes funções, têm garantida a inamovibilidade e vedada à advocacia fora das atribuições institucionais.

A importância das Defensorias Públicas foi acentuada com atenção que lhe votou a Emenda Constitucional n. 45/2004. Não é dado à legislação estender as atribuições da Defensoria Pública para alcançar

sujeitos que não sejam hipossuficientes. As Defensorias Públicas estaduais, desde 2004, têm asseguradas a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária. André Tavares (2009, p. 1307), nada obstante, pondera que outrora irrelevante e inexistente Defensoria Pública (cuja condição negativa decorria de seus parcos recursos), com a aplicação dessas medidas acarretadas pela E.C nº 45/2004, passará, de agora em diante, a apresentar uma pontual atuação social. Afinal, não se pode falar em autonomia e efetiva participação da Defensoria Publicana vida dos jurisdicionados hipossuficientes, se não forem investidos os recursos adequados e se não lhe conferir atuação independente.

Não foi outra a conclusão que chegou o STF, na ADI 2903 (STF), ação proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, que teve por finalidade questionar a validade jurídico-constitucional da Lei Complementar paraibana nº 48, de 2003. No mérito, conclui-se que o Estado da Paraíba usurpou a competência legislativa reservada à lei complementar federal, e legislou ultrapassando os limites materiais de sua competência, inobservando o princípio da simetria, discordando, assim, do art. 25 e do parágrafo único do art. 134, ambos da Constituição Federal.

Observou-se a transgressão da autonomia orgânica e administrativa da Defensoria Pública através da lei complementar local. Na sua manifestação, o Advogado-Geral da União obtemperou que §2º do artigo 4º da LC nº 80, de 1994 outorgou prerrogativas às defensorias públicas em forma de princípios, justamente para evitar quaisquer ingerências políticas, tendo como norte a importância das funções dos membros da instituição a ser criada por imposição constitucional, e a defesa de direitos dos cidadãos necessitados, inclusive com atribuição de propor ações judiciais contra as pessoas jurídicas de direito público de todas as unidades federativas.

Por sua vez, o Min. Celso de Melo, defendeu que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada

de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização do Estado.

No mesmo tom, a ADI 4056 discutiu a autonomia administrativa da Defensoria Pública no Estado do Maranhão. O art. 17, § 1º, da Lei 8.559/2006, do Estado do Maranhão, anexava à Defensoria Pública, ao Poder Executivo, como auxiliar deste. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta. Nesse sentido, urge fazer referência ao dito pela Min. Carmen Lúcia quando aduz que a Constituição dotou a defensoria pública “de autonomia e esta se refere, inclusive, à ausência de tutela, à impossibilidade de tutela para efeitos de controle de legalidade ou do que for [...]”.

Trata-se de fato em todos os casos, a discussão de que a norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos e decorre do simples fato de integrar a Defensoria Pública no aparato organizacional do Estado como instituição autônoma e livre de subordinação a qualquer dos “Poderes”, como por fim asseverou o Min. Ricardo Lewandowski em seu voto na ADI 4056.

São assegurados pela Constituição o direito a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, e será através da assistência jurídica integral e gratuita que o Estado efetivará o direito de acesso à justiça e de ampla defesa daquele hipossuficiente economicamente. Essa assistência jurídica será prestada através da Defensoria Pública que, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Um exemplo desta atuação da Defensoria Pública como o paradigma de efetividade do art. 5º, LXXIV, CF88, pode ser representando no o HC 76526, *habeas*

corpus impetrado por um Defensor Público, em desprovelto de decisão emanada pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No caso, o réu havia expressado o seu desejo de não recorrer, porém, tratava-se de um menor, analfabeto, que mal sabia assinar seu nome no auto da prisão em flagrante e havia negado a veracidade dos fatos quanto ao tráfico de entorpecentes.

O Min. Maurício Côrrea frisou que é dever do Defensor Público designado esgotar a ampla defesa do necessitado, com os meios recursos a ela inerentes, em todos os graus, contexto que inclui, evidentemente, o recurso de apelação. Como não havia sido interposto apelo contra sentença condenatória, não se poderia falar seriamente em ampla defesa. Ao final, o STF concedeu a ordem de *habeas corpus*, por unanimidade, para cassar o acórdão que não havia conhecido da apelação do defensor público e determinar que se prosseguisse o julgamento da apelação.

Convém, neste sentido, concordar com o dito anteriormente por André Tavares para ressaltar a independência funcional, administrativa e a iniciativa orçamentária da Defensoria Pública. Anteriormente condicionada ao Poder Executivo, aparte das ingerências políticas, os seus recursos financeiros direcionados à Defensoria Pública tinham reflexos na incapacidade de contratação de pessoal, ou seja, maior número de defensores públicos, até condições não ideais de funcionamento, muitas vezes ficava restringido o seu campo de atuação. A autonomia administrativa e financeira adquirida a partir da EC 45de 2004, por assim dizer, representou um verdadeiro passo para a efetividade da assistência jurídica gratuita e integral.

De simples orientações até o ajuizamento de ações aquele desfavorecido economicamente deve visualizar um cenário de justiça igualitária e social para que se efetive o maior valor constitucional: a dignidade da pessoa humana (ROCHA, 2009, p. 151). Esta conexão é desenvolvida por Sarlet (2006, p. 96), quem

exterioriza a noção de pessoa como sujeito de direitos e obrigações, ao passo que se eleva, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, tratando assim de um direito fundamental conferir a toda pessoa humana ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a

sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade da qual faz parte. Definitivamente a EC 45 de 2004 potencializou o “direito a ter direitos”, e contribuiu para a se aproximar da efetividade da norma programática que dispõe sobre assistência jurídica gratuita e integral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça é condição indissociável da cidadania. Um Estado que tem por fundamento a cidadania (art. 1º, II, CF88), há de estabelecer mecanismos de isonomia material no processo aos despossuídos, cuja desproporção de poder econômico em relação à parte contrária há de ser equalizada (art. 5º, LXXIV, CF88). A sociedade almeja desde sempre um sistema judiciário simples. Nada obstante, para que este exista, é imprescindível a “humanização” do Poder Judiciário. A assistência jurídica integral e gratuita surgiu, neste sentido, com a finalidade de assegurar que os direitos fossem alcançáveis por todos.

O ordenamento jurídico garantiu, pois, aos desfavorecidos economicamente a assistência jurídica de caráter integral, incluindo desde o auxílio extraprocessual até a defesa técnica em um processo, e gratuita, livre de ônus para quem é destinatário, fazendo com que não exista barreira econômica que sirva de pretexto para um afastamento entre a população e seus direitos.

Nada obstante, tal direito/garantia só pode ser compreendido se tiver plena eficácia e aplicabilidade imediata, potencializada a sua efetividade. Neste tom, o presente estudo gera algumas conclusões:

- a) a máxima do direito/garantia de assistência jurídica gratuita se dá através da promoção de uma justiça social e igualitária;
- b) o texto do inciso LXXIV do artigo 5º possui eficácia limitada, logo, em razão disto, tem aplicabilidade mediata e não de serem preenchidos requisitos para produção de seus efeitos;
- c) a vocação constitucional da Defensoria Pública consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, aos direitos titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da CF88;
- d) definitivamente, a EC 45 de 2004 potencializou o “direito a ter direitos”, e contribuiu para a se aproximar da efetividade da norma programática que dispõe sobre assistência jurídica gratuita e integral.

REFERÊNCIAS

BARCHET, Gustavo; MOTTA, Sylvio. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **ADI 2.903**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548579>>. Acesso em: 22 out. 2012.

BRASIL. **ADI 4056**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 07-03-2012, Plenário, DJE de 01-08-2012, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2455183>>. Acesso em: 22 out. 2012.

BRASIL. **HC 76526**, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-03-1998, Segunda Turma, DJE de 30-04-1998, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76731>> Acesso em: 22 out. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

NEDER, Suely Pletz. **Defensoria pública**: instituição essencial ao exercício da função jurisdicional pelo estado e à justiça. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/docum-entos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema6/pdf/905757.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2012.

PEREIRA, Ferdinand Cavalcante. O que é empoderamento (Empowerment). **Sapiência**: Informativo Científico da FAPEPI, Teresina-PI, nº 8, ano III, Junho de 2006. Disponível em: <<http://www.fapepi.pi.gov.br/novafapepi/sapiencia8/artigos1.php>>. Acesso em: 30 out. 12.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. **Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da defensoria pública**: um caminho “ainda” a ser trilhado. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/406/312>>. Acesso em: 26 out. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Recebido em: 16 de junho de 2012
Avaliado em: 24 de julho de 2012
Aceito em: 30 de outubro de 2012

1 Acadêmico do curso de Direito, 6º período, pela Universidade Tiradentes.
menezesesousa@hotmail.com

2 Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla, Professor Titular III e Pesquisador Acadêmico do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD) da Universidade Tiradentes.