

## 5

### Assistência Jurídica aos pobres no Brasil

#### 5.1.

##### Notas introdutórias

Nos capítulos precedentes já tivemos a oportunidade de verificar que durante as décadas dos anos sessenta e setenta do século XX o mundo ocidental experimentou um fecundo período histórico em que o chamado movimento mundial de “Acesso à Justiça” atingiu seu pico.

Naquela ocasião, proliferaram diversos estudos acadêmicos realizados com o objetivo de descrever e analisar esse importante fenômeno de âmbito internacional. Sabemos também que, dentre esses trabalhos publicados, os mais conhecidos foram aqueles coordenados pelo professor italiano Mauro Cappelletti, no contexto da ambiciosa e abrangente pesquisa de direito comparado que ficou conhecida como “Projeto de Florença”. Os trabalhos elaborados no âmbito desse projeto resultaram em diversas publicações que até o presente ainda são consideradas referência na área, dentre as quais se destaca o livro *“Towards Equal Justice. A comparative study of Legal Aid in modern societies”*, publicado em 1975<sup>427</sup>. Nesse empreendimento, contou com uma notável equipe de pesquisadores de várias nacionalidades.

Curiosamente, não havia nenhum pesquisador brasileiro envolvido no Projeto Florença. Isto poderia ser justificado pois o foco dos estudos do “Projeto

---

<sup>427</sup> Na apresentação dessa obra, os autores explicitaram o seu objetivo afirmando que: *“‘Toward Equal Justice’ is an attempt to document and explain what obviously is fast becoming a pervasive international phenomenon: an accelerating movement to make the legal system accessible to all citizens irrespective of income. The role of such a book is clear. The rapid development of the 1970’s have intellectual roots as far back as Roman times and as recent as the anti-poverty theories of the 1960’s. The philosophies, models, and techniques that have evolved in various countries are diverse, yet common themes are beginning to emerge and new trends can be discerned on the horizon. To gain some understanding of one’s place in the overall context of government-subsidized legal representation as it exists in the industrialized countries seems a worthwhile endeavour for any practitioner, administrator or student of legal aid. ‘Toward Equal Justice’ is intended that understanding. Moreover, many countries are now deliberately studying other legal systems, searching for experience and insights that may guide the design or redesign of their own programs.”*

Florença” era concentrado nos países industrializados do hemisfério norte, embora tivesse o propósito de oferecer uma radiografia de abrangência mundial acerca do que estava acontecendo com relação ao movimento do Acesso à Justiça. Assim, algumas poucas páginas da obra que resultou do “Projeto Florença” foram efetivamente dedicadas aos países periféricos, fora do ambiente europeu e norte-americano. Foi incluído um pequeno relatório escrito pela Professora Barbara Yanow Johnson acerca do Acesso à Justiça na África, na América Latina, na Ásia e na Oceania.

Ao discorrer especificamente sobre a realidade do sistema latino-americano de acesso à Justiça para os pobres em meados da década dos 70, após destacar que a “Argentina possuía um dos mais ambiciosos programas de assistência judiciária da América do Sul”, Barbara Johnson passa a comentar o sistema brasileiro reconhecendo que nosso país possuía, na época, um programa ainda mais elaborado do que o argentino. Eis o que consta desse relatório, *in verbis*:

*“Brazil has an even more elaborate constitutional and statutory scheme. The Brazilian constitution is one of the few in the entire world that explicitly guarantees civil litigants, as well as criminal defendants, legal assistance and the right to proceed ‘in forma pauperis’, that is without payment of the normal court fees. The constitutional guarantees are amplified by statutory enactments which extend the guarantee to criminal, civil, military and labor proceedings. Moreover, federal legislation mandates that each state must create a public legal aid plan. In the more populous areas, this led to employment of full-time staff attorneys. The largest of them is located in São Paulo and in 1969 was manned by 115 salaried attorneys.”*<sup>428</sup>

Poucos anos antes, em 1968, num trabalho escrito em português e publicado no Brasil pelo advogado norte-americano Peter Messitte, o “pioneirismo” e a “exemplaridade” do modelo brasileiro em comparação com o modelo vigente nos Estados Unidos também eram louvados nos termos seguintes:

---

<sup>428</sup> Tradução livre: “O Brasil tem um dos mais elaborados sistemas legal/constitucional de assistência judiciária. A Constituição Brasileira é uma das poucas no mundo inteiro que explicitamente garante aos litigantes em processo cível, assim como aos acusados de crimes, a assistência de um advogado e a gratuidade de justiça. As garantias constitucionais são ampliadas por dispositivos legais que estendem o benefício às áreas criminal, civil, militar, e trabalhista. Além do mais, a legislação federal determina que cada Estado deve manter um programa de assistência legal. Nas áreas mais populosas, isso tem resultado na contratação de advogados de tempo integral. O maior desses programas está localizado em São Paulo e em 1969 contava com 115 advogados assalariados.” Cf. JOHNSON, Barbara Yanow. “A Synopsys of the Principal Legal Aid Developments outside Europe and North America” In: CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James & JOHNSON Jr., Earl. *Toward Equal Justice. A comparative study of legal aid in modern societies*. Milão/Dobbs Ferry (N.Y.), Giuffrè/Oceana, 1975, p. 648.

“A história da assistência judiciária no Brasil é admirável por si mesma. Basta apenas comparar a lei brasileira sobre assistência judiciária com a lei norte-americana sobre o assunto para ver como a lei brasileira é adiantada. Ao litigante pobre nos Estados Unidos só é garantido um defensor em casos criminais sérios. Nada de isenção de custas, nenhuma garantia quanto a casos cíveis, nem sequer um defensor em casos criminais que não são sérios.”<sup>429</sup>

É importante ressaltar que as análises acima transcritas, ambas escritas por autores estrangeiros que estudaram o sistema brasileiro de acesso à Justiça para os pobres, foram feitas há mais de trinta anos, em pleno período de regime de exceção democrática, muito antes da vigência da Constituição Cidadã de 1988, que – como se verá mais adiante – trouxe consideráveis avanços nessa área específica, ampliando o antigo direito de assistência estritamente judiciária para uma nova perspectiva de assistência jurídica integral, erigindo um órgão do Estado de caráter essencial e permanente para dar efetividade aos preceitos constitucionais respectivos.

Entretanto, passados mais de 70 anos desde que, pela primeira vez, o Brasil estabeleceu em patamar constitucional<sup>430</sup> a garantia de assistência judiciária gratuita, subsidiada por órgãos do Estado, em favor das pessoas pobres, e decorridos mais de 100 anos desde que foi criado o primeiro serviço público de assistência judiciária<sup>431</sup> na cidade do Rio de Janeiro o propósito de assegurar igualdade no acesso ao direito e à justiça ainda se revela uma quimera em nosso país. Isto é o que se procurará demonstrar no curso deste capítulo.

No mês de junho de 2005, os mais de 600 defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro deflagraram uma greve que atingiu proporções inéditas, com a adesão da esmagadora maioria dos integrantes da carreira e que perdurou por dois meses. Entre as reivindicações dos membros desta que, outrora, era considerada a melhor Defensoria Pública do país<sup>432</sup> chegando mesmo a alcançar reconhecimento

---

<sup>429</sup> MESSITTE, Peter. “Assistência Judiciária no Brasil: Uma pequena História” In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, 1968 (392), p. 410. Como se procurará mostrar mais adiante, no capítulo próprio deste trabalho, em termos legais e constitucionais pouca coisa mudou no sistema norte-americano de assistência judiciária gratuita aos pobres, desde que o artigo em tela foi escrito, há quase 40 anos.

<sup>430</sup> Cf. Art. 113, Inciso XXXII, da Constituição Federal de 1934.

<sup>431</sup> Cf. Decreto nº 2.457, de 08/02/1897.

<sup>432</sup> Esse *status* tradicionalmente ostentado pela Defensoria do Rio de Janeiro, ao menos formalmente, já foi suplantado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme ranking apresentado no relatório elaborado em 2004 pelo Ministério da Justiça, sob a coordenação da Prof. Maria Tereza Sadek, sob o título “Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil”.

em âmbito internacional<sup>433</sup>, estavam: a) a garantia de melhores condições de trabalho necessárias para uma adequada prestação dos serviços; b) o fim da odiosa discriminação remuneratória sofrida pelos defensores públicos em comparação com os ocupantes das outras carreiras jurídicas igualmente essenciais à Justiça; c) a realização de concurso público para preenchimento de vagas abertas nos últimos anos em virtude da contínua evasão de defensores que migram para outras carreiras jurídicas em busca de melhores condições de trabalho e de melhores salários<sup>434</sup>.

No âmbito do sistema judiciário federal a situação de carência de pessoal no serviço de assistência gratuita aos juridicamente necessitados se revela dramática<sup>435</sup>. Em maio de 2004 havia apenas 111 cargos de defensores públicos da União – sendo que apenas 96 defensores em atividade – para prestar o serviço de assistência jurídica integral em todo o vasto território nacional. Para efeitos de comparação, existia na mesma época mais de 1600 cargos de juízes federais, sendo um quantitativo de cerca de 1100 preenchidos. Ou seja, menos de 1 (um) defensor da União, para cada 10 (dez) juízes federais. E não se está sequer considerando a Justiça do Trabalho, também integrante do sistema judiciário federal, com mais de 2500 magistrados em atividade, e sem nenhum defensor público designado<sup>436</sup>. Os números são eloqüentes por si mesmos: revela-se impossível assegurar sequer a mera assistência judiciária, isto é, a representação em juízo da pessoas pobres em todos os órgãos da Justiça federal, quanto mais o conceito abrangente de assistência jurídica ‘integral e gratuita’ previsto na Constituição de 1988.

---

<sup>433</sup> Em 1995 a Federação Interamericana de Advogados (*Interamerican Bar Association*), entidade sediada na cidade de Washington, nos Estados Unidos, concedeu à Defensoria Pública do Rio de Janeiro o “Prêmio Interamericano de Acesso a Justiça”, outorgado pela primeira vez em sua história de 55 anos de existência. Dentre as entidades que concorreram ao prêmio, vencido pelo Brasil, estava a *Legal Services Corporation* que, como visto no capítulo próprio referente aos Estados Unidos, é uma espécie de autarquia criada em 1974 e mantida pelo governo federal norte-americano com a missão de propiciar assistência jurídica em questões cíveis à população economicamente desfavorecida dos 50 Estados norte-americanos.

<sup>434</sup> Esses movimentos de protesto contra as precárias condições das Defensorias Públicas no Brasil têm sido freqüentes, em razão do descaso das autoridades públicas para com a instituição e seus assistidos.

<sup>435</sup> A respeito da situação precária da assistência jurídica no âmbito da Justiça Federal, ver o artigo “Carentes de Justiça”, escrito por Marcelo Leonardo Tavares, publicado na Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2001, Ano 13, Nº 17, p.127-146).

<sup>436</sup> A situação só não é mais caótica porque a lei determina que os sindicatos de classe têm a obrigação de prestar assistência jurídica e judiciária aos trabalhadores que lhe são vinculados

Esse descompasso histórico entre a teoria, quer dizer, entre o que está concebido como modelo paradigmático no ordenamento jurídico constitucional e infra-constitucional, e a situação real, ou seja, o cotidiano da grande maioria da população brasileira, não passou despercebido pelos dois pesquisadores estrangeiros mencionados acima. Assim, como dizia Peter Messitte há quase quarenta anos,

“(…) uma coisa é louvar a história e a teoria de uma idéia; outra louvar sua implementação na prática. Não há dúvida de que a implementação da assistência judiciária no Brasil, embora muito tenha a ser elogiado, não cumpriu ainda toda a sua história e teoria. Talvez, quem sabe, esteja chegando a hora de entrar no terreno da prática.”<sup>437</sup>

Semelhante observação foi consignada pela Professora Barbara Yanow Johnson, em seu relato publicado no ano de 1975, já acima referido:

*“Unfortunately, the prevailing political system in Brazil has not been conducive to an adequate implementation of the theoretical rights of legal aid. Most Brazilian states have been satisfied to establish very small staffs. Consequently, observers report that despite constitutional and statutory guarantees the government financed system only meets a small fraction of the need. Some slice portion of this gap is filled by labor unions which are required by law to afford legal advice and representation to their members in labor matters, and by some modest efforts of private social welfare organizations especially in family law cases.”*<sup>438</sup>

Também os autores nacionais já de longa data vêm denunciando o descompasso existente entre o que consta do ordenamento jurídico e aquilo que de fato se passa no dia-a-dia dos serviços destinados a viabilizar o acesso dos pobres à Justiça. Em artigo publicado na Revista de Processo no ano de 1985 o professor Calmon de Passos comentava a ineficácia dos dispositivos constitucionais e legais vigentes na época, a respeito da assistência judiciária:

“Entre o formal e o real, entretanto, medeia um abismo. O preceito constitucional permanece até hoje simples promessa não cumprida em várias regiões do país, as mais numerosas, e insatisfatoriamente cumprida em muito poucos, tanto qualitativa como quantitativamente. (...) É de frisar-se que justamente na região mais pobre (Norte, Nordeste e Centro) maior é a deficiência. Nos Estados mais

<sup>437</sup> MESSITTE, Peter. Ob. Cit., p. 410.

<sup>438</sup> Tradução livre: “Infelizmente, o sistema político atual (década de setenta) no Brasil não tem conduzido a uma adequada implementação dos direitos de assistência jurídica garantidos em tese. A maioria dos Estados brasileiros tem se contentado de manter equipes muito reduzidas. Conseqüentemente, observadores relatam que apesar das garantias constitucionais e legais, o sistema subsidiado pelo governo apenas supre uma pequena fração das necessidades. Uma parcela desse falha é suprida pelos sindicatos que têm a obrigação legal de custear o aconselhamento e representação jurídica de seus membros em questões trabalhistas, e também por alguma modesta cooperação de organizações privadas de assistência social especialmente em casos de problemas de família.” Cf. JOHNSON, Barbara Yanow. Ob. Cit., p. 648.

prósperos, sobressai São Paulo, onde a prestação de assistência judiciária é precária, merecendo, porque expressiva, tratamento particular...”<sup>439</sup>

Assim, embora o Brasil possua formalmente – já desde longa data, e ainda mais ampliado recentemente – um dos mais aprimorados sistemas de garantia de igualdade às pessoas pobres no acesso à Justiça, abrangendo tanto a representação em juízo, com isenção de todas as despesas e custas processuais respectivas, quanto a orientação e o aconselhamento jurídico de caráter preventivo em favor das pessoas incapazes de arcar com as despesas de contratação de um advogado privado, sistema esse que tem sua fundamentação em dispositivos da Constituição e das Leis, não se pode deixar de reconhecer que a realidade é bastante diferente. Dentre os Estados da Federação, poucos são aqueles em que se pode efetivamente afirmar que as Defensorias Públicas estão implantadas segundo o modelo estabelecido na Constituição. E, mesmo nesses Estados em que as Defensorias Públicas estão funcionando, diversas são as dificuldades de ordem funcional e operacional para que cumpram efetivamente com sua missão constitucional. Seja em virtude do número insuficiente de Defensores Públicos<sup>440</sup>, seja em razão da falta de condições materiais, notadamente espaço físico e equipamentos mínimos necessários para uma boa prestação do serviço. O quadro é mais dramático, como apontado acima, no âmbito da Justiça Federal, em que o quantitativo de defensores públicos da União é ínfimo em comparação com as atribuições legais e constitucionais do órgão.

Em que pese essa constatação do descompasso entre as virtudes – reconhecidas, até mesmo em foros internacionais, como visto acima – do modelo brasileiro de assistência judiciária e jurídica integral e gratuita para os economicamente menos favorecidos, e as inúmeras deficiências verificadas na

---

<sup>439</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. “O problema do Acesso à Justiça no Brasil”. In: **Revista de Processo**. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1985, Jul/Set., p. 83.

<sup>440</sup> O número de Defensores nos Estados é insuficiente para atender toda a demanda. São apenas cerca de 3100 Defensores Estaduais, o que implica numa proporção de 1,86 Defensor para cada 100.000 habitantes. Enquanto isso a média nacional é de 7,7 juizes para cada grupo de 100.000 habitantes. Outro dado revelador dessa insuficiência é o número de Comarcas atendidas pela Defensoria Pública em todo o país: são apenas 839 comarcas das 2452 existentes. Isso corresponde a um percentual de quase 60% de comarcas não atendidas por Defensores Públicos. E, mesmo assim, em muitas das Comarcas onde o serviços está disponível, o quantitativo de Defensores e de pessoal de apoio é totalmente incapaz de atender toda a demanda. Por infeliz coincidência, o maior percentual de comarcas não atendidas está exatamente nos Estados da federação com os piores indicadores de qualidade de vida, medido pelo IDH – Índice de Desenvolvimento Humano, da

aplicação concreta desse modelo formal, não se pode negar que nosso país vem percorrendo um caminho em que progressivamente se tem procurado suplantar tais vicissitudes. Assim, na recente reforma do judiciário efetivada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ficou claro um compromisso prioritário do governo federal com o fortalecimento das Defensorias Públicas, de modo a garantir que possam cumprir o papel que lhes foi designado pela Constituição de 1988. Isto foi expressamente afirmado pelo Ministro da Justiça, o advogado Márcio Thomaz Bastos, nos seguintes termos:

“A realidade nos mostrou que a luta por modificações legislativas é apenas o primeiro passo para a efetivação de direitos. O grande desafio, atualmente, é solidificar as instituições democráticas capazes de propiciar a concretização do que foi anunciado pela Constituição de 1988. Um dos maiores nós a ser desatado é a questão do acesso à Justiça. (...) Não há dúvidas de que todas as instituições do mundo jurídico têm um papel relevante na construção do acesso à Justiça. No entanto, é certo que, a Defensoria Pública tem um papel diferenciado. A Defensoria é a instituição que tem por objetivo a concretização do acesso à Justiça, ou pelo menos do acesso ao Judiciário, sendo, portanto, vital no processo de efetivação de direitos.”<sup>441</sup>

Nesse mesmo sentido, vale transcrever o entendimento de Sérgio Renault, quando ocupava o cargo de Secretário Nacional de Reforma do Poder Judiciário, do Ministério da Justiça, que disse:

“Cabe salientar que a análise da administração e distribuição da Justiça no Brasil põe em evidência a precariedade do acesso à Justiça. Por este motivo, o governo federal estabeleceu como ponto prioritário na reforma constitucional do Judiciário a concessão de autonomia funcional, administrativa e iniciativa de proposta orçamentária à Defensoria – meio de se reverter o processo de hipertrofia que tem marcado seu desenvolvimento.”<sup>442</sup>

Inúmeros têm sido os fatos recentes que permitem descortinar novos horizontes para a afirmação institucional da Defensoria Pública e, conseqüentemente, para o pleno cumprimento da missão que lhe foi

---

ONU. (Cf. Estudo Diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil. Brasília, Ministério da Justiça, 2004).

<sup>441</sup> Extraído da “Apresentação” ao opúsculo “Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil”, já anteriormente referido. Destacamos, e grifamos, que o Senhor Ministro afirmou que a Defensoria não é apenas “uma das” instituições encarregadas da concretização do acesso à Justiça. Ele afirma que ela é “a” instituição encarregada dessa tarefa.

<sup>442</sup> Extraído da mensagem “A Defensoria Pública e a Reforma do Judiciário”, na parte introdutória do opúsculo “Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil”, referido na nota anterior. Aliás, a própria iniciativa pioneira de realização de um estudo radiografando a realidade da Defensoria no Brasil, levada a efeito pelo Ministério da Justiça, com o apoio do PNUD/ONU, e da Associação Nacional dos Defensores Públicos é sinal eloqüente dessa preocupação do governo federal de

especificamente conferida pela Carta Constitucional de 1988, de assegurar condições de igualdade para toda a população nacional, independentemente de diferenças sócio-econômicas e culturais, no acesso a informações sobre os direitos e aos mecanismos judiciais adequados para sua efetivação. Diversos Estados da Federação estão adequando suas estruturas jurídico-políticas internas para se ajustarem ao preceito constitucional que garante a autonomia das Defensorias Públicas. O Estado de São Paulo, finalmente, após dezessete anos da promulgação da Constituição Federal, está tomando as providências necessárias para criar a sua Defensoria Pública. Restará ainda o Estado de Santa Catarina, que insiste em manter um modelo de assistência jurídica totalmente incompatível com o paradigma determinado pela Constituição Federal, a qual confere à instituição da Defensoria Pública o *status* de função essencial à Justiça. Mas já há sinais, mesmo naquele Estado, de que os rumos podem ser corrigidos em breve.

Para encerrar esta parte introdutória, uma questão de ordem doutrinária que precisa ser destacada desde logo, diz respeito à terminologia utilizada para se referir aos mecanismos previstos em lei e na Constituição para garantir o efetivo acesso dos pobres à Justiça no Brasil. Assim, convém recordar que as expressões: ‘assistência jurídica’ e ‘assistência judiciária’, e bem assim a noção co-relativa de ‘justiça gratuita’ - supostamente equivalentes - guardam, na verdade, distinções fundamentais. Tal matéria já foi enfrentada por Pontes de Miranda<sup>443</sup>. A ‘assistência judiciária’, expressão que remonta às primeiras ações estatais voltadas para a garantia de igualdade de acesso à Justiça, envolve fundamentalmente os recursos e instrumentos necessários para acesso aos órgãos jurisdicionais, quer mediante o benefício da ‘justiça gratuita’ (que corresponde, estritamente à isenção das despesas processuais que seriam devidas sem a outorga do benefício), quer pelo patrocínio de profissional habilitado (também dispensando-se o pagamento de honorários respectivos), dotado de capacidade postulatória para a representação da parte em juízo. Por sua vez, a noção de ‘assistência jurídica’ é bem mais ampla,

---

melhor conhecer a instituição para permitir seu aprimoramento com vistas ao pleno cumprimento de sua missão constitucional.

<sup>443</sup> Cf. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1958, V. I, p. 460-461. A expressão “Assistência Judiciária”, era utilizada para identificar os órgãos oficiais encarregados desse serviço público, sendo que a partir da Constituição de 1988 a denominação oficial desse ente estatal encarregado de prestar assistência jurídica passou a ser Defensoria Pública.

aliás como convenientemente preconizado na atual Carta Magna<sup>444</sup> brasileira, abrangendo a orientação e consultoria jurídicas, inclusive de caráter preventivo, o procuratório extrajudicial, quando necessário, além da possibilidade de acesso aos meios alternativos de solução de conflitos e ainda a conscientização acerca dos direitos da cidadania.

A denominação de “Defensoria Pública” foi consagrada na Constituição Federal de 1988 para designar o órgão estatal encarregado privativamente de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Essa expressão substituiu, de modo bem mais significativo, a terminologia equívoca precedente que contribuía bastante para muita confusão. Até 1988 se utilizava a locução “Assistência Judiciária” para designar as entidades e órgãos administrativos criados para prestação dos serviços que também eram, por sua vez, identificados pela mesma expressão.

## **5. 2.**

### **Perspectiva histórica**

#### **5.2.1.**

#### **A assistência judiciária: das origens remotas aos anos 40 do século XX**

Diversos autores salientam que a questão relativa ao acesso dos pobres à Justiça, embora somente tenha recebido maior atenção nos tempos atuais, não era totalmente desconhecida na antiguidade clássica, no mundo medieval e no período

---

<sup>444</sup> Ver Art. 5º, Inciso LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Comentando essa inovação constitucional, o Prof. Carlos Roberto de Siqueira Castro ressalta que “a contraface do direito de todo o povo a uma assistência jurídica plena faz incluir na agenda de atribuições já sobrecarregada da Defensoria Pública novas e incontáveis espécies de atividade, a exemplo da consultoria, do aconselhamento, da preparação de documentos expressivos de toda sorte de situações jurídicas, enfim, um vasto espectro de atuação judicial e extrajudicial, a fim de assegurar aos carentes de meios a adequada formulação jurídica do exercício da cidadania mitigada pela pobreza” (A Constituição e a Defensoria Pública. In: Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Defensoria Pública, Ano 5, nº 6, 1995.)

antecedente às grandes revoluções burguesas do século XVIII. No caso específico do Brasil<sup>445</sup>, desde o início da colonização portuguesa a defesa das pessoas pobres perante os tribunais era considerada uma obra de caridade, com fortes traços religiosos<sup>446</sup>, seguindo o modelo que se achava presente por toda a Europa durante a Idade Média. Essa era, de um modo geral, a idéia que inspirava as normas das Ordenações do Reino de Portugal que vigoraram no Brasil, em alguns casos, mesmo depois de proclamada a independência<sup>447</sup>. Assim, por exemplo, foram transportados para a América portuguesa os dispositivos das Ordenações Filipinas que asseguravam a nomeação de um curador para menores<sup>448</sup> e loucos<sup>449</sup>, duas categorias frágeis cuja impossibilidade para defenderem seus próprios interesses em muitos aspectos, especialmente diante da complexidade dos ritos e procedimentos adotados nos tribunais, bastante se assemelha à dificuldade que as pessoas mais pobres e sem recursos econômicos para contratar advogado enfrentariam. Também herdamos de Portugal a praxe forense pela qual os advogados deviam patrocinar gratuitamente os pobres que os solicitassem, tanto em casos cíveis quanto criminais, mesmo quando o pobre fosse a parte autora. Há notícias de que os advogados realmente patrocinavam questões criminais<sup>450</sup>. Tal obrigação era reconhecida como sendo um dever moral da profissão.

---

<sup>445</sup> O relato histórico que se segue, sobre a evolução do Acesso dos Pobres à Justiça no Brasil, está baseado no trabalho que fizemos, no início do ano de 2005, de atualização do artigo que fora escrito pelo então advogado norte-americano Peter Messitte na década de 60, sob o título “Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história”, publicado pela Revista dos Tribunais, no volume 392, do ano de 1968. Peter Messitte, o autor desse importante artigo que ainda hoje é largamente utilizado pelos que pesquisam a história da Assistência Judiciária no Brasil, atualmente é juiz federal na Corte de Greenbelt, em Maryland, USA. Durante o período em que estivemos nos Estados Unidos, realizando pesquisas voltadas para a elaboração da presente tese, mantivemos estreito contato com o Juiz Messitte o que nos permitiu realizar um trabalho conjunto de atualização do artigo em referência. Daí resultou a elaboração de um *paper* intitulado “*Legal Aid in Brazil*”, que foi apresentado na Conferência do ILAG - *International Legal Aid Group*, realizada em junho de 2005, na cidade de Killarney, na Irlanda. Esse *paper*, disponível em [www.ilagnet.org](http://www.ilagnet.org) corresponde a um breve resumo do que consta no presente capítulo.

<sup>446</sup> A título de exemplo, veja-se a norma do Livro III, Título 84, § 10, das Ordenações Filipinas, estabelecendo formalidades a serem observadas para que uma pessoa pobre pudesse obter dispensa do pagamento de taxas processuais (*in forma pauperis*): “Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz (imóveis), nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o *Pater Noster* pela alma do Rei Dom Diniz, ser-lhe-á havido como que se pagasse os noventa e nove réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo.”

<sup>447</sup> Com a independência do Brasil, em 1822, para evitar o vácuo jurídico, Dom Pedro I, determinou que as leis vigentes em Portugal na data da independência continuariam vigorando no Brasil, salvo expressa disposição em contrário.

<sup>448</sup> Cf. Livro III, Título 41, § 9º.

<sup>449</sup> Cf. Livro IV, Título 103.

<sup>450</sup> Cf. RAMALHO, João. “Praxe Brasileira”. Rio de Janeiro, 1869.

Em meados do século XIX começaram a surgir as primeiras leis propriamente brasileiras, como por exemplo, em 1832, o Código de Processo Criminal do Império. Em 1841, foi aprovada uma lei de alteração desse Código, que regulava as custas em processos penais: embora não tivesse o objetivo específico de proteger os pobres, acabou estabelecendo um benefício em favor destes<sup>451</sup>. Em 1842, uma outra lei isentava o réu pobre de certas taxas no processo civil<sup>452</sup>. Entretanto, essas leis não eram suficientes para garantir o efetivo acesso dos pobres aos tribunais. Esse fato trazia grande preocupação a muitos juristas da época. Um desses foi Nabuco de Araújo, grande estadista que fora Ministro da Justiça do Império e que, em 1870, ocupou a Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Informado acerca dos acontecimentos verificados naquela época em vários países da Europa, notadamente na França, onde desde 1851 havia sido aprovada a lei que criou o Código da Assistência Judiciária, Nabuco de Araújo pôs em relevo a questão dos pobres no processo legal e, pela primeira vez no Brasil, propôs medidas concretas para garantir o direito dos pobres de efetivo acesso à Justiça<sup>453</sup>. Assim, sugeriu que, diante da inexistência de uma lei brasileira específica dispendo sobre a Assistência Judiciária nos moldes do Código Francês de 1851, fosse criado pelo Instituto dos Advogados no Rio de Janeiro um conselho para prestar “assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e crimes, dando consultas e encarregando a defesa dos seus direitos a algum membro do Conselho ou do Instituto”<sup>454</sup>. Isso de fato foi efetivamente implantado, estabelecendo-se como uma praxe salutar no âmbito do IAB<sup>455</sup>.

Cabe destacar que o próprio Nabuco de Araújo tinha plena consciência da relevância e importância do programa que estava implementando, e de que não

<sup>451</sup> Ver Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que no art. 99 dispõe: “Sendo o réu tão pobre, que não possa pagar as custas, perceberá o Escrivão a metade dellas do Cofre da Câmara Municipal da Cabeça do Termo, guardando o seu direito contra o réu quanto à outra metade.” Ou seja, o pagamento da outra metade dependia de que o réu melhorasse de fortuna, como expressamente veio a ser previsto no Regulamento nº 120, de 31/01/1842.

<sup>452</sup> Ver Lei nº 150, de 9 de abril de 1842 (art. 10).

<sup>453</sup> Cf. NABUCO, Joaquim. “Um Estadista do Império”. Rio de Janeiro, Topbooks, 5ª ed., 1997. Vol. II, p. 1017.

<sup>454</sup> SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. “O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros: Memória Histórica da sua Fundação e da sua Vida 1843-1943”. Rio de Janeiro, 1944, p 54-56.

<sup>455</sup> Cf. MORAES, Humberto Peña & SILVA, José Fontenelle Teixeira. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. Rio de Janeiro, Liber Júrís, 2ª. Ed., 1984, p. 84.

bastava agir por impulso de caridade, como era a praxe até então, mas que era preciso estabelecer em lei a garantia do acesso dos pobres aos tribunais.<sup>456</sup>

Como nos lembra Peter Messitte<sup>457</sup>, outro fato digno de nota é que, desde o princípio, a idéia de Nabuco de Araújo contava com a colaboração ativa dos abolicionistas que viam no programa uma garantia de justiça para os escravos a serem libertados. O mais destacado colaborador nesse sentido foi Perdigão Malheiros, predecessor de Nabuco de Araújo na Presidência do IAB, que escrevera um grande tratado sobre a escravidão no Brasil<sup>458</sup>. Assim, juntado à forte corrente do abolicionismo, o movimento de assistência judiciária somente poderia beneficiar-se.

Paralelamente às iniciativas no âmbito da corporação de classe dos advogados, há notícia<sup>459</sup> de que ainda durante o período imperial teria ocorrido a primeira manifestação do poder público no sentido de chamar a si o encargo de manter, à custa do erário, um agente investido do ‘munus’ específico para a defesa dos miseráveis. Trata-se de uma iniciativa da Câmara Municipal da Corte, que criou o cargo de ‘Advogado dos Pobres’, remunerado pelos cofres públicos, com atribuição oficial de defender os réus miseráveis nos processos criminais. Esse

---

<sup>456</sup> Conforme registrado em ata da reunião de 05 de novembro de 1866, do IAB, em que o Presidente Nabuco de Araújo teve aceita sua proposta pioneira de implantar um serviço de assistência judiciária a cargo do Instituto dos Advogados, o grande estadista teria declarado que “a medida proposta não é completa, porque para sê-lo, depende ela do Poder Legislativo. Sem dúvida a assistência judiciária não consiste somente no patrocínio do advogado; mas, e principalmente, na isenção das custas e dos impostos em que as demandas importam. Mas se não se pode tudo, faz-se o que é possível. No estado atual da nossa legislação, e atendendo-se às despesas que uma demanda custa, pode-se dizer, sem medo de errar que a igualdade perante a lei não é senão uma palavra vã. Que importa ter o direito, se não é possível mantê-lo? Se um outro pode vir privar-nos dele? Que importa ter uma reclamação justa, se não podemos apresentá-la e segui-la por falta de dinheiro? A lei é, pois, para quem tem dinheiro, para quem pode suportar as despesas das demandas. É assim que, confiados na impotência dos reclamantes, muita gente há que atrevidamente usurpa os direitos alheios. É assim que muitos infelizes transigem, por ínfimo preço, sobre direitos importantes. Este estado de coisas aflige a moral pública, mostra que o direito de propriedade ainda não está cercado das garantias que lhe convém. As nações mais civilizadas como a França, Bélgica, Holanda e Itália já tem estabelecido a assistência judiciária. Por que o Brasil não há de também atender a esta necessidade, que tanto interessa à moral como à liberdade individual e ao direito de propriedade? O Instituto deve atender e discutir esta matéria para representar sobre ela ao Poder Legislativo.” (Cf. NABUCO, Joaquim. “Um Estadista do Império”. Rio de Janeiro, Topbooks, 5ª ed., 1997. V. II, p. 1017, nota 6.)

<sup>457</sup> MESSITTE, Peter. “Assistência Judiciária no Brasil: Uma pequena História” In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, 1968 (392), p. 401.

<sup>458</sup> PERDIGÃO MALHEIROS, A. A. “A Escravidão no Brasil”. Rio de Janeiro, 1866, 3 volumes. O primeiro volume dedica-se somente aos aspectos jurídicos da escravidão. Aqui Malheiros cita a antiga prática do Foro de dar um advogado ao escravo quando sua liberdade estava em juízo.

<sup>459</sup> Tal fato é mencionado por Peter Messitte, no artigo já referido anteriormente, e pelos Defensores Públicos cariocas Humberto Peña de Moraes e Jose Fontenelle Teixeira da Silva, na obra também acima referida.

teria sido o primeiro Defensor Público da história do Brasil. Porém o cargo foi extinto em 1884.

Um ano após proclamada a República, voltou à tona a questão da responsabilidade do poder público relativamente à garantia de efetivo acesso à Justiça para a ampla maioria de pessoas pobres no país. O governo provisório baixou, então, o Decreto de nº 1030, de 14 de dezembro de 1890, que tinha como objeto principal o de regular o funcionamento da justiça no Distrito Federal. Desse Decreto constou o Art. 175 que previa a criação, na capital, de um serviço de assistência judiciária aos pobres, determinando o seguinte:

“O Ministério da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos necessários”

Mais de seis anos transcorreram desde a edição desse Decreto de 1890, sem que nenhuma providência concreta fosse tomada no sentido de implementar tal serviço. No plano nacional, foi aprovada a primeira Constituição Republicana em 1891. Todavia, coerente com o perfil tipicamente liberal, que consagrava um modelo de Estado absenteísta, nenhuma referência constou à problemática do acesso à Justiça para os pobres. Apesar dessa omissão no patamar constitucional, no ano de 1897 a Presidência da República baixou um novo Decreto criando um serviço oficial de Assistência Judiciária para o Distrito Federal (importante lembrar que na ocasião a capital federal era a cidade do Rio de Janeiro) totalmente custeado com recursos públicos. Assim, o Decreto nº 2457, de 08 de fevereiro de 1897, estabeleceu aquele que é reconhecido por muitos estudiosos como o “primeiro serviço de natureza pública” para atendimento jurídico dos necessitados na história do país<sup>460</sup>. Por isso tornou-se uma espécie de padrão para todas as leis estaduais sobre assistência judiciária que foram posteriormente aprovadas.

Algumas disposições desse Decreto nº 2457, de 1897, apresentavam características de vanguarda, sendo notória sua influência na legislação que ainda hoje vigora no Brasil, relativamente aos critérios de concessão da gratuidade de justiça. Assim, por exemplo, a definição de pessoa “pobre”<sup>461</sup> para o critério de

---

<sup>460</sup> ROCHA, Jorge Luís. *Historia da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 138.

<sup>461</sup> Desde então, a definição de pessoa “pobre”, capaz de receber o benefício da assistência judiciária no direito brasileiro – diferentemente do que ocorre na maioria dos outros países – não se fundamenta num padrão de renda pré-determinado. O conceito jurídico da situação de pobreza,

elegibilidade à fruição do benefício; o fato de que tanto autor como réu podiam obter assistência judiciária seja na área cível, seja na área criminal; a total isenção de custas e despesas do processo; a revogabilidade do benefício, por justo motivo, em qualquer fase do processo e o direito da parte contrária de “impugnar com provas” a alegação de pobreza do beneficiário.

Nos trinta anos que se seguiram à fundação desse primeiro serviço de assistência judiciária no Rio de Janeiro, a idéia se propagou para outros Estados brasileiros. Embora persistisse a praxe de os advogados prestarem patrocínio gratuito aos pobres, como dever moral inerente à profissão, a experiência do serviço público implantado no então Distrito Federal mostrava que essa forma de assistência judiciária era muito mais eficiente e apropriada. Por volta do ano de 1910 “elevou-se sobremaneira o número de causas patrocinadas pelo serviço do Rio de Janeiro, com o benefício da assistência judiciária sendo fornecido até nos foros federais”<sup>462</sup>. Como nos informa Oscar da Cunha, “nos Estados da Federação a exemplo do que se passou a praticar no Distrito Federal, votadas foram leis estaduais disciplinando e regulamentando a assistência judiciária”.<sup>463</sup> As primeiras manifestações afetaram o problema das custas. O Rio Grande do Sul, que desde 1895 tinha uma lei bastante ampla, deu a ela maior publicidade no início do século<sup>464</sup>. São Paulo começou com uma provisão de menor alcance, somente isentando miseráveis de certas custas e, mesmo assim, provisoriamente<sup>465</sup>. Outros Estados, como Minas Gerais, nada de relevante providenciaram nas primeiras décadas do século XX.<sup>466</sup>

Com a promulgação do Código Civil, em 1916, vários Estados promoveram reformas nos seus Códigos de Processo Civil, que na época eram matéria de competência das unidades federativas e não da União, como atualmente. Assim,

---

estabelecido por esse Decreto, para fins de concessão de gratuidade de justiça é o seguinte: “toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família”. Como se verá adiante, não é muito diferente do conceito estabelecido no Art. 2º da Lei n. 1060/50, em vigor atualmente no Brasil.

<sup>462</sup> Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, “Assistência Judiciária”. In: Conferências e Principaes Trabalhos do Anno de 1910”. Rio de Janeiro, 1912, pp 191-192

<sup>463</sup> CUNHA, Oscar da. “Gratuidade e Rapidez da Justiça”, In: Trabalhos do XXII Congresso da *Union Internationale des Avocats*. Rio de Janeiro, 1951, pp. 42-48.

<sup>464</sup> CHAVES, Marinho. “Assistência Judiciária”. In: Revista Jurídica. Porto Alegre, vol. 6, p. 133 (1901).

<sup>465</sup> Ver Regimento de Custas do Estado de São Paulo, art. 172 (1919).

<sup>466</sup> Cf. DEODADO, Alberto. “O Problema da Assistência Judiciária em Belo Horizonte”. In: Cadernos de Pesquisa do Instituto de Direito Processual. Vol. I, pp. 67 e 73 (1961).

aproveitando a oportunidade dessas reformas, certos Estados adotaram alguns dos princípios mais modernos do processo civil da época, dentre os quais figurava o instituto da assistência judiciária. Isto ocorreu, por exemplo na Bahia<sup>467</sup>, e também em São Paulo<sup>468</sup>, cujo serviço implantado era um dos mais avançados<sup>469</sup>. Paralelamente à garantia do patrocínio jurídico gratuito através do instituto da assistência judiciária, as respectivas legislações também dispunham sobre a gratuidade de justiça, ou seja, isenções de custas processuais.

Entretanto, o problema persistia seja porque em alguns lugares a isenção concedida não abrangia todas as custas e taxas, seja porque – embora houvesse o dever moral de patrocínio gratuito dos litigantes pobres, muitos advogados nem sempre cumpriam esse dever adequadamente, especialmente quando viam-se sobrecarregados de trabalho, tendo que atender seus clientes particulares e paralelamente aceitar as nomeações para atuarem como advogados dativos, por determinação dos juízes<sup>470</sup>. Este era, então, o quadro da assistência judiciária no Brasil por volta do ano 1930.

A criação da OAB - Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930, e sua regulamentação pelo Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, trouxe novas perspectivas para o tema da assistência judiciária. O dever dos advogados de assumir o patrocínio gratuito das pessoas pobres em juízo deixa de ter caráter meramente moral e assume natureza jurídica cuja violação poderia gerar penalidades, desde a aplicação de multas até – eventualmente – a perda da licença para o exercício da profissão. Eis o que dispunha o Art. 91, do Regulamento da OAB:

“A assistência judiciária, no Distrito Federal, nos Estados e nos Territórios fica sob jurisdição exclusiva da Ordem”.

Com esse novo enfoque estabelecido no ordenamento jurídico nacional, o poder público implicitamente reconhecia a existência de um direito subjetivo do cidadão à assistência judiciária. A prerrogativa dos cidadãos desfavorecidos

<sup>467</sup> Cf. Código de Processo Civil do Estado da Bahia, de 1918, art. 38-43.

<sup>468</sup> Cf. Lei Estadual nº 1763, de 29 de dezembro de 1920.

<sup>469</sup> CUNHA, Oscar da. “Gratuidade e Rapidez da Justiça”, In: *Trabalhos do XXII Congresso da Union Internationale des Avocats*. Rio de Janeiro, 1951, pp. 48. Ver também: Código Processual do Estado da Bahia de 1918 (art. 38-43); Lei n. 1763, de 29 de dezembro de 1920, do Estado de São Paulo.

<sup>470</sup> MACEDO SOARES SOBRINHO, Jose Eduardo. “Justiça Gratuita aos Pobres”. In: *Anais do 1º Congresso Brasileiro de Direito Social*. Vol. 3, pp. 295 e 316 (1943).

economicamente de contar gratuitamente com o patrocínio de um advogado para postular os direitos em juízo deixava de ter caráter meramente caritativo para assumir feição jurídica. Entretanto, tal como se verificava em outros países do mundo ocidental, especialmente a França, o Estado demitia-se do ônus de assegurar o cumprimento desse direito, impondo tal encargo como obrigação legal da classe dos advogados, decorrente do monopólio que lhes era assegurado no exercício da profissão.

De qualquer modo, não se pode negar que a organização da classe dos advogados numa entidade de caráter oficial, investida de poder jurídico para exercer a disciplina e o controle do exercício da profissão, trouxe conseqüências importantes para as questões ligadas aos direitos humanos, dentre os quais o problema do acesso dos pobres aos tribunais. Com efeito, como destaca Peter Messitte,

“o fortalecimento da classe da advocacia perante o resto do país garantia a propagação de qualquer idéia que fosse considerada pela classe. Assistência Judiciária logo se tornou uma dessas idéias. Segundo a Ordem, ela não deveria ser a preocupação de uma só classe; era tão importante que merecia a atenção e recurso de todo o país. Dessa maneira, a assistência judiciária juntou-se à onda crescente de inquietação sobre os direitos individuais que caracterizava a década dos 30.”<sup>471</sup>

Um guinada histórica nesse movimento ocorreu em 1934, quando foi promulgada uma nova Constituição para o Brasil, em cujo texto, pioneiramente no mundo ocidental em patamar constitucional, ficou estabelecido como dever constitucional da União e dos Estados o de prestar a assistência judiciária aos necessitados, prevendo-se a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de prestar tal serviço. Assim, a assistência judiciária deixava de ser um ônus legalmente imposto à classe dos advogados, passando a ser reconhecida como obrigação do poder público. Cabe lembrar que a Constituição brasileira de 1934, sob marcante influência da Constituição de Weimar, pretendia expressar uma ruptura com o velho modelo de Estado de Direito liberal, buscando estruturar entre nós o novo paradigma de Estado Social que se difundia na Europa, atado politicamente às formas democráticas, mas voltado também para a efetivação de direitos sociais que emergiam no cenário histórico da época. Eis o que constava do texto da Carta Política de 1934:

---

<sup>471</sup> MESSITTE, Peter. “Assistência Judiciária no Brasil: Uma pequena História” In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, 1968 (392), p. 408.

“Art. 113 – Inciso XXXII: A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

A elevação desse princípio ao nível constitucional expressava a idéia de que ele fazia parte “do regime de garantias e direitos essenciais à vida política e social da comunidade”<sup>472</sup>. Cumprindo o que determinava a Constituição, o Estado de São Paulo criou, em 1935, um serviço de assistência judiciária com advogados remunerados pelo governo. Mas nos Estados onde não chegou a ser criado tal serviço, a assistência judiciária persistia como um dever legal sob o encargo dos advogados particulares, sem qualquer contra-prestação pecuniária por parte dos cofres públicos, tendo como fundamento jurídico o Decreto anteriormente referido que regulamentou a profissão de advogado e o funcionamento da OAB.

Importante notar que, segundo o modelo originário estabelecido no Brasil pela Constituição de 1934, a responsabilidade pela prestação do serviço de assistência judiciária foi cometida às Unidades Federativas e ao próprio Governo Federal, tendo sido excluídos dessa tarefa as unidades governamentais de âmbito local, que são os Municípios. Isto se tornou uma característica fundamental do modelo brasileiro de assistência judiciária e jurídica pública, que se mantém até o presente, conforme se destacará mais adiante.

O fato é que a Constituição de 1934 teve duração efêmera e em 1937, com um golpe de Estado, a Constituição democrática foi substituída por outra outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, iniciando-se um regime de caráter ditatorial. A Constituição de 1937 não fazia qualquer menção ao direito dos cidadãos de receberem a assistência judiciária. Todavia, como nos lembra Breno Cruz Mascarenhas Filho,

“essa circunstância, entretanto, não impediu que o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1608/39) impusesse que o patrono do jurisdicionado hipossuficiente fosse indicado pelo órgão estatal incumbido do encargo ou, inexistindo, nomeado pelo juiz, e que o Código de Processo Penal de 1941 (Decreto-Lei n. 3689/41) fosse dotado de regras segundo as quais, em não tendo o acusado ou o autor de ação pena privada condições de contratar advogado, o juiz lhe nomearia um e finalmente, que a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-

---

<sup>472</sup> CAVALCANTI, Themístocles. Manual da Constituição. Rio de Janeiro, 1963. Ver o debate que – sobre o assunto – ocorreu durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1934, nos “Anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1934”, vol. 21, pp. 214-219 e 279-280.

lei n. 5452/43) estabelecesse entre os deveres do sindicato o de oferecer assistência judiciária a seus associados”<sup>473</sup>.

Toda essa legislação citada por Breno Mascarenhas tem em comum o fato de ter sido proveniente de atos unilaterais do Chefe do Poder Executivo, que exercia o poder de modo totalitário, visto que os órgãos do Poder Legislativo haviam sido por ele dissolvidos. Mesmo havendo esse déficit de representatividade democrática popular, e sem expresse respaldo na nova Constituição também unilateralmente outorgada por Getúlio Vargas, fica patente que foi mantido o “espírito” da Constituição Democrática de 1934 a respeito da questão da assistência judiciária aos pobres, ratificado o princípio de que era direito do cidadão a ser garantido pelo Estado, o que se efetivava formalmente nos textos normativos infra-constitucionais<sup>474</sup> acima mencionados. Aqui fica patente a lição de José Murilo de Carvalho no sentido de que no Brasil tivemos um processo às avessas de construção da cidadania, num movimento “de cima para baixo”.<sup>475</sup>

### 5.2.2.

#### **A assistência judiciária: dos anos 40 até o novo regime constitucional de 1988**

Com a redemocratização do país após o término da Segunda Guerra Mundial, foi convocada uma Assembléia Nacional Constituinte, promulgando-se uma nova Constituição em 1946. Esta Constituição representou uma tentativa de compatibilização entre a ordem liberal e a construção do Estado Social previsto na

---

<sup>473</sup> MASCARENHAS FILHO, Breno Cruz. A Dinâmica do Individualismo na Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 1992. p. 68.

<sup>474</sup> A matéria estava regulada de modo bem detalhado em onze artigos do Código de Processo Civil de 1939 (Art. 68 a 79).

<sup>475</sup> Nas palavras de José Murilo de Carvalho: “O período de 1930 a 1945 foi o grande momento da legislação social. Mas foi uma legislação introduzida em ambiente de baixa ou nula participação política e de precária vigência dos direitos civis. Este pecado de origem e a maneira como foram distribuídos os benefícios sociais tornaram duvidosa sua definição como conquista democrática e comprometeram em parte sua contribuição para o desenvolvimento de uma cidadania ativa”. (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – O longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2004, p. 110.

Constituição de 1934, mas não incorporou ainda os horizontes do *Welfare State* europeu do pós-guerra. Resgatando o princípio estabelecido na Carta Política de 1934, novamente o direito do cidadão à assistência judiciária foi consagrado em nível constitucional, como previa o Art. 141, parágrafo 35<sup>476</sup>. Na prática, esse reconhecimento constitucional ainda não teve o mérito de modificar de modo significativo a situação real, permanecendo apenas como norma abstrata indicando o reconhecimento do dever do Estado no sentido de prover tal serviço público.

Um novo passo importante, porém, foi dado em 1950, com a aprovação da Lei específica sobre a assistência judiciária às pessoas pobres, qual seja a Lei 1060 de 05 de fevereiro daquele ano. Embora o texto original dessa Lei não tenha trazido grandes novidades na época, teve o mérito pelo menos de colocar a matéria novamente na pauta do Congresso Nacional, ratificando o entendimento de que a assistência judiciária devia ser reconhecida como direito do cidadão. A Lei 1060/50, ainda em vigor no país, embora com sucessivas modificações desde sua edição originária, que trouxeram substanciais alterações no seu texto<sup>477</sup>, teve o mérito de consolidar num só documento diversas normas sobre assistência judiciária que estavam espalhadas nos vários códigos. Tornou assim mais fácil para os interessados determinar qual a lei aplicável à assistência judiciária, qualquer que fosse a modalidade do processo.

O preceito do Art. 141, § 35, da Constituição Federal de 1946, e as normas estabelecidas na Lei 1060, de 05 de fevereiro de 1950, levaram muitos dos Estados brasileiros a editarem leis criando serviços públicos de assistência judiciária, onde ainda não existiam, ou adaptando aqueles já existentes às novas regras estabelecidas no âmbito federal. Em Minas Gerais isto ocorreu com o Decreto-lei 2131/47 e Decreto 2841/47; em São Paulo, com o Decreto-lei 17.330/47; na Cidade do Rio de Janeiro, antigo Distrito Federal, com a Lei 216/48; no antigo Estado do Rio de Janeiro, em 1954, com a Lei 2188/54; em Pernambuco, também em 1954, com a lei 2028/54, dentre outros. A Lei 2188/54,

---

<sup>476</sup>Eis o texto desse dispositivo da Constituição de 1946: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência jurídica aos necessitados”.

<sup>477</sup>A Lei 1060/50 foi sucessivamente modificada nos anos de 1973 (Lei 6014), 1975 (Lei 6248), 1977 (Lei 6465), 1979 (Lei 6654), 1984 (Lei 7288), 1986 (Lei 7510), 1989 (Lei 7871) e 2001 (Lei 10317).

do antigo Estado do Rio de Janeiro tem especial importância pois foi pioneira no contexto da legislação brasileira no sentido de lançar as bases do que futuramente viria a ser a atual instituição da Defensoria Pública.

Como já mencionado acima, o texto originário da Lei nº 1060/50 foi sofrendo lentas modificações à medida em que este modelo brasileiro ia se configurando. Já no texto originário se previa que a prestação da assistência judiciária era dever dos poderes públicos federal e estadual (Art. 1º) e que a nomeação de advogado particular para prestar tal serviço somente ocorreria em caso de ausência do serviço público respectivo (Art. 5º)<sup>478</sup>. Aos poucos foram se consolidando na doutrina e na jurisprudência os dispositivos de natureza procedimental que regem o funcionamento da assistência judiciária, e a atuação dos profissionais que atuam na defesa dos necessitados, seja na qualidade de Defensores Públicos, seja como advogados particulares, estabelecendo-se as condições em que o direito de igualdade no acesso a Justiça deveria ser exercido.

A crise política vivida pelo país na década de 1960 acarretou o advento de novo regime constitucional. O tema da assistência judiciária continuou sendo expressamente mencionado nas Constituições Federais de 1967 e de 1969, embora com uma sutil mudança na redação do texto, limitando-se a estabelecer que seria concedida assistência judiciária aos necessitados “na forma da lei”<sup>479</sup>, sem dizer se tal serviço seria prestado pelo poder público ou por advogados particulares. Entretanto, como não foi efetuada nenhuma alteração na Lei 1060/50, que era a norma infra-constitucional anteriormente vigente, entendeu-se que fora recepcionada pelo novo regime, continuando a disciplinar a matéria. Assim a assistência judiciária manteve-se como obrigação do Estado, devendo as funções a

---

<sup>478</sup> Como destaca Luciana Gross Siqueira Cunha, “apesar da importância desta legislação (n.a. - a Lei 1060/50), ela deixou em aberto a questão da obrigatoriedade da prestação da assistência judiciária por parte do Estado. Isto porque o seu artigo 1º, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos poderes públicos federal e estadual de conceder a assistência judiciária aos necessitados, não definiu a forma nem a estrutura segundo a qual seria instituída a Defensoria Pública ou o órgão responsável pelo serviço de assistência judiciária. A obrigação de prestar este serviço foi transferida para a Ordem dos Advogados do Brasil, através da indicação de advogados inscritos, ou para o juiz a quem incumbia a nomeação de um advogado, que sequer vislumbrava, através desta lei, a forma de pagamento de seus honorários.” (Cf. a dissertação de mestrado apresentada em 1999 ao Departamento de Ciência Política da USP, sob o título “O Acesso à Justiça e a Assistência Jurídica em São Paulo”, sob orientação da Prof. Maria Tereza Sadek, p. 41)

<sup>479</sup> O Art. 153, § 32, da Constituição de 1969 (reproduzindo o texto do Art. 150, § 32, da Constituição de 1967) dizia: “Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”. O texto anterior, no Art. 141, § 35, da Constituição de 1946 expressamente mencionava que a assistência judiciária seria concedida “pelo Poder Público”.

ela correspondentes ser desempenhadas prioritariamente por agentes públicos especificamente designados para esse encargo, embora tal modelo tenha perdido – durante a fase de vigência dessas Constituições – o seu sustentáculo na Lei Maior.

Durante o período de vigência da Constituição de 1969, muitos Estados que não possuíam um serviço específico de assistência judiciária trataram de providenciar a sua instalação. Assim, com exceção de Santa Catarina, todas as unidades federadas passaram a contar com algum tipo de serviço público de assistência judiciária, tanto na área criminal como na área civil, criando para esse fim órgãos mais ou menos dependentes de outros organismos da administração pública, geralmente na estrutura das Procuradorias do Estado, nas Secretarias de Justiça ou – em alguns casos – dentro da estrutura do Ministério Público. Mesmo o governo federal, em pleno regime militar autoritário, implantou um serviço de assistência judiciária específico no âmbito da Justiça Militar, para prover a defesa de acusados (geralmente soldados) sem recursos para arcar com despesas de contratação de advogado. Entretanto, no âmbito da Justiça Federal, não foi criado nenhum serviço público adequado para prover a assistência judiciária das pessoas necessitadas. Assim, perante os tribunais federais, a parte que não pudesse arcar com despesas de advogado – seja como autor ou réu – dependia de advogados “dativos” designados pelos Juízes, na forma do Provimento nº 210, de 28 de maio de 1981, do Conselho da Justiça Federal. Como lembram Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva,

“apesar do mais sadio propósito do precitado Provimento que, em seu preâmbulo, considera ‘que é dever da União garantir aos necessitados de assistência judiciária que pretendam gozar esse benefício, na Justiça Federal de Primeira Instância, patrocínio eficiente e pronto’, o esquema, contudo, padece de imperfeições, entaves que decorrem do seu tísico modelo.”<sup>480</sup>

Dentre as falhas desse esquema implantado a título precário pela Justiça Federal, em total ausência de sintonia com os dispositivos legais e constitucionais pertinentes, estava o modo pelo qual se dava a seleção do advogado<sup>481</sup> e sua respectiva remuneração<sup>482</sup>. No âmbito dos órgãos judiciários mantidos pela União

<sup>480</sup> Cf. MORAES, Humberto Peña & SILVA, José Fontenelle Teixeira. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. Rio de Janeiro, Liber Jûris, 2ª. Ed., 1984, p. 101.

<sup>481</sup> Normalmente esse ônus acabava recaindo quase que exclusivamente sobre advogados recém formados, gerando um desequilíbrio entre as partes litigantes.

<sup>482</sup> Os advogados seriam remunerados pela verba sucumbencial, caso tivessem êxito na demanda, a ser paga para parte adversa; quando o sucumbente fosse a parte patrocinada pelo próprio advogado

Federal, como visto acima, somente a Justiça Militar contava com um serviço de assistência judiciária compatível com a noção de que se trata de um verdadeiro direito do cidadão a ser suportado pelo poder público e não pela caridade dos profissionais da advocacia. Na Justiça do Trabalho esse encargo ficava sob a responsabilidade das próprias partes litigantes, através de seus sindicatos de classe. Na Justiça Eleitoral não havia, como ainda não há, qualquer esquema apropriado para garantir a prestação da assistência judiciária aos que necessitarem<sup>483</sup>.

Em que pese o longo período de regime político de exceção, de fragilidade das instituições democráticas, que se prolongou pela segunda metade da década dos sessenta até meados dos anos 80, quando ocorreu a eleição da Assembléia Nacional Constituinte, esse tempo revelou-se extremamente fecundo no que se refere à gestação do modelo institucional de prestação do serviço de Assistência Judiciária e Jurídica de um modo geral, atualmente em vigor no país. Foi um processo lento de amadurecimento institucional, em que se destaca a ocorrência de inúmeros congressos e seminários<sup>484</sup> de estudos onde foram se consolidando as idéias e diretrizes gerais que, ao final, vieram a se firmar no texto constitucional

---

que atuava em regime de assistência judiciária, os honorários seriam custeados pela própria Justiça Federal, de acordo com uma tabela previamente estabelecida. Esse critério de remuneração revelou-se de todo inconveniente na medida em que o advogado somente tinha certeza de que receberia seus honorários se perdesse a causa, pois no caso de vitória tal recebimento dependia de promover judicialmente o procedimento de execução em face do sucumbente, providência que – além de demorada – poderia resultar infrutífera em caso de insolvência. Ver o artigo “Carentes de Justiça”, escrito por Marcelo Leonardo Tavares, publicado na Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2001, Ano 13, Nº 17, p.141 e ss.).

<sup>483</sup>No Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Estadual costuma designar Defensor Público, a pedido do Tribunal Regional Eleitoral, para promover defesa de eleitores carentes quando acusados da prática de crimes eleitorais. Entretanto essa atuação da Defensoria Pública estadual não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente. Seria oportuno, assim como ocorre com relação aos Juízes de Direito e aos membros do Ministério Público dos Estados, a expressa previsão legal de que teriam atribuição para funcionar no âmbito da Justiça Eleitoral. Nesse caso, também seria legítimo que fosse assegurado o pagamento pelo desempenho dessa atribuição extra, nos mesmos moldes como hoje se dá com os Juízes e Promotores designados para as Zonas Eleitorais.

<sup>484</sup> Isto foi especialmente destacado por José Fontenelle T. da Silva em artigo publicado na Revista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, sob o título “Defensoria Pública e Política Institucional: a falta de uma Doutrina” (ano 13, nº 17, 2001) em que afirma: “A discussão sobre a necessidade de um órgão do Estado que concretizasse, no plano do acesso à Justiça, a afirmação de que todos são iguais perante a lei, pressupondo igual possibilidade de utilização de todos os meios do aparato judiciário, em busca da própria prestação jurisdicional, ocupou, por longos anos, principalmente de meados dos anos 60 até a criação da Defensoria Pública, conforme a dicção do Art. 134, da Constituição da República de 1988 e seu parágrafo único, a agenda de inúmeros congressos da OAB e das demais instituições do chamado mundo jurídico, envolvendo, evidentemente, os poucos órgãos públicos que, então, tinham a seu cargo a prestação de

de 1988. Esse percurso está muito bem retratado na recente obra do historiador Jorge Luís Rocha<sup>485</sup> e no importante trabalho dos Defensores Públicos fluminenses Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva, já anteriormente referido<sup>486</sup>. Estes dois últimos autores mencionam, por exemplo, uma tese por eles sustentada no V Congresso Fluminense do Ministério Público<sup>487</sup>, no ano de 1977, aprovada por unanimidade pela OAB do Rio de Janeiro, em que se afirma o seguinte:

“Os que entendem que poderá a Ordem dos Advogados tomar o encargo da Assistência Judiciária, estão positivamente vivendo fora da realidade. Para que haja igualdade de todos perante a lei, tal mister terá, forçosamente, que ser executado pelo Estado.”<sup>488</sup>

Esse mesmo entendimento foi ratificado na XXIV Reunião de Presidentes dos Conselhos Seccionais da OAB, realizada em Recife, entre os dias 12 e 15 de outubro de 1977, tal como registrado na “Tribuna do Advogado”, do mês de outubro desse mesmo ano, *in verbis*:

“Que se adote a posição assumida pela OAB/RJ, qual a de que, nos Estados em que estes mantiverem serviço de assistência judiciária gratuita, fornecida pelos Procuradores Regionais, seja pelos Promotores ou pelos Defensores Públicos, os advogados da capital e do interior ficarão liberados daquele encargo, quando o mesmo se tornar rotineiro, ressalvadas apenas situações excepcionais. II) Que, nos Estados em que não houver prestação de assistência judiciária a cargo destes, deverá o Conselho Federal, pelos meios próprios, instar junto aos Poderes competentes para que criem nesses Estados órgãos encarregados daquele mister, a teor da conjugação do parágrafo 32, do artigo 153, da Constituição em vigor (será concedida assistência judiciária aos necessitados na forma da lei), com o inciso II, do art. 160, da mesma Constituição Federal (valorização do trabalho como condição da dignidade humana). Para esse fim, seria sugerido que se adotasse como modelo o sistema vigente no atual Estado da Guanabara (*rectius*: novo Estado do Rio de Janeiro, após a fusão) mercê do qual se desvinculou a carreira de

---

assistência judiciária gratuita, como, antes da Constituição de 1988 era denominada a sua atividade-fim”.

<sup>485</sup> Ver o livro “História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro”, publicado em 1994, especialmente pp. 149-160.

<sup>486</sup> Ver o livro “Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado”.

<sup>487</sup> Durante o período que antecedeu a Constituição de 1988, o Ministério Público desempenhou um papel de relevância no cumprimento da obrigação do poder público no sentido de prover a assistência judiciária aos necessitados. A Lei Federal nº 40/81 incluiu expressamente dentre as atribuições do Ministério Público a prestação de assistência judiciária nas comarcas em que não houvesse órgãos estatais apropriados para o desempenho desse encargo. Sob o novo regime constitucional de 1988 não mais se admite essa atuação do Ministério Público, já que a atual Carta Magna estabeleceu que a Defensoria Pública é função essencial à Justiça, e por isso deve ser implantada em todos os Estados e perante a Justiça Federal, tal como se explicitará mais adiante neste estudo.

<sup>488</sup> Cf. MORAES, Humberto Peña & SILVA, José Fontenelle Teixeira. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. Rio de Janeiro, Liber Júrís, 2ª. Ed., 1984, p. 95.

Defensor Público da concorrente ao Ministério Público, o que significa um passo no sentido de se criar o idealizado órgão de assistência judiciária independente no desempenho dessa relevante tarefa constitucional. III) Que o Conselho Federal estude a viabilidade de ser alterada a Lei Orgânica do Ministério Público Federal, no sentido de que se crie um órgão destinado a prestar assistência judiciária gratuita no âmbito da Justiça Federal, com o que se estará suprindo imperdoável lacuna legal e se impondo à União o cumprimento de preceito constitucional”.

Essa mesma tese foi sustentada e aprovada no V Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em setembro de 1977 também em Pernambuco. A tese de que a atuação dos advogados particulares e da própria OAB no campo da assistência judiciária deveria ter caráter estritamente supletivo, cabendo ao poder público o ônus de prover tal serviço foi também sustentada e ratificada na X Conferência Mundial de Direito, ocorrida em São Paulo no ano de 1981, e no I Seminário Nacional sobre Assistência Judiciária, ocorrido no Rio de Janeiro nesse mesmo ano. A “Carta do Rio de Janeiro”, documento oficial com as conclusões do Seminário acima referido, explicitamente indicava dentre suas recomendações a

“criação, a níveis federal e estaduais, de órgãos destinados à prestação de assistência judiciária para a defesa e a postulação dos direitos dos juridicamente necessitados, em cumprimento do preceito constitucional, reservada à Ordem dos Advogados do Brasil a atuação supletiva; e a constitucionalização da Assistência Judiciária, como instituição estatal, a níveis federal e estaduais, com organização de carreira própria;<sup>489</sup>” (grifamos)

Em 1981 foi realizada a IX Conferência Nacional da OAB em Florianópolis, em que foram apresentados dois trabalhos, discutidos e devidamente aprovados, versando sobre a questão da assistência judiciária. No encerramento do evento foi aprovada a Carta de Florianópolis, da qual constava a seguinte recomendação feita pelos advogados participantes da conferência:

“Asseveram que a assistência judiciária gratuita aos necessitados é um dever do Estado, que deve adotar os meios indispensáveis necessários para que funcione com eficiência em todo o território nacional”.<sup>490</sup>

A existência de um certo consenso acerca desse formato pelo qual deveria se dar o cumprimento da obrigação do Estado no sentido de garantir igualdade no acesso à Justiça para as pessoas pobres, mediante estabelecimento de órgãos especificamente encarregados desse mister, traduz uma peculiaridade própria da

---

<sup>489</sup> Cf. MORAES, Humberto Peña & SILVA, José Fontenelle Teixeira. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. Rio de Janeiro, Liber Jûris, 2ª. Ed., 1984, p. 209.

realidade brasileira. Em outros países, especialmente os Estados Unidos e a França, como será visto adiante, a classe dos advogados assumiu postura bem diversa da que foi adotada pela advocacia brasileira a esse respeito.<sup>491</sup>

Em meados dos anos 80 o Brasil passava por um profundo processo de restabelecimento das instituições democráticas, tendo sido convocada uma Assembléia Nacional Constituinte, para elaborar a nova Constituição, que foi promulgada em 05 de outubro de 1988. Como era de se esperar, houve uma profunda mobilização da sociedade civil brasileira em torno do processo político deflagrado para preparação da nova Carta Constitucional. Antes de instalada a Assembléia, o Presidente José Sarney criou uma Comissão integrada por eminentes personalidades da vida nacional – que ficou conhecida por “Comissão dos Notáveis”, tendo como coordenador o Dr. Afonso Arinos de Mello Franco, cujo objetivo era o de elaborar um pré-projeto de Constituição. Um grupo de Defensores Públicos do Rio de Janeiro se mobilizou para acompanhar os trabalhos dessa Comissão, com o objetivo de ver assegurada a manutenção, no texto a ser elaborado, da garantia de Assistência Judiciária pública, indicando-se expressamente que esse encargo deveria caber ao Estado.

Iniciados os trabalhos da Constituinte, a Defensoria do Rio de Janeiro, que na época era reconhecidamente a que estava melhor estruturada no país, designou o Defensor Público João Simões Vagos Filho para acompanhar de perto os trabalhos em Brasília. Também as entidades de classe dos Defensores, ou seja, a ADPERJ (Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro), na época presidida pelo Defensor Público carioca Roberto Vitagliano, e a FENADEP (Federação Nacional das Associações de Defensores Públicos), na época presidida pela Defensora sul-matogrossense Sueli Fletx Neder, realizaram um trabalho

---

<sup>490</sup> Ver “Anais da IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil”, Florianópolis, 1982, pp. 489-492 e 619-620.

<sup>491</sup> Como anotou Calmon de Passos, no artigo sobre “O problema do Acesso à Justiça no Brasil”, publicado na Revista de Processo (1985, ano 39, p. 84), na Conferência da OAB realizada em Florianópolis, acima referida, a proposta de criação da Defensoria Pública teria sido aceita, embora como segunda opção. Embora, como disse o autor, se tenha alegado contra essa solução a suposta má qualidade da assistência oferecida, ou mesmo o uso do cargo para aliciar clientela (na época não havia impedimento para que os defensores públicos exercessem a advocacia privada, paralelamente à função pública), a questão de fundo dessa disputa estava na preocupação dos advogados de defender seu “mercado” de trabalho. Como disse o autor, já naquela época: “há excesso de Escolas de Direito e excesso de bacharéis em direito para um mercado exíguo. Força-se a solução do problema mediante a ampliação do mercado de trabalho, seja pela remuneração, pelo Estado, do patrocínio gratuito, seja pela criação de cargos de defensores públicos.”

intenso de *lobby*<sup>492</sup> junto aos constituintes, com o objetivo de garantir a constitucionalização da Defensoria Pública como instituição do Estado encarregada de prestar a assistência jurídica aos necessitados<sup>493</sup>.

A linha de atuação dos representantes da Defensoria Pública durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte estava embasada no entendimento que vinha se consolidando há décadas em eventos acadêmicos e congressos jurídicos pelo país afora, ganhando ainda maior força com o pronunciamento incisivo do Instituto dos Advogados Brasileiros, em memorável sessão do dia 10 de setembro de 1986<sup>494</sup>. No seu esforço pela afirmação institucional no texto da nova Carta Política que estava sendo elaborada, os Defensores Públicos tiveram dentre seus aliados mais fortes o Senador Nelson Carneiro, do Rio de Janeiro, e o Deputado Sílvio Abreu, de Minas Gerais.

Em 01 de fevereiro de 1987 instalava-se, com grande expectativa de toda a sociedade brasileira, a Assembléia Nacional Constituinte. Deliberou-se que, em princípio, os trabalhos não deveriam se vincular ao texto que fora elaborado pela “Comissão dos Notáveis”, presidida pelo Dr. Afonso Arinos. Ficou, então, estabelecida a criação de diversas Comissões Temáticas para estudo e

---

<sup>492</sup> Como lembrou o Defensor Público fluminense Mário José Bagueira Leal, já falecido, além de terem a responsabilidade de demonstrar aos membros da Assembléia Constituinte que a proposta por eles apresentada era a que melhor atendia ao interesse público, tinham também que vencer as resistências de um verdadeiro *lobby* que dificultava todas as pretensões de afirmação institucional da Defensoria Pública, especialmente por parte de alguns membros do Ministério Público. (Depoimento gravado no dia 14 de maio de 2002, dentro do projeto “Memórias do Entardecer”, promovido pela Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro, disponível no arquivo da ADPERJ).

<sup>493</sup> Para um relato mais detalhado de todo esse trabalho de “bastidores” dos Defensores Públicos durante o processo constituinte que resultou na Carta de 1988, inclusive com registros de depoimentos orais prestados pelos protagonistas desse momento histórico, ver a obra “História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro”, de autoria de Jorge Luís Rocha (pp. 156-161).

<sup>494</sup> Nessa sessão do IAB, foi aprovada a indicação nº 60/86, apresentada por Ubyratan Guimarães Cavalcanti, tendo como relator Carlos de Araújo Lima, do seguinte teor: “A presente indicação tem por escopo a criação da Defensoria Pública na Constituição Federal, tal como ocorre com o Ministério Público, isto é, como órgão do Estado. Sem advogado (defensor público ou particular) não há justiça. Por isso mesmo deve ser realçada a importância da assistência prestada pela defensoria. A não inserção dessa nobre instituição na Carta Magna traduz-se em total incoerência, na medida em que conflita com o exposto dispositivo constante do Art. 153, da Lei Maior. A Constituição Federal assegura o direito ao cidadão à assistência gratuita, mas não prevê a instrumentalização necessária. Não se pode exigir que o advogado substitua o defensor público. Entretanto, o defensor público suprirá, sempre, a ausência ou falta do advogado. Esse nosso posicionamento nada mais é do que um prolongamento da idéia preconizada pelo jurista Nabuco de Araújo, que presidiu esse Egrégio Instituto, anteendo, já no século passado, a necessidade de uma edificação legislativa para a assistência judiciária.” (Cf. MORAES, Humberto Peña de. “A Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à justiça, no Estado democrático”. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Nº 2, 1988, p. 80)

encaminhamento das idéias e propostas a serem incluídas no texto da futura Constituição. A temática da Defensoria Pública e da assistência judiciária ficou afeta à Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público que tinha na presidência o constituinte Wilson Marques (MS) e na relatoria o constituinte Plínio de Arruda Sampaio (SP). No final de seus trabalhos, essa Comissão apresentou relatório final em que foi aprovada a expressa inclusão de dispositivos prevendo a instituição da Defensoria Pública “para a defesa, em todas as instâncias, dos juridicamente necessitados”<sup>495</sup>. Apesar disso, na fase decisiva de votações, o grupo político denominado de “Centrão” apresentou um novo anteprojeto em que foi suprimida a menção à Defensoria Pública. Para os defensores públicos esse foi um momento dramático. Após intensa atuação dos representantes da classe nos bastidores da Assembléia Constituinte, finalmente no dia 26 de agosto de 1988 foi votado pelo plenário<sup>496</sup> o texto definitivo onde constava pela primeira vez na história constitucional do país a consagração da Defensoria Pública como órgão do Estado indispensável ao exercício da função jurisdicional, atribuindo-se-lhe não apenas o encargo de garantir o patrocínio em juízo dos interesses dos necessitados, mas também a prestação de assistência jurídica integral e gratuita<sup>497</sup>. Mais uma vez, a sociedade civil não foi protagonista

---

<sup>495</sup> Conforme informação constante do artigo “Defensoria Pública e Estado Democrático de Direito”, escrito por Roberto Vitagliano, publicado no primeiro volume da “Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro”, em maio de 1988.

<sup>496</sup> Mesmo depois de revertida junto ao grupo político denominado “Centrão” a tentativa de excluir do texto constitucional a referência à Defensoria Pública, já na fase de votação final em plenário, nova ameaça à institucionalização surgiu por parte do Deputado catarinense Konder Reis, através da Emenda supressiva de nº 2T01194-6, apresentada em 11/07/1988. Segundo o entendimento desse deputado a questão da institucionalização da Defensoria Pública deveria ser deixada a critério de cada Estado da federação, de acordo com a realidade específica. Entretanto, atendendo a apelos dos Defensores Públicos, tal emenda supressiva foi retirada pelo referido constituinte, sendo submetido ao plenário o texto que acabou sendo definitivamente aprovado em 26/08/1988.

<sup>497</sup> O Defensor Público João Simões Vagos Filho, do Rio de Janeiro, em documento especialmente elaborado para subsídio das pesquisas realizadas pelo historiador Jorge Luís Rocha, relata com detalhes esse episódio da supressão das referências à Defensoria Pública no anteprojeto de Constituição apresentado pelo “Centrão”: “A chamada Carta de Brasília, publicada pela Associação dos Magistrados Brasileiros após o referenciado anteprojeto da Comissão de Sistematização, certamente influenciara o tal CENTRÃO naquele desiderato de supressão constitucional da Defensoria Pública. Contestamos pela imprensa tal Carta, e o texto desta constestação, sob o título DEFENSORES PÚBLICOS, cuidamos de remeter a todos os constituintes, entregando-o pessoalmente a muitos deles, em especial aos integrantes desse CENTRÃO, sendo certo que muitos, dentre estes, sequer sabiam o que era Defensoria Pública, em que pese terem integrado esse Grupo pelo menos dois constituintes representantes do Rio de Janeiro (...) Debate aqui, disse-que-disse ali, bate-boca acolá... constituinte economista com maquininha na mão procurando demonstrar a ‘despesa enorme’ que traria a Defensoria Pública ao Erário com a sua constitucionalização... Constituintes ‘juristas’ a serviço do Ministério Público e da Magistratura procurando garantir exclusivamente para estas duas Instituições o que de bem lhes

do processo de conquistas alcançadas. A vitória dependeu de uma luta dos representantes da corporação classista dos defensores públicos, com diminuto engajamento dos movimentos sociais, resultando de uma negociação política com as classes dominantes representadas pelo “Centrão”.

Assim, em resumo, diante do que foi dito acima, pode-se afirmar que o modelo atual adotado no Brasil para proporcionar o efetivo acesso dos pobres à Justiça foi basicamente estruturado no período entre os anos de 1946-50 e 1988-94. Tal modelo se caracteriza, primeiramente, pela opção de se criar, na esfera federal e na esfera estadual, entidade pública especialmente destinada a prestar o serviço de representação judicial e de assistência jurídica extra-judicial, com profissionais remunerados pelos cofres públicos, investidos de certas prerrogativas e garantias legais. Essa entidade, que inicialmente era denominada genericamente de “Assistência Judiciária”, de acordo com a Constituição de 1988 passa a ser necessariamente denominada DEFENSORIA PÚBLICA, e seu âmbito de atuação é o mais amplo possível abrangendo tanto as causas criminais como as não criminais de um modo geral. Mas, segundo esse modelo que foi construído no sistema jurídico brasileiro, a atividade de assistência jurídica e patrocínio dos pobres em Juízo não foi estabelecida como monopólio do Estado, visto que também é prestada – em caráter complementar e subsidiário – por advogados não remunerados pelo poder público, que podem atuar autonomamente ou mediante vínculos, inclusive de natureza empregatícia, com organizações e entidades diversas da sociedade civil. Isto será melhor detalhado na parte final deste estudo.

---

poderia proporcionar a futura Constituição... Constituintes a serviço da OAB procurando favorecer advogados privados de molde que, mesmo sem concurso público, mas com verbas públicas, pudessem fazer as vezes de defensores públicos... Enfim, negociando aqui, ganhando ali e perdendo também, acolá, saímos do primeiro turno de votação do Plenário da Constituinte, no concernente ao dispositivo do Projeto que nos era essencial, melhor ainda do que ficaríamos ao término dos trabalhos da Comissão de Sistematização, certo sendo que quanto àqueles outros dispositivos acessórios – se assim podemos falar – que também nos diziam respeito, contidos nos Títulos desse mesmo projeto, que tratavam da organização do Estado e da organização dos Poderes, foram todos rigorosamente mantidos.”(Apud ROCHA, Jorge Luís. “História da Defensoria Pública... p. 160-161)

### 5.2.3.

#### **A constitucionalização da Defensoria Pública e a nova garantia de Assistência Jurídica Integral e Gratuita: cenário atual e perspectivas do futuro**

A Constituição da República promulgada em 05 de outubro de 1988 inaugurou uma nova fase na história da assistência judiciária no Brasil<sup>498</sup>, consolidando, em suas colunas mestras, o modelo que havia sido gestado nas duas décadas que lhe precederam conforme acima relatado. Seguindo os precedentes das Constituições de 1934 e de 1946, a Carta de 1988 estabeleceu novamente um dispositivo no capítulo referente aos Direitos Fundamentais garantindo o pleno acesso das pessoas pobres à Justiça. Todavia, o novo dispositivo constitucional trouxe a novidade de estabelecer como garantia não apenas o direito de assistência judiciária, ou seja, a representação e defesa de interesses em Juízo, mas sim uma noção mais ampla, de assistência jurídica integral, salientando expressamente que tal serviço terá caráter gratuito. Eis o texto previsto na Constituição de 1988:

“Art. 5º - Inciso LXXIV – “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

Trata-se de situação peculiar no concerto das nações, eis que poucos são os países que erigiram a assistência jurídica e judiciária no patamar das garantias constitucionais. No novo texto constitucional, a expressão “assistência jurídica” veio substituir a antiga expressão “assistência judiciária”, alargando-lhe o sentido e a abrangência. Não se limitava mais ao patrocínio gratuito da causa pelo advogado e à isenção de todas as taxas, custas e despesas, inclusive com peritos. Invocamos aqui o magistério do eminente processualista carioca, o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, que em palestra proferida no dia 30

---

<sup>498</sup> De fato, conforme registra Luciana Gross Siqueira Cunha, “Até 1988, a assistência judiciária era tida como um serviço caritativo. Apesar de acolhida em nível constitucional, não se encontrava regulamentada – a assistência judiciária foi tratada de forma superficial apenas em 1950 pela Lei 1060/50, que não determinou nenhuma forma específica para a prestação dos serviços jurídicos gratuitos, e nem de quem seria a responsabilidade por estes serviços. Com a Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça e a assistência judiciária foram concebidos: enquanto direitos fundamentais, sendo assumido o modelo de assistência jurídica, no qual o serviço é prestado pelo Estado, através de uma instituição específica – Defensoria Pública – com carreira própria de advogados contratados e pagos pelo Estado”. (CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Ob. Cit., p. 38).

de outubro de 1990 para os Defensores Públicos do Rio de Janeiro assim se expressou:

“A Constituição abandona aquela orientação restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo; abandona a concepção de uma assistência puramente judiciária, e passa a falar em ‘assistência jurídica integral’. Obviamente alarga de maneira notável o âmbito da assistência que passa a compreender, além da representação em juízo, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência aos carentes em matéria de atos jurídicos extra-judiciais, como por exemplo, os atos notariais e outros que conhecemos. Ora, essa inovação tem uma importância que não pode ser subestimada, porque justamente um dos fatores que mais contribuem para perpetuar as desigualdades nesse campo é, repito, a falta de informação. Acredito que haja uma enorme demanda reprimida de prestação jurisdicional, resultante da circunstância de que grande parcela, larga faixa da população do nosso país, pura e simplesmente, não tem qualquer informação sobre os seus direitos. Haverá também, do lado oposto, a vantagem consistente em, por meio da assessoria, do aconselhamento, prevenir certo número de litígios que só acabam por ser levados ao Judiciário exatamente em razão da pouca informação, em razão do desconhecimento, em razão da apreciação errônea que as pessoas fazem das suas próprias situações jurídicas.”<sup>499</sup>

Outra grande inovação da Constituição de 1988 foi efetivamente a oficialização em âmbito nacional do modelo que deveria ser adotado para a prestação do serviço público encarregado de dar pleno cumprimento à garantia assegurada no Art. 5º, Inciso LXXIV, acima transcrito. Assim, no capítulo referente à estrutura do Poder Judiciário, a nova Constituição enumerou uma série de instituições consideradas textualmente como “funções essenciais à Justiça”. Dentre essas instituições, pela primeira vez na história constitucional do Brasil, foi expressamente mencionada a Defensoria Pública. Eis o que dispõe o Art. 134:

“Art. 134 – 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 Art. 5º, LXXIV”.<sup>500</sup>

Ainda no patamar constitucional, foram estabelecidos alguns parâmetros básicos sobre a forma pela qual deveriam ser estruturadas as Defensorias Públicas. No parágrafo único do Art. 134 (atual § 1º, do Art. 134, em razão da renumeração dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004), a Constituição de 1988 estabeleceu

<sup>499</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O direito à assistência jurídica”. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Ano 4, n.º 5, 1991. p. 130.

<sup>500</sup> Como afirma Luciana Gross Siqueira Cunha, “neste sentido, o Estado assumiu, formalmente, e junto à ordem legal, a responsabilidade pela prestação da assistência judiciária aos necessitados, ficando definida a forma pela qual será prestada. Foi dado amparo constitucional para a criação de uma instituição própria para cumprir essa função, conferindo-se a ela as mesmas garantias e prerrogativas das demais instituições essenciais ao funcionamento da Justiça”. (CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Ob. Cit., p. 44).

que a Defensoria Pública deveria ter sua organização fixada em Lei Complementar, e que deveria ser mantida em dois níveis: Federal e Estadual; determinou ainda que os cargos de Defensor Público serão preenchidos por concurso público do mesmo modo como ocorre com os cargos de Juízes e Promotores de Justiça; concedeu a garantia da inamovibilidade e impôs a obrigação de dedicação exclusiva na medida em que proibiu aos Defensores Públicos o exercício da advocacia privada.

Fica mais do que patente que a intenção do constituinte era no sentido de assegurar a existência de um órgão estatal encarregado da defesa, judicial e extrajudicial, dos interesses dos cidadãos necessitados<sup>501</sup>, especialmente – mas não exclusivamente! – sob o ponto de vista econômico. Tal órgão necessariamente deve assumir feições e prerrogativas simétricas àquelas conferidas pela própria Constituição ao Ministério Público, que é o órgão estatal encarregado da defesa da sociedade como um todo, e de zelar pelos interesses públicos em geral. Assim, como ensinou o ex-Subprocurador Geral da República, Doutor Carlos Roberto Siqueira Castro,

*“A solução mais desejável e eficaz para o atingimento do propósito de conferir ajuda legal aos oprimidos aponta por certo na direção da institucionalização de órgão estatal funcionalmente especializado nesse mister de inexcédível relevância social, a ser organizado em carreira, revestido da indispensável independência e autonomia técnica, além das outras garantias que são próprias da Magistratura e do Ministério Público. É de fácil compreensão o imperativo de que os agentes políticos representantes da Defensoria Pública mereçam semelhante tratamento constitucional àquele deferido aos julgadores e aos fiscais da lei. É que ao Defensor Público, além dos ordinários misteres voltados para a concreção da ordem jurídica de forma consentânea com os princípios da legalidade e da moralidade públicas, que constitui dever comum a todo exercente de função própria ou essencial à Justiça, compete assumir, por força de definição e finalidade exclusiva de sua instituição o permanente enfrentamento dos poderosos ou dos economicamente melhor dotados. Só o Defensor Público tem diante de si, como carma funcional, o desempenho diuturno do nobilitante apostolado público de defender os direitos dos debilitados e marginalizados numa sociedade que, longe de haver abolido o privilégio da fortuna, concentra a riqueza e dissemina as angústias e horrores da miséria.”*<sup>502</sup>

<sup>501</sup> A expressão “juridicamente necessitado” é considerada por alguns autores como de cunho pejorativo, e até humilhante. Alguns propõem o termo “hipossuficiente” que, todavia, reflete uma forma vocabular mais erudita que certamente seria de difícil compreensão para os destinatários da prestação de serviços. Uma pessoa analfabeta e desempregada que procure a Defensoria Pública para um atendimento, se for chamada de “hipossuficiente” não compreenderá o que isto significa.

<sup>502</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *“A Constituição e a Defensoria Pública”*. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Ano 5, n ° 6, 1992. pp. 16-17.

Esse entendimento no sentido de que a vontade do constituinte foi a de assegurar total simetria de tratamento jurídico-institucional entre a Defensoria Pública e o Ministério Público, e até mesmo com a Magistratura, fica evidente também numa interpretação sistemática do texto constitucional de 1988. Em pelo menos cinco diferentes dispositivos da Constituição Federal, essas instituições e carreiras jurídicas são referidas de modo conjunto, denotando o reconhecimento de que devem ser tratadas com total isonomia. Assim, vale citar o Art. 21, XIII, que determina ser da competência da União “organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios”; o Art. 22, XVII que trata da competência legislativa da União para legislar sobre a “organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como sobre a organização administrativa destes”; assim como os Art. 48, IX, e Art. 61, “d”, que tratam igualmente de questões relativas ao processo legislativo envolvendo tais carreiras e instituições jurídicas. Também nas recentes alterações constitucionais referentes à reforma administrativa e reforma da previdência foi conferido tratamento isonômico a tais carreiras, conforme estabelece a nova redação do Art. 37, XI, e 39, § 4º.

As novas normas e diretrizes emanadas da Constituição de 1988 foram devidamente regulamentadas através da Lei Orgânica da Defensoria Pública no Brasil, promulgada em 12 de janeiro de 1994, que estabelece os parâmetros e normas gerais que devem ser observadas pelos Estados da Federação para a organização dos serviços públicos encarregados de cumprir a missão de proporcionar igualdade no acesso a Justiça para todos os cidadãos brasileiros. Trata-se da primeira legislação em âmbito nacional que dispõe sobre a instituição da Defensoria Pública. Sua origem foi um projeto elaborado sob a coordenação do advogado Saulo Ramos, na época Ministro da Justiça, encaminhado ao Congresso Nacional ainda em 1989, pelo Presidente José Sarney. No governo seguinte, passado o *impeachment* do Presidente Collor, que levou à chefia do Executivo o Vice-presidente Itamar Franco, foi nomeado Ministro da Justiça o advogado e político Maurício Corrêa que assumiu compromisso de envidar esforços para a aprovação e sanção da Lei Orgânica da Defensoria Pública. A tramitação do projeto de lei enfrentou algumas dificuldades e correu risco de não vir a bom

termo tanto na Câmara dos Deputados como no Congresso Nacional<sup>503</sup>. Aprovado o projeto no Congresso, foi sancionado em 12 de janeiro de 1994 pelo Presidente da República, com alguns vetos que não chegaram a prejudicar a estrutura fundamental de afirmação institucional da Defensoria Pública no Brasil. Promulgada e publicada a lei, era necessário implantá-la, especialmente no âmbito da União Federal. Durante encontro estadual dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro em maio de 1994, realizado na região serrana fluminense, o então Ministro da Justiça Alexandre Duperyrat, em discurso proferido na abertura do evento, assumiu publicamente o compromisso de fazê-lo. Isto ocorreu ainda no ano de 1994, com a nomeação do primeiro Defensor Público Geral da União, nos últimos dias do governo Itamar Franco.

Com a publicação da Lei Complementar 80/94 o movimento pela criação das Defensorias Públicas nos diversos Estados da Federação se intensificou. Em alguns Estados tratava-se não propriamente de criar órgãos novos, mas sim de reestruturar os antigos serviços de assistência judiciária para ajustá-los aos novos preceitos constitucionais e legais.

O estabelecimento de normas constitucionais prevendo a implantação da Defensoria Pública e o direito de todos os cidadãos necessitados receberem gratuitamente assistência jurídica integral, judicial e extra-judicial, em qualquer que seja a área do Direito, parece expressar o entendimento de que tal serviço não se reveste da mesma natureza que as demais funções de caráter assistencial prestadas pelo Estado (como seriam a construção de hospitais, moradias, etc). Não se trata de apenas um dever de cunho social, voltado para a promoção do bem

---

<sup>503</sup> Em entrevista publicada no boletim “ADPERJ Notícias”, de janeiro/fevereiro de 1994, editado pela Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, o Defensor Público André Luiz de Felice Souza, na época Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos, descreveu os bastidores da tramitação desse projeto no Congresso Nacional informando que: “Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o presidente José Dutra (PMDB/AM) avocou a relatoria do Projeto, desempenhando papel de capital importância para a sua aprovação, pois surgiram graves resistências naquela comissão, notadamente da parte do deputado Nelson Jobim (PMDB/RS), que se opunha a vários pontos do Substitutivo. (...) Aprovado na Câmara foi o Projeto, de imediato, remetido ao Senado, onde, por articulação do Senador Jarbas Passarinho junto ao Presidente Humberto Lucena, ganhou urgência para a votação, sendo designado relator de Plenário o senador Cid Sabóia de Carvalho que, em bem lançado parecer, opinou pela aprovação integral do texto recebido da Câmara. Pressões desencadeadas frontalmente pelo Ministério Público e encampadas pelo senador Pedro Simon (PMDB/RS), ameaçaram a votação. (...) Graças porém ao pulso firme e à determinação do senador Cid Sabóia de Carvalho (...) aliado ao desempenho notável do senador Elcio Tavares (PFL/ES) na articulação da votação, no dia 15/12/93, foi aprovado o Projeto de Lei Complementar que organizava a Defensoria Pública em todo o país. Vencia-se ali a batalha dentro do Poder Legislativo”.

estar e para a erradicação da pobreza, embora este seja um dos objetivos de caráter geral expressamente estabelecido na Art. 3º da Constituição brasileira. Trata-se, na verdade, de um dever estatal inerente ao próprio exercício da cidadania, que não pode ser afetado em razão de restrições referentes a prioridades orçamentárias. Assim, da mesma forma que o Estado não pode alegar falta de recursos orçamentários para justificar eventual abstenção do seu dever de garantir a segurança jurídica do cidadão, mediante o funcionamento de tribunais capazes de dizer o direito no caso em concreto e de decidir os conflitos, também a Constituição Brasileira estabelece – no mesmo patamar de importância, ou seja, de ‘essencialidade’ na precisa dicção da norma constitucional – que não pode o Estado, invocando carência de recursos financeiros, deixar de criar e de manter em funcionamento um serviço efetivo de assistência judiciária capaz de representar em juízo as pessoas que não possam pagar um advogado, qualquer que seja a natureza da causa (cível ou criminal) e de prestar-lhes assistência jurídica integral. Isto é elementar.

Nessa linha de idéias, cabe mencionar o estudo realizado pela Prof. Ana Paula de Barcellos, em que a autora desenvolve argumentos demonstrando que a afirmação em sede constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana impõe inexoravelmente ao Estado a tutela de certos direitos identificados como integrantes do “mínimo existencial”, os quais devem merecer prioridade absoluta na execução das políticas públicas. Segundo Ana Paula de Barcellos, quatro são os elementos integrantes desse “mínimo existencial”, sendo três materiais e um instrumental, a saber: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça. Isto implica em que, se o administrador público deixar de tomar medidas concretas para dar efetividade a algum desses elementos, poderá ser compelido judicialmente a fazê-lo, não sendo cabível eximir-se de sua obrigação sob o argumento da ausência de dotação orçamentária para respectivo custeio. Trata-se de direito subjetivo exigível diante do Judiciário. Ou seja, como diz a autora,

“quanto à organização propriamente dita da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais, bem como seu adequado aparelhamento (...) é preciso sublinhar que tais providências são um *dever constitucional* da Administração – não lhe cabe decidir acerca de sua conveniência e oportunidade. Não é possível, entretanto, diante da omissão do Poder Público, determinar que o particular crie e organize as referidas instituições. Ora bem: que eficácia jurídica se reconhece, afinal, a tais normas? Que poderá o Judiciário determinar com fundamento nelas? Convém aqui recorrer a

dois exemplos. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), caso a omissão seja da Administração, ela terá prazo de 30 dias para saná-la; de acordo com o que dispõe o art. 37, § 6º da Carta, a Administração Pública é responsável pela ação ou omissão danosa, especialmente quando esta é continuada. Assim, é plenamente possível concluir que o Judiciário, provocado no âmbito de uma ação coletiva, poderá fixar prazo para que o Poder Público (aí incluído o próprio Judiciário no exercício de funções administrativas) pratique os atos necessários à instituição da Defensoria e dos Juizados Especiais, sob pena de responsabilização pessoal do agente por descumprimento de ordem judicial”.<sup>504</sup>

Entretanto, na prática a realidade brasileira ainda está muito aquém do ideal. Certos Estados da federação se esquivam do cumprimento da obrigação constitucional alegando insuficiência de recursos fiscais. No fundo, tudo se trata de uma questão de prioridade. No decorrer da década dos anos noventa vários Estados tomaram as devidas providências para adequar seus antigos sistemas de assistência judiciária aos novos critérios constitucionais que exigem a implantação das Defensorias Públicas. Dentre os retardatários nesse processo, o mais gritante deles já parece estar em vias de ser sanado, posto que tramita na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo o projeto de criação da Defensoria Pública, corrigindo-se a inequívoca inconstitucionalidade superveniente do modelo de estruturação dos serviços de assistência judiciária que estão em funcionamento naquele importante Estado da federação.

O futuro da Defensoria Pública depende, em grande medida, da conscientização dos próprios membros da carreira, no sentido de que a eles cabe uma responsabilidade decisiva na edificação permanente da instituição. É fundamental um compromisso com o ideal de igualdade no acesso à Justiça. O horizonte é bastante desafiador, pois como lembra Jose Fontenelle Teixeira da Silva, não há lugar para uma postura passiva, conformista, e de acomodação. Com efeito, em contraste com as demais carreiras jurídicas tradicionais, não se pode perder de vista que:

“... a Defensoria é uma “instituição de competição”, na medida em que não detém o monopólio do serviço que presta, ao contrário de outras. Segue-se que os Defensores Públicos, os que ficam e os que passam, estes enquanto ficam, têm que ser os melhores dentre os profissionais das carreiras jurídicas, porque é da sua elevada capacitação profissional e zelo funcional que dependem o sucesso da Defensoria Pública e a efetiva e eficaz defesa dos interesses dos assistidos”.<sup>505</sup>

<sup>504</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 298-299.

<sup>505</sup> SILVA, José Fontenelle Teixeira da. “*Defensoria Pública e Política Institucional: a falta de uma doutrina*”. In: “Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro”. (Ano 13, Nº 17, 2001, p. 75)

### 5.3.

#### **Da Assistência Judiciária à Assistência Jurídica Integral e Gratuita - regulamentação constitucional e legal**

Nas páginas precedentes tivemos oportunidade de percorrer a evolução histórica dos mecanismos utilizados para garantir o acesso dos pobres à Justiça no Brasil. Partimos da noção remota da assistência a título caritativo concedida sob fundamentos religiosos e humanitários para permitir às pessoas desprovidas de recursos a possibilidade de defenderem seus interesses pessoais em juízo, passando pela idéia de assistência judiciária reconhecida pelo Estado como um direito dos cidadãos até chegarmos à noção mais ampla de assistência jurídica integral e gratuita, consagrada na Constituição brasileira de 1988, a ser prestada pela Defensoria Pública. Feito esse percurso, impõe-se agora um estudo sistemático acerca das regras de funcionamento do aparato legal existente no ordenamento jurídico pátrio relativo a tal matéria, que é regulada, em âmbito nacional, pela Lei Federal nº 1060 de 05 de fevereiro de 1950, e pelos dispositivos constitucionais já mencionados anteriormente. Isto sem falar na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, referente à organização da Defensoria Pública, que será objeto de estudo mais detalhado na seção subsequente deste capítulo.

De início, vale retomar o que já foi dito acima no sentido de que é necessário ter bem clara a distinção entre “Assistência Judiciária” e “Assistência Jurídica”, assim como a noção correlata da “Gratuidade de Justiça”. De acordo com a acepção mais avançada a respeito da matéria, devidamente consagrada no texto constitucional de 1988, podemos afirmar que a idéia de “Assistência Jurídica Integral” deve ser vista como um gênero do qual se desdobram duas espécies, quais sejam a assistência extra-judicial e a assistência judicial (ou, segundo terminologia clássica, a assistência judiciária). Esta última abrange todos os

---

pressupostos necessários para evitar que as desigualdades de ordem econômica entre as partes numa lide judicial sejam obstáculos intransponíveis a que obtenham do Estado a devida e justa prestação jurisdicional. Exatamente aí se inclui a denominada “gratuidade de Justiça”<sup>506</sup>, que se traduz na isenção do pagamento de custas e despesas vinculadas ao processo, e também inclui o patrocínio gratuito da causa por um profissional habilitado cuja remuneração normalmente ficará sob o encargo do poder público. Já a assistência extra-judicial apresenta maior amplitude, destinando-se a garantir aos (economicamente) necessitados a possibilidade de exercício dos direitos inerentes à cidadania, contando com gratuidade para a prática de atos destinados à conservação ou recuperação, nas instâncias judiciais, dos direitos próprios e bem assim com a assistência de profissional habilitado, também remunerado pelo Estado, capaz de prestar orientação e esclarecimentos sobre questões jurídicas de um modo geral, de interesse dos respectivos destinatários indicados na norma constitucional do Art. 5º, LXXIV.

A principal legislação brasileira infra-constitucional que atualmente regula essa matéria é a Lei nº 1060/50. É anterior à Constituição de 1988 e resume-se quase que estritamente à disciplina da primeira espécie acima descrita, ou seja, da assistência judiciária, focando primordialmente na regulação do instituto jurídico processual da gratuidade de Justiça. No desenvolvimento expositivo que será objeto da presente seção tomaremos como base de referência o direito positivo consagrado na referida Lei nº 1060/50. Entretanto, procuraremos estudar o funcionamento não apenas da assistência judiciária e da gratuidade de justiça, mas também da assistência jurídica extra-judicial, a despeito da falta de legislação específica disciplinando esta matéria. Desse modo pretende-se evitar uma visão capenga do sistema que, ao revés, é visto sob uma perspectiva mais abrangente e integral, tal como preconizado na atual Carta Constitucional.

Para concluir estas linhas introdutórias desta seção, é preciso dizer que embora seja comum se referir tanto à assistência jurídica quanto à assistência

---

<sup>506</sup>Augusto Tavares Rosa Marcacini tem uma visão peculiar a respeito da vinculação entre “assistência judiciária” e “gratuidade de justiça”. Ele sustenta que esta não pode ser parte integrante daquela pois seriam realidades totalmente distintas: “a gratuidade processual não se confunde com a assistência judiciária, nem é espécie da qual esta é gênero”. Cf. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 34.

judiciária como se fossem modalidades de “benefícios” outorgados pelo Estado em prol dos cidadãos, essa terminologia não é a que melhor se ajusta à realidade. Com efeito, parece inequívoco que é dever-função do Estado, inerente à sua própria existência, a garantia da paz social, evitando-se que impere na vida em sociedade a “lei do mais forte” que seria fonte de ignominiosa injustiça e resultaria em total decadência dos padrões civilizatórios que são uma aspiração comum da natureza humana. Esse dever-função costuma ser também denominado de “função protetiva do Estado”<sup>507</sup>. Por isso, tratando-se de dever estatal, seu inadimplemento não se configura um mero “benefício”, mas verdadeiro “direito subjetivo público” de que é titular o cidadão<sup>508</sup>. Devido a sua importância, deve ser reconhecido como direito “fundamental absoluto”<sup>509</sup>, cuja violação pode até mesmo dar ensejo à interposição do remédio heróico do Mandado de Segurança, desde que configurada *a priori* a situação fática<sup>510</sup> requerida pela Constituição Federal e pelas leis, que dispense dilação probatória. Portanto, em que pese a força do hábito que já consagrou a expressão, respaldada no próprio texto da Lei nº 1060/50 – que em vários de seus dispositivos se refere à assistência judiciária como sendo um “benefício” – revela-se impróprio esse modo de tratamento da questão<sup>511</sup>. Por esse motivo procuraremos, sempre que possível, usar aqui a expressão “direito à assistência jurídica e judiciária”, embora seja muito difícil

---

<sup>507</sup> Cf. MORAES, Humberto Peña & SILVA, José Fontenelle Teixeira. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. Rio de Janeiro, Liber Júris, 2ª. Ed., 1984, p. 138.

<sup>508</sup> Em palestra proferida no dia 15/05/1986 em Nova Friburgo, no II Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, a Professora Ada Pellegrini Grinover, ainda no regime constitucional anterior a 1988, já afirmava que “a garantia da assistência jurídica (que é mais do que assistência judiciária) constitui um **direito do cidadão**, que dela necessita por qualquer razão, e um **dever do Estado**. Não se trata de mera garantia jurídico-formal, mas sim de garantia real e efetiva, que o Estado é obrigado a assegurar em cada caso, vencendo os obstáculos que se antepõem à sua concreção. Daí deriva a necessidade de as diversas esferas do poder político organizarem adequadamente seus serviços de assistência jurídica, a partir das necessidades do ‘consumidor’. (grifos nossos). *Apud* MORAES, Humberto Peña de. A Assistência Judiciária Pública e os Mecanismos de acesso à justiça, no estado democrático. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Defensoria Pública, 1989, Ano 2, n° 3, ago/set 1989, p. 85.

<sup>509</sup> Cf. MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Assistência Jurídica, Defensoria Pública e o Acesso à Jurisdição no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1997, p. 8.

<sup>510</sup> A situação fática, como se verá mais adiante, diz respeito às condições exigidas pela lei e pela Constituição para fruição desse direito, o qual não tem caráter universal pois depende da configuração de um quadro de necessidade jurídica e/ou econômica.

<sup>511</sup> Já no capítulo anterior, referente ao sistema francês de assistência jurídica, tivemos a preocupação de fazer observação similar à que ora apresentamos, exatamente pelo fato de que também a legislação daquele país utiliza a expressão “benefício” para designar o que, lá, eles chamam de *aide juridictionnelle* (ou, literalmente, assistência jurisdicional).

deixar de empregar o termo já consagrado “benefício”, o qual virá sempre entre aspas para lembrar que tecnicamente se trata de verdadeiro direito e não mero favor do Estado.

### 5.3.1.

#### **Condições de admissibilidade ao direito de assistência judiciária e de assistência jurídica**

O dever cometido pela Constituição Federal aos poderes públicos, especificamente à União e aos Estados, relativamente à prestação de assistência jurídica integral, diferentemente do que ocorre com outros serviços públicos estabelecidos como de caráter universal, v.g. educação e saúde, não tem como destinatário o conjunto da população brasileira. Os titulares desse direito subjetivo público são apenas aqueles que se encontrem numa situação de hipossuficiência que os impossibilite de ter acesso aos direitos e à Justiça por seus próprios meios, ou seja, aos considerados “necessitados”. A definição do universo dos destinatários desse direito deve resultar da interpretação combinada dos dispositivos constitucionais já acima mencionados com o ordenamento jurídico infra-constitucional<sup>512</sup>.

Tradicionalmente o “benefício” da assistência judiciária sempre foi concedido apenas àqueles que se encontrassem em situação de carência econômica que os impedisse de arcar com as despesas normalmente requeridas para ter acesso à prestação jurisdicional. De início, em tempos remotos, apenas os

---

<sup>512</sup> Há quem sustente que tanto o direito de assistência jurídica integral como a própria prestação jurisdicional em si deveriam ser assegurados pelo Estado em caráter universal, sem necessidade de pagamento de taxas judiciais, nos moldes do que ocorre com a prestação de serviços de segurança pública por exemplo (ou seja, ninguém paga para registrar uma ocorrência na delegacia de polícia, ou para garantir o policiamento preventivo de uma rua ou bairro, que é obrigação do Estado). Todavia, os efeitos de uma tal universalização poderiam ser perversos exatamente para os mais pobres, estimulando um indevido abuso do direito de litigar por parte dos integrantes das classes sociais mais favorecidas. A respeito desse debate, vale conferir o livro cujo título é “*Gratuité, une question de droit?*”, publicado na França em 2003, pela Editora L’Harmattan, tendo como organizadores Geneviève Koubi e Gilles J. Guglielmi. Dentre os trabalhos publicados nessa obra, para o nosso tema específico deve ser destacado o artigo de Hélène Destrem: “*La veuve, l’orphelin et l’aide juridictionnelle: de la gratuité du service public au service public de la gratuité*”. Também merece menção o trabalho: “*La gratuité, une composante de l’accès au droit*”, escrito por Daniele Bourcier.

considerados miseráveis, aqueles totalmente desprovidos de recursos financeiros poderiam se qualificar legalmente para usufruir da assistência estatal. Todavia, a legislação brasileira de modo um tanto ou quanto precoce já assumia caráter de vanguarda nesse ponto específico, na medida em que o texto do Decreto 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, apresentava uma definição bastante aberta e flexível do conceito de “pobre”<sup>513</sup>, deixando de fixar parâmetros ou limites pré-estabelecidos de recursos pecuniários como requisito para fins de concessão da assistência judiciária. Isto acabou se tornando uma tradição no direito brasileiro, sendo mantida a mesma idéia no Código de Processo Civil de 1939<sup>514</sup> e, posteriormente no Art. 2º, Parágrafo Único da Lei nº 1060/50, que é o texto ainda hoje em vigor, e que estabelece o seguinte:

“Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”<sup>515</sup>.

Embora passados mais de cinquenta anos, e em que pese a superveniência de uma nova ordem constitucional, é pacífico o entendimento de que esse dispositivo que define o conceito de pessoa “necessitada” para fins de fruição do direito de assistência judiciária foi recepcionado pela Constituição de 1988. Assim, o dispositivo do Art. 5º, Inciso LXXIV, que estabelece como destinatários da assistência a ser prestada pelo Estado os que apresentarem “insuficiência de recursos” deve ser interpretado em sintonia com a norma infra-constitucional do Art. 2º, Parágrafo Único da Lei 1060/50 acima transcrito. Isto se confirma pela leitura do dispositivo do Art. 134 da Constituição quando menciona que a

---

<sup>513</sup> Esse texto, consagrado há mais de cem anos em dispositivo do Decreto 2.457, de 1897, que considerava pobre “toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família”. Como já mencionado na seção anterior, equivale quase que textualmente ao conceito de “necessitado” previsto na Lei 1060/50.

<sup>514</sup> Era o seguinte o dispositivo constante do Código de Processo Civil de 1939: “Art. 68 – A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício da gratuidade...”

<sup>515</sup> É verdade que, no contexto primitivo do texto originário da Lei nº 1060/50, havia uma indicação do parâmetro de dois salários mínimos de rendimentos mensais como limite para outorga do “benefício” da assistência judiciária. O texto original do Art. 4º, § 1º, da Lei 1060/50 previa a necessidade de apresentação de “atestado de pobreza” passado pela autoridade policial ou pelo Prefeito Municipal, o que era dispensado se houvesse comprovação de que o requerente recebia quantia mensal inferior a dois salários mínimos. Mas não se pode negar que mesmo naquela época o sistema comportava uma razoável flexibilidade, sobretudo se comparado com outros sistemas vigentes em países considerados mais avançados, como a própria França e os Estados Unidos.

Defensoria Pública tem por incumbência a orientação e a defesa, em todos os graus, “dos necessitados, na forma do Art. 5º LXXIV”. Tendo em vista um certo sentido pejorativo que a palavra “necessitado” apresenta na linguagem comum, há quem proponha a sua substituição pela palavra “hipossuficiente”.

De qualquer modo, para a caracterização dessa condição de “necessitado” ou de “hipossuficiente” há de prevalecer a idéia consagrada já há mais de um século no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de que o universo dos possíveis “beneficiários” da assistência que deve ser prestada pelo Estado com vistas à facilitação do acesso à Justiça não é definido por tabelas fixas baseadas nos padrões de rendimentos auferidos pelo cidadão<sup>516</sup>. Há no conceito legal que define as condições de admissibilidade ao “benefício” da assistência jurídica, tanto judicial quanto extra-judicial, uma ampla margem de elasticidade que permite levar em conta todas as circunstâncias da situação econômica concreta da pessoa que pretenda ser contemplada com o “benefício” (*rectius*, que pretenda ver reconhecido seu direito), inclusive de sua família. Esse é um importante traço característico do modelo brasileiro de assistência jurídica. Assim, embora haja notícia de que algumas Defensorias Públicas de certos Estados da Federação adotam critérios de elegibilidade para o atendimento, com base no número de salários mínimos da renda familiar, esse critério fixo, pré-estabelecido de modo genérico, não encontra qualquer respaldo no atual ordenamento constitucional e infra-constitucional do país<sup>517</sup>.

Do mesmo modo, não há, em princípio, no direito brasileiro, nenhuma vedação peremptória relativa à outorga da assistência jurídica a pessoas que sejam titulares de bens patrimoniais, especialmente quando se trata de capitais improdutivos. Isto não quer dizer que a posse de bens patrimoniais não seja um

---

<sup>516</sup> Segundo Hélio Márcio Campo, “pouco importa, então, para alcançar o benefício, a renda da pessoa, eis que existem demandas cujos custos são altíssimos, e muito menos o valor buscado no pleito judicial, pois a lei não estabelece qualquer limite”. (Cf. CAMPO, Helio Marcio. *Assistência Jurídica Gratuita, Assistência Judiciária e Gratuidade de Justiça*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 59).

<sup>517</sup> O Estudo Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, lançado em 2004 pelo Ministério da Justiça, informa que as Defensorias Públicas de apenas nove dos Estados da Federação trabalham com os critérios flexíveis de elegibilidade para admissão de clientes. Em quatro Estados (Amapá, Piauí, Maranhão e Rondônia) o limite de renda familiar é fixado em dois salários mínimos. Outros quatro Estados (Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul) seguem como limite de renda familiar o teto de três salários mínimos. Acre e Tocantins aplicam o critério de renda de até quatro salários mínimos. Roraima aplica o critério de cinco salários mínimos, sendo que na Bahia e no Distrito Federal esse teto de renda para admissão de clientes atinge seis salários mínimos.

importante fator numa visão de conjunto para configurar ou não a condição jurídica de “necessitado”. Mas não há, de antemão, qualquer proibição legal para outorga da assistência jurídica estatal em favor de uma pessoa que seja titular de um acervo patrimonial, ainda que de maior de maior vulto, especialmente quando nas circunstâncias concretas não seja razoável (ou, às vezes, isso não seja nem mesmo possível<sup>518</sup>) exigir que tal pessoa se desfaça no todo ou em parte desse patrimônio para resguardar direitos próprios ou de sua família.

Por outro lado, ainda mais elástica tem sido a interpretação de alguns doutrinadores, que vislumbram nesse conceito de “necessitado” para fins de direito à assistência jurídica integral prestada pelo Estado não apenas a insuficiência de recursos econômicos. Assim, conforme ensinamento da Professora Ada Pellegrini Grinover,

“amplia-se o conceito (de assistência jurídica) para abranger os necessitados no plano jurídico, conquanto não o sejam no plano econômico. É o que ocorre com a defesa técnica criminal, necessária, tanto quanto o processo, para embasar qualquer condenação. O juiz penal não pode satisfazer-se com o contraditório meramente eventual, nem com uma defesa puramente formal. Há de aferir que as partes litiguem efetivamente em igualdade de condições, devendo o ofício da defesa ser tão bem estruturado quanto o da acusação, sob pena de, vulnerada a *‘par conditio’*, o acusado, ser considerado indefeso. Aqui não cabe indagar se há ricos ou pobres, mas apenas se há necessitados de defesa jurídica.”<sup>519</sup>

Mais ou menos nesse mesmo sentido, o processualista gaúcho Araken de Assis<sup>520</sup> afirma que o conceito de necessidade, utilizado no Art. 5º, LXXIV, da Constituição, ostenta sentido amplíssimo, e não se circunscreve, rigorosamente, à insuficiência de recursos econômicos. Ele menciona a expressão “carentes organizacionais”, que já fora anteriormente utilizada por Mauro Cappelletti para

<sup>518</sup> Um exemplo citado por Hélio Márcio Campo diz respeito ao caso concreto que pode ter sido vivenciado por milhares de brasileiros quando o ex-Presidente Collor decretou, por Medida Provisória, seu plano econômico que visava acabar com a inflação através do bloqueio dos recursos financeiros que ultrapassassem um acanhado limite de verba deixada livre à movimentação dos respectivos titulares. Muitas dessas pessoas, embora titulares de grandes somas em dinheiro, viram-se do dia para a noite numa situação de insuficiência de recursos para arcar com certas despesas judiciais e, por isso, não se lhes podia negar a outorga do “benefício” da assistência jurídica estatal. (Cf. CAMPO, Helio Márcio. Ob. Cit., p. 60).

<sup>519</sup> Conforme dito em palestra proferida no II Encontro de Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, em 15/05/1986, na cidade de Nova Friburgo. *Apud* MORAES, Humberto Peña de. A Assistência Judiciária Pública e os Mecanismos de acesso à justiça, no estado democrático. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Defensoria Pública, 1989, Ano 2, n.º 3, ago/set 1989, p. 85. Nessa mesma linha de idéias, ver o trabalho sob o título “Assistência Judiciária e Acesso à Justiça”, publicado pela Professora Ada Pellegrini no livro “Novas Tendências do Direito Processual”, pela Editora Forense Universitária.

designar essa ampla categoria de pessoas que, nas sociedades de massas contemporâneas, não podem ser excluídas da atenção do Estado no suprimento de suas necessidades de orientação e assistência para o pleno exercício de seus direitos de cidadania<sup>521</sup>.

Buscando uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, o Defensor Público carioca José Augusto Garcia invoca dispositivos não apenas do Código de Defesa do Consumidor, mas da própria Constituição Federal para respaldar seu entendimento de que o universo dos destinatários da assistência jurídica integral e gratuita a ser prestada pelo Estado, através da Defensoria Pública, não se reduz àqueles ostensivamente carentes de recursos econômicos, mas deve ser visto numa dimensão mais larga para abranger outras espécies de carências e necessidades que justifiquem a intervenção do Estado<sup>522</sup>.

Também não há que se falar de qualquer espécie de restrição à outorga da assistência jurídica com base na natureza da causa para a qual se pleiteia o “benefício”<sup>523</sup>. Mesmo que se trate, por exemplo, de uma ação de cobrança ou

---

<sup>520</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Benefício da Gratuidade*. In: *Ajuris*. Porto Alegre, XXV (73), jul/1998, p. 173.

<sup>521</sup> Recorremos, mais uma vez, à lição da Professora Ada Pellegrini Grinover que explica que os chamados carentes organizacionais são: “as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea. (...) Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinantes, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumidor, In: *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 116-117).

<sup>522</sup> Assim se expressou o Professor José Augusto Garcia: “(Ao lado da dessubjetivização da ordem jurídica), outro dado contemporâneo crucial para as nossas reflexões é o da pluralização do fenômeno da carência, para fins de uma tutela processual especial. Trata-se de assunto que tem interessado sobretudo o movimento do acesso à justiça, um movimento altamente inspirador para a Defensoria Pública, eis que empenhado ao máximo na efetivação dos direitos dos mais fracos, como deixa claro o suporte teórico do movimento. Por ‘mais fracos’, contudo, não se devem entender simplesmente os mais pobres do ponto de vista econômico financeiro. Em uma sociedade extremamente complexa como a atual melhor evitar os reducionismos. As carências contemporâneas são as mais díspares, não se podendo eleger um único modelo para fins de proteção, em detrimento das demais espécies. A idéia do acesso à justiça é a mais abrangente e generosa possível. Porfia-se para que todos aqueles que padecem de algum tipo de hipossuficiência, seja qual for a modalidade, possam ver concretizados os seus direitos, rejeitando-se exclusões. Além disso, quando se quer proteger grupos, resta inviável a análise da situação individual de fortuna de cada um dos integrantes do grupo.” (cf. GARCIA, José Augusto. “Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Pública”. In: *Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, Vol. I, Jul-Set/2002, p. 164).

<sup>523</sup> A própria lei prevê em certos casos, em razão da natureza da ação, a gratuidade de justiça, dispensando o autor de antecipar o pagamento das despesas processuais. Por exemplo, nas reclamações trabalhistas, o reclamante é dispensado de adiantar as custas do processo. Também na ação de alimentos, a lei 5478/68 já dispensava o credor de alimentos da observância das

execução de uma vultosa quantia em dinheiro, se o autor ou exequente não dispuser de condição financeira no momento da propositura da ação, poderá obter a gratuidade de Justiça e o patrocínio da Defensoria Pública. E, se ao final for vencedor na causa, em razão do princípio da sucumbência, nem se lhe poderá exigir que recolha aos cofres públicos os valores correspondentes às despesas de que ficou isento, pois nesse caso tal ônus caberá à parte vencida. Igualmente, ações que versem sobre bens patrimoniais, como por exemplo Inventário ou Usucapião, não apresentam, de antemão, qualquer obstáculo à outorga da gratuidade de Justiça e do patrocínio da Defensoria Pública, o que será aferido em função da real situação de disponibilidade financeira pessoal e familiar da parte interessada.

Ainda no que se refere às condições de admissão ao direito de assistência judiciária e da assistência jurídica, as características de flexibilidade e abertura ostentadas pelo sistema em vigor no Brasil permitem de modo razoável equacionar o problema enfrentado por outros países no que se refere à extensão do “benefício” a certas parcelas de cidadãos integrantes da classe média. Estes muitas vezes se vêm impedidos de efetivo acesso à Justiça devido à desproporção entre suas possibilidades financeiras e os dispêndios a serem feitos para ajuizamento de uma ação e, sobretudo, para certos atos de instrução probatória. Pelo modelo brasileiro, há possibilidade de outorga de gratuidade de justiça em caráter apenas parcial, de acordo com as circunstâncias econômicas específicas do requerente, e tendo em vista o valor da despesa processual a ser custeada pela parte. Assim, considerando-se que não há na lei um parâmetro fechado, rígido, de rendimentos mensais a serem levados em conta para fins de fruição da assistência jurídica em geral, nem da gratuidade de justiça em especial, diante das circunstâncias concretas será possível a outorga do “benefício”, ao menos em caráter parcial, para dispensa do recolhimento de despesas processuais cujo valor seja superior às possibilidades financeiras de determinado litigante, mesmo que este seja integrante da classe média.

---

formalidades exigidas à época para fruição do “benefício” da assistência judiciária (que envolvia obtenção de atestado de pobreza junto à autoridade policial ou municipal competente). Recentemente no Estado do Rio de Janeiro, a Assembléia Legislativa aprovou um projeto de lei que estabelece automaticamente a isenção de pagamento de custas no ajuizamento de ações de alimentos.

A possibilidade da outorga da gratuidade de justiça em caráter parcial decorre de uma interpretação já consolidada na doutrina e na jurisprudência nacional, com base no dispositivo do Art. 13, da Lei 1060/50<sup>524</sup>.

Outro aspecto peculiar do sistema brasileiro é a possibilidade de outorga da assistência jurídica sem qualquer tipo de restrição quanto à condição de nacionalidade da pessoa que pleiteia o “benefício”. Isto é o que estabelece o Art. 2º da Lei 1060/50 que, embora originariamente se referisse apenas ao “benefício” da gratuidade de justiça e da assistência judiciária, deve ser levado em conta para definição do universo mais amplo dos destinatários também da assistência jurídica integral prevista no atual regime constitucional. Assim, tanto os nacionais como os estrangeiros que residam no Brasil, e que sejam reconhecidamente necessitados na forma da lei têm assegurada a possibilidade de obter do Estado a assistência jurídica, judicial ou extra-judicial, para fazer valer seus direitos<sup>525</sup>.

Também no que se refere às condições de admissibilidade ao direito de assistência judiciária e jurídica integral, de acordo com majoritário entendimento da doutrina<sup>526</sup> e da jurisprudência<sup>527</sup> brasileira, não há, em princípio, qualquer vedação legal ou constitucional a que seja outorgado em favor de pessoas

---

<sup>524</sup> Eis o que estabelece o referido Art. 13, da Lei 10060/50: “Se o assistido puder atender, em parte, às despesas do processo, o juiz mandará pagar as custas, que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento”.

<sup>525</sup> No regime anterior à Lei 1060/50, tal como disposto no art. 70 do Código de Processo Civil de 1939, somente os estrangeiros residentes no Brasil, com filhos brasileiros, teriam a possibilidade de obter a assistência judiciária. Também se lhes era garantido o “benefício” nos casos em que a lei nacional de seu país de origem conferisse tratamento recíproco aos brasileiros residentes no respectivo país.

<sup>526</sup> Em artigo publicado na Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o Professor José Carlos Barbosa Moreira discorreu sobre esse ponto nos seguintes termos: “Há uma questão interessante que já foi objeto de decisões judiciais: podem pessoas jurídicas pleitear o “benefício”? A meu ver nada impede que o façam; nem se objete com o texto legal, que fala da ‘família’. Fala alternativamente, diz: é preciso que o interessado esteja numa situação econômica que não lhe permita custear o processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Não é preciso que as duas circunstâncias se cumulem; logo, o fato de a pessoa jurídica não ter família não impede que ela fique em dificuldades para prover à sua própria manutenção, e em tais condições não vejo nenhum obstáculo a que ela requeira e que se lhe conceda o benefício da gratuidade”. (“O Direito à Assistência Judiciária”. *In*: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Ano 4, Nº 5, 1991, p. 131-132.

<sup>527</sup> Até mesmo no caso de microempresas, ainda que naturalmente de fins lucrativos, tem sido reiteradas as decisões do Superior Tribunal de Justiça confirmando a possibilidade de fruição da gratuidade de justiça e da assistência judiciária. Podemos citar o RE nº 122.129RJ e o RE nº 200.597/RJ, ambos da 4ª Turma, tendo como Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, e o RE 143.515-RJ, que teve como relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. No que se refere pessoas jurídicas sem fins lucrativos, de caráter filantrópico, como se verá adiante, com mais razão se justifica a outorga do benefício, nos casos em que não seja possível obter fundos com os associados para custeio das despesas processuais, por serem eles mesmos pessoas necessitadas ou hipossuficientes.

jurídicas consideradas necessitadas. Há inclusive, como no caso do Estado do Rio de Janeiro, expressa previsão em sede constitucional admitindo essa hipótese<sup>528</sup>. Essa possibilidade se verifica ainda que se trate de pessoa jurídica com fins lucrativos, como por exemplo no caso de uma pequena empresa familiar, ou de um empresário que atue sob a modalidade de “firma individual”, cujo faturamento mensal não permita arcar com despesas processuais e honorários advocatícios sob pena de comprometimento da continuidade das atividades da empresa. Nesses casos, a concessão da assistência jurídica se impõe inclusive como um reflexo da proteção que deve merecer a(s) pessoa(s) física(s) que está(ão) “por trás” da pessoa jurídica. Com mais razão ainda, também não se pode deixar de reconhecer a possibilidade de outorga da assistência jurídica, seja judicial ou extra-judicial, às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, de caráter filantrópico, cujo patrimônio seja inteiramente dedicado ao cumprimento de suas finalidades institucionais e que não tenham disponibilidade financeira para custeio de despesas processuais a não ser com prejuízo do cumprimento de sua missão em prol do interesse público. Isto não ocorreria, no entanto, em casos de entidades meramente recreativas, como clubes sociais e agremiações culturais, cujas despesas poderiam vir a ser custeadas com aumento da contribuição cobrada de seus sócios. Já no caso de associações de moradores, quanto àquelas situadas em bairros tipicamente de classes economicamente menos favorecidas, entendemos que podem tranqüilamente obter o “benefício” da assistência jurídica, em ambas as modalidades, ou seja, para a assistência judicial e extra-judicial, inclusive com gratuidade de justiça para defesa em juízo dos interesses coletivos da comunidade de baixa-renda que representam. Isto porque seria extremamente oneroso obrigá-los a arrecadar recursos financeiros junto aos moradores, eles mesmos necessitados, para arcar com despesas processuais para a defesa dos interesses coletivos representados pela associação respectiva.

Uma última questão precisa ser enfrentada, ainda dentro deste tópico referente às condições outorga da gratuidade de justiça e da assistência judiciária em particular. Diz respeito à ausência de qualquer exigência legal, no sistema em vigor no Brasil, relativamente a prévio juízo de mérito acerca da “viabilidade” da causa a ser proposta na Justiça. Em muitos países, antes de ser deferido o

---

<sup>528</sup> Ver Art. 179, Inciso V, alínea “h”, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

“benefício” da assistência judiciária, é comum que se faça um juízo de valor acerca da relevância e das expectativas de êxito da causa: se for considerada inviável ou destituída de fundamento, haverá recusa da assistência judiciária. Esse critério adotado em outros países parece-nos um tanto ou quanto temerário, visto que na prática pode se traduzir em indevida violação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial. Há como que um “pré-julgamento”<sup>529</sup> da causa, para fins de deferimento ou não da assistência judiciária a qual, por sua vez, revela-se imprescindível para que a questão possa ser submetida ao crivo do órgão jurisdicional competente para proferir a decisão de mérito cabível. Por isso, consideramos que o critério adotado pelo modelo brasileiro no que se refere a este ponto específico é o mais apropriado.

De acordo com as normas legais vigentes no Brasil, somente em casos, digamos, “teratológicos” será possível ao Defensor Público recusar-se a prestar a assistência jurídica – e conseqüentemente deixar de propor medida judicial pretendida – que lhe seja solicitada por um cidadão que se qualifique pessoalmente como destinatário do serviço. Vale notar que, de acordo com o que dispõe o Art. 17 do Código de Processo Civil<sup>530</sup>, assim como é dever do Advogado recusar-se a patrocinar lides temerárias ou infundadas, também o Defensor Público está vinculado aos mesmos deveres ético-processuais. Mas tal juízo de valor deve ser feito de modo bastante parcimonioso para evitar que a

---

<sup>529</sup> A história registra uma tentativa de atrelar a concessão do “benefício” à viabilidade da causa. O anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939 trazia um dispositivo onde se cogitava a instituição no direito brasileiro desse controle prévio acerca do mérito da causa a ser interposta sob o benefício da gratuidade de justiça. Eis o que dizia o texto desse dispositivo: “Para que a parte goze do benefício de gratuidade deverá, antes de iniciada a lide ou no curso dela, alegar e provar, além dos requisitos previstos nos art. 57 a 59, que a ação que intentou ou pretende intentar, ou a defesa que opôs ou pretende opor, oferece probabilidade de êxito”. No entanto, como informa Pedro Batista Martins, vários juristas da época propuseram a supressão do referido artigo exatamente sob esse argumento de que “a observância do requisito implicava a pré-julgamento da questão”. (Cf. MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1960. p. 266) Desde então, no sistema brasileiro ficou consolidado o entendimento de que não cabe impor exigência de “viabilidade” da causa como pré-requisito para outorga da assistência judiciária ou da gratuidade de justiça.

<sup>530</sup> Diz o Art. 17: Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Essas regras se aplicam a todos os litigantes, estejam ou não sob o pálio da assistência judiciária ou da gratuidade de justiça. No que se refere especificamente ao inciso I, supra, naturalmente não se reputa de má-fé deduzir pretensão contra texto expresso de lei quando se alega a inconstitucionalidade ou injustiça manifesta da lei.

recusa do patrocínio da causa se traduza em indevida denegação de Justiça. Exatamente por isso, que a Lei Complementar nº 80/1994 reconhece aos Defensores Públicos a prerrogativa de “deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte”<sup>531</sup>, ficando, entretanto, obrigado a comunicar o fato ao Defensor Público-Geral, indicando por escrito as razões de seu proceder. Não bastará, para a recusa do patrocínio, a convicção do defensor público de que inexistam perspectivas razoáveis de êxito, ou de que o “custo” a ser suportado pelo Estado não se justifique diante do módico benefício econômico perseguido pela parte. É obrigação do Defensor Público, ainda que havendo chances mínimas de êxito, propor as medidas judiciais cabíveis. Somente estará dispensado de fazê-lo se tiver a convicção do não cabimento de qualquer medida ou de que as medidas em tese possíveis podem acabar se revelando contrárias aos interesses da parte.

### **5.3.2.**

#### **Abrangência do direito de assistência Judiciária e de assistência jurídica**

O campo de abrangência do direito de assistência judiciária, em particular, e de assistência jurídica em geral é o mais amplo possível. A idéia subjacente é a de dar plena efetividade ao princípio da isonomia jurídica, estabelecido na Constituição Federal, de modo que as desigualdades sociais e econômicas não sejam empecilho ao pleno exercício dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico a todos os brasileiros. Assim, em tese, todas as prestações relevantes de cunho jurídico ou judicial a que pode ter acesso uma pessoa com poder aquisitivo para pagar por tais serviços devem igualmente ser asseguradas pelo Estado – através da Defensoria Pública – aos necessitados. Também quanto a este ponto específico do campo de abrangência do “benefício” em tela, a principal referência normativa é o texto da Lei nº 1060/50 que, no seu artigo 2º, estabelece que sua aplicação atinge as esferas da Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Ou

---

<sup>531</sup> Cf. Art. 44, Inciso XII, quanto aos membros da Defensoria Pública da União, e Art. 128, Inciso

melhor, em qualquer área do universo jurídico é passível de ser concedida a assistência jurídica integral e gratuita, seja para patrocínio de interesses em juízo, seja para orientação e informação sobre situações pessoais de cunho jurídico enfrentadas pelo cidadão no seu cotidiano.

Outro dispositivo da mesma Lei nº 1060/50 que diz respeito à abrangência do direito em tela é o Art. 9º que estabelece que “os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias”. Assim, uma vez concedida a gratuidade de justiça, o “benefício” se estende automaticamente para todas as instâncias às quais seja necessário levar a questão, abrangendo inclusive a interposição de recursos, a propositura de ações incidentais, e ainda as medidas de execução judicial para tornar materialmente efetiva a prestação jurisdicional. Não há, pois, necessidade de novo procedimento formal para confirmar a gratuidade de justiça concedida, mesmo que a decisão quanto ao mérito da causa na primeira instância seja desfavorável ao beneficiário: ainda nesse caso, poderá manejar a via recursal, sem necessidade de demonstrar a viabilidade jurídica do recurso, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé por interposição de recursos com objetivo protelatório, tal como previsto no Art. 17, Inciso VII, do CPC, que é aplicável a todos os litigantes, estejam ou não sob o pálio da assistência judiciária. A revogação ou cassação do direito de gratuidade de justiça somente poderá ocorrer com base na ausência dos requisitos legais referentes à situação de hipossuficiência, ou seja, com a modificação do estado patrimonial do beneficiário, não havendo qualquer relação com a eventual fragilidade da tese jurídica que se pretenda sustentar em fase recursal.

Como já salientado acima, o que se entendia anteriormente como mero “benefício” da gratuidade de justiça e de assistência judiciária, circunscrito à isenção de despesas processuais e de honorários de advogado, adquiriu uma abrangência muito mais larga com a Constituição de 1988. De acordo com o novo regime constitucional passou a incluir também a consultoria e a orientação/aconselhamento<sup>532</sup> jurídico em geral, além de ações institucionais de

---

XII, quanto aos membros da Defensoria Pública dos Estados.

<sup>532</sup> Em artigo no qual disserta sobre o tema do acesso à Justiça, o Prof. Leonardo Greco chama a atenção para a importância dessa obrigação do Estado de assegurar ao cidadão a possibilidade de receber aconselhamento jurídico a respeito dos seus direitos. Como afirma o autor, “A consciência jurídica do homem comum, que deve ser adquirida na família e na escola, não é mais suficiente

educação para a cidadania e de luta pelo aprimoramento do sistema jurídico como um todo, mediante reformas legislativas e ações políticas voltadas para a melhoria das condições de vida das pessoas pobres. Assim, toda uma nova gama de serviços, como os que se classificam sob a denominação de advocacia preventiva, além da assistência para redação de contratos e atos jurídicos de um modo geral, a defesa de interesses em instância extra-judiciais, notadamente em processos administrativos perante órgãos públicos, e até mesmo processos de cunho disciplinar perante entidades para-estatais como as corporações profissionais diversas não podem ser excluídos do campo de abrangência da assistência jurídica integral e gratuita que é estabelecida pela Constituição como dever do Estado em prol dos necessitados ou hipossuficientes.

Os agentes estatais encarregados de prestar essa assistência jurídica integral, no caso os Defensores Públicos, devem planejar ações institucionais capazes de multiplicar os efeitos de sua atuação funcional, notadamente mediante um trabalho preventivo, como já citado acima. Muitas barreiras devem ser vencidas nesse esforço para que os serviços de assistência jurídica integral e gratuita sejam prestados de modo efetivo, com toda a abrangência que lhes é inerente. Dentre essas barreiras sobressai, em primeiro lugar, o total desconhecimento da população alvo a respeito da possibilidade de contar com essa assistência. Daí que, conforme propõe Augusto Tavares Rosa Maracini:

“compete ao prestador de assistência jurídica promover com certa periodicidade palestras para a população, ou orientações coletivas para pessoas com o mesmo tipo de problemas jurídicos. O uso dos meios de comunicação de massa, em especial o rádio e a televisão, muito poderia contribuir neste sentido, seja dedicando programas especificamente voltados para o esclarecimento e a informação da população, seja inserindo em novelas as explicações jurídicas corretas sobre temas de interesse geral da população”<sup>533</sup>

Pode-se dizer que essas várias frentes de atuação se traduzem inequivocamente em desdobramento e efetivação do que dispõem os princípios constitucionais da isonomia jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa,

---

para a tomada de decisões na vida diária das pessoas. Todas as pessoas mantêm complexas relações jurídicas com instituições financeiras, com fornecedores de bens e serviços, etc. Nessas relações, com frequência, os cidadãos têm de tomar decisões rápidas. O cidadão que tem meios procura um advogado particular para assessorá-lo. Ao pobre, o Estado deve assegurar o mesmo direito, com plenitude”. (Cf. o artigo “Acesso à Justiça”, publicado na Revista Jurídica da Unirondon, Nº 1, 2001, p. 19).

<sup>533</sup> MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Ob. Cit., p. 71.

do contraditório e, sobretudo, da inafastabilidade do controle judicial. Isto porque se o Estado se omite no seu dever de assegurar a prestação dos serviços de assistência judiciária e jurídica estará privando considerável parcela da população do efetivo acesso à Justiça, ou seja, inúmeras lesões ou ameaças de lesões de direitos ficarão à margem do controle jurisdicional<sup>534</sup>, acarretando grave risco de ruptura da ordem jurídica democrática.

A tendência que se tem verificado é no sentido de ampliar cada vez mais o campo de abrangência da assistência prestada pelo Estado em matéria jurídica, sendo deixada inclusive para segundo plano, em alguns casos, a obrigatoriedade de configuração do estado de miserabilidade ou necessidade econômica; privilegia-se um novo conceito de necessidade ou de carência em sentido jurídico, conforme já mencionado na seção anterior, quando tratamos das condições de admissibilidade ao “benefício” da assistência jurídica. Assim, por exemplo, na questões de competência dos Juizados Especiais Cíveis, a lei determina que o Estado deverá assegurar o funcionamento do serviço de assistência judiciária nos casos do Art. 9º, § 1º<sup>535</sup>, independentemente de qualquer ressalva quanto à situação econômico financeira das partes litigantes. Entendemos que, apesar da indicação de que a assistência judiciária será organizada “na forma de lei local”, o Estado somente pode arcar com o financiamento dessa assistência por intermédio da Defensoria Pública, que é o órgão constitucionalmente encarregado de fazê-

---

<sup>534</sup> O Art. 5º, Inciso XXXV, da Constituição Federal estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Ora, é a lei que exige pagamento de custas e taxas diversas para que as causas sejam submetidas aos órgãos jurisdicionais; e também é a lei, na maioria dos casos, que exige que a parte seja assistida em juízo por profissional dotado de capacidade postulatória, ou seja, por advogados. Daí que, se a lei não assegurar mecanismos capazes de dispensar o pagamento dessas despesas e de assegurar o patrocínio gratuito por quem detenha a capacidade postulatória, estará – por via indireta – criando barreiras impeditivas para que as ameaças ou lesões de direito sejam apreciadas pelo Poder Judiciário, o que se traduziria em manifesta inconstitucionalidade.

<sup>535</sup> Eis o que consta desse dispositivo legal: “Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local”. (grifamos). Veja que a expressão usada pelo legislador não foi “se necessitar” ou “se não tiver recursos suficientes para contratar advogado”, mas uma condição potestativa que independe do poder aquisitivo da parte, mas da mera circunstância de querer contar com a assistência técnica de profissional devidamente habilitado. Implicitamente a lei reconhece que a simples circunstância de estar no Juizado Especial litigando contra um opositor que está patrocinado por advogado, gera uma provável situação de “necessidade” para a outra parte, cujos interesses somente serão adequadamente resguardados se for assegurada a “igualdade de armas”, mediante outorga da assistência judiciária que, aqui, corresponde à designação de um Defensor Público para patrocinar a causa da parte desassistida por advogado.

lo<sup>536</sup>, embora nada impeça que entidades da sociedade civil atuem em caráter supletivo e voluntário na prestação desses serviços, vedado o recebimento de qualquer verba pública para esse propósito: ou seja, as verbas públicas devem necessariamente ser aplicadas na Defensoria Pública, até que esteja devidamente aparelhada. Só depois, se “sobrarem” recursos, poderá subsidiar outros tipos de organismos que atuem na prestação de assistência jurídica.

Outro campo de abrangência do direito de assistência jurídica garantida por lei que não se limita às condições financeiras da parte beneficiária é o do direito da criança e do adolescente de ter livre acesso à Defensoria Pública, na forma do Art. 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Igualmente em matérias que envolvem a prática de atos extra-judiciais, no âmbito do registro civil de pessoas naturais, a Lei nº 9534/97 estabeleceu a gratuidade para a lavratura do assento de nascimento e de óbito, inclusive com a expedição da respectiva certidão, independentemente de qualquer exigência de comprovação de pobreza ou estado de necessidade econômico-financeira.

---

<sup>536</sup> Nesse aspecto discordamos do entendimento manifestado por Leopoldo Muylaert que, no artigo “Assistência Jurídica Integral e Gratuita *versus* Atuação da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais Cíveis”, sustenta que “não se pode admitir ser a Defensoria Pública o órgão de assistência judiciária mencionado na Lei de Juizados Especiais, a não ser na hipótese em que o Requerente seja pessoa juridicamente necessitada. A redação do par. 2º, do artigo 9º, da Lei nº 9099/95, interpretado sistemática e teleologicamente, afasta sua incidência sobre a Defensoria Pública, mas deixa clara a possibilidade de instituição de órgão público de assistência judiciária junto aos Juizados, não excluindo, de outro lado, a possibilidade de que a vontade legislativa se supra por convênios com entidades estatais ou privadas – escritórios modelo de faculdades de Direito Pública e Privadas – cujos agentes, entretanto, deverão dispensar a cobrança de honorários advocatícios e aos quais não se aplicarão as prerrogativas pessoais dos membros da Defensoria Pública”. (*In*: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Ano 7, Nº 9, 1996, p. 210). Discordamos totalmente desse entendimento do referido autor pois entendemos que, de acordo com o modelo estabelecido pela Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, e somente a ela, como órgão estatal, a missão de prestar assistência jurídica aos “necessitados”, na forma da lei. Na verdade o que fez a lei 9099/95 foi estabelecer um conceito mais abrangente acerca de quem deve ser considerado “necessitado”, incluindo nessa categoria os usuários dos Juizados Especiais Cíveis, independentemente de sua situação econômico financeira, tudo com intenção de favorecer o efetivo acesso à Justiça, especialmente nesses casos em que muitas vezes o valor econômico dos interesses em litígio seria muito inferior ao que se gastaria com honorários de advogados. E o Estado quer criar condições favoráveis para evitar que esses “pequenos litígios” não fiquem à margem do sistema judicial alimentando uma sensação de falta de eficácia do Direito e da Justiça. Por isso, como disseram os professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco, “A função de Defensoria perante os Juizados Especiais é essencial à própria existência destes”.(CINTRA, Antônio Carlos de Araújo;

### 5.3.3

#### O procedimento para outorga da assistência judiciária e da assistência jurídica

Os trâmites procedimentais atualmente estabelecidos pela legislação brasileira para o reconhecimento do direito de assistência jurídica e judiciária prestada pelo Estado em favor das pessoas pobres, notadamente para a concessão de gratuidade de justiça, são extremamente simples: como se explicitará melhor adiante. Tal característica resulta do fato de a lei não estabelecer um limite pré-determinado de rendimentos, nem de acervo patrimonial, como requisito para admissibilidade ao “benefício”, também não exige, como regra, um procedimento formal prévio para sua outorga, bastando para tanto mera afirmação do postulante de que não possui condições financeiras para arcar com as despesas processuais e honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família. Essa afirmação vale como presunção legal, ainda que não tenha caráter absoluto, vez que admite-se prova em contrário. Mas o ônus da prova não é do postulante, em princípio. Esse critério para aferição da admissibilidade ao recurso revela-se bem menos oneroso do que o adotado em outros países, em que se instaura um procedimento administrativo prévio para apreciação do pedido de assistência judiciária e de gratuidade de justiça. Apesar dessa simplicidade do modelo brasileiro, tem se mostrado bastante eficaz quanto ao alcance dos objetivos e finalidades que justificam sua existência. Mas num passado recente o quadro não era tão favorável. O modelo de procedimento que está vigorando no presente é resultado de progressiva evolução dos textos legislativos aplicáveis à matéria, como informaremos abaixo.

Os primeiros dispositivos legais aplicáveis em âmbito nacional para disciplinar os procedimentos destinados à concessão da gratuidade de justiça e da assistência judiciária foram as normas do Código de Processo Civil de 1939 que, nos seus artigos 68 a 79, tratava da matéria. Antes de 1939, essa questão estava disciplinada nos Códigos de Processo Civil dos diversos Estados da Federação. As normas previstas no CPC de 1939 apresentavam caráter bastante restritivo e

impunham certas formalidades que muitas vezes se traduziam em pesados obstáculos, dificultando sobremaneira o exercício do direito à gratuidade de justiça.

A redação original da Lei nº 1060, de 05 de fevereiro de 1950, praticamente limitou-se a reproduzir as normas do CPC de 1939, com algumas poucas alterações. Assim, no texto primitivo da Lei nº 1060/50, constava a seguinte redação para o Art. 4º, e seus parágrafos:

“Art. 4º - A parte que pretender gozar dos benefícios da assistência judiciária requererá ao juiz competente que lho conceda, mencionando, na petição, o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios da família.

§ 1º - A petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo prefeito municipal.

§ 2º - Nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, o atestado da competência do prefeito poderá ser expedido por autoridade expressamente designada pelo mesmo.”

Não é difícil imaginar o constrangimento a que eram submetidas as partes que pretendiam usufruir do “benefício” da assistência judiciária quando viam-se na contingência de ter que promover medidas judiciais destinadas à reivindicação de seus direitos ou à defesa de seus interesses: a exigência de ter que ir à Delegacia de Polícia ou depender do favor do Prefeito para obter um atestado “de pobreza”<sup>537</sup> era extremamente humilhante.

Em 1968, com a Lei nº 5478, conhecida como Lei de Alimentos, foi estabelecida uma nova sistemática de comprovação de pobreza para fins de obtenção da gratuidade de justiça e da assistência judiciária que, entretanto, era aplicável apenas para as medidas judiciais relativas à cobrança de alimentos. Entretanto essa nova sistemática representou um marco que teve influência decisiva na evolução da matéria nos anos subseqüentes. De acordo com os

---

São Paulo, Malheiros, 2003, p. 222).

<sup>537</sup> A redação adotada pela Lei 1060/50 modificou a expressão “atestado de pobreza” empregada no texto do CPC de 1939, passando a referir-se a “atestado de que conste ser o requerente necessitado”, com o objetivo de evitar o tom estigmatizante inerente à denominação anteriormente utilizada, mesmo porque o espírito da lei, como visto acima, nunca foi o de contemplar apenas os absolutamente pobres, mas também aquelas pessoas que, embora tenham meios próprios para uma vida modesta e digna, poderiam vir a passar privações pessoais e familiares caso tivessem que arcar com despesas e custas de processos judiciais e honorários advocatícios. Apesar disso, na linguagem cotidiana, o documento continuava a ser conhecido pelo seu nome primeiro de “atestado de pobreza”.

dispositivos do Art. 1º, §§ 2º e 3º<sup>538</sup>, ficava dispensada a exigência de apresentação de atestado de pobreza, bastando para a outorga do “benefício” de isenção das despesas processuais a mera afirmação, por escrito, da condição de necessitado. Tal afirmação passava a ter efeito de presunção legal suficiente para garantir a concessão da gratuidade de justiça, embora esse efeito se produzisse apenas no âmbito das ações de alimentos. Essa mesma presunção foi estabelecida também na Lei de Registros Públicos, de 1973, como suficiente para obtenção de gratuidade em atos cartorários ligados ao registro civil de pessoas naturais<sup>539</sup>.

Em 1970 foi aprovada a Lei nº 5584 que no seu Artigo 14, § 1º, assegurava a assistência judiciária “a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. Em 1979, com a Lei nº 6654, a exigência de apresentação de “atestado de pobreza” passou a ser dispensável para aqueles que tivessem contrato empregatício registrado na Carteira de Trabalho. Isto ocorreu mediante o acréscimo do seguinte parágrafo ao artigo 4º da Lei 1060/50 supra mencionado:

“§ 3º - A apresentação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, devidamente legalizada, onde o Juiz verificará a necessidade da parte substituirá os atestados exigidos nos §§ 1º e 2º deste artigo”

Ainda no ano de 1979, a Lei nº 6707 veio trazer outra modificação na sistemática exigida para outorga do “benefício”, estabelecendo que o critério adotado pela Lei nº 5584/70 – que concedera automaticamente a gratuidade de justiça para todos os trabalhadores com renda inferior a dois salários mínimos, em causas trabalhistas – deveria ser aplicado indistintamente qualquer que fosse a natureza da causa. Assim, foi estabelecida nova redação do § 1º, da Lei nº 1060/50, nos termos seguintes:

“§ 1º - A petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será

---

<sup>538</sup> Eis o que consta desses dispositivos da Lei de Alimentos, ainda em vigor: “§ 2º - a parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, gozará do benefício da gratuidade, por simples afirmativa dessas condições perante o juiz, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. § 3º - presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição, nos termos desta Lei.”

<sup>539</sup> O Art. 30, § 2º, da Lei nº 6015/73, estabelece que “o estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso acompanhada da assinatura de 2 (duas) testemunhas.”

expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo prefeito municipal, sendo dispensado à vista de contrato de trabalho comprobatório de que o mesmo percebe salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal regional.”

Como informa Augusto Tavares Rosa Marcacini, essas emendas ao texto da Lei nº 1060/50 tornaram-na bastante confusa<sup>540</sup>. De qualquer modo, concordamos com esse autor no sentido de que a intenção do legislador não foi, como se poderia supor, a de criar um “teto” limite para outorga do “benefício”, fixado em dois salários mínimos. Pelo contrário, a idéia era a de fixar uma presunção de que até essa faixa salarial a outorga da assistência judiciária deveria ser automática, sem necessidade de provar a condição de necessitado. Acima desse valor continuavam valendo as regras antigas em que cabia ao Delegado de Polícia ou ao Prefeito Municipal fornecer “atestado de pobreza”.

Durante a década dos anos oitenta, o governo federal implantou um arrojado programa nacional voltado para a desburocratização dos procedimentos administrativos, com o objetivo de simplificar a vida dos cidadãos e evitar a prática de formalidades inúteis cuja observância não se justificava em termos de “custo-benefício”. Chegou inclusive a ser criado um Ministério Extraordinário da Desburocratização, cujo titular foi o Dr. Hélio Beltrão. Dentre as medidas adotadas no contexto desse programa federal uma delas foi a Lei nº 7115/83 que determinou a substituição do “atestado de pobreza” por mera declaração firmada pelo próprio interessado, sob as penas da lei, que seria presumida como verdadeira, tal como já fora determinado por lei no caso das ações de alimentos, acima referido. Para evitar qualquer conflito de interpretação relativamente às exigências constantes do texto do Art. 4º da Lei nº 1060/50, o Congresso Nacional aprovou em 1986 um projeto de lei que deu nova redação ao referido dispositivo que, sancionado pelo Presidente da República, veio a tornar-se a Lei nº 7510, de 04/07/1986. São essas, pois as regras atualmente em vigor que disciplinam o procedimento de outorga da gratuidade de justiça e da assistência judiciária:

“Art. 4º - A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação, na própria petição inicial<sup>541</sup>, de que não está em condições de pagar as

---

<sup>540</sup> Cf. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Ob. Cit. p. 97.

<sup>541</sup> Os autores salientam que essa expressão “petição inicial” não pode ter uma interpretação restritiva, visto que não apenas o autor, mas também o réu e terceiros intervenientes no processo poderão obter a gratuidade de justiça e a assistência judiciária, o que deverá ser requerido não propriamente na “petição inicial”, mas no momento em que ingressarem nos autos.

custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º - Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

§ 2º - A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.”

Há entendimento de que, embora não tenha havido menção expressa, a nova redação do Art. 4º teria provocado a derrogação do antigo § 3º por ser incompatível com a nova sistemática procedimental estabelecida pela Lei nº 7510/86<sup>542</sup>.

Em resumo, diante de toda essa evolução legislativa, temos que o sistema procedimental vigente no Brasil para outorga de gratuidade de justiça e assistência judiciária vem assumindo feições bastante simplificadas, o que indica o propósito do legislador de facilitar o acesso à Justiça para os pobres. Assim, uma vez firmada pela parte a declaração a que alude o Art. 4º, na atual redação da Lei nº 1060/50, deve o Juiz conceder automaticamente a gratuidade de justiça a qual somente poderá ser denegada se o magistrado tiver fundados elementos capazes de infirmar a presunção de carência estabelecida por lei.

Com a promulgação da Constituição de 1988, especialmente diante do texto constante do Art. 5º, Inciso LXXIV, que estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita “aos que comprovarem” insuficiência de recursos, houve quem entendesse que já não mais deveria subsistir a presunção legal de hipossuficiência prevista no Art. 4º da Lei nº 1060/50. Segundo esse ponto de vista, deveria ser exigido, caso a caso, que a parte comprovasse a condição de necessitado para fins de outorga do “benefício”. Todavia, a doutrina e a jurisprudência têm se firmado no sentido de conferir uma interpretação menos literal do dispositivo constitucional, inclusive com base no consagrado princípio do “não retrocesso”<sup>543</sup> das garantias constitucionais em matéria de direitos

<sup>542</sup> Embora o texto do § 3º, do Art. 4º, da Lei nº 1060/50 esteja mantido como ainda vigente na página da Internet da Presidência da República (conferir: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1060.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm)), em publicações de compilações legislativas disponíveis no mercado editorial (como por exemplo o Código de Processo Civil da Editora RT, com legislação complementar) tem sido omitido o referido parágrafo terceiro, o que denota o entendimento de que esteja revogado.

<sup>543</sup> O chamado “princípio do não retrocesso social” tem sido difundido na doutrina brasileira (especialmente os trabalhos do professor gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet) a partir da obra do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. No seu livro “Direito Constitucional” ele explica que tal princípio também tem sido designado de proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”, significando que os direitos sociais e econômicos, uma vez

fundamentais. Assim, já em 1990, com apenas dois anos de vigência da nova Constituição, o Professor José Carlos Barbosa Moreira<sup>544</sup> sustentava a tese de que não se podia admitir que a intenção do constituinte fosse a de restringir o direito assegurado pela Lei nº 1060/50. Pelo contrário, quis ampliá-lo, na medida em que empregou a expressão mais abrangente garantindo não apenas assistência judiciária, mas assistência jurídica integral e gratuita. Reforçando esse entendimento, temos por exemplo os dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da Constituição do Estado de São Paulo que expressamente admitem a mera declaração firmada pela parte como presunção de carência suficiente para outorga da assistência jurídica, seja ela judicial ou extra-judicial<sup>545</sup>. Há também decisões reiteradas dos Tribunais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo o seguinte acórdão de que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Assistência judiciária. Benefício postulado na inicial, que se fez acompanhar por declaração firmada pela autora. Inexigibilidade de outras providências. Não-revogação do art. 4º da Lei nº 1060/50 pelo disposto no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição. Precedentes. Recurso conhecido e provido. 1. Em princípio, a simples declaração firmada pela parte que requer o benefício da assistência judiciária, dizendo-se ‘pobre nos termos da lei’, desprovida de recursos para arcar com as despesas do processo e com o pagamento de honorários de advogado, é, na medida em que dotada de presunção *iuris tantum* de veracidade, suficiente à concessão do benefício legal.” (REsp. nº 38.124-0-RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ, vol. 57, p. 412)<sup>546</sup>

Há autores que interpretam que a exigência de comprovação de insuficiência de recursos seria aplicável não para a outorga da assistência judiciária e da

---

alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra, Almedina, 1993, p. 468). No caso do direito à assistência jurídica garantido pela constituição, esse princípio de interpretação constitucional parece aplicar-se para o fim de se estabelecer que a Carta de 1988 ao “exigir” comprovação de insuficiência de recursos não pretendeu anular os efeitos da presunção estabelecida pelo Art. 4º da Lei 1060/50. Assim, essa “comprovação” deverá ser feita mediante mera afirmação da parte, sem necessidade, em princípio de apresentar qualquer documento ou outro tipo de prova. A afirmação, sob as penas da lei, é a prova suficiente, de acordo com a Lei que já vigorava antes da Constituição e que – por se tratar de norma referente a um direito fundamental – deve ser interpretado como tendo sido recepcionada pelo novo regime constitucional sob pena de configurar um indevido retrocesso social.

<sup>544</sup> Em palestra proferida no dia 30/10/1990, cuja transcrição foi publicada na Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Ano 4, Nº 5, 1991, p. 122 e seguintes).

<sup>545</sup> Ver Art. 30, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>546</sup> No corpo do referido acórdão, o relator afirma que: “Inexiste razão, *data vênia*, em considerar-se o art. 4º da Lei nº 1060/50 não recepcionado pela vigente Constituição, apesar da imprecisa redação dada ao inciso LXXIV de seu art. 5º. Continua a fazer jus ao benefício da assistência judiciária a parte que simplesmente declare, nos termos da Lei, sujeitando-se à pena nela cominada

gratuidade de justiça, mas sim na fase anterior à propositura de medidas judiciais, quando do atendimento inicial pela Defensoria Pública, especificamente para a obtenção da assistência jurídica gratuita. Ou seja, caberia à Defensoria Pública estabelecer, previamente ao atendimento que presta aos que procuram o órgão, um procedimento próprio de controle para comprovação de que a parte que vem em demanda de seus serviços efetivamente é hipossuficientes<sup>547</sup>. Não nos parece ser essa a melhor interpretação do dispositivo constitucional. A evolução legislativa do sistema brasileiro estruturado para garantir às pessoas pobres igualdade de acesso aos direitos e à Justiça indica que há um propósito de desburocratizar e facilitar a prestação do serviço. Por isso, não há razão para que a Defensoria Pública crie exigências ou formalidades que não estão previstas em lei para fins de comprovação de insuficiência de recursos por parte daqueles que a procuram. A criação de rotinas e procedimentos para realização desse controle representaria um pesado ônus para a já precária estrutura dos órgãos de atuação da Defensoria Pública, cujo custo-benefício certamente não justifica esse dispêndio de recursos materiais e humanos<sup>548</sup>. A melhor interpretação, segundo nosso juízo, deve ser no sentido de dar credibilidade à declaração de carência prestada pelo postulante dos serviços, admitindo tal afirmação como suficiente para ensejar a atuação do Defensor Público na prestação dos serviços de assistência jurídica integral e gratuita, salvo naturalmente se o quadro fático ostensivamente levar a concluir de outra forma.

Esse mesmo tratamento deve ser aplicado pelo Juiz, especificamente no que se refere à decisão de admitir ou não que a parte possa litigar sob o pálio da

---

(pagamento até o décuplo das custas judiciais), se pobre, sem condições de arcar com as despesas do processo e honorários de advogado”.

<sup>547</sup> Esse é o entendimento de Helio Marcio Campo que afirma: “a comprovação da insuficiência de meios econômicos, exigida na Carta Maior, que deverá fazer o interessado, é para a obtenção da assistência jurídica gratuita, a qual, como gênero, abrange a judiciária, que é a espécie. Para alcançar o beneplácito da assistência jurídica e, por consequência, a judiciária, há a necessidade, primeiramente, de o postulante fazer prova da insuficiência de recursos junto ao órgão administrativo incumbido de prestá-las, que é, no caso, a Defensoria Pública, tal como se deduz do art. 134 da Constituição Federal.” (CAMPO, Hélio. Ob. Cit. p. 65).

<sup>548</sup> Nos Estados Unidos e na França, onde a lei exige um controle muito rigoroso relativamente à configuração dos requisitos necessários à obtenção da assistência jurídica, no que se refere em especial ao tento de rendimentos, foi possível observar a existência de todo um aparato burocrático para a triagem dos que procuram o serviço. A manutenção desse aparato burocrático (no caso os *Bureau d'Aide Juridictionnelle*, na França, e os setores administrativos das *Legal Aid Societies*, nos Estados Unidos) exigem dispêndio de escassos recursos financeiros que, não fosse a exigência de tantos controles, poderiam ser revertidos para o aprimoramento da atividade fim, que é a própria prestação dos serviços jurídicos.

gratuidade de justiça. Ou seja, somente pode o Juiz recusar de plano a concessão da gratuidade se houver ostensivos elementos indicando que a parte não é hipossuficiente. Neste caso, a decisão judicial deverá ser solidamente fundamentada. Do contrário, deverá o magistrado aguardar a citação e a resposta da parte contrária, que – se entender cabível – tem a prerrogativa de impugnar a gratuidade de justiça, conforme será melhor explicitado mais adiante. No caso de deferimento de plano do “benefício”, embora o Art. 5º, da Lei nº 1060/50 indique a necessidade de motivação, no nosso entendimento isto parece que se tornou totalmente dispensável, inclusive em razão da nova redação do *caput* do Art. 4º, que estabeleceu, usando tempo verbal no futuro do presente para expressar idéia de imperatividade, que a simples afirmação da condição de necessitado implicará no gozo dos “benefícios” da assistência judiciária (*rectius*, da gratuidade de justiça). Aqui se aplica o princípio de que a dúvida deve ser interpretada em favor do postulante, em prol de quem milita a presunção legal de veracidade de sua afirmação<sup>549</sup>. A decisão judicial, nesses casos, tem caráter declaratório e não constitutivo, em que pese o uso já consagrado do verbo “conceder” e do substantivo “benefício”. Na verdade, o juiz não “concede/defer o benefício da gratuidade de justiça”. Ele apenas “reconhece/declara” tal direito. É fato que essas expressões ainda não se incorporaram à linguagem forense, embora importem menos os termos e expressões utilizados do que os efeitos jurídicos concretos, que já são reconhecidos na doutrina e na jurisprudência.

Outro ponto que é preciso destacar consiste no fato de que a decisão do magistrado, acima referida, somente diz respeito à questão de âmbito judicial, ou seja, da isenção do pagamento das despesas inerentes ao processo, correspondente

---

<sup>549</sup> Como ensina Augusto Tavares Rosa Marcacini, “para que o juiz defira o pedido, nenhum procedimento mais é necessário, além do requerimento nos termos do Art. 4º da Lei. Não há necessidade de abrir vista à parte contrária, que pode, querendo, oferecer impugnação em apartado. A decisão que concede de plano a gratuidade pode ser dada de forma concisa, haja vista que a motivação será sempre a mesma, e decorre da Lei. Ao conceder, sucintamente, a gratuidade, implicitamente está o juiz a dizer que a pobreza é presumida ante a declaração prestada, e que não há motivos visíveis que a afastem. Desnecessário, assim, motivar longamente a concessão, não sendo de considerar-se nula a decisão que não o fizer. Pode o juiz denegar o benefício *ex officio*, independentemente da impugnação da parte contrária, se nos autos houver elementos suficientes para demonstrar a inexistência da situação de pobreza. (...) O benefício só pode ser denegado se houver prova inequívoca de que o postulante não se ajusta ao perfil do beneficiário da gratuidade. Tal prova em contrário pode decorrer das próprias afirmações da parte que requer o benefício. Porém se não se puder extrair dos autos plena certeza do descabimento do pedido de gratuidade, na dúvida, deve o Juiz conceder o benefício de plano, pois prevalece a presunção de veracidade da afirmação de pobreza.” (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Ob. Cit. p. 103).

à noção de “gratuidade de justiça”. No que se refere à admissibilidade de obtenção do patrocínio gratuito pelo membro da Defensoria Pública, ou por advogado, nenhuma ingerência possui o magistrado a respeito dessa matéria. Não pode o Juiz impedir que o Defensor Público assista, gratuitamente, uma parte à qual tenha sido denegada a gratuidade de justiça, assim como não pode obrigar<sup>550</sup> que o Defensor Público patrocine interesses de uma determinada parte que seja por este considerada inelegível para os serviços de assistência jurídica estatal pela Defensoria Pública<sup>551</sup>. Embora seja remota uma tal hipótese de divergência, se o Juiz discordar da recusa oposta pelo Defensor à nomeação feita para prestar assistência a alguma parte que tenha procurado o magistrado com o intuito de obter designação de profissional capacitado para assumir o patrocínio gratuito em causa judicial, restará ao magistrado oficial a administração superior da Defensoria Pública para que o órgão, no exercício de sua autonomia funcional e administrativa, avalie se a recusa do Defensor é ou não legítima. Isto porque não há qualquer vinculação funcional ou hierárquica entre Juiz e Defensor Público. Também não depende o Defensor Público de prévia autorização judicial para a prática de atos extra-judiciais com isenção das despesas cabíveis. Basta remeter expediente escrito ao oficial público (notário, oficial do registro público, etc) indicando o ato a ser praticado, e fazendo anexar a afirmação de carência da parte

---

<sup>550</sup> Diante do novo regime constitucional de 1988 que erigiu a Defensoria Pública como órgão do Estado, que – por sua própria natureza – é dotado de autonomia funcional e administrativa, entendemos que é preciso adaptar ao novo contexto a interpretação da norma do Art. 5º, § 1º, da Lei nº 1060/50, que estabelece que, deferido o pedido de assistência judiciária, “o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado”. Nesses casos, o verbo “determinar” parece inadequado, pois somente seria razoável se houvesse algum vínculo hierárquico entre a Defensoria e o Judiciário. Na prática, repita-se, a hipótese de recusa da Defensoria Pública em patrocinar uma parte que tenha sido encaminhada pelo Juiz é remota, pois há uma probabilidade de que o magistrado tenha sido criterioso na averiguação de admissibilidade do postulante ao direito de assistência jurídica gratuita. Por isso, somente nos casos em que a Defensoria Pública tiver ostensivos indicadores de que o postulante não satisfaz os requisitos legais para obter o patrocínio gratuito, poderá recusar-se a prestar-lhe assistência. Mas, de qualquer modo, o verbo usado no dispositivo legal acima transcrito parece-nos impróprio, pois denota uma vinculação hierárquica que não se coaduna com o sistema constitucional e legal em vigor no país.

<sup>551</sup> Neste sentido, discordamos, em parte, de Augusto Tavares Rosa Marcacini que afirma que “embora possa o magistrado determinar aos órgãos prestadores do serviço que seja indicado advogado para patrocinar a parte carente, a inversa não é verdadeira: não tem o juiz poder para indeferir a assistência judiciária, ou seja, proibir o patrocínio gratuito pelo agente prestador do serviço. A questão a ser decidida pelo juiz, portanto, diz respeito tão-somente à concessão dos benefícios da justiça gratuita”. (Ob. Cit. p. 32) Reiteramos a convicção de que nem num caso nem noutro pode o juiz “determinar” à Defensoria Pública como agir, seja obrigando ou proibindo que o órgão assumo o patrocínio de uma determinada causa.

beneficiária. Se o oficial público tiver alguma objeção a fazer, poderá suscitar dúvida, mediante procedimento próprio previsto em lei<sup>552</sup>, cabendo então a intervenção do magistrado para dirimir o conflito.

Uma questão que tem se revelado bastante polêmica na doutrina diz respeito à natureza jurídica da decisão judicial que dispõe sobre o pedido de gratuidade de justiça, e em consequência, do recurso cabível. A leitura do dispositivo do Art. 17, da Lei nº 1060/50, leva à conclusão de que tanto o deferimento quanto o indeferimento do pedido teriam a natureza de sentença, já que o recurso cabível para modificar tal decisão judicial seria a apelação. Todavia, parece necessário um esforço interpretativo, numa visão de conjunto da questão e numa perspectiva teleológica<sup>553</sup>. Assim, na hipótese em que a decisão que conceder o “benefício” da gratuidade de justiça tiver sido proferida de plano, no recebimento da inicial ou em decisão proferida a requerimento de qualquer das partes no curso da ação principal<sup>554</sup>, terá evidente natureza de mera decisão interlocutória, razão pela qual entendemos que o eventual recurso cabível deveria ser o de agravo de instrumento<sup>555</sup>. Nestes casos, porém, se a parte contrária não concordar com a

---

<sup>552</sup> No Estado do Rio de Janeiro a Lei nº 3350/99 – que rege o funcionamento dos serviços cartorários – reconhece expressamente o direito de gratuidade “às pessoas necessitadas” quando estiverem assistidas pela Defensoria Pública. Essa lei prevê, igualmente, no seu Art. 38, § 1º, que os registradores e notários podem opor-se à isenção de emolumentos pretendida. Neste caso, dentro do prazo de 72 horas da apresentação do requerimento, devem suscitar dúvida a ser dirimida pelo Juiz de Direito que, ouvida a parte, devidamente representada pelo Defensor Público, decidirá se a gratuidade deve ou não ser concedida.

<sup>553</sup> Na origem dessa polêmica estava a preocupação do legislador de adaptar o texto da Lei nº 1060/50 aos novos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, e de garantir efeito suspensivo às decisões judiciais que deliberem sobre o “benefício” da gratuidade de justiça. Assim, pelo regime anterior a 1973, o recurso cabível era o de “agravo de petição”. Já na sistemática do novo código, considerando que o recurso àquele equivalente, ou seja, o “agravo de instrumento”, não é dotado de efeito suspensivo, o legislador estabeleceu a “apelação” como recurso cabível nas decisões sobre gratuidade de justiça e assistência judiciária. Entretanto, se o problema foi equacionado sob uma das perspectivas, ficou capenga sob a outra, já que o mesmo CPC de 1973 estabeleceu a apelação como recurso cabível apenas das sentenças, que são decisões terminativas do processo, na forma do Art. 162, § 1º. E, via de regra, tanto a decisão que indefere quanto, sobretudo, a que defere a gratuidade de justiça não põem termo ao processo. Por isso, não há como admitir que tenham natureza de sentença, sendo injustificável que o recurso interposto contra tais decisões seja a apelação.

<sup>554</sup> Embora o Art. 6º da Lei 1060/50 estabeleça que o pedido de gratuidade de justiça formulado no curso da ação deva ser autuado em separado, na prática o que se tem visto é que o pedido normalmente é formulado no próprio corpo da contestação, quando o réu é que pretende usufruir do “benefício”, ou mediante petição juntada aos próprios autos da ação principal, nos demais casos. Nessas hipóteses, se o juiz deferir de plano o “benefício”, não cabe à parte contrária interpor recurso, mas tão somente a prerrogativa da impugnar tal decisão mediante incidente processual pertinente.

<sup>555</sup> A hipótese de recurso neste caso será, na verdade, remotíssima. Somente o autor teria legitimidade para tanto, mas não terá interesse visto que a decisão lhe terá sido favorável. Apenas no caso em que a decisão judicial concedesse gratuidade de justiça em caráter parcial poderia se

decisão judicial, o melhor caminho a seguir não é o de interpor um recurso, mas sim de suscitar o incidente processual de impugnação à gratuidade de justiça, na forma do Art. 7º da referida Lei<sup>556</sup>. O recurso de apelação somente seria cabível na hipótese de indeferimento de plano do pedido de gratuidade feito pelo autor. Por sua vez, se o juiz indeferir, de plano, o pedido de gratuidade feito pelo réu caberá interposição de agravo de instrumento. Já na hipótese em que a decisão, tanto a de deferimento quanto a de indeferimento, tenha sido proferida em incidente processual de impugnação à gratuidade de justiça cuja tramitação tenha se dado em autos apartados, aí sim poderá caber apelação. Esse tem sido, normalmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto.<sup>557</sup>

De qualquer modo, nos casos acima em que foi mencionada a pertinência de interposição do recurso de agravo de instrumento (ao invés da apelação, tal como previsto literalmente na Lei) parece inequívoco que uma interpretação teleológica e sistemática exigem que ao agravo seja atribuído efeito suspensivo, de modo a permitir que o curso da ação principal tenha prosseguimento regular, com dispensa do pagamento das despesas processuais pela parte que esteja pleiteando a gratuidade de justiça. Aliás, como ensina Marcacini<sup>558</sup>, não se cogita propriamente

---

configurar interesse do autor de mover recurso, o que deveria ser feito por agravo de instrumento, de modo a não interromper o curso regular do processo principal.

<sup>556</sup> Pois se a parte contrária desde logo interpuser recurso, antes de oferecer impugnação à gratuidade de justiça, na prática estará suprimindo um grau de jurisdição, visto que – por ter sido o caso de deferimento de plano do benefício – não teve oportunidade de apresentar seus argumentos ao juiz de primeira instância, com o propósito de elidir a presunção legal em favor da parte autora.

<sup>557</sup> Segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o recurso de Agravo de Instrumento é o cabível quando se deseja atacar a decisão de concessão ou não, de plano, de assistência judiciária, nos autos principais (Cf. REsp. 195.084-PB, julgado em 16/03/1999, Rel. Min. Fernando Gonçalves). Caberá, todavia, Apelação nos casos em que a decisão que denega o benefício tenha sido proferida em autos apartados (Cf. REsp. 142.946-SP, julgado em 05/04/1999, Rel. Min. Eduardo Ribeiro). A situação se torna preocupante pois, conforme anota Augusto Marcacini, muitos tribunais não têm aplicado o princípio da fungibilidade (cf. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Ob. Cit., p. 110).

<sup>558</sup> “Não podemos deixar de mencionar que, ao falar-se em efeito suspensivo do recurso, para sustar o pagamento das custas até decisão do incidente, tal expressão não deixa de assumir um significado impróprio. Quando se fala em efeito suspensivo, queremos nos referir à aptidão do recurso para suspender “toda a eficácia da decisão”. Tratando-se de decisão que negou o benefício, que deixou de conceder a gratuidade, o que há para suspender? Ora, em quaisquer outras situações análogas em que há uma decisão de indeferimento de alguma pretensão, o efeito suspensivo do recurso não significa que se possa obter aquilo que foi negado pelo juiz. Ao suspender a eficácia da decisão, o recurso apenas permite que a situação se mantenha como até então estava. Pensamos, mesmo, que a não-exigência do recolhimento de custas, até o julgamento definitivo da questão, se dá muito mais em cumprimento das garantias constitucionais do que em decorrência dos efeitos que tenha o recurso. Ou seja, sendo decorrente de garantias constitucionais, e dadas as suas peculiaridades, a gratuidade só pode ser denegada quando a questão estiver preclusa. Se do indeferimento houver interposição de recurso, a parte deve gozar do benefício até julgamento final

de atribuição de efeitos suspensivos ao recurso, mas sobretudo de respeito às garantias constitucionais e de eficácia da presunção legal de carência econômica, decorrente da mera declaração firmada pelo postulante ao “benefício” da gratuidade.

No que se refere ao momento em que pode ser formulado o pedido de gratuidade de justiça, não há qualquer limitação estabelecida na Lei. Normalmente, o autor deverá pleitear o reconhecimento do direito à isenção das despesas processuais quando do ajuizamento da causa, no próprio corpo da petição inicial. Quanto ao réu, poderá normalmente pleitear seu direito no próprio corpo da peça de resposta, sendo recomendável, porém, no caso de patrocínio pela Defensoria Pública, que se informe por escrito nos autos, no mais breve prazo possível após a citação, que pretende se valer dos benefícios da gratuidade de justiça. Essa providência permitirá também que o cartório possa observar a garantia legal do prazo em dobro aplicável na espécie. Mas nada impede que o “benefício” seja solicitado em momento posterior, em qualquer fase de andamento do feito antes que seja proferida decisão terminativa com trânsito em julgado, isto na hipótese em que o estado de miserabilidade jurídica seja superveniente. Mesmo quando se formular o pedido de gratuidade no curso da ação, consideramos que não mais se justifica a aplicação da regra procedimental do Art. 6º, da Lei nº 1060/50, que determinava a autuação em separado da petição em que fosse pleiteado o benefício. Tem prevalecido o entendimento de que a petição deve ser juntada ao processo principal, sendo que apenas em caso de impugnação oferecida pela parte contrária deverá haver autuação em apartado, instaurando-se um procedimento incidental paralelo para permitir a plena observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, sem prejudicar a marcha do processo principal. Também é possível que qualquer das partes formule requerimento de gratuidade especificamente para a prática de determinado ato processual cujo custo seja mais elevado, ultrapassando a disponibilidade econômico-financeira de quem seria responsável pelo respectivo pagamento. Neste caso basta mera petição nos autos da ação principal, decidindo de plano o juiz.

#### 5.3.4.

### Revogação e cassação do direito à assistência judiciária e à assistência jurídica

A decisão judicial que reconhece à parte o direito de litigar sem obrigação de pagamento antecipado das despesas inerentes ao processo pode ser revista a qualquer tempo. Seja em virtude da comprovação de que houve falsidade nas declarações ou nas provas apresentadas para respaldar a concessão do “benefício”, seja em razão da mudança de fortuna superveniente, em que a parte venha a ser contemplada com melhoria significativa de sua situação econômico-financeira, em ambos os casos, devido à ausência ou à perda da condição legal necessária para admissibilidade à assistência judiciária prestada pelo Estado, poderá haver cassação ou revogação do “benefício”.

Essa decisão pode ser tomada *ex officio* pelo Juiz da causa, na forma do Art. 8º, da Lei nº 1060/50, quando as circunstâncias trouxerem aos autos sinais evidentes de que o “benefício” deve ser suprimido, ou que jamais deveria ter sido concedido. Também a parte adversa pode, na forma do Art. 7º, da mesma Lei, a qualquer tempo, instaurar procedimento incidental de “impugnação à gratuidade de justiça”, mediante petição fundamentada, dirigida ao Juiz, a ser autuada em apartado. No caso de revogação do “benefício” por “desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão”, os efeitos da decisão judicial serão *ex nunc*, ou seja, não retroativos<sup>559</sup>. Já em caso de cassação do “benefício” quando se constatar que jamais existiram tais requisitos, os efeitos serão *ex tunc*, ou seja, retroativos.

Quando houver sido instaurada a impugnação à gratuidade de justiça, é do impugnante o ônus da prova de que não se fazem presentes os requisitos necessários à concessão da gratuidade de justiça. Embora não haja dispositivo expresso, é consenso na doutrina e na jurisprudência que, em regra, somente quem

---

Rosa. Ob. Cit., p. 110).

<sup>559</sup> Em se tratando de revogação do “benefício” da gratuidade de justiça decorrente de melhoria de fortuna do beneficiário, caso a decisão final na ação principal lhe seja desfavorável, devido ao princípio da sucumbência, será possível exigir que faça o pagamento de todas as despesas de que ficara isento na fase anterior à revogação, com base no que dispõe o Art. 12, da Lei nº 1060/50, produzindo-se efeitos retroativos apenas nessa hipótese.

seja parte no respectivo processo principal tem legitimidade para impugnar a gratuidade de justiça.

Embora não haja previsão expressa do rito procedimental a ser observado, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa não podem ser ignorados na tramitação de incidente de impugnação à gratuidade de justiça. Assim, nesse caso, não pode o juiz decidir de plano: há que abrir oportunidade para manifestação do impugnado em prazo razoável, no mínimo de cinco dias, na forma do Art. 185 do Código de Processo Civil. Se necessária produção de prova oral, deverá o juiz designar audiência de instrução especialmente para esse fim.

A decisão que julgar improcedente a impugnação à gratuidade de justiça faz coisa julgada, se não houver interposição de recurso, quanto aos fatos alegados pelo impugnante. Isto não impede, todavia, que com base em outros fatos, desconhecidos no momento em que foi suscitada a impugnação, venha a ser novamente requerida a revogação ou a cassação da gratuidade de justiça, instaurando-se para tanto novo procedimento de impugnação cuja petição será também autuada em apartado, em apenso aos autos principais. Também subsiste a possibilidade de o juiz, de ofício, revogar ou cassar o “benefício”, desde que o faça com base em fatos diversos daqueles já apreciados em impugnação previamente decidida.

Por sua vez, mesmo depois de encerrada a causa principal, na forma do Art. 12 da Lei nº 1060/50, se dentro do prazo de cinco anos sobrevier mudança de fortuna em prol do beneficiário da gratuidade de justiça, na hipótese em que este tenha sido sucumbente, poderá o Estado cobrar as despesas processuais de que tenha ficado isento. Outrossim, se provada a fraude ou erro na concessão do “benefício”, mesmo já encerrada a causa principal, será possível ajuizar procedimento judicial específico com o propósito de ver declarada a cassação da gratuidade concedida, de modo que os interessados, incluído o Estado, possam cobrar os valores que tenham deixado de ser pagos pela parte indevidamente contemplada com a assistência judiciária.

No que se refere à assistência jurídica extra-judicial prestada pela Defensoria Pública, assim como não há na Lei nenhum procedimento específico exigido para admissibilidade à fruição desse direito, também não há exigência procedimental para o caso em que o Defensor decida interromper o atendimento em razão da mudança abrupta da situação econômica patrimonial do seu assistido.

Nesses casos, o cliente deve ser orientado a procurar um advogado particular, para prosseguir na defesa extra-judicial (no encaminhamento de alguma questão perante instâncias administrativas, por exemplo) na orientação e aconselhamento jurídicos que se fizerem necessários.

### **5.3.5.**

#### **Os Efeitos da assistência judiciária e da assistência jurídica**

##### **5.3.5.1**

#### **A orientação, aconselhamento e o patrocínio gratuito da causa por profissional habilitado**

Dentre os efeitos decorrentes do reconhecimento do direito de obter do Estado a assistência jurídica de caráter integral e gratuita, um dos principais é a prerrogativa de contar com o auxílio de profissional jurídico devidamente habilitado que será encarregado de prestar toda uma gama de serviços que vão desde a consultoria e informação sobre questões de direito até o patrocínio em juízo dos interesses da respectiva parte que seja considerada necessitada, na forma da lei. Esse serviço é prestado em caráter totalmente gratuito. Não é possível a exigência do pagamento de nenhuma espécie de taxa administrativa. No modelo estabelecido pela Constituição de 1988<sup>560</sup>, cabe ao Estado criar e manter a Defensoria Pública que é o órgão público encarregado especificamente de propiciar a designação desses profissionais jurídicos, denominados Defensores Públicos, os quais serão encarregados da prestação da assistência jurídica quando necessária.

Assim, a regra geral no direito brasileiro é de que o Estado tem a obrigação de manter em funcionamento um serviço permanente para que as pessoas que fazem jus à assistência jurídica integral, e especificamente à

---

<sup>560</sup> Embora esse modelo de assistência jurídica por intermédio da Defensoria Pública tenha se consolidado na Constituição de 1988, como visto na parte inicial deste capítulo, é fruto de longo amadurecimento e evolução histórica na tradição jurídica de nosso país.

assistência judiciária, tenham a sua disposição, sempre que necessário, um Defensor Público capacitado para lhes prestar o devido auxílio em Juízo ou fora dele. O ordenamento jurídico assegura ainda que, em caso de falta ou deficiência desse serviço público, atuará em caráter suplementar um advogado privado designado pela Ordem dos Advogados ou, eventualmente, pelo próprio Juiz da causa<sup>561</sup>. Neste caso, a lei impõe ao Estado a obrigação de pagar honorários advocatícios ao profissional liberal que tiver atuado em substituição ao Defensor Público. Cabe salientar que essa hipótese não se configura propriamente uma “alternativa” de que dispõe o Estado para assegurar a prestação da assistência jurídica e judiciária, esquivando-se da obrigação de criar e manter a Defensoria Pública. Conforme ensina o advogado e professor Paulo Luiz Neto Lobo, um dos mentores do anteprojeto de lei que acabou resultando na atual Lei 8906/94 que é o Estatuto da Advocacia e da OAB, o propósito dessa imposição legal de pagamento de honorários é o de estabelecer uma espécie de “punição” ao Estado por sua omissão na prestação do serviço que seria de sua responsabilidade<sup>562</sup>.

A modalidade ordinária de designação do profissional jurídico, no caso, o Defensor Público, a ser encarregado de prestar a assistência jurídica tem sido objeto de críticas<sup>563</sup> em razão do fato de que não permite a livre escolha do

---

<sup>561</sup> Essa possibilidade de nomeação de advogado dativo pelo juiz da causa, em nossa opinião, deveria ser banida do sistema jurídico brasileiro, em razão de sérias questões de fundo que comprometem seriamente aspectos éticos relativos à prestação jurisdicional. Já tivemos oportunidade de refletir sobre esse ponto quando do estudo do sistema norte-americano de assistência judiciária, havendo naquele país recomendação expressa no sentido de que seja evitada essa modalidade de designação de advogado, cuja indicação deve se dar sempre por critérios objetivos fixados em norma própria (seria, por simetria com a situação aplicável aos juizes, uma espécie de teoria do “Defensor Natural”). Em caso de necessidade, a nomeação deveria ser feita sempre por um agente estranho à relação processual (uma autoridade administrativa, por exemplo). Com efeito, se o próprio juiz da causa tiver o poder (ou o ônus, dependendo do ponto de vista) para nomear o advogado dativo essa situação pode ser causa de muitos inconvenientes. Em primeiro lugar para a imparcialidade do juiz que ficará como que “devendo favor” ao advogado que aceitou o encargo. Também na perspectiva do advogado que, eventualmente, mesmo sem achar que está em plenas condições de prestar o serviço nas circunstâncias do caso concreto, se sentirá “desconfortável” de recusar a designação feita pelo juiz. Finalmente, na perspectiva da parte assistida, corre o risco de ter um atendimento deficiente, por conta do quadro acima descrito.

<sup>562</sup> Eis o que diz o Prof. Paulo Lobo: “O pagamento de honorários, além de universalizar o princípio da remuneração a qualquer trabalho humano, não caritativo ou filantrópico, serve como sanção pecuniária ao descumprimento pelo Estado do dever constitucional de garantir a Defensoria Pública aos necessitados.” (LOBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2ª ed. Brasília, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 114).

<sup>563</sup> Leonardo Grecco, em artigo publicado na Revista Jurídica da Unirondon, menciona que o processualista italiano Piero Calamandrei, na sua famosa obra “Processo e Democracia” sustentava que o pobre deveria ter a mesma liberdade de escolha do advogado que tem aquele que paga a remuneração do seu patrono. (GRECO, Leonardo. “O Acesso ao Direito e à Justiça” In: Revista Jurídica da Unirondon. Nº 1, 2001, p. 24).

advogado pela parte, comprometendo o estabelecimento do vínculo de confiança considerado de fundamental importância na relação entre o advogado e o cliente. Essa crítica está marcada por uma perspectiva tipicamente liberal, tendo como pressuposto o entendimento de que deve ser prestigiado de modo quase absoluto o livre arbítrio e a autonomia do indivíduo, reconhecendo-lhe capacidade para escolher o melhor para si. Há uma presunção de que o simples fato de deixar ao arbítrio do indivíduo a prerrogativa da escolha do seu advogado, fatalmente se alcançará o maior bem. Isto, no nosso entender, não é totalmente verdadeiro. Mesmo porque a grande maioria dos destinatários da assistência jurídica e judiciária prestada pelo Estado não possui as mínimas condições fáticas para exercer de modo efetivo a liberdade de escolha do melhor profissional capaz de lhes prestar os serviços jurídicos necessários. Por isso lhes é quase que indiferente se terão um advogado de sua livre escolha, ou se terão um advogado previamente assinalado, em função de critérios objetivos da divisão funcional adotada pela Defensoria Pública<sup>564</sup>. O mais importante é a qualidade do serviço a ser prestado. É certo que não se pode negar uma visão paternalista nesta última perspectiva, que se apresenta como alternativa à perspectiva de cunho liberal. Mas o fato é que certamente essa opção do ordenamento jurídico brasileiro pelo modelo de “advogados” públicos, sem admitir a possibilidade de livre escolha pelo destinatário do serviço, não foi feita tanto com amparo em perspectivas ideológicas, mas sobretudo em perspectivas pragmáticas, de busca de melhores resultados em termos de “custo-benefício”<sup>565</sup> e de otimização na prestação do serviço, e também em razão de uma realidade que já possuía raízes históricas consolidadas na realidade brasileira. Além do mais, essa é a regra geral inerente à lógica do serviço público em âmbito mundial: por exemplo, se o cidadão procura

---

<sup>564</sup> Como ensina Rogério Devisate, “o defensor público integra uma instituição que obedece, pelo próprio princípio constitucional da impessoalidade, à “teoria do defensor natural”, assemelhada à teoria do “juiz natural”, sendo, portanto, proibido ao interessado escolher o defensor que gostaria que o defendesse como também não lhe é permitido escolher o juiz que gostaria que o julgasse.” (Cf. DEVISATE, Rogério dos Reis. “*Categorização: um ensaio sobre a Defensoria Pública*”. In: “Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Ano 15, Nº 19, 2004, p. 372)

<sup>565</sup> Seria extremamente oneroso para o Estado se tivesse que pagar, na base do caso-a-caso, os serviços jurídicos prestados por um Defensor Público. Mesmo na ausência de pesquisas empíricas capazes de demonstrar cientificamente essa assertiva, a experiência dos que acompanham o dia-a-dia da vida forense, é eloquente na indicação de que se o Defensor Público fosse remunerado na base de cada ato processual, ou de cada causa que patrocina, mesmo tomando por base a tabela mínima de honorários indicada pela Ordem dos Advogados, os salários devidos a esses profissionais seriam muito superiores ao que o poder público efetivamente lhes paga.

um hospital público não tem a faculdade de escolher livremente o médico que lhe prestará assistência.

Um certo traço de flexibilidade existente no modelo brasileiro, no que se refere à faculdade de escolha do advogado que patrocinará a causa, decorre do fato de que não existe um “monopólio” da Defensoria Pública na prestação de assistência jurídica em geral, e da assistência judiciária em particular. Isto porque, também seguindo uma tradição inerente à dimensão humanitária e solidária que deve caracterizar o exercício da advocacia privada, a Lei não nega, em princípio, os benefícios da gratuidade de justiça à parte que decida buscar assistência fora do órgão público especificamente encarregado de prestar esse serviço. Em tal situação lhe é permitido que escolha livremente seu advogado dentre os profissionais liberais regularmente inscritos na OAB. Nesses casos, todavia, não se impõe ao poder público o ônus de pagar os respectivos honorários do advogado que aceitar o patrocínio da causa, embora – se houver firme perspectiva de êxito na demanda – seja provável que o advogado procurado pela parte aceite e até mesmo demonstre particular interesse em prestar seus serviços sem cobrar previamente seus honorários, contendando-se com a perspectiva de vir a receber honorários de sucumbência, havendo ainda a possibilidade de firmar contrato para recebimento de honorários de resultado.

No caso em que o patrocínio da causa esteja sob o encargo do Defensor Público, além da dispensa do pagamento de honorários advocatícios, alguns outros efeitos são assegurados por lei em prol da parte que esteja litigando sob o pálio da assistência judiciária. Tais efeitos esses que se traduzem em prerrogativas legais de que é investido o membro da Defensoria Pública. O objetivo dessas prerrogativas é o de neutralizar certas deficiências ou limitações que poderiam impedir a adequada prestação de serviços de qualidade em prol dos beneficiários da gratuidade de justiça. Assim, o Art. 5º, § 5º, da Lei nº 1060/50 assegura que todos os prazos processuais serão contados em dobro, quando a parte estiver sob o patrocínio da Defensoria Pública. Igualmente assegura o direito de intimação pessoal do Defensor de todos os atos processuais<sup>566</sup>.

---

<sup>566</sup> Eis o texto do Art. 5º, § 5º, da Lei 1060/50: “Nos Estados onde 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, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”. Essa prerrogativa é privativa do Defensor Público não abrangendo advogado particular que atue prestando serviços de assistência judiciária.

Outrossim, o Art. 16, Parágrafo Único da referida Lei dispensa a apresentação de instrumento de mandato – procuração – pelo Defensor Público<sup>567</sup>. Bastará que a parte assine documento escrito – que pode ser a própria petição inicial – declarando sua condição de necessitado, na forma da lei, e informando que pretende ser patrocinada pela Defensoria Pública. Isto porque o que confere ao Defensor Público os poderes necessários para desempenhar a função que lhe foi atribuída por lei e pela Constituição é a sua investidura no cargo público e não a escolha da parte cujos interesses aquele terá o encargo de patrocinar. Por esse mesmo motivo, se a parte decidir abdicar do patrocínio da Defensoria Pública, não caberá renúncia nem substabelecimento em favor do advogado particular que venha a assumir a causa<sup>568</sup>. Basta a mera outorga de procuração ao advogado particular que tenha aceito o patrocínio da causa, e respectiva juntada aos autos, para que cesse automaticamente a atuação da Defensoria Pública. Em contrapartida, se uma parte assistida por advogado particular tiver necessidade e quiser passar a ser patrocinada pela Defensoria Pública deve ser exigida a prévia renúncia do advogado (ou, em última análise, a revogação do mandato pelo outorgante), formalizada por escrito nos autos antes do ingresso do defensor, que se fará mediante simples juntada de “afirmação” de carência. Não cabe, pelas mesmas razões antes expostas, a figura do substabelecimento em favor do Defensor Público, pois este não atua mediante mandato.

É importante notar que a dispensa de apresentação de instrumento de mandato, diz respeito somente ao exercício dos poderes incluídos na cláusula *ad judicium*. No que se refere aos poderes especiais do Art. 38 do Código de Processo Civil será necessário colher autorização específica da parte patrocinada pela Defensoria Pública para a prática desses atos, quando for o caso.

---

<sup>567</sup> O referido dispositivo estabelece o seguinte: “O instrumento de mandato não será exigido, quando a parte for representada por advogado integrante de entidade de direito público incumbido, na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita, ressalvados os atos previstos no Art. 38, do CPC, e o requerimento de abertura de inquérito por crime de ação privada, a proposição de ação penal privada ou o oferecimento de representação por crime de ação pública condicionada.”

<sup>568</sup> Esses poderes de que está investido o Defensor Público são indelegáveis e não podem ser substabelecidos, como já ensinava Pontes de Miranda, na edição de 1958 de seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (Cf. CAMPO, Hélio Marcio. Ob. Cit., p. 103).

### 5.3.5.2

#### **As espécies de despesas alcançadas pelo benefício da gratuidade de justiça total e parcial**

Conforme já tivemos oportunidade de salientar, o regime constitucional de 1988 trouxe significativa ampliação das garantias destinadas a proporcionar efetivas condições de igualdade no acesso aos direitos e à Justiça para os cidadãos que se encontrem em situação de carência, assegurando o direito de assistência jurídica integral e gratuita no lugar da antiga assistência judiciária consagrada no regime constitucional precedente. Isto significa dizer que os efeitos da garantia existente no sistema pretérito foram bastante expandidos.

A garantia tradicional, denominada de assistência judiciária, tal como previsto no ordenamento infra-constitucional, através da Lei nº 1060/50, tinha – e continua tendo – como efeito principal a chamada “gratuidade de justiça” além do patrocínio gratuito por profissional jurídico devidamente habilitado e dispensa do pagamento antecipado de honorários dos outros profissionais cujos serviços sejam necessários, como auxiliares da justiça, notadamente os peritos. Isto é o que dispõe a Lei nº 1060/50, na sua redação original:

“Art. 3º - A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos Juizes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – 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;

V – dos honorários de advogado e peritos”.

É importante salientar que, segundo entendimento dominante, tais isenções não têm caráter absoluto e definitivo. Na verdade não correspondem propriamente, como se poderia supor, à exoneração da obrigação de arcar com as despesas processuais. Consistem apenas na exclusão do dever de antecipar o respectivo pagamento, dever esse que seria a regra geral de acordo com o que estabelece o Art. 19, do Código de Processo Civil. Isto quer dizer que referidas isenções têm caráter provisório, e subsistem apenas e tão somente enquanto durar

o estado de carência econômico-financeira da parte litigante. Destarte, a qualquer tempo, se a parte tiver a sorte de alcançar expressiva melhoria de sua fortuna, quer seja por razões aleatórias ou por fruto de seu trabalho, cessarão todos os efeitos do “benefício” acima mencionado, devendo reassumir imediatamente o pagamento das despesas processuais cabíveis. Mas, se ultrapassado o prazo limite de cinco anos após o julgamento final da causa sem alteração significativa na situação patrimonial da parte contemplada com o “benefício”, a obrigação de arcar com as despesas, que estava apenas suspensa, ficará definitivamente extinta. Isso é o que consta do Art. 12, da Lei nº 1060/50, já anteriormente mencionado.

Um outro ponto que parece importante salientar é que o rol de despesas indicadas no dispositivo legal acima referido, cuja isenção decorre da concessão da gratuidade de justiça não tem caráter exaustivo, ou seja, não é *numerus clausus*. Diante da força normativa da garantia constitucional assegurada no Art. 5º, Inciso LXXIV, não há necessidade expressa de que a lei ordinária estabeleça a enumeração completa de todas as despesas processuais cujo pagamento será dispensado. Inclusive, é preciso ter em conta que algumas das despesas mencionadas no Art. 3º já não mais subsistem no atual sistema processual brasileiro. É o caso do imposto do selo, já há muito abolido em nosso país. Também não existe mais a figura de quantificação de custas específicas correspondentes à intervenção de magistrados e membros do Ministério Público, tal como mencionado no Inciso II, do Art. 3º supra-transcrito. De qualquer maneira, não importam tanto as denominações ou o fato de estarem ou não em vigor algumas das modalidades específicas de despesas mencionadas na Lei nº 1060/50, pois a garantia constitucional tem como eficácia a dispensa do pagamento de todas e quaisquer despesas vinculadas ao processo e ao exercício dos direitos vinculados ao acesso à Justiça. Isto deve ocorrer, por exemplo, com a despesa com a realização de cópias de peças do processo necessárias à prática de outro ato processual, como seria o caso na formação do agravo de instrumento, na expedição de carta precatória, etc. Muitas vezes o próprio Defensor Público acaba arcando, às suas expensas, com o pagamento das despesas com realização de tais cópias. Mas esse ônus deve ser suportado pelo próprio Estado, através do serviço interno de extração de cópias mantido pelo Poder Judiciário para atender a demanda interna de seus cartórios e secretarias dos Juízos, devendo o Juiz determinar ao Escrivão que providencie, de ofício, a extração das referidas cópias.

A outra opção, caso não se queira “gastar” com a extração de cópias às expensas do Judiciário, seria a realização, por serventuário da Justiça, da transcrição literal do documento, ou seja, o chamado “traslado” das peças, embora essa providência não mais se coadune com a rotina dos trabalhos forenses, diante dos recursos tecnológicos hoje disponíveis<sup>569</sup>.

Um questionamento que surge, diante desse entendimento de que o rol de despesas indicado na Lei não é taxativo, diz respeito às despesas relativas a atos processuais que devam ser praticados fora do território nacional. Embora sejam casos bastante raros dentre os que tramitam sob o pálio da gratuidade de justiça, pode ocorrer que seja necessário o cumprimento de uma carta rogatória em outro país, para citar o réu, por exemplo. Naturalmente, não se pode exigir que os órgãos judiciários dos países onde tais atos devam ser praticados suportem as despesas respectivas. Uma solução possível é a celebração de tratados ou acordos internacionais estabelecendo a reciprocidade de tratamento, para os beneficiários da assistência judiciária. Mas, nos casos em que isso não seja possível, consideramos que tais despesas devem ser arcadas pelo governo federal, de modo a garantir a efetividade do acesso à Justiça também nesses casos.

No decorrer dos anos desde a Código de Processo Civil de 1939, e, em especial no texto primitivo da Lei nº 1060/50, tem ocorrido significativa evolução no sentido de tornar mais simples e eficazes as regras relativas à isenção do pagamento das diversas modalidades de despesas decorrentes do processo. Nesse sentido, em 1984, através da Lei nº 7288/84, foi acrescentado um parágrafo único ao dispositivo do Art. 3º da Lei nº 1060/50, disciplinando que, no caso de publicações de atos processuais em jornais, para evitar imposição de ônus a terceiros, bastará a publicação do ato respectivo no diário oficial, dispensada a publicação em outro jornal de circulação local. Isso está em sintonia com o que já determinava o Art. 232, § 2º, do CPC, de 1973.

Dentre as outras modalidades de despesas processuais acima mencionadas, uma cuja dispensa é de crucial importância para assegurar a efetividade da

---

<sup>569</sup> Isso é o que propõe Augusto Marcacini, quando diz: “... havendo serviço de extração de cópias mantido pelo próprio Poder Judiciário, deverá o juiz determinar que sejam feitas as cópias necessárias, gratuitamente. E, não havendo tal serviço, nem outro meio de obter as cópias sem ônus para o beneficiário, só restará como alternativa determinar que o escrivão providencie o traslado das peças, transcrevendo o seu conteúdo e certificando sua conformidade com os originais.” (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Ob. Cit., p. 43).

garantia de igualdade no acesso à Justiça é a que diz respeito aos honorários de perito e gastos complementares com prova pericial. Este é atualmente, segundo nosso juízo, o ponto mais frágil do modelo brasileiro de assistência judiciária. No que se refere à remuneração dos advogados o sistema avançou bastante nas últimas décadas, culminando com o reconhecimento do Estado de que não podia impor esse ônus sobre a classe dos advogados privados, o que ensejou a paulatina estruturação de um órgão estatal vocacionado especificamente para cumprir essa função essencial ao exercício do poder jurisdicional. Entretanto, no que se refere aos demais auxiliares da Justiça, os profissionais de outras áreas do conhecimento que muitas vezes são imprescindíveis para viabilizar a produção de provas técnicas que serão necessárias para respaldar a solução de certos litígios judiciais, o sistema em vigor no Brasil ainda depende da atuação, de caráter compulsório, dos profissionais respectivos, mas sem lhes garantir a justa remuneração. A Lei impõe esse pesado ônus sobre os peritos judiciais quando sua intervenção se revela necessária em processos que estejam tramitando sob o pálio da gratuidade de justiça. Tudo se torna ainda mais complexo em certos casos em que a realização da perícia depende não apenas do trabalho intelectual e “braçal” do *expert*, mas exige também o dispêndio de recursos financeiros para aquisição de insumos, equipamentos, e até mesmo para contratação de mão de obra auxiliar, muitas vezes trabalhadores braçais que precisam ser remunerados, pois não podem se dar ao luxo de trabalhar de graça. A Lei brasileira não oferece resposta para essas situações, gerando sérios impasses que, de fato, se traduzem em denegação de Justiça.<sup>570</sup>

A garantia da isenção do pagamento dessas despesas com provas periciais, sem a indicação da fonte de custeio respectivo, traduz uma solução demagógica que muito pouco contribui para a efetividade da garantia constitucional de igualdade no acesso à Justiça. Exemplo disso é o Inciso VI, acrescido ao texto do Art. 3º da Lei nº 1060/50 através da Lei nº 10.317/2001<sup>571</sup>, que expressamente

---

<sup>570</sup> Essa preocupação foi destacada pelo Prof. Leonardo Greco, no seu artigo sobre “Acesso à Justiça”, já referido anteriormente. Nas palavras do autor: “Enquanto a lei brasileira não assegurar a remuneração módica de todos esses sujeitos, por conta do Estado ou de um fundo público, como nas causas da Justiça remunerada, não existirá igualdade de oportunidade entre os beneficiários da gratuidade e os demais litigantes no acesso à Justiça.”

<sup>571</sup> Concordamos com Hélio Márcio Campo quando afirma que, neste caso, parece que o legislador resolveu “pecar por excesso” ao incluir esse novo dispositivo no Art. 3º, quando já havia outro dispositivo expresso assegurando isenção das despesas com perito. Deveria, na verdade, ter criado

garante isenção “das despesas com a realização de exames de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade”. Pois bem, foi muito simples e fácil estabelecer tal isenção no texto legal. Mas como fica o custeio dessa despesa? Como será suportado? Caberá tal ônus às empresas e laboratórios comerciais que têm seu ramo de “negócios” nessa área? Ou o Estado vai ressarcir essas despesas?<sup>572</sup> É aplicável, nesses casos, a regra do Art. 14, da Lei nº 1060/50?<sup>573</sup> São questões sem respostas. Urge que se enfrente esse tema, inclusive tomando por base as soluções adotadas por outros países. É necessário que o próprio Estado assuma esse ônus, reconhecendo aos profissionais designados para produzir a prova técnica pericial o direito de receberem justa remuneração pelos seus serviços e garantindo-lhes a devida indenização pelos gastos comprovadamente realizados. Entendemos que não convém que tal despesa fique atrelada ao orçamento das Defensorias Públicas, visto que o perito é um auxiliar do juiz, e não do Defensor. Esse é um problema sério que deve ser equacionado pelo Judiciário. Assim, no nosso entendimento, cabe à lei determinar a obrigatoriedade de inclusão no orçamento do Judiciário de dotações próprias para o custeio dessas despesas. Poder-se-ia criar fundos especiais destinados a tal finalidade, sendo certo que o produto eventualmente arrecadado a título de custas periciais em razão de aplicação dos ônus sucumbências seria revertido para esses fundos, sem prejuízo da garantia de

---

mecanismo apropriado para garantir fonte de custeio para viabilizar a realização desse tipo de prova pericial.

<sup>572</sup> Há uma crucial diferença entre a situação dos demais profissionais (e eventualmente de pessoas jurídicas/empresas) que possam ser chamados a “colaborar” com a justiça (prestando serviços de natureza pericial gratuitamente) e os advogados e oficiais públicos de registros e notas. Estes são profissionais cuja atividade está diretamente ligada à própria estrutura do aparato judicial do Estado. Assim estes últimos recebem do Estado uma prerrogativa que é a própria licença para o exercício da sua profissão, o que justifica que lhes seja também imposto algum encargo ou ônus (como por exemplo o de prestar gratuitamente seus serviços, em certos casos estabelecidos por lei). Já no caso de outros profissionais e de laboratórios e empresas comerciais, arcam com os riscos de sua atividade empresarial, e atuam dentro do princípio da livre iniciativa, não sendo lícito ao Estado impor um ônus permanente sobre suas atividades que representaria, no fundo, uma tributação indireta. Há que se enfrentar, com urgência, essa problemática relativa à produção da prova pericial nos casos em que o processo tramita sob a gratuidade de justiça.

<sup>573</sup> Eis o que diz o art. 14 da Lei 1060/50: “Os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de defensor ou de perito, conforme o caso, salvo justo motivo, previsto em lei ou, sua omissão, a critério da autoridade judiciária competente, são obrigados ao respectivo cumprimento, sob pena de multa (...) sem prejuízo da sanção disciplinar cabível. § 1º - Na falta de indicação pela assistência ou pela própria parte, o juiz solicitará a do órgão de classe respectivo. § 2º - A multa prevista neste artigo reverterá em benefício do profissional que assumir o encargo na causa.” (gifamos).

destinação anual de verbas necessárias para custear a demanda de pagamentos desse tipo de serviços.

A decisão judicial que reconhece o direito de gratuidade de justiça, quando proferida na ação principal, automaticamente produz efeitos para todas as ações e/ou procedimentos cautelares incidentais e acessórios, para o procedimento de execução, e para os recursos em geral. Entretanto, como tem entendido a doutrina e a jurisprudência, não abrange novas ações distintas como por exemplo Mandado de Segurança, Ação Rescisória ou a Ação Anulatória prevista no Art. 486, do Código de Processo Civil, mesmo que tenham alguma vinculação fática ou jurídica com outra ação em que tenha sido outorgada a gratuidade de justiça.

No que se refere especificamente às Ações Rescisórias, quando concedida a gratuidade de justiça especificamente para seu ajuizamento, uma questão que tem se revelado bastante controvertida diz respeito à abrangência ou não dos efeitos da gratuidade de justiça para dispensa do pagamento da caução prévia exigida por lei para admissibilidade desse tipo de ação. Tal polêmica surge em virtude do consenso de que essa caução não se traduz em custas ou despesa judicial: trata-se, como o próprio nome evidencia, de uma espécie de multa que poderá ser revertida em prol da parte adversa em caso de improcedência da rescisória, servindo assim como um eficiente instrumento para evitar abuso do direito de litigar. Alguns entendem que a dispensa do recolhimento prévio da caução poderia representar ignominiosa injustiça e tratamento desigual em favor de uma das partes. Todavia, em que pesem os argumentos em contrário, tem prevalecido o entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita está dispensado do depósito prévio a que alude o Art. 488, do CPC. Isso é o que nos ensina, por exemplo, o processualista carioca José Carlos Barbosa Moreira:

“Desde a 1ª edição do meu volume de ‘Comentários’, que abrange a parte referente à ação rescisória, sustentei que o benefício alcançava o depósito. Houve, a princípio, certas divergências; ao que parece, hoje a doutrina e a jurisprudência estão pacificadas nesse sentido”.<sup>574</sup>

Com efeito, mesmo que não se possa admitir que essa caução tenha natureza de custas do processo, não há dúvida de que o exercício do direito de ação, no caso da Rescisória, depende necessariamente da efetivação do depósito. Por isso,

---

<sup>574</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*O direito à Assistência Jurídica*”. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. (Ano 4, Nº 5, 1991, p. 194).

impor tal exigência ao beneficiário da gratuidade de justiça implicaria, de fato, em negar-lhe o direito de propor a ação rescisória, hipótese que não se pode sustentar<sup>575</sup>.

Consoante já foi mencionado acima, há possibilidade de concessão da assistência judiciária e, conseqüentemente, da gratuidade de justiça, em caráter apenas parcial. Neste caso, os efeitos a serem produzidos serão aqueles delimitados na decisão judicial respectiva. Isto quer dizer que o magistrado pode dispensar a parte do pagamento de alguma despesa específica, como por exemplo, da obrigação de adiantar o valor referente aos honorários do perito; pode também estabelecer um percentual fixo sobre o valor previsto para cada despesa, a ser pago pela parte “beneficiária”.

Em caso de pluralidade de partes, o direito de assistência judiciária e de gratuidade de justiça se aplica individualmente, não se estendendo os seus efeitos automaticamente a todos os demais litisconsortes se tiver sido concedido a apenas uma das partes. Assim, deverão ser rateadas proporcionalmente as despesas processuais que devam ser pagas no curso do processo. Além do mais, é importante salientar que esses efeitos são sempre personalíssimos: no caso de falecimento do “beneficiário” não se transmite automaticamente para os herdeiros. Isso é o que textualmente dispõe o Art. 10, da Lei ° 1060/50.

### **5.3.5.3.**

#### **A gratuidade de justiça e os ônus sucumbenciais**

O direito brasileiro adota o princípio da sucumbência, segundo o qual a parte vencida deve suportar todas as despesas decorrentes do processo, não apenas as próprias, o que seria óbvio, mas também as da parte vencedora. Trata-se de uma forma de minimizar os prejuízos, ao menos materiais, sofridos pela parte que teve seu direito violado e que somente mediante a intervenção do poder soberano do Estado conseguiu ver resguardados seus interesses que estavam sendo atingidos pela conduta ilícita do sucumbente. Ou seja, se é verdade que nada

---

<sup>575</sup> Cf. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Ob. Cit. pp. 39-40.

poderá reparar o sofrimento moral e o constrangimento de ter que ir às barras do tribunal para fazer valer um direito que deveria ter sido espontaneamente cumprido pela parte contrária, pelo menos os danos patrimoniais decorrentes dessas diligências deve ser reparado.

No caso do beneficiário da assistência judiciária e da gratuidade de justiça, quando este tenha sido o vencedor na causa, o Estado ou quaisquer outros órgãos públicos e particulares poderão, ao final, cobrar da parte sucumbente todas as despesas que deixaram de ser recolhidas durante o curso do processo em razão do benefício concedido, posto que o vencedor fora dispensado do adiantamento dessas despesas.

Já na hipótese em que o beneficiário da assistência judiciária e da gratuidade de justiça tenha sido o sucumbente, o Juiz condenará normalmente na sentença ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas a quem de direito. Entretanto o pagamento dessas verbas ficará suspenso, na forma do Art. 12, da Lei 1060/50, sendo que sua exigibilidade depende de que ocorra fato novo que acarrete mudança de fortuna em favor da parte beneficiada com a gratuidade de justiça. O referido Art. 12 estabelece ainda o prazo prescricional de 5 (cinco) anos findo o qual, se o assistido não puder satisfazer o pagamento, perderá em definitivo a exigibilidade jurídica.

#### **5.4.**

#### **A Defensoria Pública com Função Essencial à Justiça no Brasil**

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, resulta de um intenso processo de mobilização da sociedade brasileira, num movimento que ganhou força no final dos anos setenta e início dos anos oitenta do século passado, de luta pela instauração de uma nova ordem política e jurídica, de cunho verdadeiramente democrático, comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais. Certamente por esse motivo, os membros da Assembléia Nacional Constituinte tiveram uma nítida preocupação de evitar que as conquistas normativas asseguradas na Carta Magna ficassem apenas no campo das abstrações jurídicas.

Assim, inúmeros foram os instrumentos criados com o propósito de que tais conquistas produzissem efeitos concretos, especialmente em prol das grandes massas de cidadãos, historicamente excluídos da fruição dos bens sociais e do exercício dos direitos fundamentais. Nessa nova arquitetura institucional, um papel decisivo foi reconhecido ao Poder Judiciário. Tradicionalmente os magistrados brasileiros costumavam assumir uma posição de total discrição e distanciamento com relação às questões de ordem social e política, limitando-se a desempenhar um papel estritamente técnico-jurídico de caráter “formal”, voltado primordialmente para a solução dos conflitos individuais de natureza privada. O regime constitucional inaugurado em 1988 lançou novos desafios ao Judiciário, trazendo-o para o proscênio da vida pública nacional. Entretanto, como diz a máxima latina: *nemo iudex sine actore*, quer dizer, não há juiz sem autor, ou seja, o juiz somente pode atuar se for provocado por quem tenha legítima capacidade para tanto.

Exatamente em razão da natureza inercial que é própria e intrínseca à atuação do Judiciário tornava-se imprescindível a previsão dos mecanismos próprios, capazes de deflagrar a intervenção dos órgãos da Justiça, permitindo que cumpram esse novo papel no cenário político-institucional desenhado pela Constituição. Esses mecanismos foram alçados pela Carta de 1988 à categoria de “funções essenciais à Justiça”, que abrangem a totalidade do “universo daqueles que têm a capacidade para estar em Juízo, provocando a jurisdição, ressalvado os casos de competência dos juizados especiais e os *habeas corpus*, os quais permitem que o próprio interessado provoque a jurisdição”<sup>576</sup>.

O propósito evidente do legislador constituinte de 1988 foi o de garantir efetividade no acesso à Justiça, permitindo que todos os diferentes interesses juridicamente relevantes que legitimamente podem emergir no seio da sociedade viessem a encontrar os canais adequados para serem levados à instância judicial. Assim, foi consolidado na Constituição o papel institucional dos membros do Ministério Público como “advogados da sociedade”, reforçando-se suas garantias e prerrogativas, de modo que possam cumprir com sua missão de defesa dos interesses indisponíveis, sociais e individuais, não apenas no campo da persecução penal, como tradicionalmente já estava assentado, mas também no campo dos

---

<sup>576</sup> DEVISATE, Rogério dos Reis. Ob. Cit. p. 367.

interesses coletivos e difusos na área extra-penal e de respeito à ordem jurídica e ao regime democrático. Também os interesses específicos da Administração Pública foram resguardados, passando ao encargo da chamada Advocacia Pública, estruturada institucionalmente através da Advocacia Geral da União<sup>577</sup> e das Procuradorias Gerais dos Estados e dos Municípios. No que se refere aos interesses disponíveis das pessoas físicas e jurídicas de direito privado, considerados tanto individualmente como coletivamente, foi confirmada em sede constitucional a essencialidade do papel institucional da Advocacia, reconhecida como atividade liberal, revestida de garantias de independência necessária ao pleno desempenho de sua missão.

Ocorre que o legislador constituinte reconheceu que apenas essas três instituições acima apontadas não eram suficientes para garantir de modo efetivo e pleno o acesso de todos os cidadãos à Justiça. Na verdade mesmo com essa estrutura institucional do Ministério Público, da Advocacia Pública, e da Advocacia Privada, uma larga parcela da população nacional – aliás, a esmagadora maioria quantitativa do povo brasileiro – continuaria totalmente à margem do sistema judiciário, devido a barreiras de diversas naturezas, principalmente as de ordem econômica, mas também as de ordem cultural e social. Devido a tais barreiras, para que os interesses de cunho jurídico da maioria do povo brasileiro pudessem ser adequadamente resguardados e tutelados revelava-se imprescindível que o próprio Estado suprisse esse vácuo, instituindo órgão próprio revestido das condições necessárias para dar vazão à demanda de assistência jurídica integral em prol dessa grande massa populacional. Com efeito, valendo-nos das palavras da Professora Maria Teresa Sadek, é preciso lembrar que:

“Não se adentram as portas do Judiciário sem o cumprimento de ritos e a obediência a procedimentos. Entre estes está a necessidade de defesa por profissionais especializados – os advogados. Ora, o acesso aos advogados, por sua vez, depende de recursos que, na maior parte das vezes, os mais carentes não possuem. Assim, para que a desigualdade social não produza efeitos desastrosos

---

<sup>577</sup> Pelo novo regime constitucional a tarefa de representação judicial da União foi totalmente excluída das atribuições da Procuradoria Geral da República, quer dizer, do Ministério Público Federal, criando-se um novo órgão estatal especificamente encarregado da missão de representar judicial e extrajudicialmente a União, incluídas as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

sobre a titularidade de direitos, foi concebido um serviço de assistência jurídica gratuita – a Defensoria Pública.”<sup>578</sup>

Temos, pois, como já foi destacado na seção anterior, que uma das grandes novidades da Constituição Federal de 1988 foi exatamente a previsão expressa da criação da Defensoria Pública, no Art. 134, erigida como órgão estatal especificamente encarregado de propiciar condições de igualdade para que as pessoas das classes desfavorecidas economicamente e culturalmente tivessem assegurado o acesso à Justiça, em sentido pleno.

Desde logo parece oportuno salientar que, embora o referido Art. 134 da Constituição Federal, nos mesmos moldes do dispositivo constitucional que define a missão do Ministério Público (Art. 127), indique que a Defensoria Pública é “instituição essencial à função jurisdicional do Estado” essa “essencialidade” deve ser compreendida *cum grano salis*, ou seja, não se pode entender que o Ministério Público e a Defensoria Pública devam atuar em “todos” os processos judiciais. Atuarão apenas naqueles em que os interesses específicos que lhes cabe resguardar estejam sendo postos em cheque. Por outro lado, embora tais dispositivos estabeleçam como essencial a atuação apenas no desempenho da “função jurisdicional” do Estado e o título do capítulo IV, do Título IV, fale em “funções essenciais à Justiça”, entende-se que a Constituição Federal não quis restringir a atuação tanto da Defensoria Pública como do Ministério Público à esfera judicial. Como ensinou o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

“A Justiça aqui está no sentido de que o Estado tem que realizar este valor no sentido mais amplo possível. A realização da Justiça é uma finalidade do Estado. Só se pode entender Justiça no sentido amplo e não no sentido estrito, de órgão judiciário”<sup>579</sup>

Essa idéia de “funções essenciais à Justiça” traduz uma nova categoria no contexto do direito constitucional. Foi esta a primeira vez em que se utilizou essa expressão. E parece que a inovação de se estabelecer na Carta Magna os lineamentos gerais das instituições encarregadas de pleitear a prestação jurisdicional foi bastante oportuna, na medida em que preserva o princípio da inércia que deve continuar marcando a atuação do Judiciário, de modo a que possa

---

<sup>578</sup> SADEK, Maria Tereza. “Introdução – Experiências de Acesso à Justiça”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 9.

conservar a imparcialidade e a equidistância necessárias para dirimir conflitos de interesses que lhe são apresentados, quaisquer que sejam sua natureza e as partes envolvidas.

Torna-se imprescindível, todavia, uma reflexão mais profunda sobre o sentido e o significado do adjetivo “essencial” que qualifica essas funções do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e da Advocacia Privada, tal como indicado pela Constituição de 1988. Tais funções não são mais denominadas de “auxiliares” da Justiça. Assim, como nos fala o Professor Jean Menezes de Aguiar, é interessante que a Constituição tenha trazido para a “jurisdicionalidade”, por azo da “essencialidade”, e não da hierarquia, subordinação ou auxiliaridade – como costuma ser tratada a matéria em outros ordenamentos jurídicos – funções que ostensivamente não apresentam igual natureza jurídica, nem identidade tipológica de operação. E completa o referido jurista:

“[essas funções essenciais] devem **existir (!)** completamente imbricadas com aquela [a jurisdicional], numa tal essencialidade que, se violada **desexistencializaria** totalmente a função jurisdicional. De aí, conclusões:

1. **não é (!)** função jurisdicional a que exista desvinculada minimamente da Defesa;
2. **não há (!)** Poder Judiciário, num sistema democrático, se em toda a sua plenitude **existencial** (como resolvidor do conflito), não for **minimamente** concebida a função de Defesa em sua também plenitude (repare-se os planos são os da **existência** e não os da validade, retirando-se assim, não a legitimidade da situação, mas a própria inferencialidade teleológica da existência dela).”<sup>580</sup>

Diante da linha argumentativa do referido autor, parece inequívoco que a idéia de essencialidade traz ínsita a idéia de “dependência”<sup>581</sup>. Por isso, cabe repetir, o Advogado, o Defensor Público, o membro do Ministério Público e o

<sup>579</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “A Defensoria Pública e a Revisão Constitucional”. In: *Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ADPERJ, 1993, p. 32.

<sup>580</sup> AGUIAR, Jean Menezes de. *Considerações acerca do Defensor Público como agente político do Estado – a vez de todos*. In: “Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro”. (Ano 7, Nº 10, 1996, p. 176).

<sup>581</sup> Em seu raciocínio, que nos parece extremamente lógico, o Prof. Jean Menezes de Aguiar chega ao ponto de argumentar que seria até possível admitir a existência de defesa sem julgamento, mas jamais de julgamento sem defesa. Eis o que afirma: “Se, então, ambos não diferem em nada **para as suas existências** (a rigor, chegar-se-ia ao ponto de se falar em possibilidade de Defesa sem julgamento, v.g. a defesa administrativa, a intervenção preventiva, etc. mas **nunca** a possibilidade de julgamento sem defesa, o que, se se dosimetrasse, acabaria priorizando a Defesa em relação à função julgadora, ou seja, poderia haver Defensoria Pública e Advocacia sem Poder Judiciário, não este sem aquelas; a relação de dependência então existe: está deste Poder com relação àquelas instituições, não ao contrário!), ter-se-á que se concluir pela necessidade de se atribuir o mesmo grau tipológico de tratamento constitucional que tem a função jurisdicional à função defensiva”. (grifos do autor) (Cf. AGUIAR, Jean Menezes de. Ob. Cit., p. 177)

membro da Advocacia Estatal não são meros “auxiliares” da Justiça, como soe ocorrer noutros ordenamentos jurídicos. O exercício de cada uma dessas funções, incluída a função jurisdicional, somente pode ocorrer numa relação de absoluta interdependência<sup>582</sup>. Isso é o que dispõe o texto constitucional. E esse status de “essencialidade” estabelecido na Carta Magna impõe ao ordenamento jurídico um tratamento institucional compatível com tal condição, ou seja, sendo um desses órgãos “tão essencial” quanto o outro, já que a própria idéia de essencialidade não comporta a noção de gradação, de diferenciação quanto à importância e relevância, nada justifica que não recebam do Estado, principalmente do Poder Executivo e do Poder Legislativo, absoluta isonomia de tratamento em todos os aspectos.<sup>583</sup>

---

<sup>582</sup> Num quadro crescente do fenômeno da judicialização da política e das relações sociais já discutido anteriormente, em que as conquistas de efetividade dos direitos passa freqüentemente pela via judicial, e em que a Constituição Federal restringe a capacidade postulatória para acionar o Judiciário aos profissionais legalmente habilitados, em particular o advogado, o papel da Defensoria Pública atinge relevância ímpar para possibilitar a todos condições de igualdade no exercício da cidadania. O próprio interesse da eficiência na prestação jurisdicional, da a complexidade e tecnicismo de que se reveste, supõe tal interdependência entre os profissionais jurídicos. O Juiz, sem o Advogado/Defensor Público e sem o Ministério Público não poderá cumprir de modo satisfatório sua função peculiar. A função de julgar “depende” da função de pleitear/defender.

<sup>583</sup> Lamentavelmente não é essa a realidade que tem sido vista no Brasil. Ressalvado o que normalmente tem ocorrido com o Ministério Público que de fato tem merecido tratamento de isonomia em relação à magistratura, as demais instituições estatais consideradas essenciais à Justiça vêm recebendo tratamento ostensivamente discriminatório, seja em termos de infraestrutura e condições de trabalho, seja em termos de política remuneratória. Por diversas razões, o Ministério Público deve ser tomado como paradigma para definição das garantias e prerrogativas conferidas aos membros das demais instituições públicas também consideradas pela Constituição como essenciais à justiça. Repita-se, na dicção constitucional, nenhuma delas é mais “essencial” que as outras. No que se refere à Defensoria Pública, essa isonomia de tratamento é indispensável inclusive por razões de ordem simbólica: não seria admissível dar tratamento – remuneratório, funcional, e orçamentário – distinto àqueles que defendem do que se dá aos que acusam. Além do mais, ambas as instituições são encarregadas da postulação de interesses dos cidadãos e não do propriamente do Estado. O Ministério Público tem a missão de resguardar os interesses indisponíveis dos membros da sociedade (individual ou coletivamente), inclusive – e na maioria das vezes – opondo-se ao Estado. Já a Defensoria Pública tem a missão de resguardar os interesses disponíveis desses membros da sociedade (também individual ou coletivamente), sempre que as pessoas, físicas ou jurídicas, não tenham condições para fazê-lo às suas expensas. Mesmo no que se refere à Advocacia Pública, a paridade institucional com o Ministério Público é evidente inclusive pelo fato de que, no plano federal, por exemplo, a Advocacia Geral da União representa um desmembramento de certas atribuições que eram próprias do Ministério Público antes da Constituição de 1988. Esse desmembramento foi feito não com o objetivo de desprestigiar a carreira desmembrada, mas com o propósito de assegurar maior qualidade e especialidade no desempenho de funções públicas de igual relevância, tanto que antes eram cumpridas pelos mesmos agentes políticos. Também no caso das Defensorias Públicas de alguns Estados da

#### 5.4.1.

### **A Defensoria Pública como instituição estatal autônoma desvinculada dos demais Poderes do Estado**

Na medida em que são consideradas funções reciprocamente essenciais, um questionamento que surge diz respeito ao posicionamento que tais instituições devem ocupar na estrutura organizacional do Estado. É certo que a Constituição de 1988 manteve a tradição baseada na doutrina de Montesquieu de repartição das funções estatais em três Poderes distintos e harmônicos entre si. E tais Poderes, como se sabe, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Entretanto, sem indicar com clareza a respectiva classificação, tratou, num Capítulo distinto dentro do Título referente à Organização dos Poderes, dessas outras funções que considerou essenciais, indispensáveis, ou inexoravelmente vinculadas ao exercício da função jurisdicional do Estado. Ou seja, embora sejam três os Poderes, o Título próprio da Constituição que trata da Organização dos Poderes tem quatro capítulos, um para cada um dos Poderes e mais um quarto para as “Funções Essenciais à Justiça”, colocadas todas dentro do mesmo patamar de importância como órgãos do Estado.

Na tradição histórica brasileira, os órgãos estatais que vinham desempenhando essas funções hoje reconhecidas como “essenciais” à Justiça sempre se situaram no âmbito do Poder Executivo. E assim de fato pareceu ser o mais adequado, já que não desempenham, em absoluto, função que possa ser reconhecida como de natureza judicante ou legiferante. Seu papel se situa mais próximo do âmbito da atuação correspondente à aplicação e execução das leis e à busca de sua efetividade, atividades que são típicas do Poder Executivo. Além disso, esses órgãos estatais considerados funções essenciais à Justiça têm em comum o fato de que sua chefia institucional é escolhida privativamente pelo Chefe do Poder Executivo<sup>584</sup>. A prerrogativa, porém, de serem revestidas de

---

Federação, tiveram como “matriz” o Ministério Público, circunstância que reforça o entendimento de que devem merecer tratamento isonômico.

<sup>584</sup> Em artigo publicado na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro (ano 20, Jul./Dez-2004), sob o título “Uma nova perspectiva sobre a nomeação do Procurador-Geral de Justiça e o princípio do Promotor Natural”, o promotor de justiça Celso Quintella Aleixo elabora uma interessante argumentação apontando os inconvenientes da forma atual de nomeação do chefe

independência funcional e autonomia administrativa e orçamentário-financeira<sup>585</sup>, em face dos demais Poderes Estatais coloca tais instituições numa posição *sui generis*. Há quem proponha, inclusive, um enquadramento na categoria que a doutrina denomina de “Instituições Quase-Poder”<sup>586</sup>, na esteira dos ensinamentos de Gerard Lebrun e Bertrand du Jovenel<sup>587</sup>.

---

institucional do Ministério Público, que fica politicamente jungido a interesses políticos do chefe do Poder Executivo.

<sup>585</sup> No caso da Defensoria Pública, essa autonomia, que era uma inexorável decorrência lógica do *status* institucional conferido pela Carta Magna de 1988, foi confirmada através da Emenda Constitucional nº 45/2005, que acrescentou ao Art. 134 o § 2º que expressamente assegura tal autonomia, embora refira-se apenas às Defensorias Estaduais. Por uma interpretação sistemática e teleológica, cremos que não se coaduna com a lógica de organização dos Poderes adotada pela Constituição de 1988 o entendimento de que à Defensoria da União, em que pese a ausência de dispositivo legal ou constitucional explícito, seja denegada a autonomia administrativa e financeira. Ou seja, é de total impropriedade diante da vontade constitucional que a Defensoria da União seja estruturada como se fosse um simples “departamento” do Ministério da Justiça.

<sup>586</sup> Num interessante capítulo que escreveu para o livro “*Access to Justice and the Welfare State*”, editado por Mauro Cappelletti, o Dr. Earl Johnson Jr apresentou, à moda de ficção científica, o que ele imaginou como sendo quatro cenários possíveis para o sistema judiciário norte-americano. O artigo foi escrito no início da década dos anos setenta e fazia “prognósticos” para o, então, longínquo século XXI. Num dos cenários que imaginou em seu trabalho, Johnson descreveu exatamente uma possível criação de um “quarto” poder exatamente para cuidar da assistência jurídica. Eis o que disse, então, o Dr. Johnson, repita-se, num ensaio de “futurologia”, sem nenhum compromisso com a realidade: “*Only recently has the national legal service solved the major problem that has plagued it since its birth more than a decade ago – independence from real or imagined political domination. Less than a year ago, the United States Constitution was amended to create a fourth branch of government, the so-called advocacy branch. This branch is headed by a Chief Advocate who stands on a par with the President, the Chief Justice, and the Speaker of the House. Although the advocacy branch has other responsibilities and divisions, including providing citizen representation before legislatures, over 80 percent of its funds and more than two-thirds of its personnel are involved in the national legal service. The constitutional amendment that created the advocacy branch also provides a secure base of government funding not subject to legislative or executive interference.*” Noutra passagem, do mesmo texto, o autor descrevia outra conquista que, no seu exercício de futurólogo, poderia vir a ocorrer: “*Moreover, the national legal service will pay for legal advice and other non-litigation-related legal assistance for lower and middle class individuals.*” Após haver estudado o sistema de assistência jurídica norte-americano atualmente em operação naquele país, verificamos que os prognósticos feitos pelo Dr. Johnson em 1981 realmente continuam tendo ares de longínqua “ficção científica”. Todavia, se comparado esse prognóstico com o modelo brasileiro, podemos perceber que, ao menos em termos normativos, o sistema preconizado na recente Emenda Constitucional nº 45/2004 não está longe do que fora imaginado pelo Dr. Johnson. Falta “apenas” a parte mais difícil que é a destinação de recursos adequados para que o sistema possa funcionar tal como concebido em sede constitucional. No Rio de Janeiro está em deliberação na Assembléia Legislativa um projeto de lei que cria um fundo de custeio para a Defensoria Pública cuja inspiração e justificativa estão muito próximas do que fora imaginado pelo Dr. Johnson no texto acima. Esses são os paradoxos da realidade nacional. Estamos na vanguarda das idéias e mesmo da positivação no ordenamento jurídico de certos direitos ímpares em comparação com outros países do mundo, mas temos imensa dificuldade de dar efetividade prática a tais direitos.

<sup>587</sup> A respeito desse ponto, vale transcrever, mais uma vez, a precisa lição do Professor Carlos Roberto de Siqueira Castro: “(...) as instituições que representam ou tutelam, por força de mandato constitucional, interesses e direitos fundamentais da ordem jurídica, sejam eles titulados pelo Estado ou pela sociedade, disponíveis ou não, mas desde que intocável a própria essência da outorga de confiança manifestada pelo Poder Constituinte, tendem a constituir-se naquilo que GERARD LEBRUN e BERTRAND DU JOUVENEL, em festejadas obras acerca da institucionalização do poder político, designam de “INSTITUIÇÕES QUASE PODER”. É o caso

Parece inequívoco que a sistematização adotada pela Constituição Federal brasileira de 1988, no que se refere ao Título da Organização dos Poderes quis indicar a conveniência de que tais órgãos, especificamente o Ministério Público e a Defensoria Pública, não sejam mais considerados como formalmente integrantes do Poder Executivo<sup>588</sup>. Essas entidades devem ser revestidas de efetiva autonomia, em razão de sua condição peculiar de órgãos detentores de uma parcela da soberania do Estado, no desempenho de seu múnus constitucional. Esse entendimento inclusive fica mais evidente em razão do contraste que pode ser feito com o tratamento dado pela Constituição, por exemplo, aos Tribunais de Contas, que – embora também gozem de certa autonomia – foram expressamente regulados dentro do capítulo do Poder Legislativo, numa indicação expressa de sua vinculação e caráter de “acessoriedade” à missão própria dos órgãos parlamentares. Não foi esse o caso da Defensoria Pública e do Ministério Público que receberam tratamento diferenciado, sendo que ambas as instituições foram disciplinadas em seções próprias de um mesmo capítulo fora dos três Poderes clássicos. Não parece razoável admitir que isso tenha ocorrido por mero acaso. Por esse motivo, entendemos que não mais podem ser consideradas tais instituições como órgãos do Poder Executivo.

O fato incontestável é que o novo *status* constitucional conferido à Defensoria Pública, como órgão de Estado, a aos defensores públicos como

---

notório das instituições exercentes das funções essenciais à Justiça, de que trata o Título IV, Capítulo IV, da nova Constituição brasileira, destacadamente o Ministério Público, a Advocacia d’Estado e a Defensoria Pública. É que embora essas instituições não tenham se aperfeiçoado como um autêntico “Poder Orgânico da soberania”, perseverando enquanto instituições “intra-Poder”, passaram a assumir, por exigência da evolução do constitucionalismo democrático, traços que são peculiares aos Departamentos Funcionais da Soberania, ou seja, aos Três Poderes do Estado. Por isso mesmo, essas instituições passaram a exibir, dentre outras, características vitais à independência orgânica, tais como: a) estruturação básica em matriz constitucional; definição de princípios institucionais expressivos da autonomia técnica e da independência orgânico-funcional em face dos Poderes constituídos, em tudo semelhantes àqueles aplicáveis à magistratura; c) regime estatutário próprio para os membros da carreira e diferenciado da generalidade do funcionalismo; d) exercício de funções institucionais e indelegáveis do Estado; e) conjunto de garantias, prerrogativas e impedimentos singularizados; f) exclusividade de suas competências em face de outros agentes do Poder Público; g) iniciativa das leis que toquem ao seu funcionamento; h) legitimação participativa no sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos que afetem sua esfera de atribuições; i) participação cativa na composição dos órgãos superiores do Poder Judiciário.” (Cf. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. “*A Constituição e a Defensoria Pública*”. In: “Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. (Ano 5, nº 6, 1992, pp. 22-23)

<sup>588</sup> No que se refere à Advocacia Pública, embora esteja prevista também neste Capítulo “avulso” das chamadas “Funções Essenciais à Justiça”, parece-nos que sua vinculação ao Poder Executivo não pode ser desconsiderada em razão do que dispõe o próprio texto constitucional, ao estabelecer que compete a tal instituição prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

agentes políticos do Estado<sup>589</sup>, implica no estabelecimento de uma nova sistemática na prestação do serviço, cabendo a esse órgão a prerrogativa da autonomia funcional, administrativa e financeira asseguradas pela Carta Magna para estruturação de seu funcionamento e para definição de sua política institucional. Tais prerrogativas devem ser limitadas unicamente pelos ditames da lei e da Constituição, sem nenhuma dependência às oscilações e programas político-partidários dos governantes que estejam eventualmente no exercício do governo. Isto significa que não pode ser admitida, no âmbito dos Estados, a vinculação do órgão próprio encarregado de prestar a assistência jurídica integral a qualquer outro órgão administrativo: a Defensoria Pública é autônoma e o seu chefe institucional deve ter, no mínimo, o status funcional correspondente ao de Secretário de Estado, embora não tenha a natureza jurídica de órgão “auxiliar” do Poder Executivo que é própria das Secretarias de Estado. Também na esfera da União Federal, para respeito à vontade evidente da norma constitucional, a Defensoria Pública deveria ostentar no mínimo o status de Ministério, desvinculando-se da vinculação hierárquica com o Ministério da Justiça. Mesmo em face da Presidência da República deveria manter um vínculo de total independência, salvo apenas no que se refere à nomeação do Chefe Institucional, que – tal como previsto em sede de Lei Complementar – por analogia com o tratamento estabelecido pela Constituição para o Chefe Institucional do Ministério Público, deve continuar sendo escolhido pelo Presidente da República. Ao fazê-lo, o Presidente da República está desempenhando uma função que é própria de sua condição de Chefe de Estado (e não de mero Chefe de Governo), dependendo inclusive de prévia aprovação do Senado Federal. Isto é o que determinar o Art. 6º, da Lei Complementar nº 80/94.

Esse novo enquadramento da vinculação institucional da Defensoria Pública representa, como lembra Breno Cruz Mascarenhas Filho, sensível avanço, se considerarmos os regimes passados, nos quais era permitido aos Estados aglutinar num único departamento estatal, como geralmente o faziam, sob a direção da Procuradoria-Geral do Estado, do Ministério Público, da Secretaria de Justiça ou

---

<sup>589</sup> Essa é a lição de Hely Lopes Meirelles segundo o qual os agentes políticos do Estado “atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias estabelecidas na Constituição e em leis especiais (...) equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos”. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 72-73).

até, em alguns casos, de Secretarias de Assistência Social, as atividades próprias da Defensoria Pública<sup>590</sup>. Pelo regime estabelecido na Constituição de 1988 não é mais possível vincular o serviço estatal de assistência jurídica gratuita a qualquer outra agência que não seja a Defensoria Pública, nem tampouco é possível vincular esta a outro órgão administrativo<sup>591</sup>. A Defensoria Pública integra a categoria dos órgãos que os administrativistas denominam de “órgãos independentes do Estado” que, segundo a lição de Hely Lopes Meirelles são aqueles:

“originários da Constituição e representativos dos Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados órgãos primários do Estado. Esses órgãos detém e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais, e quase judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais”.<sup>592</sup>

<sup>590</sup> Nesses casos em que o órgão estatal de assistência jurídica gratuita era colocado dentro da estrutura de outros departamentos administrativos, era freqüente, como lembra o mesmo autor, que estivessem sob a mesma linha de comando “atribuições tão especializadas e antagônicas quanto a defesa dos interesses patrimoniais do Estado em face do cidadão e a defesa dos interesses patrimoniais do cidadão em face do Estado (não raro no mesmo processo), a acusação e a defesa criminal e a prática de atos administrativos visando a execução de leis (atribuição típica de Secretários de Estado) e a representação de necessitados que impugnavam a constitucionalidade de leis ou atos normativos do Executivo”. Disso resultava, naturalmente, “não ser difícil para a chefia comum dos agentes estatais envolvidos em tais atividades intervir no sentido de favorecer um ou outro interesse em conflito, com prejuízo da administração pública ou da prestação jurisdicional”. (Cf MASCARENHAS FILHO, Breno Cruz. Ob. Cit., p. 77)

<sup>591</sup> Nesse sentido discordamos do entendimento de José Afonso da Silva na sua mais recente obra “*Comentários Contextuais à Constituição*”, que, com a devida vênia, a este que é reconhecidamente um dos maiores constitucionalistas do país, nos parece até mesmo contraditório. Eis o que diz o Mestre: “Se (a Defensoria Pública) é uma *instituição* (...) a toda evidência não pode ser órgão subordinado, ou parte de uma outra instituição, que não ao próprio Estado, com autonomia ou subordinada a uma Secretaria (da Justiça ou Promoção Social) segundo dispuser a lei estadual”. Ora, como o próprio autor afirma, a Defensoria, por ser autônoma, assim como o Ministério Público, a Defensoria Pública não está mais subordinada nem mesmo ao Governador. Então como admitir que ela seja subordinada a uma Secretaria, que é órgão administrativo do Poder Executivo, diretamente subordinado ao Governador? Não parece contraditório? O Defensor-Geral tem um *status* superior ao de Secretário de Estado. Nenhum Secretário de Estado pode enviar seu orçamento diretamente para a Assembléia Legislativa, sem passar pelo crivo do Chefe do Executivo. Nenhum Secretário de Estado recebe duodécimos para executar de modo autônomo o próprio orçamento da Secretaria. Isso só ocorre com o Procurador-Geral de Justiça e, agora, com a Emenda 45/2004, com o Defensor Público-Geral. Tal prerrogativa será “letra morta” se admitida a hipótese cogitada pelo Prof. José Afonso da Silva de que a lei estadual estabeleça a Defensoria Pública como instituição vinculada a uma mera Secretaria de Estado. Nesse caso, seu orçamento, e a respectiva execução financeira, seriam subordinadas ao respectivo Secretário que, pela Constituição Federal, não tem autonomia perante o Governador. (Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 615).

<sup>592</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. Cit., p. 66.

Apesar do amplo consenso acerca da importância dessa separação entre a Defensoria Pública e os órgãos administrativos do Poder Executivo, os dados recentes da pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça sobre a realidade da instituição no Brasil revelaram que quase um terço das Defensorias Públicas ainda estão vinculadas a alguma Secretaria de Estado<sup>593</sup>, que intermedeia sua subordinação ao Chefe do Poder Executivo. Mesmo nas demais Defensorias, ainda estão formalmente, e sobretudo administrativamente, muito atreladas aos Governadores dos Estados. Espera-se que os efeitos práticos da Emenda Constitucional nº 45/2004 venham rapidamente mudar esse panorama, permitindo enfim a efetiva implementação da autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas. É preciso um esforço interpretativo de cunho progressista, para que essa garantia de autonomia não fique apenas no mundo das abstrações e das idéias. Situações cotidianas de grande importância para a auto-gestão da instituição, conceito inerente à idéia de autonomia, devem ser ajustadas ao novo paradigma constitucional, buscando assegurar eficácia normativa ao princípio já consagrado. Assim, questões como a iniciativa de lei para definição de sua política remuneratória e criação de cargos próprios e respectivos planos de carreira da sua estrutura, incluídos os serviços auxiliares, dentre outras, não podem mais ficar na dependência de decisão política do Chefe do Poder Executivo. Deve ser adotado um critério de interpretação analógica com o que já está consolidado relativamente ao Ministério Público pois, como diz José Afonso da Silva, “já que o conceito (de autonomia administrativa) é idêntico, seu conteúdo também há de sê-lo”. Eis as palavras do referido autor:

“A Emenda 45/2004 não foi tão explícita ao conceder essa autonomia às Defensorias Públicas Estaduais, como o fora o Art. 127 em relação ao Ministério Público, porque ali se indicou seu conteúdo básico. A identidade de situações nos permite dizer que os conceitos expendidos em relação ao Ministério Público valem também aqui.(...) A autonomia administrativa significa que cabe à Instituição organizar sua administração, suas unidades administrativas, praticar seus atos de gestão, decidir sobre situação funcional de seu pessoal, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus serviços auxiliares, prover cargos nos termos da lei, estabelecer a política remuneratória, observado o Art. 169, e os planos de carreira

---

<sup>593</sup> Assim, por exemplo, no Estado de Pernambuco a Defensoria estava vinculada à Secretaria de Cidadania e Políticas Sociais; no Tocantins, subordinada à Secretaria de Cidadania e Justiça; em Rondônia, à Secretaria de Segurança Pública, o que conflita diretamente com os preceitos constitucionais em vigor.

de seu pessoal, tal como está previsto para o Ministério Público. Já que o conceito é idêntico, seu conteúdo também há de sê-lo.”<sup>594</sup>

#### 5.4.2.

#### **Da ausência de respaldo constitucional para que os Municípios possam criar serviços de assistência jurídica**

A Defensoria Pública deve seguir o mesmo padrão constitucional de organização do Poder Judiciário<sup>595</sup> brasileiro, com estrutura própria e diferenciada para atuar no âmbito da esfera de competências judiciais da União Federal<sup>596</sup> e também na esfera das competências judiciais dos Estados. Portanto, do mesmo modo como não há previsão de um Poder Judiciário municipal ou de um Ministério Público municipal, igualmente também não seria admissível uma Defensoria Pública municipal. Esse entendimento tem respaldo inclusive na evolução histórica, no plano constitucional, dos serviços públicos de assistência judiciária no Brasil. Assim, o Art. 113, da Constituição de 1934, estabelecia textualmente que a assistência judiciária aos necessitados seria prestada pela “União e pelos Estados”. Embora as Constituições posteriores não tenham sido assim tão explícitas, utilizando-se os termos “poder público” (na Constituição de 1946) e “Estado” (em 1988) numa acepção genérica<sup>597</sup>, estamos convencidos de que a melhor interpretação é no sentido de que a vontade da Constituição indica

---

<sup>594</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 615-616.

<sup>595</sup> Isto não significa que deva necessariamente ser um mero “espelho” da estrutura do Judiciário. A Defensoria Pública tem que ter um perfil próprio, capaz de atender sua finalidade específica, embora não possa ser privada das garantias institucionais simétricas às que são concedidas às demais carreiras jurídicas.

<sup>596</sup> Diferentemente do que ocorre com o Ministério Público, a Defensoria da União é unitária, não comportando segmentos específicos para atuar perante as Justiças Especializadas (Justiça Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores, além do Tribunal Marítimo que é órgão auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha). Isso se depreende do Art. 14, *caput*, da Lei Complementar nº 80/94, em confronto com o dispositivo do Art. 128, I, da Constituição Federal.

<sup>597</sup> O art. 134 diz que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional “do Estado”, com a incumbência de prestar a assistência jurídica nos termos do Art. 5º, LXXIV. Ora, só o Estado membro e a União possuem função jurisdicional. O Município não. Além dos mais os parágrafos desse mesmo dispositivo são eloquentes ao indicar que a organização das Defensorias ocorrerá no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Estados.

que, neste caso, o termo “Estado” abrange tão somente a União Federal (que é responsável também pelas Defensorias do Distrito Federal e dos Territórios) e os Estados membros<sup>598</sup>. Isso se conclui também por uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional. Dentre as competências constitucionais dos Municípios estabelecidas no Art. 30, nenhuma delas abrange a prestação de assistência jurídica ou judiciária aos necessitados. Por sua vez, o Art. 25, §1º, da mesma Constituição estabelece que os Estados têm “reservadas” para si todas as competências que não lhes sejam vedadas, ou seja, têm competência residual. Além do mais, os diversos dispositivos constitucionais somente prevêem a existência de Defensorias Públicas Estaduais, do Distrito Federal, dos Territórios e da União. Não há, em nenhum dispositivo, qualquer referência a Defensorias Públicas Municipais. Temos a convicção de que esse silêncio é eloquente e não por acaso ou por esquecimento. Até mesmo no que se refere à competência legislativa, foi expressamente previsto no Art. 24, XIII, que somente a União e os Estados têm atribuição para legislar concorrentemente sobre assistência jurídica e defensoria pública. E, se fosse o caso, para criar uma “Defensoria Pública” ou mesmo um serviço municipal de assistência jurídica seria necessário que o Município tivesse competência legislativa para tanto, pois somente o poderia fazer através de lei. E a Constituição não confere tal competência legislativa aos Municípios.

Impõe-se, neste passo, uma reflexão que indique respostas para justificar essa interpretação no sentido de que é vedado aos Municípios instituírem serviços de assistência jurídica ou judiciária. Não bastassem os argumentos de cunho institucional, no sentido de que o modelo de estruturação da Defensoria Pública deve observar como paradigma – no que for aplicável – o do Ministério Público e o do Judiciário, há também que se levar em conta outros aspectos que dizem respeito às condições indispensáveis para favorecer a autonomia e independência necessárias para que seus agentes possam desempenhar seu mister. Uma Defensoria Pública Municipal, ou mesmo qualquer outro órgão prestador de

---

<sup>598</sup> O Professor José Carlos Barbosa Moreira, no artigo intitulado “O Direito à Assistência Jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo”, publicado no livro *As Garantias do Cidadão na Justiça*, (org: Sálvio de Figueiredo Teixeira, editado pela Saraiva, em 1993) sustenta uma interpretação mais abrangente no sentido de que o dispositivo constitucional deve ser interpretado no sentido de conferir também ao Município a competência para a prestação da assistência jurídica. Pelos argumentos aqui expostos, ousamos discordar do eminente mestre.

assistência jurídica e judiciária em nível municipal, dificilmente poderia conceder a seus membros as condições institucionais indispensáveis para o bom exercício de suas funções, notadamente no que se refere à independência e autonomia. Ficariam os “advogados” integrantes desse tipo de serviço muito mais vulneráveis às pressões e interesses locais; isto fatalmente comprometeria o desempenho de suas atribuições, circunstância que ocorreria igualmente se houvesse a figura do juiz municipal ou do promotor de Justiça municipal. Exatamente para evitar esses dissabores, a tradição jurídica brasileira sempre optou pela colocação da assistência judiciária e, agora, da Defensoria Pública, no âmbito da competência estadual<sup>599</sup>.

Diante desses argumentos, parece-nos que não é possível aos Municípios a criação de nenhuma espécie de serviços públicos para prestação de assistência judiciária, sob pena de incidir em inconstitucionalidade. O que se admite, apenas, também com base na tradição jurídica brasileira, nos termos do Art. 1º, da Lei nº 1060/50, é que as Prefeituras prestem “colaboração” aos poderes públicos federal e estadual no desempenho de sua atribuição constitucional de prover os serviços de assistência jurídica e judiciária. Essa “colaboração” deve se traduzir em parcerias para melhorar a infra-estrutura física dos locais de funcionamento da Defensoria Pública, na cessão de recursos humanos, especialmente estagiários de direito, para apoiar o trabalho dos Defensores Públicos, além de auxílio para o melhor aparelhamento tecnológico inclusive com a cessão de equipamentos, de mobiliário, etc. Entretanto, jamais se admitiria a figura de um “Defensor Público municipal”. Temos a convicção de que a prestação desses serviços diretamente pelos Municípios acarretaria despesas que se configurariam como manifestamente inconstitucionais e ilegais, devendo por isso ser coibidas pelos Poderes

---

<sup>599</sup> No trabalho elaborado por Michael Zander, sob o título “*The first wave*”, publicado no livro “*Access to Justice and the Welfare State*” (Org. Mauro Cappelletti), o autor enumera o que ele chama de “*the desiderata for a Legal Aid Scheme*”, ou seja, algumas características importantes para a configuração de um sistema ideal de assistência jurídica. Citando precedentes ocorridos na Inglaterra, o autor informa que: “*In England many law centres have drawn the whole or a part of their moneys from local government sources. The disadvantage is that they have, in some instances, found themselves subjected directly or indirectly to political pressures to desist from particular forms of action. The Law Centres Federation has concluded that, on balance, they would be better insulated from the impact of such pressures by central funding. Even then, the risk of the funds being reduced at the behest of enemies of legal services remains. But sophistication about the value of and need for legal services is likely to be greater at the central than the local level. It may also be easier to mobilize counter-pressures against a threatened reduction in funding for legal aid at a central than a local level – through the press, the professional bodies, members of Parliament, etc.*” (pp. 40-41).

Legislativos e Tribunais de Contas no exercício de sua função fiscalizadora dos gastos municipais. Os Municípios não podem se desviar das competências que lhes são assinaladas pela Constituição e pelas Leis. No direito público, como se sabe, o administrador, mesmo que bem intencionado, não é livre para fazer o que acha oportuno. É preciso contar com respaldo legal e constitucional. E, no caso dos Municípios, não há nenhum amparo em sede constitucional para justificar a criação de órgãos próprios para esse tipo de serviço. Essa atribuição é privativa dos Estados e da União.

Outra conclusão que, a nosso sentir, decorre dos dispositivos constitucionais em apreço e também da Lei Complementar nº 80/94, que é a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, diz respeito à impossibilidade de que os Estados e a União criem cargos e órgãos administrativos outros que não a própria Defensoria Pública para que prestem esses serviços de assistência jurídica integral (seja no âmbito judicial ou extra-judicial). Em outras palavras, entendemos que somente através da Defensoria Pública pode legitimamente o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitarem. Nenhuma outra modalidade de prestação desses serviços organizada pelos Estados e pela União terá o necessário respaldo constitucional. Assim, por exemplo, os serviços paralelos de assistência jurídica prestados por entidades de assistência social da administração direta, ou mesmo os serviços de assistência jurídica aos internos do sistema penitenciário que, em muitos Estados, são prestados por advogados ou assistentes jurídicos integrantes de carreiras outras que não a da Defensoria Pública estão em total desconformidade com o paradigma desejado pelo legislador constituinte. Tais serviços devem ser paulatinamente extintos, incorporando-se à estrutura das Defensorias Públicas, a quem deve competir o gerenciamento e supervisão de todas as suas ações, sempre sob a responsabilidade de um membro da Defensoria Pública, que esteja devidamente revestido das garantias legais e constitucionais necessárias para o pleno desempenho de suas atribuições próprias. Esse entendimento tem amparo inclusive no ensinamento de Celso Ribeiro Bastos que afirma:

“o que é certo é que se excluem outras modalidades de assistência jurídica aos necessitados que não seja a da própria Defensoria Pública. Esta detém, com

exclusividade, a função de orientar juridicamente e de defender, em todos os graus, os necessitados.”<sup>600</sup>

Assim, as modalidades de convênios celebrados pelos Estados com a Ordem dos Advogados do Brasil, notadamente em Santa Catarina e em São Paulo, segundo nosso parecer, estão ostensivamente em confronto com as normas constitucionais que disciplinam a prestação de assistência jurídica aos necessitados.

### 5.4.3.

#### **A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública e sua importância para a consolidação institucional no campo normativo**

O significativo avanço representado pela constitucionalização da Defensoria Pública na Carta Política de 1988, foi efetivamente consolidado com a aprovação da Lei Orgânica da Defensoria Pública, que é a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. O comando do (atual)<sup>601</sup> § 1º, do Art. 134 da Constituição Federal determina que a organização da Defensoria Pública deve constar de Lei Complementar. Houve uma demora de mais de cinco anos entre a promulgação da Constituição e a aprovação da referida Lei Complementar. Entretanto, em que pese tal demora, o fato é que a Lei Orgânica acima citada representou um marco na institucionalização da Defensoria Pública como instrumento específico por meio do qual o Estado brasileiro – através da União Federal e dos Estados-membros – se desincumbirá da obrigação de assegurar efetiva igualdade no acesso à Justiça para toda a população nacional.

O Art. 1º da Lei Complementar nº 80/94 define com precisão o papel institucional a ser desempenhado pela Defensoria Pública, em cumprimento aos dispositivos constitucionais que lhe dão substrato e respaldo, nos termos seguintes:

---

<sup>600</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. “Comentários à Constituição do Brasil”. São Paulo, Saraiva, 1997. Vol. 4, Tomo IV (art. 127 a 135), p. 259/260.

<sup>601</sup> No texto originário da Constituição havia apenas um Parágrafo Único, no Art. 134. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi acrescentado mais um parágrafo ao referido dispositivo, passando o antigo parágrafo único a ser o parágrafo primeiro .

“A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei”.

Seguindo o mesmo paradigma institucional do Ministério Público, instituição igualmente essencial à função jurisdicional do Estado cuja existência precedeu e inspirou a criação da Defensoria Pública, a Lei Complementar nº 80/94 estabeleceu, no seu Art. 3º, que são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade<sup>602</sup> e a independência funcional. Segundo ensinamento de Silvio Roberto Mello Moraes:

“A unidade e a indivisibilidade, permitem aos membros da Defensoria Pública substituírem-se uns aos outros, obedecidas as regras legalmente estabelecidas, sem qualquer prejuízo para a atuação da instituição, ou para a validade do processo. E isto porque cada um deles é parte de um todo, sob a mesma direção, atuando pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades. A unidade, todavia, não implica na vinculação de opiniões. Nada impede que um Defensor Público que venha a substituir o outro, tenha entendimento diverso sobre determinada questão e, portanto, adote procedimento diferente daquele iniciado pelo substituído”.<sup>603</sup>

No que se refere especificamente à independência funcional, recorremos ao ensinamento de Breno Cruz Mascarenhas Filho que diz:

“A independência funcional, talvez o princípio que apresente maior relevância, revela a aptidão de o defensor, agir segundo suas próprias convicções e a partir de seus conhecimentos técnicos, desvinculadamente da opinião de seu chefe, a quem não se subordina senão do ponto de vista administrativo”.<sup>604</sup>

---

<sup>602</sup> Na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, utiliza-se os termos “unicidade” e “impessoalidade”, ao invés de “unidade” e “indivisibilidade” para identificar esses respectivos princípios institucionais (Art. 179, § 1º).

<sup>603</sup> Cf. MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo, RT, 1995, p. 22. De acordo com o entendimento que é consagrado no âmbito específico do Ministério Público, de onde provém historicamente a inspiração desses princípios, não há que se falar em “unidade” e “indivisibilidade” entre membros de Defensorias Públicas diversas; somente dentro de cada Defensoria Pública, e assim mesmo dentro dos limites da lei. Exatamente para suprir essa separação existente entre as Defensorias Públicas das diversas instâncias governamentais, a Lei Complementar nº 80/94 prevê a possibilidade de celebração de convênios nos Estados onde a Defensoria da União não esteja instalada de modo que as Defensorias Estaduais possam atuar em caráter supletivo na ausência de Defensores da União. Não havendo esse tipo de convênio, a responsabilidade recai sobre o patrimônio do devedor.

<sup>604</sup> (MASCARENHAS FILHO, Breno Cruz. Ob. Cit., p. 89) Confira-se também o que diz a Professora Marília Gonçalves Pimenta, sobre a independência funcional: “A instituição é dotada de autonomia perante os demais órgãos estatais, estando imune de qualquer interferência política que afete a sua atuação. E, apesar do Defensor Público Geral estar no ápice da pirâmide e a ele estarem todos os membros da DP subordinados hierarquicamente, esta subordinação é apenas sob o ponto de vista administrativo”. (Cf. PIMENTA, Marília Gonçalves. “Princípios Institucionais da Defensoria Pública”. In: ALVES, Cleber Francisco & PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em Preto e Branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 113).

Isto significa dizer que os Defensores Públicos são plenamente independentes no exercício de suas atividades funcionais, no que se refere aos aspectos e estratégias de natureza técnico-jurídicas de que pretendam se valer para levar a cabo a assistência e o patrocínio dos interesses das partes que estiverem sob seus cuidados. Os membros da Administração Superior da Defensoria Pública não têm nenhum poder de interferir nesse âmbito, sendo que suas decisões somente devem ser obrigatoriamente acatadas pelos membros da instituição nas matérias de ordem administrativa e disciplinar.

No que se refere às funções institucionais da Defensoria Pública, as principais delas estão prescritas no Art. 4º, da Lei Complementar nº 80/94, embora, como expressamente mencionado, esse rol não seja excludente de outras decorrentes da determinação constitucional de prestação da assistência jurídica “integral”. Em outras palavras, a lista de funções institucionais previstas na Lei não é *numerus clausus*.

É importante notar que, logo no primeiro inciso do referido dispositivo (Art. 4º), de modo um tanto ou quanto simbólico, quis o legislador dar destaque a uma atuação de âmbito extrajudicial, como que a salientar o importante papel da Defensoria Pública na busca da pacificação e harmonia social sem necessidade de atrelamento à atuação tradicional do Poder Judiciário. O Inciso I, do Art. 4º, determina que é função institucional da Defensoria Pública promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesse. Essa missão institucional deve ser destacada, na medida em que a Defensoria não pode se omitir no desempenho do importante papel de contribuir de modo decisivo para a mudança de uma mentalidade, digamos, “judicialista” ainda marcante no âmbito das profissões jurídicas. A atuação preventiva e a busca de meios alternativos de solução de conflitos deve ser uma tônica da atuação da Defensoria Pública. Muitas dos serviços prestados que devem ser prestados pelos defensores públicos prescindem totalmente de intervenção do Judiciário. Assim, por exemplo, a expedição de ofícios e requerimentos endereçados a órgãos da administração pública para resguardo de direitos, obtenção de documentos diversos necessários para o pleno exercício da cidadania, orientação de consumidores, reconhecimento voluntário de paternidade, e até certos conflitos de vizinhança que podem ser resolvidos com a mediação dos defensores, sem necessidade de propositura de

ação judicial, que muitas vezes nem seria possível dadas as especificidades dos problemas enfrentados.

Na enumeração das demais funções institucionais, aparecem logo em seguida as atribuições consideradas tradicionais ou “típicas”<sup>605</sup> que correspondem à representação judicial e extra-judicial daquelas partes – tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, como já tivemos oportunidade de salientar – que não disponham de recursos financeiros para contratar advogado, seja patrocinando os interesses do autor ou do réu, em causas criminais ou cíveis, ou até mesmo nas instâncias administrativas, de modo a garantir a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Para evitar qualquer dúvida, a Lei enfatiza que a Defensoria Pública poderá/deverá exercer suas funções institucionais inclusive perante as Pessoas Jurídicas de Direito Público. Isto quer dizer que o fato de a Defensoria Pública ser um órgão estatal não acarreta imunidade ao Estado que lhe permita de esquivar-se do cumprimento de suas obrigações e responsabilidade estabelecidas por lei perante os cidadãos, nem impedimento para que esses agentes estatais, no caso os Defensores Públicos, postulem o que for de direito contra o próprio ente estatal aos quais estão vinculados. Tal circunstância, inclusive, representa um dos fatores que deve ser levado em conta na delimitação das especificidades que distinguem a Defensoria Pública da Advocacia tanto pública quanto privada eis que os Defensores Públicos, diferentemente dos Advogados (sejam eles públicos ou particulares) podem livremente litigar contra os entes estatais com os quais mantenham vínculo funcional.

A Lei menciona ainda como função institucional a defesa de certas classes de pessoas específicas consideradas vulneráveis e que, por isso, segundo se tem entendido, seus interesses podem ser defendidos pela Defensoria Pública sem que haja maiores preocupações estritas de aferição da carência de ordem econômica e financeira. Nessa categoria inclui-se a defesa da criança e do adolescente, e o patrocínio dos direitos e interesses do consumidor lesado, previstos respectivamente nos incisos VII e XI da Lei Complementar nº 80/94. A Constituição

---

<sup>605</sup> Como ensinou Silvio Roberto Mello Moraes (Ob. Cit. p. 24), “podemos distinguir as funções da Instituição em típicas e atípicas. Típicas seriam aquelas funções exercidas pela Defensoria Pública na defesa de direitos e interesses de hipossuficientes. E atípicas seriam aquelas outras exercidas pela Defensoria Pública independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da Instituição. Esta distinção já era preconizada pelos doutos Defensores Públicos Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle T. da Silva”.

do Estado do Rio de Janeiro mencionou também, expressamente, a defesa do idoso. Mais ou menos nesse mesmo sentido tem sido interpretada também a atuação institucional da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas, tal como previsto literalmente no Inciso X dessa mesma Lei, órgãos esses cuja nova denominação, a partir de 1995, passou a ser de Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Assim, além das funções institucionais consideradas “típicas”, aparecem também as denominadas funções “atípicas” em que a atuação da Defensoria Pública é exigida por lei independentemente da situação econômica do eventual beneficiado. Isso ocorre sempre que a Defensoria Pública é chamada a atuar na representação de partes que, por qualquer motivo, não tenham constituído advogado, por exemplo, sempre que a questão *sub judice* envolva direitos indisponíveis, como é o caso da liberdade, na área do direito criminal<sup>606</sup>. Sua atuação se justifica nesses casos, para garantir a efetividade dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal; por isso, também há no rol das funções institucionais previstas na Lei Complementar nº 80/94 a expressa previsão, no Inciso VIII, da importante atuação da Defensoria Pública perante estabelecimentos policiais e penitenciários, com o objetivo de assegurar a todas as pessoas presas a proteção dos direitos e garantias individuais, independentemente de serem ou não necessitados economicamente. Mesmo nas causas cíveis, quando o réu estiver em lugar ignorado não tendo sido possível efetivamente haver certeza de que ele tenha tomado conhecimento de que é parte num processo judicial, caberá à Defensoria Pública exercer a representação processual dos interesses desse Réu ausente, desempenhando o múnus de Curador Especial, tal como determina o Inciso VI do referido Art. 4º<sup>607</sup>.

Para cumprir essas funções institucionais, tanto as típicas como as atípicas, o Defensor Público pode - e deve! - valer-se de todo instrumental técnico-jurídico

---

<sup>606</sup> Nesses casos, se o acusado não for economicamente necessitado e, ao final, vier a ser condenado, o Juiz deverá fixar o valor dos honorários correspondentes à atuação da Defensoria Pública, cujo valor será revertido aos cofres públicos, preferencialmente em favor de fundo próprio para fomento das atividades da própria Defensoria. Em caso de absolvição ficará isento de qualquer pagamento a esse título.

<sup>607</sup> Essa atribuição passou a ser privativa da Defensoria Pública, ficando assim revogado o Parágrafo Único do Art. 9º do Código de Processo Civil, tendo em vista o disposto no Art. 4º, Inciso VI, da Lei Complementar nº 80/94. Assim, somente se justifica a nomeação de advogado particular para desempenhar esse múnus processual em caso de inexistência do serviço da Defensoria Pública perante o órgão judicial respectivo.

– e até mesmo de mecanismos de cunho político – que se façam disponíveis, numa amplitude igual ou até mais vasta do que poderia fazer um advogado particular para defender os interesses de seus clientes. Assim, é preciso ter presente que a atuação dos Defensores vai muito mais além do que a mera postulação perante o Judiciário: deve abranger atuação perante órgãos da administração pública, que ainda é muito deficiente na grande maioria das Defensorias Públicas do país; e isto não apenas em defesas de acusados em processos disciplinares, mas também de uma maneira pro-ativa e criativa mediante toda e qualquer intervenção que possa resultar em preservação e ampliação de direitos e benefícios legalmente admissíveis em prol do cidadão, no campo da educação, saúde pública, moradia, e assistência social; deve abranger também a atuação em âmbito parlamentar, na busca do aprimoramento das leis que afetam diretamente os interesses dos mais pobres, assim como na conquista de novas garantias e benefícios legais capazes de contribuir para a erradicação da pobreza e a melhoria das condições de vida daqueles que são os destinatários da atuação da Defensoria Pública. Trata-se de garantir o Acesso à Justiça em sentido amplo, para todos, e em sentido pleno, integral, como determina a Constituição de 1988.

No desempenho de suas funções institucionais a Defensoria Pública conta com uma infra-estrutura de órgãos de diversas naturezas, conforme estabelece a Lei Orgânica Nacional em tela, a saber: órgãos de administração superior, órgãos de atuação e os, impropriamente, chamados órgãos de execução<sup>608</sup>. A Lei Complementar nº 80/94 estabelece que os órgãos de atuação sejam denominados de “Defensorias Públicas” e de “Núcleos da Defensoria Pública”, consoante o Art. 5º, Inciso II, alíneas “a” e “b”, relativamente à Defensoria Pública da União; e consoante o Art. 98, Inciso II, alíneas “a” e “b”, relativamente às Defensorias Públicas dos Estados. Segundo Silvio Roberto Mello Moraes, no que se refere aos Estados, nada impede que novas categorias de órgãos de atuação sejam criadas,

---

<sup>608</sup> A Lei Complementar nº 80/94 menciona que os órgãos de execução seriam os próprios Defensores Públicos. Ocorre que, segundo a doutrina, o conceito de “órgão público” traduz a idéia de um centro de competências instituído para o desempenho de certas funções estatais, não podendo ser confundido com o conceito de “agentes públicos” que são as pessoas físicas que ocupam o(s) cargo(s) público correspondente(s) a tais órgãos e que terão por função desempenhar as tarefas e atribuições próprias desses mesmos órgãos. Destarte, os Defensores não são, propriamente, “órgãos de execução” da Defensoria, mas “agentes públicos”, na categoria específica de “agentes políticos” que desempenham suas funções institucionais lotados nos respectivos “órgãos de atuação” que, segundo a lei, são as denominadas “Defensorias Públicas” e os “Núcleos da Defensoria Pública”.

acrescidas às indicadas na Lei Orgânica Nacional, dentro do exercício da competência supletiva de que dispõe as unidades federativas para legislar sobre a matéria. Este seria o caso de inúmeras modalidades de “órgãos auxiliares” como, por exemplo, Bibliotecas Jurídicas, Serviços de Apoio Técnico para consultorias diversas, notadamente em questões extra-jurídicas como por exemplo em assuntos de engenharia e topografia, contabilidade e cálculos em geral, biomedicina, informática, etc. Esses serviços muitas vezes se fazem indispensáveis para o bom desempenho de uma defesa jurídica, o acompanhamento da produção de provas técnicas, e a análise de laudos, documentos e outras situações empíricas relevantes para o deslinde de certas causas.

Para os fins do presente estudo queremos por em destaque o perfil próprio e o papel a ser desempenhado pelos diferentes tipos de órgãos de atuação da Defensoria Pública. Num trabalho pioneiro, apresentado em 1992 como dissertação de mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, Breno Cruz Mascarenhas Filho, na ocasião membro integrante da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, sob a orientação do Prof. José Ribas Vieira, propôs uma interessante classificação dos órgãos de atuação da Defensoria Pública em duas categorias: as Defensorias Públicas “tradicionais” e as “não-tradicionais”. Tal classificação, embora tenha se dado antes da promulgação da Lei Complementar nº 80/94, ainda se revela útil nos dias atuais.

A partir de uma análise empírica da organização da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro no início da década dos anos noventa, o referido autor classificou como “tradicionais” todos aqueles órgãos de atuação cuja missão se volta prioritariamente (embora não exclusivamente) à defesa dos interesses individuais dos destinatários de seus serviços, ou seja, as pessoas necessitadas, na forma da lei. Nessa categoria estariam a grande maioria dos órgãos de atuação existentes, abrangendo as Defensorias Públicas vinculadas aos órgãos judiciais (por exemplo: Defensoria Pública da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis ou Defensoria Pública do 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Petrópolis e assim por diante), as Curadorias Especiais, os Núcleos não especializados (chamados de Núcleos de Primeiro Atendimento) e os Núcleos de estabelecimentos penais. O autor justifica tal classificação em Defensorias Públicas “tradicionais”:

“porque os serviços prestados por essas Defensorias não são estranhos às primeiras Defensorias Públicas deste Estado. Inobstante mudanças organizacionais ocorridas na Defensoria Pública e no Judiciário, não se verifica entre esses órgãos de atuação qualquer alteração qualitativa no que concerne ao tratamento jurídico e político dispensado às questões que lhe são levadas. Ademais, as referidas Defensorias Públicas, de regra, refletindo a filosofia individualista que prevalece no Direito brasileiro, enxergam os destinatários de seus serviços como indivíduos isolados, permanecendo alheias ao caráter social das relações conflituosas objeto de sua atenção.” Para os fins do presente estudo queremos por em destaque o perfil próprio e o papel a ser desempenhado pelos órgãos de atuação.”<sup>609</sup>

Em contraste com esse papel dito “tradicional”, o referido autor salientava que alguns outros órgãos de atuação denominados “núcleos especializados” apresentavam situação bem diversa do que foi descrito acima, ocupando “espaço institucional novo, essencialmente diferente daquele coberto pelas Defensorias tradicionais”. Na época tais Defensorias “não-tradicionais” eram os Núcleos de Terras e Habitação, de Defesa do Consumidor e de Regularização de Loteamentos. Estes órgãos, segundo o autor, eram marcados por concepções que requeriam não só o questionamento da qualidade e da efetividade do serviço público de ajuda legal, mas também a conscientização do cidadão relativamente aos próprios direitos, em especial ao direito a uma ordem jurídica legítima e socialmente eficaz. Passada mais de uma década, no caso do Estado do Rio de Janeiro, esse quadro de Defensorias Públicas “não tradicionais” vem se ampliando de modo contínuo. Atualmente são oito os Núcleos Especializados existentes<sup>610</sup> na estrutura de órgãos de atuação da Defensoria do Rio de Janeiro, que procuram prestar um serviço de caráter holístico, buscando inicialmente soluções extra-judiciais, mediante conciliação entre as partes e acordos extra-judiciais. Também atuam no enfrentamento de problemas não apenas de ordem individual, casuística, mas na formulação e execução de uma política de defesa de interesses dos respectivos destinatários desses núcleos, tanto os de caráter individual homogêneo, como os de natureza difusa e coletiva.

Essa idéia de Defensorias Públicas “não tradicionais” está muito próxima da noção de funções “atípicas” da instituição, em que o aspecto ligado à carência

<sup>609</sup> MASCARENHAS FILHO, Breno Cruz. Ob. Cit., p. 96.

<sup>610</sup> Além dos três pioneiros acima mencionados (Consumidor, Terras e Habitação, Regularização de Loteamentos), foram criados mais os seguintes: Núcleo Especial de Direitos da Mulher e de Vítimas de Violência – NUDEM; Núcleo Especial de Atendimento à Pessoa Idosa – NEAPI, Serviço de Atendimento e Proteção à Criança e Adolescente – SAPECA, Núcleo dos Portadores de Necessidades Especiais e Deficiências – NUPOND, além de um Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos.

econômica dos possíveis beneficiários pelas ações levadas a efeito pelos Defensores não seja necessariamente uma condicionante decisiva para ensejar a atuação do respectivo órgão. Diversas têm sido as iniciativas de que se tem notícia no âmbito das variadas Defensorias Públicas dos Estados da federação no sentido de se reforçar essa modalidade de atuação dita “não tradicional”. Também no âmbito teórico e intelectual, algumas reflexões a esse respeito já foram publicadas, valendo destacar o denso trabalho elaborado pelo Professor e Defensor Público carioca José Augusto Garcia, sob o título “Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Pública: a Aplicação do Método Instrumental na Busca de um Perfil Institucional Adequado”<sup>611</sup>.

Esse dilema entre a atuação “tradicional” e “não-tradicional” no seio da Defensoria Pública corresponde, de certa maneira, àquele vivido pela instituição correlata do Ministério Público, conforme informam os estudos e pesquisas realizados pela equipe da Professora Maria Tereza Sadek, da USP<sup>612</sup>. Servindo-nos das palavras dessa autora quando se refere ao que a referida autora chama de tipo “novo” do Ministério Público, é fato que também com relação ao novo perfil institucional, dito “não tradicional”, que se começa a consolidar para a Defensoria Pública, revela-se tal perfil de difícil caracterização, “exatamente por se encontrar em processo de construção, ou mais precisamente, de expansão”. No Estudo Diagnóstico sobre a Defensoria Pública no Brasil, publicado em 2004 pelo Ministério da Justiça, ficou evidenciada – em âmbito nacional – que essa mudança de paradigma ainda é um desafio para grande parte das Defensorias Públicas do país. De acordo com o levantamento acerca do conteúdo dos questionários respondidos pelos Defensores de todo o Brasil, a equipe da Professora Sadek concluiu que:

---

<sup>611</sup> Artigo publicado na Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, Volume I, Julho/Setembro de 2002, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris.

<sup>612</sup> Em trabalho publicado na obra coletiva “Justiça e Cidadania no Brasil”, a Professora Maria Tereza Sadek comenta que “no que se refere ao Ministério Público dos estados, não se pode falar de um único modelo no qual estejam contidas todas as instituições estaduais. As variações regionais e estaduais são, como observamos, notáveis. O modelo comporta desde um Ministério Público mais voltado para a persecução penal até um Ministério Público que se define, sobretudo, como agente possuidor de responsabilidade social. No primeiro caso tem-se um Ministério Público mais afeito às suas atribuições tradicionais, enquanto no limite oposto encontra-se um Ministério Público que busca expandir ao máximo as possibilidades contempladas nas legislações.” (SADEK, Maria Tereza. “Cidadania e Ministério Público”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo, Sumaré/Idesp, 2000, pp. 17-18).

“As respostas mostraram também que tem sido muito tímida a atuação das DPs no sentido de desenvolver um trabalho sistemático de informação sobre direitos, sobre cidadania e sobre o próprio papel da Defensoria Pública. Esta atuação certamente significaria a abertura da instituição para novas frentes de trabalho, aumentaria a procura e possibilitaria uma diversificação dos destinatários dos serviços. Isto é, seria possível o desenvolvimento, ao lado da atuação mais tradicional, de atividades voltadas para a conscientização de direitos e deveres e para as causas de natureza coletiva.”<sup>613</sup>

Além de dispor sobre as funções institucionais da Defensoria Pública, e a respeito das linhas gerais de sua estrutura orgânica, a Lei Complementar nº 80/94 também se ocupa de estabelecer o modo de ingresso e de progressão na carreira, as garantias e prerrogativas dos membros da instituição, além dos deveres funcionais e proibições a serem observadas. Tais normas têm como principal finalidade assegurar as condições elementares de estabilidade e independência funcional necessárias para o pleno cumprimento da Missão constitucional própria da Defensoria Pública. Diferentemente do que ainda pensam alguns integrantes das classes jurídicas, o Defensor Público não é um Advogado no sentido específico do termo<sup>614</sup>. Por isso, entendemos que a norma do Art. 3º, § 1º, da Lei nº 8906/94 – que é o Estatuto da Advocacia – ao estabelecer que os membros da Defensoria Pública estão sujeitos ao regime jurídico daquela Lei, não deve ser considerada como válida e eficaz pois padece de vício de inconstitucionalidade formal. A Constituição Federal determina que a Defensoria Pública será regulada mediante Lei Complementar que, no caso, é a Lei Complementar nº 80/94. Não há nessa Lei nenhum dispositivo estabelecendo obrigatoriedade de os Defensores Públicos Estaduais serem vinculados à Ordem dos Advogados do Brasil para exercerem seu múnus constitucional. Destarte, não poderia uma lei ordinária posterior estabelecer qualquer exigência nesse sentido<sup>615</sup>. Esta tese tem sido

<sup>613</sup> Cf. “Estudo Diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil”, publicado em 2004 pelo Ministério da Justiça (p. 74).

<sup>614</sup> Apenas num sentido lato seria admissível tratar o Defensor Público como sendo um Advogado, do mesmo modo como, também no sentido lato do termo, os Promotores de Justiça são espécies de Advogados (“advogam” ou pleiteiam em juízo na defesa de interesses da sociedade como um todo, e de certas classes específicas de pessoas). Já os Procuradores dos Estados e os Advogados da União, estes sim podem ser considerados Advogados não apenas em sentido lato, mas também no sentido estrito, integrantes que são da modalidade que a Constituição Federal denomina de “Advocacia Pública”, na qual não estão incluídos os Defensores Públicos, como se explicitará melhor adiante.

<sup>615</sup> Somente os Defensores Públicos investidos na função antes do advento da Lei Complementar nº 80/94, que – segundo entendimento majoritário – não são atingidos pela proibição de exercício da advocacia particular, se quiserem exercer a advocacia privada paralelamente ao desempenho da função de Defensor, desde que, naturalmente, o façam sem prejuízo de suas atribuições legais,

solidamente sustentada por José Fontenelle Teixeira da Silva, um dos mais respeitados estudiosos das questões institucionais da Defensoria Pública<sup>616</sup>. Mesmo no que se refere aos Defensores Públicos da União, segundo Rogério dos Reis Devisate, parece razoável o entendimento de que teria havido uma inconstitucionalidade superveniente da norma do art. 26, § 2º, da Lei Complementar nº 80/94, que exigia a inscrição no quadro da Advocacia. Isto em virtude da edição da Emenda Constitucional nº 19/98 que renomeou as Seções integrantes do Capítulo que trata das funções essenciais à Justiça, excluindo os Defensores Públicos do gênero advocacia e, particularmente, da advocacia pública<sup>617</sup>.

Dentre as garantias institucionais asseguradas pela Constituição e pela Lei Complementar nº 80/94 aos membros da Defensoria Pública destacam-se a inamovibilidade<sup>618</sup>, a irredutibilidade de subsídios<sup>619</sup> e a estabilidade funcional. No caso do Estado do Rio de Janeiro, os Defensores Públicos têm assegurada não apenas a mera estabilidade funcional, mas também a garantia da vitaliciedade o que os coloca no mesmo patamar dos membros do Ministério Público e da Magistratura. Essas garantias têm por fundamento não o de erigir uma casta privilegiada de servidores públicos, mas tão somente o de conferir a certos agentes políticos do Estado as condições imprescindíveis para que possam desempenhar

---

estes sim devem manter sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, submetendo-se ao regime próprio dos Advogados enquanto estiverem atuando como tais, ou seja, fora do exercício das funções institucionais da Defensoria Pública. Quanto aos demais Defensores que estão impedidos ou que não querem exercer a advocacia privada, no nosso entendimento, não estão obrigados a manter inscrição no quadro da OAB. Esse entendimento se reforça ainda mais após a edição da Emenda Constitucional nº 19/98.

<sup>616</sup>Ver a respeito dessa tese sustentada por Fontenelle o trabalho publicado na Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, Volume II, Out.-Dez/2002), sob o título “*Advocacia Privada e Advocacia Estatutária – uma nova proposta de classificação das atividades privativas da advocacia*”.

<sup>617</sup> Para melhor aprofundamento sobre a correta categorização da atividade dos Defensores Públicos no quadro geral das funções essenciais à Justiça, confira-se o relevante trabalho escrito por Rogério dos Reis Devisate, publicado na Revista de Direito da Defensoria Pública (Ano 15, nº 19, 2004), sob o título “*Categorização: Um ensaio sobre a Defensoria Pública*”, além do trabalho de José Fontenelle Teixeira da Silva, acima referido.

<sup>618</sup> De modo superficial, a garantia da inamovibilidade significa que o Defensor Público lotado em um determinado órgão de atuação somente pode dele ser removido a título voluntário, não correndo o risco de ser deslocado do órgão onde esteja desempenhando suas funções mesmo que sua atuação esteja contrariando interesses de autoridades superiores ou de pessoas economicamente ou politicamente poderosas. Somente em casos expressamente previstos em lei, por motivo comprovado de interesse público, mediante decisão do colegiado competente, será possível a hipótese de remoção compulsória.

<sup>619</sup> Essa garantia, em tese, passou a ser assegurada a todos os servidores públicos, por força do disposto no Art. 37, XV, da Constituição Federal.

com plena independência e estabilidade suas funções constitucionais, em benefício do bem comum.

Também para resguardar a independência e autonomia funcional dos membros da Defensoria Pública, a Constituição estabeleceu o concurso público como modo exclusivo de ingresso na carreira. A organização e realização desse concurso, segundo determina a Lei Complementar nº 80/94 é de competência privativa de um órgão da estrutura interna da instituição, no caso o Conselho Superior. Assim, o acesso à carreira se faz por critérios objetivos destinados a aferir a qualificação técnica dos candidatos. Também a aferição da aptidão específica para o desempenho da função e a postura ética dos candidatos aprovados no concurso é deixada ao crivo do referido Conselho. Tais requisitos devem ser criteriosamente aferidos durante o tempo do estágio probatório. Com a autonomia administrativa reconhecida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a decisão sobre momento de conveniência e oportunidade acerca da realização de concurso público para as Defensorias Públicas dos Estados deverá ser de competência privativa do Chefe Institucional, não mais dependendo de autorização do Governador do Estado<sup>620</sup>. Do mesmo modo, encerrado o concurso, o ato de nomeação e posse dos aprovados também deverá ser de competência do Defensor Público Geral<sup>621</sup>, nos mesmos moldes do que se passa no âmbito da Defensoria Pública da União, e do Ministério Público e da Magistratura. Também com o objetivo de evitar influências políticas na atuação dos Defensores Públicos, os critérios para lotação nos órgãos de atuação e para promoção na carreira são os

---

<sup>620</sup> O Estudo Diagnóstico sobre a Defensoria Pública no Brasil, lançado no ano de 2004 pelo Ministério da Justiça informava que em um terço (33,3%) das Defensorias Públicas Estaduais os respectivos Chefes Institucionais ainda não contavam com Leis Estaduais garantindo a prerrogativa de abertura de concursos para ingresso na carreira, em que pese a norma da Lei Complementar nº 80/94 conferindo tal atribuição ao Defensor Geral da União, que poderia servir de paradigma por analogia, para os congêneres estaduais. Importante notar que mesmo em Estados onde tal prerrogativa estava expressamente garantida, como o Rio de Janeiro, ocorreu um lamentável episódio em que a Governadora do Estado invadiu a esfera de atribuições do Defensor Geral, impedindo de fato a deflagração de concurso público regularmente autorizado pelo Chefe Institucional e pelo Conselho Superior da Defensoria Pública. Tal interferência espúria e ilegal se deu com o simples fato de haver sido denegada pela Imprensa Oficial (por ordens da Governadoria do Estado) a publicação do Edital de abertura do concurso. Com essa singela medida, simplesmente se sustou a possibilidade de eficácia do ato administrativo de competência do Defensor Geral que, embora formalmente esteja investido da prerrogativa de abrir os concursos públicos para a carreira, de fato viu-se impedido de exercer sua atribuição.

<sup>621</sup> Quanto a esta prerrogativa de prover os cargos iniciais da carreira, de acordo com o Estudo Diagnóstico referido na nota precedente, no ano de 2004, quase quarenta por cento (38,1%) dos Defensores Gerais dos Estados ainda não contavam com Leis Estaduais garantindo tal prerrogativa.

estabelecidos em lei, ou seja, antiguidade e merecimento, seguindo o mesmo padrão adotado para as demais carreiras jurídicas.

A Lei Complementar nº 80/94 enumera ainda as prerrogativas conferidas aos membros da Defensoria Pública. Tais prerrogativas existem e devem ser exercidas não sob o enfoque de um privilégio ou “mordomia” em favor do Defensor Público, mas sim com o intuito de favorecer os destinatários dos serviços da assistência jurídica integral e gratuita. Isto é o que nos fala a Defensora Pública carioca Glauce Mendes Franco:

“As prerrogativas dos Defensores Públicos devem ser determinadas pela natureza da função que exercem, sempre enfocando-se a necessidade de proporcionar ao necessitado os mesmos meios e possibilidades que possam os poderosos obter à custa dos seus recursos financeiros”.<sup>622</sup>

Dentre as prerrogativas asseguradas por lei, cabe destacar a que estabelece o direito de intimação pessoal acerca de todos os atos processuais e de contagem em dobro dos prazos, já consagrados também na Lei nº 1060/50, conforme anteriormente indicado. Também merece destaque a possibilidade concedida ao Defensor Público de se manifestar em autos de processos administrativos e judiciais por meio de cota manuscrita, sem necessidade formal de apresentar petição em folha avulsa para ser juntada aos autos. Relevante ainda a prerrogativa de representar a parte sem necessidade de apresentação de mandato, conforme já explicitado anteriormente.

De suma importância é a prerrogativa que confere aos Defensores Públicos o chamado “poder de requisição”, similar ao que foi conferido aos membros do Ministério Público, autorizando-os a “requisitar de autoridade pública e de seus agentes, exames, certidões, periciais, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições”<sup>623</sup>. No que se refere a este poder requisitório, ganha especial relevo a possibilidade de o Defensor Público determinar a prática de atos notariais e registrais necessários à prestação da assistência jurídica integral e gratuita<sup>624</sup>,

<sup>622</sup> FRANCO, Glauce Mendes. “Parecer da Assessoria de Direito Constitucional e Direito Administrativo da PGDP”. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. (Ano 5, Nº 6, 1992, p 316).

<sup>623</sup> Cf. o Inciso X do Art. 44 (referente aos Defensores Públicos da União), do Art. 89 (referente aos Defensores Públicos do Distrito Federal e dos Territórios) e do Art. 128 (referente aos Defensores Públicos dos Estados), da Lei Complementar nº 80/94.

<sup>624</sup> A respeito desse ponto, remetemos o leitor para o trabalho elaborado pelo Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, publicado na Revista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (ano 6,

assunto já discutido acima, na seção referente à abrangência do direito de assistência jurídica integral e gratuita. Também se inclui nessa prerrogativa do, assim chamado, “poder de requisição” a possibilidade de o Defensor Público requisitar à autoridade policial a abertura de inquéritos policiais.

Quanto às demais prerrogativas enumeradas na Lei Complementar nº 80/94, são similares àquelas que são conferidas por lei aos advogados em geral. Aliás, considerando a analogia inerente às funções de postulação de interesses privados em juízo, *mutatis mutandis* devem ser estendidas aos Defensores Públicos todas as prerrogativas legais próprias da Advocacia, tal como previsto no Art. 6º, da Lei nº 8960/94, como por exemplo aquelas previstas nos Incisos VI a XII e XIX e XX desse referido dispositivo legal.

Examinadas as prerrogativas legais, não se pode deixar de mencionar que a Lei também impõe deveres e estabelece certas proibições a serem observadas pelos membros da Defensoria Pública, tal como previsto no Art. 45 e seguintes da Lei Orgânica da Defensoria, dispositivos esses que são reproduzidos nos Art. 90 e seguintes e Art. 129 e seguintes, respectivamente com relação às Defensorias da União, do Distrito Federal/Territórios e dos Estados. Dentre os referidos deveres legais, convém destacar que, à semelhança também do que é exigido dos membros do Ministério Público e da Magistratura, os Defensores Públicos têm a obrigação de fixar residência na localidade onde exercem suas funções<sup>625</sup>. Os demais deveres elencados na Lei são decorrências inerentes ao exercício das funções institucionais e aos aspectos ético-profissionais comuns a todas as profissões jurídicas<sup>626</sup>, especialmente da Advocacia. A esse respeito, parece oportuna a advertência de Augusto Tavares Rosa Marcacini, quando diz que:

“Quanto à maneira de prestar atendimento individual, o necessitado deve ter o mesmo tratamento que seria dispensado a qualquer cliente de um escritório de advocacia: deve ser informado da melhor maneira possível acerca dos detalhes que envolvam o caso. Não basta uma atitude paternalista de dizer-lhe ‘eu cuido do seu

---

número 8, 1995, p. 26/27), sob o título “Inclusão dos Serviços Notariais e Registrários na Assistência Jurídica Integral”.

<sup>625</sup> Esse dispositivo legal tem por objetivo assegurar a pronta intervenção do Defensor Público sempre que necessário, evitando deslocamentos de longa distância para atuação funcional de emergência, assim como objetiva também a maior integração do Defensor na comunidade onde deve atuar. Tem prevalecido o entendimento que somente os Defensores que já tenham lotação fixa definitiva estão obrigados a cumprir esse preceito, adotando-se por analogia a regra fixada no Art. 43, Inciso X, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

<sup>626</sup> Assim, por exemplo, a lei prevê o dever de “desempenhar com zelo e presteza os serviços de seu cargo”, o dever de “atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória sua presença”, ou de “declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei” etc.

caso’, mas deve o beneficiário ser esclarecido quanto a sua situação jurídica, as suas chances, o que pesa a seu favor e o que pesa contra. O atendimento deve fazer com que o caso sirva de experiência ao cliente para situações da vida futura, devem ser-lhe esclarecidos, ainda que de uma forma bastante simplificada, o funcionamento da máquina judicial e algumas noções básicas de Direito que o façam compreender o que se passa. Além disso, o atendimento deve procurar vencer a barreira sociocultural que separa o beneficiário do advogado. Palavras simples devem ser usadas, e deve-se procurar conversar com calma, pois a diferença de vocabulário pode levar a alguns mal-entendidos”.<sup>627</sup>

Em suma, no que se refere ao relacionamento com seus clientes, o membro da Defensoria tem praticamente os mesmos deveres que os advogados têm para com seus clientes.

Quanto às proibições, merece destaque a que veda aos Defensores Públicos o exercício da advocacia “fora das atribuições institucionais”<sup>628</sup>. Trata-se de norma estabelecida expressamente não apenas na Lei Complementar nº 80/94 mas também no texto da Constituição Federal. O objetivo dessa norma é assegurar plena dedicação do membro da Defensoria Pública ao seu múnus funcional. A possibilidade de exercício paralelo da advocacia privada juntamente com a atuação na Defensoria Pública fatalmente suscita comparação relativamente ao grau de empenho e devotamento profissional nas causas em que atua, dando margem à impressão de que o Defensor ao qual, por direito adquirido, ainda se autoriza o exercício da advocacia privada, faz um tratamento diferenciado entre o universo de seus clientes. De fato, nesses casos, parece ser extremamente difícil resistir à tendência de privilegiar o atendimento dos que lhe pagam honorários advocatícios em detrimento dos beneficiários da assistência judiciária pública. Por isso, o constituinte resolveu proibir o exercício da advocacia privada aos Defensores Públicos, circunstância que também serve para confirmar a igualdade

---

<sup>627</sup> MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Ob. Cit., pp. 71-72.

<sup>628</sup> Cabe aqui a observação, já suscitada anteriormente, no sentido de que embora pratique atos que são típicos da advocacia, o Defensor Público não é Advogado. Rogério Devisate propõe inclusive um interessante neologismo para definir a atuação dos membros da Defensoria Pública, criando o verbo “defensorar”. Eis o que afirma esse autor: “o atuar de cada Defensor Público não poderia ser visto como um ato de “advogar”, embora em parte tal conduta se assemelhe, merecendo ser tratado como um “ato de Defensoria Pública”, ou, num neologismo, naturalmente sempre estranho à primeira impressão, que poderíamos ousar chamar de um ato de “defensorar”... Sim, pois os advogados (profissionais liberais ou da advocacia pública) naturalmente são aqueles que “advogam”, os promotores “oficiam” ou “promovem” e os defensores públicos praticariam um “ato de Defensoria Pública” – pensamos ousadamente: “defensoram”. (DEVISATE, Rogério dos Reis. Ob. Cit., p. 368).

de tratamento – tanto com relação aos ônus quanto aos bônus – que a instituição deve ter em comparação com o Ministério Público<sup>629</sup>.

Existem ainda outras proibições inerentes aos aspectos próprios da missão institucional e à ética profissional jurídica<sup>630</sup>, cabendo ressaltar, por oportuno, a vedação legal de exercício de atividade comercial, salvo como cotista ou acionista, e a vedação legal de atividade político-partidária quando tiver atribuições para atuar junto à Justiça Eleitoral. Não é demais lembrar que, respeitadas as especificidades próprias, as normas legais referentes ao regime jurídico dos servidores públicos da respectiva esfera governamental se aplicam também, em caráter supletivo, aos membros das Defensorias Públicas no que se refere a direitos, vantagens, deveres e obrigações, naquilo que não contrariarem as normas estabelecidas nas Leis Orgânicas Nacional e Estaduais da Defensoria Pública.

#### **5.4.4.**

#### **Um breve retrato da realidade institucional da Defensoria Pública e dos Defensores Públicos brasileiros**

Numa clara demonstração de compromisso com a melhoria das condições de acesso à Justiça das populações mais pobres no Brasil, o Governo Federal, através do Ministério da Justiça, tem desenvolvido inúmeras ações e políticas voltadas para o fortalecimento institucional da Defensoria Pública. Um evidente sinal desse esforço foi o posicionamento político do Governo junto ao Congresso Nacional no sentido de estabelecer como ponto chave da Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário, que veio a ser promulgada como Emenda Constitucional nº 45/2004, a garantia de autonomia administrativa e financeira para as Defensorias Pública estaduais.

---

<sup>629</sup> Diversa é a situação dos membros da Advocacia Pública, no caso os Procuradores dos Estados, os Advogados da União, os Procuradores autárquicos, etc, que – segundo a Lei e a Constituição - jamais deixam de ser propriamente advogados, e aos quais é facultado o exercício da advocacia privada paralelamente à advocacia pública, apenas com a ressalva de que estão impedidos de advogar contra as pessoas jurídicas que os remuneram. Também sob esse aspecto tais carreiras se distanciam de uma pretensa equiparação total com os Defensores Públicos, Promotores de Justiça e magistrados que são proibidos de exercer a advocacia.

Outra ação governamental que explicitou de modo claro a prioridade conferida ao fortalecimento da Defensoria Pública foi a realização de um amplo estudo diagnóstico sobre a instituição, lançado pelo Ministério da Justiça no final do ano 2004. Foi a primeira vez que se fez no Brasil um mapeamento oficial dessa magnitude acerca da realidade das Defensorias Públicas. Tal estudo, coordenado pela Professora Maria Tereza Sadek, da Universidade de São Paulo, representa uma importante fonte para as pesquisas sobre o funcionamento e a forma como vêm efetivamente operando essas entidades governamentais que prestam a assistência jurídica integral e gratuita assegurada como direito fundamental na Constituição de 1988.

O trabalho publicado pelo Ministério da Justiça abrangeu duas perspectivas distintas. Primeiramente procurou-se traçar o perfil institucional e suas variações nas diferentes unidades federativas e na União. Para cumprir esse objetivo, foram elaborados questionários para serem respondidos pelas chefias institucionais de cada uma das Defensorias Públicas em atividade no país. A outra perspectiva do estudo procurou levantar as características demográfica e sociológica dos membros da instituição e o seu pensamento acerca de temas relevantes para a própria Defensoria e para o sistema da Justiça como um todo. O método adotado para levantamento dos dados também se deu através de questionários enviados a todos os Defensores Públicos do país.

Dentre as principais conclusões inferidas desse estudo, segundo relato apresentado pela coordenadora da pesquisa, a Professora Maria Tereza Sadek, podemos enumerar as seguintes:

- a) as Defensorias Públicas apresentam estrutura organizacional bastante heterogênea pelo país afora, em que pese o fato de que a Lei Complementar nº 80/94 tenha traçado normas gerais a serem observadas em todo território nacional; no período a que se refere o estudo<sup>631</sup> a instituição normalmente encontrava-se ainda fortemente

---

<sup>630</sup> À guisa de exemplo, proíbe-se ao Defensor “receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições”.

<sup>631</sup> Embora não haja indicação precisa do período em que se deu a coleta das informações, parece que os dados se referem ao primeiro semestre do ano de 2004, que foi exatamente o período em que tivemos a oportunidade de participar da pesquisa, na condição de membro da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, respondendo e enviando ao Ministério da Justiça o questionário pertinente.

vinculada ao Poder Executivo, sendo significativamente limitadas sua autonomia institucional e capacidade de autogestão;

- b) o serviço prestado pela instituição não atingiu o grau de universalidade desejável, em relação aos destinatários de suas atribuições: nos Estados em que há Defensorias Públicas o grau de cobertura do serviço era de apenas 42,3% das comarcas existentes, o que implicava no fato de que 57,7 % das comarcas desses Estados não contavam com atendimento da Defensoria Pública; se considerados todos os Estados da Federação o índice de cobertura do serviço cai para apenas 34,2 % das comarcas brasileiras; a pesquisa mostrou também que o maior percentual de comarcas não atendidas estava exatamente nos Estados com piores indicadores sociais;
- c) há uma forte desproporção entre o número de juízes e o número de defensores públicos no país: na época da pesquisa o Brasil contava com 1,86 defensores para cada 100.000 habitantes, enquanto que o número de juízes para esse mesmo universo populacional era de 7,7;
- d) os gastos dos Estados com os serviços de Defensoria Pública são irrisórios em comparação com os gastos totais com o sistema da Justiça: apenas 6,15% do que se gasta com os serviços ligados à Justiça são aplicados na Defensoria Pública (em média os Estados gastam R\$ 71,67 por habitante com o sistema de justiça, enquanto que apenas R\$ 3,91 é destinado à Defensoria Pública);
- e) mesmo dentre as Defensorias Públicas dos diversos Estados, há uma enorme desproporção entre as despesas *per capita*: enquanto na Bahia o percentual de gastos da Defensoria Pública corresponde a apenas um centavo (R\$ 0,01) por habitante, no Mato Grosso do Sul esse valor sobe para R\$ 11,93;
- f) no que se refere ao aporte orçamentário destinado pelas unidades federativas em função do número de habitantes potencialmente destinatários dos serviços prestados pela Defensoria Pública, a pesquisa revelou que nos Estados em que é mais aguda a necessidade de presença da Defensoria são proporcionalmente

menores os recursos a sua disposição; em outras palavras, quanto pior o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)<sup>632</sup> é menor o volume de recursos direcionados ao atendimento do cidadão;

- g) a média de vencimentos iniciais dos defensores públicos no país era de R\$ 4.279,81 (sendo a remuneração de apenas R\$ 1.745,00 na Paraíba e de R\$ 6.373,00 no Rio de Janeiro, com o pico de R\$ 10.000,00 de salário inicial no Amapá) e a de vencimentos finais de R\$ 5.708,35 (atingindo o pico de R\$ 11.300,00 no Rio de Janeiro)<sup>633</sup>;
- h) as ações cíveis correspondem a 76 % das ações ajuizadas ou respondidas no país pela Defensoria Pública, circunstância que indica o fato de que a instituição tem intensificado sua atuação noutros campos além daquele que originariamente era sua principal atividade (a defesa criminal), passando a adotar uma postura que privilegia direitos;
- i) segundo dados referentes ao ano de 2003, cada Defensor público no Brasil ajuizou em média 308,2 ações cíveis, 112,8 ações criminais, realizou 1594,3 atendimentos e participou de 298,7 audiências<sup>634</sup>;

No que se refere ao perfil demográfico e sociológico dos membros da Defensoria Pública, a pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça indicou que:

- a) os membros da Defensoria Pública brasileira são, em sua maioria, do sexo feminino, com média de idade de 43 anos, de cor branca e

<sup>632</sup> Trata-se de índice criado pelo PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento que, em linhas gerais resulta da combinação de três dimensões: longevidade, educação e renda.

<sup>633</sup> Há um grande fosso que evidencia a discriminação remuneratória entre as carreiras jurídicas que deveriam ter tratamento isonômico. Assim, em meados do ano 2005, com a aprovação da lei de fixação dos subsídios dos magistrados e membros do Ministério Público os Estados começaram a implantar a nova política remuneratória dessas carreiras, cujos valores iniciais atingem cerca de R\$ 18.000,00. Sob o argumento de “dificuldades de caixa” os Estados resistem a conferir tratamento remuneratório idêntico aos integrantes da Defensoria Pública. Isto tem provocado uma contínua evasão de brilhantes profissionais das fileiras da Defensoria Pública, enfraquecendo a instituição e a qualidade dos serviços que presta. Essa situação explica o índice de quase um terço dos Defensores Públicos do país que se declararam “insatisfeitos” com a carreira, e que pretendem migrar para outras atividade profissional, conforme indicado no “Estudo Diagnóstico da Defensoria Pública” publicado pelo Ministério da Justiça em 2004..

<sup>634</sup> Dificilmente qualquer escritório de advocacia privada do país alcançaria um índice *per capita* de produtividade similar ao que foi constatado na Defensoria Pública.

casados; a proporção de Defensores Públicos brancos é sensivelmente superior à proporção de brancos na população nacional;

- b) a maioria dos Defensores Públicos provêm de famílias cujos pais não possuem escolaridade universitária (66,5 % dos pais e 77,4 % das mães não têm grau universitário), sendo que quase um terço dos pais não tem nenhuma escolaridade;
- c) dentre as razões apontadas pelos membros da Defensoria Pública que mais os influenciaram a escolher a carreira estão: a possibilidade de advogar para pessoas carentes, a possibilidade de exercer um trabalho social e a estabilidade no emprego; isso demonstra um expressivo grau de sensibilidade e consciência do papel social dos Defensores Públicos, preponderando motivos de natureza altruística em confronto com os de natureza egoística;
- d) apesar disso, quase 40 % dos Defensores Públicos do país estavam se preparando para abandonar a Defensoria e ingressar noutra carreira jurídica; tal índice provavelmente é reflexo da discriminação salarial de que são vítimas os Defensores Públicos em comparação com as demais carreiras jurídicas congêneres;
- e) os Defensores Públicos que participaram da pesquisa indicaram como medidas destinadas a melhorar a atuação institucional as seguintes: concessão de autonomia à instituição, legitimação do órgão para ajuizamento de ações coletivas, utilização de meios alternativos de solução de conflitos e apoio multidisciplinar para o exercício das funções institucionais.

#### **5.4.5.**

#### **A Defensoria Pública do RJ e seu pioneirismo no cenário nacional**

Dentre os Estados da Federação brasileira, considera-se que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro é a de maior peso político além de ser tida

como uma das mais bem organizadas. É também reconhecidamente a mais antiga Defensoria do país, já que foi instalada há mais de 50 anos, em 1954, no antigo Estado do Rio de Janeiro, antes da fusão com a Guanabara. Atualmente são quase 700 Defensores Públicos para uma população de 7.792.574 habitantes. Para efeitos comparativos, cabe considerar que o Estado do Rio de Janeiro conta com um quadro de cerca de 950 magistrados (dentre os quais 160 são desembargadores). Se considerada apenas a população mais pobre, a quem se destina prioritariamente o serviço da Defensoria Pública, temos a média de 01 Defensor para cada grupo de 11.164 pessoas.

O atual Estado do Rio de Janeiro, como se sabe, é fruto da fusão do Estado da Guanabara, que por sua vez havia sido o Distrito Federal até a fundação de Brasília, com a antiga província fluminense, cuja denominação era homônima ao novo Estado que surgiu em 1975. A instituição da Defensoria Pública tal como existe nos dias atuais foi consolidada a partir do ano de 1977, logo após a fusão, quando se aprovou a Lei Complementar Estadual nº 6, que serviu de referencial e paradigma para a trajetória normativo-institucional das demais Defensorias Públicas do Brasil. Mas as sementes desse modelo institucional já estavam latentes nos dois Estados que se fundiram em 1975. Principalmente no antigo Estado do Rio, visto que desde 1954 o então Governador Amaral Peixoto havia criado os seis primeiros cargos de Defensor Público, como cargo isolado, na estrutura de Procuradoria Geral da Justiça. Também no Distrito Federal, já desde 1948 existia o cargo de Defensor Público, mas fazia parte da carreira do Ministério Público. A situação era diferente no antigo Estado do Rio, o que ficou mais evidenciado em 1962, com a aprovação da Lei nº 5.111, denominada de Lei Orgânica do Ministério Público e da Assistência Judiciária, em que as duas carreiras não se confundiam: eram dois quadros separados, embora unidos dentro da mesma estrutura administrativa. E essa concepção de carreiras paralelas, com tratamento simétrico, foi incorporada na estrutura do novo Estado do Rio de Janeiro, sendo esta uma das poucas instituições herdadas do antigo Estado do Rio quase que sem nenhuma alteração. Esse *status* foi garantido expressamente na

Constituição do novo Estado que surgia, tendo sido de grande importância a atuação do Deputado Estadual Alberto Francisco Torres<sup>635</sup>.

Um passo importantíssimo da trajetória histórica da Defensoria Pública fluminense foi a aprovação de Emenda Constitucional que criava a Procuradoria Geral da Defensoria Pública, em maio de 1987, sob o Governo Moreira Franco, também com a decisiva atuação do Deputado Alberto Torres. Deste modo a instituição ganhava em definitivo um órgão administrativo próprio que, na essência, corresponde à atual Defensoria-Pública-Geral do Estado (isto já ocorria com o Ministério Público até então). Outro importante marco nas conquistas legislativas institucionais foi a aprovação, já na década dos noventa, da Emenda Constitucional que concedeu, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a autonomia financeira e administrativa à instituição, bem antes que isso fosse conquistado no âmbito federal. Também foi de grande importância para a afirmação da independência e autonomia da Defensoria Pública fluminense a garantia de consulta à classe, por meio de elaboração de listas tríplices, para escolha do Defensor-Público-Geral.<sup>636</sup> Mais uma vez, também nesse aspecto, a Defensoria do Rio de Janeiro estava na vanguarda das conquistas legislativas de afirmação da instituição.

Para propiciar a representação judicial dos interesses dos clientes beneficiados com a assistência judiciária, a cada órgão jurisdicional de primeira

---

<sup>635</sup> Na exposição de motivos da proposta de Emenda que foi apresentada pelo Deputado Alberto Francisco Torres ao projeto de constituição que estava sendo elaborado para o novo Estado, publicada no Diário da Assembléia Constituinte de 18 de abril de 1975, fica evidenciada com clareza a exata compreensão que o referido parlamentar tinha da especificidade que caracterizava a Defensoria Pública. Eis o que constou da Emenda: “A emenda diz respeito ao posicionamento da Assistência Judiciária, como órgão do Estado, na ordenação constitucional, com tratamento similar e colocação paralela à atribuída ao Ministério Público.(...) É indispensável que o Estado aprimore os instrumentos necessários à plena execução dos direitos e garantias individuais, dentre os quais emergem os de postular a prestação jurisdicional. (...) a realidade aconselha que os Estados cumpram esta específica função protetora (...) e crie órgãos públicos destinados ao exercício desta função estatal (...). Alerta-se, porém, que a função protetora, devida pelo Estado aos juridicamente necessitados, reclama seja prestada por órgãos cujo posicionamento administrativo assegure aos seus agentes completa e definitiva independência, com prerrogativas tais que garantam o exercício de sus *múnus*, apartado de influências outras, ainda que os interesses em litígio sejam os do próprio Estado. (...) Justifica-se, destarte, que a Assistência Judiciária erigida como órgão do Estado, destinado a postular e defender os direitos dos juridicamente necessitados, alcance as seguranças constitucionais e se cristalize segundo modelo orgânico e disciplinar conferido ao Ministério Público, único tratamento capaz de lhe garantir a necessária independência funcional.”(Apud: ROCHA, Jorge Luis. *História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 50).

<sup>636</sup> Para maior aprofundamento sobre o tema da história da Defensoria Pública fluminense, vale conferir o livro de autoria de Jorge Luis Rocha, já referido acima.

instância em que se estrutura a divisão judiciária do Estado do Rio de Janeiro corresponde um órgão de atuação da Defensoria Pública, com previsão de lotação de um Defensor Público. Em alguns casos, quando o volume de processos exige, são criados dois órgãos de atuação da Defensoria Pública para funcionar perante uma mesma Vara Judicial (por exemplo: a 1ª Defensoria Pública e a 2ª Defensoria Pública que atuam ambas perante a 3ª Vara de Família da Comarca da Capital). Em contrapartida, em algumas Varas Judiciais onde o número de casos de pessoas pobres é menor pode ocorrer que exista um único órgão de atuação da Defensoria Pública para funcionar perante mais de uma delas (por exemplo, uma única Defensoria Pública que tem atribuição para atuar perante a 1ª e a 23ª Varas Cíveis da Comarca da Capital). Também, devido à deficiência do quadro de Defensores Públicos, tem sido freqüente que um mesmo Defensor seja designado para acumular mais de um órgão de atuação sendo que neste caso a Lei Estadual prevê a possibilidade de pagamento de uma gratificação especial por acumulação de funções.

O serviço de orientação e aconselhamento sobre questões jurídicas normalmente é prestado nos chamados “Núcleos de Primeiro Atendimento”, que funcionam de maneira descentralizada nos bairros e regiões administrativas mais próximas à população-alvo. Nesses “Núcleos” os Defensores procuram realizar também a conciliação entre as partes em litígio. Se a conciliação não é alcançada, então o Defensor Público prepara a petição inicial que será igualmente distribuída ao órgão judicial competente. Ali o caso passará a ser acompanhado pelo Defensor Público que estiver designado para funcionar junto ao órgão de atuação vinculado à Vara Judicial respectiva. Esse sistema embora tenha a vantagem de assegurar certa estabilidade institucional, otimizando a divisão de trabalhos e responsabilidades entre os membros da Defensoria Pública, não assegura que o mesmo profissional que assistiu a parte nos momentos iniciais, na elaboração da petição inicial que dará início à demanda em Juízo, seja também aquele que acompanhará a tramitação do processo acompanhando a fase de instrução, julgamento e eventual recurso. Há uma solução de continuidade no atendimento que pode se revelar extremamente prejudicial em certos casos.

Existem também diversos Núcleos de Atendimento em áreas especializadas que se enquadram na categoria das chamadas Defensorias “não tradicionais”, voltadas para uma atuação direcionada às questões de ordem coletiva, que afetam

certas classes de clientes mais vulneráveis e que, por isso, precisam de uma atenção holística, não apenas focada nas questões jurídicas típicas. Atualmente existem oito núcleos especializados em funcionamento na Defensoria do Estado do Rio de Janeiro. São eles o Núcleo de Defesa do Consumidor, o Núcleo de Terras e Habitação, o Núcleo de Regularização de Loteamentos, o Núcleo Especial de Direitos da Mulher e de Vítimas de Violência – NUDEM; Núcleo Especial de Atendimento à Pessoa Idosa – NEAPI, Serviço de Atendimento e Proteção à Criança e Adolescente – SAPECA, Núcleo dos Portadores de Necessidades Especiais e Deficiências – NUPOND, além de um Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos.

Existem também órgãos de atuação da Defensoria Pública perante cada uma das Câmaras e demais órgãos fracionários do Tribunal de Justiça do Estado. Em alguns casos, de acordo com o volume médio de casos, existem dois órgãos de atuação da Defensoria perante uma mesma Câmara do Tribunal. Esses órgãos são lotados por Defensores Públicos integrantes da classe final da carreira e têm por atribuição acompanhar os recursos interpostos pelos Defensores Públicos que atuam perante os órgãos de primeira instância. Existe ainda um Núcleo Especial com Defensores encarregados de acompanhar os recursos eventualmente interpostos perante os Tribunais Superiores, em Brasília.

A maioria dos órgãos da Defensoria Pública conta com a colaboração importantíssima de estagiários de direito que, em grande parte, atuam como voluntários, sem receber qualquer remuneração. A carga horária cumprida é reconhecida para fins de treinamento profissional e preparação para o exercício da advocacia.

## **5.5.**

### **A contribuição de outras instituições estatais e organizações civis para o Acesso dos Pobres à Justiça**

O modelo brasileiro de assistência jurídica aos necessitados, como visto, é fortemente ancorado na perspectiva de que cabe ao Estado assegurar a prestação dos serviços, fazendo-o mediante uma carreira própria de agentes públicos,

estruturada numa instituição a ser criada estritamente para esse objetivo, que é a Defensoria Pública. Entretanto, não há um monopólio estatal da função de assistência jurídica aos pobres. Pelo contrário, é até desejável que a sociedade civil se mobilize no sentido de contribuir para o alcance do objetivo de proporcionar igualdade no acesso a Justiça para todos os cidadãos. O que o sistema normativo legal e constitucional brasileiro delimita é que no que se refere às ações do Estado, especialmente quanto à aplicação de recursos dos cofres públicos, devem ser feitas necessariamente por intermédio da Defensoria Pública. A possibilidade de o Estado remunerar profissionais particulares, ou seja, não integrantes do quadro funcional da Defensoria Pública pela atuação no patrocínio de pessoas juridicamente necessitadas não tem caráter de livre alternativa para organização da prestação desse serviço. Trata-se, de fato, de uma espécie de sanção pela omissão do poder público no seu ônus de organizar a Defensoria Pública e efetivamente garantir a presença/atuação de um Defensor onde seja necessário<sup>637</sup>.

Assim, de acordo com o modelo estabelecido na Constituição de 1988, o ônus de garantir a assistência e representação da parte pobre em Juízo foi expressamente assumido como responsabilidade do Estado, não mais podendo ser imposto à caridade dos advogados particulares (serviço *pro bono*), como ocorria no regime anterior. Isto não quer dizer que o Estado queira impedir os advogados de exercerem um dos mais nobres ofícios éticos da profissão que é o de prestar gratuitamente sua colaboração aos que necessitarem. Trata-se com efeito de uma das mais nobres funções sociais da advocacia. E o Estado tem o dever de fomentar esse tipo de prática, tão salutar e tradicional, inclusive com reflexos de grande importância para a imagem e a consideração social devotadas à função da advocacia. Assim, como sinal concreto de que o Estado preza e valoriza essa

---

<sup>637</sup> De fato, segundo estabelece a Lei 8906/94 (Art. 22, Parágrafo 1º), que é o novo Estatuto da Advocacia no Brasil, toda vez que um advogado privado for nomeado por um Juiz para representar uma parte pobre, quando essa nomeação se fizer necessária em razão da omissão do governo de prover um serviço adequado de Defensoria Pública, o advogado nomeado pelo Juiz terá direito de cobrar honorários do ente governamental (Estado ou da União) que seria responsável pela prestação do serviço de assistência jurídica. Em outras palavras, o texto do Art. 22, § 1º, da Lei 8906/94, garante o direito do advogado de cobrar honorários do Estado apenas quando atuar no patrocínio de pessoa juridicamente necessitada, em razão de “impossibilidade” da Defensoria Pública. Ora, a expressão “impossibilidade” não é condizente com a idéia de se criar deliberadamente um esquema ou estrutura, através de convênios com as Ordens de Advogados para prestação desse serviço.

atuação honorífica dos advogados, a lei admite a outorga de gratuidade de justiça mesmo quando a parte estiver assistida por advogado particular, desde que este profissional declare que atuará sem cobrança de honorários advocatícios. Nesse caso, preserva-se também a possibilidade de livre escolha do profissional pelo cidadão. Todavia, essa livre escolha não pode acarretar nenhum ônus para os cofres públicos. O que se assegura é a renúncia do poder público do recebimento das taxas e custas devidas, sendo esta a parcela de colaboração do Estado para permitir a igualdade no acesso à Justiça.

São inúmeros os casos em que as partes vêm ao Judiciário pleitear seus direitos ou defenderem seus interesses, assistidas por advogados que espontaneamente aceitam prestar esse relevante serviço de cunho solidário. E não apenas os advogados individualmente prestam esse tipo de colaboração, mas a própria Ordem dos Advogados, na maioria dos Estados brasileiros, mantém escritórios de assistência jurídica com atuação de advogados, em sua maioria voluntários, sendo este o campo de prática para o estágio profissional da advocacia exigido por lei para a inscrição como advogado.

Nesse passo, cabe destacar também a relevante atuação das Faculdades de Direito do país, que tradicionalmente mantêm serviços de assistência jurídica gratuita como parte de suas atividades de extensão universitária e como campo de aprendizagem prática para os estudantes dos cursos de graduação em Direito. Bastante similares às chamadas *Law clinics* das Escolas de Direito norte-americanas, os Núcleos de Prática Jurídica passaram a ser obrigatórios em todas as Faculdades de Direito do país depois da reforma curricular decorrente da Portaria 1886/94, do Ministério da Educação. A contribuição dos acadêmicos de Direito é de grande relevância para o funcionamento dos serviços de assistência jurídica, não apenas nos Núcleos de Prática Jurídica, mas também como estagiários (na maioria das vezes em caráter gratuito, como voluntários) atuando junto às Defensorias Públicas mantidas pelos Estados e pela União.

Diversas outras organizações da sociedade civil também atuam na prestação de assistência jurídica, sendo que muitas delas apenas na parte extrajudicial, proporcionando orientação e aconselhamento jurídicos. São organizações e associações de bairro, entidades religiosas, valendo destacar a tradição da Pastoral Penitenciária da Igreja Católica que está presente em quase todo o país realizando

trabalho de assistência não apenas espiritual mas também jurídica aos presos e a suas famílias. Inúmeras outras organizações governamentais têm surgido nos últimos tempos, voltadas para a prestação de serviços ligados ao acesso à Justiça<sup>638</sup>.

No campo específico da Justiça do Trabalho, em que até o presente a União Federal ainda não organizou os serviços de Defensoria Pública como preconizado na Constituição e na Lei Complementar nº 80/94, um papel essencial tem sido cumprido pelos sindicatos profissionais, que – por força de Lei<sup>639</sup> – têm a obrigação de prestar assistência jurídica a toda a categoria vinculada ao sindicato, sejam ou não filiados, sendo que com relação aos não filiados se limita àqueles que receberem até dois salários mínimos. Trata-se de um setor vastíssimo, que abrange um volume de prestação de serviços quantitativa e qualitativamente de grande expressão, cuja visibilidade em termos nacionais fica prejudicada devido à falta de um organismo central encarregado de registrar em estatísticas esse volume de atendimentos. Independente disso, a própria natureza da esmagadora maioria das causas que tramitam perante a Justiça do Trabalho, em que trabalhadores, normalmente pessoas de baixo poder aquisitivo, reclamam seus direitos em face dos empregadores, torna patente a necessidade de contarem com assistência jurídica gratuita, não apenas para pleitear em Juízo os direitos, mas também para orientar e aconselhar sobre questões jurídicas de um modo geral.

Finalmente não se pode deixar de mencionar a relevante atuação do Ministério Público no que se refere à garantia de efetividade no acesso à Justiça, embora não mais seja cabível – salvo em situações excepcionais, ou em se tratando de direitos indisponíveis – a prestação de assistência jurídica por parte dos Promotores de Justiça. Antes da Constituição de 1988 o Ministério Público tinha dentre suas atribuições diversas atividades que passaram a ser próprias dos novos órgãos estatais criados pelo novo regime constitucional. Assim ocorria, por exemplo, no que se refere a representação e defesa dos interesses da União Federal, atribuição que passou a ser específica da Advocacia-Geral da União. No

---

<sup>638</sup> Podemos citar como exemplo dessa modalidade de serviços prestados por ONGs a organização “Viva Rio” que implantou o projeto denominado de “Balcão de Direitos” voltado para a resolução de conflitos nas favelas do Rio de Janeiro. (Cf. o livro “Balcão de Direitos – Resolução de Conflitos em Favelas do Rio de Janeiro”, organizado por Paulo Jorge Ribeiro e Pedro Strozenberg, publicado em 2001, pela Editora Mauad, do Rio de Janeiro).

que se refere à assistência judiciária, a Lei Complementar nº 40/81, impunha a obrigação de prestar assistência judiciária ao Ministério Público onde não houvesse órgãos estatais próprios. Essa norma, anterior à criação em âmbito nacional das Defensorias Públicas, perdeu eficácia. Mesmo porque, pelo novo ordenamento jurídico que se seguiu à Constituição de 1988, a atuação subsidiária na prestação de assistência judiciária aos necessitados, em caso de falta ou omissão do Estado na manutenção eficiente da Defensoria Pública, ficou sob o encargo da advocacia privada que, como vimos acima, nestes casos, terá direito a exigir do Estado uma contraprestação pelo serviço prestado.

---

<sup>639</sup> Cf. o Art.14 da Lei nº 5.584/70, c/c o Art. 514 da CLT.