

## **A defensoria pública como importante instrumento de acesso à justiça**

---

*Cleberson da Cunha Silva*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.21

## RESUMO

O Estado tem o poder-dever de prestar acesso amplo à justiça, sendo um de seus importantes instrumentos a disponibilização dos serviços da defensoria pública, considerando a história das constituições brasileiras e as ondas de acesso, cada vez mais vem crescendo a defensoria brasileira.

**Palavras-chave:** estado. poder-dever. acesso à justiça. defensoria pública.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância da Defensoria Pública como importante instrumento de acesso à justiça aos cidadãos, fazendo cumprir a missão do poder público implantando efetivamente um Estado Democrático de Direito onde todos independente de sua classe social ou poder aquisitivo podem fazer valer seus direitos acessando o poder judiciário.

O Estado tem como uma de suas missões institucionais instrumentalizar a possibilidade de seu povo usufruir dos direitos e garantias estabelecidos em sua legislação. Não bastando se autolimitar para impedir abusos e excessos, devendo antes dar aos administrados instrumentos capazes de concretizar o acesso à justiça. Nesse contexto surge a Defensoria Pública, como instrumento máximo de acesso à justiça aos hipossuficientes, que será estudada no decorrer do presente trabalho.

## DESENVOLVIMENTO

### História da defensoria nas Constituições brasileiras

Faremos aqui uma breve análise histórica das Constituições brasileiras, bem como das Emendas Constitucionais que trouxeram impacto na Defensoria Pública. O tema tem sido constantemente exigido em provas, por isso é importante o estudo nesse momento.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição a assegurar expressamente, como direito e garantia individual, a assistência judiciária aos necessitados por meio de "órgãos especiais" que deveriam ser criados para esse fim.

A Constituição de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, não previu o direito de assistência judiciária, porém o CPC de 1939 e o Código Penal de 1941, disciplinaram, respectivamente, os institutos da justiça gratuita e a figura do advogado dativo.

A Constituição de 1946 tratou do tema "assistência judiciária", concedendo aos necessitados. A Constituição Federal de 1967, como a constituição anterior, concedeu assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei. E a Emenda Constitucional nº 1/1969, manteve o texto.

A Constituição Federal de 1988, tratou do tema "assistência jurídica", adotando o modelo público, concedendo de forma integral e gratuita. Emenda Constitucional nº 45/2004 conferiu

às defensorias estaduais a autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária. Além disso, incluiu a DP na regra do repasse mensal (duodécimo) dos recursos relativos à sua dotação orçamentária.

A Emenda Constitucional nº 69/2012 transferiu a competência de organizar e manter a DPDF da União para o próprio DF. Obs.: alguns entendem que a DPDF conquistou implicitamente a autonomia administrativa e funcional com essa emenda. Emenda Constitucional nº 74/2013: Atribuiu autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de proposta orçamentária para DPDF e DPU de forma expressa.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 80/2014 deu a Defensoria Pública seção própria na Constituição Federal e saiu da seção "Da Advocacia", trouxe os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Acrescentou ainda o art. 98 da ADCT, vejamos:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

## **A defensoria como instrumento de assistência jurídica integral**

A Defensoria Pública surge como instrumento para concretização do dever do Estado em prestar *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inciso LXXIV da CF/88). Essa missão institucional primordial está amplamente relacionada ao acesso à justiça aos necessitados.

Assim, vamos fazer uma breve análise sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça.

Doutrina importante é o estudo promovido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, realizado em Florença, que detectaram a existência de 3 ondas renovatórias de acesso à justiça, segundo aponta Pedro Lenza.<sup>1</sup>

A primeira onda concentra-se na assistência judiciária para os pobres (hipossuficientes), assentando sua premissa no aspecto econômico. No Brasil a expressão seria a Lei nº 1.060/1950.

A segunda onda está relacionada aos direitos supraindividuais, direitos difusos, coletivos e individual homogêneo. Marco legal é o art. 129 e 134 da CF/88 e a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

A terceira onda tem enfoque no acesso à justiça, buscando instrumentos de simplificação, métodos e alternativas para solução de conflitos. Trata-se de efetividade da justiça, deixando de lado aspectos mais técnicos e dando ênfase a um processo efetivo. Aqui o juiz ganha grande importância na condução do processo, buscando não apenas cumprir uma formalidade, mas tornar o processo mais efetivo. Exemplo é a Lei nº 9.099/95, assim como o novo Código de Processo Civil que buscou simplificar o acesso à justiça e aumentar os meios alternativos de soluções de conflitos por meio da autocomposição, e no âmbito constitucional a maior expressão está no já citado art. 5º, inciso LXXIV da CF/88.

<sup>1</sup>Modernamente se fala em quarta onda e quinta onda. A quarta onda relaciona-se ao  
1 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 18ª edição. São Paulo, Saraiva: 2014, pp. 985.

valor de justiça, mostrando a justiça como valor e não como mero instrumento. A quinta onda diz respeito à internacionalização dos direitos humanos.

Há de se distinguir a justiça gratuita, da assistência judiciária e ainda da gratuidade de justiça. Os conceitos citados estão umbilicalmente ligados à necessidade de uma *ordem jurídica justa* (Kazuo Watanabe), onde se busca não apenas um acesso do jurisdicionado ao processo, mas uma efetividade do processo.

Embora tenha como fundamento o acesso à justiça, esses 3 conceitos não se confundem, portanto, não são sinônimos.

A justiça gratuita se refere à isenção do pagamento de custas, taxas, emolumentos e despesas processuais.

A assistência judiciária se relaciona com a isenção do pagamento das custas, taxas, emolumentos e despesas processuais, mais o patrocínio de causa por advogado podendo ser prestado por atividade estatal ou não estatal. Esse conceito se limita à defesa no âmbito judicial. Cabe aqui uma observação: Historicamente a Constituição de 1934 foi a primeira a prever em caráter inédito, que a União e os Estados deveriam conceder *assistência judiciária* aos necessitados.

### **Modelos de assistência judiciária gratuita**

Existem alguns modelos de assistência judiciária, vamos estudar eles:

No modelo caritativo ou honorífico ou *pro bono* a prestação de assistência é caridade; que pode ser concedida por advogados. O Estado não se responsabiliza pela prestação do serviço.

O modelo público ou staff model, *Salaried of Staff* - Estado cria uma estrutura com dedicação exclusiva de servidores públicos. São as defensorias públicas. *No Brasil, o constituinte 1988 fez opção pelo salaried staff model*, criando um organismo específico, a Defensoria Pública, para o desempenho da assistência jurídica integral e gratuita, conforme se lê no artigo 134 da CF/88.

Já no modelo *Judicare* esse acesso é prestado por advogados privados remunerados pelo Estado (é o famoso advogado dativo).

Por fim, o modelo híbrido ou misto mistura a existência do *judicare* (explicação acima) e público (*salaried of staff*).

Para o STF não há obrigatoriedade de convênios com instituições privadas ou com a OAB para essa prestação em sistema misto, mas esses convênios não são vedados, pois as Defensorias Públicas ainda gozam de estrutura insuficiente e precisam dessa complementação. (ADI4164).

Somente é possível a prestação pelo poder público de assistência jurídica a população carente por não defensores públicos em caso de situação excepcional e temporária.

Conceito mais amplo é o de assistência jurídica que abrange os dois conceitos anteriores e mais toda assessoria fora do processo judicial (extrajudicial). Esse é o conceito previsto no

art. 5º, inciso LXXIV da CF/88. Assim, a Defensoria Pública atua no âmbito judicial e extrajudicial como previsto expressamente no art. 1º, ora comentado.

O conceito de assistência jurídica integral e gratuita foi cunhado pela primeira vez, na Constituição Federal de 1998, no já citado art. 5º, inciso LXXIV.

A concessão de assistência jurídica gratuita é atribuição do Defensor Público, diferente da gratuidade de justiça que compete ao juiz da causa.

Assim, a Defensoria presta assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O STF em decisão acertada considerou inconstitucional lei estadual que determinou à Defensoria Pública a atribuição de fazer a defesa judicial dos servidores públicos processados em virtude do exercício do cargo (ADI 3.022-RS, Informativo 355), uma vez que estaria deturpando a finalidade da Defensoria em prestar assistência a quem não possui condições de acesso à justiça.

O conceito de necessitado ou aquele que comprove insuficiência de recursos tratam-se de conceitos jurídicos indeterminados. Não se pode confundir o conceito jurídico indeterminado com cláusula geral. Segundo Fredie Didier o conceito jurídico indeterminado não estabelece o conceito do termo nem a consequência jurídica, ex. o conceito de devido processo legal. Já conceito jurídico indeterminado embora não haja determinação do conceito, há previsão das consequências jurídicas, ex. o caso do conceito de hipossuficiente no caso do art. 5º inciso LXXIV, já que a consequência é a possibilidade de ser atendido pela Defensoria Pública.<sup>2</sup>

Não apenas a pessoa natural, mas a pessoa jurídica também é destinatária da norma, assim tem reconhecido a jurisprudência do STJ, havendo a seguinte diferença, sendo a entidade sem fins lucrativos, há presunção de sua hipossuficiência, bastando afirmação nos autos. Se, no entanto, se tratar de entidade com fins lucrativos, há necessidade de demonstração da impossibilidade de custear as despesas processuais.

## **A defensoria na constituição federal de 1988**

O melhor conceito de Defensoria Pública é o extraído do próprio texto constitucional, art. 134, caput, da CF/88 (redação dada pela EC nº 80/2014), vejamos: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Compete à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre assistência jurídica e defensoria pública (competência concorrente).

Nos termos do art. 24, inciso XIII, §1º e §2º da CF/88 compete à União legislar sobre normas gerais relativos à assistência jurídica e Defensoria Pública; e os Estados e o Distrito Federal sobre normas específicas.

<sup>2</sup> DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 11ª edição. Salvador, Juspodivm: 2009, pp. 67.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Vale aqui destacar que é competência da União organizar e manter a Defensoria Pública dos Territórios Federais, no entanto, a Defensoria Pública do Distrito Federal é de competência do próprio Distrito Federal após a EC nº 69/2012 que alterou o art. 21, XIII, 22, XVII e art. 48, IX, todos da CF/88, ficando em parte revogado o art. 52 da LC nº 80/94 que dizia: “A Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios é organizada e mantida pela União.”

No que diz respeito às normas específicas, os Estados e o DF podem criar leis para regulamentar a concessão de justiça gratuita às empresas e tratar de qualquer assunto específico, desde que respeite as normas gerais estabelecidas pela União.

Pergunta interessante nesse momento seria a seguinte:

*Existe Defensoria Pública Municipal? Pode ser criada por lei municipal?*

A resposta para ambas perguntas é negativa. A defensoria pública não poderia ser criada no âmbito do Município diante da falta de competência para legislar sobre o assunto, conforme previsto no art. 24, inciso XIII da Constituição Federal.

Cabe à lei complementar federal dispor sobre a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios, bem como prescrever normas gerais sobre a organização das defensorias públicas nos Estados, conforme dispõe o art. 134, §1º da CF/88, veja:

Art. 134, §1º - Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

A Constituição ainda previu a garantia de inamovibilidade, o que significa que o defensor público não pode ser removido de seu posto de trabalho, órgão de atuação ou comarca (ressalvadas hipóteses excepcionais a serem estudadas mais à frente), além de vedar o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Pergunta pertinente para concursos públicos é: *O defensor público tem garantia à vitaliciedade?*

A resposta é negativa. O defensor público somente possui direito à estabilidade, após 3 anos de efetivo exercício, nos termos do art. 41 da CF/88, sendo inclusive inconstitucional lei estadual que preveja a vitaliciedade, conforme já decidiu o STF no julgamento da ADI 230/RJ, relatora Ministra Carmen Lúcia.

A CF/88, alterada pela EC nº 45/2004 passou a prever que às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Mais tarde, através da EC nº 74/2013, essa autonomia funcional, administrativa e iniciativa de proposta orçamentária (também denominada pela doutrina de autonomia orçamentária) passou a ser aplicável também à Defensoria Pública da União e Distrito Federal.

Resumindo, a autonomia funcional funciona independente da vontade de outros poderes. Na autonomia administrativa a Defensoria se auto-organiza administrativamente. E na autonomia orçamentária a iniciativa de sua proposta orçamentária, que deve respeitar os limites de gastos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal e na LDO.

Diante dessa importante característica o STJ no Informativo 586 (HC 310.901-SC) asseverou que não configura crime de desobediência a conduta do Defensor Público Geral que deixa de atender à requisição judicial para nomeação de defensor público para atuar em determinada ação penal. Isso porque a autonomia administrativa e funcional não permite que o Poder Judiciário interfira nos critérios de escolha e nomeação definidos pelo Defensor Público Geral.

Aqui cabe destacar alguns julgamentos do STF que relatam leis estaduais que violaram a autonomia funcional, administrativa ou orçamentária da Defensoria Pública. Tratam-se de julgamentos atuais comentados por Márcio André Lopes Cavalcante.<sup>3</sup>

**Ação Direta de Inconstitucionalidade 5286-AP** – ficou decidido que não pode a lei estadual atribuir competência ao Governador do Estado para nomear cargos essenciais da Defensoria Pública estadual por ferir a autonomia administrativa. Além de que a autonomia financeira permite ao Defensor Público Geral propor lei que fixa aumento de subsídios da carreira.

**Ação Direta de Inconstitucionalidade 5287-PB e ADPF 307-DF** – decidiu que Governador não tem competência para reduzir unilateralmente a proposta orçamentária da Defensoria Pública estadual, por ofensa a autonomia administrativa e financeira da Defensoria.

**Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 339-PI** – definiu que o Governador do Estado não pode reter o repasse em forma de duodécimos orçamentários referente à Defensoria Pública, que deve ser enviado até dia 20 de cada mês como determina o art. 168 da CF/88. Tal conduta seria flagrante violação da autonomia orçamentária da Defensoria Pública.

Também decidiu o STJ no Recurso em Mandado de Segurança 59.413-DF que ao impor a nomeação de Defensores para atuar em processos na Justiça Militar do Distrito Federal, em discordância com critérios de alocação de pessoal previamente aprovados pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do DF, a autoridade judiciária interfere na autonomia funcional e administrativa do órgão, julgado de 07/05/2019 (Info 648)

Aplica-se à Defensoria Pública os princípios institucionais da unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, conforme §4º do art. 134 da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80 de 2014.

Importante decisão tomou o STF ao afirmar que não é possível a inserção da Defensoria Pública na esfera de outro poder, como aquela que lhe vincula a uma Secretaria, pois isso feriria sua independência funcional. (STF. Plenário. ADI 4056/MA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 7/3/2012 (Info 657).

Outra importante questão apontada por Nathalia Masson é que a iniciativa legislativa

<sup>3</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito*, 9ª edição, Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 132.

para tratar temas afetos à organização da carreira é de proposição do Presidente da República, art. 61, §1º, alínea “d”, da CF/88. A iniciativa presidencial exclusiva reserva-se para a lei que organize a Defensoria Pública da União e lei que estabeleça normas gerais de organização da Defensoria Pública dos Estados, do DF e Territórios.<sup>4</sup>

Decisão do STF que merece destaque foi a que analisou a constitucionalidade da EC nº 74/2013. A discussão pairava sobre a constitucionalidade ou não da referida Emenda, pois a mesma foi proposta por iniciativa de parlamentar, o autor da ação (ADI 5296-DF) afirmava que a iniciativa deveria ser do Chefe do Poder Executivo. O STF decidiu que a EC nº 74 (que confere autonomia a DP e DPDF) é constitucional, firmando entendimento de que é possível Emenda Constitucional sobre as matérias previstas no art. 61, §1º da CF/88. Esse entendimento decorre do fato de que emendas constitucionais não se vinculam às iniciativas previstas no art. 61, §1º, assim, a iniciativa do Poder Executivo se refere apenas à lei ordinária e complementar, já tratando-se de Emenda Constitucional a iniciativa pode ser parlamentar, o que não viola a separação de poderes.

O art. 168 da CF/88 prevê que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados à Defensoria Pública, serão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos.

Além disso, aos defensores públicos se aplica a regra constitucional de remuneração por subsídio, na forma do art. 135 e art. 39, §4º da CF/88. Veja o que dispõe o art. 39, §4º: “O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”.

O art. 98 do ADCT estabelece o prazo de 8 anos da promulgação da EC nº 80/2014 para que toda unidade jurisdicional disponha de defensores públicos, sendo que, prioritariamente, até a implementação do mencionado prazo previsto no §1º desse artigo, a distribuição dos defensores públicos observará os critérios de maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Todas essas características da Defensoria são necessárias para a consecução de seu desiderato que é levar ao hipossuficiente o acesso à justiça, como mandamento primordial de um Estado Democrático de Direito.

## REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

A bibliografia sobre esse importante tema tem crescido nos últimos anos, especialmente após o fortalecimento da Defensoria Pública, o que demorou muito para ocorrer, pois um Estado Democrático de Direito só se efetiva na medida que seus cidadãos tem amplo acesso à justiça e concretização dos seus direitos, essa máxima ocorre diante do poder-dever do Estado em instrumentalizar esse acesso.

<sup>4</sup> MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*, 8ª edição. Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 1.404.

## **METODOLOGIA**

Partimos da máxima de que não há Estado Democrático de Direito sem instrumentos capazes de acesso à justiça, e aqui surgiu o estudo sobre a Defensoria Pública, órgão que tem a missão de levar esse acesso aos hipossuficientes. Fizemos pesquisa bibliográfica sobre os temas propostos e demonstração da instrumentalização do acesso à justiça pelo Estado.

## **ANÁLISE DOS RESULTADOS**

A partir da análise histórica das ondas renovatórias e das Constituições Federais podemos enxergar a importância da Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O acesso à justiça tem sido a tônica da sociedade moderna, especialmente, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Nesse estudo podemos ver como órgãos do Estado podem ser esses instrumentos de aproximação, fazendo que o direito não seja apenas algo utópico de apenas palavras vazias, mais instrumentalizados por importantes instituições como é o caso da Defensoria Pública.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, 9ª edição, Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 132.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 11ª edição. Salvador, Juspodivm: 2009, pp. 67.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 18ª edição. São Paulo, Saraiva: 2014, pp. 985.

MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional, 8ª edição. Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 1.40