



Universidade Católica do Salvador

Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação

Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania

Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania

MATHEUS AUGUSTO DE ALMEIDA CARDOZO

**A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A
PROPOSITURA DAS AÇÕES DE CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA
NECESSIDADE EM FAVOR DA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS**

**Salvador
2021**

MATHEUS AUGUSTO DE ALMEIDA CARDOZO

**A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A
PROPOSITURA DAS AÇÕES DE CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA
NECESSIDADE EM FAVOR DA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre.

Orientador: Professor Dr. Dirley da Cunha Júnior

**Salvador
2021**

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

C268 Cardozo, Matheus Augusto de Almeida

A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade: uma necessidade em favor da efetivação das políticas públicas / Matheus Augusto de Almeida Cardozo . – Salvador, 2021.

142 f.

Orientador: Prof. Dr Dirley da Cunha Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania.

1. Políticas Públicas 2. Defensoria Pública 3. Controle de Constitucionalidade I. Cunha Júnior, Dirley da – Orientador II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós- Graduação III. Título.

CDU 347.963:342.7



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania
Homologado pelo CNE (Portaria Nº 679 - DOU 16/03/06 - Parecer 474/2005, 15/03/2006)

ATA DE DEFESA PÚBLICA DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO


Ata de DEFESA PÚBLICA DA DISSERTAÇÃO de **MATHEUS AUGUSTO DE ALMEIDA CARDOZO**, no Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador. Aos trinta e um dias do mês de março de dois mil e vinte e um, às 17h, reuniram-se em vídeo conferência, a Banca Examinadora, composta pelo(a)s Prof.(a)s. Dr.(a)s. Dirley da Cunha Júnior - Orientador/UCSAL, Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro - UCSAL e Daniel Nicory do Prado - Faculdade Baiana de Direito. Para examinar a Dissertação intitulada “A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - UMA NECESSIDADE EM FAVOR DA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS” de autoria de **Matheus Augusto de Almeida Cardozo**. Após arguição e discussão, a banca examinou, analisou e avaliou o referido trabalho, chegando à conclusão de que a Dissertação foi

APROVADA

A obtenção do diploma de Mestre em Políticas Sociais e Cidadania está condicionada à entrega da versão final da Dissertação, com as reformulações sugeridas e o aval do(a) orientador(a), no prazo de 60 (sessenta) dias a partir desta data.

Nada mais havendo a ser tratado, esta Comissão Examinadora encerrou a reunião da qual eu, orientador(a) do(a) mestrando(a), lavrei a presente ATA, que após lida e achada conforme, vai assinada pelos examinadores, pelo(a) mestrando(a) e por mim.

Salvador, 31 de março de 2021.


Orientador(a)


Examinador(a)

DANIEL NICORY DO PRADO:83658394587

Examinador(a)

MATHEUS AUGUSTO DE ALMEIDA CARDOZO:02492006514

Mestrando (a)

Assinado de forma digital por DANIEL NICORY DO PRADO:83658394587
DN: c=BR, ou=ICP-Brasil, ou=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, ou=RFB e CPF A3, ou=EM BRANCO, ou=Autenticado por AR
Título: c= DANIEL NICORY DO PRADO:83658394587
Data: 2021.03.31 18:07:58 -03'00'

Assinado de forma digital por MATHEUS AUGUSTO DE ALMEIDA CARDOZO:02492006514
Data: 2021.04.01 10:42:01 -03'00'

Esse trabalho é dedicado primeiramente a Deus, como tudo que faço. O dedico também a todos os assistidos(as) da Defensoria Pública: vocês são a razão da minha vida diária, minha força vem da necessidade de servi-los.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

Aos Espíritos de Luz e às ondas do mar, que me inspiram sempre.

Aos meus pais, pelos valiosos exemplos de vida.

À Giuliana, Maria Victoria e Cassiano, pela madura compreensão de que minha ausência fez-se necessária para a preparação deste trabalho.

Ao meu orientador e amigo, professor Dirley da Cunha Júnior, pelas primorosas intervenções, sempre visando ao aperfeiçoamento desta dissertação.

Aos professores Daniel Nicory do Prado (Faculdade Baiana de Direito) e Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (UCSAL), que cordialmente se dispuseram a compor a minha banca de defesa.

A todos que se fizeram presentes nas minhas jornadas, mostrando-se sempre apoiadores dela.

- O Cristo disse: "Não façais aos outros o que não quereis que vos façam". Deus colocou no coração de cada homem a regra de toda a verdadeira justiça pelo desejo que cada um tem de ver respeitados os seus direitos. Na incerteza do que fazer em relação ao semelhante numa determinada circunstância, o homem deve perguntar-se como desejaria que se fizesse com ele na mesma circunstância: Deus não poderia dar um guia mais seguro do que a própria consciência.

CARDOZO, Matheus Augusto de Almeida. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade: uma necessidade em favor da efetivação das políticas públicas.** 142f. 2021. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania. Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2021.

RESUMO

O desenvolvimento da temática relativa ao acesso à justiça não se deu por acaso histórico. Sua conexão com o aprimoramento da teoria dos direitos fundamentais sociais, das políticas públicas como categoria de interesse para o Direito e com o neoconstitucionalismo é inevitável. Nesse panorama, o Poder Judiciário surge com função renovada daquela outrora proposta pelo Estado Liberal. Sua função de ativo garante dos direitos fundamentais, assim como a expansão dos novos direitos (“difusos” e sociais), no século XX, demandou dos movimentos de acesso à justiça a construção de aparatos que permitissem o direito de acesso aos indivíduos e aos grupos. Surge daí a necessidade de criação de um órgão funcionalmente independente que pudesse auxiliar o Estado na sua tarefa de implementação dos direitos daqueles que, por razões econômicas ou por qualquer outro empecilho, tenham dificuldades de exercer seus direitos: a Defensoria Pública. Entretanto, esse órgão, para cumprir fielmente seu mister, não pode estar alijada da possibilidade de valer-se de todas as espécies de ações possíveis capazes de propiciar a adequada (e efetiva) defesa dos interesses dos vulneráveis, inclusive as ações diretas de constitucionalidade. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, em que pese tenha ampliado os poderes da Defensoria Pública para a tutela dos direitos coletivos dos grupos vulneráveis pela Emenda Constitucional n. 80/2014, ainda não lhe concedeu a legitimação para atuar no controle concentrado de constitucionalidade na esfera federal. O objetivo geral da presente dissertação reside em analisar a necessidade de inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados elencados no art. 103 da Constituição Federal de 1988. Justifica-se a escolha do presente tema em razão da necessidade de demonstrar que a tutela integral dos direitos coletivos das classes necessitadas perpassa obrigatoriamente pela possibilidade de participar amplamente da interpretação constitucional. Nesse ínterim, defende-se a ampla legitimação da Defensoria Pública dentro da jurisdição constitucional, como forma de controle das políticas públicas e tutela integral dos direitos difusos das excluídas minorias sociais que o órgão tem a missão de defender, o que compreende a possibilidade de propor as ações diretas de controle de constitucionalidade como mais uma maneira de debater judicialmente as omissões e/ou insuficiências dos demais poderes constituídos no contexto de crise do *Welfare State*.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Acesso à Justiça. Defensoria Pública. Controle de Constitucionalidade.

CARDOZO, Matheus Augusto de Almeida. **The legitimacy of the Public Defender's Office for proposing actions for concentrated control of constitutionality: a necessity in favor of the effectiveness of public policies.** 142f. 2021. Dissertation (master's degree) - Postgraduate Program in Social Policies and Citizenship. Master in Social Policies and Citizenship, Catholic University of Salvador, Salvador, 2021.

ABSTRACT

The development of the theme related to access to justice did not happen by historical chance. Its connection with the improvement of the theory of fundamental social rights, of public policies as a category of interest for Law and with neoconstitutionalism is inevitable. In this scenario, the Judiciary Power appears with a renewed function from that once proposed by the Liberal State. Its role as an active guarantor of fundamental rights, as well as the expansion of new ("diffuse" and social) rights, in the 20th century, demanded from the movements of access to justice the construction of apparatus that would allow the right of access to individuals and groups. Hence the need to create a functionally independent body that could assist the State in its task of implementing the rights of those who, for economic reasons or for any other reason, have difficulties in exercising their rights: The Public Defender's Office. However, this body, in order to faithfully fulfill its task, cannot be excluded from the possibility of taking advantage of all kinds of possible actions capable of providing adequate (and effective) defense of the interests of the vulnerable, including direct constitutional actions. that the Federal Constitution of 1988, in spite of having expanded the powers of the Public Defender to protect the collective rights of vulnerable groups by Constitutional Amendment n. 80/2014, has not yet granted it the legitimacy to act in concentrated control of constitutionality at the federal level. The general objective of this dissertation is to analyze the need to include the Public Defender's Office in the list of legitimates listed in art. 103 of the Federal Constitution of 1988. The choice of the present theme is justified due to the need to demonstrate that the integral protection of the collective rights of the classes in need necessarily runs through the possibility of participating widely in the constitutional interpretation. of the Public Defender's Office within the constitutional jurisdiction, as a form of control of public policies and full protection of the diffuse rights of the excluded social minorities that the agency has the mission of defending, which includes the possibility of proposing direct actions of constitutionality control as more a way of judicially debating the omissions and / or insufficiencies of the other powers constituted in the context of the crisis of the Welfare State.

KEYWORDS: Public Policies. Access to justice. Public Defense. Constitutionality Control.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 - Projeção de cumprimento da EC nº 80/2014 – número médio de unidades jurisdicionais a serem atendidas pelas Defensorias Públicas Estaduais, por ano, de 2015 até 2022.....	106
--	-----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AG/RES	Resolução da Assembleia Geral
AgR-RE	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
AJ	Assistência Judiciária
Art.	Artigo
ANADEP	Associação Nacional dos Defensores Públicos
Caput	Cabeça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CERs	Centros Especializados em Reabilitação
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CONAMP	Associação Nacional do Ministério Público
CR	Constituição da República
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DP/DF	Defensoria Pública do Distrito Federal
DPU	Defensoria Pública da União
DF	Distrito Federal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
EUA	Estados Unidos da América
FUNDAC	Fundação da Criança e do Adolescente
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LC	Lei Complementar
Min.	Ministro

OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONG	Organização das Nações Unidas
OPAS	Organização Pan-Americana da Saúde
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PLS	Projeto de Lei do Senado
Pnad	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua
Pnud	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
RISF	Regimento Interno do Senado Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUA	Sistema Único de Saúde
TFD	Tratamento Fora do Domicílio
OEA	Organização dos Estados Americanos
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	16
1 APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	19
1.1. O RECENTE INTERESSE DA COMUNIDADE JURÍDICA PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	19
1.2 FUNDAMENTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	26
1.3 SOMENTE AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM A CONSECUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS CAUSAM IMPACTOS FINANCEIROS RELEVANTES AO ESTADO?.....	27
1.4 O PODER JUDICIÁRIO POSSUI LEGITIMIDADE PARA INTERVIR NA TEMÁTICA RELATIVA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS?.....	27
1.5 A QUESTÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	36
2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	42
2.1. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	43
2.2 O 'MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA' NOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS.....	45
2.2.1 A primeira “onda renovatória”: representação legal dos pobres.....	48
2.2.2 A segunda onda renovatória: representação adequada dos interesses metaindividuais.....	53
2.2.3 A terceira onda renovatória: efetividade e celeridade no acesso à justiça	55
3 O MODELO ESTATAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO BRASIL ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	59
3.1 O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	59
3.2 A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ADOÇÃO DO SISTEMA DE <i>SALARIED STAFF</i>	60
3.3 DA LEI ORGÂNICA NACIONAL (LC 80/1994) À EMENDA CONSTITUCIONAL	

80/2014: VINTE ANOS DE CONQUISTAS NORMATIVAS.....	66
4 A TUTELA JURISDICIONAL DA CONSTITUIÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA.....	76
4.1 A DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS E ATOS DO PODER PÚBLICO.....	78
4.2 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A DEFENSORIA PÚBLICA.....	81
4.3 A LEGITIMIDADE DO DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO (PEC) Nº 31/2017.....	88
5 A PREMENTE NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ROL DOS LEGITIMADOS À PROPOSITURA DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	96
5.1 A RELAÇÃO ENTRE A TUTELA INTEGRAL DOS DIREITOS COLETIVOS E A LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA AS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	96
5.2 AS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE VISTAS COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA INOBSERVÂNCIA NO CUMPRIMENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80/2014.....	103
5.3 A LIMITADA LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	107
6 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RECONHECIDO NO JULGAMENTO DA ADPF N. 347/2015: RELEVANTE EXEMPLO DE TUTELA COLETIVA (NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE) UTILIZADA PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM FAVOR DE GRUPO VULNERÁVEL.....	118
6.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): ORIGEM, CONCEITO E SEU RECONHECIMENTO NO BRASIL.....	119
6.2 SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA: A “MOLA PROPULSORA” DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS.....	123
6.3 O PLS 736/2015: A TENTATIVA LEGISLATIVA DE FRAUDAR A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	128

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	130
REFERÊNCIAS.....	133

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O termo *acesso à justiça* está inquestionavelmente associado à temática do controle judicial das leis e dos atos administrativos (notadamente aqueles que veiculam políticas públicas). O liame pode ser facilmente estabelecido a partir da leitura de inúmeros trabalhos que ratificam a possibilidade de o Poder Judiciário, no exercício de sua função de garante dos direitos fundamentais, exercer, após provocação, o controle sobre as atividades (ações e omissões) dos demais Poderes.

Com o advento do *Welfare State*, a dogmática constitucional surgida em meados do século XX – período posterior à Segunda Grande Guerra Mundial e de ampliação dos direitos sociais e coletivos - contribuiu para que um direito mais humano (valorativo), de vocação social, fosse construído, através de uma hermenêutica que confere supremacia e normatividade aos textos constitucionais, além da expansão da jurisdição constitucional.

O primeiro capítulo do presente trabalho visa contextualizar o leitor em relação às mudanças de paradigmas decorrentes da transição do Estado Liberal para o Estado do bem-estar social. Dessa transição, a politização da magistratura exsurge como consequência inexorável. Um direito valorativo, permeado de princípios relacionados à dignidade da pessoa humana e a força normativa atribuída às Constituições impõem a atuação do Judiciário como agente político de transformação social, ainda que o desempenho da magistratura imponha a adjudicação das políticas públicas ao Poder Judiciário – notadamente quando se trata de assegurar o mínimo existencial indispensável ao cumprimento dos valores sociais insculpidos nas constituições modernas pós-positivistas.

A transição do Estado do *liberal-burguês* para o *Welfare State* afetou também o entendimento acerca do que se compreendia por acesso à justiça. No Estado Liberal, em que a igualdade representava meramente a igualdade formal perante a lei, entendia-se que o acesso à justiça estaria satisfeito se a lei assegurasse o direito de intentar ou contestar uma ação judicial. Não se preocupava com as barreiras econômicas, sociais e culturais que impediam determinados indivíduos de acessar o sistema de justiça.

A expansão dos novos direitos sociais, os novos direitos coletivos decorrentes das economias de massa (chamados por Cappelletti e Garth genericamente

de “difusos”), assim como a nova perspectiva política da atividade dos magistrados influenciaram grandemente a temática do acesso à justiça. Irrompe-se com a ideia segundo a qual mera possibilidade de buscar proteção judiciária para solucionar os próprios interesses concretiza o acesso à justiça. Para que as partes (e também os grupos de pessoas) possam exercer plenamente seus direitos, é imprescindível que as barreiras econômicas, sociais e culturais sejam transpostas. Afinal, como lembram Cappelletti e Garth (1988), o direito de acesso à justiça somente pode ser concebido em sua plenitude se a única distinção entre demandante e demandado for o mérito da demanda.

Dessa necessidade de transposição das incontáveis barreiras que impedem ou dificultam as pessoas/grupos exercitarem seus direitos, surge um movimento global de acesso à justiça que cuida de oferecer alternativas e possibilidades de redução das desigualdades entre os litigantes. A esses movimentos – que ocorreram de maneira mais ou menos cronológica na história a partir da metade do século XX - Cappelletti e Garth denominam de “ondas renovatórias de acesso à justiça”.

O segundo capítulo cuida de identificar os objetivos de cada uma dessas ondas renovatórias, ao passo que o terceiro capítulo foca a temática do acesso à justiça no recorte escolhido neste trabalho: a assistência jurídica aos hipossuficientes no Brasil, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que adotou o sistema de *salaried staff* e ineditamente instituiu um órgão para exercício exclusivo de assistência jurídica (e não apenas judiciária) no país: a Defensoria Pública.

O terceiro capítulo é responsável ainda por revelar que a Defensoria Pública, a partir da emenda constitucional que lhe conferiu as autonomias funcional, administrativa e financeira (EC 45/2004) assumiu nova feição: outrora vocacionada para a tutela individual dos direitos dos hipossuficientes econômicos, hoje, em razão das inúmeras conquistas normativas – inclusive de cunho constitucional, também possui a missão de atuar na defesa dos direitos coletivos dos grupos vulneráveis que representa (e não somente daqueles que têm recursos financeiros para contratar advogado).

No quarto capítulo é realizada uma análise sobre a maneira pela qual Defensoria Pública participa da espécie de jurisdição constitucional, ao passo que o capítulo seguinte, além de analisar os argumentos favoráveis à inclusão da Defensoria no rol do art. 103 da Constituição Federal de 1988, examina a Proposta de Emenda à

Constituição Federal (PEC) n. 31/2017, que prevê a inserção do Defensor Público-Geral Federal no seletor rol dos legitimados à propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Apesar de não ter sido concluído o processo legislativo até o fechamento deste trabalho, a referida PEC já foi aprovada em dois turnos de votação pelo Senado Federal. Atualmente encontra-se pendente de apreciação pela Câmara dos Deputados.

O problema que se põe na presente dissertação reside na seguinte constatação: a falta de legitimação ativa da Defensoria Pública para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade frustra a integralidade da assistência jurídica que deve ser satisfeita pelo órgão defensorial.

O trabalho evidencia que a Defensoria Pública somente conseguirá atingir a plenitude na tutela coletiva quando estiver legitimada para a propositura das ações constitucionais de controle de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF). A natureza coletivas de tais ações conduz à conclusão de que ainda não estão à sua disposição todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela coletiva dos plurais grupos de vulneráveis, o que representa um grande prejuízo para a democracia brasileira que se propõe participativa.

No último capítulo, o objeto de estudo é a ADPF 347/2015, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do precário sistema prisional brasileiro. Essa demanda foi escolhida para análise na presente dissertação por três razões indissociáveis: a uma, porque configura situação de grupo vulnerável (população carcerária), que é, na sua grande maioria, assistida pela Defensoria Pública; a duas, por constituir a ADPF demanda coletiva inserida no controle concentrado de constitucionalidade; por fim, pelo fato de o Supremo Tribunal Federal, ainda que em medida cautelar, ter determinado a implementação de políticas públicas específicas ao Poder Público como forma de reduzir o encarceramento e o padecimento dos presos que ingressam no sistema prisional brasileiro.

1 APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

O tema da presente dissertação não dispensa relevantes pontuações acerca das políticas públicas. Afinal, qual o conceito de políticas públicas? Qual a sua relevância para o mundo jurídico? Em qual momento histórico a temática das políticas públicas assume papel de destaque nos debates jurídicos?

Nesse capítulo, buscar-se-á responder as indagações acima elencadas, assim como será defendido que a adjudicação das políticas públicas ao Poder Judiciário é consequência de inevitável ocorrência nos Estados que, ao mesmo tempo em que preveem em suas constituições o princípio de proteção judiciária, tutelam ineficientemente os direitos fundamentais sociais dos seus cidadãos.

1.1 O RECENTE INTERESSE DA COMUNIDADE JURÍDICA PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O interesse da comunidade jurídica pelo tema das políticas públicas é bastante recente¹ e relaciona-se com o modelo estatal de bem-estar configurado após as duas Grandes Guerras Mundiais (1914-1918; 1939-1945, respectivamente). Há um intrínseco nexos causal entre o surgimento das políticas públicas como categoria de interesse para o Direito e a necessária postura ativa do Estado no que tange à veiculação e realização de direitos sociais. Contudo, antes de explicar a razão do interesse dos juristas pelas políticas públicas, é necessário de antemão conceituá-las.

Para Maria Paula Dallari Bucci (1997, p.3), “Políticas Públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo”. Em sentido mais completo, segue a publicista ensinando que as políticas públicas constituem “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado (...) para a realização de objetivos socialmente relevantes” (BUCCI, 2006, p.38).

¹ “As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há menos de vinte anos, havendo pouco acúmulo teórico sobre sua conceituação, sua situação entre os diversos ramos do direito e o regime jurídico a que estão submetidas a sua criação e implementação” (BUCCI, 1997, p. 89).

Fábio Konder Comparato (1998, p.45) também enxerga a política pública como uma *atividade*, “isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.

Pode-se dizer que o fenômeno jurídico enxerga as políticas públicas como o conjunto de leis e atos administrativos que veiculam programas governamentais de ação, em atenção à necessidade de alcançar gerencial e conscientemente as metas coletivas inerentes ao Estado Dirigente.

Não se deve confundir a política pública com os próprios direitos que ela (política pública) busca preservar. “As políticas públicas representam instrumental utilizado pelo sistema jurídico para tornar realidade as previsões normativas, caracterizando-se por utilizar meios cogentes de intervenção do Estado na sociedade” (GOMES, 2015, p.31).

A temática das políticas públicas se desenvolve e se amplia em decorrência da recente passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Bucci (1997, p. 89) acredita que umas das dificuldades no estabelecimento do conceito jurídico de política pública ocorre porque este “*não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário do universo de preocupações da teoria política*”. Não se trata a política pública, pois, de um problema historicamente ínsito ao fenômeno jurídico, mas sim do recente tipo de Estado (Social) cujas raízes remontam ao século XIX.

O conceito de *política*, no sentido de programa de ação, só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. E a razão é simples: ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial, durante o longo período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos dos quais nos servimos habitualmente.(COMPARATO, 1998, p. 44)

No universo do Estado Liberal - estruturado principalmente com a função de limitar os poderes constituídos e garantir as liberdades individuais, a temática das políticas públicas assume caráter de importância reduzida, eis que as liberdades individuais são alcançadas preponderantemente pela via da omissão estatal², através da edição de leis gerais, impessoais e uniformes (aí reside a igualdade *formal* entre os indivíduos: todos são iguais perante a lei).

² “(...) o modo como se estruturou o Estado liberal é mais voltado à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo” (BUCCI, 1997, p. 89).

A Revolução Francesa, considerada por Hobsbawm (1979, p.71) a revolução do seu tempo histórico, traçou os ideários que culminaram no modelo liberal de Estado e as ideologias política e econômica do século XIX. Esse período de altas tensões políticas, econômicas e sociais assiste à ascensão da burguesia, à proeminência das forças do mercado na condução política e econômica dos Estado-nação e à progressiva e crescente internacionalização do comércio e da economia (POLANYI apud MORAES; 2014, p. 271).

O Estado Liberal cunhado e aprimorado no século XIX representa os anseios políticos e econômicos da burguesia que se consolidara no centro do poder político do Estado. O processo de superação do antigo regime (absolutista) necessitou de um arcabouço dogmático e jurídico que permitisse à burguesia deslocar para o Poder Legislativo – palco de assento da própria burguesia – o centro das decisões políticas. Os dogmas da supremacia absoluta da lei e da completude do ordenamento jurídico, a teoria da separação de poderes de Montesquieu com proeminência do Legislativo, o Judiciário como mero instrumento replicador do texto literal da legislação, institutos como “segurança jurídica” e “coisa julgada” fizeram parte do arsenal desenvolvido pela burguesia para evitar intromissões do Executivo e do Judiciário no desenvolvimento da atividade capitalista que se forjava continuamente.

No modelo de Estado liberal, ao Legislativo era atribuída a verdadeira função de governo. O Executivo e o Judiciário eram poderes coadjuvantes do protagonismo político do Legislativo. No processo de superação do antigo regime absolutista, a tese da divisão dos poderes com o destaque conferido ao Legislativo, surge como fórmula capaz de atingir os seguintes objetivos: deslocar o centro da decisão política para uma arena na qual a burguesia tinha assento (o Parlamento); impor limites à atuação do monarca, isto é, controlar o Executivo; dotar o Judiciário de uma posição institucional protegida das interferências do sistema político e orientada por critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos (certeza jurídica, previsibilidade e garantia de expectativas) (CAMPILONGO, 2011, p. 93).

Em suma, o liberalismo assume as facetas econômica e jurídica. O liberalismo econômico prega os benefícios de um mercado natural autorregulado contra os “incômodos” da intervenção do Estado. No aspecto jurídico, concebe-se que o ente político (Estado) legitima-se para garantir os direitos dos indivíduos contra o uso arbitrário do poder pelos governantes. “(...) o núcleo do liberalismo consistiria justamente nessa esfera de proteção dada aos indivíduos” (MORAES, 2014, p. 271).

A triunfante burguesia precisava de liberdade para desenvolver seus interesses econômicos relacionados com a acumulação de riquezas e a livre circulação de

propriedade. Sob a perspectiva da economia liberal, o Estado desenvolvido nesse período histórico é considerado um ente inábil para lidar com funções de ordem econômica³. Sob o aspecto da filosofia política, o Estado liberal é um mero garante dos direitos individuais de liberdade e o arbítrio estatal deve ser contornado através de um sistema em que os poderes possam limitar-se reciprocamente.

(...) a concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, o individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, que considera como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos de autoridade; de outro lado, o liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith, segundo o qual o Estado é impróprio para exercer funções de ordem econômica. (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 37).

BONAVIDES (1993, p. 57), ao tratar do Estado Liberal, questiona:

Quem participava essencialmente na vontade estatal face ao novo Estado-liberal-democrático? A burguesia, sem dúvida, a cuja sombra, em nome do povo, se ocultavam interesses parcelados da classe dominante.

Dado o caráter abstencionista, qualquer ação governamental do Estado Liberal lastreava-se na seguinte premissa: apenas é legítima a conduta estatal absolutamente indispensável – e o critério de indispensabilidade somente justifica-se quando a ação do Estado busca resguardar a segurança individual dos cidadãos.

Ocorre que não se pode perder de vista que a Revolução Francesa foi arquitetada e efetivada em favor da burguesia. A liberdade contratual irrestrita consignada na máxima do “*pacta sunt servanda*” – aplicada inclusive nos contratos de trabalho, o livre comércio, a liberdade de propriedade alijada de qualquer função social são exemplos da liberdade buscada na Revolução: a liberdade burguesa, um estado agravador de desigualdades sociais e que somente pode ser alcançado plenamente por aqueles que detêm capital econômico para dirigir suas vontades às alternativas de escolhas.

Apesar da previsão legal que concede ao cidadão a liberdade *formal* para exercer qualquer ofício ou profissão, não haverá materialmente liberdade de escolha, *v.g.*, se a única opção de trabalho para o indivíduo desempregado, não letrado,

³ “As limitações ao poder do soberano impostas pelo modelo de Estado Liberal são um ponto fundamental de sua natureza. Tais limitações constituem o objetivo primeiro do movimento que culminou no Estado Liberal, pois a corrente ideológica que ao fim prevaleceu no seio da Revolução Francesa objetivava a criação de um mercado autorregulado imune a interferências estatais de qualquer gênero” (MORAES, 2014, p.272).

resumir-se a aceitar um afazer mal remunerado, insalubre, numa carvoaria por longas dezesseis horas diárias.

Essa forma de Estado de Direito permite, como é intuitivo, que um sem-número de iniquidades se perpetuem sob a égide da lei. É o domínio daquela “majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sobre as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão e permite que ambos se hospedem no Ritz”, de que falou Anatole France (1906, p. 118) (MORAES, 2014, p.272).

Na busca do abstencionismo econômico, da irrestrita liberdade de atuação nos negócios jurídicos e da garantia de previsibilidade normativa indispensável ao sucesso das trocas mercantis (segurança jurídica), o resultado do individualismo reinante no Estado Liberal consistiu no aprofundamento das mazelas sociais, amplificação do número de desempregados e na formação de uma legião de mão-de-obra barata, assegurando à iniciativa privada a liberdade irrestrita para a prática de qualquer atividade com capacidade lucrativa.

As críticas ao liberalismo se centravam na percepção de que ele acabava por garantir à burguesia um domínio quase total dos bens de produção e das riquezas em geral, ao mesmo tempo em que deixava o proletariado com o mínimo necessário para uma magra subsistência (MORAES, 2014, p. 273).

Ausente o conteúdo social da noção de cidadania, previsível que o Estado Liberal não atentasse para as demandas sociais. Se políticas públicas são aqui compreendidas como o ‘Estado em movimento’, há uma incoerência inata na ideia de que políticas públicas sociais poderiam constituir o centro das atenções dos governos liberais do século XIX.

As massas, sufocadas, famintas e exploradas, passaram a reivindicar veementemente direitos sociais, trabalhistas e previdenciários. Os sindicatos ganham força e percebem o poderoso alcance do fato associativo. Na Alemanha, por exemplo, entre os anos 1883 e 1889, legislações inéditas no mundo instituíram em favor dos trabalhadores um seguro de natureza obrigatória contra os infortúnios decorrentes do trabalho.

Nos Estados Unidos da América, no final do século XIX, a “mão invisível” e autorreguladora da economia é posta em xeque quando a lei antitruste veda os ajustes tendentes a dominar o mercado. “Inegável que tal legislação é um reconhecimento de que a ordem econômica do Estado Liberal não era, ao fim e ao cabo, naturalmente autorregulável” (MORAES, 2014, p. 274).

Com efeito, admitir a necessidade de uma intervenção e regulação da economia pelo Estado inaugura um momento histórico de ruptura, uma transição do modelo de Estado Liberal para um modelo de Estado que precisa intervir ativamente na ordem social e econômica (ibidem, p. 274).

Paralelamente à ebulição social ocasionada pelas massas em busca de melhores condições de vida e de trabalho, a Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918) impôs ao Estado um remodelamento de seus institutos jurídicos a fim de satisfazer suas imediatas necessidades decorrentes dos confrontos bélicos internacionais.

Segundo Hobsbawn (1997, p. 51), a Primeira Guerra Mundial demandou, por parte do Estado, uma imensa programação da economia.

Com a eclosão da Primeira Grande Guerra Mundial, todas as funções do Estado se voltam à guerra, de modo que toda a sociedade também se vira para esse mister. O surgimento de uma economia de guerra foi consequência natural, já que a vitória dependia em grande parte da produção do aço, das usinas e outros fatores de produção que, doravante, precisavam ser dirigidos a um objetivo previamente estabelecido pelo Estado, objetivo esse que mobilizava a sociedade como um todo (...).

Entretanto, o arsenal jurídico do Estado Liberal - cunhado preponderantemente para evitar intromissões estatais na vida dos indivíduos – mostrava-se congenitamente incapaz de responder com coerência às novas demandas diretas e mobilizadoras do novo modelo intervencionista de Estado (Social) que se impunha como necessidade inarredável daquele momento histórico.

Ora, como iria o Estado dirigir todos esses fatores de produção a um único e singular objetivo senão por meio de novos instrumentos jurídicos que jamais poderiam coerentemente pertencer à ordem econômica liberal, ou melhor, ao Estado Liberal neutro e impassível? (MORAES, 2014, p. 275).

Diante desse panorama, as Constituições passaram a atribuir ao próprio Estado a função de instituir tarefas, programas e fins a ser executados através de prestações positivas em benefício da coletividade. Inicialmente, a Constituição mexicana (1917) e a Constituição alemã de Weimar (1919) adotaram esse modelo de Estado Social.

(...) é, obviamente com o Estado Social de direito que a reorganização da atividade estatal, em função das finalidades coletivas, torna-se indispensável. A atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país. O Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas (COMPARATO, 1998, p. 43).

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira carta política de cunho social a introduzir como missão do Estado a promoção do desenvolvimento econômico e do bem-estar social. “E desde a Carta de 1934 até a atual, o regime constitucional brasileiro tem se pautado por uma conjugação de democracia liberal e de democracia social” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 38).

Apesar de o vocábulo “Estado Social” possuir um caráter semântico aberto, o adjetivo “social” se refere “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA apud MORAES; 2014, p. 275).

Outra observação histórica de suma importância deve ainda ser colocada. Em que pese a tendência global de constitucionalização dos direitos sociais, somente após as barbáries cometidas na 2ª Grande Guerra Mundial as disposições previstas nos textos constitucionais passaram a ser encaradas como normas jurídicas, de caráter cogente, imperativo, de observância obrigatória (força normativa da constituição). Temendo recidiva de condutas análogas àquelas praticadas pelos regimes fascista e nazista, as constituições do pós 2ª Guerra Mundial passaram ainda a juridicizar os *princípios* - que representam, em sua maioria, valores éticos relacionados à dignidade da pessoa humana.

No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. (...). Intenta-se a reaproximação da ética e do direito, e, nesse esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas devem existir com um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser usado arbitrariamente para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco (PIOVESAN, 2009, p.29).

A força normativa da Carta Política rompe o caráter meramente programático até então atribuído às constituições, exigindo coercibilidade *erga omnes* das normas insculpidas nas cartas fundamentais dos Estados. Dessa nova necessidade de

efetividade das cláusulas constitucionais exsurge o que a doutrina passou a intitular de *Estado Constitucional (ou Democrático) de Direito*⁴.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual **a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos** (BARROSO, 2006, p. 48, grifo nosso).

A igualdade material insculpida nos textos constitucionais dos países que adotaram o modelo de Estado de bem-estar passa a exigir formas de efetivá-las na realidade social, e é nesse ínterim que se acaloram os debates acerca do ativismo judicial, políticas públicas, reserva do possível, acesso à justiça e separação dos poderes.

Foi no século XX que a recente temática das políticas públicas surgiu como objeto de interesse para a ciência jurídica; tais políticas representam os instrumentos normativos de efetivação dos direitos sociais conquistados paulatina e progressivamente desde a substituição do Estado Liberal pelo Estado do bem-estar Social.

1.2. FUNDAMENTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto no tópico anterior, o surgimento das políticas públicas decorre justamente do reconhecimento, pelo Estado, da necessidade de tutelar os direitos sociais (educação, saúde, moradia, saneamento básico etc.).

Conferir condições dignas de vida a todos cidadãos, proporcionando-lhes a possibilidade de desenvolvimento sadio das próprias personalidades, configura um dos aspectos mais relevantes do princípio da igualdade - e é também um dos objetivos centrais do Estado Social.

Pode-se afirmar, então, que a *ratio essendi* das políticas públicas reside na própria existência dos direitos de segunda geração.

⁴ “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria” (BARROSO, 2006, p.3).

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é **a própria existência dos direitos sociais** - aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se caracterizam por meio de prestações positivas do Estado (BUCCI, 1997, p.90-91).

Para além, não se pode olvidar que os governos, atualmente, governam através das políticas públicas. Os Estados contemporâneos, cada dia mais gerenciais, valem-se dos diversos instrumentos normativos ao seu alcance para cumprir com êxito, em determinado espaço de tempo, os planos de ação delineados para o cumprimento de sua função social. Os Estados utilizam-se, pois, das políticas públicas para cumprir o seu mister. Nesse aspecto, “**A função de governar** - o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social - seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas” (idem, p.90, grifo nosso).

1.3 SOMENTE AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM A CONSECUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS CAUSAM IMPACTOS FINANCEIROS RELEVANTES AO ESTADO?

É comum afirmar que os *direitos individuais*⁵ estão classicamente vinculados à concepção liberal de regulamentação dos direitos subjetivos pela via legislativa, aliado à premente necessidade de mínima interferência estatal nas relações sociais, posto que o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos está intrinsecamente relacionado à limitação da atuação dos órgãos estatais. Portanto, *v.g.*, para garantir o direito à inviolabilidade domiciliar seria suficiente que Estado proibisse, no campo jurídico-normativo, os agentes públicos de ingressar nas residências sem mandado judicial ou em situações que julgue conveniente. Veja que, *prima facie*, o direito à

⁵ “Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado. Nessa hipótese, E (esfera do Estado) não deve interferir (“entrar”) em I (esfera do indivíduo), sendo que o indivíduo pode repelir eventual interferência estatal, resistindo com vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece. Estes direitos *protegem* a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, *limitam* as possibilidades de atuação do Estado. (...). A essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa endereçada ao Estado*, a obrigação de *deixar de fazer algo*. Trata-se de uma obrigação de abster-se da intervenção na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*). O termo que melhor qualifica essa categoria de direitos é: “pretensão de resistência à intervenção estatal”, de forma abreviada, “direito de resistência” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 55-56).

inviolabilidade domiciliar se perfaz com a consagração normativa do direito, somado à inação (*status negativo*) dos agentes que representam a figura do Estado.

De outro turno, os direitos derivados do Estado Social – também denominados de “direitos sociais” (ou direitos de segunda dimensão) – possibilitam ao indivíduo exigir uma atuação positiva do Estado, com o objetivo de obter deste últimas condições materiais necessárias para o exercício da liberdade. Eis porque a liberdade e igualdade são ideais indissociáveis: a liberdade somente pode ser exercida plenamente se os recursos materiais forem distribuídos de forma tal que assegurem ao indivíduo a liberdade para realizar livremente suas escolhas. Para que haja liberdade nas escolhas individuais de cada ser, o Estado deve fornecer-lhe as condições necessárias ao seu amplo desenvolvimento alimentar, familiar, intelectual, educacional, profissional, espiritual etc. Com efeito, a tomada de decisões de alguém que vive na sofrida escassez de fruição de direitos básicos e imprescindíveis à saudável existência não pode ser equiparada à liberdade de escolha daquele que goza dos amplos plexos de direitos fundamentais assegurados na Constituição⁶.

“O termo “direitos sociais” se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 57). Esse oferecimento de bens e serviços a indivíduos que não podem adquiri-los no mercado é a marca central do Estado Social. Assegurar saúde, educação, alimentação, assistência social, habitação, segurança alimentar e nutricional etc. torna-se função estatal de primeira grandeza, numa busca de retificação dos excessos individualistas derivados do Estado Liberal.

Diante desse quadro, tornou-se usual afirmar que os direitos fundamentais *individuais* são aqueles que se perfectibilizam com a mera inação do Estado, sendo, assim, direitos que causam milimétricos impactos orçamentários ao ente político

⁶ Até mesmo o direito penal reconhece que a ausência de políticas públicas sociais conduz à confecção de uma comunidade socialmente injusta, desagregadora e que reduz o âmbito de liberdade de escolhas do indivíduo. Se o livre-arbítrio não pode ser exercido de maneira completa, o agente também não pode ser completamente culpável pelas poucas opções de conduta que lhes são disponibilizadas: “ZAFFARONI e PIERANGELI fazem referência à co-culpabilidade para explicar que quando uma sociedade é desorganizada, discriminatória, excludente, marginalizadora etc., ou seja, quando ela cria condições que reduzem o âmbito de determinação e liberdade do agente (pouco espaço social, que se limita à sua subsistência), ela também contribui para o delito. Haveria, então, coculpabilidade dela, isto é, o sujeito é culpável, mas a sociedade também o é” (GOMES; MOLINA, 2009, p. 417). Essa tese, em termos práticos, permite o reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal: “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

responsável pela sua concretização. Em sentido diametralmente oposto, os “direitos sociais” – aqueles que exigem uma contraprestação positiva do Estado – geram aos cofres públicos impactos de relevante monta.

Há nas disposições contemplando os direitos de defesa, em geral, um grau de determinidade maior. Por isso, nós encontramos nos direitos de defesa mais frequentemente possibilidade de aplicação imediata, porque muitas vezes do que se trata é impedir que o Estado venha obstaculizar o exercício do direito pelo cidadão, um direito que poderia desde logo ser por ele exercido não fosse a atuação ou inconstitucional do Estado. Tudo se passa de modo diferente em relação à estrutura dos direitos prestacionais, porque esses direitos, ao contrário, só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois, do Poder Público. Porque não fora a atuação do Estado, certamente esse direito não poderia ser satisfeito. A distinção de JELLINEK entre o *status negativo* e os direitos que envolvem o *status positivo* é, ainda, até certo ponto, atual (CLEVÉ, 2003, p. 295).

No entanto, de acordo com os filósofos políticos norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2019), a conclusão clássica (e majoritária) que foi referida no parágrafo anterior pode ser reducionista e conduz o leitor a uma falsa aparência da realidade. Na verdade, todos os direitos exigem altos custos para ser implementados. Por isso, Holmes e Sunstein (2019, p. 23) informam que “todos os direitos são positivos”.

Toda lei proibitiva, sejam quem forem seus os seus destinatários, implica tanto a concessão afirmativa de um direito pelo Estado quanto a pretensão legítima à solicitação da assistência do mesmo Estado, caso a lei seja desobedecida. Se os direitos fossem meras imunidades à intromissão do poder público, a maior virtude do governo (pelo menos no que diz respeito ao exercício dos direitos) seria a paralisia ou a debilidade. Um Estado débil, no entanto, é incapaz de proteger as liberdades pessoais, mesmo aquelas que parecem completamente “negativas”, como o direito de não ser torturado por policiais e carcereiros. (...). **Todos os direitos custam caro porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão, que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando necessário.** No quadro do Estado, as instituições mais conhecidas que monitoram as injustiças e garantem os direitos são os próprios tribunais. (...) Nenhum sistema jurisdicional é capaz de operar num vácuo orçamentário (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 31-32, grifo nosso).

A tutela estatal do direito à liberdade ambulatorial não se reduz aos custos orçamentários relativos à manutenção do Poder Legislativo que editou a norma constitucional e as demais leis que asseguram a referida liberdade. As vultosas cifras dispendidas com a segurança pública, por exemplo, devem ser compreendidas como custos inerentes ao exercício da liberdade de ir e vir, assim como o custo financeiro do aparelhamento da força policial também é indispensável para o exercício pleno da liberdade deambulatoria. Os custos decorrentes da implementação e manutenção de

uma Defensoria Pública combativa, eficiente, técnica, abrangente e autônoma também devem ser incluídos na “conta” da tutela do direito constitucional à liberdade ambulatorial (os salários dos Defensores Públicos que atuam na impetração de “habeas corpus” preventivos ou repressivos, por exemplo, devem compor o custo orçamentário desse direito). Em complemento, não se pode olvidar que o custeio de um Poder Judiciário independente é preceito mandatário na defesa do direito de liberdade que tenha sido violado ou esteja na iminência de sê-lo. E tudo isso custa muito ao erário⁷.

Do mesmo modo, o direito de propriedade - assim como a liberdade e os demais direitos de cunho liberal/individual - somente pode ser exercido em um Estado que esteja disposto a gastar recursos financeiros consideráveis.

Pela proteção que a Primeira Emenda confere à liberdade de expressão, os estados devem manter as ruas e os parques acessíveis para atividades expressivas, por mais que fazê-lo saia caro; trata-se mais uma vez de ação afirmativa. Pela proteção que a Constituição confere contra o confisco de propriedade sem justa indenização, o Estado provavelmente tem que criar leis que proíbam a invasão de propriedades e de pô-las à disposição dos proprietários de terras; a revogação parcial ou completa dessas leis – a ausência de uma ação no sentido de proteger a propriedade privada, portanto – seria provavelmente inconstitucional (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 39-40).

(...) a justiça penal canaliza uma quantidade considerável de dinheiro público para o combate aos crimes contra a propriedade: roubo, furto, estelionato, apropriação indébita, extorsão, falsificação de testamentos, receptação de bens roubados, chantagem, incêndio criminoso e por aí afora. O direito penal (que inflige penas) e o direito civil (que impõe restituição ou indenização) movem em duas frentes uma guerra permanente, e financiada com dinheiro público, contra aqueles que transgridem os direitos dos proprietários (ibidem, p. 46).

Holmes e Sunstein (ibidem, p. 39) concluem que “não faz sentido distinguir os direitos de propriedade e os direitos de bem-estar chamando os primeiros de negativos e os segundos de positivos.” Segundo os referidos autores, sob os aspectos orçamentário e prestacional, todos os direitos são identificados como *positivos*.

⁷ “À verdade óbvia de que os direitos dependem do governo, ou seja, do Estado, deve-se acrescentar uma consequência lógica e rica em implicações: os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos. Isso vale tanto para os direitos mais antigos quanto para os mais novos - para os direitos anteriores ao *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt e os posteriores a este. Tanto o direito ao bem-estar social quanto o direito à propriedade privada custam dinheiro para o público. O direito à liberdade contratual tem custos públicos, assim como o direito à assistência médica; o direito à liberdade de expressão tem custos públicos, do mesmo modo que o direito a uma habitação decente. Todos os direitos impõem exigências ao tesouro público” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p.5).

1.4 O PODER JUDICIÁRIO POSSUI LEGITIMIDADE PARA INTERVIR NA TEMÁTICA RELATIVA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS?

Como visto, as políticas públicas representam programas de ação governamentais tendentes a realizar determinados objetivos em um certo intervalo temporal ou não. Diante do dever impostergável e permanente de efetivar os vários direitos fundamentais derivados da Constituição, o governo vale-se dos instrumentos normativos que dispõe para organizar e publicizar seus planos de ação em relação a tais direitos.

Traçar normativamente diretrizes, metas, objetivos e instrumentos de ação auxilia na consecução de uma administração pública gerencial, eficiente e organizada, e ao mesmo tempo respeita o princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a atuação do Administrador Público cinge-se aos estritos limites da lei.

Portanto, por um lado o estabelecimento das políticas públicas representa a importância que cada governo politicamente confere a determinados objetivos e, dentro de uma certa margem de discricionariedade, opta pelos objetivos que considera prioritários.

(...) importa frisar que a política pública é noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, seja econômico ou não, porque envolve um processo de escolha de meios para a realização dos objetivos do governo. Assim, compreende também uma certa margem de opção entre tais objetivos, ou seja, compreende a hierarquização dos mesmos, cuja efetivação deverá dar-se com a participação dos agentes públicos e privados. **A adoção de certa política pública representa o processo político de escolha de prioridades para o governo, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado ou não** (SANTOS, 2006, p. 84, grifo nosso).

Governar a complexidade significa selecionar e escolher entre alternativas. Isso produz decepções. Quanto maior o número de opções, maior também a quantidade de propostas discriminadas no momento da decisão. Ou ainda: quanto mais ampla a democratização do sistema político, maior também o número de possibilidades negadas. Em última análise, **governabilidade democrática importa em capacidade de tomada de decisões coletivamente vinculantes, num contexto de múltiplas alternativas** (CAMPILONGO, 2011, p. 106, grifo nosso).

A margem de flexibilidade, entretanto, não torna a atuação do Administrador Público e do Legislador imune ao controle judicial. Pelo fato de as políticas públicas estarem diretamente embasadas no texto constitucional e ligadas à concretização de direitos fundamentais que compõem as cláusulas pétreas, “o Judiciário atua como

uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição” (CLEVÉ, 2003, p. 296).

Uma Constituição democrática – como é Carta Republicana de 1988 – estabelece a estrutura dos poderes constituídos e seu inerente sistema de freios e contrapesos, as formas de participação do indivíduo na vida política do Estado e os direitos e garantias fundamentais que devem ser resguardados por todos os Poderes. Representa, ainda, a norma jurídica fundamental dentro da hierarquia normativa do direito interno de determinado Estado e que serve de parâmetro de validade para todos os demais instrumentos derivados do devido processo legislativo ou do poder regulamentar conferido ao Executivo.

Com efeito, se a Constituição é o instrumento jurídico que deve conformar a sociedade através de suas normas⁸, sua força impositiva e diretiva é incontestável. Se constitui o ápice do ordenamento jurídico interno, é dotada de *força normativa* capaz de invalidar condutas comissivas ou omissivas infraconstitucionais que eventualmente violem seus mandamentos.

A atual Constituição brasileira, em seu art. 196, assegura que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Caso os Poderes Executivo e/ou Legislativo sejam omissos ou atuem de maneira insuficiente na tutela do direito à saúde, cabe ao Judiciário, se provocado, evitar/mitigar o(s) dano(s) através da concessão total ou parcial do pedido formulado pelo autor da demanda judicial. Certamente (ou muito possivelmente) a decisão judicial cause repercussões financeiras ao ente político obrigado a prestar o medicamento e/ou o serviço médico adequado, criando para o referido ente político a necessidade de realizar um rearranjo nas contas públicas e, conseqüentemente, nas escolhas acerca das políticas públicas que irá desenvolver prioritariamente com o erário remanescente.

⁸ “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte for mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)” (HESSE, 1991, p. 24).

Diante dessa “desorganização” causada pela decisão judicial, surge a ideia – equivocada, diga-se de passagem – de que há indébita interferência do Judiciário na esfera da discricionariedade administrativa na gestão da coisa pública. Na verdade, “indébita” é a carência de políticas públicas que atendam os direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Se tais direitos devem ser concretizados pelas políticas públicas desenvolvidas pelos representantes políticos do povo (Legislativo e Executivo), legítima será a decisão judicial que ordene o Estado a legislar positivamente para o desenvolvimento de um programa de ação, conferindo prazo para o cumprimento do *decisum* ou, *exempli gratia*, ordene o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para assegurar o direito universal à saúde de todos aqueles que demandarem o Sistema Único de Saúde (SUS).

Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais (CLEVÉ, 2003, p. 299).

A Constituição Federal de 1988 foi o fruto do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte⁹ formada por parlamentares eleitos legitimamente pelo povo com o fito exclusivo de elaborar uma nova cartilha política para o Brasil. Nesta carta política o Judiciário foi incumbido de uma vez provocado, imiscuir-se em todas as questões que gerem lesão ou ameaça de lesão ao direito do jurisdicionado (art. 5º, inciso XXXV). Portanto, a violação a direitos fundamentais decorrente da falta/incipiência na prestação de serviços públicos essenciais à dignidade humana obriga o Poder Judiciário a atuar corretivamente, se instado, e determinar o que for necessário ao resguardo do direito que está incumbido de amparar.

É certo, por óbvio, que o Poder Judiciário não deve intervir, sem mais, em esfera reservada a outro Poder, para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas e executivas no atendimento das demandas sociais. Todavia – e é isso que aqui defendemos – quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o terceiro gigante no controle das omissões do poder público. Noutras palavras, quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na

⁹O filósofo político Norberto Bobbio (1998, p. 61), em sua obra intitulada “Dicionário de Política”, assim conceitua a Assembleia Nacional Constituinte: “um órgão colegial, representativo, extraordinário e temporário, que é investido da função de elaborar a Constituição do Estado, de pôr – em outros termos – as regras fundamentais ordenamento jurídico estatais”.

implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais e dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal de 1988, cumpre ao Poder Judiciário – co-responsável no processo de construção da sociedade do bem-estar – adotar uma posição ativa e dinâmica na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais. E a Constituição brasileira de 1988, marcadamente dirigente, esculpiu um Estado Social, redefinindo a relação entres os três Poderes e adjudicando ao Poder Judiciário funções de efetivo controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos. (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 161)

José Afonso da Silva (1999, p. 4), ao analisar o dispositivo constitucional que determina a inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, inciso XXXV), salienta que o *princípio de proteção judiciário* “constitui a principal garantia dos direitos subjetivos”.

Importante frisar que a atuação lúdima do Judiciário não reside em determinar as prioridades de cada governo e formular as políticas públicas. Caso assim fosse, haveria nítida afronta ao princípio da separação entre os poderes republicanos e ainda assumiria o Judiciário um ônus que não é seu, pois seria ele socialmente desgastado enquanto Poder Político em decorrência de opções equivocadas. Sabe-se que a substituição do administrador público/legislador pela figura do magistrado não se mostra politicamente legítima, uma vez que o legislador e o administrador público foram escolhidos pela via do sufrágio universal para construir, no exercício do mandato, uma pauta de preferências das políticas econômicas e sociais.

Ocorre que a Constituição da República, com sua potente força normativa, institui uma lista aberta e exemplificativa de direitos fundamentais (individuais e sociais) que devem ser concretizados por todos os governos de maneira direta e imediata¹⁰. A questão política, portanto, cinge-se à ordem de hierarquia que cada

¹⁰ A própria Constituição Federal de 1988, em art. 5º, §1º, preceitua que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Sendo a Constituição um conjunto de normas dotadas de juridicidade e exigibilidade, até mesmo as disposições de caráter programático vinculam todos os Poderes aos seus preceitos. Ao debater a aplicabilidade imediata das normas constitucionais de caráter programático – *in casu*, o direito à saúde -, o Supremo Tribunal Federal, em 2010, no julgamento do Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 formulado pela União, frisou que “É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)”, legitimando a atuação

governo confere aos direitos normatizados constitucionalmente. No entanto, no campo jurídico, todos eles [direitos fundamentais] têm igual importância e merecem idêntica [e imediata] proteção¹¹.

Uma atividade legislativa ou administrativa eficaz de modo algum é incompatível com o controle judiciário da própria atividade, (...) antes a coexistência equilibrada de tal atividade e seu controle representa a essência mesma do regime constitucional (PEKETELIS, 1950 apud CAPELLETTI, 1993, p. 53).

O Judiciário é um órgão com legitimidade popular para atuar corretivamente, quando provocado, em casos concretos de violações a direitos fundamentais. O fato de os seus representantes (juízes) não terem sido eleitos diretamente não lhe retira essa legitimidade, afinal foi a soberania popular materializada na Assembleia Nacional Constituinte que atribuiu ao Judiciário, como função principal, a guarda da Constituição.

Ora, cumpre lembrar que o Constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido na nova ordem constitucional. E no que diz respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, de certa maneira, como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. De outro ângulo, o devido processo legal, a motivação e a recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário (CLEVÉ, 2003, p. 296).

Dada a importância da vontade popular nas democracias contemporâneas, J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 94) anota que um Estado Democrático de Direito é justamente

uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional, no qual o poder político deriva do “poder dos cidadãos”.

Alegar a separação rígida entre os poderes para impedir o Judiciário de exercer sua atividade típica é, “antes, mero argumento para evitar o julgamento do que propriamente limitação à função jurisdicional” (ARENHART, 2009, p. 11).

do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço”.

¹¹ “No caso brasileiro, é preciso levar em conta que a Constituição Federal de 1988 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regimes entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição portuguesa. Não temos, portanto, desde o ponto de vista do texto constitucional, uma diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os sociais, especialmente os prestacionais, e é por isso que a disposição que trata da eficácia imediata dos direitos fundamentais alcança, de igual modo, todos os direitos fundamentais” (CLEVÉ, 2003, p. 295).

Segundo Mauro Cappelletti (1993, p.53), “o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”.

Em última análise, o rigorismo no trato do esquema da separação entre os poderes leva a uma absurda conclusão: “sequer seria admitido o controle jurisdicional do Estado (mesmo que sob a suposição de violação da legalidade)” (ARENHART, 2009, p. 9).

O juiz, ao realizar o controle jurisdicional das políticas públicas, não atua, em tese, como legislador positivo. Ocorre que as decisões judiciais nas demandas coletivas possuem contornos que muito se assemelham à função legiferante – eficácia *subjetiva* para além das partes envolvidas formalmente no processo, atingindo *objetivamente* situações da vida que não foram aquelas narradas de maneira determinada na petição inicial.

A noção de que a lei é ato abstrato e genérico, enquanto a decisão judicial é concreta e específica, vem cedendo a cada momento, à realidade em que sentenças assumem, também, caráter genérico e abstrato. A atuação do Judiciário frente às demandas coletivas é a maior prova disso (ibidem, p.11)

(...) essa gradativa expansão da eficácia das decisões judiciais se amolda, pois, à atenuação do rígido esquema de separação entre os poderes, à medida em que mais e mais decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados, e principalmente perante os demais Poderes do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que sob esse aspecto vai aproximando os produtos legislativo e judiciário. (MANCUSO, 2001, p. 743).

Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 10) remata que é corriqueiro nos tribunais demandas em que a postulação relaciona-se com uma prestação positiva do Estado. No entanto, apenas em questões determinadas (específicas), quando interesses políticos externos confluem para que o Judiciário não dê ao jurisdicionado a resposta necessária à tutela do direito, é que se invoca a tese da separação dos poderes como óbice para a atuação dos tribunais.

1.5 A QUESTÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Certamente o obstáculo que mais comumente é apontado para embaraçar o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é a chamada “reserva do possível” (ou “reserva dos cofres públicos”).

A resistência é colocada, em especial, no que tange às ações positivas do Poder Público em relação com os direitos subjetivos de cunho fundamental (seja individual ou social), condicionando a consecução de determinada política pública às possibilidades financeiras do ente político devedor da obrigação.

O ponto possivelmente mais polêmico em termos de exigibilidade dos direitos sociais como direitos subjetivos e fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas (ambas as situações, apesar de seus pontos de contato, não se confundem) diz respeito à assim chamada “reserva do possível”, ou seja, com a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais (embora já se reconheça que tal relevância econômica não é apenas dos direitos sociais) na condição de direitos à prestações estatais, de modo especial, naquilo que guardam relação com a destinação, criação e (re)distribuição de recursos materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade dos direitos sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 637).

Não se pode olvidar que o art. 5º, §1º, da CF/88, dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Com efeito, torna-se imperioso afirmar que: a) não é possível reduzir as normas constitucionais que consagram os direitos sociais a normas de eficácia diferida, e; b) reconhece-se a força normativa da Constituição.

Com respeito às posições que veêm na “reserva do financeiramente possível” óbice à implementação de direitos e garantias fundamentais pelo Poder Judiciário, adota-se aqui entendimento no sentido de que o Estado não pode opor indiscriminadamente essa tese defensiva para esquivar-se de imposições legais e constitucionais que tutelem os direitos e garantias fundamentais.

Se o Constituinte Originário, por exemplo, disciplinou o direito à saúde e à educação como direitos público-subjetivos, a alegação de insuficiência de recursos – ainda que devidamente comprovada pelo órgão político-administrativo, não pode servir como escusa para que a obrigação prestacional não seja cumprida pelo Estado. Consumar relaxadamente a tese da reserva do possível equivale a fraudar uma dupla expectativa: a do sujeito (titular do direito) e a do Constituinte Originário. A força normativa da Constituição impõe concretude aos mandamentos constitucionais – e a própria Carta Política prevê a aplicabilidade imediata dos dispositivos que versam sobre direitos fundamentais. Para além, não há no corpo da ‘Lex Mater’ sequer uma previsão que limite a efetividade dos direitos fundamentais às possibilidades materiais do Estado.

A teoria da reserva do possível nasce numa realidade completamente distinta da brasileira. Sua origem remonta ao ano de 1972, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento do célebre caso *numerus clausus Entscheidung*, acolheu a tese de Peter Häberle e decidiu que o direito de acesso ao ensino não equivale ao oferecimento de vagas ilimitadas. Por conta da oferta limitada do número de vagas para o curso de medicina nas Universidades de Munique e Hamburgo, demandas judiciais foram propostas sob o argumento de que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação” (art. 12 da Lei Fundamental da Alemanha). No entanto, inobstante o direito de acesso ao ensino superior, a Suprema Corte alemã deliberou não ser razoável a pretensão a vagas ilimitadas para o mencionado curso.

Em sua origem, a *possibilidade* a que se refere a teoria da reserva do possível não apresenta qualquer relação direta com a (im)possibilidade financeira ou orçamentária do Estado alemão em ofertar o curso de medicina; possui, sim, conexão direta com a *razoabilidade da pretensão* dos demandantes em relação ao Estado (pretendiam vagas ilimitadas a ser ofertadas pelo governo alemão).

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. (SARLET, 2004, p. 282-283)

A teoria da reserva do possível – até então relacionada com a irrazoabilidade da pretensão, quando (mal) importada para o Brasil, assume contornos distintos e deletérios para a coletividade.

Sucedem, porém, que no Brasil a teoria da reserva do possível foi mal interpretada e passou a ser utilizada como fundamento econômico e financeiro, associada à insuficiência de recursos públicos, como forma de justificar a omissão do poder público no cumprimento de sua obrigação constitucional no sensível campo dos direitos sociais, o que, efetivamente, revela um absurdo. De fato, a doutrina brasileira vem entendendo que a efetividade dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência etc.). Para além disso, assegura que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções de governo e do parlamento através da composição dos orçamentos públicos. A doutrina nacional, lamentavelmente e não sem equívoco, vem acolhendo comodamente a reserva do possível como limite econômico e financeiro à concretização dos direitos sociais,

aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos à prestação (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 691-692).

O direito, entretanto, não pode vender os olhos para a realidade. Efetivamente o erário é limitado e podem ocorrer situações em que a escolha de prioridade dos investimentos impeça que todos os direitos sejam financiados pelo Estado no grau máximo.

Justamente por conta dessas restrições de ordem material diz-se que os direitos sociais são *progressivos*, leia-se, sua tutela deve ser gradual e cotidianamente aprimorada pelos poderes públicos, vedado o retrocesso social¹².

No âmbito do sistema global de direitos humanos, a progressividade dos direitos sociais exsurge no ano de 1966, mais especificamente em virtude de sua previsão expressa no art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (sua incorporação ao direito doméstico brasileiro deu-se pela promulgação do Decreto nº 591, de 6 de junho de 1992):

Artigo 2.º

Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, **no máximo dos seus recursos disponíveis**, de modo a **assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto** por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas (ONU, 1966, s/p, grifo nosso).

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Organização dos Estados Americanos (OEA) também possui, desde 1998, dispositivo expresso que faz menção à necessidade de assegurar a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse dispositivo é o primeiro artigo do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – “Protocolo de San Salvador” (sua incorporação ao direito doméstico brasileiro deu-se pela promulgação do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999):

Artigo 1

Obrigações de Adotar Medidas

¹² “Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de “efeito cliquet”, princípio do não retorno da concretização ou princípio da evolução reacionária, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramento ou acréscimos. Outra expressão utilizada pela doutrina é o *entrenchment* ou entrincheiramento, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o *retrocesso*, que poderia ser realizado pela *supressão normativa* ou ainda pelo amesquinçamento ou diminuição de suas prestações à coletividade” (TAVARES, 2018, p. 102)

Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, **até o máximo dos recursos disponíveis** e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, **progressivamente** e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo (OEA, 1998, s/p, grifo nosso).

Tiago Fenterseifer (2015, p. 85) assegura que o mais relevante fundamento do mínimo existencial reside no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, “já que no seu conteúdo normativo está a ideia de conceber um núcleo mínimo de direitos fundamentais (...), sem o qual não é viável um desenvolvimento da vida humana em patamares dignos”. “Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade” (SARLET, 2008, p. 89)

Apesar da gradualidade, uma eficácia mínima dos direitos fundamentais sociais (saúde básica, educação fundamental, assistência social, habitação simples etc.), que garanta aos indivíduos existência digna, deve figurar vinculativamente na pauta política dos Poderes Legislativo e Executivo¹³. Arenhart (2009, p.17) ressalta que, por conta do princípio da proporcionalidade, somente seria legítimo o sacrifício de um direito fundamental para atender outro interesse – também fundamental. E prossegue advertindo que em nenhum caso – nem mesmo por ausência de recursos materiais – o núcleo mínimo (essencial) dos direitos fundamentais pode ser restringido.

Assim, mesmo diante da “reserva do possível”, jamais será admissível que o Estado abandone simplesmente um interesse fundamental. Sempre será exigível – ainda diante da reserva do possível – a preservação de um mínimo vital (direito fundamental mínimo), correspondente ao mínimo razoavelmente exigível para a satisfação de uma vida digna (ibidem, p. 17).

O Estado não pode opor a “reserva do possível” para eximir-se da sua função social de garante dos direitos fundamentais. O esforço de contingenciamento do erário

¹³“(…) pode-se afirmar que o mínimo existencial apresenta uma *eficácia contramajoritária*, uma vez que o seu conteúdo não se encontra na esfera de discricionariedade do legislador e do administrador, podendo, por conta disso, ser passível de controle judicial diante da omissão dos demais poderes em garantir a todos os cidadãos tal bem-estar mínimo. Não conferir ao indivíduo o acesso à garantia do mínimo existencial é forma de alijá-lo da comunidade político-estatal, deixando de reconhecer a sua condição de cidadão e sujeito político. É o mesmo que negar a sua condição política, além de, é claro, também negar a sua condição de ser humano, afrontando de forma direta a sua dignidade. Entre o dever ser da norma constitucional e o ser da realidade social brasileira, o mínimo existencial representa um marco político-jurídico consensual básico a respeito de um conjunto mínimo de direitos, sem o que o próprio contrato social resulta fictício, projetando o indivíduo para uma condição existencial sombria e indigna” (FENTERSEIFER, 2013, s/p).

em áreas menos essenciais é exercício que se impõe. Se o mínimo vital irredutível não está sendo cumprido pelo Poder Público sob a alegação de escassez de recursos financeiros,

deverem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como custeamento de gabinetes governamentais ou parlamentares, em que sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais da vida digna do ser humano (SOARES, 2010, p.157).

Para Robert Alexy (2002), ainda que esse mínimo ético irredutível possa refletir financeiramente para o Poder Público, a força vinculante dos direitos fundamentais deve prevalecer no conflito entre efetividade constitucional e ausência de recursos financeiros por parte do Estado. Para ele (Alexy), não fosse assim, os direitos fundamentais seriam sempre aniquilados em tempos de crise financeira, pois que prevaleceriam os interesses financeiros do Estado em detrimento de direitos de primeira grandeza, o que não se pode aceitar. “Sempre, pois, será possível o controle judicial das políticas públicas – mesmo diante da reserva do possível – quando se tratar de garantir direitos fundamentais mínimos” (ARENHART, 2009, p. 17).

O Supremo Tribunal Federal, *v. g.*, em inúmeras situações levadas à Corte – tanto pela via do controle incidental quanto principal - reconheceu a necessidade de respeito, por parte do Poder Público, ao núcleo intangível dos direitos fundamentais (mínimo existencial). As políticas públicas que visem assegurar minimamente tais direitos não podem ser fraudadas pela alegação – ainda que verdadeira – da ausência de recurso públicos para sua devida implementação¹⁴.

¹⁴ Os julgados do Supremo Tribunal Federal são categóricos em afirmar que o mínimo existencial não se submete à cláusula da reserva do possível: “EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. **Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade.** Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento (STF – AgR ARE: 860.979 DF – DISTRITO FEDERAL 0183034-23.2011.8.07.0001, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/04/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe – 06/05/2015, grifo nosso); PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. 1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005. 2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

“(...) hoje, é bem claro que tratar como iguais a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça” (Mauro Cappelletti)

Acesso à justiça é termo polissêmico: muitas vezes é doutrinariamente utilizado como o *direito* de acesso à justiça; em outras, significa o *movimento* que visa assegurar aos cidadãos a redução das desigualdades que impedem ou dificultam que os direitos sejam reivindicados e/ou exercidos pelas partes em pé de igualdade. A Defensoria Pública, *v.g.*, é um dos resultados iniciais desse movimento. O movimento de acesso à justiça visa assegurar que o direito de acesso à justiça seja concretizado: são, pois, correlacionados e indissociáveis. Cada uma dessas categorias será analisada a seguir.

2.1. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Em uma acepção institucional, pode-se conceituar o direito de acesso à justiça como o direito de valer-se do Poder Judiciário para buscar a solução de uma questão

bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente (ADI: 2649 DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00029); Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, **ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento (STF - RE: 642536 AP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013, grifo nosso).

conflituosa. Se o Estado-Juiz – terceiro imparcial na lide - avocou para si o monopólio da jurisdição, vedando quase absolutamente o exercício da autotutela, nasce para o indivíduo o direito de recorrer a este terceiro imparcial sempre que seus interesses estiverem em disputa. O direito de acessar as instâncias judiciárias, portanto, faz parte do contrato social.

Em linhas gerais, o direito de acesso à justiça deriva diretamente da própria teoria do contrato social, como matriz fundante do Estado e da ordem social. Quando os indivíduos abrem mão de determinados direitos, inclusive o direito de resolver suas disputas por meio da força, recebem em troca do Estado a correspondente promessa de justiça, paz e bem-estar social. Tendo o Estado assumido o monopólio da jurisdição, assumiu também o compromisso de assegurar a igualdade de todos perante a lei, bem como garantir a igualdade de oportunidades para acessar a ordem jurídica justa (ESTEVES; SILVA; 2018, p. 1).

O acesso às instâncias judiciárias constitui realmente a principal garantia de defesa dos direitos subjetivos. Havendo violação – ou ameaça de lesão – a direito assegurado pela ordem jurídica, é ao Judiciário que cabe, com exclusividade sobre os demais Poderes, a resposta restauradora da unidade jurídica violada. SILVA (1999, p. 12) lembra que o acesso à justiça, sob essa ótica, importa na “garantia das garantias constitucionais, enquanto poder que detém o monopólio da jurisdição”.

No mesmo sentido, SADEK (2013, p. 20) observa que “o direito de acesso à justiça é o direito primeiro, é o direito garantidor dos demais direitos, é o direito sem o qual todos os demais direitos são apenas ideais que não se concretizam”. Wilson Alves de Souza (2011, p. 84) também pontua que o acesso à justiça

é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça.

A referida acepção institucional é referendada pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entretanto, José Afonso da Silva alerta que o direito de acesso à justiça não pode se resumir a essa possibilidade de recorrer aos tribunais. Segundo o mestre da Arcadas, “quem recorre ao Poder Judiciário é que confia em que ele é uma instituição que tem por objeto ministrar Justiça como valor” (1999, p. 9).

O moderno fundamento que confere justificção para a atividade jurisdicional reside na busca pelo julgamento *justo* do conflito. Essa conclusão, inclusive, decorre

da própria Constituição: o enunciado normativo insculpido no seu art. 2º prevê o Poder Judiciário como um Poderes do Estado; o art. 3º, inciso I, também da CR, institui como um de seus mais importantes objetivos a construção de uma sociedade não somente livre, mas também *justa e igualitária*. Com efeito, as decisões judiciais não de representar a busca pela igualdade material. Em outras palavras, o Judiciário – assim como os demais Poderes – também está imbuído na conquista dos objetivos sociais delineados pelo Constituinte. Assim, “Cada sentença há que constituir um tijolo nessa construção da sociedade justa” (SILVA; 1999, p. 10).

Portanto, pode-se inferir que o direito de acesso à justiça “não pode nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas **o direito a uma decisão justa**” (SILVA, 1999, p. 14, grifo nosso).

Entretanto, o direito fundamental de acesso à justiça não é somente uma questão de exercício do direito de ação. As barreiras econômicas e sociais que impedem/dificultam os indivíduos de aceder ao benefícios da tutela jurisdicional são complexas e dependem “da remoção de vários obstáculos de caráter material, para que os pobres possam gozar do princípio de uma Justiça igual para todos” (SILVA, 1999, p. 15). “Uma ordem social injusta não pode produzir um processo justo, nem, por certo, um sistema judicial de solução justa dos conflitos de interesse.” (idem, p. 17)

Nessa concepção de um **processo justo**, o clássico direito de ação se transforma num direito de projeção social, não apenas como meio de recorrer ao Poder Judiciário para a defesa dos direitos individuais, mas para o estabelecimento de um verdadeiro direito material da justiça, que **requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição** (ibidem, p. 16, grifo nosso).

Cappelletti e Garth (1988, p. 15) aduzem que o acesso efetivo à justiça, ou seja, a igualdade perfeita e acabada, faz parte de uma *utopia*, uma vez que “As diferenças entre as partes não podem jamais ser erradicadas”. Segundo eles, essa realidade “perfeita” consistiria no atingimento de uma situação em que a vitória da demanda dependesse apenas “dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito”.

A luta pela mitigação das barreiras sociais e econômicas que dificultam os mais pobres de acessar os tribunais e exercer seus direitos em plena igualdade com a parte adversa é justamente o objeto do movimento iniciado com maior intensidade em meados do século XX e que foi intitulado de “Acesso à Justiça”.

2.2 O 'MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA' NOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS

“A lei é igual para todos. Também a chuva molha todos, mas quem tem guarda-chuva abriga-se” (Francesco Carnellucci)

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, uma relação intrínseca entre políticas públicas e Estado Social foi delineada. Idêntico vínculo histórico pode ser inferido no tema do Acesso à justiça.

No século XIX, os Estados liberais, dominados política e economicamente pela burguesia que se firmou solidamente no poder após a Revolução Francesa, sequer prestavam atenção para a importância do acesso à justiça.

No contexto histórico oitocentista de afirmação de direitos individuais de liberdade frente ao arbítrio do Estado, prevalecia que o acesso à justiça “significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção (1). Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática* (ibidem, p. 9).

Acessar a justiça e suas instituições, no sistema do *laissez-faire*, não constituía preocupação dos governos. A possibilidade *formal* de utilização do Poder Judiciário era suficiente para justificar uma (pseudo)igualdade entre os cidadãos, mesmo que, a bem da verdade, o acesso efetivo constituísse um “privilégio” daqueles que tinham capacidade de arcar com os custos financeiros de uma demanda judicial.

O ideal de igualdade, até o surgimento do Estado Social, significava, em essência, a *igualdade de todas as pessoas perante a lei*, o que representava unicamente a mitigação das diferenças jurídico-formais de “status”. Já os novos direitos sociais, surgidos com o “Welfare State” vêm atuar na busca da promoção da igualdade real – “ou uma menor desigualdade de fato – pelo menos no terreno de oportunidades” (CAPPELLETTI, 2008, p. 386).

É certo que a mera igualdade jurídico-formal de maneira alguma possui o

condão de reduzir as barreiras econômico-sociais que impedem o cidadão de requerer seus direitos perante as instâncias competentes. Os entraves econômicos e sociais, se não atenuados, constituem fatores essenciais de bloqueio do exercício daqueles mesmos direitos assegurados formalmente a todos.

Por exemplo, se é certo que as portas dos tribunais estão formalmente abertas igualmente para todos, não é menos certo que tal acesso é bem diverso para quem tenha informação suficiente sobre seus próprios direitos, que possa fazer-se representar por um bom advogado, e tenha a possibilidade de esperar os resultados a miúdo tardios dos procedimentos jurisdicionais, do que para quem careça de tais requisitos econômico-culturais (ibidem, p. 386).

A relação entre desigualdade, exclusão, justiça e direitos assume os contornos de um círculo vicioso: em virtude dos níveis de desigualdade e dos mecanismos de exclusão, o acesso à justiça e aos direitos é negado; sendo negado, mantêm-se os padrões de desigualdade e exclusão existentes (LAURIS, 2010, p. 122).

O século XX marcou a transição do Estado liberal para o “Welfare State”. A marca típica do Estado do Bem-Estar Social consistiu na criação de *novos direitos* – os *direitos sociais* dos pobres, dos trabalhadores e na tutela dos *direitos difusos* (dos consumidores e do meio ambiente, por exemplo).

A filosofia política do Estado Social de Direito incluiu ainda em sua agenda a *promoção* desses novos direitos. Muito diferentes dos direitos tradicionais de liberdade, os direitos sociais exigem do Estado uma *atividade* para ser realizados.

Ao papel tradicional de mera proteção e repressão das violações dos direitos individuais tradicionais – o Estado como mero gendarme ou *right whatchnman* da filosofia política do *laissez faire* – agregaram-se as tarefas de promoção e atuação dos novos “direitos sociais” que, tipicamente implicam num compromisso do Estado, no sentido de fazer, operar, intervir (CAPELLETTI, 2008, p. 384).

Essa complexo e extenso encargo atribuído ao novo modelo de Estado - denominado pelo grande jusfilósofo italiano, Norberto Bobbio, de “Estado Promocional” – produziu um *gigantismo governamental* bem intencionado – mas também perigoso – tendente à consecução da nova finalidade social atribuída ao Estado.

De fato, os novos direitos precisavam ser inseridos nos textos normativos para facilitar-lhes o reconhecimento e a exigibilidade jurídica. Daí o gigantismo da atividade legislativa.

Por outro lado, o gigantismo legislativo conduziu fatalmente a Administração Pública à criação de um grande aparato burocrático tendente a materializar a

legislação social produzida em larga escala pelos representantes do povo.

(...) esta cada vez mais vasta e complexa função promocional do Estado moderno comportou, obviamente, formas de gigantismo governamental a miúdo perigosas e potencialmente opressivas: **gigantismo legislativo**, antes de tudo e como visto, acompanhado, por outra parte, inevitavelmente e também pelo **gigantismo daquele aparato administrativo e burocrático**, sem o qual a legislação social não podia ou não pode ser realizada (ibidem, p. 384).

O gigantismo governamental (legislativo e administrativo) criou para os Estados Sociais pautas extensas de atividades materiais, levando, em muitos casos, à inexecução das declarações de direitos. Além disso, a burocratização do aparato executivo conduziu à criação de dificuldades institucionais de acesso aos direitos. Para Cappelletti (2008, p. 385):

O problema do *acesso* apresenta-se, pois, sob dois aspectos principais: por um lado, como *efetividade* dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão devem, efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da sociedade, que exige um vasto aparato governamental de realização; mas, por outra parte, inclusive como busca de formas e métodos, a miúdo, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle de tal aparato e, por conseguinte, para a proteção contra os abusos aos quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente.

Em Conferência do Professor Mauro Cappelletti, proferida no Plenário da Assembleia do Rio Grande do Sul, foi dito que “entre os problemas mais importantes que exigem solução em todos os países, está o problema da efetividade, da igualdade de todos perante o direito e a justiça”.

O problema do Acesso ao direito e à justiça é, na verdade, um problema de igualdade material; trata-se “de petição de igualdade não somente formal, senão real e efetiva igualdade de possibilidades, de desenvolvimento da pessoa e igual dignidade do homem” (CAPPELLETTI, 2008, p. 384).

Portanto, o Acesso à Justiça – que não se confunde com o acesso ao Poder Judiciário – representa um movimento decorrente da não-realização das promessas assumidas pelo “Welfare State”, e que tem como objetivo traçar linhas evolutivas para o alcance da efetividade dos direitos sociais¹⁵. É, em última análise, a busca pela

¹⁵ “O movimento pelo “acesso à justiça” constitui, pois, um aspecto central do moderno Estado social ou *welfare state*. Note-se que não se trata de um movimento limitado à justiça em seu sentido judicial; ele abarca, pelo contrário, áreas muito mais vastas, como o acesso à educação, ao trabalho, ao descanso, à saúde, etc. É preciso, por outra parte, reconhecer que o aspecto judicial está entre aqueles

igualdade material (“paridade de armas”) dentro e fora do juízo.

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reinvidicação dos direitos (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 15).

No recente movimento histórico de busca de soluções para efetivo acesso ao direito e à justiça, três movimentos penetraram nos Estados contemporâneos – mais ou menos em ordem cronológica – e visaram estabelecer reformas substanciais para possibilitar o acesso igualitário (efetivo) ao direito sociais. Cappelletti denominou esses movimentos de “ondas renovatórias”.

2.2.1 A primeira “onda renovatória”: representação legal dos pobres

A garantia de adequada representação legal dos pobres dá-se em dois momentos distintos: *antes* do juízo e *dentro* do juízo.

Antes do juízo, ou seja, previamente à propositura de ação judicial, é importante que a pobreza jurídico-cultural seja eliminada através de medidas informativas que possibilitem às pessoas o conhecimento dos seus próprios direitos. Muitas vezes as pessoas carentes de informação sequer têm noção de que são titulares de posições jurídicas ativas.

É preciso enfatizar que não basta a assistência, através de advogados, em Juízo. Pode ocorrer que a assistência extra e pré-judicial seja mais necessária, porque pobreza significa, normalmente, não apenas pobreza econômica, mas, também, pobreza jurídica. Isto é, pobreza de informação. Os pobres não conhecem seus direitos e assim não dispõem de informação suficiente para saber o que fazer para se protegerem, para obterem os benefícios que o direito substancial poderia lhes garantir (CAPPELLETTI, 1995, p. 48).

(...) a realidade é que o rico pode eliminar a ignorância assegurando-se de serviços de consultores jurídicos, enquanto ela paralisa o pobre no exercício de seus direitos, quando não o coloca francamente à mercê de baixas especulações profissionais (SILVA, 1999, p. 16).

No campo da educação sobre os direitos, pontuais são as palavras de Wilson Alves de Souza (2011, p. 26-27):

O problema do acesso à justiça começa no plano educacional. Esse é o ponto de partida. Pode-se dizer que o acesso à justiça começa a partir da

que mais claramente e com maior vivacidade chamaram a atenção dos estudiosos e reformadores em um número cada vez maior de países” (CAPPELLETTI, 2008, p. 386).

possibilidade de conhecer os direitos e, quando violados, os mecanismos para exercê-los, na medida em que o conhecimento dos direitos, em larga medida, passa inicialmente pela informação. Esse é um problema que varia a depender do nível educacional de cada país. A realidade é que o cidadão desprovido de educação normalmente ignora os direitos que tem, não sabe se seus direitos foram violados e nem buscar tutelá-los em caso de violação. O Brasil, com sua massa de analfabetos, sem contar os chamados analfabetos funcionais, é um péssimo exemplo, nesse ponto, de dificuldade de acesso à justiça.

Paulo Galliez (1999, p. 12) lembra que a reforma da sociedade perpassa pela educação e conscientização coletivas acerca dos direitos: “a revolta isoladamente, é inócua, e que só pela compreensão da realidade é possível conscientizar-se da necessidade de mudança”. “E é justamente na conscientização que se inicia o processo de libertação” (GALLIEZ, 2010, p. 95).

A primeira onda renovatória é, essencialmente, um movimento que visa assegurar aos pobres o auxílio jurídico de *experts*, antes e também dentro do juízo.

(a) Modelo *pro bono* de assistência judiciária

A (ineficiente) solução liberal ao problema da assistência judiciária aos pobres, no século XIX, se deu ao estilo de *munus honorificum* dos advogados particulares, sem contraprestação pecuniária aos causídicos pelos serviços prestados. Nesse período, a atividade desempenhada pelos advogados em favor dos mais pobres dava-se em caráter *pro bono* (do latim: “para o bem”), um dever moral da profissão, verdadeiro exercício de caridade.

Inicialmente, a assistência legal dos litigantes pobres em juízo constituía simples benevolência caritativa, sendo prestada pelos advogados como simples praxe profissional decorrente de um dever ético-moral. Essa atividade humanitarista também era desempenhada pela igreja, como manifestação da filantropia religiosa, e pelos sindicatos, como decorrência do solidarismo operário (ESTEVES; SILVA; 2018, p.22).

Cappelletti e Garth (1988, p.32) não deixaram escapar o principal problema decorrente desse sistema caritativo de assistência judiciária:

Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. Ademais, para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos do programa geralmente fixam estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício.

A ideia de acesso à justiça baseado no dever de patrocínio honorífico das

causas dos pobres, para Cappelletti (1995), não passa de uma mistificação, uma vez que o patrocínio gratuito, quando prestado caritativamente, tende a ser qualitativamente deficiente, quando não for simplesmente recusado.

O grande (e inicial) movimento do século XX – no que tange ao acesso à justiça – teve por escopo justamente **transformar o anacrônico dever honorífico em dever público**. Em 1973, v.g., a Corte Constitucional da Áustria afirmou que “pretender que os advogados representem os pobres, sem compensação, significa uma forma de trabalho forçado”. Segundo a própria Corte Constitucional austríaca, “é tarefa do Estado social compensar os advogados que trabalham para os pobres”. Ao tratar sobre o tema do acesso à justiça à luz da Constituição brasileira de 1988, José Afonso da Silva (1999, p.17) chega à mesma conclusão:

Embora na concepção da Constituição (art. 133), o advogado já não possa mais considerar-se um profissional tipicamente liberal, mas um colaborador ativo e indispensável ao julgador na solução justa, e não somente formal, das controvérsias, não será justo impor-lhe um ônus, o *patrocínio honorífico*, que deve caber ao sistema de prestações positivas do Estado.

O progressivo reconhecimento do direito de acesso à justiça como um direito social básico fez com que vários países adeptos do modelo do “Welfare State” adotassem políticas públicas na área da assistência jurídica, e, dessa maneira, esse serviço – que outrora vinha sendo prestado caritativamente de forma gratuita pelos advogados como um dever ético inerente à profissão – passou progressivamente a ser remunerado pelo Estado, “tendo o continente europeu observado a paulatina migração do modelo *pro bono* para o sistema *judicare*” (ESTEVES; SILVA, 2018, p.24).

(B) Sistema *Judicare* de assistência judiciária

O Sistema *Judicare* caracteriza-se por ser financiado público da prestação do serviço jurídico em cada caso concreto (*case-by-case basis*). Aproxima-se do sistema *pro bono* pelo fato de a assistência judiciária ser prestada por advogado particular; “diferencia-se, entretanto, por ser um direito do hipossuficiente e, ainda, pelo fato de o advogado receber remuneração do Estado pelo serviço jurídico que foi realizado” (LIMA, 2010, p.56-57).

Geralmente, nos países que adotam o sistema *judicare*, a análise dos requisitos legalmente exigidos para o reconhecimento do direito à assistência jurídica gratuita é realizada por órgãos públicos ou entidades não estatais,

que avaliam casuisticamente a condição econômica da parte e o mérito da causa a ser proposta. Em sendo reconhecido o direito à assistência jurídica gratuita, a parte elege o advogado liberal que patrocinará sua causa, podendo escolher livremente qualquer dos profissionais habilitados previamente junto ao órgão público ou entidade não estatal competente. Muitas vezes, essa escolha ocorre até mesmo antes da formulação do pedido de assistência jurídica gratuita, sendo o formulário preenchido pelo próprio advogado que pretende assumir a causa. Quando o pedido é formulado pela própria parte e, após o deferimento, ela não realiza a escolha do profissional, ocorre a indicação automática do advogado pelo próprio órgão público ou entidade não estatal, observando-se os critérios de rotatividade próprios de cada país. Após o término dos serviços jurídico-assistenciais, o profissional liberal recebe uma remuneração estatal pelos serviços prestados, pagas com recursos oriundos dos cofres públicos (ESTEVEZ; SILVA, 2018 p. 8).

Para Cappelletti e Garth (1988, p. 35), “a finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado”.

O *judicare* desfez a obstáculo do custo relativo à remuneração dos advogados. Aí um grande mérito. Esse sistema é avaliado positivamente por muitos estudiosos, uma vez que é outorgado ao próprio necessitado a possibilidade de escolher o patrono de sua causa. No entanto, a realidade mostra que a liberdade de escolha é menos abrangente do que aparenta teoricamente. Os mais competentes e qualificados advogados não possuem interesse no patrocínio das causas dos pobres, pois a contraprestação do Estado pela atuação em favor dos hipossuficientes é muito inferior ao valor praticado no mercado.

Em tese, parece uma característica louvável, na medida em que permite que, assim como ocorre com as pessoas de melhor poder aquisitivo, também os menos favorecidos economicamente possam escolher e “contratar” os profissionais mais competentes e melhor qualificados para patrocinar sua causa. Todavia, de fato essa não é a realidade. Primeiramente porque os valores que são pagos pelo Estado como contraprestação pelos serviços prestados pelo advogado ao beneficiário da AJ dificilmente chegarão próximo dos honorários normalmente cobrados dos demais clientes particulares, em especial dos mais abastados economicamente, o que desestimula os advogados mais famosos e com uma extensa carteira de clientes a atuarem sob o regime da AJ. Essa circunstância, aliada ao fato de que o advogado procurado pelo virtual beneficiário da AJ não está obrigado a aceitar a causa, torna de fato bastante estreito o leque de alternativas disponíveis para escolha do profissional que assumirá o patrocínio da causa (ALVES, 2006, p. 182).

Cappelletti e Garth (1998, p. 38) citam ainda como problemas decorrentes sistema *Judicare*: a) não incentiva a educação em direitos; b) “mesmo que reconheçam sua pretensão, as pessoas pobres podem sentir-se intimidadas em reivindicá-la pela perspectiva de comparecerem a um escritório de advocacia e discuti-

la com um advogado particular”; c) barreiras geográficas entre ricos e pobres (geralmente os profissionais liberais têm seus escritórios nos centros, em locais distantes das pessoas mais pobres, o que dificulta o atendimento e a informação); d) trata os problemas *individuais* do pobres – geralmente relacionados a matéria criminal ou de família – descuidando de sua situação como *classe*.

O maior problema do sistema *judicare*, para Garth e Cappelletti, reside justamente no seu caráter nitidamente individualista:

Dado que os pobres encontram muitos problemas jurídicos como grupo, ou classe e que os interesses de cada indivíduo podem ser muito pequenos para justificar uma ação, remédios meramente individuais são inadequados. **Os sistema *judicare*, entretanto, não estão aparelhados para transcender os remédios individuais** (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 39).

(C) O *Salaried Staff Model* (Advogado remunerado pelos cofres públicos)

Esse é o modelo de assistência judiciária baseado na atuação de advogados remunerados pelo próprio Estado. Como exemplo, Garth e Capelletti (1988, p. 39-40) citam os serviços jurídicos oferecidos nos Estados Unidos, na década de 1960, pelos “escritórios de vizinhança” (*Neighbourhood Law Offices*), localizados estrategicamente nas comunidades mais necessitadas dos serviços jurídicos gratuitos e “encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe”.

Apontam os referidos autores diversos benefícios desse modelo em relação ao *judicare*: a) são realizados esforços no sentido de fazer com que as pessoas pobres tornem-se consciente de seus próprios direitos; b) a proximidade geográfica dos escritórios com as comunidades pobres reduz as barreiras de acesso à justiça; c) a atuação na tutela dos direitos de classe das pessoas pobres (interesses difusos) amplia o aspecto de proteção se comparado com modelo *judicare* (essa atuação na defesa dos pobres enquanto classe pode-se dar, por exemplo, através da propositura de ações coletivas, atividades de *lobby* tendentes a reformar a legislação etc.).

Em suma, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema *judicare*, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe (ibidem, p. 41).

Cleber Francisco Alves (2006, p. 49), ao analisar o sistema do *salaried staff* no direito comparado, subdivide-o em duas espécies: direto e indireto. Na primeira situação (direto), o próprio Estado cria os organismos oficiais destinados à assistência

jurídica da população carente de recursos financeiros (é o atual exemplo da Defensoria Pública no Brasil); no sistema de *salaried staff* indireto, os serviços de assistência judiciária podem ser prestados por entidades não governamentais - geralmente sem fins lucrativos - que recebem subsídios do Poder Público para o custeio de suas despesas institucionais, “inclusive para o pagamento dos advogados contratados cujo vínculo empregatício será estabelecido com essas respectivas entidades e não com o Estado”.

O sistema do *salaried staff* indireto foi o adotado nos Estados Unidos quando instituiu os “escritórios de vizinhança” na década de 1960. Cappelletti e Garth (1988, p. 41-42) enxergam duas dificuldades nesse modelo de assistência judiciária: a primeira delas relaciona-se com as pressões políticas que órgãos de assistência judiciária – e também seus integrantes - podem sofrer quando tais agências estão vinculadas ao próprio Estado: “Provavelmente, um problema ainda mais sério desse sistema desse sistema é que ele necessariamente depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o próprio governo” (ibidem, p. 41). Outra dificuldade em manter um quadro de advogados assalariados é que “não é possível manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos.” (ibidem, p. 43)

Justamente visualizando as limitações práticas que ambos os modelos (*judicare* e *salaried staff*) apresentam quando adotados isoladamente é que muitos países resolveram adotar modelos combinados de assistência judiciária, de maneira complementar.

Nossa investigação demonstra que mais eficaz é um solução mista, aquela em que as partes necessitadas de informação e representação em Juízo, podem escolher os advogados particulares ou os advogados oficiais (CAPPELLETTI, 1995, p.49).

2.2.2 A segunda onda renovatória: representação adequada dos interesses metaindividuais

A segunda onda relaciona-se com duas constatações cruciais nas economias de mercado. A primeira: a pobreza não se resume à ausência de possibilidades financeiras; a segunda: pobreza não significa pura e simplesmente um fenômeno individual, pois também pode ser (e efetivamente é) um fenômeno de grupos e de

categorias.

Poucas palavras para indicar o tema em geral: pobreza jurídica, não somente a pobreza de um indivíduo, que não tem recursos financeiros, que não tem cultura bastante, que não posição social adequada, ou seja, pobreza econômica, social, jurídica, cultural, etc. Pobreza pode ser um fenômeno mais vasto. Fenômeno de grupos, de categorias. Tipicamente o caso do consumidor. Todos somos consumidores, sem que sejamos necessariamente pobres economicamente ou culturalmente (ibidem, p. 50).

As economias modernas baseiam-se sobre formas de produção e consumo tipicamente coletivos (de massa), daí a importância de se tutelar os direitos difusos dos grupos, que muitas vezes são “desorganizados e de contornos imprecisos” (CAPPELLETTI, 2008, p. 387). Se de um lado tem-se grupos com grande dificuldade de organização, de outro figuram aqueles que estão no centro do poder econômico-político (público ou privado), altamente organizados. A paridade de armas (*equality of arms*), nessa situação, é de improvável realização.

Esta onda renovatória visa superar problemas inerentes à representação (e a consequente defesa) dos direitos “difusos”¹⁶ em juízo, notadamente nas áreas ambiental e consumerista¹⁷. A pobreza a que alude essa segunda onda é, a bem da verdade, a **dificuldade organizacional**. “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres” (CAPPELLETTI: GARTH, 1988, p. 49).

Na tradição jurídica herdada do *laissez-faire*, o processo constituía um veículo para conciliar disputas privadas entre partes privadas. Nessa concepção privatística do direito, no entanto, havia o problema da tutela dos direitos dos grupos, notadamente no campo da legitimidade e da coisa julgada:

O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se

¹⁶ As aspas foram incluídas porque Garth e Cappelletti se utilizam indistintamente do termo “difusos” para designar os direitos transindividuais. Para os autores, os direitos do grupo enquanto coletividade podem ser designados de “difusos”. No entanto, tecnicamente a moderna teoria do processo civil coletivo subdivide os direitos transindividuais (coletivos em sentido lato) em três espécies: direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos. Não nos aprofundaremos no tema por não ser esse o objeto do presente trabalho, em pese a importância da observação.

¹⁷ “(...) na sociedade contemporânea, a indústria é tal que produtos são fabricados de forma massiva, milhares, milhões de produtos do mesmo tipo, em série. Não é a produção artesanal de outras épocas: é uma produção em massa. O consumidor, que compra um produto com pequeno defeito de um dólar, pode não se defender individualmente. Aí, se trata de um interesse fragmentado, demasiado pequeno para que o cidadão, individualmente, defenda seu direito. Mas se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar serão milhões e milhões de dólares, e não apenas um, pois milhares, centenas de milhares ou milhões de consumidores estarão comprometidos. Bem, esse é o fenômeno que se denomina dos interesses fragmentados ou difusos” (CAPPELLETTI, 1995, p. 50).

destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. (...) é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade. (...) Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos (CAPPELLETTI: GARTH, 1998, p. 49-50).

Segundo Garth e Cappelletti (ibidem, p. 51), essa onda renovatória avança rapidamente. E não podia ser diferente, pois, sob a égide de uma economia de massa, o processo coletivo é realidade que se impõe. O fato associativo, também sob a ótica processual, constitui fator de igualdade, conferindo aos grupos a força necessária para lutar em favor de seus direitos fragmentados¹⁸.

2.2.3 A terceira onda renovatória: efetividade e celeridade no acesso à justiça

Como visto anteriormente, o gigantismo das atividades legislativa e administrativa do Estado resultou numa grande expansão das obrigações estatais. Era necessário, então, tornar efetivos os direitos sociais criados pelo *Welfare State*.

Quando se fala atualmente em crise do Estado de Bem-Estar Social, o que se quer dizer, em última análise, é que os direitos sociais “prometidos” pelas normas jurídicas do Estados estão carentes de efetividade.

A elevada carga de produção legislativa desenvolvida no seio do *Welfare State* tendeu a reconhecer no universo jurídico os direitos sociais dos cidadãos. Em adição, tendendo criar condições executivas de aplicação de toda a legislação social que não parava de ser desenvolvida, os Estados foram “inflacionados” por aparatos administrativos altamente burocráticos (muitas vezes ineficientes). Em suma: o legislativo prometeu mais do que era possível concretizar e não criou-se uma estrutura eficiente de gestão de execução dos novos direitos.

O efeito dessa situação foi a necessidade de socorrer-se do Judiciário para o reconhecimento forçado dos direitos não assegurados na prática pelo Poder Público, situação que ocasionou o fenômeno denominado “**gigantismo jurisdicional**”:

Juízes e tribunais converteram-se, assim, em elementos fundamentais do Estado Social, daí haver falado de um “gigantismo jurisdicional” que sucedeu

¹⁸ “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses coletivos” (CAPPELLETTI; GARTH, p. 51).

ao gigantismo dos ramos “político”, legislativo e administrativo. Justamente no campo jurisdicional é que se individualiza uma sucessão talvez até mesmo cronológica, quase em formas de “ondas” (*waves*) reformadoras. (CAPPELLETTI, 2008, p. 386)

Segundo Cappelletti (2008, p. 388), a busca, através do Poder Judiciário, pela implementação dos direitos sociais prometidos e não realizados é apenas uma das facetas do gigantismo jurisdicional. Segundo o autor, as duas primeiras ondas renovatórias também tiveram especial importância para a ocorrência desse fenômeno. A representação legal dos pobres em juízo (primeira onda), somada ao reconhecimento dos direitos “difusos” e da necessidade de adequada representação dos grupos e categorias (segunda onda), geraram uma hiperplasia da atividade judiciária:

Temos feito referência ao fenômeno do “gigantismo jurisdicional”. Este mesmo é consequência direta dos renovados e ampliados deveres “sociais”, recentemente descritos, da função judicial, mas é também derivação indireta do dilatado “acesso” aos órgãos jurisdicionais pretendidos e, mais ou menos, cumpridamente realizados pelas duas “ondas” do movimento em prol do acesso à justiça (...) (ibidem, p. 388).

A judicialização de demandas de feição coletiva – que ordinariamente envolvem direitos referentes à realização dos objetivos constitucionais de dada comunidade (relativos ao meio ambiente, saúde, educação, consumidores etc.) – confere ao magistrado um novo *status*. Era outrora visto como o terceiro neutro, passivo, que resolvia a quizila existente entre *Tício* e *Mévio*; no entanto, as demandas coletivas passaram a exigir do juiz contemporâneo uma certa politização, notadamente no controle jurisdicional das políticas públicas,

que tem dele reclamado, mais do que uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos humanos e valores substanciais, em especial (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 150-151).

Foi defendido no primeiro capítulo deste trabalho que o Poder Judiciário possui legitimidade constitucional para exercer sua função judicante (típica, portanto), ainda quando sua intervenção decorrer do desrespeito dos demais Poderes no que tange à proteção dos direitos fundamentais (individuais e sociais). Logicamente, *a contrariu sensu*,

se não há violação de direitos não há intervenção do Judiciário. Assim, se o Legislativo e o Executivo atuam na efetivação de direitos e cumprem com os seus deveres na implementação de políticas públicas constitucionalmente

vinculantes, não há razão para a intervenção judicial (ibidem, p. 163).

Apesar de não estar tratando da implementação de políticas públicas, Hans Kelsen (2001, p. 4) de certa maneira, contribuiu para o raciocínio acima colacionado ao tratar sobre os fundamentos de validade da atividade jurisdicional. Segundo o mestre de Viena, “Onde não há conflitos de interesses, não há necessidade de justiça”.

Realmente, a judicialização massiva das demandas relativas à ineficiência/inadequação/omissão das políticas públicas funciona como um termômetro para a democracia: quanto maior o grau de respeito e eficácia dos direitos fundamentais pelos poderes constituídos, menor será a quantidade de demandas judiciais buscando a tutela daquilo que deveria ser concedido sem o litígio no tribunal.

Nota-se que em países como o Brasil, onde há fortes desigualdades sociais e as instituições democráticas se mostram ainda frágeis, as demandas levadas aos agentes e órgãos do Estado, dentre os quais estão os do Judiciário, são quantitativas e qualitativamente maiores nos setores dos direitos fundamentais (SANTOS, 2006, p. 87).

O gigantismo jurisdicional tornou-se extremamente preocupante - não pelo reconhecimento da função política desenvolvida pelo magistrado, mais sim porque a sobrecarga de demandas impostas ao Judiciário ocasionou uma crise de eficiência e de qualidade das decisões judiciais.

Tal fenômeno [está o autor a tratar do fenômeno do gigantismo jurisdicional], por outra parte, tornou-se extremamente preocupante, na tanto ou não somente por razões numérico-quantitativas – a sobrecarga dos órgãos judiciais que pode até leva-los à uma paralisação – senão também e sobretudo, por razões qualitativas. A carga excessiva de trabalho pode, amiúde, traduzir-se, de fato, num declínio de qualidade dos procedimentos e das decisões judiciais (CAPPELLETTI, 2008, p. 389).

Para Cappelletti (1995, p. 51), a terceira “onda” é o fenômeno mais complicado para ser implementado, uma vez que não se trata de conferir remuneração satisfatória aos advogados ou conseguir uma adequada defesa para os grupos enquanto classe. “Trata-se de ir além dos tribunais, além dos procedimentos tradicionais. É o caso de construir um sistema jurídico e procedimental mais humano”.

A terceira onda renovatória cuida, pois, das medidas necessárias para desburocratizar o acesso à justiça, conferindo às pessoas – judicial ou

extrajudicialmente - o bem da vida pretendido de maneira mais eficiente e célere. Não se pode olvidar, nesta oportunidade, a rica e ontológica frase pronunciada por Rui Barbosa na sua clássica 'Oração aos Moços': "A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta".

O gigantismo judiciário é, seguramente, um mal, pois constitui nova forma de burocracia (que acarreta no atraso na prestação jurisdicional). E a panaceia para o problema aventado não pode ser a denegação da Justiça, e sim a *transformação* da Justiça.

A mediação e a conciliação; a simplificação e especialização dos procedimentos para determinadas espécies de controvérsias; mudanças estruturais nos tribunais; alterações do direito material; utilização de mecanismos informais de resolução de conflitos etc. As possibilidades são infinitas, tal como a imaginação. Esse enfoque de acesso à justiça é muito amplo e "não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da representação judicial" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71).

3 O MODELO ESTATAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO BRASIL ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, seguindo o movimento histórico de acesso à justiça que ganhou força mundial a partir da segunda metade do século XX, reconheceu peremptoriamente a obrigação estatal de prestar a assistência *jurídica, integral e gratuita*, àqueles que carecerem de recursos financeiros.

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (grifo nosso).

No entanto, antes de iniciar o estudo sobre o sentido e alcance do dispositivo acima colacionado, é importante realizar uma breve digressão histórico-constitucional em relação à assistência judiciária no país.

3.1 O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Carta Política do Império (1824) foi omissa na temática da assistência judiciária aos menos favorecidos economicamente, assim como também a primeira Constituição Republicana (1891).

Foi a Constituição de 1934 a primeira na história do constitucionalismo brasileiro a prever expressamente a assistência *judiciária* como uma obrigação do Poder Público. E mais: o fez no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais (Art. 113, §32).

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos (grifo nosso).

Posteriormente, as Constituições de 1937 e a de 1967/1969 transformaram o direito à assistência *judiciária* em norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, porque os constituintes, à época, apesar de reconhecerem expressamente o direito à assistência judiciária na lista dos direitos e garantias individuais, lhe negaram autoaplicabilidade. Dependeria o direito de assistência judiciária, então, da boa vontade do legislador infraconstitucional para fixar-lhe os limites.

De acordo com o art. 141, § 35, da Constituição Federal de 1937,

O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

Por sua vez, em sentido semelhante, o art.150, § 32, da Constituição brasileira de 1967/69:

§32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.

A Constituição de 1988, no tocante ao direito à assistência jurídica gratuita, foi democraticamente inovadora. Em primeiro lugar, porque, diferentemente das constituições anteriores, reconhece como obrigação do Poder Público a prestação do serviço de assistência *jurídica* - e não apenas a assistência *judiciária*.¹⁹

Dispõe ainda o inciso LXXIV do art. 5º da atual Constituição que a assistência jurídica gratuita deverá ser prestada pelo Estado em caráter *integral*, o que equivale dizer que o interessado tem o direito de obter a completa (e não apenas a parcial) satisfação do seu direito perante todas as instâncias de poder.

A posição topográfica da assistência jurídica integral e gratuita no texto constitucional dá conta da importância que o legislador constituinte conferiu a esse direito expensor de igualdade material²⁰. Trata-lo no rol dos direitos elencados no art. 5º da CR significa dispensá-lo de todo o tratamento conferido às cláusulas pétreas, seja vedado seja abolido por emenda em tempos de normalidade institucional e com muito maior razão no estado constitucional de crises.

3.2 A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ADOÇÃO DO SISTEMA DE *SALARIED STAFF*

Para cumprir a prestação positiva de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não possam arcar com os custos inerentes à contratação de advogado,

¹⁹ Enquanto a restrita assistência *judiciária gratuita* refere-se ao direito de obter o patrocínio gratuito da demanda *judicial* por um profissional habilitado, a assistência *jurídica* engloba um rol de atividades judiciais e extrajudiciais em favor da pessoa (ou classe) interessada (como, por exemplo, defesa em processo administrativo, consultoria sobre contratos, conciliações e mediações, realização de audiências públicas etc.).

²⁰ “O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita é multifuncional. Entre outras funções, assume o de promover a igualdade, com o que se liga imediatamente ao intento constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF) e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, *in fine*, da CF). Possibilita, ainda, um efetivo acesso à justiça mediante a organização de um processo justo que leve em consideração as reais diferenças sociais entre as pessoas. Nessa linha, assume as funções de prestação estatal e de não discriminação” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 874). No mesmo sentido: “A Assistência Jurídica integral e gratuita se traduz em direito fundamental social, compondo a segunda dimensão dos direitos fundamentais, colimando corrigir a desigualdade material (concreta e fática) que é resultado da carência de recursos. Proporciona ao sujeito materialmente incapaz o usufruto das mesmas benesses jurídicas que um cidadão mais abastado desfrutaria, equilibrando pela via jurídica a desigualdade fatural existente” (LIMA, 2015, p. 71).

a Constituição Federal de 1988, de maneira inédita no constitucionalismo brasileiro, instituiu um órgão vocacionado a tal mister: a Defensoria Pública.

De acordo com a redação aprovada pelo constituinte originário,

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.

Parágrafo Único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, 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. (BRASIL, 1988).

Portanto, a Defensoria Pública ganhou *status* constitucional com a promulgação da Carta Republicana de 1988. Como visto, as constituições federais anteriores apenas preconizavam a existência da assistência *judiciária* aos necessitados, sem a indicação de um órgão específico apto para promover a referida assistência. Na prática, a tutela jurídica fornecida pelo Estado aos necessitados comumente cingia-se a uma tímida atuação de membros de procuradorias ou Secretarias de Justiça que eram destacados para atuar estritamente nas demandas judiciais.

A fórmula de assistência jurídica prevalente no Brasil antes da promulgação da Carta Política de 1988 não atendia aos interesses dos vulneráveis enquanto classe; não incentivava a atuação fora do juízo, reduzindo drasticamente as possibilidades de resolução consensual dos litígios; não vislumbrava a necessidade de informação em direitos; ademais, os advogados destacados para o exercício da assistência judiciária estavam vulneráveis a fatores de pressão externos - aquele problema já mencionado por Cappelletti e Garth (1988, p. 41-42), uma vez que os profissionais destacados para o exercício da assistência judiciária geralmente eram integrantes de algum órgão que compunha a estrutura do governo e as atividades de assistência judiciária, com frequência, são dirigidas em face do próprio governo.

Diogo Esteves e Franklin Roger Alves Silva (2018, p. 69) pontuam que o clássico esquema tripartite de Poderes foi seguido pela Constituição, fato visível na estrutura do Título IV da CF/88 (“Título IV - Da organização dos Poderes”; “Capítulo I – Do Poder Legislativo”; “Capítulo II – Do Poder Executivo”; “Capítulo III – Do Poder Judiciário”). De outro turno, apartado dos Poderes Estatais, o Título IV compreende ainda um Capítulo IV que versa sobre “As funções essenciais à Justiça” – “Do

Ministério Público”; “Da Advocacia Pública”; “Da Advocacia [privada]” e; “Da Defensoria Pública”).

Note-se, portanto, que a Defensoria Pública não se encontra vinculada a nenhum dos Poderes Estatais, revelando-se errônea a afirmação de que a Instituição estaria integrada ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Em verdade, a Defensoria caracteriza-se como uma *instituição extrapoder*, não dependendo de nenhum dos Poderes do Estado e não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de qualquer autoridade pública. Trata-se de moderna disposição organizacional, decorrente da Evolução do Direito Político e da necessidade de criação de mecanismos de controle das funções estatais, garantindo-se o respeito irrestrito aos direitos fundamentais e a perpetuidade incondicional do Estado Democrático de Direito (...). Se prendesse vincular as funções essenciais à justiça a algum dos Poderes Estatais, o legislador constituinte as teria incluído em seção inserida dentro do capítulo destinado ao Poder Legislativo (Capítulo I), ao Poder Executivo (Capítulo II), ou ao Poder Judiciário (Capítulo III), e não em capítulo autônomo ao lado das funções executiva, legislativa e judiciária (ESTEVES; SILVA, p. 69-70).

Paulo Galliez (1999) lembra que Estado e Defensoria figuram muitos vezes em lados opostos; segundo o autor, o sentido ideológico do Estado consiste na manutenção do *status quo* das classes economicamente dominantes, ao passo que a Defensoria figura invariavelmente como órgão de contrapoder, “a protetora e a guardiã da classe socialmente oprimida”. Com efeito, o Estado não poderia exercer indevidas interferências naquele que o controla.

Havendo conveniência por parte do Estado na manutenção da pobreza, o trabalho da Defensoria Pública deverá estar sempre voltado ao necessitado, e só a ele será dirigido, inexistindo assim qualquer liame ideológico entre a Defensoria Pública e o Estado, haja vista que seus interesses e objetivos são, nesse particular, antagônicos. E claro que a sobrevivência da Defensoria depende do Estado, mas com ele não se confunde, posto que sua atuação na realidade, se destina à classe socialmente oprimida pelo Estado (GALLIEZ, 1999, p. 5).

Importante constatar ainda que o legislador constituinte de 1988 confiou à Defensoria Pública, *com exclusividade*, a prestação dos serviços jurídico-assistenciais, por intermédio de servidores públicos aprovados em concurso público de provas e títulos (sistema *salaried staff*).

Adotando taxativamente o modelo público de assistência jurídica, a Constituição Federal impôs à Defensoria Pública – e somente a ela – a função de defesa, integral e gratuita, da população hipossuficiente. Sob um prisma igualitário, portanto, assume-se uma dívida histórica com a camada mais pobre da população, franqueando-lhes o direito de acessar ao justo, que se sabe não confundir com o mero acesso ao Poder Judiciário (AZEVEDO, 2018, p. 28).

Se a opção da CR foi a de canalizar a prestação do serviço de assistência

jurídica integral e gratuita para um único órgão – Defensoria Pública, qualquer tentativa de romper com essa sistemática estará fadada ao reconhecimento da inconstitucionalidade material. Nesse sentido, O STF decidiu, ao julgar o mérito da ADI n. 4.163/SP, que

É dever constitucional do Estado oferecer assistência gratuita aos que não disponham de meios para a contratação de advogado, tendo sido a Defensoria Pública eleita, pela Carta Magna, como o único órgão estatal predestinado ao exercício ordinário dessa competência. Daí, qualquer política pública que desvie pessoas ou verbas para outra entidade, com o mesmo objetivo, em prejuízo da Defensoria, insulta a Constituição da República (Relator Min. Cezar Peluso, DJe - 29.02.2012).

As Cortes Extraordinárias (STF e STJ), entretanto, reconhecem que o sistema *judicare* permanece *subsidiariamente* no ordenamento jurídico brasileiro, nos casos em que o processo judicial tramite em comarca não assistida pela Defensoria Pública:

(...) existindo Defensoria Pública estruturada na comarca, não se legitima a nomeação de Defensor Dativo, notadamente quando não destacada qualquer circunstância que impossibilite a atuação da Defensoria no caso concreto (HC n. 457.443/GO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, decisão: 11.07.2018)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] HOMICÍDIO QUALIFICADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO PARA PATROCINAR O RÉU. ADVOGADO DESIGNADO QUANDO AINDA NÃO HAVIA DEFENSORIA PÚBLICA INSTALADA NA COMARCA. ACUSADO QUE EXPRESSAMENTE MANIFESTOU O DESEJO DE SER ASSISTIDO PELO PROFISSIONAL INDICADO PELO JUÍZO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. NULIDADE INEXISTENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é nulo o processo quando há nomeação de defensor dativo em comarcas em que existe Defensoria Pública estruturada, só se admitindo a designação de advogado ad hoc para atuar no feito quando não há órgão de assistência judiciária na comarca, ou se este não está devidamente organizado na localidade, havendo desproporção entre os assistidos e os respectivos defensores. Precedente. 2. No caso dos autos, a nomeação de defensor dativo para patrocinar o acusado ocorreu antes do início das atividades do primeiro defensor público que atuou na comarca, o que afasta a eiva suscitada na impetração. 3. Ao ser julgado pelo Tribunal do Júri, o paciente informou que estaria sendo patrocinado pelo advogado nomeado, tendo solicitado pessoalmente à Juíza Presidente a permanência do dativo no processo, pois não desejava a sua substituição por outro profissional, circunstância que impede a anulação da ação penal, como pretendido, já que de acordo com o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". 4. Habeas corpus não conhecido." (HC 337.754/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015.)

No caso da admissão do advogado dativo nomeado “ad hoc” para o exercício de determinada posição processual ao lado daquele que não tem condições

financeiras para custear os serviços advocatícios, o patrono receberá seus honorários do Estado que o nomeou (os honorários serão fixados judicialmente de acordo com os valores constantes na tabela organizada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do art. 22, §1º, do Estatuto da OAB²¹).

Críticas não faltam ao sistema de nomeação de advogado dativo. Bittencourt (2009, p. 166-167) cita algumas delas: a) violação ao princípio do concurso público para ingresso no serviço público; b) inexistência de previsão constitucional; c) nomeação aleatória independente de verificação das condições técnicas do advogado nomeado.

Na verdade, os administradores públicos se valem da figura do advogado dativo como forma de esquivar-se de seu mister de criação e estruturação da defensoria pública. Por meio de tal figura, os governantes afirmam garantir o acesso à justiça dos pobres, porém ferem a legalidade, já que o constituinte previu órgão próprio competente para instrumentalizar essa garantia, que é a Defensoria Pública. A advocacia dativa, por conseguinte, não só fere o texto constitucional, por constituir burla à existência constitucional de ingresso no quadro público por meio de concurso, mas também se afigura como maquiagem de que se valem os governantes, para se esquivarem da obrigação de efetivar o amplo acesso à justiça através da Defensoria Pública. (BITTENCOURT apud ORDAGY;FIGUEIREDO, 2009, p. 166-167).

Deve-se alertar ainda que o sistema do *salaried staff* adotado no Brasil impede o exercício da atividade jurídica fora das atividades institucionais, ressalvada a possibilidade de cumulação com o magistério. Com acerto tal vedação constitucional. O(a) Defensor(a) Público(a) é agente político(a) que detém relevante função de transformação social. Como legítimo representante das classes vulneráveis, a luta pela igualdade material requer exclusividade e canalização das forças para o exercício do mister.

(...) o Defensor Público, como guardião da democracia, deve voltar-se exclusivamente para o exercício do seu cargo, dado o gigantesco trabalho com que se defronta, merecendo, por tais razões, a qualquer tempo, o recebimento de remuneração condigna para que de sua pessoa sejam afastadas preocupações de ordem material (GALLIEZ, 1999, p. 11).

Importante destacar que os Defensores Públicos – aprovados em concurso

²¹ “Art. 22 (...) § 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado”.

público de provas e títulos e remunerados pelo Estado – são *inamovíveis*²² e estão sujeitos unicamente ao regime jurídico próprio. Não estão subordinados ao Estatuto da Advocacia (Lei Federal n. 8.906/1994)²³.

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, a OEA, em diversas Resoluções (2656/2011; 2714/2012; 2801/2013; 2821/2014; 2928/2018), reconhece no acesso à justiça um direito humano fundamental e recomenda que os Estados-

²² A inamovibilidade representa uma *garantia* do Defensor(a) Público(a). Além de prevista na Constituição Federal, possui expressa referência na Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC 80/1994), e tem significado de alto valor. É um instrumento a favor da independência funcional, evitando que perseguições afastem (ou alterem) indevidamente determinado defensor(a) do seu plexo de atribuições.

²³ Em 2009, a Lei Complementar n. 132/2009 incluiu dispositivo na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/1994), especificamente para deixar claro que “A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público” (art. 4º, §6º). Com a edição desse dispositivo, tornou-se absolutamente dispensável o registro do Defensor(a) Público(a) nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, “seja no momento da inscrição para a realização do concurso público ou após o efetivo ingresso na carreira” (ESTEVES; SILVA, 2018, p. 152). A celeuma em relação a esse tema decorre por conta da redação do §1º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que dispõe que “Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da **Defensoria Pública** e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional” (grifo nosso). O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.636/DF, atribuiu “interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994, declarando-se inconstitucional qualquer interpretação que resulte no condicionamento da capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública à inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil”. Com razão o STF ao restringir o alcance do Estatuto da OAB aos advogados privados. Vários são os argumentos a justificar a acertada interpretação conforme realizada pela Corte: a) Os integrantes da Defensoria Pública não podem ser confundidos com advogados de iniciativa privada. O regramento constitucional dispensado aos Defensores Públicos visa livrá-los de ingerências e pressões externas indevidas; b) ambos possuem estatutos próprios, assim como regimes disciplinares específicos. Com efeito, não existe possibilidade (fática ou jurídica) de a OAB exercer qualquer tipo de controle sobre as atividades desempenhadas por defensores ou submetê-los a seu estatuto disciplinar; c) A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não constitui a administração pública. Logo, não detém poder correicional sobre defensores públicos; d) é tarefa do Estado controlar a qualificação técnica dos bacharéis candidatos a cargo de defensor público; e) A Lei 8.906/1994, ao restringir o exercício da atividade defensorial àqueles inscritos na OAB, invadiu indebitamente matéria reservada à lei complementar, em nítida violação ao art. 134, *caput* e §1º, da CF/88. Com propriedade, Paulo Galliez (1999, p. 35-36) salienta haver nítida distinção teleológica entre as finalidades da advocacia privada e da Defensoria Pública: a atividade do Defensor Público “somente se assemelha a do advogado no que concerne à postulação de direitos, mantém nítida diferença quanto ao desenvolvimento e a finalidade dos atos profissionais. Realmente, os Defensores Públicos, admitidos no quadro de carreira mediante concurso de provas e títulos, são agentes políticos do Estado, e, em nome deste, têm a obrigação de defender o direito dos oprimidos, mediante mandato constitucional, descabendo, em razão desse fato, distinguir clientela, tampouco demonstrar qualquer interesse econômico em todo o transcurso dos processos em que atuar. Por sua vez, o exercício da advocacia – que é restrita aos advogados, como aliás o próprio nome indica – é resultante da outorga de mandato privado, conferido por clientes particulares previamente selecionados com o pagamento de honorários (quase sempre ajustados por etapa processual), incluindo infra-estrutura compatível com os serviços prestados”. A Emenda Constitucional n. 80/2014 reforçou a distinção entre a Advocacia e a Defensoria Pública, uma vez que incluiu o regramento da Defensoria Pública em seção própria das funções essenciais à justiça, não mais em conjunto com a Advocacia.

partes adotem o sistema do *salaried staff* – contratação de “defensores públicos oficiais” - em seus ordenamentos domésticos, assegurando que o serviço goze de independência e autonomia funcional, orçamentária e técnica. Em seu item 4, a AG/RES n. 2821/2014 vem ressaltar “a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita pelos defensores públicos oficiais para a promoção e a proteção do direito de acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade em todas as etapas do processo”. No ano de 2018, a Resolução 2918/2018 da Organização dos Estados Americanos (OEA), em seu item 2, dispõe que um de seus objetivos é apoiar:

os Estados e as instituições de defensoria pública oficiais a que promovam o absoluto respeito ao trabalho dos defensores públicos no exercício de suas funções, livre de ingerências e controles indevidos por parte de outros poderes do Estado, como medida para garantir o direito de acesso à justiça de todas as pessoas, em particular daquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade (OEA, 2018, s/p).

3.3 DA LEI ORGÂNICA NACIONAL (LC 80/1994) À EMENDA CONSTITUCIONAL 80/2014: VINTE ANOS DE CONQUISTAS NORMATIVAS

A evolução da missão da Defensoria Pública, desde a Constituição Federal de 1988, tem sido de notável sentir. Regulamentada constitucionalmente, em sua origem nada dispunha sobre a possibilidade de participação ativa do órgão na tutela coletiva das classes vulneráveis. Prevalcia sua atuação individualizada. A própria acepção do público da Defensoria Pública esgotava-se na análise da hipossuficiência econômica do assistido(a), como se não pudesse haver vulnerabilidades estranhas ao critério financeiro.

O Constituinte (originário) determinou que a organização da Defensoria ocorresse por *lei complementar*, o que, por si só, dá conta da notável importância que o legislador constituinte lhe destinou²⁴. Em 1994, a Lei Complementar n. 80 (que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e

²⁴ “Destarte, o Constituinte originário determinou que a organização da Defensoria Pública se desse por meio de lei complementar, tendo em vista a elevada importância da missão institucional que lhe destinou, qual seja, a de complementar os princípios básicos enunciados na Constituição, nomeadamente a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 3º, I), a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), corporificando a própria dimensão institucional do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV)” (GONÇALVES FILHO; ROCHA; MAIA, 2020, p. 36-37).

prescreve normas gerais para sua organização nos Estados) figurou como um grande marco para a instituição, ao estabelecer os princípios institucionais da *unidade, indivisibilidade e independência funcional* (tais princípios foram constitucionalizados pela EC 80, de 2014, que incluiu o §4º no art. 134 da CR), *garantias e prerrogativas, deveres, proibições, impedimentos e responsabilidade funcional* aos seus membros, além de uma série de disposições organizacionais e estruturais.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 representou vitória que iniciou uma série de novas conquistas: as Defensorias Públicas *dos Estados* adquiriram constitucionalmente suas autonomias *funcional e administrativa*, bem como “a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º” (§2º do art. 134 da CR). Em 2012, o art. 2º da Emenda Constitucional n. 69 estendeu as autonomias funcional, administrativa e financeira à Defensoria Pública do Distrito Federal; em 2014, a EC n. 80 assegurou as mesmas autonomias à Defensoria Pública da União e as reafirmou em relação à DP/DF.²⁵

Tiago Fenterseifer (2013, s/p) associa corretamente as autonomias funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública conferidas pela Constituição Federal ao órgão com a busca institucional pela legitimação para a tutela coletiva. E não podia ser diferente: sem a possibilidade de sofrer intervenções externas de caráter político, a vocação para a tutela dos direitos sociais dos hipossuficientes exsurge com potência, culminando na edição da Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

A ampliação da autonomia institucional (funcional, administrativa e financeira) conferida à Defensoria Pública pelo texto constitucional reflete justamente na tutela dos direitos sociais, pois permite a sua maior liberdade e independência de atuação nas demandas contra o Estado, como é a praxe das demandas que reivindicam prestações sociais (medicamentos e tratamento médico, defesa em possessórias por ocupação de áreas públicas, pedidos de vaga em creches e escolas, pedidos de transporte gratuito, saneamento básico, etc.) (FENTERSEIFER, 2013, s/p).

No âmbito da tutela dos direitos coletivos – e também da tutela coletiva dos

²⁵ Dirley da Cunha Jr. ensina que o propósito axiomático dessas autonomias foi prover a Defensoria Pública de independência frente a outros órgãos governamentais, além proporcionar “melhorias com pessoal e estrutura, para o seu bom funcionamento, conferindo-lhes a liberdade para, quando da elaboração de suas propostas orçamentárias, contemplarem os subsídios dos Defensores Públicos e a remuneração de seus Servidores, condignos e compatíveis com a nobreza e elevada relevância, agora mais do que merecidamente reconhecida, das funções que lhes foram constitucionalmente concedidas” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 1116).

direitos, parafraseando o saudoso Ministro Teori Zavascki²⁶ –, a afirmação da Defensoria Pública como órgão com legitimação autônoma para representar as classes de vulneráveis deu-se a partir da entrada em vigor da Lei Federal n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que incluiu o inciso II ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/1985), conferindo expressa legitimidade ativa à Defensoria Pública para a propositura da referida ação coletiva. Até a edição da Lei 11.448/2007, o quadro geral não era favorável ao ajuizamento das ações coletivas pela Defensoria Pública²⁷.

Vozes estridentes bradaram no intuito de reduzir os avanços institucionais do órgão. A favor do amesquinamento das atividades da Defensoria, a Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP) ajuizou ADI n. 3.943 para requerer o reconhecimento da inconstitucionalidade do novo dispositivo que previa a legitimação da Defensoria para a propositura das ações civis públicas. Segundo a CONAMP, a Lei 11.448/2007 teria “afetado diretamente” as atribuições constitucionais tanto do Ministério Público quanto da própria Defensoria Pública no caso dos direitos coletivos e difusos, uma vez que não haveria como identificar se as ações propostas pela Defensoria Pública atingiriam somente pessoas economicamente hipossuficientes²⁸.

O Supremo Tribunal Federal, em 2015, julgou improcedente, à unanimidade, o pedido formulado na ADI n. 3.943 pela Associação Nacional do Ministério Público.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI

²⁶ ZAVASCKI, 2006, p. 69

²⁷ A Defensoria, antes da Lei Federal n. 11.448/2007, somente atuava na tutela coletiva na qualidade de representante judicial (ou seja, na mesma qualidade em que atua nas demandas individuais) de associações constituídas a pelo menos um ano e que fossem economicamente hipossuficientes. Outra hipótese de atuação na Defensoria Pública na ação civil pública se dava quando a própria Defensoria criava um órgão específico para atuar na defesa dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos; essa última hipótese encontra arrimo no art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, “que prevê a legitimação de órgãos de defesa do consumidor mesmo que despersonalizados, para a defesa dos direitos e interesses de que trata o Código. O autor desta ação seria um órgão da Defensoria. Núcleo de Defesa do Consumidor do Estado do RJ foi o precursor destas ações, explicitando na petição inicial que o Núcleo da Defensoria Pública de Defesa do Consumidor move a ação civil coletiva com base no art. 82, III, do CDC. Importante referir que esta premissa se insere no conjunto dos microsistemas da tutela coletiva, podendo ser estendida para todas as demais possibilidades de ajuizamento de ações civis públicas (art. 21 da ACP c/c art. 90 do CDC), portanto, para, além do direito do consumidor” (DIDIER JR; ZANETI JR., 2021, p. 251). Em nenhuma das duas hipóteses a Defensoria Pública atua na qualidade de legitimada extraordinária *ope legis* em defesa dos direitos das classes vulneráveis que deveria atuar.

²⁸ “É triste e lamentável, para dizer o mínimo, ler, na petição inicial da ADI n. 3943, que a legitimação da Defensoria Pública “afeta diretamente” as atribuições do Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal deveria ser provocado para resolver outros tipos de questão. O curioso é que não consta que a mesma CONAMP tenha alegado a não recepção pela Constituição dos velhos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública, que conferem a órgãos despersonalizados e a associações privadas; não estariam eles “afetando diretamente” as atribuições do Ministério Público?” (ibidem, p. 256).

N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015).

Como visto acima, a decisão do Supremo Tribunal Federal ratificou a tese de que inexistente para o *Parquet* direito à exclusividade de propositura de ação civil pública. O § 1º do art. 129 da CR dispõe expressamente que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas nesse artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. Com acerto Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2021, p. 255) ao concluírem que inconstitucionalidade haveria se existisse interpretação restritiva no campo da legitimação adequada.

(...) não há qualquer sentido na alegação da CONAMP de que a Lei 11.448/2007 é inconstitucional. A legitimação para a tutela coletiva é conferida para a proteção dos interesses da coletividade, e não para dar mais prestígio a essa ou aquela instituição. A ampliação dos legitimados à tutela coletiva é uma tendência no direito brasileiro, que se iniciou em 1985, com a permissão de que associações pudessem promover ações coletivas, e terminará com a aprovação do projeto de codificação da legislação coletiva, que prevê a legitimação do cidadão. Por outro lado, a tese clássica de Mauro Cappelletti é no sentido da *legitimação plúrima* como forma mais coerente de fortalecer a efetividade dos “novos direitos” pela jurisprudência (DIDIER JR; ZANETI JR, 2021, p. 255).

O Mapa da Defensoria no Brasil (BRASIL, 2013, p. 26) pontuou ainda que a ADI 3.943

(...) é útil para ilustrar outro conflito do qual a Defensoria Pública tem participado, na perspectiva de sua consolidação institucional: o conflito dentro do campo jurídico em torno da legitimidade para a representação de interesses coletivos e difusos e, em alguma medida, do “interesse público”.

Um ano antes da entrada em vigor da Lei 11.448/2007, um marco normativo importante para a Defensoria Pública costuma não ser lembrado com a importância devida, mas deveria. A Lei 11.417/2006, ao regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal de 1988, disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de

súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com o art.103-A da CF/88,

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (BRASIL, 1988, s/p).

A EC n. 45/2004 (também conhecida como a *Emenda da Reforma do Poder Judiciário*) criou, no art. 103-A da CR, o instituto da *súmula vinculante*, visando conferir uniformidade à jurisprudência de ordem constitucional. É um importante instrumento de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que permite, a partir de reiteradas decisões proferidas em processos individuais, a fixação de uma tese que terá eficácia vinculante e *erga omnes*. Dentre os legitimados para propor a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante está o Defensor Público-Geral Federal (art. 3º, inciso VI²⁹, da Lei Federal n. 11.417/2006).

Em 2009, a Lei Complementar nº 132 trouxe inovações substanciais à lei complementar de regência (LC 80/1994), notadamente no sentido de reforçar as feições coletiva, social e política da Defensoria Pública, bem como ressaltar sua relevância para a conquista dos objetivos democráticos insculpidos na Constituição Federal.

O art. 1º da LC 80/1994 estava assim redigido originalmente:

Art. 1º 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.

O dispositivo acima transcrito foi revogado, e, a partir da vigência da LC 132/2009, passou a vigorar com a seguinte redação³⁰:

Art. 1º A Defensoria Pública é **instituição permanente**, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como **expressão e instrumento do regime democrático**, fundamentalmente, a orientação jurídica, **a promoção dos direitos humanos** e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos **direitos individuais e coletivos**, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

²⁹ O inciso VI confere legitimação ao “Defensor Público-Geral da União”; ocorre que a LC 132/2009 alterou a denominação do Chefe institucional da DPU para “Defensor Público-Geral Federal”.

³⁰ O art. 1º da LC 80/1994, com a redação dada pela LC 132/2009, foi incorporada no texto constitucional pela EC 80/2014. Desde a promulgação da referida emenda, o *caput* do art. 134 da CR

Uma nova roupagem orgânica surge da conjugação das Leis 11.417/2006, 11.448/2007 e da LC 132, de 7 de outubro de 2009. Uma Defensoria vocacionada para a tutela coletiva e para a defesa dos direitos humanos dos vulneráveis enquanto grupo ou classe³¹; uma instituição *permanente* – tal qual o Ministério Público (art. 127, *caput*, da CR): enquanto persistirem as desigualdades sociais, sua existência é de prestígio e indispensável valia; “essencial à função jurisdicional do Estado³²”; verdadeira “expressão e instrumento do regime democrático³³”; órgão voltado à promoção da educação em direitos como forma de minorar as diferenças econômico-sociais, na medida em que se estabelece como uma de suas principais funções “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” (art. 4, III, do art. 4º da LC 80/94, incluído pela LC 132/2009)³⁴.

Os objetivos institucionais da “nova” Defensoria Pública foram inseridos expressamente no art. 3º-A da sua lei de regência (incluído pela LC 132, de 2009)³⁵:

³¹ O art. 4º, inciso VI, da LC 80/94, incluído pela LC 132/2009, estabelece como uma das funções da Defensoria Pública, inclusive, “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”.

³² “A essencialidade à justiça não se deve entender que se refira apenas à ação que desempenham perante o Poder Judiciário, ou seja, perante a “Justiça” no sentido orgânico, mas, verdadeiramente, referida a todos os Poderes do Estado, enquanto diga respeito à realização do valor justiça por qualquer deles” (MOREIRA NETO, 1995, p.23).

³³ “(...) por *expressão*, tem-se que só faz sentido pensar em um regime democrático ante a existência de uma Defensoria Pública fortalecida, sem o que não haveria democracia, senão demagogia. (...) “por *instrumento*, estabelece-se à Defensoria Pública um papel implementador do projeto democrático proposto pelo Constituinte de 88, revestindo-a de um perfil político-transformador da realidade social” (AZEVEDO, 2018, p. 28).

³⁴ “A difusão e a conscientização dos direitos humanos e da cidadania, objeto do inciso III, vão ao encontro da postura institucional do Defensor Público como Agente de Transformação Social, constituindo significativo avanço sua inscrição em texto legal” (GALLIEZ, 2010, p. 70-71).

³⁵ A Lei Complementar n. 132/2009, em seu art. 3-A, estabelece uma intensa interseção entre os objetivos constitucionais idealizados pelo Poder Constituinte Nacional Brasileiro para a República Federativa do Brasil e a própria razão de ser da Defensoria Pública: (1) a Assembleia Nacional Constituinte, como representante legítima da soberania popular, se propôs à elaboração de uma carta política tendente a instituir um Estado Democrático de Direito (preâmbulo). A CRFB, já em seu primeiro artigo, garante que a República brasileira se constitui num Estado Democrático de Direito. A afirmação do Estado Democrático de Direito, por sua vez, constitui objetivo expresso da Defensoria Pública (art. 3º-A, inciso II, da LC n. 80/1994); (2) o princípio da dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos centrais da Constituição Cidadã (art. 1º, inciso III); por seu turno, o amparo desse mesmo princípio revela-se o proeminente objetivo da Defensoria Pública (art. 3º-A, inciso I, da LC n. 80/1994); (3) a Magna Carta de 1988 estipula como objetivos republicanos a promoção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, inciso I), o que se dá através de medidas tendentes à erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III); por seu turno, a diminuição das desigualdades sociais também compõe o rol de objetivos da Defensoria Pública (art. 3º, inciso I); (4) a prevalência dos direitos humanos figura como a pedra angular da República Federativa do Brasil nas relações internacionais (art. 4º, inciso I, da CF/88), ao passo que a efetividade de tais direitos e a luta pela sua prevalência na sociedade integra os objetivos primordiais da Defensoria Pública (art. 3º, inciso III, da LC n. 80/1994); (5) por fim, um dos derradeiros objetivos da Defensoria consiste no amparo permanente dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art.

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

- I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;
- II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;
- III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e
- IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No que tange às *funções* institucionais da Defensoria Pública, o art. 4º da LC 80/1994 foi profundamente ampliado pela LC 132/2009 (em muitos incisos ressalta-se a necessidade de tutela coletiva de determinados grupos socialmente vulneráveis).³⁶

3ª-A da LC n. 80/2014). Velar por tais princípios significa, em última análise, conferir a partes economicamente desiguais uma necessária paridade técnica entre elas, promovendo os objetivos de igualdade material insculpidos nos incisos do já mencionado artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

³⁶ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; **VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; XII - (VETADO); XIII - (VETADO);**

XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; **XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; XIX – atuar nos Juizados Especiais; XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação**

Foi significativa a alteração do texto constitucional promovida pela Emenda Constitucional n. 80/2014. A incumbência de tutelar os direitos *coletivos* dos vulneráveis plasmada no texto da Carta Política pelo constituinte derivado reflete o olhar contemporâneo da sociedade em relação à Defensoria Pública, afinal foram os representantes do povo que decidiram repetir no texto constitucional o enunciado do art. 1º da Lei Complementar 80/1994 (alterado pela LC 132/2009).

A atribuição à Defensoria Pública da função de garante dos direitos coletivos das classes vulneráveis, mais do que romper por completo com qualquer noção involuída de que o órgão somente se prestaria à tutela de direitos subjetivos individuais, alça a Defensoria ao patamar de guardião do interesse público da população vulnerável³⁷, traçando certo paralelismo com a função constitucional atribuída ao Ministério Público. E mais: para a adequada defesa em juízo do grupo vulnerável não é necessário que a ação coletiva promovida pela DP beneficie *exclusivamente* pessoas vulneráveis; basta demonstrar que o resultado da demanda tem aptidão para beneficiar grupos de pessoas que fariam jus aos serviços defensoriais, *ainda que nem todos os beneficiários sejam hipossuficientes*. Como toda ação coletiva representa um litígio de interesse público, o magistrado jamais deve extinguir uma demanda coletiva proposta pela Defensoria Pública caso esteja em dúvida se o resultado poderá atingir pessoas vulneráveis. A dúvida, se existente, deve ser resolvida em favor do prosseguimento da ação coletiva (“*in dubio pro vulnerabilis*”).

O significado social e político das ações coletivas é inegável. No plano social, “as ações coletivas vieram tutelar interesses até então carentes de proteção, uma vez que a noção individualista de direitos subjetivos impedia a construção legislativa que possibilitasse o alargamento da legitimação para agir” (OLIVEIRA, 2009, p. 34).

profissional de seus membros e servidores; **XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.**

³⁷ Imprescindível frisar que a noção de vulnerável não se subsume ao critério econômico, conforme dito alhures. A missão institucional da Defensoria Pública reserva-se à tutela de toda e qualquer pessoa ou grupo que por contingência social, econômica, jurídica, ou dificuldade organizacional, encontre óbice no acesso à justiça. “(...) o múnus da Defensoria Pública não se liga puramente à proteção daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade econômica, mas, ao contrário, se justifica diante de outras situações, principalmente relacionadas a direitos indisponíveis, como a vida e liberdade, seja em relação a sujeitos especialmente protegidos pelo direito, como idosos, doentes, mulheres vítimas de violência doméstica, populações de rua, crianças e adolescentes, pessoas encarceradas, seja em relação a pessoas e particular situação de vulnerabilidade, tais como óbices geográficos, debilidade de saúde, desinformação pessoal, desconhecimento sobre as leis, dificuldade de compreensão da técnica jurídica, ausência de defesa técnica, deficiência de atuação probatória e incapacidade de organização” (FILHO; ROCHA; MAIA, 2020, p. 38).

Ademais,

No plano, político as ações coletivas exercem papel fundamental. É por meio de seu ajuizamento que os corpos intermediários têm a possibilidade de influenciar concretamente as decisões políticas tomadas pelo Poder Público. Caminha-se da democracia representativa à democracia participativa, através da qual as formações sociais exigem do Poder Público posições condizentes à proteção dos interesses públicos primários (ibidem, p. 36).

A sociedade confiou à Defensoria Pública uma grande responsabilidade: ampliou os objetivos e funções do órgão para a tutela dos direitos humanos e a defesa incondicional de todas as espécies de vulnerabilidades (social, econômica, cultural, jurídica, organizacional etc.). Para o cumprimento dessa missão, assegura-lhe a possibilidade de “promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 4º, X, da LC 80/94 – incluído pela LC 132/2009)³⁸.

No entanto, é preciso ir além. A tutela coletiva não se esgota na possibilidade de propor a ação civil pública ou as demais ações coletivas concretas. Toda ação que envolva interesse público primário tem natureza coletiva, ainda que não haja lide concreta. Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 59) defende que as ações de controle concentrado de constitucionalidade são espécies de ações coletivas: isso porque a guarda da Constituição interessa a toda a coletividade (esse interesse é denominado pelo autor de “interesse coletivo objetivo legítimo”), uma vez que a proteção do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais levado a efeito pelo controle concentrado de constitucionalidade é de interesse geral. No mesmo sentido é a doutrina de Daniel Amorim Assunção Neves (2014, p. 57):

O bem da vida tutelado por tais ações constitucionais, que, em última análise é a tutela de um sistema jurídico constitucionalmente coeso, é suficiente para incluí-las no âmbito da tutela coletiva, considerando-se a sua evidente natureza difusa. É um direito transindividual, pertencente à coletividade, a preservação de um sistema jurídico adequado à Constituição Federal.

Considerando que a Defensoria Pública, relativamente ao controle de constitucionalidade concentrado no âmbito federal, ainda não possui legitimação

³⁸ Nesse ínterim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deferiu a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de ação de improbidade administrativa (Agravo de Instrumento nº 70034602201, Primeira Câmara Cível, Rel.: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 19/05/2010).

constitucional para a propositura das ações diretas – espécies do gênero “ações coletivas”, pode-se concluir que a segunda onda renovatória, nesse aspecto, ainda está pendente. Há uma Proposta de Emenda à Constituição Federal em tramitação no Congresso Nacional (PEC n. 31/2017) que propõe a inclusão do Defensor Público-Geral Federal no rol do art. 103 da Constituição Federal.

Não há razão para que a Defensoria Pública permaneça alijada da possibilidade de controlar a Constituição. Se devem ser admissíveis à Defensoria Pública todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos, a demora na tramitação da PEC n. 31/2017 atenta contra milhares de brasileiros vulneráveis que permanecem sem a possibilidade de participar do processo de interpretação da Constituição perante o Supremo Tribunal Federal.

Para além, Franklyn Roger Alves Silva (2013) ressalta que a partir do momento que ao Defensor Público-Geral Federal foi atribuída a possibilidade de analisar a validade e eficácia das normas, assim como sugerir interpretações sobre conteúdo constitucional por intermédio da súmula vinculante, não há razão lógica para indeferir essa possibilidade em relação às ações diretas. Acertadamente, conclui que “a instituição [Defensoria Pública] já possui amadurecimento suficiente pra integrar o processo de interpretação e proteção da Constituição Federal” (SILVA, 2013, p.8).

Conquistas não de ser conquistadas. A luta pela legitimação na tutela coletiva foi (e continua sendo) um processo de construção para a Defensoria Pública. Numa primeira etapa, foi representante judicial de associações; noutra momento, aproveitou o art. 82, inciso III, do CDC para mostrar à sociedade sua competência na representação dos grupos vulneráveis (naquela oportunidade, dos consumidores). Autônoma, alcançou a legitimação para a ação civil pública. Com a Emenda Constitucional n. 80, foi qualificada de “instituição permanente” e de “expressão e instrumento do regime democrático” A sociedade cada dia confere mais um voto de confiança no trabalho desempenhado pela Defensoria Pública. No entanto, a defesa dos direitos metaindividuais dos assistidos do órgão perpassa invariavelmente pela possibilidade de propor as ações coletivas de controle concentrado de constitucionalidade.

4 A TUTELA JURISDICIONAL DA CONSTITUIÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Com o neoconstitucionalismo desenvolvido após a Segunda Grande Guerra Mundial, as normas constitucionais foram dotadas de juridicidade (força normativa) e reconheceu-se sua supremacia em relação às demais normas internas, o que resultou na expansão da jurisdição constitucional. Foi também reconhecido nos textos constitucionais uma série de valores sociais e princípios relativos à dignidade humana – dotados também de força normativa, o que exigiu da doutrina o esforço de criação de um novo aparato hermenêutico adequado a esse fenômeno de *constitucionalização do direito*.

O controle de constitucionalidade representa mecanismo da jurisdição constitucional. Seu objetivo consiste em proteger a integridade das normas constitucionais, garantindo a higidez da Constituição e a eficácia do seu conteúdo normativo. Como as normas da constituição são de obrigatória observância para todos os Poderes constituídos, o respeito e a proteção de seus dispositivos representa uma obrigação, verdadeiro dever imposto a todos – inclusive ao Legislativo e ao Executivo.

No âmbito do Poder Judiciário, a tutela das normas constitucionais, para além de um dever, constitui sua função típica, a razão pela qual tal Poder foi inserido na Carta Magna. A jurisdição constitucional constitui o exercício típico de defesa da Constituição pelos Poder Judiciário; através dela – jurisdição constitucional -, os juízes e as Cortes Constitucionais declaram a nulidade de leis (e atos normativos) não compatíveis com a Constituição, garantindo, dessa forma, que os direitos e garantias fundamentais individuais e sociais não sejam atacados por atos públicos arbitrários e desproporcionais.

De acordo com Dirley da Cunha Júnior,

(...) o controle de constitucionalidade se destaca devido a sua importância para a sociedade e para o indivíduo. Com efeito, a experiência constitucional de vários países tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito e as Liberdades Fundamentais dependem de um eficiente e bem organizado Controle de Constitucionalidade. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 1)

Luiz Guilherme Marinoni (2006) afirma que a constitucionalização do direito conduziu inexoravelmente ao controle jurisdicional dos atos normativos, o que repercutiu na revisão própria função da magistratura. Chega a afirmar que “O neoconstitucionalismo depende do controle jurisdicional da lei” (p. 54).

O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais (MARINONI, 2006, p. 54).

Para além, Cunha Júnior assevera que “o acesso à jurisdição constitucional é uma espécie do gênero *acesso à justiça*” (ibidem, p. 2). A Constituição assegura o acesso formal à justiça para evitar lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, inciso XXXV); com efeito, é legítimo que as portas do Judiciário sejam franqueadas ao cidadão e à sociedade para que, por meio de provocação, a magistratura garanta a tutela do direito violado ou ameaçado.

Por meio do acesso à jurisdição constitucional, habilita-se a sociedade e o cidadão a buscar, junto ao Poder Judiciário ou ao Tribunal Constitucional, a garantia da supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais. (ibidem, p. 2)

Para que as Constituições alcancem os seus objetivos primevos, é necessário reconhecer que o ordenamento jurídico de cada nação é composto por uma pluralidade de normas jurídicas; e esse conjunto – ao qual se denomina “ordenamento jurídico” - representa uma unidade jurídico-normativa cujo fundamento último de validade é a norma constitucional. Há, pois, uma verdadeira *hierarquia normativa* que autoriza afirmar que *a Constituição, além de imperativa, figura como a norma suprema do ordenamento jurídico*.

Segundo Cunha Júnior (2012, p. 41), a *supremacia da Constituição* constitui um dos principais pressupostos do Estado Democrático de Direito, uma vez que assegura que os valores sociais insculpidos nos textos constitucionais possam servir de parâmetro de legitimidade e validade para todas as demais normas positivas no ordenamento jurídico de dado Estado. No mesmo sentido, Cappelletti (1992, p. 129):

É, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo.

Controlar a constituição significa reconhecer que as Constituições representam o fundamento superior de validade de todas as demais produzidas em determinado ordenamento jurídico; significa que a Constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela insculpidos merecem particular proteção quando atos do Poder

Público eventualmente atentarem em seu desfavor; significa ainda que todo ato jurídico emanado “deve ter como critério de medida a constituição e os direitos fundamentais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2019, p. 229).

Além da força normativa e do reconhecimento de sua supremacia perante os demais atos do Poder Público, mais dois pressupostos de existência do controle jurisdicional da constituição hão de ser satisfeitos: o primeiro reside na *rigidez da Constituição*, ou seja, o próprio ordenamento jurídico há de prever procedimentos legislativos especiais e agravados de alteração do texto constitucional ou de elaboração de norma constitucional pelo constituinte derivado. Sem a rigidez necessária, a hierarquia normativa da Constituição desaparece, uma vez que o tratamento a ela dispensado será equivalente àquele dispensado às leis ordinárias.

Por último está a necessidade da existência de uma *Constituição formal(escrita)*:

O controle de constitucionalidade dos atos normativos requer a existência de uma Constituição formal e escrita. Quer dizer, **demandam um conjunto normativo de princípios e regras escritas, plasmados num texto jurídico supremo**” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 243, grifo nosso).

O controle da Constituição pelo Poder Judiciário é o que se denomina *jurisdição constitucional*. Dois modernos modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos desenvolveram-se ao longo do constitucionalismo contemporâneo: o sistema difuso (ou estadunidense) – no qual o acesso à jurisdição constitucional “é amplo e franqueado ao cidadão” (CUNHA JÚNIOR, p. 2); e o modelo concentrado (ou austríaco), no qual “o acesso à jurisdição constitucional é restrito a determinados órgãos, autoridades e entidades” (idem). A maneira como a Defensoria Pública participa desses dois modelos de controle da Constituição serão abordados a seguir.

4.1 A DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS E ATOS DO PODER PÚBLICO

O sistema norte-americano (estadunidense) de controle de constitucionalidade das leis (*judicial review of legislation*) permite que todo e qualquer juiz possa exercer – independentemente de sua posição na estrutura do Poder Judiciário – o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, sem que seja necessário, para

tanto, a propositura de ação específica. Nesse caso, o reconhecimento da inconstitucionalidade pode ocorrer *incidentalmente* no bojo de qualquer processo judicial subjetivo, sem, entretanto, comprometer a validade da norma impugnada nas demais relações extraprocessuais (é uma inconstitucionalidade endoprocessual³⁹).

Diz-se que o sistema estadunidense equivale a um sistema “difuso” porque o poder de controle de constitucionalidade incumbe a todos os órgãos do Poder Judiciário de um determinado ordenamento jurídico; o exercício desse poder ocorre incidentalmente, na oportunidade da decisão de causas de sua competência.

Ao lado do sistema federalista de organização estatal, a ideia de *supremacia da Constituição* foi o grande legado da Constituição Federal dos EUA (1787). A segunda cláusula do art. VI da aludida Carta Política foi aprovada com a seguinte redação:

Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou os que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos **constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência**, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário. (EUA, 1787, s/p, grifo nosso)

Em decorrência da doutrina de supremacia constitucional, em 1803, por obra do *Justice* John Marshall, a tese de que os atos contrários à Constituição norte-americana poderiam ser invalidados pelo Judiciário no julgamento de demandas concretas ficou consagrada no célebre caso *Marbury vs. Madison*.

A decisão de Marshall representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior. Com efeito, resulta clara, desta decisão, a observação que Marshall faz, no sentido de que, quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição, a alternativa é muito simples: ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode muda-la ao seu gosto

³⁹ “Nesse sistema, o juiz não anula, mas meramente declara uma (*pré-existente*) nulidade da lei inconstitucional, de tal modo que sua decisão opera, em princípio, efeitos *ex tunc*, pois procede a um mero acerto de uma *pré-existente* nulidade absoluta. Ademais de produzir efeitos *ex tunc*, *meramente declaratório* e de *nulidade*, a decisão no sistema americano gera uma eficácia tão-somente para o caso concreto no qual o controle de constitucionalidade é realizado, vinculando só as partes que integram a relação jurídico-processual. Desse modo, essa decisão tem efeitos exclusivamente *inter partes*, limitada, pois, ao caso concreto” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 79). No mesmo sentido: “Esse julgamento incidental, declarando ou não a inconstitucionalidade da lei, projeta-se apenas sobre as partes, isto é, tem aplicação somente ao caso concreto. Portanto, o eventual julgamento incidental de inconstitucionalidade não gera a anulação da lei. A lei não é eliminada do sistema e, assim, não se torna sem efeito para os demais cidadãos, podendo ser aplicada em outros casos concretos” (MARINONI, 2006, p. 55).

através de lei ordinária. Segundo Marshall, não havia meio termo entre estas duas alternativas. (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 247-248).

No Brasil, desde a Constituição Federal de 1891 os juízes ou tribunais estão autorizados a examinar incidentalmente a (in)constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público em qualquer litígio concreto posto à apreciação⁴⁰.

O modelo difuso-incidental de constitucionalidade é amplo – acessível ao cidadão – justamente pela possibilidade de a jurisdição constitucional ser provocada por qualquer das partes que integram a relação jurídico-processual, assim como por terceiros intervenientes, pelo Ministério Público (na condição de autor, fiscal da ordem jurídica ou *amicus curiae*) e pela Defensoria Pública em todas as posições jurídicas em que pode atuar no processo.

De acordo com moderna e abalizada doutrina, a Defensoria Pública pode exercer quatro posições jurídicas distintas dentro de uma demanda judicial. Em todas elas é possível alegar incidentalmente a (in)constitucionalidade de ato normativo emanado do Poder Público.

A Defensoria Pública pode atuar: a) na qualidade de *procurador judicial dos vulneráveis* – “quando lhes representa judicialmente no uso de sua capacidade postulatória, comparecendo o beneficiário em nome próprio, constituindo o atuar mais comum da instituição”; b) na qualidade de legitimado extraordinário para as ações coletivas, oportunidade em que atua em nome próprio defendendo o direito do grupo ou classe⁴¹; c) como *amicus curiae*, nas demandas em que é admitida sua participação

⁴⁰ “A Constituição de 1891 instituiu a Federação e a República. Não houve mais espaço para o Poder Moderador, apresentando-se o Executivo nos moldes presidencialistas, o Legislativo com duas casas – o Senado e a Câmara dos Deputados – e o Judiciário fortalecido com as garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos e dotado do poder de controlar a constitucionalidade das leis sob a forma difusa. Foi grande a influência de Rui Barbosa sobre a Constituição de 1891, que foi fortemente carregada com as tintas do direito estadunidense” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 988).

⁴¹ Grande discussão doutrinária surgiu em relação ao pedido difuso-incidental de inconstitucionalidade de um ato normativo formulado na ação civil pública. Como a coisa julgada coletiva possui eficácia *erga omnes*, eventual reconhecimento incidental de procedência do pedido equivaleria – apenas em termos práticos – à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto-abstrato. O STF, entretanto, decidiu ser possível o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade formulado em ação civil pública (Reclamação 600-0/90-SP, Rel. Min. Néri da Silveira), posto que o pedido na ação coletiva visa a solução de um caso concreto – e não o reconhecimento, em tese, da inconstitucionalidade da norma. Segundo DIDIER JR. e ZANETI JR. (2021, p. 428), o julgado acima referido “é um *leading case*, fixando precedente que segue até hoje inalterado”. Sobre o tema, ZAVASCKI (2006, p.252), com propriedade, afirma: “Também nas ações civis públicas, nas ações populares e nas ações coletivas, conforme antes explicitado, a norma jurídica compõe, não o objeto, mas o fundamento da decisão. Não há empecilho algum a que, nesses limites, a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade seja incidentalmente averiguada, aferindo-se a

nessa modalidade, a fim de auxiliar o Poder Judiciário na tomada de decisões e torná-la mais democrática; e d) como *custos vulnerabilis*⁴².

Nenhuma dessas hipóteses de atuar da Defensoria Pública encontra incongruência lógica com a possibilidade de formular o pedido difuso-incidental de (in)constitucionalidade de norma ou ato do Poder Público.

4.2 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A DEFENSORIA PÚBLICA

O sistema austríaco - ou concentrado – nasce no início do século XX e equivale ao tipo de controle no qual o poder de controlar a Constituição se concentra em um único órgão do Poder Judiciário. Cappelletti (1992, p. 68) recorda que o tipo “austríaco” de controle

(...) foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *Oktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado a pedido do governo, pelo Mestre da “escola jurídica de Viena”, Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra (6), no texto da Emenda de 1929, que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional.

Esse modelo de jurisdição constitucional, diferentemente do difuso-incidental, imputa a um único órgão a competência para decidir acerca da (in)constitucionalidade da norma infraconstitucional (por isso chama-se *concentrado*). Como a Constituição é a fonte primária de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico, por parametricidade a competência para declarar a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo deve ser atribuída ao mais graduado órgão dentro da hierarquia do Poder Judiciário. No Brasil, essa competência de fiscalização abstrata das leis e atos normativos dos Poderes Públicos é reservada com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal.

aptidão ou não da norma para operar a incidência sobre os fatos e para produzir os correspondentes efeitos jurídicos. Tal investigação é típica do controle difuso de constitucionalidade, que pode e deve ser efetuada por qualquer juiz, em qualquer processo, mesmo de ofício”.

⁴² A Defensoria atua na condição de *custos vulnerabilis* “quando atua em nome próprio em razão da **missão institucional** de promoção dos direitos humanos, assim na atuação como assistente ou interveniente em processo civil ou penal que esteja em causa demanda que pode ter cunho coletivo ou também exclusivamente individual, mas **relacionado à dignidade humana e aos direitos fundamentais da pessoa**, como atuação paralela, complementar ou suplementar ao advogado constituído” (ROCHA, 2007, p. 20.).

O controle concentrado-abstrato de constitucionalidade é exercido através de uma ação direta cujo objeto é a declaração de (in)constitucionalidade da norma impugnada. Diversamente do modelo difuso-incidental, as ações diretas veiculam o requerimento de (in)constitucionalidade da norma no próprio pedido – e não na causa de pedir, razão pela qual a decisão de procedência da ação direta culmina na retirada da norma impugnada do ordenamento jurídico, em regra com efeitos “ex tunc” e eficácia *erga omnes* e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Diferentemente do que ocorre no modelo difuso-incidental, no processo objetivo decorrente do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade *não há partes, ou seja, não há a típica disputa entre direitos subjetivos que caracteriza o processo civil individual*: há apenas entidades, autoridades e órgãos a quem a Constituição Federal atribui legitimação ativa para a propositura das ações diretas e a consequente defesa objetiva da ordem jurídica. Também não são consideradas partes passivas aqueles que elaboraram o ato normativo impugnado, “haja vista que as ações diretas não são propostas *contra* alguém ou determinado órgão, mas sim em face de uma lei ou ato normativo supostamente considerado inconstitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p.5).

Portanto, ao cidadão não é franqueado o acesso à jurisdição constitucional concentrada (ibidem, p.4).

No Brasil, essa espécie de jurisdição constitucional (concentrada) tem origem na Constituição Federal de 1934; entretanto, sua legitimação foi conferida exclusivamente ao Procurador-Geral da República para propor perante a *Corte Suprema* (a Constituição de 1934 alterou a nomenclatura dada ao STF) *representação interventiva* nas hipóteses de violação aos *princípios constitucionais sensíveis*⁴³.

Em 1965, a Emenda Constitucional nº 16 instala no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade em relação às leis/atos normativos federais e estaduais em face da Carta Magna vigente à época (CF/1946). No entanto, a legitimação para propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) foi deferida com exclusividade ao Procurador-Geral da República.

(...) foi com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que se instalou definitivamente no Brasil o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, com a criação da representação de

⁴³ Estes princípios equivalem às normas constitucionais elaboradas com o fito de assegurar a defesa do federalismo, possibilitando a intervenção naqueles entes que descumpram o pacto republicano.

inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais e estaduais (hoje denominada ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade), nos moldes do sistema europeu, de competência reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (ibidem, p. 4).

A Constituição de 1988 instaura significativas mudanças subjetivas e objetivas no controle concentrado de constitucionalidade, em atenção ao pluralismo democrático que permeia seu espírito. No aspecto subjetivo, o Procurador-Geral da República não detém mais a exclusividade de outrora. O art. 103 da CF/88 estabelece um rol alargado, mas taxativo, de legitimados à propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade⁴⁴.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade⁴⁵:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ampliação subjetiva dos legitimados fez Jorge Miranda (2008) concluir que o Brasil, no panorama do direito comparado, é destaque na jurisdição constitucional – notadamente pelo significativo aumento na quantidade de legitimados à propositura das ações diretas.

No aspecto objetivo, a Constituição Republicana de 1988 acresce novas ações diretas para o exercício da jurisdição constitucional.⁴⁶

A ação direta de inconstitucionalidade por *ação (ou genérica)*, como visto, foi criada pela EC n. 16/1965, sob a égide da Constituição de 1946 e mantida na Constituição de 1988. A representação interventiva também não constitui inovação da

⁴⁴ “(...) houve uma grande inovação e um significativo avanço democrático patrocinado pela Constituição de 1988, ao quebrar o monopólio que detinha o Procurador-Geral da República para promover a antiga representação de inconstitucionalidade (atualmente denominada de ação direta de inconstitucionalidade) e abrir tal oportunidade a outras autoridades, órgãos e entidades, conferindo-lhes legitimidade para suscitarem a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal na defesa objetiva da integridade da Constituição.” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p.4).

⁴⁵ “Muito embora a Constituição não faça qualquer distinção entre os legitimados para a propositura dessas ações,

⁴⁶ Foge ao objetivo deste trabalho realizar um estudo sobre as hipóteses de cabimento de cada ação direta, seus pressupostos e o procedimento do julgamento de cada uma perante o Supremo Tribunal Federal.

CF/88, posto que tem origem na Constituição de 1934 (essa ação direta apenas não foi prevista na CF/1937, que a suprimiu, mas posteriormente retorna de maneira expressa em todas as Constituições). As inovações da CF/88 se dão em relação à ação direta de inconstitucionalidade por *omissão* do Poder Público⁴⁷, à ação direta de constitucionalidade (ADC)⁴⁸ e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁴⁹.

Como os legitimados dos incisos do art. 103 da Constituição Federal de 1988 são taxativos, a Defensoria Pública encontra-se aliada da possibilidade de utilização da jurisdição constitucional no modelo concentrado na qualidade de parte formal ativa, o que representa um superlativo déficit de proteção de numerosa parcela da população que necessita dos serviços de assistência jurídica integral e gratuita⁵⁰.

⁴⁷ Dirley da Cunha Jr. lembra que essa modalidade de ADI por omissão foi incluída no texto constitucional brasileiro sob influência da Constituição portuguesa de 1976 (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 347).

⁴⁸ A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) não foi obra do constituinte originário. Sua previsão adveio da promulgação da Emenda Constitucional n. 03/1993.

⁴⁹ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é instituto novo, inédito no constitucionalismo brasileiro. Também não encontra simétrico paralelo no direito comparado.

⁵⁰ “A renda média mensal de 60% dos trabalhadores brasileiros — o correspondente a 54 milhões de brasileiros empregados com carteira assinada ou na informalidade — foi menor que um salário mínimo em 2018. Os dados são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PnadC), que trata de todas as fontes de rendimento, divulgada nesta quarta-feira pelo IBGE” (Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/10/renda-media-de-mais-da-metade-dos-brasileiros-e-inferior-um-salario-minimo.html>). “A extrema pobreza subiu no Brasil e já soma 13,5 milhões de pessoas sobrevivendo com até 145 reais mensais. O número de miseráveis vem crescendo desde 2015, invertendo a curva descendente da miséria dos anos anteriores. De 2014 para cá 4,5 milhões de pessoas caíram para a extrema pobreza, passando a viver em condições miseráveis. O contingente é recorde em sete anos da série histórica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A alta do desemprego, os programas sociais mais enxutos e a falta de reajuste de subvenções como o Bolsa Família aumentam o fosso do mais pobres. O indicador de pobreza do Bolsa Família, por exemplo, é de 89 reais, abaixo do parâmetro de 145 reais utilizado pelo Banco Mundial. A miséria atinge principalmente estados do Norte e Nordeste do Brasil, em especial a população preta e parda, sem instrução ou com formação fundamental incompleta. Mesmo os filhos dessas famílias que queiram superar a condição de estudos dos pais acabam paralisados pela limitação econômica familiar. A falta de renda acaba empurrando os estudantes desse estrato para a evasão escolar. Entre ir à escola ou trabalhar para evitar que a família passe fome, a segunda opção é a mais óbvia. Segundo o IBGE, 11,8% dos jovens mais pobres abandonaram a escola sem concluir o ensino médio no ano passado. Trata-se de um índice oito vezes maior que o dos jovens ricos. O crescimento da extrema pobreza coincide com o início da recessão que começou em 2014 no Brasil e terminou em 2016. Embora tenha continuado a subir, a velocidade é bem menor. De 2017 para 2018 foram 200.000 pessoas a mais que assumiram o status de miseráveis. Um ano antes, porém, de 2016 para 2017, a alta havia sido de 1.339 milhão. Nesse período, o Brasil ajudou a inflar os dados de extrema pobreza em todo o continente, como mostrou um estudo da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL, um órgão da ONU). O IBGE, porém, aponta a necessidade de um trabalho focado para este grupo. Segundo André Simões, gerente do estudo Síntese de Indicadores Sociais, a saída da miséria desta população depende de cuidados maiores. “É fundamental que as pessoas tenham acesso aos programas sociais e que tenham condições de se inserir no mercado de trabalho para terem acesso a uma renda que as tirem da situação de extrema pobreza”, diz ele. Um dado do IBGE, porém, chama a atenção. Dos 13,5 milhões de miseráveis, 13,6% tinham alguma ocupação, ainda que informal,

Das ausências de atribuição, uma das mais sentidas é a falta de legitimidade ativa do Defensor Público-Geral Federal para propor ações diretas de controle abstrato de constitucionalidade, pois o rol do art. 103 da CF/88 não lhe contempla. (RAMOS, 2018, p. 794).

No âmbito federal do controle concentrado de constitucionalidade, a Defensoria Pública tem assento apenas quando sua participação como “amiga da Corte” é admitida pelo Supremo Tribunal Federal. É verdade que

A intervenção do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas de direitos constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Haberle. (CUNHA JÚNIOR apud DIDIER JR, 2004, p. 165)

No entanto, passando ao largo da discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do “amicus curiae” – se é *parte* ou *auxiliar da justiça* -, o que importa, de fato, é que os poderes conferidos a essa relevante figura processual são muito mais restritas do que aqueles conferidos aos legitimados do art. 103 da CF/88 quando atuam na qualidade de parte formal.

As leis que versam sobre o procedimento das ações de controle concentrado de constitucionalidade (Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999) tiveram notável relevância no aperfeiçoamento do tratamento dispensado ao *amicus curiae*:

não mais se identifica previamente quem deva ser o auxiliar (que pode ser qualquer um, desde que tenha representatividade e possa contribuir para a solução da causa) e se permite a intervenção espontânea do *amicus curiae* – até então a intervenção era sempre provocada (DIDIER JR, 2015, p. 522).

A admissão da Defensoria Pública como *amicus curiae* – assim como ocorre com qualquer interessado⁵¹ em habilitar-se para atuar na qualidade de amigo(a) da Corte - depende de decisão monocrática irrecorrível do relator do processo no qual se pretende a habilitação. De acordo com art. 3º, §2º, da Lei 9.868/99 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal),

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou

cumprindo abaixo das 40 horas de trabalho semanal” (Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html).

⁵¹ “O *amicus curiae* pode ser pessoa natural, pessoa jurídica ou órgão ou entidade especializado. A opção legislativa [refere-se o autor ao art. 138 do NCPD] é clara: ampliar o rol de entes aptos a ser *amicus curiae*” (DIDIER JR, 2015, p. 523).

entidades. (BRASIL, 1999, s/p)

A Lei 9.882/1999 (que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF) possui previsão normativa semelhante no art. 6º, §1º:

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (BRASIL, 1999, s/p)

Percebe-se que **o ingresso do *amicus curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade passa pelo crivo discricionário do relator.** De acordo com a doutrina, é necessário que o *amicus curiae* possua algum vínculo com a questão posta em juízo, de modo a que contribua para aprimorar a qualidade da decisão judicial⁵². Ocorre que a decisão que eventualmente resolver pela inadmissibilidade da participação do *amicus curiae* no processo não poderá ser impugnada por recurso judicial, o que representa para a decisão coletiva proferida em sede de controle concentrado uma profunda crise de legitimidade.

Em comparação com a legitimação conferida pelo art. 103 da CF/88, eis aqui uma primeira limitação que a Defensoria Pública pode sofrer se sua atuação no controle concentrado de constitucionalidade resumir-se a atuar na qualidade de *amicus curiae*. Houvesse legitimação constitucional expressa para a Defensoria Pública para a propositura da ação direta, a atuação defensorial não estaria sujeita a ser obstada por decisão irrecurável, baseada em critérios de conveniência e oportunidade, proferida por um juiz singularmente considerado.

As questões que admitem a intervenção do *amicus curiae* são dotadas de relevância, especificidade ou repercussão social (CPC, art. 138, *caput*); portanto, inadmitir irrecurável e monocraticamente a atuação de um órgão que haja formulado pedido para contribuir com a solução do processo em causas dessa natureza desconsidera o pluralismo democrático que deve revestir as ações coletivas e confere tons de autoritarismo ao “superpoder” outorgado ao relator.

⁵² “A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a relação jurídica litigiosa. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ela representa etc.” (DIDIER JR, 2015, p. 523).

Em segundo lugar, diferentemente do que ocorreria se a Defensoria fosse legitimada autônoma pelo art. 103 da CF/88 para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade, a sua atuação na qualidade de *amicus curiae* sofre direta interferência do relator da ação direta também no que tange aos poderes: “Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir, **definir os poderes do *amicus curiae***” (CPC, art. 138, §2º). Se o relator da ADI, *v.g.*, limita a produção de prova do *amicus curiae* à prova documental – atitude que não poderia tomar em relação aos legitimados do art. 103 da CF/88 – a atuação do *amicus curiae* estará bastante comprometida, e por via reflexa a própria qualidade da decisão que será exarada nos autos.

A Defensoria Pública, nas ocasiões em que atua na qualidade de *amicus curiae* nos processos objetivos de controle concentrado das normas constitucionais, tem legitimidade recursal idêntica à dos legitimados elencados no art. 103 da CF/88: pode opor embargos declaratórios, pois trata-se do único remédio recursal previsto em lei contra a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo (art. 26 da Lei 9.868/1999). Como não há restrição legal à possibilidade de interposição dos embargos de declaração pelo *amicus curiae* nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, a interpretação do dispositivo em comento deve ser ampliativa.

Conclui-se, portanto, que na esfera federal de controle de constitucionalidade, a Defensoria Pública ainda possui atuação bastante limitada pelo sistema posto (essas limitações são de passíveis ocorrências no momento de sua admissão no processo, assim como na eventual limitação de seus poderes processuais).

Em relação às Defensorias Públicas estaduais, o terreno é mais fértil para o exercício do controle de constitucionalidade (aqui, o parâmetro para o controle será a Constituição Estadual, e não a Federal). Isso por que a Constituição Federal de 1988 conferiu aos Estados-membros a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade concentrado das normas estaduais e municipais pela via da ação direta de inconstitucionalidade (por ação ou omissão). Incumbe aos respectivos Tribunais de Justiça, nesse caso, processar e julgar a ADI no âmbito estadual; como dito, o parâmetro de controle é a própria Constituição estadual, sendo vedada a legitimação ativa atribuída a um único órgão, conforme preconiza o art. 125, §2º, da CF.

Atualmente, oito Estados da Federação brasileira conferem em suas Constituições a legitimidade ativa ao Defensor Público-Geral do Estado para propor as ações diretas perante os respectivos Tribunais de Justiça (Rio de Janeiro; Rio Grande do Sul; Ceará; Mato Grosso; Pará; Alagoas; Roraima e Minas Gerais). Franklyn Roger Alves Silva (2013) sugere estratégia para que a mesma legitimação seja inscrita no corpo da Constituição Federal: devem as Defensorias que já possuem legitimação servirem-se proativa e diuturnamente dela,

de modo a construir um verdadeiro cartão de visitas da Defensoria Pública e demonstrar aos poderes constituídos que a instituição tem aptidão para esse *munus*. Oportunidades nunca faltarão, pois o que mais se vê são leis estaduais e municipais eivadas de vícios de inconstitucionalidade no plano formal e material. O controle de constitucionalidade no plano estadual servirá de aprendizado a Defensoria Pública que, certamente, a partir de um desempenho positivo, poderá alçar o degrau do controle da Constituição Federal (SILVA, 2013, p. 12).

Paralelamente, sugere o citado autor que os demais Estados da Federação que não possuem a legitimidade para a jurisdição constitucional em âmbito estadual devem organizar-se para buscar a modificação das respectivas constituições. O resultado dessa troca de experiências será a fortificação institucional, que culminará no ingresso da Defensoria Pública no rol do art. 103 da CF/88⁵³.

4.3 A LEGITIMIDADE DO DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO (PEC) N. 31/2017

Conforme restou delimitado em capítulo anterior, a Defensoria Pública nos últimos anos ampliou sua relevância social para além da defesa individual dos hipossuficientes econômicos, tendo, também, passado a atuar em favor dos direitos coletivos dos diferentes segmentos de vulneráveis. Tem destaque, neste sentido, a implementação de importantes alterações do ordenamento jurídico pátrio, em especial a Emenda Constitucional nº 80/2014 - que alargou constitucionalmente as atribuições institucionais da Defensoria Pública, legitimando-a para a tutela dos direitos coletivos em sentido lato.

⁵³ “Com o pleno exercício das funções de controle de constitucionalidade pelas Defensorias Públicas, a troca de experiências entre os membros das instituições servirão de base para a construção de um padrão de atuação capaz de constituir um cartão de visitas positivo da Defensoria Pública, dado mais força ao seu ingresso no plano da proteção à Constituição Federal” (SILVA, 2013, p.12)

Todavia, em que pese a evolução histórica que ampliou o escopo de atuação da instituição, não há permissivo legal para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade pelo Defensor Público-Geral Federal, o que acaba por provocar algumas incongruências.

A primeira delas foi muito bem tratada por Franklyn Roger Alves Silva (2013). Segundo o autor, não faz sentido a Defensoria Pública estar madura o suficiente para interpretar a Constituição - propondo ao Supremo Tribunal Federal enunciado de súmula vinculante, e, ao mesmo tempo, permanecer alijada do acesso à jurisdição constitucional. Tanto no processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante quanto no processo que processa e julga as ações diretas, o STF avalia matéria constitucional em situações objetivas (não há julgamento de caso concreto); além disso, em ambos os casos o resultado da atuação da Corte terá efeito vinculante e *erga omnes*. (SILVA, 2013)

Outra incongruência reside no fato de a Defensoria Pública ser o único entre os órgãos que integram o Capítulo IV da CF/88 – “Das funções essenciais à Justiça” que foi excluído *ab initio* do processo de interpretação constitucional pela via das ações de controle concentrado constitucionalidade. O Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, detém legitimação universal (CF, art. 103, I). O Conselho Federal da Ordem dos Advogados, de igual maneira, detém legitimação universal para propor ADI, ADC e ADPF.

Aqui, mais do que uma incongruência, a omissão constitucional deve ser encarada como grave violação do direito de acesso à justiça dos grupos vulneráveis que Defensoria presenta. A ausência de “paridade de armas” – ora analisada sob o prisma institucional – também é reveladora do déficit de instrumentos concedidos à Defensoria Pública para bem desempenhar seu mister.

O Ministério Público teve seu poder de investigação criminal ratificado pelo STF em 2015 justamente sob o fundamento de que o poder de investigar é inerente à atribuição de persecução penal outorgada ao *Parquet* no art. 129 da CF. Em notável parecer proferido sobre o tema, Hélio Bicudo assim se manifestou:

Se ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, essas atribuições objetivam a concretude daquilo que é fundamento do Estado, tendo em vista as metas assinaladas, indispensáveis para a construção de uma sociedade democrática. **Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever, franqueia, também, implicitamente todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um ou o**

cumprimento do outro (BICUDO, 2009, s/p, Grifo nosso).

Pois bem, se a teoria dos poderes implícitos foi utilizada justamente numa questão de legitimação, a mesma razão pode ser utilizada para conferir à Defensoria Pública a possibilidade de manejar todas as ações inerentes ao cumprimento de sua missão institucional. Hoje, a Defensoria, assim como o Ministério Público, atua na defesa dos interesses sociais (coletivos) e individuais indisponíveis; ambas são instituições permanentes, autônomas, essenciais à justiça, regidas pelos mesmos princípios institucionais, remuneram seus membros através de subsídios e possuem a função de lutar pelo aprimoramento da democracia participativa através de inúmeros instrumentos judiciais e extrajudiciais – inclusive as ações coletivas. A diferença entre elas é apenas de grau: enquanto a atuação do MP se volta em favor da coletividade geral, a atuação da Defensoria se dá em favor de uma parcela da sociedade – os excluídos de toda ordem, os vulneráveis de todo gênero. Frise-se que apesar de atuar em favor dos direitos das “minorias”, essas “minorias” não são quantitativamente irrelevantes; ao revés, representam os interesses de grande parcela da população brasileira.

Fala-se em minorias, mas seria melhor deixar claro que essas minorias não são quantitativas, não há interesses “minoritários”, mas sim interesses e direitos “marginalizados”, já que muitas vezes estes estão representados em número de pessoas infinitamente superior aos interesses ditos “majoritários” na sociedade, embora não tenham voz, nem vez (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2021, p. 57).

Justamente no intuito de sanar esse descompasso institucional é que foi proposta a PEC n. 487/2005, de autoria do Senador Roberto Freire; tal projeto de emenda à Constituição continha diversas alterações significativas no regime jurídico da Defensoria Pública, equiparando os defensores aos membros do Ministério Público em diversas garantias ao exercício do cargo e ampliando sua legitimidade para a atuação e propositura de diversas demandas, além de, inclusive, propor a alteração do art. 103, inciso VI, para adicionar o Defensor Público-Geral da União (hoje denominado Defensor Público-Geral Federal) no rol de legitimados para o ajuizamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

Na motivação desta PEC verifica-se, como justificativa para permitir-se à Defensoria Pública a legitimação para ajuizar ações de controle concentrado de

constitucionalidade, que tal legitimidade é corolário indissociável das próprias atribuições e competências da Instituição – notadamente diante da atuação na defesa dos direitos coletivos, mormente ante à possibilidade de existirem cooperativas, associações ou entidades civis sem meio para o custeio de demandas coletivas que porventura venham a exigir o manejo das supracitadas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Outro importante aspecto levantado pela justificativa desta PEC 487/2005 é que são legitimados, na redação original da Constituição, outros órgãos essenciais ao funcionamento da justiça, incluindo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

No que tange à legitimidade na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, tem-se que a Constituição Federal permite o ajuizamento dessas ações abstratas pelo Procurador-Geral da República e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a participação do Advogado Geral da União para defender o ato impugnado. **Entretanto, a Defensoria Pública é, igualmente às instituições referidas, função essencial à Justiça (Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal), mas não foi admitida a sua legitimação nas ações de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, o que infringe indiretamente os interesses dos mais pobres que se veriam representados na mais Alta Corte do país.** Acrescenta-se que os interesses do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil podem não representar as pretensões dos necessitados, pois o Ministério Público, a despeito de fiscalizar a lei, também é o titular da ação penal; e o Conselho Federal das Ordem dos Advogados do Brasil é uma entidade de fiscalização da advocacia. (Grifo nosso)

A PEC 487/2005 não foi posta, até a data de elaboração desta dissertação, em votação e encontra-se sem movimentações desde 2013; foi apensada e posteriormente desapensada (devido à ubiquação referente a estágios diversos de tramitação das PECs n. 98 e 100 de 2011, que também propunham alterações no regime constitucional da Defensoria Pública).

A matéria foi novamente enfrentada na PEC n. 31/2017; o objeto desta proposta de emenda é menos amplo que o da PEC n. 487/2005, que, como exposto acima, tinha como escopo a ampliação das prerrogativas da Defensoria Pública e dos ocupantes do cargo, equiparando-os aos membros do Ministério Público.

Com efeito, a PEC n. 31/2017 dá nova redação aos artigos 103 e 109 da Constituição Federal, para dispor sobre a legitimidade do Defensor Público-Geral Federal para a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e o incidente de deslocamento de competência (IDC) para a Justiça Federal.

A PEC em comento- n. 31/2017- é originária do Senado Federal e já tramitou por essa Casa, tendo votação favorável em dois turnos, à unanimidade; encontra-se, desde abril de 2019, aguardando criação de comissão temporária especial na Câmara dos Deputados (onde tramita como PEC n. 61/2019).

Reafirmando a tendência de ampliação da legitimação do Defensor Público-Geral Federal para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, verifica-se, inclusive, a existência de artigos em constituições estaduais (a exemplo do Rio de Janeiro, mencionado na própria justificação da PEC nº 31/2017) que já legitimam o Defensor Público-Geral do Estado à propositura de ADI e ADC em âmbito estadual.

Demais disso, como bem observado pela própria justificação da PEC, a legitimação do Defensor Público-Geral Federal tem razão prática: o volume de demandas patrocinadas pelo órgão, com diversas teses de inconstitucionalidade repetitivas, poderia diminuir substancialmente através da propositura das ações de controle concentrado.

A legitimação da Defensoria Pública para a tutela de interesses difusos e coletivos é construção relativamente recente (a própria redação original do art. 1º da Lei Complementar n. 80/1994 não contemplava a defesa de direitos coletivos, limitando-se a posicionar, como missão institucional do órgão, a “assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados”). Essa concepção era, inclusive, a razão de ser da Defensoria Pública à época da Assembleia Nacional Constituinte, conforme se atesta pelo discurso do constituinte Nelson Carneiro na 26ª Reunião Extraordinária:

Evidentemente que é preciso um órgão que defenda, não há de ser a representante do Ministério Público, que é o fiscal da lei. **O defensor é o advogado do pobre.** Aí está a diferença, o Ministério Público é o advogado da lei. Ele luta pela lei. Mas o outro é o advogado do pobre, no choque entre o advogado do pobre e o advogado do rico. São patronos de Interesses distintos. **O defensor é o patrono dos necessitados e lhe cabe patrocinar a causa do pobre contra o rico, além de ser, e sobretudo, o conselheiro do pobre.** Quem viver nas comarcas do interior do Rio de Janeiro vai sentir o seguinte problema: muitas vezes, chega um casal que se quer separar, mas aí o defensor público ouve os cônjuges e indaga por que pretendem separar-se. Ele é o conselheiro, ele evita, muitas vezes, a separação, ele leva a convicção a uma das partes de que a divisão daquele salário mínimo vai fazer dois miseráveis em vez de um miserável só. **Desse modo, enquanto o promotor é o fiscal da lei, o outro é o advogado de quem não tem advogado.** Por isso acho e fui colhido de surpresa – que se deve desde logo no texto da Constituição dar clareza a essa instituição. **A Defensoria Pública deve ser composta de pessoas que prestem concurso para defensor público e que se devam desde cedo à causa dos necessitados.** (BRASIL, 1987, Grifo

nosso)

A história é dinâmica e dialética. A profunda transformação vivenciada no perfil do órgão nos últimos anos expõe o anacronismo do posicionamento do constituinte originário, que legitimou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para propor ADI ou ADC e deixou de fazê-lo quanto à Defensoria Pública, ambas funções essenciais à justiça.

Como indicativo da alteração na vocação institucional da Defensoria Pública, cita-se a Lei Federal n. 11.417/2006, que, ao disciplinar a edição, revisão e o cancelamento de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, incluiu Defensor Público-Geral Federal no rol de legitimados para proposta de intervenção nas súmulas vinculantes. De igual forma, registra-se a inclusão da Defensoria Pública, por intermédio da Lei Federal n. 11.448/2007, para a propositura de ação civil pública em nome próprio.

Malgrado a ampliação funcional registrada em legislação infraconstitucional, o constituinte derivado cuidou apenas de contemplar o alargamento da missão institucional da Defensoria Pública através da promulgação da Emenda Constitucional nº 80/2014, que alterou a redação do art. 134 da CF para atribuir ao órgão as funções de “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” (grifo nosso).

Ao alterar a redação do art. 134 da Constituição Federal, a Emenda Constitucional nº 80/2014 tornou urgente a discussão sobre a legitimação para as ações de controle de constitucionalidade e demais instrumentos de defesa dos direitos coletivos. Isto porque tal EC materializa a transformação do perfil da Defensoria Pública e da mudança de paradigma ora vivenciada.

Neste sentido, inclusive, é de se destacar o voto da Ministra Carmen Lúcia na ADI 3.943, já mencionada anteriormente neste trabalho, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que, a despeito de ter como objeto a Lei Federal n. 11.448/2007, possui razões de decidir que se aplicam também à necessidade de legitimar-se o Defensor Público-Geral Federal à propositura das ações direta de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

O objetivo da Defensoria Pública é a eficiência da prestação de serviços e o efetivo acesso à Justiça por todos os necessitados, para garantia dos direitos

fundamentais previstos no art. 5º, incs. XXXV, LXXIV e LXXVIII, da Constituição da República. A constatação de serem normalmente mais graves as lesões coletivas, aliada à circunstância de tender o tempo gasto em processos coletivos a ser menor, evidencia que **a opção por ações coletivas racionaliza o trabalho pelo Poder Judiciário e aumenta a possibilidade de assegurar soluções uniformes e igualitárias para os diferentes titulares dos mesmos direitos, garantindo-se não apenas a eficiência da prestação jurisdicional, a duração razoável do processo e a justiça das decisões, que se igualam em seu conteúdo sem contradições jurisprudenciais não incomuns em demandas individuais.** (BRASIL, 2015, s/p)

A justificativa da PEC n. 31/2017 lastreia-se, principalmente, na necessidade de efetivar tal missão atribuída pelo constituinte derivado – tutela dos direitos coletivos, harmonizando a totalidade do texto constitucional à nova redação do *caput* do art. 134 da CF:

Ademais, **após as alterações levadas a efeito pelo Congresso Nacional através das EC 74 e 80**, conferiu-se nova roupagem à atuação da Defensoria Pública, sobretudo como expressão e instrumento do regime democrático, sendo **forçoso reconhecer a importância de se conferir legitimidade ativa ao Defensor Público-Geral Federal para propositura da ADI/ADC** visando a manutenção da higidez do ordenamento jurídico pátrio, com fim último na primazia da manutenção do estado democrático de direito. (BRASIL, 1988, s/p, Grifo nosso)

Vale dizer, ainda, que a legitimação do Defensor Público-Geral Federal para propor ADI o posicionaria também como legitimado para a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por força da disposição expressa do art. 2, I, da Lei nº 9.882/1999.

A Defensoria Pública, ao lado da Advocacia e do Ministério Público, é considerada “função essencial à justiça”; exsurge, daí, então, que a legitimação do Defensor Público-Geral Federal, caso a PEC nº 31/2017 seja aprovada e incluída no texto constitucional, deve, também, ser *universal*, à semelhança do que já ocorre com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (vide ADI nº 3/STF). Em primeiro lugar, porque ambas as instituições exercem constitucionalmente “função essencial à justiça” – tornando, pois, anti-isonômico conferir legitimidade universal a um e deixar de fazê-lo para o outro.

Essa é uma discussão, inclusive, que se verifica em âmbito estadual, naqueles Estados que já preveem, em suas Constituições, a legitimação do Defensor Público-Geral Estadual para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade. A discussão teve especial relevância no Estado de Minas Gerais: nesse Estado, já houve julgamento de ADI perante o Tribunal de Justiça local que

confirmou a legitimação universal do Defensor Público-Geral do Estado para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Vide excerto do voto vencedor do referido julgamento:

Analisando-se julgados paradigmáticos do STF é possível concluir que a Defensoria Pública não estaria submetida ao instituto da pertinência temática para propositura de Ação de Direta de Inconstitucionalidade, o que não importa em violação, tampouco prejuízo aos demais legitimados. Não é razoável que o Conselho Federal da OAB tenha uma legitimação universal, sem necessidade de demonstrar pertinência temática, e a Defensoria Pública não goze do mesmo prestígio, sendo duas instituições extremamente essenciais ao Estado brasileiro, cada uma nas suas respectivas funções, gozando do mais alto prestígio perante a sociedade. Em última medida, admitir a necessidade de pertinência temática da Defensoria Pública, que é elencada como função essencial, seria uma clara e inequívoca violação ao princípio da isonomia em relação aos legitimados universais. O STF já decidiu que a legitimidade da Defensoria Pública não está condicionada à comprovação prévia da hipossuficiência dos possíveis beneficiados pela prestação jurisdicional.(ADI n. 1000.18.052074-4/000, TJMG, Órgão Especial, Rel. Des. Amado Freire. P. 23.08.20).

Indene de qualquer dúvida que a legitimidade da Defensoria Pública para o exercício do controle de constitucionalidade concentrado é absolutamente compatível com as funções políticas e sociais que foram adjudicadas ao órgão - decorrentes da tutela coletiva. Dentro de uma país onde pululam desigualdades sócio-econômico-culturais – como é o caso do Brasil, a legitimação ativa da Defensoria Pública para interpretar amplamente a constituição através do controle concentrado é medida que reafirma a igualdade material e a inclusão dos vulneráveis numa democracia que deve ser participativa.

5 A PREMENTE NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ROL DOS LEGITIMADOS À PROPOSITURA DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Foi visto no capítulo anterior que a Defensoria Pública ainda não integra como deveria a jurisdição constitucional. Sua limitada atuação na qualidade de *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade impõe analisar as razões pelas quais este trabalho conclui pela necessidade de sua inclusão no rol dos legitimados constitucionais à propositura de ADI, ADC e ADPF. Este será o objetivo dos tópicos que seguem.

5.1 A RELAÇÃO ENTRE A TUTELA INTEGRAL DOS DIREITOS COLETIVOS E A LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA AS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto anteriormente, a tutela dos interesses sociais dos grupos (direitos coletivos em sentido lato) foi outorgado à Defensoria Pública constitucionalmente pela promulgação da EC 80/2014. Antes desse marco normativo, a legitimidade expressa do órgão para a defesa dos interesses difusos e coletivos estava certificado na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), na Lei da Súmula Vinculante (Lei n. 11.417/2006) e na lei orgânica nacional (LC 80/1994) com as inclusões realizadas pela LC 132/2009.

Os novos conflitos de massa não são mais suportados pelo esquema processual da tutela individual. As demandas individuais continuam a possuir supina importância, mas a tutela dos direitos coletivos permite que a apreciação do litígio concreto posto ao Judiciário beneficie um maior número de pessoas que estejam na mesma situação legitimadora do direito.

Não somente os processos de natureza civil são afetados pelo novo esquema da tutela coletiva dos direitos. No âmbito processual penal, o acesso à justiça pela via da tutela coletiva pode ser exemplificado através da possibilidade jurídica de impetração do *habeas corpus* coletivo. A alínea “a” do §1º do art. 654 do Código de Processo Penal exige que a petição inicial do *habeas corpus* contenha “o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem

exercer a violência, coação ou ameaça”. Tal exigência legal causou resistência das Cortes Judiciárias nacionais em reconhecer o cabimento do *habeas corpus* coletivo – impetrado em benefício de uma coletividade cujos pretensos beneficiários do *mandamus* seriam, *a priori*, pessoas indeterminadas. Ocorre que o *habeas corpus* constitui uma garantia constitucional que protege a liberdade ambulatorial (direito fundamental), não podendo seu regramento ser interpretado para limitar o direito tutelado. Há casos em que não é possível, *ab initio*, individualizar os beneficiários da ordem, como, *v.g.*, no *habeas corpus* impetrado para assegurar o direito de realizar uma passeata pacífica em praça pública – nesse exemplo, “ocorrendo ilegalidade, os *habeas corpus* individuais não seriam suficientes para a tutela dos direitos dos envolvidos, sendo necessária a tutela coletiva” (DIDIER JR; ZANETI JR; 2021, p. 155). Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima (2020) pontua a possibilidade de impetração do *habeas corpus* coletivo com precisão cirúrgica:

Ora, se a tutela dos direitos individuais não tão importantes quanto a liberdade de locomoção pode ser feita de maneira coletiva, seria desarrazoado não admitir a via multitudinária do remédio heroico justamente para a proteção do direito de ir e vir dos cidadãos, coletivamente considerados, sobretudo diante da *doutrina brasileira do habeas corpus*, que sempre conferiu ao *writ* a máxima eficácia possível no sentido da proteção da liberdade ambulatorial (LIMA, 2020,p. 1862).

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento HC nº 143.641/SP (Rel. Min Ricardo Lewandowski, j. 20/02/2018) concedeu a ordem de *habeas corpus* coletivo, para, em respeito ao art. 318 do Código de Processo Penal, determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda ou que sejam imprescindíveis aos cuidados de pessoa com deficiência⁵⁴.

⁵⁴ Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.

Retornando para a análise da tutela coletiva de natureza cível, Luiz Rascovski (2017, p. 283), *v.g.*, informa que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na área da saúde, propõe “mais de duzentas ações mensais apenas na unidade central da capital”. Eis a “magia” da tutela coletiva: permitir que todas essas duzentas demandas, caso semelhantes, possam ser substituídas por apenas uma e ainda assim beneficiar mais pessoas necessitadas dos serviços de saúde do que aquelas duzentas que ingressaram com demandas individuais⁵⁵.

Apenas para exemplificar a importância da abrangência da tutela coletiva

II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional. VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionabilíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

⁵⁵ “O sistema processual coletivo propõe, assim, a democratização tanto do acesso quanto das decisões judiciais, não só em termos de conteúdo, como também quanto à dispersão e aproveitamento erga omnes dos provimentos de procedência das pretensões coletivas, deduzidas por intermédio de entidades legitimadas legalmente para tanto” (VENTURI, 2007. p. 121).

concreta, serão citados alguns casos de violação de direitos coletivos que foram objetos de ações civis públicas patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado da Bahia:

Uma Ação Civil Pública, com pedido de tutela antecipada, foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado da Bahia – DPE/BA com o objetivo de garantir imediatamente o direito de visitas pessoais de todas as pessoas presas, de forma provisória ou definitiva, no sistema penitenciário baiano.⁵⁶

O município de Feira de Santana é alvo da Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública do Estado da Bahia devido à suspensão da merenda escolar de mais de 51 mil alunos da rede municipal, desde a suspensão das aulas por conta da Covid-19, há cinco meses. A Ação Civil Pública visa assegurar, no prazo de 48 horas, a alimentação a todos os estudantes, seja pelo repasse de verba, da oferta de cestas básicas ou kits de alimentação, ou ainda outro meio sob pena de multa diária de R\$ 20 mil.⁵⁷

De modo a assegurar a oferta de transporte público em Itabuna, a Defensoria Pública do Estado da Bahia ingressou na Justiça com uma Ação Civil Pública – ACP, com pedido de urgência, para que a Prefeitura da cidade cumpra com a retomada do tráfego de ao menos 50% da frota de ônibus conforme ela mesmo determinou em decreto municipal do começo de agosto.⁵⁸

A Defensoria Pública do Estado da Bahia – DPE/BA, em Santo Antônio de Jesus, cumprindo com seu dever de atuar na promoção dos direitos humanos interpôs uma Ação Civil Pública – ACP, depois de identificar diversos casos concretos que evidenciavam a inadequada prestação dos serviços relativos à política de assistência social.⁵⁹

A 5ª Regional da Defensoria Pública, em Juazeiro, ajuizou Ação Civil Pública com pedido liminar para manter em funcionamento a Fundação da Criança e do Adolescente – FUNDAC em Juazeiro. O subcoordenador da Regional, André Lima Cerqueira, foi informado de que a FUNDAC e o Estado da Bahia iriam encerrar as atividades da unidade socioeducativa de semiliberdade no município, em razão do encerramento do contrato com a Organização Não Governamental – ONG que gerencia a unidade na cidade. Com o encerramento das atividades, os adolescentes seriam transferidos para cumprirem medidas socioeducativas em outras cidades, como Salvador e Feira de Santana, fazendo com que os adolescentes fiquem distantes das suas respectivas famílias, o que acaba por prejudicar a sua socialização.⁶⁰

A Defensoria Pública do Estado da Bahia – DPE/BA e o Ministério Público Federal – MPF impetraram uma Ação Civil Pública – ACP conjuntamente para a ampliação dos leitos de unidade de terapia intensiva (UTI) no município de Vitória da Conquista. As instituições, através da ACP, requereram liminar determinando a abertura de, pelo menos, 50 leitos de UTI adulto, 15 leitos de

⁵⁶ Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/acao-civil-publica-e-ajuizada-pela-defensoria-para-garantir-direito-de-visitas-pessoais-para-pessoas-presas/>.

⁵⁷ Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/coronavirus-defensoria-ajuiza-acao-civil-publica-para-assegurar-merenda-escolar-suspensa-ha-cinco-meses-em-feira-de-santana/>

⁵⁸ Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/coronavirus-acao-civil-publica-e-ajuizada-pela-defensoria-para-que-itabuna-retome-ao-menos-50-de-circulacao-da-frota-de-onibus/>.

⁵⁹ Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/santo-antonio-de-jesus-dpeba-ajuiza-acao-civil-publica-para-melhoria-da-assistencia-social-do-municipio/>

⁶⁰ Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/juazeiro-dpeba-ajuiza-acao-civil-publica-para-manter-fundac-em-funcionamento/>

UTI neonatal e 3 leitos de UTI pediátrica dentro de um ano – representando 50% dos novos leitos necessários, sob pena de multa diária de 10 mil reais.⁶¹

Com o objetivo de garantir o direito dos idosos ao transporte coletivo a Defensoria Pública do Estado da Bahia – DPE/BA propôs a nulidade do Decreto Municipal nº25.782, de 05 de janeiro de 2015, bem como a invalidade de todos os seus efeitos. Ação Civil Pública foi interposta pelos defensores públicos João Carlos Gavazza Martins e Laise de Carvalho Leite Maltez, da Especializada de Proteção aos Idosos.⁶²

Os casos acima relacionados demonstram a relevância social da tutela coletiva em seu aspecto concreto, leia-se, diante de uma lide composta por autor, réu e caso concreto posto a julgamento. Conforme dito no capítulo anterior, as ações diretas de controle concentrado fogem à essa sistemática: não há partes nem interesses subjetivos *sub judice*. Entretanto, tais ações não deixam de ser coletivas.

Antonio Gidi (1995) propõe um conceito para ação coletiva no qual é possível enquadrar as ações diretas. Segundo o autor, a ação coletiva é aquela em que um legitimado autônomo defende direito alheio – de uma classe, grupo etc., e a coisa julgada formada nessa demanda é capaz de refletir perante a coletividade.

Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada (GIDI, 1995, p. 16.)

A legitimação conferida nas ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade se dá *ope legis*: decorre do rol exposto no art. 103 da CF/88. Somente aqueles expressos legitimados podem apresentar a coletividade em juízo propondo ADI, ADC e ADPF. Cumprido o primeiro pressuposto para que tais ações sejam encaradas como ações coletivas.

Em relação à coisa julgada, a decisão que, no controle concentrado, declara a inconstitucionalidade lei ou ato normativo do Poder Público produz eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Justamente a temática da eficácia foi o cerne da discussão já mencionada nesse trabalho acerca da aproximação entre as decisões

⁶¹ Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/vitoria-da-conquista-dpe-e-mpf-ajuizam-acao-civil-publica-para-ampliacao-de-leitos-de-uti/>

⁶² Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/defensoria-ajuiza-acao-civil-publica-para-resguardar-direito-dos-idosos/>

proferidas no controle concentrado de constitucionalidade e as decisões que, julgando ação civis públicas, declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. Essa circunstância demonstra, por si só, a aproximação dos efeitos entre ambas as formas de resguardo do interesse público.

No que tange ao objeto, sua natureza coletiva reluz como ouro. Isso porque é de interesse coletivo (geral) que as normas e atos do Poder Público sejam conforme os ditames da Constituição. A higidez do sistema constitucional é questão de interesse público da maior grandeza. Nesse aspecto, Daniel Amorim Assunção Neves (2014) ensina que tais ações objetivam permitir a continuidade da coesão das normas constitucionais, e por isso são ações coletivas (*que veiculam direitos difusos*).

Diz-se *difuso*, conforme o disposto no art. 81, inciso I, do CDC, o direito transindividual dos qual são titulares pessoas indeterminadas (não é possível individuar os titulares do direito). Esses titulares não possuem ligação comum entre eles: o elo que os une é exclusivamente o ato lesivo. Sob o ponto de vista do objeto, tais direitos são indivisíveis.

Entre os componentes do grupo não existe um vínculo comum de natureza jurídica, v.g., a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre eles exista uma relação jurídica base, a proteção ao meio ambiente e a preservação da moralidade administrativa (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2021, p. 99)

Os atos que podem ser objeto do controle de constitucionalidade (pela via concentrada) geralmente são dotados de generalidade e abstração – leis e atos normativos do Poder Público, e, portanto, enquanto não declarada a inconstitucionalidade, presume-se que o ato impugnado na ação direta é constitucional e de observância por todos. Com efeito, o alcance da decisão de inconstitucionalidade a ser proferida pelo STF não permite individuar os beneficiários da decisão coletiva, que é toda a coletividade. O objeto da decisão é indivisível, leia-se, só pode ser considerado como um todo. Também pode-se afirmar que os beneficiários pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do ato impugnado não possuem entre si uma relação jurídica-base: estão ligados pela unicamente pelo ato estatal impugnado.

Portanto, nitidamente as ações de controle concentrado de constitucionalidade veiculam direitos coletivos difusos. José Marcelo Menezes Vigliar (2007) também patenteia a natureza coletiva (difusa) das ações de controle de constitucionalidade:

É esse alcance das leis, aliado à existência de um rol de legitimados, que se apresentam como representantes da sociedade, que faz, ao lado dos limites subjetivos da coisa julgada, com que essas ações comecem a adquirir contornos de *ações coletivas*. (...) Sempre haverá a atuação dos legitimados visando a declaração de inconstitucionalidade de uma lei para todos (indivisivelmente para todos), uma declaração que retire do sistema a norma incompatível com a ordem constitucional. Todos serão beneficiados pelos efeitos da coisa julgada material que se alcançará pelo controle aqui versado (efeito *erga omnes*). (...) Em relação ao seu objeto, ou seja, ao pedido que veiculam, é possível notar que as ações de controle da constitucionalidade objetivam defender um direito coletivamente considerado, qual seja, o direito a uma ordem infraconstitucional que se apresente de acordo com a ordem constitucional que lhe conforma e que lhe garante existência legítima. (VIGLIAR, 2007, p. 174-175)

Conforme já afirmado em outro ponto do trabalho, a legitimação da Defensoria Pública não está atrelada à necessidade de a tutela judicial ser deferida exclusivamente aos usuários do serviço de assistência jurídica:

Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela dos interesses difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas. Ainda nesse sentido, não seria possível a promoção de ação coletiva pela quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2021, p. 252).

As ações de controle de constitucionalidade veiculam direitos coletivos difusos: nisso não há óbice à concessão da legitimidade ativa para a propositura de tais ações à Defensoria. Afinal, se a matéria veiculada no bojo da ação direta poderá beneficiar toda a sociedade, por óbvio beneficiará também os interesses dos assistidos da Defensoria Pública. Como bem pontuado por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2021, p. 254), “a tutela coletiva é sempre indivisível: tutela-se o direito da coletividade, beneficiando-se, por consequência, todos os seus membros”.

no plano abstrato, todas as essas normas do direito positivo constitucional são de interesse coletivo (difuso) de toda a coletividade. É exatamente este interesse que apoia e justifica o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, interesse esse denominado interesse coletivo objetivo legítimo (ALMEIDA, 2012, p. 19).

O art. 134, *caput*, da CF/88, com a redação dada pela EC 80/2014, confere à Defensoria Pública a possibilidade (*rectius*: dever) de promover a tutela dos direitos individuais **e coletivos** dos indivíduos e grupos. Por seu turno, o art. 4º, inciso X, da LC 80/94 – incluído pela LC 132/2009, dispõe que é função da Defensoria “promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, **abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua**

adequada e efetiva tutela” (grifo nosso).

A ausência da Defensoria Pública no rol do art. 103 da CF equivale dizer que o próprio mandamento constitucional que lhe imputa o dever de atuar na defesa dos direitos coletivos foi apenas parcialmente satisfeito. Em outros termos: os direitos coletivos não estão sendo protegidos em toda a sua extensão; a proteção insuficiente, nesse aspecto, representa nítida e grave violação do art. 134, *caput*, da Constituição.

5.2 AS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE VISTAS COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA INOBSERVÂNCIA NO CUMPRIMENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80/2014

O ingresso da Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014 no universo das normas constitucionais deu-se em decorrência da aprovação da PEC n. 247/2013 pelas casas do Congresso Nacional – conhecida popularmente como “PEC das Comarcas”, “PEC das “Defensorias Públicas” ou “PEC Defensoria Para Todos”.

A referida emenda, além de atribuir à Defensoria Pública uma nova “roupagem” constitucional, criou para o Poder Público o comprometimento de universalização do acesso à justiça no país, na medida em que ordena que “no prazo de oito anos, a União, os estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais” (art. 98, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Até o termo final do prazo final de 8 (oito) anos fixado no dispositivo supratranscrito, “a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional” (art. 98, §2º, também do ADCT, decorrente da EC 80/2014).

A EC n. 80/2014 também incluiu no texto da Carta Política de 1988, de maneira expressa, os princípios institucionais da Defensoria Pública – *unidade, indivisibilidade e independência funcional*. Vale frisar que tais princípios já estavam devidamente previstos na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, o que demonstra a importância que o Constituinte Derivado atribuiu à necessidade de constitucionalização do regime jurídico-institucional desse fundamental órgão que expressa e instrumentaliza o regime democrático brasileiro.

Para além, a aludida emenda à constituição segmentou a Seção III do Capítulo intitulado “Das Funções Essenciais à Justiça”: antes da entrada em vigor da EC 80/2014, a referida Seção III era intitulada “Da Advocacia e da Defensoria Pública”; ocorre que doutrinariamente sempre se criticou a junção constitucional, pois a Defensoria Pública e a Advocacia são instituições com princípios, missões, objetivos e regimes jurídicos distintos, em que pese ambas sejam essenciais ao Sistema de Justiça. Doravante, Advocacia e Defensoria Pública possuem Seções próprias no texto constitucional, o que também representa avanço na correta sistematização dessas instituições e demonstra a compreensão social sobre o que se entende atualmente por ‘Defensoria Pública’.

Também a CFRB fora emendada para constitucionalizar o conceito e as missões da Defensoria Pública⁶³. Outra significativa inserção realizada pela EC 80/2014 relaciona-se com a aplicação, pela Defensoria Pública, de dispositivos constitucionais atinentes ao regramento jurídico do Poder Judiciário⁶⁴.

A Defensoria Pública ganhou, com a EC 80/2014, um novo perfil constitucional, o qual projetou a instituição para um patamar normativo inédito, trazendo, além da já citada obrigação do Poder Público de universalizar o acesso à Justiça e garantir a existência de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo máximo de oito anos, as seguintes inovações: 1) inserção da Defensoria Pública em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada, agora, da advocacia; 2) explicitação ampla do conceito e da missão da Defensoria Pública; 3) inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; e

⁶³ Antes da entrada em vigor da EC n. 80/94, esse era o texto do art. 134 da Carta Política de 1988: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Após a emenda do texto constitucional, o art. 134 passou a vigorar com os seguintes termos: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”. De clareza meridiana que alteração do texto da Magna Carta teve como escopo ressaltar a importância que a Defensoria Pública tem no regime democrático nacional, uma vez que não se pode pensar em democracia sem igualdade material de acesso à justiça. O novel art. 134 da CRFB, todavia, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro: é, sim, a transcrição literal do art. 1º da Lei Complementar federal n. 80/1994, com redação dada pela LC 132, de 2009.

⁶⁴ De acordo com o novo parágrafo quarto do art. 134 da CRFB (incluído pela EC n. 80/2014), deve ser aplicado à Defensoria Pública os artigos 93 e 96, inciso II, ambos da CF/88. Respectivamente, essas inovações conferem à Defensoria Pública a iniciativa de lei que verse sobre seu estatuto jurídico (art. 93) e, dentro dos limites orçamentários previstos na lei complementar discriminada no art. 169 da CF, a iniciativa legislativa sobre outros assuntos relevantes para a instituição (art. 96, inciso II): a) fixação de subsídio dos Defensores Públicos; b) criação e extinção de cargos; c) remuneração dos seus serviços auxiliares; d) criação/extinção de órgãos vinculados; e) alteração da organização e da divisão de suas unidades. O enquadramento desses dois dispositivos constitucionais à realidade da Defensoria Pública contém relevantes discussões, notadamente em relação à Defensoria Pública da União, haja vista uma possível revogação (tácita) do art. 61, §1º, inciso II, alínea “d”, da CRFB. No entanto, a controvérsia em tela escapa do recorte temático desta obra.

4) aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a iniciativa de lei (PAIVA, 2015, s/p)

A Emenda Constitucional nº 80/2014 entrou em vigor na data de sua publicação (art. 3º), que ocorreu no dia 05 de junho de 2014 (BRASIL, 2014). Trata-se de norma constitucional de eficácia progressiva e instituiu para o Poder Público a obrigação de garantir a existência de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais do Brasil até o dia 05 de junho de 2022.

A Defensoria Pública é um dos órgãos mais recentes da história republicana brasileira. Aqui, sua existência (constitucional) remonta ao art. 134 da Carta Política (1988). Entretanto, partindo-se para uma análise da realidade social, possível aferir a desimportância do Poder Público em relação à adequada estruturação e consolidação institucional de uma Defensoria Pública independente, eficiente e de elevado alcance social.

Em 2013, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), juntamente com o Ministério da Justiça e a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), publicou um estudo que foi intitulado “Mapa da Defensoria Pública no Brasil”. Dentre as dificuldades para a consolidação institucional das Defensorias Públicas no país foram identificadas algumas: baixos subsídios em alguns Estados da Federação; relutância de determinados Estados para compreender que a atuação dos defensores públicos é incompatível com a contratação de advogados pagos pelos Estado para exercer a assistência judiciária; ausência de Defensoria Pública instalada, à época da pesquisa, em quatro Estados brasileiros⁶⁵; inúmeras comarcas com mais de cem mil habitantes sendo atendidas por apenas um defensor público (o que gera falta de especialização e repressão de demanda) como também situações em que o defensor público atende por itinerância comarcas vizinhas .

O resultado da pesquisa do IPEA, à época, já na apresentação chamou a atenção da sociedade: **“O país hoje tem 2.680 comarcas, das quais apenas 754 (ou seja, 28%) são atendidas pela Defensoria Pública”** (IPEA, 2013, p. 9).

Esse alarmante dado levou o Parlamento à edição da Emenda Constitucional n. 80/2014, para estabelecer uma meta concreta (e com prazo certo para ser

⁶⁵ “Embora em 2011 e 2012 os estados do Paraná e de Santa Catarina tenham criado as Defensorias Públicas que faltavam no país, tais órgãos ainda não foram efetivamente implantados nesses estados, assim como em Goiás e no Amapá” (IPEA, 2013, p. 30).

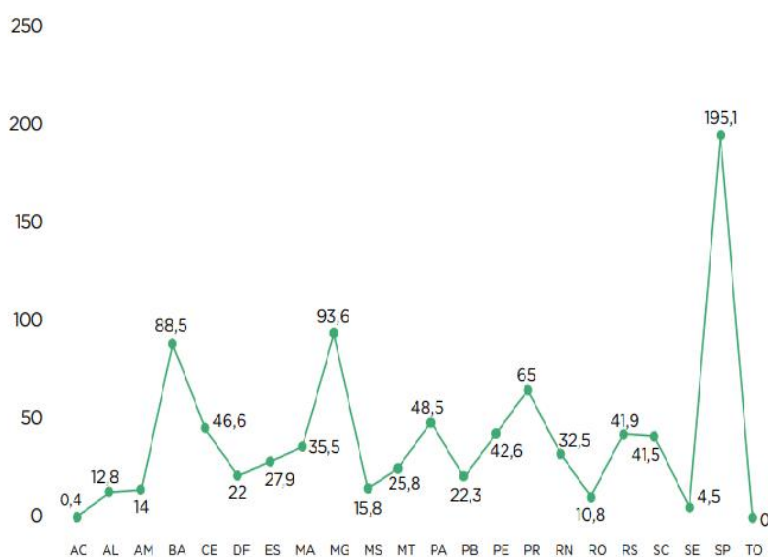
executada: oito anos) de oferecimento dos serviços da Defensoria Pública de modo integral para todos os locais que constituam unidade jurisdicional.

Esse é o primordial objetivo dessa Proposta de Emenda à Constituição, estabelecendo uma meta concreta, legítima e plenamente factível de ser alcançada, para que o número de defensores públicos na unidade jurisdicional (comarca ou seção judiciária, conforme o caso) seja proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública à respectiva população. (BRASIL, 2014, s/p)

Quase oito anos se passaram desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 80/2014 e a realidade atual não destoa muito daquela em que a pesquisa fora realizada. Até o momento (janeiro/2021) não se tem notícia sobre um novo estudo que veicule os dados relativos ao (des)cumprimento da norma constitucional que obriga União e Estados a lotarem um defensor público em cada unidade jurisdicional do país.

Entretanto, no ano de 2015, o “IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil” – resultado da Pesquisa elaborada no âmbito do projeto Fortalecimento do Acesso à Justiça no Brasil, firmado entre o Ministério da Justiça, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) e a Agência Brasileira de Cooperação – publicou uma projeção de quantas unidades jurisdicionais a mais cada Estado da Federação deveria atender anualmente entre 2015 e 2022 para que a obrigação insculpida na EC n. 80/2014 fosse efetivamente cumprida.

Gráfico 37. Projeção de cumprimento da EC nº 80/2014 - número médio de unidades jurisdicionais a serem atendidas pelas Defensorias Públicas Estaduais, por ano, de 2015 até 2022



Fontes: Unidades Jurisdicionais atendidas: Defensores Públicos-Gerais dos Estados | IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (2015). Unidades Jurisdicionais existentes: CNJ (Conselho Nacional de Justiça), Justiça em Números 2015.

De acordo com o gráfico acima colacionado,

A projeção do cumprimento da meta em termos de unidades jurisdicionais, entre 2015 e 2022, ressalta um cenário complicado para a maioria dos estados brasileiros, em consonância com as evidências sobre a abrangência por comarcas. São Paulo é o estado que tem os maiores desafios à frente, pois, para que cumpra completamente as metas estabelecidas pela EC, precisa expandir a Defensoria Pública Estadual a 195 unidades jurisdicionais por ano. Minas Gerais precisa levar a DPE a quase 94 unidades jurisdicionais por ano até 2022, e a Bahia precisa garantir, anualmente, a expansão da DPE a 88 jurisdições (BRASIL, 2015, p. 63).

Tomando a projeção como critério de análise, pode-se concluir que a realidade idealizada pela EC n. 80/2014 está ainda muito distante de ser alcançada. A capilarização integral da Defensoria demandará muita esforço e luta política para ser completada.

Nesse contexto, a concessão de legitimação para as ações de controle concentrado de constitucionalidade à Defensoria Pública pode servir de importante instrumento para fazer com que a Constituição Federal seja respeitada em locais desassistidos pelo referido órgão. Os efeitos vinculantes e *erga omnes* das referidas ações (ADI, ADC, ADPF) contribuem para minorar as arbitrariedades e abusos cometidos pelos Poderes Públicos nos locais onde a Defensoria Pública ainda não está devidamente instalada para requerer a inconstitucionalidade de determinados atos pela via do controle difuso-incidental.

5.3 A LIMITADA LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADep), instituição da sociedade civil (sem fins lucrativos), originada em 1984, representa, atualmente, um número aproximado de seis mil defensoras e defensores públicos ativos e inativos em todos os vinte e sete Estados da Federação brasileira.

De acordo com as informações institucionais constantes no seu sítio eletrônico oficial,

A Associação trabalha em âmbito nacional pelo fortalecimento da Defensoria Pública, colaborando com os Três Poderes no aperfeiçoamento da ordem jurídica com sugestões e atuação efetiva em projetos em tramitação no Legislativo. Através da diretoria e das comissões temáticas da entidade, o trabalho de construção de

pautas tem sido feito tanto em ações com interesse institucional direto, como em projetos que impactam os usuários dos serviços da Defensoria Pública nas mais diferentes áreas de atuação.

Do ponto de vista institucional, os avanços legislativos dados pela Defensoria Pública do Brasil foram capitaneados ou contaram com atuação decisiva da ANADEP.

Em âmbito internacional, a ANADEP é presença ativa e responsável nos diversos foros, BLODPEM, AIDEF e REDPO, sempre em defesa da autonomia da Defensoria Pública e pelo reconhecimento do trabalho de cada defensora e defensor público, incentivando o intercâmbio de ideias e experiências. (ANADEP, 1984, s/p)

A ANADEP foi criada para defender as prerrogativas, direitos e interesses de seus efetivos associados, assim como para lutar pela independência e prestígio da Defensoria Pública. O art. 2º do seu estatuto estabelece suas finalidades institucionais:

Art. 2º - São finalidades da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP:

I- representar e promover, por todos os meios, em âmbito nacional, a defesa das prerrogativas, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos seus associados efetivos, em juízo ou fora dele, velando pela unidade institucional da Defensoria Pública, nos termos do art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, após prévia aprovação e autorização assemblear;

II- prestar apoio às Associações de Defensores Públicos dos Estados, da União, do Distrito Federal e dos Territórios;

III- promover e incentivar a realização de eventos de Defensores Públicos para a discussão de temas jurídicos e doutrinários de seu interesse;

IV- colaborar com os Poderes Constituídos no aperfeiçoamento da ordem jurídica, fazendo representações, indicações, requerimentos ou sugestões à legislação existente ou a projetos em tramitação;

V- editar o seu informativo;

VI- atuar em proteção e defesa do consumidor, do idoso, da criança e do adolescente, da mulher, do negro, do preso, do indígena, das pessoas com deficiência e do homossexual, bem como do meio ambiente, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

VII- articular-se com instituições nacionais e estrangeiras, por filiação, intercâmbio ou convênio, bem como firmar parcerias e participar de conselhos e organizações identificados com os segmentos e atividades descritos no inciso anterior;

VIII- promover ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), em face de lei ou ato normativo, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal;

IX- ajuizar ação individual ou coletiva, mandados de segurança, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei, objetivando a salvaguarda dos direitos, garantias e prerrogativas de seus sócios efetivos;

X- pugnar por justa e digna remuneração, condizente com a importância do cargo de Defensor Público (ANADEP, 1984, s/p, grifo nosso)

Diante da finalidade estabelecida no inciso VI do art. 2º do seu estatuto, a ANADEP, valendo-se da cláusula constitucional que permite às confederações sindicais e às *entidades de classe de âmbito nacional* (CR, art. 103, inciso IX) a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de

constitucionalidade (ADC), propôs, em 24 de agosto de 2016, Ação Direta de Inconstitucionalidade com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para discutir judicialmente (perante o Supremo Tribunal Federal) políticas públicas de saúde associadas ao vírus zika e à sua síndrome congênita.

Na ação direta de inconstitucionalidade 5.581/DF, a ANADEP objetiva seja conferida interpretação conforme à CR dos §§ 2º e 3º da Lei 13.301, de 27 de junho de 2016, que dispõe sobre adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika.

Eis o teor das normas impugnadas na ADI:

Art. 18. Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, pelo prazo máximo de três anos, na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. [...].

§ 2º O benefício será concedido após a cessação do gozo do salário-maternidade originado pelo nascimento da criança vítima de microcefalia.

§ 3º A licença-maternidade prevista no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será de cento e oitenta dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, assegurado, nesse período, o recebimento de salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. (BRASIL, 2016, s/p)

Em apertada síntese, segundo a demandante o prazo máximo de três anos fixado no “caput” do art. 18 da Lei 13.301/2016 seria inconstitucional, porquanto as crianças vítimas de microcefalia sentirão os reflexos decorrentes da síndrome por toda a vida. Segundo a ANADEP, há também a necessidade de interpretar o “caput” do art. 18 em conformidade com a CR no que tange à extensão dos beneficiários do auxílio assistencial, a fim de que sejam contempladas como beneficiárias do referido auxílio financeiro às

(...) vítimas de microcefalia ou de outras sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zika, sendo desnecessária a comprovação de vulnerabilidade ou de necessidade em virtude da presunção dessa circunstância e reconhecendo a comprovação da sequela neurológica por meio de declaração/atestado de profissional médico, sendo dispensada a realização de perícia pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). (idem)

Também pugnou pela suspensão do art. 18, §2º, da Lei 13.301/2016, para que o benefício possa ser cumulado com o salário-maternidade; por último, na petição

inicial da ADI postulou pela interpretação conforme a CR em relação ao §3º da norma objeto de controle,

(...) para fins de garantir o salário maternidade de 180 dias, no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zika". (idem)

Mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental, a requerente impugnou omissões do Poder Público na política adotada pelo Executivo Federal no Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia. De acordo com a ANADEP, a política pública adotada pelo Governo Federal em favor das mulheres e crianças afetadas pela epidemia do zika vírus resumia-se ao fornecimento de contraceptivos. Por isso, diante da ventilada omissão estatal, buscou-se pela via da ADPF: a) garantir ao público o acesso a informação sobre o atual estado do conhecimento médico-científico acerca da epidemia do vírus zika, bem como sobre formas de prevenção; b) possibilitar acesso a cuidados relativos ao planejamento familiar (incluindo, aqui, os métodos contraceptivos); c) assegurar a todas as crianças com deficiência associada à síndrome congênita do zika vírus serviços de saúde que permitam o atendimento integral; d) incluir a interrupção de gravidez para mulheres grávidas infectadas pelo vírus zika como uma das medidas da política pública de saúde no Brasil.⁶⁶

⁶⁶ Para que o leitor possa conhecer detalhadamente os pedidos formulados pela ANADEP na arguição de descumprimento de preceito fundamental, reputa-se importante trazê-los à colação: "Na ADPF, requer: (i) a determinação ao Poder Público Nacional e, especialmente, ao Executivo Federal para garantir a realização de Estimulação Precoce (Auditiva, Física, Intelectual, Visual, Ostomia e em múltiplas deficiências) em Centros Especializados em Reabilitação (CERs) em distância de até 50 km da residência do grupo familiar com criança com microcefalia e outras sequelas no sistema nervoso central causadas pela síndrome congênita do zika, além do pagamento de tratamento fora de domicílio (TFD) para os deslocamentos iguais ou superiores a 50 km, além do reconhecimento da obrigação de haver médicos capacitados para o diagnóstico clínico de infecção pelo vírus zika e de tornar imediatamente acessíveis nas unidades do SUS os exames de PCR e sorológicos (IGM e IGG) para detecção da infecção; (ii) que o Poder Público Nacional e especialmente o Executivo Federal apresente em suas páginas da rede mundial de internet e coordene a promoção de política pública eficaz com entrega de material sobre o vírus zika em postos de saúde e escolas, especialmente para todas as adolescentes e mulheres em idade reprodutiva, com informações sobre formas de transmissão, efeitos conhecidos e ainda não conhecidos da epidemia e métodos contraceptivos necessários e disponíveis na rede pública para aquelas que desejarem não engravidar. Ainda, que se proceda à revisão do Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia em conformidade com as diretrizes expedidas pela OMS e OPAS; (iii) a determinação de criação de políticas públicas de assistência médica às mulheres em idade reprodutiva ao Executivo Federal, em especial àquelas em situação de vulnerabilidade, de distribuição de anticoncepcionais de longa duração como DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG) e, para mulheres grávidas, a distribuição de repelente contra o mosquito vetor; (iv) a interpretação conforme a Constituição é medida hábil à garantia de tais preceitos fundamentais, a) declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção

Em seu parecer, o Procurador-Geral da República, à época, opinou “pelo não conhecimento não das ações, por ilegitimidade ativa da ANADEP, e, ultrapassada a preliminar, por procedência parcial do pedido cautelar”.

Apesar de configurada a abrangência nacional⁶⁷ da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, há um outro requisito exigido pela jurisprudência pretoriana que, não cumprido pela entidade de classe de âmbito nacional, impede a apreciação do mérito da causa pela Corte: *pertinência temática*.

A pertinência temática constitui construção oriunda da jurisprudência do STF para as ações de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a demonstração do interesse de agir não é exigido na Constituição Federal. Portanto, para determinados legitimados é exigido o nexo causal entre as suas finalidades institucionais e o objeto de sua postulação na demanda.

O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ad causam para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade (ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 01.12.1994, Plenário, DJ de 17.11.2006).

da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou; b) sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda com a justificação genérica dos arts. 23, I, e 24 do Código Penal, em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez, e, por consequência, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação de infecção da gestante pelo vírus Zika, até o julgamento definitivo”.

⁶⁷ Em que pese as múltiplas situações que chegam ao Supremo Tribunal Federal acerca do enquadramento (ou não) de determinada entidade como de âmbito nacional, concluiu-se, no julgamento da ADI QO nº 108/DF, que, para além da atuação transregional da entidade, é necessário que haja associados (ou membros) em pelo menos nove Estados da Federação. O critério adotado pela Suprema Corte deu-se por analogia à Lei Orgânica dos Partidos Políticos. “A jurisprudência do STF tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade não decorre da mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente, atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional” (ADI 108, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 05.06.1992).

Ainda segundo a jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal, alguns entes e autoridades com legitimidade constitucional para propor ADI e ADC (Governadores, Mesas das Assembleias Legislativas, confederação sindical e entidades de classe de âmbito nacional – à exceção da Ordem dos Advogados do Brasil) têm a obrigação de demonstrar a relação de pertinência entre as suas finalidades e a norma impugnada⁶⁸ - por isso são chamados de legitimados *especiais*.

Os demais legitimados previstos nos incisos do art. 103 da CR (o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional) são chamados de *universais (ou não especiais)* justamente porque podem exercer a defesa da ordem jurídico-objetiva sem necessidade de demonstrar uma relação lógica entre os seus interesses e a questão versada na lei (ou ato normativo) impugnado, pois “o interesse genérico em preservar a supremacia da Constituição decorre das suas atribuições institucionais” (MORAES, 2008, p. 195-196).

⁶⁸ Sobre a exigência da pertinência temática no controle abstrato de constitucionalidade, parte expressiva da doutrina não a vê com bons olhos: “Quando se diz que um legitimado é obrigado a demonstrar a relação de pertinência temática entre os seus interesses e a norma impugnada, existe, bem-vistas as coisas, um aprofundamento das exigências, definidas na norma, para a configuração da legitimidade. Bem por isso, especialmente quando a legitimidade é atribuída por norma constitucional para a instauração da fiscalização abstrata da norma, a limitação judicial torna-se extremamente problemática” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 1147). Acerca da construção pretoriana de exigência da pertinência temática, irretorquível a observação realizada por Gilmar Mendes: “Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas. Por isso, a fixação de tal exigência parece ser defesa ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica. Assinale-se que a necessidade de que se desenvolvam critérios que permitam identificar, precisamente, as entidades de classe de âmbito nacional não devem condicionar o exercício do direito de propositura da ação por parte das organizações de classe à demonstração de um interesse de proteção específico, nem levar a uma radical adulteração do modelo de controle abstrato de normas. Consideração semelhante já seria defeituosa porque, em relação à proteção jurídica dessas organizações e à defesa dos interesses de seus membros, a Constituição assegura o mandato de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b), o qual pode ser utilizado pelos sindicatos ou organizações de classe, ou, ainda, associações devidamente constituídas há pelo menos um ano. Uma tal restrição ao direito de propositura, além de não se compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação essa que não encontra respaldo na Constituição” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007. p. 1054-1055).

Instado a se manifestar na ADI 5.581/DF na qualidade de fiscal da higidez do ordenamento jurídico, O Procurador-Geral da República, no caso da ADI cumulada com pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela ANADEP (ADI 5.581/DF), opinou pelo não conhecimento das ações em decorrência da ausência da pertinência temática da demandante. Para o Ministério Público Federal, a ANADEP é associação vocacionada à defesa dos interesses dos seus associados (Defensores e Defensoras Públicas), o que não se confunde com a função constitucional da Defensoria Pública.

Políticas públicas relativas à prevenção e ao combate do vírus zica, à síndrome congênita a ele associada e à microcefalia dele decorrente não possuem relação com interesses jurídicos típicos de defensores públicos, suas prerrogativas e direitos. Os atos impugnados versam sobre políticas públicas relacionadas à epidemia do vírus. **Trata-se de matéria de relevância para a sociedade, porém estranha aos interesses da ANADEP, não obstante a cláusula aberta de seu estatuto, que parece dar-lhe atribuição de atuar na defesa de variados interesses e direitos difusos e coletivos. Conquanto louvável a previsão estatutária, se ela bastasse para tornar presente pertinência temática, qualquer entidade de classe de abrangência nacional poderia promover controle concentrado de constitucionalidade sobre qualquer tema, desde que seus atos constitutivos previssem finalidade semelhante. Não há relação próxima entre os fins da associação de defensores e os interesses difusos ligados à saúde, objeto da ação. Tampouco atende ao requisito de pertinência temática o argumento de que as alegadas deficiências estatais no enfrentamento da epidemia do vírus zica atingem a população economicamente vulnerável, destinatária constitucional do trabalho da Defensoria Pública, cujos membros são associados da requerente.** Se tal argumento prosperasse, a ANADEP passaria a deter uma quase absoluta legitimidade ativa para controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que, em princípio, lesão a qualquer direito fundamental é capaz de prejudicar pessoas economicamente desfavorecidas, usuárias potenciais dos serviços da DP. **Não se pode confundir a ANADEP com a própria Defensoria Pública**, do mesmo modo como não se podem confundir as prerrogativas legais e processuais das associações de juízes e de membros do Ministério Público com as dos órgãos a que seus associados pertencem. (STF - ADI: 5581 DF 4003652-09.2016.1.00.0000, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/11/2020, grifo nosso)

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, ao solicitar o reconhecimento da ilegitimidade da requerente (ANADEP) pela ausência de pertinência temática, ressaltou que

os atos sob invecção não tratam de tema relacionado às carreiras da Defensoria, tampouco de suas prerrogativas, direitos, interesses ou concretização de objetivos da própria instituição, mas sim de políticas públicas relacionadas ao combate à epidemia do vírus Zika, matéria que diz respeito a todos os cidadãos brasileiros, indistintamente (idem).

No momento do julgamento da ação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal

– que ocorreu no dia 04 de maio de 2020, foi reconhecida a perda superveniente do objeto da ADI, pela qual se pretendia a interpretação conforme à CR dos §§2º e 3º da Lei 13.301/2016. Segundo o STF, o aludido dispositivo impugnado foi expressamente revogado pela Medida Provisória nº 894/2019. Nesta última, foi instituída pensão vitalícia a crianças com microcefalia decorrente do zika vírus (art. 1º). Portanto, valendo-se da jurisprudência já sedimentada na própria Corte, houve o reconhecimento da perda de objeto na ação de controle abstrato de constitucionalidade pelo fato de a norma impugnada deixar subsistir no ordenamento jurídico. Prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade.

No que tange aos pedidos formulados na arguição de descumprimento de preceito fundamental, o STF sequer os apreciou. Isso porque o Plenário da Suprema Corte brasileira, seguindo o voto da Relatoria – Min. Cármen Lucia, reconheceu a ilegitimidade da ANADEP para tratar de questões alheias às suas finalidades institucionais em sede de controle abstrato de constitucionalidade:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental não deve ser conhecida por ausência de legitimidade *ad causam* da autora.

No inciso IX do art. 103 da Constituição da República figuram como legitimadas para a propositura da ação direta de constitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade a “*confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional*”.

Pelo inciso I do art. 2º da Lei n. 9.882/1999, podem propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Do cotejo entre os objetivos institucionais da autora e as normas e políticas públicas questionadas, não é possível extrair o necessário interesse jurídico para a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...].

Não se devem confundir as atribuições da Defensoria Pública, cuja missão foi conferida pela Constituição da República, com as finalidades da associação representativa dos defensores públicos, responsável pela defesa das prerrogativas dos seus membros e pelo resguardo dos objetivos da instituição. (idem)

Como visto, para determinados legitimados constitucionais – ditos “especiais”, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – não sem qualitativas críticas doutrinárias - exige a pertinência temática como requisito prévio à análise do mérito das ações por eles intentadas. É o que ocorre com as entidades de classe de âmbito nacional, a exemplo da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP). No caso da ADI 5.581/DF, uma questão de legitimação fulminou relevante interesse da sociedade brasileira, em nítida afronta ao princípio da primazia do

conhecimento do mérito que rege o espírito da tutela coletiva⁶⁹.

No entanto, imagine que o Defensor Público-Geral Federal possuísse legitimidade constitucional para propor tais ações de controle abstrato. Caso a ADI cumulada com pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 5.581/DF tivesse sido proposta pelo Defensor Público-Geral Federal, provável que: a) o mérito da demanda fosse julgado favoravelmente ao requerente, e; b) a implementação das políticas públicas de saúde seriam realizadas em favor de vulnerável grupo que sofre de maneira superlativa com as necessidades resultantes dos cuidados indispensáveis, custosos e ininterruptos que devem ser dedicados a uma criança com microcefalia⁷⁰.

O princípio da primazia do mérito da tutela coletiva constitui *norma jurídica* que autoriza o órgão julgador a proceder à sucessão processual da parte ilegítima pela legítima, priorizando esse expediente em relação ao não conhecimento da demanda por ilegitimidade do requerente. Não há nisso qualquer novidade no ordenamento jurídico; ao revés, constitui a regra do microsistema de tutela coletiva (é o que preveem, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública - art. 5º, §3º- e a Lei da Ação Popular – art. 9º).

(...) percebe-se a aplicação desse princípio [da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo] no entendimento segundo o qual a ilegitimidade ativa no processo coletivo deve implicar *sucessão* processual, saindo a parte ilegítima e ingressando uma parte legítima, em vez da extinção do processo sem exame do mérito, (...). (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; 2021, p. 142).

A consequência da falta de legitimação coletiva não pode ser necessariamente a extinção do processo coletivo, sem exame do mérito. A relevância das questões em debate impede solução tão drástica e ineficiente (do ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos). Além disso, essa solução contraria claramente o princípio da primazia do mérito. (ibidem, p. 249)

O diálogo das fontes constitui postulado hermenêutico para a aplicação integrada das leis que versam sobre processos coletivos. “Sempre que houver uma

⁶⁹ De acordo com o princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo, “deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2021, p. 142).

⁷⁰ “(...) uma criança com microcefalia demanda cuidados adicionais das famílias, e de acordo com o grau de comprometimento ocasionado pela doença haverá a necessidade da mobilização de um adulto em idade ativa – frequentemente a mãe – para prover os cuidados necessários. Trata-se de um contingente de famílias pobres que [,] ao serem privadas da renda de um dos seus membros na provisão financeira [,] viverão no limiar da pobreza. As graves situações de dependência nos casos de microcefalia potencializam a pobreza monetária e o grau de vulnerabilidade dos indivíduos e de suas famílias[,] devendo ser ponderadas no acesso ao programa” (SILVEIRA et al., 2016, p.19).

aparente lacuna nesse conjunto normativo, caberá ao aplicador buscar a solução para o problema dogmático *dentro* do microsistema de tutela coletiva” (ibidem, p. 142).

A demanda coletiva carrega em si uma elevada intensidade de interesse público primário, indisponível e relevante para toda a sociedade.

O objetivo dos processos coletivos é ver realizada uma justiça substancial mais efetiva e célere, atendendo a finalidade do interesse público de corrigir, em nome do cidadão, até mesmo opções de políticas públicas equivocadas por parte do Estado (idem).

Não se deve perder de vista, ainda, que as ações de controle concentrado de constitucionalidade veiculadas nas Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999 possuem natureza essencialmente coletiva, e portanto estão regidas pelos princípios que compõem o microsistema processual coletivo.

Com efeito, o princípio da primazia do mérito da demanda coletiva também deve ser aplicado à realidade dos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Apegar-se ao conceito liberal-clássico do processo civil individual referente à legitimidade das partes para impedir o julgamento de causas coletivas relevantes para a sociedade representa desprestígio ao direito processual coletivo como novo ramo (autônomo) do processo civil, assim como representa afronta à natureza processual-constitucional-social do processo coletivos⁷¹.

A justiça social que se busca efetivar através do processo coletivo deve ser suficiente para que o Supremo Tribunal Federal, à míngua de dispositivo expresso nas Leis nº 9.889/1999 e 9.882/1999, “beba na fonte” dos princípios do processo civil coletivo para aproveitar as relevantes demandas levadas à Corte por parte(s) ilegítima(s). A Lei 9.889/1999, inclusive, prevê expressamente a impossibilidade de desistência (artigos 5º, 12-D e 16); a Lei 9.882/1999 não tem previsão semelhante.

O aproveitamento do processo coletivo pelo Procurador-Geral da República é

⁷¹ “O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinentes visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social. A natureza jurídica do direito processual coletivo, portanto, é de direito processual constitucional-social. A natureza constitucional do direito processual coletivo decorreu, especialmente, da opção do legislador constituinte de 1988, que conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas (...), dispondo, ainda, sobre o objeto material do processo coletivo em inúmeras oportunidades (...). E mais: a própria proteção dos direitos coletivos está dentro da teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88” (ALMEIDA, 2007, p. 59-60).

medida salutar que impediria que relevantes assuntos de interesse da coletividade fossem aniquilados por questões processuais sanáveis. Como dito acima, nisso não há qualquer novidade⁷². Portanto, o Chefe do Ministério Público Federal, ao exercer o papel de fiscal da higidez do ordenamento jurídico, poderia analisar o processo coletivo e caso entendesse ser o caso de manutenção do pedido formulado pela parte ilegítima, assumir a titularidade da ADI, ADC ou ADPF.

Sobre o tema, importante ressaltar o teor do enunciado nº 666 do IX Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O processo coletivo não deve ser extinto por falta de legitimidade quando um legitimado adequado assumir o polo ativo ou passivo da demanda” (2018, p. 85).

A manutenção dos processos coletivos de controle abstrato é medida que se impõe pela simples adequação dessas demandas à principiologia da tutela coletiva. Tal medida é ainda mais recomendável enquanto vigorar a defensiva tese jurisprudencial que encampa e ampara o instituto da pertinência temática.

⁷² “O exame da legislação brasileira revela que a postura em situações como essa deve ser o aproveitamento do processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte que se reputa inadequada para a condução da demanda. É o que acontece por exemplo, nos casos de desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular ou da ação civil pública, em que se determina a sua sucessão processual, com a assunção do Ministério Público ou de outro legitimado da posição de condutor do processo coletivo (art. 9º da Lei 4.717/65; art. 5º, §3º, Lei 7.347/85)” (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2021, p. 249-250).

6 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RECONHECIDO NO JULGAMENTO DA ADPF N. 347/2015: RELEVANTE EXEMPLO DE TUTELA COLETIVA (NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE) UTILIZADA PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM FAVOR DE GRUPO VULNERÁVEL

A situação dos presídios no Brasil reclama atenção especial. A realidade mostra que a superlotação do sistema prisional brasileiro – preparado para receber menos da metade da quantidade efetiva de presos que hoje estão encarcerados - acaba transformando-se em mola propulsora para a violação de inúmeros direitos humanos consagrados em diplomas normativos internacionais, na Constituição Federal e na legislação doméstica ordinária.

A política criminal brasileira – de viés eminentemente repressivo e panpenalista – acaba por intensificar o já agravado problema da superpopulação carcerária; por outro lado, a população, incentivada pelo “mass media”, consome a ideia segundo a qual os presídios são locais adequados para sofrer em excesso e os direitos humanos constituem meras tagarelices de quem está alheio à realidade social. Importante lembrar que o sistema punitivo não pode proporcionar padecimento além daquele resultante da privação de liberdade e permitido pela legislação em vigor. Portanto, qualquer excesso é inconveniente, inconstitucional e ilegal, devendo ser prontamente repellido.

Não se pode olvidar que as masmorras brasileiras violam frontalmente o princípio da correlação entre o crime e a punição. A superpopulação carcerária, além de não permitir o atingimento da ressocialização, faz com que os presos tenham que conviver diariamente com mortes violentas, selvagerias e sevícias de toda ordem, falta de tratamento para doenças infectocontagiosas e incentivo à drogadição como meio de fuga da realidade.

O Estado é falho/omisso no cumprimento das normas internacionais e domésticas atinentes aos direitos humanos e fundamentais dos presos. A precariedade do sistema carcerário brasileiro será visto no presente capítulo sob o enfoque da inflação carcerária, leia-se, a superpopulação carcerária constitui o rotor que viabiliza as inúmeras formas de violação dos direitos fundamentais dos encarcerados. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar da ADPF n. 347, reconheceu que o caos do sistema carcerário no país possui natureza estrutural e sistêmica, constituindo verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”.

Conforme visto no primeiro capítulo, o Poder Judiciário possui o poder-dever de atuar diante da inação ou ineficiência dos demais Poderes no que tange ao cumprimento das políticas públicas constantes das normas constitucionais⁷³. Sequer reserva do financeiramente possível pode ser oponível como meio de defesa do Estado para blindar-se de obrigações materiais que visem a promoção dos direitos fundamentais dos presos.

A escolha para a análise da ADPF nº 347/2015 não se deu de maneira aleatória. A população carcerária brasileira é composta quase exclusivamente por assistidos da Defensoria Pública. Ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a referida ação direta poderia ter sido proposta há muito pela Defensoria Pública caso o órgão já integrasse o seleto rol dos legitimados a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Daí porque Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 1.142-1.143) afirmarem que o incremento dos legitimados no controle concentrado de constitucionalidade “configura, além da otimização da democracia participativa, importante reforço da ordem jurídica e à afirmação da força normativa da Constituição”.

6.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): ORIGEM, CONCEITO E SEU RECONHECIMENTO NO BRASIL

O denominado “Estado de Coisas Inconstitucional” decorre de construção jurisprudencial e tem sua origem em decisões proferidas pela Corte Constitucional Colombiana no final dos anos 90 do século passado.

Na *Sentencia de Unificación (SU)* nº 559/1997, a Corte Colombiana constatou a existência de descumprimento generalizado dos direitos previdenciários de um grupo de professores de dois municípios da Colômbia. Constatou ainda que o descumprimento às regras previdenciárias daquele grupo tinha alcance subjetivo

⁷³ “(...) o fundamento último de qualquer política pública em nosso sistema jurídico reside na Constituição Federal (e normas de semelhante hierarquia). Não quer dizer isso que as políticas públicas estejam globalmente formuladas no Texto Maior, mas apenas que, ali, encontram referenciais acerca do seu regime jurídico e, em alguns casos, um conteúdo mínimo. A abarcante Norma Ápice de nosso sistema, ainda que em rápidas passagens, menciona os temas mais importantes para a vida em sociedade, influenciando, de forma direta ou mesmo indireta, as atividades do Estado brasileiro, mesmo porque **as políticas públicas servem à garantia dos direitos fundamentais, estes previstos em posição privilegiada naquele documento**” (GOMES, 2015. p. 73-74, grifo nosso).

quantitativamente superior ao das pessoas envolvidas no processo. Assim, declarou a Corte Constitucional da Colômbia a ocorrência de um “estado de coisas inconstitucional”, determinando aos municípios violadores a sanção das irregularidades em prazo razoável.

Em outras duas situações a Corte Colombiana constatou novamente a ocorrência da situação intitulada “estado de coisas inconstitucional”. Na *Sentencia de Tutela (T)* n° 153/1998, a mencionada Corte verificou que o estrutural quadro de superlotação carcerária gerava sistemáticas e generalizadas violações aos direitos fundamentais dos presos. Com isso, além de declarar o “estado de coisas inconstitucional”, ordenou a elaboração de um plano de reconstrução e reparação das unidades carcerárias e determinou a alocação de recursos orçamentários necessários (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 17).

Já na *Sentencia de Tutela (T)* n° 25/2004, a Corte Constitucional da Colômbia declarou o “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistemático deslocamento forçado de pessoas por razões do grave quadro de violência que assolava a país à época. Nesse último caso,

Declarou o “estado de coisas inconstitucional”; exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou que fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficiente para proteger os direitos individuais dos demandantes. (ibidem, p. 17-18)

O “estado de coisas inconstitucional” (ECI), portanto, constitui o reconhecimento judicial acerca da existência de um panorama fático de violações contínuas, generalizadas e sistemáticas de direitos constitucionais de cunho jusfundamental. A consequência prática de tal reconhecimento reside na imposição – pelo Judiciário – de implementação de políticas públicas efetivas e adoção de outras medidas capazes de alterar positivamente a realidade.

Para Fernanda Ravazzano

O Estado de Coisas Inconstitucional refere-se à possibilidade da Corte Constitucional do país condenar o próprio Estado a implantar políticas públicas em casos de extrema gravidade estrutural. Neste diapasão, após constatar-se a contínua omissão dos Poderes Executivo e Legislativo do país, a Suprema Corte poderá condenar o Estado a uma mudança drástica estrutural, configurando um “freio de arrumação”. (RAVAZZANO, 2017, s/p)

Não é qualquer violação a direito fundamental que pode justificar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional; a doutrina estabelece alguns pressupostos necessários ao mencionado reconhecimento. Por todos, Dirley da

Cunha Júnior:

(...) pode-se concluir que o ECI **caracteriza-se**, fundamentalmente, diante da constatação de que:

(a) é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta uma proteção insuficiente);

(b) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma **falha estrutural** das instâncias políticas e administrativas (isto é, não basta para caracterizar a ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade);

(c) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e

(d) há a necessidade de a solução ser construída pactuada (solução dialógica) pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal – que se reveste de natureza estrutural, na medida em que envolve uma pluralidade de providências – é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças **estruturais** (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação ou remanejamento de recursos públicos, obrigações de fazer ou de não fazer etc.) (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 599-600).

Sobre o tema relativo à superpopulação carcerária, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581 (2015) – com repercussão geral reconhecida, decidiu:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: **É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.** Grifos adotados. (BRASIL, 2015, s/p)

A decisão proferida no julgamento do RE nº 592.581 foi posteriormente reforçada no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, proposta em face da imensa crise do sistema prisional brasileiro (não se deve perder de vista que a crise do sistema carcerário, no Brasil, é representada por inúmeras, sistemáticas e generalizadas violações a direitos fundamentais da população prisional que se encontra sob a custódia do Estado).

A medida cautelar na ADPF nº 347/2015 reconheceu expressamente a ocorrência do “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional brasileiro.

Apesar de inúmeros pedidos terem sido formulados na petição inicial da aludida ação constitucional, a cautelar foi deferida apenas em relação a três pedidos. Assim, ao deferir a liminar, o Supremo Tribunal Federal: (a) determinou a realização das audiências de custódia, com o comparecimento do custodiado perante a autoridade judiciária competente em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contados do momento da prisão⁷⁴; (b) ordenou que o saldo acumulado do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) não sofresse contingenciamento da União, obrigando a liberação do saldo para a sua finalística utilização; (c) determinou que tanto a União quanto os Estados-membros da federação encaminhem ao STF informações sobre a sua situação prisional.

Pode-se dizer que acertado foi o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no que se refere à superpopulação carcerária no Brasil. A superlotação dos presídios, aqui, tem natureza estrutural e sistêmica. *Estrutural* porque não é sazonal, extraordinária ou de caráter emergencial. A extrapolação do número de pessoas custodiadas nos presídios brasileiros é um reflexo do crônico mal funcionamento do sistema penitenciário (além de não haver políticas públicas contundentes no sentido de reduzir a população encarcerada, também não há qualquer prestação material do Estado no sentido de melhorar as condições de vida no cárcere). Pode-se dizer também que a inflação carcerária, no Brasil, assume natureza *sistêmica*, uma vez que é uma realidade conjuntural – e não pontual ou local. O Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Duque Estada Roig, concorda com tal assertiva:

Pautando-se por esses dois conceitos e verificando-se as notórias condições de encarceramento no Brasil, não há alternativa senão a de reconhecer que o quadro de superlotação em nosso país também possui natureza estrutural e sistêmica. Estrutural porque a superlotação se tornou, ao menos nas últimas décadas, a tônica de nosso sistema, evidenciando seu mau funcionamento crônico. Ao mesmo tempo, os poderes regularmente constituídos não oferecem medidas eficazes para o refreamento da superlotação, garantindo a melhoria das condições materiais do encarceramento. Sistêmica porque a superlotação no Brasil jamais foi pontual ou local, mas sim espraiada por todos os Estados da Federação (ROIG, 2017, p. 582-583).

Os problemas estruturais e sistêmicos do sistema carcerário brasileiro, sem

⁷⁴ Daniel Nicory do Prado bem observa que “as audiências de custódia não são uma condição suficiente para o objetivo de descarcerização afirmado no julgamento da ADPF 347, se não promover uma reforma mais ampla da cultura jurídica, mas é certo que sua realização é uma condição necessária precisamente para essa reforma” (PRADO, 2017, p. 29)

expectativa alguma de melhora, conduziram a um duradouro e caótico quadro de violações de direitos humanos e de direitos fundamentais dos presos suficiente para que a Suprema Corte nacional reconhecesse liminarmente o estado de coisas inconstitucional da situação penitenciária brasileira⁷⁵.

6.2 SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA: A “MOLA PROPULSORA” DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS

Diz-se – quase à unanimidade - que o maior problema enfrentado nos sistemas penitenciários em todo o mundo consiste na superlotação dos presídios. As informações estatísticas refletem essa amarga realidade: segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizado pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), constatou-se que o Brasil finalizou o ano de 2019 com uma população prisional de 773.151 pessoas (em cumprimento de todos os regimes). Apenas os presos custodiados em unidades prisionais - sem incluir aqueles que encontram-se custodiados em delegacias - totalizam 758.676 pessoas. Concluiu o referido levantamento que o Brasil, à época, possuía um déficit de 312.125 vagas

⁷⁵ Fernanda Ravazzano (2017) chama a atenção da sociedade para o fato de que a ADPF n. 347 não pode constituir uma “decisão-álibi”, proferida para simbolizar a resolução das mazelas do sistema carcerário brasileiro. De acordo com a autora, existem muitas comarcas brasileiras que não possuem defensores públicos, e nessas comarcas “as prisões são feitas ainda hoje para a averiguação, em que se determina a incomunicabilidade do preso com esteio no artigo 21 do código de processo penal... e nos deparamos, novamente, com a grave falha estrutural do estado” (p.3). Em aguçada pontuação, Ravazzano mostra categoricamente a incongruência da medida cautelar concedida pelo STF na ADPF n. 347/2015 e a postura encarceradora na decisão da mesma Corte Suprema que, rasgando o texto constitucional, interpretou restritivamente o princípio da presunção de inocência ao permitir a execução provisória da pena quando a condenação for confirmada em segundo grau de jurisdição. A autora vê perigos na politização da magistratura: “O ativismo judicial é um cheque em branco dado ao Poder Judiciário diante das omissões do Poder Legislativo e Executivo. Ao invés de pugnarmos por uma atuação efetiva das demais esferas, autorizamos o judiciário a solucionar questões não previstas em lei, a aplicar livremente analogias, tudo em busca da malfadada “verdade real”. Ficamos ainda mais expostos ao entendimento do juiz no caso concreto, muitas vezes arbitrário, que interpreta a lei violando-a, ou cria regras diante de sua omissão” (p.2). No entanto, ousamos ponderar. O que ocorre, a bem da verdade, é a (errada) utilização político-partidária do Supremo Tribunal Federal – processo em que os próprios Ministros do STF participam consciente e deliberadamente - para realizar interesses de determinados grupos, ainda que a interpretação dada pela Corte à norma constitucional seja desfavorável aos interesses da coletividade. Os ideais sociais da Constituição deixam de ser levados em consideração e os valores nela insculpidos transformam-se em triste espectadores do seu próprio aviltamento. Esse é um perigo da politização da magistratura, realmente. Mas o honesto não pode pagar pelo pecador. Milhares de demandas de cunho coletivo e que envolvem políticas públicas são objetos de processos judiciais em todo país, e em muitas delas a sociedade recebe coativamente do Judiciário o bem da vida pretendido (saúde, saneamento básico, educação etc.). Portanto, a judicialização não é o problema: o perigo reside na extrapolação dos limites da atuação judicial. Paracelso, médico e físico do século XVI, há muito concluiu que “a diferença entre o veneno e o antídoto é a dose”.

(DEPEN, 2020).

A inflação carcerária conduz insitivamente à violação de inúmeros direitos fundamentais relacionados à salvaguarda da dignidade humana. A insuficiência estrutural para acomodar elevada quantidade de pessoas é potente catalisador de mortes violentas dentro do cárcere, de promoção das mais diversas formas de violência, de estímulo à drogadição e à disseminação de variados tipos de doenças infectocontagiosas, assim como elimina exponencialmente o direito à privacidade⁷⁶.

Nesse sentido leciona Luciano Meneguetti Pereira:

Atualmente a superlotação tem constituído o maior fator de potencialização das violações de direitos humanos no interior dos presídios brasileiros, pois dá ensejo à motins, rebeliões e disputas entre facções criminosas, que acabam culminando em centenas de mortes violentas, além de ocasionar toda forma de violência (física, psíquica, moral, sexual) entre os presos, o vício em drogas e a proliferação de diversas doenças infecto-contagiosas, dentre outros males que têm atingido a população carcerária (2017, s/p).

No Brasil, a superlotação dos cárceres é fato estrutural e sistêmico gerador de violações a inúmeros direitos consagrados em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (tanto no âmbito global quanto regional), na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na legislação ordinária nacional.

No âmbito internacional (global), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) vaticina que “*Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*” (Artigo 5°); o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU, de forma idêntica, também proíbe a tortura e o tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. 7°).

No âmbito internacional (regional interamericano), a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê no Art. 5°(1) que “*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral*”, e o Art. 5°(2) amplia o tratamento da matéria ao dispor que “*Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o*

⁷⁶ Acerca da violação ao princípio da privacidade, Rodrigo Duque Estrada Roig bem sinaliza: “Soma-se a esses fatores a falta de privacidade produzida pela superlotação, pois, como esclarece, Marco Ruotolo, na presença dela é difícil pensar que o preso possa desenvolver sua personalidade no cárcere, em uma situação que já é, por si só, fortemente despersonalizante por causa da ruptura das esferas de autogestão do próprio corpo, do próprio tempo e da própria psique, ruptura que, estruturalmente, se manifesta na desagregação das barreiras que habitualmente separam as três esferas de vida fundamentais, quais sejam, o dormir, divertir-se e trabalhar em locais diversos e com companhias diversas” (ROIG, 2017, p. 579).

respeito devido à dignidade inerente ao ser humano".

No plano doméstico-constitucional, a '*Lex Mater*' da República Brasileira de 1988 elege a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos republicanos (art. 1º, inciso III), exprime a vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III)⁷⁷ e assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX).

A integridade física e moral dos condenados é também alvo de tutela formal do Estado por parte da Lei de Execução Penal (art. 40) e das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil (Resolução nº 14/1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça).

A superlotação representa, ainda, cristalina violação a inúmeros outros dispositivos da Lei de Execução Penal:

Tendo como norte exatamente a necessidade de respeito à dignidade humana é que a Lei de Execução Penal brasileira estabeleceu que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade (art. 85) e que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88, *caput*), sendo um dos requisitos básicos da unidade celular a área mínima de 6m² (art. 88), demonstrando que **a superlotação se opõe à própria legalidade** (ROIG, 2017, p. 579, grifo nosso).

Com efeito, pode-se concluir que o encarceramento massivo em espaços reduzidos é fato que, por si só, induz à violação ao princípio da humanidade das penas, segundo o qual ninguém pode ser submetido à tortura nem a pena ou tratamento desumano ou degradante. Executada a pena nessas condições, o Estado brasileiro revela-se incapaz de punir com dignidade e ressocializar o indivíduo com vistas à sua reinserção saudável no meio social.

A politização da magistratura, em situações como a do sistema carcerário brasileiro, é algo impossível de evitar⁷⁸. A judicialização das políticas públicas representa a guarda da Constituição contra condutas omissivas ou comissivas (insuficientes) dos demais Poderes, notadamente num contexto de crise do Estado Social. As promessas constitucionais decorrentes do *Welfare State* devem ser cumpridas, ainda que custem altas cifras.

⁷⁷ "(...) fato é que a detenção do ser humano em ambientes de reduzido espaço implica restrição física de movimento, decaimento das condições de saúde e higiene, angústia e tensão crescentes. Em suma: tratamento desumano e degradante" (ROIG, 2017, p. 579).

⁷⁸ "A politização da magistratura é expressão de um aumento das possibilidades de escolha e decisão e não de um processo de contestação ou negação da legalidade" (CAMPILONGO, 2011, p. 58).

Num contexto de crise do Estado social, o Judiciário ganha uma função especial de guardião da legalidade e da moralidade das eleições e do controle das políticas públicas. Seu papel para o aprofundamento da democracia tem essas duas dimensões básicas: de um lado, garantir a plena eficácia dos programas de ação social do Estado. O desrespeito de um ou outro conjunto de regras implica violação de direitos subjetivos de natureza pública. Sua tutela judicial não é simples nem rotinizada. Entretanto, sem essa atuação do Judiciário a democracia corre sérios riscos. **Essa é a função política do Judiciário: promover o acoplamento estrutural entre a política e o direito por intermédio da aplicação da Constituição** (CAMPILONGO, 2011, p. 106). Grifos adotados.

Os direitos fundamentais dos presos (cela individual, ambiente salubre, alimentação saudável, privacidade, proteção estatal etc.) estão presentes em normativas internacionais e domésticas. Para além, representam tais direitos uma emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que até mesmo para exercer o seu “jus puniendi” o Estado está obrigado a assegurar que a pena inflija o mínimo de dor possível.

Infelizmente, pulula no senso comum a ideia de que o cárcere deve ser um mar de sofrimentos atroz. Olvida-se que a dor resultante da retribuição punitiva somente pode ser aquela inexoravelmente relacionada com a privação da liberdade. A popularização da ideia de *less eligibility*, somada à “morte civil” do apenado, transformam as prestações estatais relativas à dignidade do preso em custos desnecessários para o Estado, sem reflexos eleitorais “interessantes”.

Muito conveniente para a classe política – em termos de popularidade - criminalizar toda e qualquer conduta que represente os anseios do senso comum (o que se faz em nítida afronta aos princípios da ‘ultima ratio’, da fragmentariedade e da subsidiariedade da tutela penal); e com o apoio irrestrito da mídia, transformam os apenados em “inimigos da sociedade”. Também não se pode olvidar que a fase da execução penal é aquela em que a atividade administrativa se faz mais pujante e o acesso à atuação jurisdicional fica muito mais restrita. O “caldeirão” está formado: milhares de pessoas amontoadas indignamente em cárceres sub-humanos, com dificuldades de acesso ao Judiciário; a sociedade civil, induzida pela *mass media*, rogando por mais sofrimento; a classe política, por seu turno, prometendo resolver o problema da criminalidade com a inclusão diuturna de tipos penais na legislação.

Percebe-se com clareza meridiana que o interesse da classe política está longe de ser a materialização dos direitos fundamentais dos encarcerados. A exclusão é mais barata do que a reinserção na sociedade. Segundo Zygmunt Bauman (1998, p.

24-25),

Se a remoção do refugo se mostra menos dispendiosa do que a reciclagem do refugo, deve ser-lhe dada a prioridade. Se é mais barato excluir e encarcerar os consumidores falhos para evitar-lhes o mal, é preferível ao restabelecimento de seu status de consumidores através de uma previdente política de emprego conjugada com provisões ramificadas de previdência.

Reinsere um apenado com êxito no seio social representa adotar posturas complexas e estruturais custosas. É um dos pré-requisitos para que o preso possa conquistar tal emancipação reside nas dignas condições dignas de existência dentro do cárcere em que se dará a execução da pena. Cadeias superlotadas jamais terão o condão de atingir a ressocialização do indivíduo, pois, ao mesmo tempo que favorecem condições aviltantes de existência e violências de toda ordem, impedem o trabalho individual de ressocialização (o sucesso ou fracasso do trabalho de ressocialização depende de uma intervenção multisetorial que envolva a família, o Estado e a sociedade; além disso, tal sucesso impescinde de atuação que leve em consideração as particularidades de cada indivíduo - pois cada ser é único, insubstituível e diferente dos demais, todos com o mesmo grau de dignidade -, o que se afigura inviável num contexto de superlotação).

O grau de vulnerabilidade das pessoas encarceradas é superlativo, uma vez que suas mais elementares necessidades dependem da intervenção estatal. Portanto, seus direitos fundamentais devem ser concretizados com a máxima efetividade possível.

O maior déficit de imunidade frente a violações dos direitos humanos e fundamentais dos presos permite concluir que a carência de recursos financeiros e orçamentários governamentais jamais servirá como escudo para que o Estado descumpra as normativas internacionais e domésticas relativas às condições dignas de vida no cárcere.⁷⁹

⁷⁹ "É fato que o encarceramento, além de retirar das pessoas presas grande parte de sua capacidade de autotutela, também estabelece em regra uma relação de dependência do indivíduo em relação ao Estado, notadamente para a satisfação das necessidades mais elementares daquele (alimentação, vestuário, remédios, proteção etc.). Mas ao contrário do que se imagina, tal relação de dependência não se confunde com subordinação. Ao invés, torna as pessoas presas carecedoras de mais tutela e segurança, especialmente porque não há mais espaço para a legitimação de um discurso hierárquico de supremacia estatal. Deste raciocínio surge a constatação de que a carência de tutela diferenciada, embora decorra da relação (não hierárquica) de responsabilidade do Estado sobre as pessoas encarceradas, também advém do fato de que estas apresentam maior déficit de imunidade (vulnerabilidade) perante atos tendencialmente atentatórios aos direitos humanos, uma vez que se encontram em situação de enclausuramento e de dificuldade de defesa ou de imediata evasão perante o abuso. (...). Por fim, no que tange à relação jurídica entre Estado e pessoa encarcerada, mostra-se

6.3 O PLS 736/2015: A TENTATIVA LEGISLATIVA DE FRAUDAR A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Congresso Nacional, atento às possíveis decisões que podem advir do julgamento do mérito da ADPF nº 347, buscou antecipar-se ao mérito do *decisum* em trâmite no STF e disciplinar/frustrar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional através de alterações nas Leis 9.882/99 e 13.105/2015.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, de 2015, de autoria do então Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), buscou: a) estruturar legalmente os cumulativos pressupostos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional; b) desenvolver solução dialógica e pactuada entre o Poder Público e os segmentos sociais interessados, o que se daria sob a supervisão do Judiciário através de inovador instituto denominado “Compromisso Significativo”; c) criar diretrizes que limitariam a atuação do Poder Judiciário na implementação/adoção de políticas públicas tendentes a materializar os direitos fundamentais violados (nesse ponto, as decisões do STF estariam expressamente limitadas à observância da disponibilidade financeira dos entes federados violadores).

O Projeto de Lei do Senado nº 736/2015 foi arquivado ao final da legislatura (21/12/2018), em virtude da aplicação do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF). Esse arquivamento deve ser comemorado, pois, caso vingasse o aludido PLS, o Poder Judiciário teria que travar ferrenha guerra contra o Legislativo e o Executivo a fim de concretizar os já distantes valores e ditames constitucionais.

A reserva do financeiramente possível não possui o condão de opor-se à concreção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo (sejam direitos individuais ou sociais). Com mais razão não pode a alegação de insuficiência de

ainda imprescindível enfatizar que **em hipótese alguma a falta de recursos pode ser usada como argumento para a violação de direitos humanos**. Aliás, é exatamente esse um dos princípios fundamentais que regem as Regras Penitenciárias Europeias: “as condições detentivas que violam direitos humanos do preso não podem ser justificadas pela falta de recursos” (art. 4º). **A Corte Europeia de Direitos Humanos, nesse sentido, já reiterou que independentemente dos motivos para a superlotação, cabe ao Governo Reclamado organizar o seu sistema penitenciário, de tal forma a garantir o respeito pela dignidade das pessoas presas, independentemente das dificuldades financeiras ou logísticas (Sukhovoy v. Rússia – 27 de março de 2008). A assertiva de que as condições detentivas que violam os direitos humanos do preso não podem ser justificadas pela falta de recursos nos remete, enfim, para uma importante conclusão: no confronto entre a proclamada “reserva do possível” e a tutela da dignidade humana, esta última deve sempre preponderar. Em outras palavras, não há espaço para transação – ou ponderação – se o que está em jogo é a violação de direitos humanos”** (ROIG, 2017, p. 585/586, grifo nosso).

recursos orçamentários funcionar como óbice ou empecilho para a manutenção do “estado de coisas inconstitucional” atinente à superlotação dos cárceres nacionais, uma vez que a maior vulnerabilidade da população carcerária reclama uma maior eficácia das normas de proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se à época do Estado liberal era pregado o mínimo intervencionismo como maneira de se propiciar a liberdade em seu grau máximo, do Estado Social é exigido uma postura distinta, notavelmente ativa. Esse é caminho para tornar realizável a igualdade material (justiça social).

Nesse íterim, o Poder Judiciário assumiu papel absolutamente relevante. De mera *bouche de la loi* (ideologia do *laissez faire*), foi alçado ao imprescindível papel de conformador dos valores constitucionais, “soldado de reserva” na implementação das políticas públicas, fato que o colocou em destaque ante as promessas não cumpridas do Estado Social.

O *Welfare State* e o desenvolvimento da economia de massa fizeram nascer uma nova dimensão de direitos (sociais e coletivos). Essa nova gama de direitos passou a ser incorporada nos textos constitucionais. Diferentemente do período oitocentista, as constituições do pós Segunda Grande Guerra Mundial foram dotadas de imperatividade (força normativa), e suas normas, ainda que programáticas, podiam ser exigidas perante os tribunais.

A necessidade de implementação das normas constitucionais e da legislação social dá início a um grande movimento de busca de acesso à justiça. Inicialmente, o movimento se dedicou a criar aparatos de auxílio aos hipossuficientes econômicos para vindicar seus direitos perante o Judiciário (primeira onda); após, em compasso com os novos direitos coletivos, o movimento de acesso à justiça buscou conferir representatividade às coletividades socialmente desorganizadas, possibilitando-lhes a adequada representação para que pudessem exercer seus direitos fragmentados (segunda onda). Essas duas ondas assoberbaram o Judiciário, gerando uma crise na efetividade e na celeridade das demandas. O desenvolvimento de soluções para essa crise representa a terceira onda renovatória de acesso à justiça.

A Defensoria Pública, dentro do contexto do movimento de acesso à justiça, insere-se na primeira onda renovatória. Mas não apenas com a função de prestar assistência *judiciária*. Sua função é a assistência *jurídica, integral e gratuita*, a todos aqueles que tiverem dificuldades em acessar seus direitos por alguma vulnerabilidade que não necessariamente econômica.

Paulatinamente, a Defensoria Pública, no Brasil, foi granjeando inserir-se nas

demais ondas renovatórias. Na tutela coletiva (segunda onda), adquiriu notável destaque sua legitimação para a propositura da ação civil coletiva e também a legitimação do Defensor Público-Geral Federal para propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Através da possibilidade de convocar audiências públicas, firmar acordos extrajudiciais com eficácia de título judicial, priorizar a mediação e a conciliação etc., a Defensoria vem logrando seu espaço na terceira onda renovatória, desjudicializando e desburocratizando o acesso do seu assistido (indivíduo ou classe) ao bem da vida pretendido.

Entretanto, a Defensoria ainda não conseguiu abarcar a tutela coletiva em sua plenitude. Ainda não foi dado o passo derradeiro para a finalização da segunda onda. Em que pese o art. 134 da CF lhe confira legitimação para atuar na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, o travamento do órgão à jurisdição constitucional – especificamente para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade – causa prejuízos de grande monta à população que necessita do órgão para participar do democrático processo de interpretação da Constituição. A ausência de legitimação impede, por exemplo, que a Defensoria atue em processos objetivos no intuito de expurgar normas e atos normativos veiculadores de políticas públicas violadoras de direitos fundamentais, por conta de vícios formais e/ou materiais.

O problema é ainda agravado porque a Defensoria Pública ainda não pode contar com uma estrutura orgânica capilarizada nesse país de dimensões continentais. O controle difuso-incidental somente consegue beneficiar aqueles que estão próximos das sedes Defensoriais. As atividades itinerantes, ainda que bem intencionadas, não tem a eficácia que se espera da Defensoria Pública, são simbólicas. Caminha-se para o não-cumprimento do mandamento imposto pela EC 80/2014, que impõe haja um defensor público por unidade jurisdicional até o dia 5 de junho de 2022. “Estado algum pode autoproclamar-se nem Social, nem Democrático, sem que esteja munido de instrumentos garantidores da inclusão social de seus membros” (VENTURI, 2007, p.97).

Peter Häberle (1997, p. 13) defende que a interpretação da Constituição deve ser plural: não deve focar apenas nas tarefas/objetivos da interpretação constitucional ou nos seus métodos. Esse enfoque tradicional conduz à um modelo de *sociedade fechada*, voltada à interpretação dos juízes. De acordo com o jurista alemão,

(...) ao processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os

cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Portanto, a aprovação da PEC 31/2017 – hoje tramitando como PEC n. 61/2019 na Câmara dos Deputados - é medida que se impõe, não somente pelo necessário tratamento isonômico entre as instituições que figuram na qualidade de essenciais à justiça. A Defensoria Pública representa uma pluralidade de grupos vulneráveis - geralmente marginalizados pela sociedade; com efeito, proporcionar à Defensoria a possibilidade de atuar como condutor do processo coletivo de controle de constitucionalidade equivale a reconhecer que tais grupos possuem voz e vez na sociedade aberta dos intérpretes da norma constitucional. A limitada participação do órgão como *amicus curiae* impõe a tais grupos restrições processuais de calado profundo, indo de encontro àquela regra constante no inciso VII do art. 4º da LC 80/1994, que institui como uma das funções da Defensoria Pública o dever “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”.

A tutela integral dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos somente se perfectibilizará quando o ordenamento jurídico nacional permitir à Defensoria Pública o manejo das ações de controle concentrado de constitucionalidade – que são espécies de ações coletivas. Afinal, a defesa integral dos interesses coletivos dos grupos vulneráveis presume a concessão de todo instrumental existente para o cumprimento da missão constitucional que foi definida pela Constituição Federal de 1988 à Defensoria Pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo**: para uma análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O direito processual coletivo e a proposta de reforma do sistema de ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor no Brasil. In: **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**, Vol 2, n. 3, set./2012.

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Ano 1. N.1, 2009. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As_acoes_Coletivas_Eo_Control>. Acesso em 22 de maio de 2020.

AZEVEDO, Júlio Camargo. **Prática Cível para a Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 2ª ed. São Paulo, Editora Martin Claret, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, 2006.

BICUDO, Hélio. **Por que investigar?** Disponível em: <<http://investigapreciso.incubadora.fapesp.br/portal/referencias/parecer>>. Acesso em: 8 de maio de 2020.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no

plano da realização do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Fabrícia da Fonseca Passos. Defensoria Pública: Modelo Constitucional de Assistência Jurídica. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Advocacia de Estado e Defensoria Pública – Funções Essenciais à Justiça**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** – Vol. 1. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 22 de maio de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 17 de outubro de 1969**.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> . Acesso em: 22 de maio de 2020.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 30 maio 2020

_____. Congresso Nacional. Estatuto da OAB. **Lei n.º 8906 de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 jul. 1994.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

_____. Ministério da Justiça. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: < <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf> > Acesso em 15 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm> Acesso em 20 de maio de 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. Altera

dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

Disponível em : <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em 11 maio de 2020.

_____. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.** Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm> Acesso em 10 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.** Altera o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11448.htm#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2011.448&text=LEI%20N%C2%BA%2011.448%2C%20DE%2015,sua%20propositura%20a%20Defensoria%20P%C3%BAblica.> Acesso em 10 maio de 2020.

_____. **Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009.** Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm> Acesso em 10 de maio de 2020.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil.** Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores> Acesso em 31 jan. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015.** Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Disponível em: <
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>> Acesso em 30 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581 de 10 de agosto de 2015.** Disponível em: <
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863995046/recurso-extraordinario-re-592581-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-863995056?ref=serp>> Acesso em 30 de maio de 2020.

_____. Ministério da Justiça. **Diagnóstico da Defensoria Pública**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/iv-diagnostico-defensoria-publica-brasil.pdf>> Acesso em: 20 set. 2019.

_____. **Lei nº 13.301 de 27 de junho de 2016**. Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika ; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301> Acesso em 10 de maio de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997.

_____. O conceito de Políticas Públicas em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde**: a visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpresso 1999.

_____. **Processo, Ideologias e sociedade**: Tradução e Notas do Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. Democracia e acesso à justiça. *In: Revista da EMERJ*, vol.1, n.1, 1998, p. 161-170.

CLEVÉ, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n.3, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1997.

CUNHA JÚNIOR., Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e APDF. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord). **Aspectos Polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

_____. **Ativismo Judicial e Concretização dos direitos fundamentais**. 2015, Disponível em: <https://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.#_ftn1 >. Acesso em dezembro de 2018.

_____. **Controle de Constitucionalidade e Acesso à Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-estado-constitucional-de-direito--um-suporte-axiologico-para-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.-por-dirley-da-cunha-junior>>. Acesso em 09/02/2019.

_____. A judicialização da política, a politização da Justiça e o papel do juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA**. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18274> Acesso em 15 de maio de 2020.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA BAHIA. **Defensoria ajuíza Ação Civil Pública para resguardar direito dos idosos**. Disponível em: <<https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/defensoria-ajuiza-acao-civil-publica-para-resguardar-direito-dos-idosos/>> Acesso em 10 de maio de 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Depen lança Infopen com dados de dezembro de 2019**. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019> > Acesso em 10 de setembro de 2020.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 17ª ed, Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

EL PAIS. **Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis.**

Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html Acesso em 10 de maio de 2020.

ESTEVEES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. **Princípios institucionais da Defensoria Pública.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 2002.

FENTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, Direitos Fundamentais e Ação Civil Pública.** 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. **A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais:** mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. Disponível em:

<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20616>. Acesso em 20 set 2019

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. IX sessão. Março de 2018. **Enunciado nº 666.** Disponível em: < http://www.danielort.com.br/wp-content/uploads/2018/05/IX_Forum_Permanente_de_Processualistas_C.pdf > Acesso em 05 mai 2020.

GALLIEZ, Paulo. **A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. **Princípios institucionais da Defensoria Pública.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995

GOMES, Gustavo de Mendonça. **Políticas Públicas no Estado Contemporâneo e Controle Jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2015.

GOMES Luis Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal. Parte Geral;** volume 2. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas. **CUSTOS VULNERABILIS:** A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

GONZÁLEZ, Pedro; ALVES, Cleber Francisco. **Defensoria Pública no século XXI:** novos horizontes e desafios. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpresso 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. **A era dos extremos: o breve século XX**. 2. ed. Companhia das Letras: 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

IPEA/ ANADEP . **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>> Acesso em: 20 set. 2019.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAURIS, Élide. **Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo**. Revista Crítica de Ciências Sociais, vol. 87, 2010.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

LIMA, Maria Cristina de Brito. Ações Coletivas. **Revista da EMERJ**, v.5, n.19, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Org.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva-IDP, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: 2008, Vol. VI.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 195-196).

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 204, out./dez. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n. 7.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único. 2ª ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Resolução AG/RES.2928** (XLVIII-O/18). Promoção e proteção dos direitos humanos. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/2406/Nota_Coordinacion_AIDDEF.pdf> Acesso em 03 mai 2020.

PAIVA, Caio. **EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública**. 2015, Consultor Jurídico (Conjur). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014-perfil-constitucional-defensoria-publica>. Acesso em: 14 de set. de 2020.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <file:///C:/Users/DELL/Downloads/472-1141-1-PB.pdf>. Acesso em 14 set de 2020.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Limites constitucionais à aplicação de novos critérios de interpretação no âmbito da jurisprudência constitucional. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 6, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

RASCOVSKI, Luiz. A Lei nº 11.445/2007 como instrumento de promoção dos direitos fundamentais através da efetivação do saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves . (Org.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. 1ed.São Paulo: Contracorrente, 2017.

RAVAZZANO, Fernanda Lopes Baqueiro. **O estado de coisas inconstitucional e a incoerência do STF**. Disponível em: <https://thomasbacellar.adv.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-incoerencia-do-stf/>. Acesso em 10 setembro de 2020.

REVISTA ÉPOCA. **Renda Média de mais da metade dos brasileiros é inferior a**

um salário mínimo. Disponível em < <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/10/renda-media-de-mais-da-metade-dos-brasileiros-e-inferior-um-salario-minimo.html> > Acesso em maio 2020.

ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais.** Florianópolis: Empório Modara, 2007.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica.** 3ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. **A Defensoria Pública e o controle da Constituição** – um novo degrau a ser superado. 2013. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20664/FRANKLYN_ROGER_ALVES_SILVA.pdf Acesso em 10 setembro de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Acesso à Justiça e Cidadania.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351> Acesso em 10 setembro de 2020

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 18. ed. São Paulo. Malheiros, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Notas essenciais sobre possíveis causas históricas do constitucionalismo brasileiro tardio.** Disponível em: < <http://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/download/2090/1774>>. Acesso em 10 setembro de 2020

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça.** Salvador: Dois de Julho, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direitos Humanos.** 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Núcleo de Estudos e

Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186).
Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 1º de junho de 2019

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ações coletivas** – provas e concursos: Aspectos processuais: Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: Ação civil pública: Ação popular: Mandado de Segurança Coletivo. Questões comentadas: Legislação pertinente. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.