

Concurso de Teses

**DEFENSORIA COMO METAGARANTIA: TRANSFORMANDO PROMESSAS
CONSTITUCIONAIS EM EFETIVIDADE**

1. Introdução

Ao tratar do direito fundamental do acesso à Justiça no ordenamento jurídico pátrio, a grande maioria dos compêndios de direito constitucional¹ mencionam apenas o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, positivado no art. 5º, XXXV, da CF 88, olvidando, porém, da necessária interpretação sistemática-teleológica do texto constitucional.

Buscando superar tal visão reducionista, parte-se aqui da tese de que, adotando uma leitura sistemática da nossa Constituição, o direito fundamental de acesso à Justiça é muito mais amplo, englobando, indubitavelmente, o igualmente fundamental direito à assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes, com o qual guarda íntima relação, inclusive em respeito aos demais princípios constitucionais pertinentes.

Aqui se insere a importância do perfil institucional que a Defensoria Pública vem assumindo no âmbito do direito de acesso à Justiça, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, CF), com a incumbência de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, atuando como imprescindível instrumento constitucional² para a garantia daquele e de outros direitos fundamentais e sendo, ela própria, verdadeiro direito fundamental institucional³.

¹ Nesse sentido, exemplificadamente, CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 676, LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 698 e SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 430.

² Expressão de José Augusto Garcia de Sousa, **O Destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública**. Revista de Direito do Estado, nº 14, abr./jun. 2009.

³ Conforme será visto, tal reconhecimento impõe-se a partir de uma leitura teleológico-sistemática do texto constitucional, guardando íntima conexão com o sentido que será aqui desenvolvido do direito de acesso à Justiça, sendo inúmeras as consequências práticas daí advindas. Nesse sentido, com maior aprofundamento, remetemos o leitor a outro artigo de nossa autoria, intitulado "A Defensoria

Eis o escopo do presente trabalho, pretendendo-se investigar esse novo perfil institucional da Defensoria Pública enquanto metagarantia para a transformação das promessas constitucionais em efetividade, sempre à luz do direito fundamental de acesso à Justiça, considerado em sua máxima extensão, *conditio sine qua non* para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, CF88).

2. A Defensoria Pública enquanto metagarantia

2.1 Premissas teóricas acerca dos Direitos Fundamentais

Consoante já assinalado, apesar da visão anacrônica de muitos dos nossos doutrinadores, não se sustenta mais qualquer visão reducionista que fundamente o direito de acesso à Justiça tão somente em seu aspecto formal de acesso ao Poder Judiciário, fincado no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF88).

Com efeito, a hodierna preocupação da doutrina pátria com a máxima efetivação dos direitos constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais⁴, torna imperiosa uma análise das normas da Constituição não de forma isolada, mas em sua plena potencialidade, consideradas em conjunto, a partir de uma leitura teleológico-sistemática de todo o contexto constitucional.

É nesse sentido que autores como Juarez Freitas⁵ reconhecem a necessidade de se interpretar os comandos constitucionais de forma sistemática e

Pública enquanto direito fundamental institucional: releitura da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro”, disponível em <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=17278>.

⁴ No que se destaca o postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais, desenvolvido entre nós, principalmente, por Ingo Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 381.

⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

hierarquizada, buscando dar cumprimento aos objetivos constitucionais plasmados no texto constitucional.

Não se admite mais, pois, qualquer leitura constitucional que não leve em consideração os objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º da Constituição Federal, bem como os princípios e regras que exsurgem dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição, entendidos de forma conjunta e sistemática.

Nessa mesma perspectiva, importa considerar o aporte doutrinário de Ingo Sarlet, para quem os direitos fundamentais integram “um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”⁶, e que, acompanhados dos princípios fundamentais (art. 1º ao 4º da CF88), formam o núcleo essencial da Constituição material⁷.

Trata-se do novo papel que vem sendo atribuído pela doutrina e jurisprudência pátria aos direitos fundamentais, considerados para além da sua concepção tradicional de direitos de defesa do cidadão e limites da atuação estatal, consagrando o seu caráter de fundamento axiológico de todo o ordenamento jurídico, traduzindo as escolhas valorativas fundantes de uma determinada comunidade jurídica⁸ e estabelecendo os parâmetros de qualquer processo válido de aplicação do Direito, ou, utilizando-se da expressão de Lênio Streck⁹, qualquer resposta constitucionalmente adequada.

⁶ Ingo Sarlet, Op. Cit., p. 60.

⁷ Ibid. p. 96.

⁸ SARMENTO, Daniel. **A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 254.

⁹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

É nesse sentido que se impõe “aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”¹⁰, entendimento que se aplica não apenas ao Estado, mas também à todos os demais intérpretes constitucionais¹¹, todos imbuídos do efeito vinculante inerente ao art. 5º, §1º da Carta Magna¹².

Advém daí a obrigação de não apenas respeitar os direitos fundamentais, como também protegê-los e promovê-los, pelo que não se sustenta qualquer visão reducionista que não reconheça a determinado direito fundamental a máxima amplitude possível, olvidando de seu caráter de elemento essencial, legitimador e fundante de todo o ordenamento jurídico.

No caso do direito fundamental de acesso à Justiça, tal caráter é ainda mais evidente, tendo em vista sua especial natureza de garantia fundamental para o exercício dos demais direitos, bem como para o cumprimento dos objetivos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, como se defenderá no próximo tópico.

2.2 Novo alcance do Direito Fundamental de acesso à Justiça

Fixadas as premissas supra, verifica-se que, no que tange especificamente ao direito fundamental de acesso à Justiça, não pode o mesmo ser lido apartado dos demais direitos e garantias fundamentais, da sua necessária maximização, bem como dos objetivos fundamentais da Constituição.

Importa, portanto, considerar o mencionado direito para além do mero acesso formal ao Poder Judiciário, almejando garantir não o acesso capenga a qualquer

¹⁰ Ibid. p. 268.

¹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹² Sobre o alcance do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, ver SARLET, Ingo W. Op. Cit., p. 375.

justiça, mas sim o acesso à uma ordem jurídica justa, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe, que assim ensina:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.¹³

Nesse mesmo sentido é o ensinamento da doutrina estrangeira, como se verifica nos seguintes ensinamentos¹⁴:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

É justamente almejando produzir tais resultados que o direito de acesso à Justiça deve ser contextualizado de forma sistemática e conjugada com os demais direitos fundamentais, servindo de instrumento para a consecução dos objetivos fundamentais expressos no texto constitucional, bem como para a proteção e promoção dos direitos fundamentais conjuntamente considerados.

Assim, observe-se que o direito de acesso à Justiça, muito mais do que um direito, serve ao ordenamento jurídico na qualidade de garantia fundamental, ou seja, atua como verdadeiro instrumento constitucional para a garantia dos demais direitos constitucionalmente previstos.

Há quem, inclusive, elenque o acesso à Justiça na esfera do núcleo essencial do princípio da dignidade humana¹⁵, juntamente com o direito à educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados, sendo estes três

¹³ WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**, in **Participação e Processo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.8.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

últimos de índole material e o acesso à Justiça de índole instrumental para a consecução daqueles.

Com efeito, de nada adiantaria prever direitos se, no mesmo passo, não se estabelecesse mecanismos suficientes para se garantir tais direitos, pelo que o acesso à Justiça deve ser entendido como garantia fundamental instrumental, sem a qual os direitos fundamentais não atingiriam sua finalidade de proteger e promover a dignidade humana.

Destarte, só é possível identificar o real alcance do direito fundamental de acesso à Justiça quando se considera o mesmo para além do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, sendo dever do Estado promovê-lo de forma efetiva para todos os cidadãos, na qualidade de garantia para o exercício dos outros direitos que é.

Com esse desiderato, importa trazer à tona outro dispositivo de direito fundamental estreitamente relacionado com o direito de acesso à Justiça, qual seja, o direito a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF88), a ser executado pela Defensoria Pública, na qualidade de instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, CF88).

Indubitável, portanto, a imprescindibilidade da instituição para a efetiva promoção do direito de acesso à Justiça, sendo ela mesma também uma garantia fundamental, razão pela qual se conclui pela correlação entre ambas as garantias, tema do próximo tópico.

2.3 O direito de acesso à Justiça e a jusfundamentabilidade da Defensoria Pública

Como destacado, a essencialidade da Defensoria Pública decorre expressamente do texto constitucional, na dicção do art. 134 da Carta Magna. Sua jusfundamentabilidade, porém, é muito mais profunda, estando indissociavelmente ligada ao direito fundamental de acesso à Justiça.

De fato, da mesma forma que o direito de acesso à Justiça é uma garantia fundamental para o exercício de outros direitos fundamentais, conforme ressaltado supra, a Defensoria Pública é verdadeira garantia institucional fundamental para o exercício daquele direito em toda sua amplitude.

Cumprido transcrever breve conceito de garantia institucional, utilizando-se das lições de Paulo Bonavides, para quem:

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.¹⁶

No caso da Defensoria Pública, a importância da instituição que justifica sua qualificação de garantia institucional, para além da essencialidade expressamente atribuída, é imperativo lógico da já mencionada correlação entre ela e o direito fundamental de acesso à Justiça.

Deveras, a partir do momento em que se reconhece o direito de acesso à Justiça para além do acesso formal ao Poder Judiciário, correlacionando-o ao igualmente fundamental direito à assistência jurídica integral e gratuita, imperioso é o reconhecimento do mesmo status de garantia fundamental à instituição incumbida

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 537.

pela Constituição de colocá-lo em prática, visto que instrumento constitucional para aquele fim.

Reforçando a tese, vale frisar o entendimento amplamente dominante da doutrina e jurisprudência pátria¹⁷ segundo o qual, utilizando-se de um conceito material de direitos e garantias fundamentais, estes englobam não apenas aqueles constantes do Título II da Carta Magna, mas também aqueles que, “por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”¹⁸.

É justamente o que se dá com a Defensoria Pública, cuja importância (essencialidade) é expressamente reconhecida no texto constitucional, além de estar estritamente vinculada, através de uma relação de fundamentação, ao direito à assistência jurídica e, em última análise, ao direito de acesso à Justiça.

Nesse sentido, a fundamentalidade da Defensoria Pública se enquadra também no conceito de norma de direito fundamental atribuída, sendo estas aquelas que, nas lições de Robert Alexy¹⁹, possuem uma relação de refinamento com as normas expressamente positivadas, guardando com elas uma relação de fundamentação, utilizando-se do critério da correta fundamentação referida a direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, ser a Defensoria Pública verdadeira metagarantia, ou seja, uma garantia das garantias, tendo a incumbência constitucional de atuar na promoção dos direitos fundamentais, o que vai muito além da mera assistência judicial dos hipossuficientes, como se verá no próximo tópico.

¹⁷ Como reconhecido pelo STF no julgamento da ADI 939-7/DF, aonde se entendeu que a garantia do art. 150, III, “b” da Constituição Federal é uma garantia fundamental, gozando do status de cláusula pétreia

¹⁸ SARLET, Ingo W. **Op. Cit.**, p. 91.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 74.

2.4 O papel da Defensoria Pública enquanto metagarantia

Enquanto metagarantia, o papel da Defensoria Pública vai muito além da assistência judicial, sendo que um dos principais avanços concedidos à instituição na nova roupagem constitucional se refere justamente à expansão de suas finalidades, que englobam a “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” (art. 134 da Constituição Federal).

No plano infraconstitucional, a Lei Complementar 132/09 também concede, em seu art. 4º, diversas atribuições à Defensoria Pública que bem destacam seu papel na efetivação dos direitos fundamentais, merecendo menção a difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (inciso III), a representação aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos (inciso VI), promoção de Ação Civil Pública (inciso VII), e, sobretudo, 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 (inciso X).

No ponto, cumpre destacar o rotineiro descumprimento dos direitos fundamentais por parte do Poder Público, sendo certo que, passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da nossa Constituição, ainda é bastante considerável a distância entre as promessas emancipatórias do texto constitucional e a realidade cotidiana de milhões de brasileiros, relegados a uma condição de vida bem abaixo de qualquer conceito que se tenha de dignidade humana.

Neste cenário, imenso é o campo de atuação possível da Defensoria Pública, cabendo-lhe justamente ser um agente de transformação social, utilizando-se de todos os instrumentos cabíveis, e sendo ela mesma um instrumento, para transformar as promessas constitucionais em efetividade, sobretudo em um ambiente de extrema exclusão social.

3. Conclusão

Em conclusão, pode-se afirmar que o direito fundamental de acesso à Justiça transcende seu aspecto meramente formal, devendo ser visualizado materialmente, pela leitura conjunta do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional com o direito à assistência judiciária, englobando aí o direito de acesso a uma ordem jurídica justa.

Neste diapasão, o papel reservado à Defensoria Pública no atual contexto constitucional também transcende qualquer perspectiva limitativa acerca de suas atribuições, representando ela, na verdade, uma metagarantia, enquanto instrumento para a efetivação dos demais direitos fundamentais.

Em tempos de crise de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo quando estes são visualizados não apenas como direitos de defesa do cidadão em face do Estado, mas também como direitos a uma efetiva proteção e promoção estatal, em atendimento ao princípio da dignidade humana em todas as suas vertentes, importa relevar a importância da Defensoria Pública, justamente como instrumento para a garantia da promoção dos direitos fundamentais para aqueles historicamente marginalizados, representando verdadeiramente a voz e a vez dos excluídos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do** . 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

GIUDICELLI, Gustavo. **A Defensoria Pública Enquanto Garantia Fundamental Institucional - Releitura do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=17278>.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SOUSA, José Augusto Garcia. **O Destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública**. *Revista de Direito do Estado*, nº 14, abr./jun. 2009.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**, in **Participação e Processo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.