

.....

Acesso ao Direito, processo constitucional e Defensoria Pública – interseções

Vinícius Diniz Monteiro de Barros*

1. Introdução

Sob diversos prismas é possível avaliar o complexo tema do acesso ao Direito na sociedade brasileira contemporânea, dita pós-moderna¹. À exaustão discutem-se os problemas da motivação das decisões jurisdicionais², enfoca-se a primazia do contraditório sobre a vetusta qualificação do processo como relação jurídica³, alerta-se para a adequação democrática do modelo constitucional de processo⁴ e, quase em uníssono,

* Defensor Público da União em Belo Horizonte.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2004. P. 303 e ss.

² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Argumentação Jurídica e Decisionismo*. in SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. 2003. p 522 e ss.

³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1992. esp. P. 78 e ss., 115 e ss.

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Processo Constitucional*. In *Revista da Faculdade Mineira de Direito* – v. 1, n. 1 (Jan.

identifica-se a crise de efetividade da Constituição do Brasil⁵.

Alguns autores se valem da expressão “acesso à Justiça”, para designar a conseqüência necessária do princípio constitutivo do Processo expresso no art. 5., XXXV, da CRFB. Dois motivos, porém, impedem que se faça uso da apontada expressão no presente escorço. O primeiro é a equivocidade semântica do vocábulo Justiça, que ocasiona mais confusão do que esclarecimento no debate científico, mormente se, por meio dele, se presume equiparar, em metáfora de grande infelicidade, Órgão (ou Função) Judiciário(a) e Justiça onírica.⁶ O segundo repousa na adequação democrática objetivável daqueloutra “acesso ao Direito”, incorporada por diplomas normativos contemporâneos paradigmáticos, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 13 de dezembro de 2007, com valor jurídico fundante da Comunidade transnacional no Velho Continente.⁷

Assim, o acesso ao Direito representa pano de fundo com inegável valia para a percepção da distância ainda existente entre as aspirações constitucionais acerca de uma sociedade brasileira democraticamente constituída – decantadas em verso e prosa na seara acadêmica –, de um lado, e o objeto real sobre o qual incidem tais aspirações – a própria sociedade brasileira, que lida, em pleno século XXI, com problemas do teor de epidemias de

– jun. 1998).

⁵ STRECK, Lênio Luiz. Os Meios e Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição Brasileira. P. 249 e ss.

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2008. 7. ed. Rev. e atual. p. 68.

⁷ TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). Constituição e Processo – a Contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro

cólera e dengue, no âmbito da saúde pública, por exemplo –, de outro. Nesse contexto, bastante pertinente e lúcida a comparação da situação social brasileira a um ornitorrinco, revivida por SAMPAIO:

É um monstro sem o ser. É o domínio do contraste e do que não era para ser (assim). Algo como um país do agrobusiness, mas com fome no campo; (...) um sistema econômico financeirizado à custa da dívida pública (e social) em detrimento de empréstimos aos setores produtivos.

(...) Também na política ele (o bicho) é um projeto de pólis sem civitas, de uma política como vazio da plebe e o domínio da elite técnico-financeira que alimenta o ornitorrinco econômico. (...)⁸

Esse estado de coisas, a que se costuma denominar crise, longe de condenar os estudiosos ao desânimo, precisa ser antes compreendido como uma inerência da condição humana na sociedade moderna. Em outras palavras, com o advento da Modernidade e o conseqüente abandono da compreensão monológica de vida, ditada pela Igreja, colocou-se o indivíduo no centro das atenções do pensamento humano, em evidente abandono das noções de comunidade, estabilidade e homogeneidade sociais, majoritárias e irrenunciáveis até a época das Iluminuras. Os conflitos entre as percepções individuais de mundo deixam de ocupar uma posição extraordinária, marginal ou herética no seio social, para se tornar o que de ordinário se desprende da convivência humana. Ainda em pauta o brocardo *ubi homo ibi societas*, vê-se que as relações humanas, entendidas como pressuposto da sobrevivência da espécie, merecem, a partir dos influxos modernos, releitura. Esclarece, a respeito,

⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Introdução. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Quinze Anos de Constituição. 2004. P. 5.

CARVALHO NETTO:

*Devemos ter presente que vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar, racionalmente, com os riscos da sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta da sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade.*⁹

Em vez de desânimo, portanto, o reconhecimento dos abismos entre o ser e o dever-ser do Direito Constitucional gera a própria matéria-prima a ser transformada pelos juristas, em prol da construção permanente do Estado Democrático de Direito, que não é um ponto de chegada, mas um infundável devir, um permanente caminhar. CATTONI DE OLIVEIRA é enfático quando ensina:

*(...) Não há, de modo algum, que isentar os operadores jurídicos de sua responsabilidade na realização do projeto constitucional-democrático entre nós. (...) Não podemos nos iludir. A Constituição da República é desafiada a cada decisão que se tome neste País, pois cada decisão pode ser uma reafirmação do projeto que ela vem trazer, ou representar a continuidade de práticas sociais incompatíveis com tal projeto constitucional democrático.*¹⁰

⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Crise e Desafios da Constituição. P. 281-282.

¹⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Argumentação Jurídica e

Nem as críticas acerbas ao texto constitucional, nem a sua entronização ou divinização no cenário institucional brasileiro representam posturas consentâneas com a perspectiva vigente sob o paradigma do Estado Democrático Direito, bem delineada na necessidade de os cidadãos, devidamente engajados, promoverem um permanente constituir. Desse modo, não cabe sustentar a dicotomia entre o ideal e o real, como se expressassem estados inconciliáveis da sociedade, porquanto, a rigor, a noção de ideal defluiu, nos esforços da razão, de um contexto real, ou concretamente condicionado. Em suma, ideal e real condicionam-se mutuamente nesta empreitada de um constante constituir. Logo, deixa-se de lado a abordagem do ideal como algo transcendental, a bem da possibilidade de crítica profícua à realidade, com vistas, mesmo, a transformá-la.

É preciso explorar as tensões existentes nas práticas jurídicas cotidianas e reconstruir, de forma adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, os fragmentos de uma racionalidade normativa já presente e vigente nas próprias realidades sociais e políticas, pois é exatamente essa dimensão de idealidade destranscendentalizada que torna, inclusive, passível de crítica uma realidade excludente.¹¹

À evidência, o texto ou a Constituição jurídica não se reduz a mera folha de papel, sujeita, por completo, às vicissitudes de uma Constituição real¹², mas, outrossim, não pode ser tido como

Decisionismo. In SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (coord). *Op. cit.* 2003. P 542-543.

¹¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (coord). *Quinze Anos de Constituição.* 2004. p. 140-141.

¹² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1991. p. 9 e 11, esp. o trecho: “A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria

o último estágio do desenvolvimento da sociedade que visa reger, ou o termo final da evolução social em um dado lugar. A primeira idéia enseja a desconsideração total da normatividade constitucional, subjugando o texto a um contexto histórico inexorável, invencível e determinante; enquanto a segunda fada-se à frustração, por atribuir ao texto carga excessiva de expectativas nem sempre realizáveis, de pronto, pelos preceptivos escritos, como que colocados em um papel a-histórico, auto-suficiente e, figurativamente, mágico.

Ao afastar de seu mister esses extremos interpretativos (o texto como nada e o texto como tudo), o jurista coloca-se em posição privilegiada para rechaçar os ataques infundados contra a Constituição, que pretendem deslegitimá-la com questionamentos de toda estirpe, desde o processo formal de sua elaboração¹³, perpassando a redação do texto¹⁴, até a defasagem ideológico-estrutural frente a uma cena internacional de globalização, notadamente econômica e pretensamente inarredável¹⁵. Tal postura hostil radica em porquês que fogem, em princípio, à apreciação do presente artigo. Por agora, interessa saber que contra essa “má-vontade de Constituição”¹⁶ levantam-se as mais abalizadas vozes doutrinárias.

A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante na nossa história, de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido, de um projeto que é muito

negação da Constituição jurídica.”

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e Prática do Poder Constituinte. Como Legitimar ou Desconstruir 1988 – 15 anos depois. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Quinze Anos de Constituição. 2004. p. 32 e ss.

¹⁴ Idem. P. 49 e ss.

¹⁵ Ibidem. P. 52 e ss.

¹⁶ Ibidem. P. 59 e ss.

*anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo. Numa leitura reconstrutiva, a Constituição reafirma, mais uma vez, porque os reinterpreta, os grandes ideais de autonomia e de emancipação presentes nas grandes revoluções do século XVIII.*¹⁷

Isso visto, cumpre assinalar que o texto da Constituição de 1988, embora represente um marco histórico e cronológico de suma relevância, tem o lugar de um dentre vários elementos passíveis de análise no trato hermenêutico do Direito Constitucional. O efetivo constituir de uma sociedade demanda a inter-relação e a complementação de aspectos sociológicos, políticos e filosóficos, que esclareçam, informem e subsidiem os avanços sociais efetivos, lição a ser ainda memorizada pela maior parte dos juristas, nas palavras de CATTONI DE OLIVEIRA.

*(...) o Direito não é capaz por si só de transformar a realidade ou de transformar o mundo. (...) No máximo, no máximo, a Constituição pode promover mudanças na medida em que a Constituição constitua algo. Que ela seja o centro de mobilização ou de integração de uma sociedade, no sentido do desenvolvimento de um patriotismo constitucional. Mas daí a achar que a Constituição por ela mesma é capaz de transformar a realidade, ou que mais uma emenda constitucional vai resolver o problema da falta de efetividade da Constituição, isso é insistir num equívoco. No equívoco que contribui para mais frustração e para o agravamento do sentimento de fracasso constitucional.*¹⁸

¹⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.* 2004. P. 142.

¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*

Este trabalho toma de empréstimo, então, das noções acima delineadas os fundamentos epistemológicos para demonstrar, ao fim e ao cabo, a situação de inconstitucionalidade a que se submete o acesso ao Direito no Brasil. Tal situação diz respeito, de forma bem específica, à Defensoria Pública (art. 134 da CRFB), porque instituição de destaque contributivo para a construção do Estado Democrático de Direito, com todas as benesses daí decorrentes, em especial a proteção dos direitos fundamentais dos menos abastados.

A Instituição de que se trata, cuja função primaz é a inclusão jurídico-social dos que comprovem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CRFB), ainda não mereceu a análise e a efetivação constitucionais adequadas, conquanto já vintenário o texto constitucional. Propõe-se, ora, tangenciar essa análise. Afinal, a obra constitucional brasileira resta inacabada e carente de melhoramentos substantivos e, de preferência, expeditos, de sorte que não é hora, e talvez nunca seja, de “ir embora para casa, vestir o pijama e ver televisão”¹⁹.

2. Dois vetores epistemológicos

2.1. Processo Constitucional e a Indispensável Defesa

Fala-se em Processo Constitucional a partir da premissa segundo a qual o processo é meio discursivo e legitimador da proteção e fruição de direitos. Desde o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição em

2004. P. 146.

¹⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. Cit.* P. 147.

relação às demais normas positivas, torna-se claro que as principais disposições normativas atinentes ao processo encontram-se, explícitas ou implícitas, no texto constitucional. O núcleo dessas disposições consubstancia-se e, ao mesmo tempo, faz-se valer por intermédio do somatório de garantias²⁰, chamadas comumente de fundamentais, porque afirmam a segurança, combatem a incerteza, e formatam meios de defesa da própria Constituição (garantias *lato sensu*) e dos direitos subjetivos (garantia *stricto sensu*).²¹

O objeto de estudo do Processo Constitucional engloba as garantias constitucionais em combinação. De acordo com a combinação hermenêutica que se dê às garantias fundamentais, obtém-se uma síntese peculiar, ou um pensamento-base, do que venha a ser a situação jurídica mínima do Processo constitucionalmente razoável. Vale destacar, quanto ao tema, o escólio de BARACHO, para quem hão de comparecer na estrutura do Processo Constitucional as seguintes características:

(...) o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos tiverem tido a oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprios; se pôde apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados estiver composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais.

Essas condições, para o demandante e o

²⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. In Revista da Faculdade Mineira de Direito – v. 1, n. 1 (jan. – jun. 1998). P. 89.

²¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 2004. P. 532-533.

demandado, têm a denominação genérica de ter direito de estar um dia ante o Tribunal (his day in Court).²²

Nesse plexo básico de situações jurídicas a conformar o Processo Constitucional, destaca-se, para os fins deste ensaio, a tutela do direito de defesa, de proximidade umbilical com o direito ao contraditório²³. Ainda que não houvesse previsão expressa no texto da Constituição sobre o contraditório e a ampla defesa, a noção de processo justo (ou *due process of law*) não se perfaria sem essas prerrogativas elementares da atuação endoprocessual das partes.²⁴

A posição central ocupada pelo direito de defesa no âmbito do Processo Constitucional do Estado Democrático de Direito positiva-se na Constituição de 1988 como garantia fundamental em diversos trechos. Quando esse direito de defesa, imprescindível ao efetivo acesso ao direito, diz respeito aos economicamente menos favorecidos (art. 5º, LXXIV, da CRFB), desdobra-se na construção de uma instituição específica voltada, de maneira típica, à prestação de assistência jurídica, judicial ou extrajudicial, integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos (art. 134 da CRFB). Isso porque a Constituição do Brasil não só reconhece as diferenças sociais e a verdadeira dívida histórica carregada pela sociedade brasileira, como paramenta o Estado com instituições direcionadas a enfrentar e sobrepujar os abismos odiosos, mormente os de natureza econômica, que o Estado Democrático de Direito não pode homologar.

A Constituição brasileira de 1988 não só fala de exclusão, senão que se pronuncia contra ela,

²² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 89-90.

²³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2007. P. 290 e ss.

²⁴ *Idem.* P. 95

*principalmente nos Títulos que tratam dos princípios e dos direitos fundamentais, podendo revelar, portanto, diferentemente de um contraste entre ideal e real, inclusão e exclusão, uma tensão entre texto e contexto. Nessa leitura discursiva, reconstrutiva, pode-se, inclusive, virar o texto constitucional contra a exclusão que, ao contrário de se ancorar numa lei natural, como se não fosse, como disse, também uma construção histórica e social, na verdade permanece vinculada à pré-compreensão social e política, não problematizada, de intérpretes, especializados ou não, que vivenciam essa Constituição.*²⁵

O Processo Constitucional tem objetivo definido. Trata-se de “ampliar as possibilidades de efetividade dos direitos fundamentais em sua plenitude, sem qualquer restrição de ordem econômica ou social, bem como do direito de defesa.”²⁶ Entende-se, assim, que a Constituição, como fonte dos axiomas do Processo, volta-se à proteção dos direitos fundamentais que ela mesma consagra, de forma expressa ou reflexa, bem como daqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou, ainda, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, da CRFB). Nesse último caso, abre-se a ordem constitucional para o plano internacional, superando fronteiras, em intercâmbio civilizatório com outras comunidades jurídicas, na busca de “uma comunidade internacional digna desse nome”.²⁷

²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze Anos de Constituição. P. 141.

²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 98.

²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. In SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze Anos de Constituição. P. 410.

Enfim, mais do que conotação instrumental em face dos direitos subjetivos, o Processo Constitucional encerra verdadeira metodologia de proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, tutela o princípio da supremacia constitucional e, do topo do ordenamento jurídico, lança luzes sobre qualquer abordagem processual do Direito.²⁸

2.2. Abandono da Relação Jurídica e Fortalecimento do Contraditório

A figura da relação jurídica, colhida da Pandectística²⁹ do século XIX, embora tenha inspirado gerações de processualistas, não se presta mais a justificar o modelo de processo democrático.³⁰ Tal como importada do Direito Civil para o Direito Processual, sob a sombra do conceito de direito subjetivo³¹, a relação jurídica pressupõe vínculo entre os sujeitos, por meio do qual um pode exigir do outro determinada prestação.

*Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então seriam os sujeitos passivos da prestação.*³²

A noção de relação jurídica foi cunhada no auge

²⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 118-119

²⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 2006. P. 161-162.

³⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1992. esp. P. 100.

³¹ AMARAL, Francisco. *Op. cit.* P. 189-190

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.* P. 97.

histórico do individualismo, com a forma de “vínculo entre sujeitos, (...) que, mesmo quando dito de coordenação” – porque justificado, em sede de direito material, na autonomia da vontade, signo inconfundível da época – “expressava, apenas, momentos alternados de subjugação”³³. Eis a razão da impossibilidade de harmonização entre essa idéia, consubstanciada na prerrogativa de alguém sobre a conduta alheia sob a mediação do ínclito magistrado, e o contexto normativo de um Estado e de um Processo assentados em bases sólidas de liberdade. Subjugações recíprocas entre partes, de um lado, e juízes plenipotentes, de outro, em nada se relacionam com a democracia (ver nota 35, infra).

Evoluiu a Ciência do Processo para reavivar o conceito de procedimento. Antes mera forma, exteriorização inane do processo, simples encadeamento de atos, o procedimento ganha a qualificação substantiva de “seqüência de normas, atos e posições subjetivas”³⁴, que visa à formação de ato de caráter imperativo, o provimento. Cumpre admoestar, a propósito, que qualificar o procedimento como exteriorização do processo significa condenar o próprio processo a uma conformação insuscetível de testificação científica, transformando em qualquer coisa como um pressuposto incontroverso. Em outras palavras, não há como definir-se processo, salvo por uma inteligência superior e inacessível aos discursos democráticos, a partir da sua exteriorização procedimental. Vale lembrar, nesse ponto, a lição de LEAL, com remissões a FAZZALARI:

Entre os seguidores da escola instrumentalista e da relação jurídica (que não é jurídica, mas subjetivo-voluntarista), o “processo é essencialmente teleológico”, um instituto flutuante etéreo,

³³ Idem. P 98.

³⁴ Ibidem. P. 108.

ritualístico, sem qualquer vínculo lógico-jurídico, porque, ao dizerem que o processo é “modo” ou força que impulsiona os atos do procedimento perceptível, o processo seria imperceptível, esotérico e inefável, sequer teria, como a música, a mais abstrata das artes, um modo (maior ou menor) que se distingue pela alteração qualitativa dos intervalos. (...)

*Foi a necessidade de dessacralização dessa nociva e nebulosa mística processual que moveu Fazzalari a repensar o **Processo**, não mais como instrumento etéreo da jurisdição ou a serviço da atividade jurisdicional que, para os instrumentalistas, também tem escatologias redentoras, nas varas mágicas dos juízos, de concorrer para a paz social e a felicidade paradisíaca do homem pelo mito do juiz salvador, ético, irrepreensível, sábio, puro, vestal ou prodigamente justo e talentoso.³⁵*

À nova abordagem do tema ainda se une a reformulação do próprio conceito de direito subjetivo, visto “não (mais) como um poder sobre a conduta alheia, (...), mas como uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma.”³⁶ Somadas todas essas características, desloca-se, por conseguinte, da ação para o procedimento o foco de atenção do processualista. Haurida de mandamento constitucional expresso, situa-se a garantia do contraditório em patamar metodologicamente privilegiado, na medida em que assegura ao destinatário do provimento a oportunidade de participar na construção desse ato final do procedimento, dotado de coercibilidade e exigibilidade.³⁷ Nada mais democrático do que o destinatário do ato estatal participar de sua construção.

³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.* p. 93.

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.* P. 106.

³⁷ *Ibidem.* p. 119 e ss.

Um passo adiante, devem-se apontar os contornos firmes do que se entende por contraditório. Se as partes constroem, em conjunto com o magistrado, o provimento, o contraditório de que se cuida há de ser concreto, não apenas formal. Aliás, aqui repousa elemento inextricável da processualidade genuinamente democrática, e não só aparente, pois um simulacro de contraditório conduz à indesejável qualificação dos atos processuais como um teatro de mau gosto, e do Poder Judiciário, no máximo, como “uma legião burocratizada de virtuosos justiceiros de boa-vontade e de notório saber ou (...) um repressor magnânimo.”³⁸

O contraditório substancial e concreto garante a liberdade e a igualdade entre as partes no bojo do processo constitucional e democrático, de maneira tal que não se pode falar neste desvencilhado daquele. Tem-se em mira garantia constitucional irredutível (arts. 5º, LV, e 62, § 4º, IV, da CRFB), que visa, a título nuclear, prover e manter o equilíbrio de participação dos envolvidos no procedimento, futuros atingidos pelo provimento. A igualdade jaz transparente na expressão “participação paritária”, ou naqueloutra “paridade de armas”³⁹, ao passo que a liberdade decorre da submissão de cada participante aos ditames da lei, e não à vontade de outrem. Cumpre relembrar a lição de GONÇALVES sobre a essência da garantia constitucional em pauta:

O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação do direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo

³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de Processualidade Jurídica como Morte pelo Direito. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. N. 45/ Jul. – Dez. 2004. p. 405.

³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 94-95

possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia da simétrica paridade de participação no processo.⁴⁰

Vale reforçar: a palavra-chave da pós-modernidade democrática é participação. Ao Processo que se pretende democrático, objeto de estudo e consideração jurídicos, cabe assegurá-la e promovê-la, em especial no seio dos provimentos estatais. Quando atinente ao processo jurisdicional, destinado a formar, ao cabo, o provimento de nome sentença, a participação tem roupagem certa – o contraditório, alvo das principais preocupações hodiernas quanto à disciplina.

3 – Defensoria Pública

É certo que as análises supra, tangentes a temas que, pela complexidade, já consumiram, sem solução definitiva, rios de tinta, não dispõem da profundidade merecida, porém não perdem, por completo, sua utilidade. Servem, propositadamente, para problematizar a inconstitucionalidade do acesso ao direito no Brasil, em destaque quando concernente aos carentes de recursos financeiros.

O caráter propedêutico dos itens anteriores tem por escopo sustentar a afirmação da Defensoria Pública como garantidora do contraditório efetivo, no âmbito do real (e não

⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.* P. 127.

apenas formal) acesso ao direito, a parcela considerável da população brasileira, observada a metodologia do Processo Constitucional. Com isso, a Instituição veicula, na seara jurisdicional (e também fora dela), as pretensões de brasileiros freqüentemente excluídos das potencialidades da cidadania, promove a inclusão social em patente viés democrático e, enfim, abraça sua função republicana.

Pouco adianta proclamar direitos, se eles estão fadados a inexistir na prática, quer porque o Poder Legislativo recalitra em minudenciá-los, quer porque o Poder Judiciário deles não pode conhecer. É tão atentatório à efetividade da Constituição o enfraquecimento das instituições que provocam o Judiciário a concretizar direitos, quanto a teoria da programaticidade dos direitos fundamentais. Em desfavor da Constituição, a primeira atua no âmago da Jurisdição, enquanto a segunda, no espectro da Legislação. De toda sorte, mantêm desguarnecidos os direitos fundamentais, centro do ordenamento constitucional, ora desprestigiando uma Função Estatal, ora outra. Por isso, cumpre combater, com veemência, a prática deletéria dos poderes públicos que, de qualquer forma, impossibilita o exercício real dos direitos fundamentais.⁴¹

Quando a Constituição, em seu Título IV, enuncia as Funções Essenciais à Jurisdição, entre as quais a Defensoria Pública, vincula-as à própria validade da função jurisdicional do Estado. Por inferência, sem a Defensoria Pública, a Advocacia Pública ou Privada e o Ministério Público, descabe falar em Jurisdição. Na mesma esteira, a dilapidação institucional de qualquer dessas Funções Essenciais redundaria em igual consequência para a Jurisdição.

Mero passar d'olhos no texto constitucional revela que

⁴¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 124-125

o constituinte originário ofereceu tratamento detalhado, quase dedicado, a uma das Funções encontradas no Capítulo IV de seu Título IV, e não às demais. Que esse texto é produto, também, de um amontoado de “lobbies” vencedores na Assembléia Nacional Constituinte, muitos o sabem, embora nem todos o digam⁴². Como ressaltado alhures (cf. nota 17), tal constatação não tem o condão de macular a legitimidade da Constituição de 1988, nem sua importância na história republicana brasileira, porém explica, com substância histórica, o porquê do tratamento especial dado pelo texto da Constituição a uma instituição essencial à Jurisdição, posicionada estrategicamente⁴³ na citada Assembléia, em detrimento das outras. Aliás, frise-se, desde logo e a bem da Ciência, não ter sido o período pré-constituinte da década de 1980 o único em que vicejaram os “lobbies” políticos e institucionais, nem ser o Poder Executivo o único a agir perlocucionariamente.⁴⁴

Sobretudo, a consideração de que o texto representa apenas um, malgrado sua centralidade, dentre os elementos relevantes a serem considerados na hermenêutica de questões constitucionais estimula, a partir de premissas procedimentais, a sempre reler o texto em face do contexto. (cf. nota 25). E, sem temor de engano, impende asseverar que o contexto brasileiro exige a inclusão dos menos favorecidos, a extensão da cidadania a quem não a ostenta, tampouco a exercita, e, enfim, o fortalecimento de instituições incumbidas de semelhante mister.

No mesmo sentido, ao Estado Democrático de Direito

⁴² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Federação e Cidadania: 20 Anos. Palestra no Congresso Nacional de Direito Constitucional – 20 Anos de Constituição Cidadã. 9-10 de abril de 2008. Belo Horizonte – MG.

⁴³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas, Ação Estratégica e Controle de Constitucionalidade Brasileiro. In SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze Anos de Constituição. 2004. p. 219 e ss, esp. p. 235 a 237.

⁴⁴ Idem.

repugnam exercícios hermenêutico-constitucionais escabrosos, como o que, diante do tratamento dado pelo texto de 1988 às Funções Essenciais à Jurisdição, sustentasse, por exemplo em sede de Processo Penal, um, por assim dizer, “direito fundamental a ser processado penalmente por instituição bem estruturada”, e desconsiderasse ou relegasse a segundo plano um “direito fundamental a ser defendido, também no processo penal, por instituição igualmente bem estruturada”. A interpretação não pode conduzir ao absurdo.⁴⁵

Mesmo com poucas linhas a ela dedicadas no texto constitucional, a Defensoria Pública sobressai do contexto jurídico nacional como genuína garantia constitucional fundamental (art. 5º, LXXIV, combinado com art. 134 da CRFB). Não deve essa Instituição receber a carga de panacéia da nação, epíteto, aliás, que nenhuma instituição constitucional merece, embora não raras o almejem. A qualificação técnica da Defensoria Pública como garantia constitucional fundamental insere-a no desiderato republicano e democrático da Constituição do Brasil, sob os primados procedimentais da inclusão do outro e da tolerância; promove o acesso ao direito de quem em regra padece das mais elementares privações cívicas e fortalece as bases do Processo Constitucional, em direção à cidadania plena.⁴⁶

4. Conclusão

⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 2006

⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* p. 120-121, esp. o trecho “O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema. (...) As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade de direitos.”

Por tudo quanto exposto, o termo da análise ora proposta só pode ser a inconstitucionalidade da situação em que posta e mantida a instituição da Defensoria Pública no Brasil. Vários argumentos teóricos sustentam essa conclusão:

- o direito de defesa integra o rol das garantias fundamentais do indivíduo no plano do processo jurisdicional constitucionalmente adequado, em íntima relação com o exercício pleno do contraditório;
- a falta de condições econômicas de prover e sustentar demandas jurisdicionais não pode excluir o cidadão do gozo de seus direitos, em larga medida efetivado apenas por meio da jurisdição;
- sem defesa e contraditório, que coroam a participação do jurisdicionado na construção do provimento coativo e exigível de que será alvo, impensável o processo democrático concorde com a Constituição.
- atenta às discrepâncias sociais subjacentes ao Estado Democrático de Direito que visa constituir, a Constituição paramentou o Poder Público com instituição voltada, de modo primaz, à assistência jurídica, judicial ou extrajudicial, integral e gratuita, dos economicamente despojados, de forma típica, e dos juridicamente hipossuficientes, de forma atípica.
- a ausência ou o enfraquecimento da Defensoria Pública torna inviável a Jurisdição inclusiva dos menos favorecidos no espectro da cidadania, à proporção que diminuem a promoção e a extensão, via jurisdição, dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados a parcela significativa dos nacionais.

Aos claros apotegmas acima delineados somem-se alguns dados fáticos que beiram o surrealismo institucional. A diferença estrutural (desde servidores a instalações físicas), financeira, orçamentária e de prerrogativas em geral entre o Órgão Público Acusador e o Órgão Público Defensor, manietado e levado a efeito a partir do silêncio do texto de 1988 a respeito da Defensoria Pública, denota, em sede de processo penal, uma violação *a priori* à garantia do contraditório daquele cidadão que, desafortunado, depende da Instituição de Defesa. É verdade que o texto de 1988 não foi com esta tão pródigo como foi com os acusadores, mas onde o contexto?

O Estado Federado mais populoso do País, com o segundo maior Produto Interno Bruto da federação (inferior apenas ao da União), depois de uma vintena de anos da Constituição Cidadã, apenas iniciou a realização de concursos públicos para a formação do corpo de Defensores para lá atuar. Até então, a função estatal de defender os jurídica e economicamente hipossuficientes, extirpada pelo texto da Constituição do setor e da atuação privados, nos mesmos moldes em que ocorreu com o manejo da ação penal pública, era exercida, em parte, por Advogados, de regra recém-formados, mediante convênios com a seccional da OAB; em parte, por Advogados do Estado, a ensejar ininteligível confusão entre as Funções Essenciais à Jurisdição, atribuídas a carreiras distintas.

No plano federal, militam hoje cerca de 300 Defensores Públicos da União, enquanto a Advocacia da União conta com mais de 11.000 membros, divididos em três carreiras (Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Advogados da União). O cidadão que, hipossuficiente, se proponha a demandar, por exemplo em matéria previdenciária, contra a Entidade Autárquica responsável deve ter presente que

aderirá a verdadeira batalha de Xerxes, mas do lado dos espartanos. A inconstitucionalidade grassa, destarte, tanto na seara cível quanto na penal.

Não apenas críticas povoam o palco institucional da Defensoria Pública no Brasil. Alguns Estados federados, com destaque ao Rio de Janeiro, dão exemplo de maturação constitucional avançada da entidade, a cuja estruturação física, orçamentária e financeira já se seguiu maior visibilidade do serviço prestado, de sorte a informar e atrair a comunidade de potenciais assistidos às portas da instituição. Fala-se da genuína concreção do *Wille zur Verfassung*, ou vontade de Constituição, que não depende só da atuação dos órgãos de poder constituído, conquanto a pressuponha.

A Emenda à Constituição n. 45, de 8 de dezembro de 2004, alcinhada de Reforma do Judiciário, acresceu parágrafo segundo ao art. 134 da CRFB, reconhecendo autonomia funcional e administrativa, bem como iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais – primeiro passo de longa caminhada. Incompreensível a não-inclusão da Defensoria Pública da União no dispositivo. Projeto de Emenda à Constituição, de n. 487/2005, tramita no Congresso Nacional, com vistas a conferir, enfim (cf. nota 18), ao órgão de defesa prerrogativas iguais ao de acusação. Resistências ciclópicas interpõem-se à aprovação final do referido Projeto de Emenda. Ora, elas advêm de um Poder Executivo centralizador que recalitra em “abrir mão” de fatia do orçamento, como se a prestação de assistência jurídica aos necessitados consubstanciasse favor ou graça aos cidadãos. Outrora, os óbices, velados, partem das demais Funções Essenciais à Jurisdição, quer porque não convém perder a cena política de defensores (?) exclusivos, para não se dizer unguidos, da sociedade a partir do copioso texto de 1988, quer porque a defesa dos que

comprovem insuficiência de recursos mediante convênio com o Poder Executivo provê sustento, por vias transversas e inconstitucionais, a larga monta de filiados regularmente inscritos e adimplentes com suas obrigações corporativas pecuniárias.

E o ornitorrinco (cf. nota 8) mostra outra de suas faces impactantes! Cumpre, em resposta, renovar a vontade de Constituição, para que ela se confirme e reafirme a cada dia (cf. nota 10), também por intermédio da Defensoria Pública, no fomento de práticas democráticas destinadas a ampliar o efetivo acesso ao direito.

5. Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 6ª. Ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. In Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 2. n. 3 e 4. 1 e 2 sem. 1999. Belo Horizonte: PUC Minas. P. 89-154.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª. Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GALLIEZ, Paulo. **A Defensoria Pública, o Estado e a**

Cidadania. 3^a. Ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 1^a. Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)**, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Ausência de Processualidade Jurídica como Morte pelo Direito.** *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 45 / Jul. – Dez. 2004. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. P. 401-410.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 19^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 7. Ed. revist. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Federação e Cidadania: 20 Anos.** Palestra no Congresso Nacional de Direito Constitucional – 20 Anos de Constituição Cidadã. 9-10 de abril de 2008. Belo Horizonte – MG.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e Desafios da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. (coord.). **Quinze Anos de Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.