

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA  
*CAMPUS* DE SÃO MIGUEL DO OESTE  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO  
DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

ELAINE GRACIELE ROSSI

**O IMPACTO DA REGULAMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO  
ESTADO DE SANTA CATARINA, COMO GARANTIA DO ACESSO À  
JUSTIÇA**

SÃO MIGUEL DO OESTE

2012

ELAINE GRACIELE ROSSI

**O IMPACTO DA REGULAMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO  
ESTADO DE SANTA CATARINA, COMO GARANTIA DO ACESSO À  
JUSTIÇA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil, Área das Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Do Oeste De Santa Catarina, Campus De São Miguel Do Oeste, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Civil e Processual Civil.

Orientador: Prof. Mestre Everton Giovani da Rosa

SÃO MIGUEL DO OESTE

2012

ELAINE GRACIELE ROSSI

O IMPACTO DA REGULAMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO  
ESTADO DE SANTA CATARINA, COMO GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em  
Direito Civil e Processual Civil, Área das Ciências Sociais  
Aplicadas, da Universidade Do Oeste De Santa Catarina,  
Campus De São Miguel Do Oeste, como requisito parcial à  
obtenção do grau de Especialista em Direito Civil e  
Processual Civil.

Aprovada em ...../...../2012.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.

Universidade do Oeste de Santa Catarina, *Campus* de São  
Miguel do Oeste.

Nota Atribuída

---

Prof.

Universidade do Oeste de Santa Catarina, *Campus* de São  
Miguel do Oeste.

Nota Atribuída

---

Prof.

Universidade do Oeste de Santa Catarina, *Campus* de São  
Miguel do Oeste.

Nota Atribuída

Dedico este trabalho aos meus pais e as minhas irmãs, alicerce de tudo que sou, fonte das minhas forças e da minha inspiração.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelo dom da vida e pela força que me concedeu frente aos obstáculos cotidianos. Por ser meu companheiro diário, velando pelos meus sonhos, concedendo-me sempre o melhor de tudo que lhe peço. Obrigada Deus, e perdão pelas vezes que injustamente não te agradeço pelos dons recebidos.

Agradeço aos meus pais, Miraci e Elias, que nunca me deixaram desistir, proporcionando sempre o consolo, afeto e incentivo. Graças às forças recebidas e por ousarem sonhar por mim, hoje eu estou aqui. Meu sincero obrigado.

As minhas irmãs Eliandra e Elis, pelo sorriso de cada dia, pela companhia inesgotável, pelo companheirismo nessa caminhada de estudos, que Deus nos ilumine para que possamos ousar sempre mais, buscando concretizar nossos sonhos.

Cada dia que amanhece assemelha-se a uma página em branco, na qual gravamos os nossos pensamentos, ações e atitudes. Na essência, cada dia é a preparação de nosso próprio amanhã.

(Chico Xavier)

## RESUMO

O presente estudo está voltado para a questão da assistência judiciária gratuita exercida pela Defensoria Dativa no Estado de Santa Catarina, como meio de proporcionar o acesso à justiça à toda população economicamente carente, bem como, o impacto da implantação da Defensoria Pública neste Estado. O direito de acesso à justiça é um direito fundamental garantido constitucionalmente. Por meio desse direito, todo cidadão pode reivindicar seus direitos, resolver litígios e ter acesso à ampla defesa, sob a proteção do Estado por meio da Jurisdição. O Estado tem o dever de criar mecanismos de prestação de assistência judiciária à população economicamente carente, garantido a essa camada social o direito de jurisdição e de acesso à justiça. Todavia, este acesso nem sempre é concretizado, já que alguns mecanismos criados para realização do preceito constitucional, muitas vezes não estão à disposição da população, ou, se encontram mal estruturados, como é o caso da Defensoria Pública na maioria dos Estados brasileiros. No Estado de Santa Catarina, a assistência judiciária gratuita era exercida pela Defensoria Dativa de maneira exemplar até meados de 2012. No entanto, após muita discussão, a legislação que regulamentava essa forma de prestação de assistência judiciária gratuita, foi declarada inconstitucional, e com isso, houve a obrigatoriedade de implantação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. A comparação de dados da prestação de assistência judiciária realizada pela Defensoria Pública em contrapartida aos excelentes resultados da Defensoria Dativa, deixam alerta a população economicamente carente que necessita desse serviço, e mais ainda os estudiosos do direito. Dessa forma, a problemática revela-se diante do impacto da implantação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, como “garantia” de acesso à justiça à população economicamente carente.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Prestação de Assistência Judiciária Gratuita. Defensoria Dativa. Defensoria Pública. Estado de Santa Catarina.

## **ABSTRACT**

This study is focused on the issue of legal aid Defender Dativa exerted by the State of Santa Catarina, as a means of providing access to justice to all needy population, as well as the impact of the implementation of the Public Defender in this state. The right of access to justice is a fundamental right guaranteed by the Constitution. Through this law, every citizen can claim their rights, resolve disputes and have access to legal defense, under the shelter by the State Jurisdiction. The State has a duty to create mechanisms to provide legal assistance to the needy population, ensured that the social layer of jurisdiction and the right of access to justice. However, this access is not always realized, since some mechanisms created to perform the constitutional precept, are often not available to the public, or are poorly structured, as in the case of the Public Defender in most Brazilian states. In the state of Santa Catarina, free legal aid was exercised by the Ombudsman Dativa in an exemplary manner by mid-2012. However, after much debate, legislation regulating this form of provision of free legal aid, was declared unconstitutional, and therefore, there was the mandatory implementation of the Public Defender in the State of Santa Catarina. The comparison of data provision of legal aid made by the Ombudsman in contrast to the excellent results Defender Dativa, leave the warning needy population that needs this service, and further legal scholars. Thus, the problem reveals itself before the impact of the implementation of the Public Defender in the State of Santa Catarina, as a "guarantee" access to justice to the needy population.

**Keywords:** Access to Justice. Provision of Free Legal Aid. Defender Dativa. Public Defender. State of Santa Catarina.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>11</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAS.....	11
2.1.1 Dignidade da pessoa humana.....	11
2.1.2 Direitos fundamentais.....	14
2.1.3 O acesso à justiça como direito fundamental.....	17
<b>3 O ACESSO À JUSTIÇA .....</b>	<b>22</b>
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO ACESSO À JUSTIÇA .....	22
3.1.1 Noções gerais e conceituação do acesso à justiça .....	24
3.1.2 Contextualização acerca da assistência judiciária gratuita.....	25
3.1.3 Assistência judiciária gratuita como meio de acesso à justiça.....	28
3.2 ABORDAGEM GERAL ACERCA DA DEFENSORIA PÚBLICA E DEFENSORIA DATIVA.....	31
3.2.1 Defensoria Pública.....	31
3.2.2 Defensoria dativa.....	33
<b>4 O IMPACTO DA IMPLANTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM SANTA CATARINA.....</b>	<b>36</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	36
4.1.2 A realidade da assistência judiciária gratuita por meio da Defensoria Dativa no Estado de Santa Catarina.....	36
4.1.3 A Situação atual da Defensoria Pública no Brasil.....	39
4.1.4 O impacto da regulamentação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina.....	42
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>

## I INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá discorrer acerca da assistência judiciária gratuita exercida pela Defensoria Dativa no Estado de Santa Catarina, como forma de garantir o direito de acesso à justiça a toda população economicamente carente, bem como, o impacto da implantação da Defensoria Pública em nosso Estado.

A problemática se verifica quando se estuda a realidade da Defensoria Pública nos demais Estados brasileiros, causando ainda mais desânimo à população que necessita da assistência judiciária e que era bem atendida pela Defensoria Dativa.

Dessa forma, inicia-se o estudo por meio de uma abordagem acerca da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, entre eles, e em especial à este trabalho, o direito de acesso à justiça.

A dignidade da pessoa humana é considerada o valor constitucional supremo. Deve ser observada na criação, interpretação e aplicação de toda ordem normativa constitucional, sobretudo, e em especial, os direitos fundamentais. Como é mantida por um princípio, logo, é absoluta e plena, não pode sofrer qualquer mitigação ou relativismo.

Os direitos fundamentais estão expressos no texto constitucional, foram criados com o objetivo de limitar e conter os abusos de poder do Estado e de suas autoridades, em consagração aos princípios básicos da igualdade e da legalidade.

Dentre os direitos fundamentais, em razão da matéria a ser estudada, será dado maior enfoque ao direito fundamental de acesso à justiça.

A expressão acesso à justiça é de difícil definição, mas serve para nos auxiliar na compreensão das finalidades do sistema jurídico, sistema pelo qual, todo cidadão pode reivindicar seus direitos, resolver litígios e ter acesso à ampla defesa, sob a guarda do Estado, ou seja, por meio da Jurisdição.

O acesso à justiça é direito fundamental, previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", garantindo ainda, a eficácia das decisões judiciais em benefício de toda a população, sejam ricos ou pobres, indistintamente.

Não se trata apenas do direito de peticionar, de ir a Juízo, mas de receber uma resposta do Estado acerca do direito que lhe é invocado. Caso contrário, a norma

constitucional não teria nenhuma valia. Bastaria peticionar e a garantia, estabelecida no artigo 5º, inciso XXXV, estaria realizada; a norma teria alcançado seu propósito, mas na prática não é tão simples assim.

Do princípio do acesso à justiça é que decorrem vários outros direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Por meio deste é que se garante o direito de acesso à assistência judiciária a população economicamente carente, devendo produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, cada caso deve ser analisado isoladamente, ou seja, tratar os iguais de maneira igual e os diferentes de maneira diferente. Tal forma, só é garantida por meio do acesso à justiça.

O Estado tem o dever de criar mecanismos de prestação de assistência judiciária à população economicamente carente, garantido a essa camada social o direito de jurisdição e de acesso à justiça.

Todavia, este acesso nem sempre é concretizado em sua plenitude nas cidades brasileiras, haja vista que os vários mecanismos legais postos para realização do preceito constitucional, nem sempre estão à disposição da população, ou, se encontram mal estruturados, como é o caso da Defensoria Pública na maioria dos Estados brasileiros.

Dessa forma, num segundo momento, será abordado, de maneira geral, acerca da Defensoria Pública e a Defensoria Dativa. A conceituação, histórico, suas diferenças, peculiaridades e a garantia do acesso à justiça.

Também serão analisados os obstáculos existentes ao efetivo acesso à justiça, bem como suas consequências e meios para maior efetivação desse direito necessário para todos os cidadãos.

No terceiro capítulo, será abordado a atuação da Defensoria Dativa e da Defensoria Pública atualmente. A “obrigatoriedade” de implantação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, a fim de assegurar o acesso à justiça à população economicamente carente.

As razões pelas quais o Estado de Santa Catarina ainda não havia regulamentado a Defensoria Pública, que está previsto na Constituição Federal de 1988.

Por fim, será analisado o impacto da implantação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, como garantia de acesso à justiça à população economicamente carente.

## CAPÍTULO I

### **2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAS

Não há como falar em acesso à justiça sem antes estabelecer algumas considerações acerca da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, já que estes possuem forte ligação na Constituição Federal.

Atualmente, a Constituição Federal brasileira, estabelece como princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, e incluiu ainda, junto aos direitos humanos fundamentais, o dever de prestação de assistência jurídica integral e gratuita a aquelas pessoas comprovadamente pobres.

Dessa forma, para melhor compreensão dos temas, passa-se a conceituá-los, salientando desde já, que a dignidade da pessoa humana é o princípio norteador e indissociável que promove a efetivação dos direitos fundamentais.

#### **2.2.1 Dignidade da pessoa humana**

Dentre os fundamentos do Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, “a dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação a aplicação de toda ordem normativa constitucional, sobretudo, o de direitos fundamentais” (NOVELINO, 2005, p. 379).

A dignidade da pessoa humana está prevista no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal, sendo de extrema importância, conforme dispõe Nunes: “A dignidade humana é mantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer

arranhões sem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo” (NUNES, 2010, p. 60).

No mesmo sentido, Sarlet (2007), menciona que a dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca e distintiva, reconhecida à cada ser humano, o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que lhe assegure contra qualquer ato degradante e desumano, garantindo-lhe, ainda, as condições mínimas para uma vida digna.

Toda pessoa tem direito à dignidade garantida pela Constituição, independente de sua posição social ou conduta. Como diz Sarlet, “todos, mesmo o maior dos criminosos, são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas, ainda que não se portem igualmente digna nas suas relações com os semelhantes, inclusive consigo mesmas” (2007, p. 42,).

Ainda, segundo o ilustre doutrinador, este princípio tem a função de promover a proteção jurídica de valores existentes perante a sociedade, devendo estar em constante evolução juntamente com as necessidades dos cidadãos, merecendo a devida atenção por parte da ordem jurídica.

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo vulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2011, p. 48).

Já está mais do que na hora de o operador do direito passar a gerir sua atuação social pautado nos princípios fundamentais estampados no texto constitucional. E por isso, não pode o princípio da dignidade da pessoa humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas (NUNES, 2010).

“A dignidade da pessoa humana é um valor *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa” (NUNES, 2010, p. 67).

Se o respeito pela dignidade humana é a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, o Estado também tem o dever de proteger esses direitos e fazer

com que se respeitem as ações correlativas, não somente em abster-se de ofender esses direitos, mas também de a obrigação positiva de manter a ordem.

Por certo, não é indiferente que a dignidade da pessoa humana está explícita na Constituição, esta positivação, faz com que ela deixe de ser apenas um valor moral para se converter em um valor tipicamente jurídico, passando a se revestir de normatividade (NOVELINO, 2005).

Assim, pode-se dizer, a dignidade da pessoa humana é originalmente um valor moral, e acolhendo tal valor, com caráter de mandamento constitucional na Lei Fundamental, implica sua aceitação como valor jurídico, ou seja, como norma jurídica positiva.

Uma das consagrações da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, é o reconhecimento de que a pessoa não é um simples reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, “sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado, deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade” (NOVELINO, 2005, p. 380),.

“O indivíduo deve servir de limite e fundamento do domínio político, pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado” (CANOTILHO, 1997, p.225).

Sob o posicionamento citado, verifica-se que o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover esse valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna.

Em regra, a dignidade da pessoa humana é violada quando uma pessoa é tratada como um meio para se atingir um determinado fim, sendo esse tratamento fruto de uma expressão de desprezo pela pessoa ou para com a pessoa (NOVELINO, 2005).

O dever de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado a obrigação de atuar no sentido de garantir a existência material do indivíduo, ligada à igualdade material. Esta acepção possui um caráter positivo, por exigir do Estado proteções materiais (saúde, educação, moradia, lazer, trabalho, assistência e previdência social...) e jurídica (assistência judiciária, segurança pública...) (NUNES, 2010).

Dessa maneira, nos permite à concluir que a dignidade da pessoa humana possui tripla dimensão normativa: uma metanorma, quando a dignidade da pessoa humana atua

como diretriz a ser observada na criação e interpretação de outras normas; um princípio, por impor aos poderes públicos a proteção da dignidade e a promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis à uma vida digna; e, uma regra, à qual determina o respeito à dignidade da pessoa humana, seja pelo Estado, seja por terceiro, no sentido de impedir o tratamento de qualquer pessoa como objeto, quando ocorre uma expressão do desprezo por aquele ser humano (NOVELINO, 2005).

Existe uma relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois, ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida (MORAES, 2011).

Levando em consideração que a dignidade humana é um elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais, qualquer comportamento que vá em direção oposta, ou seja, que contribua para a destruição dessa dignidade, não merece ser considerada como direito fundamental (MARMELSTEIN, 2011).

Em outras palavras, nenhuma pessoa pode invocar os direitos fundamentais para justificar a violação da dignidade de outros seres humanos. Dessa forma, se faz necessária a abordagem acerca dos direitos fundamentais, conforme passa a expor.

### **2.1.2 Direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas civilizações, até conjugação dos pensamentos filosófico jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitações e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade, como regentes do Estado moderno e contemporâneo (MORAES, 2011).

A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França em 1770, no movimento político e cultural que deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do

Cidadão, de 1789, com a intenção de contemplar os direitos relacionados à liberdade e à igualdade. Por meio dessa declaração, com o objetivo de proteger a liberdade e a justiça das pessoas o homem adquiriu cidadania, para reivindicar do Estado os direitos fundamentais (CAOVILLA, 2006).

No Brasil, com o nascimento da Constituição Federal de 1988, que é considerada um divisor de águas em comparação com as constituições anteriores, ou seja, pretendeu sepultar o cadáver autoritário da ditadura militar e representou para os brasileiros à certidão de nascimento de uma democracia, desde o preâmbulo, a Constituição mostra à que veio (MARMELSTEIN 2011).

Já no preâmbulo, dispõe que a finalidade da República Federativa do Brasil, que é de instituir um Estado Democrático, destinado à assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito (Constituição Federal 1988).

Após muita discussão doutrinária, os direitos fundamentais passaram a ser definitivamente reconhecidos como normas positivas constitucionais, garantidos pela Constituição Federal de 1988 (Título III – Dos direitos e garantias fundamentais, arts. 5º ao 17º), com inquestionável caráter vinculante (NOVELINO, 2005). Hoje em dia, são considerados direito atual, dotados de força normativa, independente do ato de transformação legislativa.

Ressalta-se, “o extenso rol de direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, não é exaustivo, ou seja, não se esgotam aqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos à um permanente processo de expansão” (MARMELSTEIN, 2011, p. 24).

Para Alexy (2011), os direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos transformados em direito positivo, e direitos humanos reclamam institucionalização. Assim, não existe apenas direito humano à vida, senão, direito humano a que exista um Estado que implemente esse direito. Essa institucionalização inclui a necessária possibilidade de judicialização desses direitos.

Sob o mesmo entendimento, Marmelstein (2011 p. 20) dispõe acerca dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Há cinco elementos básicos, que se forem conjugados, fornecem o conceito de fundamentais: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia.

Os direitos fundamentais são mecanismos de proteção fornecidos pelo Estado ao cidadão, elencados na Constituição Federal. São todos aqueles direitos que, em razão do seu conteúdo e importância, foram integradas ao texto Constitucional e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos. Também, em razão do seu conteúdo e significado, para que lhes possam ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal, aqui considerada a abertura material do catálogo (NOVELINO, 2005).

Sob o entendimento de Andrade (1983) dispõe que os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico, institucionalmente garantidos e limitados, temporalmente. Os direitos naturais arrancar-se-iam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal. Os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Na Constituição, os direitos fundamentais receberam um grau mais elevado de garantia ou segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada. Muito embora, muitos direitos fundamentais estão implícitos na Constituição, devendo, serem, analisados e respeitados como se estivessem expressos.

Ainda, segundo Marmelstein (2011), o conceito de direitos fundamentais – conforme abordado anteriormente, não exclui a possibilidade de existirem direitos fundamentais fora do texto constitucional, desde que, por força da própria Constituição, eles possam ser considerados como normas dotadas de juridicidade potencializada.

Moraes, conclui que “os direitos fundamentais visam à concretização a garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (2011, p. 21).

Modernamente a doutrina apresenta-nos a classificação dos direitos fundamentais, de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram.

Sob a classificação de Morais (2011, p. 22), destaca-se:

Os direitos fundamentais de primeira geração, são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta. Os direitos fundamentais de segunda geração, são os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século. Os direitos fundamentais de terceira geração, também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma qualidade de vida saudável, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.

Para Marmelstein (2011, p.56), os direitos fundamentais de primeira geração, são os direitos de liberdade, direitos negativo de não agir, direitos civis e políticos (liberdade política, de expressão, religiosa, comercial), direitos individuais de um Estado Liberal. Os direitos de segunda geração, dizem respeito à igualdade, direitos à prestação, direitos sociais, econômicos e culturais, direitos de uma coletividade. Os direitos de terceira geração, referem-se à fraternidade, direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, direito à paz, direitos de toda a humanidade. Os direitos de segunda e terceira geração, referem-se ao Estado social e Estado democrático e social.

Logicamente que a evolução dos direitos fundamentais não parou nos direitos de terceira geração. A luta pela dignidade humana é constante, as normas jurídicas devem ser adequadas às aspirações sociais e culturais que vão surgindo no decorrer dos tempos.

A adequação deve ser feita, inclusive, nos direitos fundamentais já garantidos pela legislação, não de modo à excluí-los os reprimi-los, mas sim, de modo à ampliar sua interpretação, de acordo com a necessidade dos povos.

Dessa forma, os direitos fundamentais, devem ser ampliados de acordo com as necessidades das pessoas, sempre com a intenção de garantir a dignidade da pessoa humana e de limitação do poder.

Sob esse enfoque, passa-se a abordar acesso à justiça como direito fundamental.

### **2.1.3 O acesso à justiça como direito fundamental**

Os direitos fundamentais nutrem, por assim dizer, uma declarada paixão pelo Poder Judiciário, embora, infelizmente, essa paixão nem sempre seja correspondida, pelo menos aqui no Brasil (MARMELSTEIN, 2011).

Essa esperança depositada nos juízes está normatizada no próprio rol de direitos fundamentais, por meio da consagração expressa de vários princípios constitucionais voltados à proteção judicial, tais como o acesso ao judiciário, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, o direito de petição e de ação, o direito à tutela efetiva, rápida e adequada.

No Brasil, todos esses princípios podem ser sintetizados em um único dispositivo constitucional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art.5º, inc. XXX, da CF/88). Pode-se dizer que a Constituição de 1988 acreditou no Poder Judiciário como instância última de proteção aos direitos fundamentais. Isto porque, para que a efetivação de alguns direitos fundamentais do cidadão ocorra, é necessário buscar amparo na via judicial (MORAES, 2011).

Ressalta-se, é ineficaz qualquer tentativa de garantia de direitos fundamentais, sem que se tenha presente o acesso à justiça como bem posto em favor do cidadão, de forma que estabeleça a prestação jurídica necessária, digna, hábil, concreta, imparcial, eficiente, sem distinções ou favorecimentos (NUNES, 2010).

Paralelamente à isso, o constituinte criou inúmeros instrumentos de proteção aos direitos garantidos constitucionalmente, mais especificamente, no art. 5º, o habeas corpus (para proteger a liberdade de locomoção), habeas data (para proteger direitos de informação de dados), o mandado de segurança individual e coletivo (para proteger todos os demais direitos), o mandado de injunção (para proteger o cidadão contra as omissões legislativas) e a ação popular (para proteger o patrimônio público, inclusive o histórico ambiental) (MARMELSTEIN, 2011).

Nesse ponto, o constituinte percebeu que a concretização dos direitos fundamentais pressupõe o acesso à justiça. De fato, sem um Poder Judiciário independente, que possa agir com liberdade mesmo contra a vontade dos governantes, que possa agir de acordo com os preceitos constitucionais sem medo de represálias por desagradar os “detentores do poder”, não há que se falar em direitos fundamentais (CAPELLETTI, 1988).

Por outro lado, ao mesmo tempo em que os Juízes passaram a desempenhar uma função de destaque na proteção dos direitos fundamentais, foram desenvolvidos mecanismos de limitação do poder judicial, na intenção de impedir o uso abusivo dessas novas tarefas, até por que o magistrado, como qualquer outro detentor de poder, também pode violar direitos fundamentais.

Segundo Ferrajoli (2006), em razão dessa limitação, a Constituição Federal de 1988 garantiu o direito ao “devido processo legal”, que se desdobra em várias outras garantias: contraditório, ampla defesa, juiz natural, vedação de provas ilícitas, necessidade de fundamentação das decisões judiciais, publicidade do julgamento, individualização da pena etc.

Para Marmelstein (2011), todos esses direitos foram expressamente positivados na Constituição de 1988, a maioria em seu art. 5º:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito;

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Para Moraes (2011), o Estado mostra-se incapaz de promover a integração efetiva de parcelas da população marginalizada, mostrando-se como um dos grandes obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos.

Dessa forma, o acesso à justiça vem de encontro com o objetivo de efetivação aos direitos fundamentais, que por vezes, não são garantidos voluntariamente.

Para Capelletti (1988), expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar finalidades básicas do sistema jurídico, sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Esse sistema deve ser igualmente acessível à todos; deve produzir resultado os que sejam individual e socialmente justos.

O acesso à justiça é um direito natural, com valor inerente ao homem, por sua própria natureza. Sem dúvida, o direito à justiça é natural. Nesse sentido, é um direito fundamental (BEZERRA, 2001).

De certa forma, o direito ao efetivo acesso à justiça, tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação (MARMELSTEIN, 2011).

Assim, pode-se dizer que o acesso à justiça é um requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos fundamentais de todos (CAPELLETTI, 1988).

A Constituição Federal de 1988 elege o acesso à justiça como um direito fundamental. Assim, a partir do momento em que o Estado passou a garantir justiça à população, independentemente das condições econômicas, sociais, culturais, etc., deve fazê-lo de maneira imparcial, ou seja, assegurá-la incondicionalmente a todos os que dela necessitarem.

E, como afirma Caovilla (2006), oportunizar o acesso à justiça significa resgatar a dignidade das pessoas, cuja existência parece estar fadada ao total desconhecimento e ignorância de seus direitos e garantias.

A garantia do efetivo acesso à justiça, sem dúvida, constitui um direito fundamental, e mais, um elemento essencial ao exercício integral da cidadania, já que, indo além da tutela jurisdicional, não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário. Por conta disto, segundo Baracho (1995) é primordial a efetividade dos direitos fundamentais, já que o cidadão tem necessidade de mecanismos próprios e adequados para que se possam efetivar seus direitos.

O acesso à justiça é um direito fundamental previsto constitucionalmente, que possibilitaria à toda população uma prestação jurisdicional adequada e de maneira igualitária, caso contrário, estaria colocando em dúvida a própria constitucionalidade da Constituição. Por esta razão, a todos devem ser asseguradas oportunidades mínimas para alcançarem condições materiais necessárias ao pleno exercício dos seus direitos fundamentais de liberdade e de igualdade, como membros da comunidade de princípios. Devem ser tratados, portanto, como cidadãos, desde o início, livres e iguais, titulares dos direitos fundamentais, tendo oportunidade de responder por suas opções e de com elas aprender (MARMERLSTEIN, 2011).

Desta forma, ficam assim garantidos os fundamentos da democracia e da estrutura de um Estado fundado em suas bases. Um novo argumento que determina a compreensão do acesso à justiça como direito fundamental, uma vez que, ao proporcionar o mínimo existencial ao cidadão, efetiva-se também a dignidade da pessoa humana.

## CAPÍTULO II

### 3 O ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um direito fundamental expresso no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito", e visa garantir, principalmente, a eficácia das decisões judiciais em benefício dos jurisdicionados, de todos os jurisdicionados, ricos ou pobres, indiscriminadamente.

Vale destacar, que o acesso à justiça não equivale somente ao mero ingresso em juízo, mas, a própria garantia constitucional que visa assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, garantir-lhe um tratamento adequado (DINAMARCO, 2005).

Dessa forma, faz-se necessário uma abordagem acerca dos aspectos históricos e da conceituação acesso à justiça, a fim assegurar os meios de aplicação desse direito sem distinção de classe social.

#### 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça está presente desde a antiguidade, garantindo defensores aos pobres. No Código de Hamurabi é que se encontra as primeiras garantias que impediam a opressão do fraco pelo forte, incentivando-o a buscar o judiciário quando senti-se oprimido (CAOVILLA, 2006).

Segundo Capelletti (1988), ao longo da história, a ideia de acesso à justiça evoluiu. Os direitos e deveres sociais passaram a ser repensados e respeitados pelas diversas camadas da sociedade, emergindo reivindicações coletivas de novos direitos, que podem ser denominados de novos direitos humanos.

O acesso à justiça originou-se da necessidade de integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, eis que, a pessoa que não tivesse recursos para custear despesas processuais, estavam impedidas de exercer seus direitos.

Conforme mencionado no primeiro capítulo, à medida que as sociedades cresciam em tamanho e complexidade, a valorização dos direitos humanos sofria uma transformação. A partir de então, iniciou-se uma nova era na busca de um efetivo acesso à justiça a toda pessoa.

Segundo Duarte (2007), o acesso à justiça é uma conquista da humanidade, a exemplo, com o surgimento da *Magna Charta Libertatum* – A Carta de João sem Terra de 1215, a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e entre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Para Tesheiner (1993), a Declaração Universal dos Direitos do Homem, tem suma importância no que refere-se ao direito fundamental de acesso à justiça, conforme transcreve-se a redação: “*Art. 10 - Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela*”.

Com efeito, a dimensão constitucional do acesso à justiça constitui na verdade um dos principais direitos subjetivos do indivíduo.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que as regras inseridas no art. 5º, consagram o princípio de acesso ao Poder Judiciário, inseridos no inciso XXXIV – *são assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) direito de petição aos poderes públicos em defesa e direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; no inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito* (DUARTE, 2007).

Para Marinoni (2008), foi com o advento da Constituição de 1988, que o acesso à justiça deixou de ser um tema superficial e teórico. Na verdade, a partir do advento da Constituição, confiou ao poder judiciário a missão de pacificar os conflitos sociais, amparado pelo devido processo legal. E mais, ampliou o sentido do acesso à justiça, em especial aos excluídos, materializando o tratamento dos iguais, de maneira igual e os diferentes, de maneira diferente.

Como o Estado passou a preocupar-se com os problemas de um cidadão, tanto ao que se referia em reconhecer seus direitos, quanto em defendê-los de maneira adequada, o acesso à justiça passou a ser reconhecido dentre os novos direitos individuais e sociais de todo cidadão, uma vez que a titularidade desses direitos não é possível sem os mecanismos para sua efetiva reivindicação.

E nas palavras de Marinoni (2008), o direito de acesso à justiça, conseqüentemente à jurisdição, compreendido como direito do autor e do réu, é um direito de utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato, ou como um simples direito de propor a ação e de apresentar defesa, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício.

Após a abordagem histórica, se faz necessário uma abordagem geral acerca do acesso à justiça.

### **3.1.1 Noções gerais e conceituação do acesso à justiça**

Conforme abordado no item anterior, ao longo da história o conceito de acesso à justiça sofreu grandes transformações. No início, era considerado um direito natural, e como tal, não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Porém, para sua preservação, exigia somente que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros, mas não exigia que o Estado apresentasse mecanismos para sua eficácia (CAPPELLETTI, 1988).

“O acesso à justiça não deve ficar reduzido ao sinônimo de acesso ao judiciário e suas instituições, mas sim, a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restrito ao ordenamento jurídico processual” (CESAR, 2002, p. 49).

Segundo os ensinamentos de Marinoni (2008, p. 308), “a questão de acesso à justiça, não diz respeito apenas àquele que se imagina titular de um direito à tutela do direito material, isto é, àquele que tem de se valer do direito de ação, mas também ao réu”.

Para Santos (2009), o acesso à justiça é um requisito fundamental dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretende garantir efetivamente, e não apenas proclamar, os direitos de todos.

É importante destacar, que o acesso à justiça não se limita à permitir que o indivíduo vá ao judiciário para buscar tutela apenas direito seu, mas também, entidades associativas, representativas, institucionais, podem pleitear direitos de seus associados ou, de forma mais ampla, da coletividade em geral (BUENO, 2008).

O acesso à justiça é um direito fundamental, garantido em nosso país por meio da Constituição Federal de 1988, elencado no Título II no artigo 5º, que por força do artigo 60, §4º, inciso IV, que são cláusulas pétreas, não podendo ser abolidas, e sim, acrescentadas.

O acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar ou a defender-se adequadamente, nos casos de escolha da via judicial, e que haja segurança de suas próprias soluções, nos casos de vias extrajudiciais (BEZERRA, 2001).

Ainda sob o entendimento de Capelletti (1988, p. 12):

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos (...), que pretenda garantir e não apenas proclamar o direito de todos. O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento dos objetivos e métodos da moderna ciência.

Sob a análise dos autores citados, o acesso à justiça tem por objetivo a garantia dos direitos humanos, amparados pela árdua conquista universal de reclamar ao Estado seus direitos, possibilitando que o cidadão tenha acesso à justiça por meio da jurisdição, proporcionando-lhe a garantia dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Para a efetivação do acesso à justiça, o Estado passou a criar mecanismos, e dentre eles, se não o mais importante, a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita aos necessitados, conforme será abordado no próximo item.

### **3.1.2 Contextualização acerca da assistência judiciária gratuita**

Conforme abordado no primeiro capítulo, com o crescimento das sociedades capitalistas, tanto em tamanho quanto em complexidade, a perspectiva individualista perde força e aumentam as reivindicações coletivas de novos direitos, chamados de

“novos direitos humanos”, que são aqueles que vão tornar realmente efetivos os direitos anteriormente reconhecidos pelas declarações de direitos do homem, e através do direito ao efetivo acesso à justiça que isso se dá.

A consciência de que os pobres também devem ter acesso à justiça, já era ideia corrente na Alemanha em meados de 1919. O governo do social democratas, criou um programa de remuneração, pelo Estado, de advogados que prestassem assistência jurídica aos que necessitassem (CESAR, 2002).

Dizia-se que a falta de funcionamento da justiça comprometia a própria sobrevivência da ordem jurídica, e que cada cidadão tem o direito de conhecer o direito do Estado e de receber a respectiva proteção quando tenha sua esfera lesada.

Após a iniciativa da Alemanha, sistemas similares surgiram em todo o mundo. Porém, a partir da década de sessenta é que a busca pelo acesso à justiça passa a se consolidar como um movimento de acesso global, com inúmeras propostas de reestruturação e reformas judiciárias (BEZERRA, 2001).

Num primeiro momento, também chamados de “primeira onda”, os esforços se concentraram em proporcionar serviços jurídicos aos pobres, por meio de dois sistemas, o sistema *judicare* e os advogados remunerados pelos cofres públicos (CAPPELLETTI, 1988).

No sistema *judicare*, a assistência judiciária era estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadram nos termos da lei. Os advogados particulares são pagos pelo Estado e a finalidade do sistema, é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.

Apesar do sistema *judicare* possibilitar a assistência jurídica prévia, ou seja, antes e mesmo que não houvesse litígio judicial, na prática, se concentra somente perante o Estado Juiz. Embora superasse as questões econômicas, o sistema não levava em consideração as limitações socioculturais, não se importando com a educação jurídica dos cidadãos, ou seja, com orientação e prevenção dos direitos sociais. A assistência era prestada de maneira individual, excluindo os problemas coletivos das classes subordinadas (CAPPELLETTI, 1988).

Apesar do esforço na criação e desenvolvimento do sistema *judicare*, a Corte Européia para os Direitos do Homem, condenou a Irlanda e a Itália, nos anos de 1979/1980 por violação Europeia dos Direitos do Homem, “porque o seu sistema de assistência aos pobres não garantia correto o patrocínio judicial e por que a

compensação ao advogado não estava suficientemente assegurada pelo Estado” (CESAR, 2002, p.62).

O advogado público era um sistema diferente do *judicare*, pois tende a ser caracterizado por grandes esforços para tornar as pessoas com menor renda tenham consciência de seus direitos e a possibilidade de se utilizar de serviços de advogados para obtenção desses direitos (CAOVILLA, 2006).

Os serviços eram desenvolvidos em escritórios, denominados de “vizinhança”, estabelecidos em localidades pobres, para facilitar o acesso dos necessitados. As vantagens eram muitas, dentre elas, os indivíduos economicamente carentes, eram informados de seus direitos e defendidos enquanto classe.

Embora o sistema esforçava-se para cumprir os objetivos à que foi proposto, encontrava limitações, pois a manutenção de advogados, senão for combinada com outras soluções, enfrenta problemas de ordem lógica, ou seja, não é possível manter advogados estatais, remunerados pelos cofres públicos, suficientes à atender individualmente toda a classe necessitada, diga-se, a classe pobre (CAOVILLA, 2006).

Após a condenação desse primeiro sistema, e os apontamentos das falhas, intensificou-se o interesse na reformulação do sistema da assistência judiciária, com enfoque na proteção dos direitos da coletividade.

Nesse segundo momento, atribuiu-se ao Ministério Público à responsabilidade, porém esta solução não prosperou, vez que, apesar do interesse coletivo, há necessidade de especialização técnica à cada caso e na maioria das vezes inviabiliza a ação deste órgão estatal (BEZERRA, 2001).

E mais, faria com que o Estado “inchasse” de novos órgãos públicos, ampliando os gastos e faltando-lhes o zelo que é estimulado por interesses individuais.

Para Capelletti (1988), nesse segundo momento, surgiu a necessidade de criação de um sistema que cuidasse dos interesses das pessoas, mas não somente de forma individual. Assim, surgiu a necessidade de proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Essa ideia representou uma mudança de postura sobre a assistência judiciária, envolvendo a partir daí, outros setores da sociedade, com o objetivo de inseri-los na solução dos problemas ligados à essa área (CAOVILLA).

Como os sistemas anteriores não foram suficientes à concretização dos objetivos que se propuseram, ou seja, de proporcionar o acesso à justiça, eis que surge um terceiro

sistema, com novas alternativas, a fim de tornar mais acessível o acesso à justiça Cappelletti (1988).

Ainda segundo o autor citado, essa terceira onda de reforma, inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas, concentra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Seu método não consiste em abandonar as técnicas dos dois primeiros sistemas de reforma, mas em trata-las apenas como algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso à justiça.

No Brasil, o sistema dessa “terceira onda” extrapolou os limites do mero acesso aos tribunais, atuando junto aos operadores e aplicadores jurídicos, ressaltando a conscientização da importância do processo e de seus resultados, buscando mais justiça e menos tecnicismo (CESAR, 2002).

Junto com esse sistema terceiro sistema, a fim de garantir o acesso à justiça, o Brasil notou a necessidade da criação de mecanismos para garantir o acesso à justiça para toda a população, e em especial aos economicamente carentes, criando dessa forma, o sistema da assistência judiciária gratuita.

Sob esse enfoque, faz-se necessário a abordagem acerca da assistência judiciária como meio de acesso à justiça.

### **3.1.3 Assistência judiciária gratuita como meio de acesso à justiça**

A garantia constitucional de acesso à justiça não significa que o processo deva ser gratuito, porém, se a taxa judiciária for excessiva de modo a criar obstáculos ao acesso à justiça, acaba sendo inconstitucional por ofender o princípio aqui estudado (NERY JUNIOR, 2000).

Dessa maneira, se os economicamente fracos precisassem de amparo judicial e fossem obrigados à arcar com as despesas processuais, o Estado estaria redundando seus princípios, já que, de um lado o sacrifício dos seus direitos, e de outro, ofensa ao princípio da lei, assim como a justiça, que a faz atuar, é igual para todos. Pensando nisso, a Constituição Federal de 1988, assegura a assistência judiciária como direito

fundamental à todo ser humano, garantido o acesso à justiça à todos os cidadãos (SANTOS, 2009).

Ainda, sob análise do autor citado, a assistência judiciária gratuita proporciona a efetivação do acesso à justiça aos desprovidos de recurso, eis que, os serviços judiciários sem ônus de natureza pecuniária, facilitando o direito à tutela jurisdicional à população.

O acesso à justiça por meio da assistência judiciária gratuita é direito fundamental e abrangente à todo cidadão, conforme justifica Cappelletti (1988), seja ele brasileiro nato, naturalizado ou mesmo estrangeiros residentes em nosso país, podendo, gozar de todos os âmbitos jurisdicionais, para a garantia de seus direitos.

Para Capelletti (1988), a eficiência do sistema de acesso à justiça necessita de reforma, além da assistência judiciária, já que é necessário um grande número de conceituados advogados, a disponibilidade destes profissionais para auxílio àqueles que não podem pagar por seus serviços, grandes dotações orçamentárias e atenção especial às pequenas causas.

É notório, que os serviços jurídicos de um profissional altamente treinado têm um alto custo tanto para um cliente particular quanto para o Estado. Porém, de acordo com a realidade de mercado, a remuneração não é adequada para os pobres, os serviços jurídicos tendem a ser pobres também, pois o empenho de um advogado que se dispõe a servi-los não será tão rigoroso (SANTOS, 2009).

Sob a análise de Duarte (2007), o acesso à justiça, garantido pela assistência judiciária, proporciona o direito à reivindicação e defesa dos direitos de todo cidadão, por meio da jurisdição, conforme será abordado a seguir.

Para Nery Junior (2000), a assistência judiciária não consegue solucionar todos os problemas a que fora proposta, tendo em vista a falta de profissionais que se proponham a tal serviço. No entanto, a defensoria pública tem sido muito eficiente em virtude de seu status de independência, já que possui orçamento adequado e uma equipe bem treinada. A virtude dessa instituição é de poder auxiliar a criação de grupos permanentes capazes de exercer pressão e, dessa forma, reivindicar seus próprios direitos, através de procedimentos administrativos e judiciais.

Segundo Santos (2009), a Lei 1.060/50, prevê assistência judiciária gratuita aos necessitados, autor e réu, garantindo a isenção dos honorários advocatícios, honorários

do perito, custas judiciárias, e agora, das despesas com a realização do exame de DNA, quando requisitado pela autoridade judiciária.

As referidas garantias objetivam dar as partes a possibilidade de efetivamente participarem do processo. O exercício jurisdicional, somente é legítimo quando os interessados no ato de positivação do poder, na decisão, podem efetiva e adequadamente participar do processo, alegando, produzindo provas (SANTOS, 2009, pg. 324.).

Para Tesheiner (1993), um processo em que uma das partes não possa efetivamente participar, retira a legitimidade do exercício do poder jurisdicional. Não há como ter uma decisão legítima sem se dar àqueles que são atingidos por seus efeitos, a adequada oportunidade de participar da formação do juízo.

De maneira realista, atualmente, no Estado de Santa Catarina, os advogados particulares são nomeados defensores dativos para trabalhar na defesa dos direitos dos necessitados. O pagamento é feito pelo Estado por meio de URH's, sendo fixado com base em uma tabela, de acordo com trabalho exercido. No entanto, na maioria das vezes, o valor pago por processo, não perfazem nem as custas que o profissional teve com o mesmo, quanto mais em obter pagamento pelo seu esforço diante da solução do litígio (OLIVEIRA, 2012).

Ainda, sabe-se que além dos valores não serem compatíveis com o trabalho do profissional, demoram anos à serem pagos pelo Estado. O profissional não pode “contar” com os referidos valores, o que ocasiona um desinteresse ao profissional dedicado, que acabará zelando mais pelos serviços pagos particularmente e mais rentáveis, do que com à prestação de assistência judiciária, já que, se depender dos valores repassados por esta, certamente não conseguiriam sobreviver (CAOVILLA, 2006).

Apesar da insatisfação dos profissionais em detrimento aos valores repassados pelo Estado, os advogados, mais pelo amor à profissão de que pelos valores recebidos, fazem do acesso à justiça no Estado de Santa Catarina um exemplo a ser seguido pelos demais estados do Brasil, já que, os Defensores Públicos, em razão da demanda e poucos profissionais, acabam fazendo serviços mecânicos, sem condições de tratar individualmente o problema e as partes.

Dessa forma, se faz necessário a abordagem acerca da Defensoria Pública e da Defensoria Dativa exercidas no Brasil, como “garantia” de assistência judiciária gratuita.

## 3.2 ABORDAGEM GERAL ACERCA DA DEFENSORIA PÚBLICA E DEFENSORIA DATIVA

### 3.2.1 Defensoria Pública

Segundo o artigo 134 da Constituição Federal<sup>1</sup>, a Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo ela inerente a orientação jurídica, integral e gratuita, a postulação judicial e extrajudicial de direitos coletivos e individuais dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV (CAOVILLA, 2006). Age como instrumento de justiça, capaz de desempenhar a função jurisdicional do Estado, não atuando somente em face do Poder Judiciário, mas como uma das formas de acesso à ele.

A possibilidade de criação da Defensoria Pública como instituição que permite a superação dos obstáculos econômicos ao acesso à justiça, somente foi efetivada a nível nacional com a promulgação da Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994, a qual possibilitou a organização estrutural e as funções a serem desenvolvidas para a proteção dos direitos de direitos individuais, coletivos e difusos.

O artigo 4º dessa lei traz uma lista exemplificativa das funções institucionais a serem desenvolvidas por essa instituição, a qual deve ser analisada de forma ampliativa, uma vez que serve para indicar atuação na resolução de diversas órbitas em atendimento às pessoas necessitadas e não restringindo o campo de acesso a justiça.

Para Bezerra (2001), a Defensoria Pública é a instituição incumbida de conferir acesso à justiça aos necessitados, e conseqüentemente, o acesso à justiça para a grande

---

<sup>1</sup> 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.

maioria da população brasileira, privada das mínimas condições de vida digna e que necessitam da jurisdição para garantir seus direitos.

A Defensoria Pública é um órgão a ser criado dentro da estrutura estatal. Seus integrantes são admitidos após passar por rigoroso concurso de provas e títulos, asseguradas às condições de acesso iguais para os interessados. A Defensoria Pública deverá prestar serviços de assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, de prevenção aconselhamento e informação jurídica a população considerada carente, na forma da lei. A defensoria tem por objetivo a concretização do acesso à justiça para a população carente (CAOVILLA, 2006, p. 105).

“A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus e gratuitamente, dos necessitados” (MORAES, 2011, p.346).

A Defensoria Pública busca a garantia do acesso à justiça previsto na Constituição Federal de 1988, por meio de uma luta muito travada em favor da opressão e desigualdade em que vivem milhares de brasileiros.

A atuação da Defensoria não ocorre somente na seara judicial, ou seja, na possibilidade de demandar do poder Judiciário a resolução de direitos juridicamente protegidos ou na defesa de ação penal e civil, mais de possibilitar a solução do problema na esfera extrajudicial.

Neste patamar pode-se compreender a importância da Defensoria Pública para grande contingente da massa populacional brasileira, que não possuindo recursos, necessita de uma atuação mais direta e tempestiva das Defensorias para o efetivo exercício de seus direitos na sua plenitude (SILVA, 2008).

Apesar disso, a implantação dessa instituição no estado Santa Catarina, somente passou à ser possível neste ano, após ter sido declarada inconstitucional a legislação que regulamentava a Defensoria Dativa, com o objetivo de proporcionar a assistência judiciária gratuita e no mais amplo sentido de acesso à justiça à toda população carente.

### 3.2.2 Defensoria dativa

Em Santa Catarina, não existe um órgão do Poder Executivo especialmente destinado a prestar serviços de Defensoria Pública, como ocorre nos demais estados brasileiros.

As pessoas que não têm condições de arcar com as despesas de um processo judicial, podem recorrer a um advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina, que os representará em juízo sem qualquer custo (PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA, 2012).

Neste caso, é o Estado quem faz a remuneração destes profissionais, segundo as normas da legislação estadual. A esse sistema de representação judiciária gratuita dá-se o nome de defensoria dativa (PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA, 2012).

Com o objetivo de suprir a “falta” da Defensoria Pública, o Estado de Santa Catarina criou a Defensoria Dativa, para prestar assistência judiciária gratuita aos cidadãos que não possuem condições econômicas para pagar por serviços advocatícios (CAOVILLA, 2006).

Por meio da Lei nº 4.215/63, que disciplinava sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, estabelecia no Capítulo V, nos artigos 90 à 95, estabelecia os procedimentos para a concessão da assistência judiciária gratuita.

Nesse modelo, apesar de muito antigo, com base na Lei nº 1.060/50, cabe a Ordem dos Advogados do Brasil a nomeação de profissional ao cidadão que comprovar ser economicamente carente. Nesse caso, o advogado é usado para desenvolver a assistência jurídica à população, em razão da inexistência de Defensoria Pública no estado e os benefícios da assistência judiciária gratuita compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio (CAOVILLA, 2006).

Em abril de 1965, por meio da Lei 3.631, foi regulamentada a forma de remuneração, pelo Estado aos advogados que trabalhassem como procuradores dativos, nos interesses das pessoas pobres. No entanto, a referida lei restou inoperante por falta de um decreto que a regulamentasse.

No ano de 1971, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, João José Ramos Schaefer, reivindicou ao Governador do Estado a

regulamentação da Lei nº 3.631/65, postulando ainda, a criação de cargos de Defensores Públicos para o Estado.

No entanto, governo do Estado não atendeu o apelo do presidente da OAB/SC, revogou a Lei 3.631/65 e editou a Lei nº 5.387/77, instituindo novo regime de remuneração dos assistentes judiciários do Estado de Santa Catarina. A referida lei foi regulamentada e homologada, entrando em vigor em janeiro de 1979 (CAOVILLA, 2006).

A referida lei desvincula o profissional de qualquer envolvimento com o Estado, uma vez que as verbas para o pagamento dos serviços prestados são repassados à OAB/SC, por meio da Secretaria de Justiça do Estado, que presta contas ao Tribunal de Contas do Estado das verbas recebidas.

A partir dessa regulamentação, no Estado de Santa Catarina a assistência judiciária gratuita é oferecida por meio de profissionais liberais, denominados de Defensores Dativos, que prestam serviços advocatícios. A indicação dos profissionais é feita pela OAB e a nomeação por Juízes de direito.

O referido modelo foi mantido até meados de 2012, por meio da Lei Complementar nº155/97 que o faz nos moldes da assistência judiciária (Lei nº1060/50) prevendo a atuação judicial em favor dos economicamente carentes.

A lei 1060/50, disciplina a questão da gratuidade e os procedimentos que devem ser atendidos para obtenção da assistência jurídica, no que se aplica aos processos vinculados à defensoria e também a todos àqueles processos nos quais o cidadão necessita da gratuidade para exercer o seu direito de pedir ou de defesa (SILVA, 2008).

Sob uma análise geral, a Lei Complementar n. 155/97, instituiu a Defensoria Dativa, regulamentando o artigo 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a ser exercida por Defensores Dativos, organizados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina.

A Lei Complementar n. 155/97 foi considerada inconstitucional por muitos juristas e doutrinadores, uma vez que, segundo a corrente majoritária, fere o parágrafo único do artigo 104 da Constituição Federal, que estabelece a organização nos Estados da criação e implantação das Defensorias Públicas, sem exceção a criação de outra forma de Defensoria (BRASIL, 2006).

A ausência do executivo em regulamentar a Defensoria Pública, culminou com a previsão no art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que normalizou a

Defensoria Pública com o seguinte teor “A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar” (CAOVILLA, 2006, p. 107). Diante da omissão, o Estado utiliza-se de subterfúgios para repassar a responsabilidade da garantia de acesso à justiça aos advogados.

Após vários anos de discussão acerca da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº155/97, o Supremo Tribunal Federal, nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 4270 e 3892, declarou inconstitucional do artigo 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e a Lei Complementar n. 155/97 que criou a Defensoria Dativa em Santa Catarina, estabelecendo ainda na referida decisão, o prazo de 12 meses para o Estado de Santa Catarina criar a Defensoria Pública Estadual.

Cabe ressaltar, o presente estudo dará maior enfoque a prestação da assistência judiciária exercida pela Defensoria Dativa e o impacto da implantação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, deixando um pouco de lado a prestação da assistência judiciária nos demais Estados brasileiros.

Diante da realidade vivenciada pelo Estado de Santa Catarina, faz-se necessário e pertinente o estudo acerca da regulamentação da Defensoria Pública nesse Estado, abordando os reflexos estaduais e regionais de sua implantação.

### CAPÍTULO III

## **4 O IMPACTO DA IMPLANTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM SANTA CATARINA**

### 4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Até a poucos meses, o Estado de Santa Catarina era o único Estado brasileiro a não aderir a Defensoria Pública, sistema garantido constitucionalmente como o objetivo de proporcionar a assistência judiciária gratuita e o acesso à justiça aos cidadãos comprovadamente carentes.

O Estado de Santa Catarina exercia a assistência judiciária por meio de um convênio, regulamentado pela Lei Complementar nº155/97, do Governo Estadual com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC), buscando a efetivação do acesso à justiça.

Ressalta-se, esse modelo de assistência judiciária era o único vigente no Brasil. Após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4270 e 3892, que declararam a inconstitucionalidade do artigo 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e a Lei Complementar nº 155/97 que criou a Defensoria Dativa em Santa Catarina, estabelecendo ainda, o prazo de 12 meses para o Estado de Santa Catarina criar a Defensoria Pública Estadual.

Dessa forma, se faz necessário o estudo acerca da realidade da Defensoria Dativa no Estado de Santa Catarina e da Defensoria Pública no Brasil, bem como o impacto da implantação desta última para o Estado de Santa Catarina.

#### **4.1.2 A realidade da assistência judiciária gratuita por meio da Defensoria Dativa no Estado Santa Catarina**

Conforme abordado no capítulo anterior, a Defensoria Dativa foi criada para suprir a falta da regulamentação e implantação da Defensoria Pública no estado de

Santa Catarina. No entanto, após duras críticas de legisladores, juristas e parlamentares, a legislação que a instituía foi declarada inconstitucional.

Embora a legislação tenha sido declarada inconstitucional, ainda há posicionamentos diversos quanto a sua abrangência, pois, se levado em consideração à atuação da Defensoria Dativa no atendimento efetivo às pessoas necessitadas, em detrimento da Defensoria Pública nos demais estados brasileiros, assistência judiciária e o acesso à justiça foram exercido no seu mais amplo termo no estado de Santa Catarina (CONSULTOR JURÍDICO, 2012).

Para o Defensor Público Gabriel Faria Oliveira (ANADEF, 2012), a Defensoria Dativa é um sistema de assistência judiciária, limitado ao judiciário e em prejuízo ao cidadão e ao advogado.

Para ele, a assistência jurídica integral e gratuita, garantida pela Constituição Federal, é consideravelmente mais ampla, envolvendo a atividade consultiva, divulgação e instrução de direitos humanos e voltada prioritariamente à solução extrajudicial de litígios, e deve ainda, ser prestada por órgão público, representada por Defensores Públicos (ANADEF, 2012).

Sob o mesmo o entendimento, para Caovilla (2006) a Defensoria Dativa não satisfaz as necessidades dos cidadãos que precisam da assistência judiciária gratuita, pois a legislação que a regulamenta, somente prevê a atuação judicial, o que não garante uma boa atuação dos profissionais, pois profissional não é motivado para o trabalho, já que não recebe em dia pelos serviços prestados, e nem sabe quando e quando irá receber.

Já para a gerente da Defensoria Dativa da Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado de Santa Catarina, Flavia Pimentel, a visão acerca da prestação da assistência judiciária gratuita por meio da Defensoria Dativa é totalmente diferente, eis que o real sentido do princípio da dignidade da pessoa humana, norteador da Defensoria Pública, vem sendo desempenhado da melhor forma, eis que o atendimento ocorre de forma rápida e eficaz a quem necessita do serviço (BRASIL, 2011).

E mais, Flavia Pimentel ainda destacou que em Santa Catarina há um defensor dativo para cada 1.058 pessoas, enquanto que nos estados com o modelo tradicional, de Defensoria Pública, há um defensor público para cada 32 mil pessoas. Assim, entende-se que a Defensoria Dativa atende, no seu mais amplo sentido, o direito de acesso à justiça as pessoas carentes no Estado de Santa Catarina.

Durante uma audiência pública realizada na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em discussão acerca da inconstitucionalidade da legislação que regulamentava a Defensoria Dativa, o então presidente da Associação dos Magistrados Catarinense, juiz José Agenor de Aragão, mencionou que o sistema de Defensoria Dativa oferecido pela OAB é bom e deveria continuar, com a correção de que os repasses sejam feitos pelo Estado aos advogados conforme fosse sendo aprovadas as defesas, já que muitas vezes há atraso (BRASIL, 2011).

Embora houvesse posicionamentos conflitantes acerca da constitucionalidade e da garantia de acesso à justiça à população carente, a legislação que regulamentava a Defensoria Dativa foi declarada inconstitucional.

Após o julgamento da inconstitucionalidade, em nota, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina, Paulo Borba assim se pronunciou:

A OAB aplaude e enaltece enfaticamente a excelência do trabalho desenvolvido pelos Advogados dativos em favor da população desprovida de recursos financeiros, prestado com zelo e dedicação desenvolvido pelos 5.710 Advogados catarinenses que atuam como defensores dativos em todo o Estado e que apenas nos últimos cinco anos (de 2007 a 2011) realizaram cerca de 740.000 atendimentos, repudiando as manifestações desrespeitosas e de menosprezo dirigidas às atividades desenvolvidas (BRASIL, 2012).

Ainda, mencionou que, Santa Catarina apesar de possuir 3,63% da população do país, é o terceiro Estado que mais possibilita acesso aos serviços judiciários, com um defensor para cada 700 pessoas, número considerado adequado para as necessidades catarinenses. Com a instalação da Defensoria Pública, haverá a necessidade de contratação inicial de 311 defensores públicos, levando em consideração a quantidade de pessoas necessitadas, tendo o governo de arcar com uma despesa suplementar de cerca de R\$ 300 milhões, sendo que a Defensoria Dativa já atende perfeitamente a demanda dos 293 municípios catarinenses (BRASIL, 2011).

Todavia, diante dos posicionamentos citados, deve ser levado em consideração que a Defensoria Dativa exercida por profissionais autônomos, procura viabilizar o acesso à justiça no seu mais amplo termo, equiparando os necessitados aos seus clientes particulares, dedicando-se à cada caso como se fosse único.

Ocorre que, quando trata-se de litígios na ordem administrativa ou que possam ser resolvido extrajudicialmente, o profissional que dedicou-se a resolvê-lo, não receberá por isso, o que acaba desmotivando os bons profissionais à exercer a Defensoria Dativa.

Diante desse dissenso, faz-se necessário uma abordagem acerca da realidade atual da Defensoria Pública no Brasil, analisando a sua atuação junto aos necessitados.

#### **4.1.2 A Situação atual da Defensoria Pública no Brasil**

Conforme abordado no item anterior, para muitos juristas a Defensoria Dativa não atende aos anseios e necessidade de população carente, que necessita da prestação de assistência judiciária.

Os cidadãos querem exercer seus direitos constitucionalmente previstos, para ver garantido o exercício de sua cidadania, e isto só será possível por intermédio de outros meios, que não só o judiciário, para satisfazer os direitos fundamentais (CAOVILLA, 2006).

Assim, entendem que a implantação da Defensoria Pública no estado de Santa Catarina é necessária, a fim de garantir à qualquer pessoa, que independente dos recursos financeiros, possa pleitear seus direitos. Por essa razão, defendeu-se a ideia de que a implantação de Defensorias Públicas é uma forma de garantir o efetivo acesso à justiça ao cidadão (BRASIL, 2011).

Nas palavras de Caovilla (2006), a base para criação da Defensoria Pública é garantir o acesso à justiça, em seu mais amplo termo, para toda população de baixa renda. Defensoria Pública age como instrumento de justiça, capaz de desempenhar a função jurisdicional do Estado, não atuando somente em face do Poder Judiciário, mas como uma das formas de acesso à ele.

A função da Defensoria Pública é a prestação de assistência jurídica e não somente judiciária, possibilitando melhor desenvolver o acesso à justiça a população carente, como a assistência jurídica preventiva e a assistência jurídica curativa.

Sob o enfoque formal, a Defensoria Pública parece-nos o melhor sistema para garantir o acesso à justiça a população carente. No entanto, alguns dados acerca da

realidade da Defensoria Pública são alarmantes, mais ainda quando comparados ao sistema da Defensoria Dativa no estado de Santa Catarina.

Segundo o mapeamento do perfil da Defensoria Pública no país, no ano de 2005, o Brasil tinha 3.440 defensores públicos. Um número insignificante que dá a média de 1,86 Defensores Públicos para cada 100 mil habitantes. Uma simples comparação com a quantidade de juízes deixa claro que o número de profissionais para atender a população que depende da prestação gratuita dos serviços de orientação jurídica é totalmente insuficiente. A média de juízes no país é de 7,7 juízes para cada 100 mil habitantes. O estudo ainda demonstrou que o grau de cobertura das Defensorias Públicas era de apenas 42,% das comarcas brasileiras (CONSULTOR JURÍDICO, 2012).

Os dados são ainda mais alarmantes quanto a atuação dos Defensores Públicos, sendo que, cada defensor público no país respondeu por uma média de 308,2 ações cíveis e 112,8 ações criminais, realizou 1.594,3 atendimentos e participou de 298,7 audiências, o que referem-se à 6,13 atendimentos diários, 1,61 novas ações por dia e 1,14 audiências por dia, o que resalta ainda mais a sobrecarga de trabalho à que os mesmos são expostos (CONSULTOR JURÍDICO, 2012).

A quantidade mínima de Defensores Públicos em relação à grande procura por parte da população carente acaba gerando um quadro de instabilidade, uma vez que não é possível atuar na defesa de todos os que necessitam, abrangendo apenas cerca de 40% das comarcas e sessões judiciárias existentes. (BRASIL, 2004).

No caso da União, infelizmente, existem apenas 481 Defensores Federais para atender milhões de brasileiros perante a Administração Pública (INSS, SUS, Caixa Econômica Federal, IBAMA, INCRA, presídios federais, etc.) e perante a Justiça (Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar). Das 264 localidades com presença da Justiça Federal, a Defensoria Pública da União (DPU) está presente em apenas 58 (MOREIRA, 2012).

E mais, o Tribunal de Contas da União (TCU), em decisão de 2 de março de 2011, identificou um déficit de pelo menos 807 Defensores Públicos Federais para que a DPU possa ter atuação digna.

Para Silva (2008), que também é Defensor Público, o quadro atual de Defensores Públicos da União é bastante reduzido em relação à alta demanda da população.

Não há como exercer a assistência judiciária no seu mais amplo termo, se existe uma sobrecarga de trabalho desumano. E mais, sob o uma análise bem objetiva, um Defensor que em razão da demanda somente consegue encontrar-se com o réu uma hora antes do júri ou, que não pode comparecer nas audiências de conciliação em razão da falta de tempo... realmente estará exercendo uma defensoria é eficaz só porque foi criada em conformidade com a Constituição Federal de 1988? Estará garantindo o direito de acesso à justiça no seu mais amplo termo?

Passados quase 25 anos da promulgação da Constituição Federal, o direito fundamental ao acesso à justiça ainda não é uma realidade. A Defensoria Pública da União vive em permanente situação de emergência (MOREIRA, 2012).

Outro ponto à ser destacado, é a remuneração inferior dos defensores públicos em relação aos membros que compõe o Ministério Público, ferindo a previsibilidade constitucional que traz no mesmo patamar de importância tais instituições. Essa situação gera descontentamento e desestímulo aos profissionais, fazendo com que optem por prestar outros concursos seguindo outras funções (CONSULTOR JURÍDICO, 2012).

Quanto à distribuição das Defensorias nas regiões brasileiras, percebe-se um contra senso, já que, as áreas que mais necessitam, levando em consideração o alto índice de pessoas carentes, de uma maior quantidade de defensores, são as que apresentam menor proteção (BRASIL, 2004).

Assim, verifica-se a necessidade de implantação de novas defensorias para atender o maior número de pessoas carentes, evitando a sobrecarga de trabalho aos defensores, bem como o fortalecimento das Defensorias já existentes.

Dessa forma, percebe-se a real necessidade de superação das barreiras impostas à máxima efetividade da Defensoria Pública, uma vez que somente ultrapassando tais limites, possibilitará a aplicação dos objetivos propostos pelo Estado, na busca por construir uma sociedade justa e igualitária, garantindo o acesso à justiça no seu mais amplo termo (BRASIL, 2004).

Entretanto, o fortalecimento da Defensoria Pública sem a real mudança da justiça da forma que se apresenta hoje, de nada adiantaria, uma vez que é necessário também um comprometimento de toda a sociedade, garantindo à todos a possibilidade de usufruir de seus direitos, garantindo a igualdade substancial e não somente a igualdade formal perante a lei.

### **4.1.3 O impacto da regulamentação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina**

Conforme demonstrado no decorrer do estudo, após a declaração de inconstitucionalidade da legislação que a regulamentava a Defensoria Dativa, a implantação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina já começa a sair do papel.

O edital do primeiro concurso público para ingresso na Defensoria Pública de Santa Catarina foi publicado no último dia 10 de outubro e as inscrições já estão abertas e seguem até o dia 9 de novembro (BRASIL, 2012).

Embora a formalidade de estabelecer as diretrizes e implantar a Defensoria Pública esteja saindo conforme planejado, será que a Defensoria Pública atenderá os anseios da população carente de Santa Catarina da mesma forma que a Defensoria Dativa o fez por muito tempo?

A análise dos dados concretos somente será possível após a implantação efetiva dos núcleos da Defensoria Pública em cada Cidade e pelo que se observa no projeto de implantação, Santa Catarina terá apenas 21 unidades, com 60 Defensores Públicos à atender toda a população carente do Estado (BRASIL, 2012).

Há de se destacar, o Estado possuía um Defensor Dativo para cada 700 pessoas, um número considerado adequado para as necessidades catarinenses, mas agora terá apenas 60 Defensores para todo o Estado.

Será que esse “número” de Defensores conseguirá atender toda a população carente, garantindo-lhes o acesso à justiça nos termos elencados na Constituição Federal ou será apenas mais uma instituição formalmente “garantidora dos direitos dos necessitados”?

Durante uma das audiências públicas de discussão da implantação da Defensoria Pública no Estado, o deputado Maurício Eskudlark mostrou-se preocupado com as finanças para a criação da defensoria pública. “Não é simples criar mais uma instituição, mais um custo para o governo, quando o modelo atual cumpre a defesa do cidadão, conforme preconiza a Constituição Federal”, disse (BRASIL, 2012).

Na mesma audiência, outros parlamentares também manifestaram sua preocupação. Darci de Matos, questionou acerca de que, quem garante que,

empobrecidos, os novos defensores públicos não peçam isonomia salarial aos procuradores, onerando ainda mais o Estado?

Já o subprocurador da Justiça, José Galvani Alberton, “É importante refletir sobre o hiato entre a criação da nova estrutura e a sua efetiva capacidade de responder às demandas da sociedade”, disse.

A Defensoria Dativa custa ao Estado de Santa Catarina anualmente, 12 milhões de reais, enquanto no Rio Grande do Sul, com o sistema de Defensoria Pública vigente, com apenas 250 Defensores, gasta aproximadamente 83 milhões de reais por ano, e, podem custar ainda mais, já que esses profissionais estão querendo receber o mesmo vencimento que ganha um promotor de justiça (BRASIL, 2012).

Então, se no Estado do Rio Grande do Sul, grande e rico como é, possui apenas 250 Defensores Públicos, quantos realmente serão disponibilizados em Santa Catarina? Haverá Defensores Públicos suficientes para a demanda?

Teme-se que o caixa do Estado não suporte o serviço, tendo em vista que, se atualmente o Estado não consegue pagar os advogados dativos, que são muito mais baratos, consistindo uma falta de respeito do governo para com os advogados, descumprindo a lei, terá dinheiro para bancar uma defensoria pública? (BRASIL, 2012).

E mais, conforme já mencionado nos itens anteriores, existe a preocupação de que futuramente os Defensores Públicos queiram requerer isonomia aos procuradores de Estado, onerando ainda mais a folha de pagamento do Poder Executivo.

Diante de todas essas controvérsias, resta a esperança de que a Defensoria Pública realmente seja eficaz em nosso estado, diferentemente da realidade dos demais Estados brasileiros.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história as legislações acerca da assistência judiciária foram se moldando de acordo com as necessidades da população.

O Estado passou a ser responsável pela criação de mecanismos que garantam o acesso à justiça à população economicamente carente, a fim de tentar coibir as diferenças das camadas sociais.

O direito de acesso à justiça é direito fundamental, garantido constitucionalmente à toda pessoa. Trata-se de cláusula pétrea, não pode ser mitigado, apenas ampliado.

O acesso à justiça é muito mais que a simples judicialização dos problemas, é a garantia de que os direitos, mesmo aqueles de ordem extrajudiciais, serão resolvidos pelo Estado.

Em razão dessa obrigação constitucional, o Estado criou a instituição da Defensoria Pública para possibilitar ao cidadão economicamente carente, a assistência judiciária gratuita, a fim de não deixá-los em desvantagem aos demais cidadãos que possuem condições de efetuar o pagamento de um advogados, taxas e demais despesas processuais.

Embora tal instituto tenha sido criado para proporcionar o efetivo acesso à justiça, na grande maioria das vezes não consegue materializar os objetivos à que se propôs em sua criação.

O déficit de profissionais e de estrutura, em “choque” com a enorme demanda que aumenta à cada dia, fazem com que a Defensoria Pública não consiga atender à todos que necessitam.

No Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública esta dando os primeiros passos de implantação. Até então, a Defensoria Dativa era quem proporcionava assistência judiciária gratuita à população economicamente carente, e de certo modo, era exercida de maneira exemplar.

A Defensoria Dativa era exercida por profissionais autônomos, por meio de um convênio do Governo do Estado com a Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina para o atendimento da população economicamente carente, inclusive, sendo tecida de elogios pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora a Defensoria Dativa estivesse atendendo as necessidades da população carente do Estado de Santa Catarina, há alguns anos iniciou-se uma discussão acerca da constitucionalidade da lei que a regulamentava. Infelizmente, em meados deste ano, a legislação foi declarada inconstitucional, obrigando o Estado a implantar a Defensoria Pública nos moldes da Constituição Federal de 1988.

Muito ainda se discute acerca efetividade ou não dessa decisão. Mas como a Defensoria Dativa foi declarada inconstitucional, não pode mais operar efeitos, tendo cessado na grande maioria das cidades, os serviços prestado por profissionais liberais, estando a população carente no aguardado da implantação da Defensoria Pública.

Após a análise dos dados que demonstram a triste realidade da Defensoria Pública nos demais estados do Brasil, confrontando com os dados apresentados pela Defensoria Dativa até então, observou-se que em ambas as instituições possuem falhas. Porém, sob uma abordagem geral, acredita-se que a Defensoria Dativa ainda era a melhor instituição para garantir o acesso à justiça em nosso Estado.

Entristece-nos saber que o Estado possuía um Defensor Dativo para cada 700 pessoas e agora com a implantação de 21 núcleos de defensorias, terá apenas 60 Defensores Públicos todo o Estado de Santa Catarina.

As mudanças são necessárias, afinal a legislação vigente atualmente é a da Defensoria Pública. Não há como retroagir e “voltar” a operar com a Defensoria Dativa.

A população carente terá de se adequar a essa nova instituição. O Estado de Santa Catarina deverá se adequar economicamente para garantir o funcionamento desses núcleos de Defensorias e aumentar a capacidade de profissionais a cada ano.

De certo, o mesmo número de profissionais atuante que a Defensoria Dativa possuía, o Governo do Estado não terá condições de manter nas Defensorias Públicas. Assim, deverá buscar mecanismo de parcerias com profissionais autônomos para garantir a assistência judiciária à população carente, nas cidades onde não haverá núcleo de defensoria, ou mesmo nos casos em que os Defensores não consigam atender a demanda.

Diante da análise do estudo, resta-nos a esperança de que a Defensoria Pública cumpra efetivamente com os objetivos dispostos na legislação constitucional, proporcionando da melhor maneira possível o acesso à justiça da população economicamente carente do Estado de Santa Catarina.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Roberto. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Publicação São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Legislativo discute instalação da defensoria pública em SC**. 2011. Disponível em [http://www.alesc.sc.gov.br/portal/imprensa/leitor\\_noticia.php?codigo=26931](http://www.alesc.sc.gov.br/portal/imprensa/leitor_noticia.php?codigo=26931). Acesso em 29 de setembro de 2012.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Implantação Defensoria Pública em SC**. 2012. Disponível em <http://www.alesc.sc.gov.br/portal/imprensa>. Acesso em 28 de agosto de 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei Complementar Federal nº 80 de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. 2004. Disponível em: <http://www.anadep.org.br>. 15 de setembro de 2012.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Nota Oficial: OAB/SC esclarece advogados e sociedade sobre a defensoria dativa**. **Jornal on line da OAB/SC**. Edição 981, 19 de Abril de 2012. Disponível em: <http://www.oab-sc.com.br/jornalnoticia>. Acesso em: 21 de abril de 2012.

BEZERRA, Paulo César. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 284p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; MUSTIFAGA, Maria Bernadete. **A justiça em Aristóteles**. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. 190 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. 4ªed. Publicação Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à justiça e cidadania**. 2ªed., Chapecó: Argos, 2006. 227p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988. 168 p.

CONSULTOR JURÍDICO. **Santa Catarina mantém sistema de defensoria dativa**. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-05/santa-catarina-sinaliza-nao-mudar-modelo-defensoria-dativa>. Acesso em 08 de setembro de 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUARTE, Paulo Roberto Pontes. Revista OAB/SC. Caderno de Temas Jurídicos. **O Magistrado e a efetiva prestação jurisdicional e o acesso à justiça**. Ed., n. 129. Fev. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUEDES, Enildo Marinho. **Curso de metodologia científica**. 2ªed., Curitiba: HD Livros, 2000. 224 p.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **A cobrança de custas judiciais no Estado de São Paulo sob a perspectiva do Acesso à Justiça**. 2000. Disponível em: <http://augustomarcacini.net/index.php/Processo/CustasAcesso>. Acesso em: 23 março de 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 510 p.

MOREIRA, Heraldo. **A triste realidade da Defensoria Pública da União**. 2012. Disponível em <http://www.blogsoestado.com/heraldomoreira/2012/08/28/a-triste-realidade-da-defensoria-publica-da-uniao>. Acesso em: 08 de setembro de 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 248 p.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Gabriel Faria. **Sistema de defensoria dativa penaliza advogados**. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-13/sistema-defensoria-dativa-inconstitucional-penaliza-advogados>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

PAULA, Arquilau de. **O acesso à justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3401>. Acesso em: 23 mar. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23ªed., São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição da República de 1988**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Vandeler Ferreira da. **O Defensor Público**. 2008. Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/defensor-publico/>. Acesso em: 30 de agosto de 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. 198 p.