



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**DOUGLAS CANNIGIA DA CUNHA SOARES**

**FUNÇÃO EFETIVA E FUNÇÃO SIMBÓLICA DA DEFENSORIA PÚBLICA**

**CAMPINA GRANDE  
2017**

**DOUGLAS CANNIGIA DA CUNHA SOARES**

**FUNÇÕES EFETIVAS E FUNÇÕES SIMBÓLICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito obrigatório à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Lucira Freire Monteiro.

**CAMPINA GRANDE  
2017**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S713f Soares, Douglas Cannigia da Cunha  
Função efetiva e função simbólica da defensoria pública  
[manuscrito] / Douglas Cannigia da Cunha Soares. - 2017.  
47 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2017.

"Orientação: Profa. Dra. Lucira Freire Monteiro,  
Departamento de Direito Público".

1. Direitos. 2. Difusos. 3. Coletivos. 4. Defensoria Pública.  
5. Funções Efetivas. 6. Funções Simbólicas I. Título.

21. ed. CDD 342.02

DOUGLAS CANNIGIA DA CUNHA SOARES

FUNÇÕES EFETIVAS E FUNÇÕES SIMBÓLICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

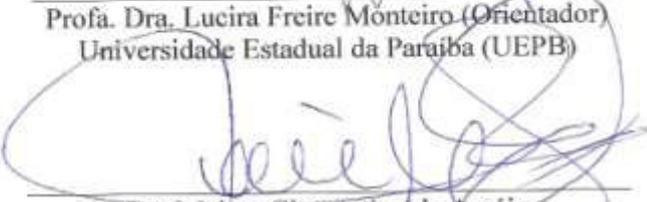
Trabalho de Conclusão de Curso da  
Universidade Estadual da Paraíba, como  
requisito obrigatório à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Lucira Freire  
Monteiro.

Aprovada em: 12/05/2017.

**BANCA EXAMINADORA**

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dra. Lucira Freire Monteiro (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Jaime Clementino de Araújo  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Russ Howel Henrique Cesário  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Não apenas aos meus pais, mas também à  
minha esposa, à minha avó, à minha irmã e à minha  
professora orientadora, pela dedicação,  
companheirismo e amizade, DEDICO.

## AGRADECIMENTOS

À professora Lucira Freire Monteiro não apenas pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação, mas também pela atenção e dedicação.

Aos avaliadores Jaime Clementino de Araújo e RussHowel Henrique Cesário pela solicitude em participar da avaliação.

À unidade da Defensoria Pública em Campina Grande e a todos os seus membros, sejam defensores, estagiários, funcionários e servidores, que abrilhantaram por dois anos minhas manhãs.

Em especial às Dras. Diana Freitas de Andrade e Emília de Assis Alcoforado Costa, defensoras públicas federais com as quais tive o privilégio de trabalhar e aprender bastante.

Ao meu pai Silas Soares da Fonseca, à minha mãe Maria Elbanise da Cunha Soares e minha avó Ester Neri da Cunha, pela gigantesca ajuda que me proporcionaram durante o curso, sem os quais, de certo, eu não teria chegado até aqui.

À minha esposa Silvia Myzrayn de Oliveira Soares que, embora tenha chegado no meio da caminhada, foi de suma importância para que eu concluísse o curso, uma vez que não apenas sempre me ajudou de todas as formas necessárias, mas diuturnamente me animou quando o esmorecimento batia a porta.

Aos meus amigos pela compreensão

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

“Só há direitos onde há obrigações; e de quem é a obrigação de defender esses direitos?”.

(Roger Scruton)

## RESUMO

Este trabalho parte da consideração de que a Defensoria Pública como instância de proteção aos direitos fundamentais, atua em dois âmbitos de realização dos direitos que acabam por se traduzir como funções. Esses dois âmbitos como funções são aqui denominados de função efetiva e função simbólica. Esta percepção foi construída na experiência de dois anos durante o estágio obrigatório desenvolvido na Defensoria Pública Federal em Campina Grande. Como tal, é uma pesquisa que reúne a observação direta, participante e com fontes primárias, mas também o que aqui se apresenta é resultado de um estudo bibliográfico, com base na legislação pátria e na doutrina jurídica da atualidade. O tema de referência para a atividade realizada tanto como estágio, quanto como pesquisa está na positivação e garantia constitucional dos direitos difusos e coletivos.

**Palavras-Chave:** Direitos. Difusos. Coletivos. Defensoria. Pública. Funções Efetivas. Funções Simbólicas. Atividade Formal. Atividade Material.

## ABSTRACT

This work is based on the consideration that the Public Defender's Office as an instance of protection of fundamental rights, operates in two spheres of realization of the rights that end up translating themselves as functions. These two scopes as functions are here termed effective function and symbolic function. This perception was built on the experience of two years during the mandatory internship at the Federal Public Defender's Office in Campina Grande. As such, it is a research that brings together direct observation, participant and primary sources, but also what is presented here is the result of a bibliographic study, based on the country's law and current legal doctrine. The reference theme for the activity carried out both as a stage and as research is in the protection of the constitutional guarantee of diffuse and collective rights.

**Keywords:** Diffuse Rights.  
Collective. Defensoria Public. Effective Functions. Symbolic Functions. Formal Activity. Activity Material.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2</b>	<b>PAPÉL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA.....</b>	<b>08</b>
<b>2.1</b>	<b>Composição histórica da Defensoria Pública.....</b>	<b>08</b>
<b>2.2</b>	<b>Regramento constitucional da Defensoria Pública.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>Regulamentação íntima da Defensoria Pública.....</b>	<b>16</b>
<b>2.4</b>	<b>Expectativas sociais - preparação para a função simbólica.....</b>	<b>18</b>
<b>2.5</b>	<b>Atuação material da Defensoria Pública.....</b>	<b>19</b>
<b>2.5.1</b>	<i>Atuação material no campo do Direito Civil.....</i>	<i>19</i>
<b>2.5.2</b>	<i>Atuação matéria no campo do Direito Penal.....</i>	<i>21</i>
<b>2.6</b>	<b>Atuação formal da Defensoria Pública.....</b>	<b>22</b>
<b>2.6.1</b>	<i>Distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e atuação da Defensoria Pública na concretização de ambos.....</i>	<i>23</i>
<b>2.6.2</b>	<i>Perspectiva histórica dos Direitos Humanos.....</i>	<i>23</i>
<b>2.6.3</b>	<i>Atuação da defensoria na busca dos Direitos Humanos .....</i>	<i>28</i>
<b>3</b>	<b>FUNÇÃO SIMBÓLICA DA DEFENSORIA PÚBLICA.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1</b>	<b>Significado da palavra símbolo.....</b>	<b>31</b>
<b>3.2</b>	<b>Política e constituição, e a positivação dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>33</b>
<b>3.3</b>	<b>Constitucionalização simbólica em sentido positivo e negativo.....</b>	<b>34</b>
<b>3.4</b>	<b>A ambivalência da função simbólica da Defensoria Pública.....</b>	<b>35</b>
<b>4</b>	<b>OS DIREITOS DIFUSOS E O INTERESSE COMO DIREITO.....</b>	<b>39</b>
<b>4.1</b>	<b>O novo constitucionalismo e a redemocratização do Brasil.....</b>	<b>39</b>
<b>4.2</b>	<b>Os direitos difusos e coletivos.....</b>	<b>40</b>
<b>4.3</b>	<b>Expectativas sociais e institucionais - função judicial e simbólica.....</b>	<b>41</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>43</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>44</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Podemos dizer que hoje em dia não apenas a sociedade brasileira, mas também todo o mundo ocidental vive na era dos direitos. Isso porque são praticamente uníssonas as vozes políticas no sentido de buscar a concessão de cada vez mais direitos aos cidadãos.

Não obstante, as práticas políticas da atualidade são cada vez mais submetidas à exigências de realinhamento com o direito vez que os agentes políticos são objeto de desconfiança dos cidadãos, em larga medida pela inefetividade das promessas e dos discursos ideológicos partidarizados.

É notório que os discursos políticos têm como objetivo a consagração no diploma constitucional de uma gama enorme de direitos. No entanto, o hiato entre o discurso da norma e o discurso prático da política produz expectativas na população que acabam por criando uma intersecção entre o que se tem e o que se almeja, isto é, o âmbito de efetivação dos direitos tem conexão com o âmbito das representações gerando uma função simbólica às instancias de realização dos direitos.

Por óbvio, a Defensoria Pública, como Órgão de estado e operacionalizado pelo poder político, não esta imune a essas ingerências políticas, de maneira que muito de sua atuação é instrumental, ou seja, serve para objetivos políticos simbólicos.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo principal a análise, com base na experiência de dois anos do autor como estagiário da unidade de Campina Grande da Defensoria Pública Federal, da função efetiva e da função simbólica da Defensoria Pública.

Desta forma, o foco de nossa observação promoveu esta reflexão em torno da função constitucional da Defensoria Pública atrelada à função simbólica atribuída pela cidadania, especialmente em torno de direitos difusos e coletivos.

## **2. PAPEL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Hoje o regramento legal e constitucional da Defensoria Pública traz inúmeras atribuições para o órgão, que vão desde a representação processual dos necessitados, passando pela busca da concretização dos Direitos Humanos e da Dignidade Humana, desembocando, por fim, e não menos importante, na defesa dos Direitos Difusos e Coletivos.

Nesta senda é que se torna imperioso conhecer o desenvolvimento das disciplinas legal e constitucional do órgão, de modo a se tomar conhecimento não apenas do crescimento de suas atribuições, mas também da sua importância para a concretização dos direitos.

### **2.1 Composição histórica da Defensoria Pública**

Primeiramente, vale destacar o trinômio que embasa a questão da assistência judiciária gratuita. Este trinômio é constituído de: a) serviço público prestado; b) de quem irá prestá-lo e, por fim; e, c) do que se encontra abrangido na prestação do serviço. O serviço público prestado é a assistência judiciária gratuita, que não se confunde com a Defensoria Pública em si, mas é constituída pelo serviço prestado por esta.

Vale ressaltar que, hoje, não cabe à defensoria apenas a assistência judiciária, que limitaria a atuação do órgão defensorio às questões judiciais, mas sim assistência jurídica, porquanto a defensoria atua também, nos termos do artigo 134 da Constituição Federal, em questões extrajudiciais, como conciliação e consultoria.

A questão de quem deverá prestar essa assistência judiciária gratuita trata da ideia do titular, daquele que, no plano fático, irá levar a efeito a assistência. Aqui surge a questão do órgão especial incumbido de prestar a assistência jurídica, que hoje, em nosso ordenamento jurídico, é a Defensoria Pública.

O terceiro e último elemento do trinômio consiste no que se encontra abrangido pela assistência jurídica gratuita, que, hoje, é constituída pela isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Esclarecidas essas questões conceituais para se entender a realização da defensoria pública no ordenamento pátrio, vale esclarecer a maneira como o referido órgão foi tratado nas diversas Constituições que moldaram o Estado brasileiro no século passado.

A primeira Constituição a tratar a respeito da Defensoria Pública foi a Magna Carta de 1934. Esta foi criada durante um período de crise. Após a revolução de 1930, as forças que ganharam o conflito ficaram devendo a criação de uma Constituição, que só foi editada em 1934 após a formação de uma assembleia nacional constituinte no mesmo ano.

Vale destacar que a Constituição de 1934 teve ampla inspiração na Lei Maior de Weimar, diploma que albergou um grande número de direitos sociais em seu bojo. Sob essa inspiração é que parecem ter sido criados os órgãos especiais de assistência judiciária, como órgãos de atuação positiva que teriam por objetivo isentar de honorários advocatícios aqueles que necessitassem de uma representação técnica em juízo.

Nessa esteira vale destacar o que a Constituição de 1934 no item 32 do Art. 113 aduzia sobre a defensoria:

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

O dispositivo constitucional atribuía a criação da assistência judiciária gratuita apenas aos Estados e a União, ou sejanão apenas a outros entes federativos, mas também a outras organizações civis não foram permitidas a prestação da assistência judiciária. Além disso o serviço abrangia apenas a assistência judiciária, e não a assistência jurídica, sendo a assistência limitada, por conseguinte, a esfera processual, como acima assinalado.

Percebe-se que a referida Carta trazia a necessidade da criação de “órgãos especiais”, ou seja, de órgãos especializados para levar a efeito com mais perfeição a assistência aos necessitados.

Após a curta vigência da Constituição de 1934, veio a Constituição de 1937, que não trouxe consigo nenhuma disposição no que tange a assistência judiciária gratuita. No entanto, tal omissão não deve ser encarada no sentido de uma proibição ao estabelecimento da assistência judiciária gratuita, tendo, à época, a possibilidade de a União e os Estados levarem a cabo e a efeito o estabelecimento da referida assistência.

Vale lembrar que foi sob a égide da Carta Maior de 1937 que o Código de Processo Civil de 1939 foi editado, trazendo à baila a questão da assistência judiciária gratuita, limitando, por conseguinte, os efeitos da omissão constitucional.

Aduzia o referido código, em seu art. 68, que:

Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício da gratuidade, que compreenderá:

(...)

Parágrafo Único: O advogado será escolhido pela parte; se esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz.

Ou seja, o Código de 1939 estabelecia, primeiro, a possibilidade de a pessoa escolher o advogado. Se a parte não o fizesse, seria indicado um membro da assistência judiciária, que à época era o órgão que podia ser criado pela União e pelos Estados com o objetivo de buscar na esfera judiciária o interesse dos mais necessitados.

Nesta senda constata-se o prejuízo por não haver naquela época uma Defensoria Pública independente na sua atuação, com autonomia funcional, administrativa e orçamentária. Isto porque, apesar de o código de processo civil ter previsto em seu artigo 76 que “*vencedor na causa o beneficiado, os honorários de seu advogado, as custas contadas em favor dos serventuários da justiça, bem como taxas e selos judiciário, serão pagos pelo vencido*”, não traz a hipótese de pagamento para os usuários da assistência judiciária vencidos no processo, o que, de certo, gerava prejuízo para a prestação judiciária gratuita, tendo em vista a ausência de honorários para o profissional

Após a constituição de 1937, veio a Constituição de 1946. Como Lei Maior não mais se omitia no que diz respeito à assistência judiciária gratuita, porquanto previa em seu §35 do art. 141 que: “*O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos mais necessitados.*”

Como se depreende desse dispositivo, a despeito de a Magna Carta trazer consigo a previsão da assistência judiciária gratuita, vale destacar que ela deu à lei infraconstitucional a incumbência de levar a efeito sua regulação. Além do mais, não trouxe a previsão do estabelecimento de “Órgãos Especiais” para o exercício da assistência.

Não se pode perder de vista que foi justamente sob a égide da Carta de 1946 que foi editada a Lei nº 1.060/50, e que é encarada, até hoje, como a principal lei acerca da assistência judiciária.

O artigo 1º da referida lei definiu assistência judiciária, ao aduzir que: “*os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei*”.

Esta inovação evidencia a responsabilidade para lidar com a assistência judiciária gratuita para os Estados e a União, trazendo a Ordem dos Advogados do Brasil e os municípios como colaboradores eventuais.

Em 1964, durante um período de efervescência política no qual os comunistas, liderados pelo então presidente João Goulart, estavam à beira de instaurar a ditadura do

proletariado no Brasil, os militares assumiram o poder com o apoio de diversos setores da população que clamavam por uma intervenção.

Nessa trilha, visando a reprimir movimentos revolucionários que se insurgiam, os militares suprimiram diversos direitos ligados à liberdade como objetivo de efetivar repressões sobre organizações de esquerda.

Nesse contexto foi editada a Constituição de 1967/69, a despeito de ser voltada principalmente à proteção da segurança nacional e ser altamente repressiva, não trouxe grandes mudanças no que tange à regulação da Magna Carta anterior. Isto porque o dispositivo que tratava da assistência judiciária era lacônico, ficando a regulação a cargo da Lei nº 1060/50, que foi recepcionada pela nova Constituição.

Vale ressaltar também que foi sob a égide da referida constituição que foi editado o Ato Institucional número 5- AI-5, o mais repressivo dessa série de ordens executivas, que ampliou bastante o poder do presidente da república, ao mesmo tempo em que tolhia mandatos políticos e restringia direitos e liberdades básicos, Além do mais, pelo referido ato, o Presidente da República podia fechar as casas legislativas das três esferas da Federação, exercendo as suas funções enquanto não houvesse a normalização das circunstâncias.

Assim, os atos praticados sob a égide do AI-5 não podiam ser controlados pelo judiciário,

Apesar do período altamente repressivo que reinava à época da Constituição de 1967/69, tal circunstância não interferiu na assistência judiciária, que, pode se dizer, foi regulada da mesma maneira que sob a égide da Magna Carta anterior.

Considerada a carta cidadã e de ter alto teor da moderna democracia e do constitucionalismo aberto, a Constituição Federal de 1988 trata da assistência jurídica gratuita em vários dispositivos. O primeiro deles é o artigo 5º, LXXIV, que prevê “*o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”.

Como se deduz de pronto do dispositivo acima mencionado, a Constituição passou a prever que o Estado garantirá não assistência judiciária, ou seja, assistência no âmbito do processo, mas sim assistência jurídica, que abrange não apenas a assistência judicial, mas também a extrajudicial.

Com essa importante inovação a assistência deixou de ser apenas judiciária, passando a envolver também a assistência em processos administrativos, consultorias e conciliação, procedimentos estes que não estão no âmbito da assistência judiciária.

Além do mais, a Constituição de 1988 foi a primeira a trazer a previsão da Defensoria Pública, sendo a que concretamente fez realidade a Defensoria Pública. Nessa trilha vale transcrever a redação original do artigo 134 da Lei Maior, *in verbis*:

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.

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

§2º Às defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2.

Vale destacar que antes da Carta Federal de 1988 não havia previsão constitucional para a existência da Defensoria Pública. O máximo que se teve foi que a Constituição de 1934 trouxe a previsão da criação de “órgãos especiais” para o exercício da assistência judiciária gratuita. A Lei Maior de 1988 criou a Defensoria Pública.

Sendo assim, com a criação da Defensoria Pública para desempenhar a assistência jurídica gratuita (lembrando que assistência jurídica, mais ampla, é diferente de assistência judiciária, menos ampla, conforme já esclarecido no início desse tópico), tem-se agora um órgão e um corpo de funcionários especializados para atender necessitados.

Com a edição das Emendas Constitucionais 45/2004, 69/2012 e 74/2013, foram estabelecidas as autonomias funcional, administrativa e orçamentária, respectivamente, da Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, sendo medida que as desvinculam de eventuais interferências do Poder Executivo, conferindo-lhes mais liberdade e um reforço para sua consolidação.

Indo ainda mais longe na autonomia e na conformação da Defensoria Pública, “a Emenda Constitucional 80/14 estabeleceu a simetria constitucional com o Poder Judiciário e o Ministério Público, constitucionalizou a legitimidade para a tutela coletiva e atribuiu-lhe a iniciativa de lei<sup>1</sup>”. A importância desta EC para o exercício da atribuição de defesa do cidadão necessitado é, especialmente, a inibição de uma hierarquização da Defensoria Pública em relação ao Ministério Público e até ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

---

<sup>1</sup> (LIMA, 2015): p. 24

## 2.2 Regramento constitucional da Defensoria Pública

O atual regramento constitucional da Defensoria Pública não é fruto apenas da ação do poder constituinte originário, pois várias foram as ações do poder constituinte reformador no sentido de delinear os atuais contornos do órgão.

A primeira alteração foi levada a efeito com a Emenda Constitucional 45/04. A referida Emenda, conhecida pela ampla reforma que fez no judiciário, passou a estabelecer a autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas Estaduais, além da prerrogativa da propositura orçamentária de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LOA.

Após, foi editada a Emenda Constitucional nº 69, que transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições para organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal.

No ano de 2013, foi editada mais uma Emenda Constitucional. A referida alteração atribuiu autonomia funcional, administrativa e de iniciativa da proposta orçamentária à Defensoria Pública Federal. Ou seja, a Defensoria Pública da União foi desvinculada de sua subordinação ao ente federativo denominado União Federal.

Por fim, e como última alteração no âmbito constitucional do Regramento maior da Defensoria Pública, foi editada a Emenda Constitucional nº 80/14, que, de fato, revolucionou os objetivos e o tratamento dispensado à Defensoria Pública.

A referida emenda alterou o *caput* do artigo 134. Com a nova redação, a defensoria passou a ser permanente, erigindo por isso, para muitos, como cláusula pétrea, em virtude da permanência informada pela Magna Carta.

Além do mais, passou a ter atuação extrajudicial, servindo, também para orientação jurídica fora do âmbito do processo, como consultorias, por exemplo. Passou, ainda, não apenas a ser uma instituição essencial para o estado democrático de direito, mas também a ter atribuições para a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, dos direitos coletivos.

Não obstante, a Emenda Constitucional 80/2014 instituiu os princípios unidade, indivisibilidade e independência funcional à defensoria, além de atribuir tratamento paritário do órgão defensorio, no que couber, àquele dispensado ao Ministério Público e a Magistratura.

Nesta senda, vale transcrever a atual redação do artigo 134 da Lei Maior, *in verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

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

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º;

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal;

4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Vale destacar que a remissão do § 4 do artigo 134 ao art. 93 e ao inciso II do artigo 96 dizem respeito a uma maior similaridade do regime da Defensoria Pública aos regimes do Ministério Público e da Magistratura após a alteração constitucional.

Ademais, do dispositivo acima transcrito se podem extrair as vigas mestras da atuação da defensoria, cujos delineamentos serão expostos a seguir. De pronto, indica com clareza que a função da defensoria pública se trifurca, vale dizer:

- *a orientação jurídica;*
- *a promoção dos direitos humanos na seara individual de maneira integral;*
- *a defesa dos direitos difusos e coletivos.*

Nesse contexto, vale destacar que a defensoria pública tem função típica e atípica. A função típica é aquela em que a sua atuação se dá em face dos economicamente necessitados, ao passo que a sua função atípica é aquela em que o órgão defensorio atua sobre uma necessidade jurídica ou organizacional. Com isto o conceito de “necessitados” é que designará o viés da atuação da defensoria.

Além do mais, a Constituição também traz consigo os princípios institucionais da atuação da defensoria, vale dizer, Unidade, Indivisibilidade e Independência funcional.

A unidade consiste, segundo Frederico Rodrigues Viana de Lima, em que os *“Defensores Públicos integram o mesmo órgão, regidos pela mesma disciplina, por diretrizes e finalidades próprias, e sob o pálio de uma mesma chefia. Todos os membros fazem parte de um todo, que é a Defensoria Pública<sup>2</sup>”*.

A indivisibilidade é caracterizada pelo fato de que os Defensores podem ser substituídos uns por outros sem que haja a interrupção da prestação da assistência jurídica ou prejuízo ao funcionamento do órgão.

Vale destacar que ambos os princípios acima mencionados apontam que quem representa aquele que se vale da Defensoria Pública é a própria defensoria pública. O defensor faz com que a defensoria esteja no processo, sendo o defensor o representante da defensoria.

Nesta direção a independência funcional consiste no fato de que a defensoria é independente frente a outros órgão ou agentes estatais, para que esteja a salvo de ingerências políticas próprias daqueles órgãos do poder.

No que tange à competência administrativa, vale destacar que é da União tratar da Defensoria Pública da União e dos territórios; dos Estados, para tratar da Defensoria Pública dos Estados; e do Distrito Federal para tratar da Defensoria Pública do Distrito Federal.

No que diz respeito à competência legislativa, vale destacar que é da União a competência exclusiva para legislar sobre a Defensoria Pública da União. O Estado e o Distrito Federal possuem competência suplementar para legislar a respeito das defensorias dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

Desta forma, a União terá, quanto à defensoria pública dos estados e territórios, competência para legislar sobre normas gerais, ou seja, sobre diretrizes a serem observadas pela defensoria dos Estados e do Distrito Federal. Já no que concerne a iniciativa legislativa, ela irá variar a depender do tipo de lei que se pretende editar.

Quando se tratar de normas gerais para as defensorias, seja da União, dos Estados, Distrito Federal ou território, a iniciativa partirá do presidente da República, já que não poderia ser dada a iniciativa ao Defensor Público Geral da União tendo em vista a autonomia das defensorias estaduais e do Distrito Federal em face da União.

Se assim não fosse, estar-se-ia permitindo que a Defensoria Pública da União controlasse as Defensorias do Distrito Federal e dos estados, o que de certo iria ferir a sua

---

<sup>2</sup>Lima (2015): p. 88

autonomia. Ademais, se a lei tratar da organização da Defensoria, a iniciativa será do Defensor Público Geral de cada ente federativo.

Por seu turno, a proposta orçamentária também deve ser de iniciativa das Defensorias, do mesmo modo que a proposta orçamentária da Defensoria Pública da União será feita por ela própria, acontecendo a mesma coisa com a Defensoria Pública do Distrito Federal, proclamando-se, por conseguinte, a autonomia financeira das três defensorias, nos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 34 da Constituição Federal.

### 2.3 Regulamentação íntima da Defensoria Pública

A Constituição, em seu artigo 34, § 1º, indica que caberá à instituição de lei complementar, por parte da União, para estabelecer normas gerais de organização para todas as defensorias nos diversos entes da federação.

Nessa trilha, buscando dar concretude ao mandamento constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Em 2009 foi editada a Lei Complementar nº 132, que foi responsável por levar a efeito amplas mudanças na Lei Complementar anterior, destacando-se entre elas, segundo Frederico Rodrigues Viana de Lima “*a expansão das atribuições da Defensoria Pública, a instituição de novas prerrogativas para os seus membros, além da regulamentação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública dos Estados*”<sup>3</sup>.

Foi a Lei Complementar nº 132/09 que definiu o papel da Defensoria na concretização dos direitos humanos e na defesa coletiva de direitos dos necessitados, valendo, nesse contexto, a transcrição do artigo 1º da referida lei, *in verbis*:

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

Nessa trilha, vale destacar também que a Lei Complementar nº 80/94 traz consigo os desideratos a que a Defensoria Pública visa a atingir, a saber:

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

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;

---

<sup>3</sup> Lima (2015): p. 109

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório

Tais alterações legislativas deram à defensoria ampliada importância em virtude de ter tido o seu papel elástico, porquanto o órgão passou a ter competência na concretização dos direitos humanos, da dignidade humana e redução das desigualdades sociais.

Vale ressaltar que a referida lei complementar é carente de regulamentação no que tange às Defensorias Públicas Estaduais, pois o objetivo do referido diploma é trazer normas gerais, cabendo a cada Estado levar a cabo e a efeito a regulamentação do órgão defensorial a atuar perante a Justiça Estadual.

Talvez seja no âmbito da Defensoria Pública dos estados que a atuação da defensoria seja mais deficiente. Conquanto a Defensoria Pública da União ainda precise de um apoio maior, sobretudo após a equiparação da Defensoria ao Ministério Público e a Magistratura e ao elastecimento de suas atribuições, dispõe de mais atenção e mais recursos por parte do ente federativo que lhe fornece os recursos.

Tomando como exemplo o Estado da Paraíba, mesmo com a determinação legal só foi realizado um único concurso neste ente federativo para a carreira, e mesmo assim os candidatos aprovados não foram nomeados até aqui. Vale destacar, ainda, que o referido processo seletivo não apenas abriu vagas insuficientes para a demanda àquela época, como também que os incentivos aos profissionais são sempre ínfimos.

Esse tratamento de descrédito se reflete na atuação do órgão. Segundo relatos de estagiários que trabalharam da Defensoria Pública Estadual, além de o atendimento ser limitado por certa quantidade de fichas distribuída diariamente, a demanda é tão grande que, no ato do atendimento, o assistido já sai com a “peça pronta”, carente, portanto, de uma detida análise pelo profissional do direito.

A título de comparação, na unidade de Campina Grande da Defensoria Pública da União, no ato do atendimento, é feito um cadastro no sistema SIS- DPU, que possibilita o acompanhamento do processo para qualquer defensor ou servidor da defensoria em qualquer lugar do Brasil. Após, o caso é remetido ao defensor que, analisando o caso, passa para o estagiário (responsável pela construção da defesa dos interesses do assistido) as instruções sobre quais as teses serão defendidas e qual a peça processual cabível para o caso concreto.

Após o estagiário terminar a peça, o defensor corrige e repassa para os servidores darem início ou andamento ao processo.

Nesta senda, já se constata uma grande disparidade entre a Defensoria Pública Federal e Estadual, de modo que a atuação desta última, pelo menos no Estado da Paraíba, carece de muitas condições, o que compromete sobremaneira a imagem da defensoria como auxiliadora dos necessitados.

Vale destacar que na Defensoria Pública Estadual chegamem maior medida os casos diretamente relacionados com a ausência de prestação positiva estatal, como por exemplo os agentes de crimes patrimoniais. Como a atuação da defensoria não é satisfatória cada vez mais avulta a consideração social de que o preso pobre está condenado a passar o resto de seus dias atrás das grades em virtude de não ter orientação jurídica adequada, reforçando os conceitos de função formal e simbólica da defensoria.

Dessa forma, apesar de à Defensoria, seja Federal, Estadual ou Distrital, em tese, caber à defesa e a buscada concretização dos direitos fundamentais outorgados na Constituição da República, isso nem sempre acontece, valendo desde logo ressaltar que, na realidade fática, tais desideratos carecem, e muito, de concretização.

#### 2.4 Expectativas sociais – preparação para a função simbólica

É indubitável que a Constituição Federal de 1988 atribui à defensoria a função de defensora dos pobres, dos desassistidos, dos necessitados, de modo que passa a ser o órgão que busca a concretização dos direitos humanos, conforme se depreende do artigo 134 da Constituição Federal após as alterações empreendidas pela Emenda Constitucional nº 80, de 04/06/2014, a saber:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe**, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, **a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados**, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º desta Constituição Federal (grifo nosso).

Nessa trilha, vale destacar que a defensoria assume dois papéis em sua função institucional, vale dizer, a representação processual e extraprocessual daqueles que não têm condições para arcar com os custos de um advogado, bem como na defesa, ou melhor, na aplicação efetiva dos direitos humanos.

É certo que a atuação da Defensoria Pública sempre será processual, de modo que o critério para a referida distinção é a preponderância da atuação, variando a depender do foco da atividade, vale dizer, se está na atuação processual ou na aplicação dos direitos humanos.

## **2.5 Atuação material da Defensoria Pública**

A representação processual e extraprocessual daqueles que não tem condições para arcar com os custos de um advogado, bem como na defesa ou aplicação dos direitos humanos, sejam eles individuais ou coletivos é a primeira função a ser assinalada.

Com isto entendemos que na medida em que a defensoria dá a sua maior contribuição para os aludidos necessitados, esta atuação é material. Isso porque ela consegue atender aos objetivos para os quais foi informada, que é o fornecimento gratuito de defensores públicos para a atuação processual ou extraprocessual na defesa dos interesses do assistido.

É nesta senda que a defensoria leva a cabo e a efeito um papel de destaque, seja na esfera cível, seja na esfera criminal.

### **2.5.1 Atuação material no campo do Direito Civil**

Nas questões cíveis a defensoria atua com destaque na área previdenciária, trabalhando para a concessão não apenas de benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência, como aposentadoria por invalidez, pensão por morte, auxílio doença, auxílio acidente de trabalho, mas também no deferimento do Benefício de Prestação Continuada previsto na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

É certo que a LOAS traz em seu bojo um benefício assistencial no valor de um salário mínimo para aquelas famílias que se encontram em situação de pobreza extrema, considera como tal o grupo familiar cuja renda per capita não ultrapasse 1/4 de salário mínimo.

No entanto, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal considera tal critério altamente defasado, tendo em conta que leis posteriores que tratam de outros benefícios sociais, como o Programa Social Bolsa Família por exemplo, tem adotado critérios flexíveis que determinam se uma pessoa se encontra em condição de miserabilidade extrema, entendendo que cabe, por conseguinte, a referida atualização também para o BPC-LOAS.

Sendo assim, o STF atualiza o critério previsto na LOAS em face de outros benefícios sociais, informando que a renda *per capita* exigida para a concessão do benefício previsto na LOAS é 1/2 de salário mínimo.

Dessa forma, tendo em vista que o dispositivo de Lei ainda não foi revogado, a Autarquia Previdenciária, na análise dos pedidos de benefício na LOAS, leva em conta o critério legal, e não o jurisprudencial, negando, por conta disto, muitos benefícios.

É justamente essa negativa que leva as pessoas à Defensoria Pública, com o objetivo de ter pra si o benefício assistencial com base no entendimento do STF, que é mais flexível e atualizado que o da lei.

Além disso, a defensoria atua com destaque, também, na defesa das comunidades Quilombolas que vivem em terras historicamente ocupadas. Vale destacar que existem muitas comunidades Quilombolas no Estado da Paraíba, comunidades estas que demandam proteção especial

Dessa forma, visando à preservação da cultura bem como da população remanescente de Quilombos, a Defensoria Pública propôs demandas com o fito de assegurar a terra dos remanescentes Quilombolas.

Outra atuação na qual a Defensoria Pública atua de forma magistral é na defesa processual das pessoas contras as quais a Caixa Econômica Federal-CEF intenta ações de reintegração de posse. Isso ocorre, de maneira geral, com aquelas pessoas que contraem um financiamento habitacional, geralmente do programa Minha Casa Minha Vida, mas que, por circunstâncias posteriores, passam a não ter mais condições de pagar as parcelas mensais.

Sendo assim, a defensoria atua no sentido de efetivar negociações com a CEF, que é geralmente realizada a partir do pagamento de todas as parcelas mensais até então vencidas, desde que o imóvel ainda não tenha sido levado à hasta pública.

Não se pode esquecer, ainda, da atuação da Defensoria Pública no que diz respeito à regular aplicação da legislação do Financiamento Estudantil – FIES.

Vale destacar que nos anos de 2015 e 2016, houve na Defensoria Pública uma evidencia de aumento de casose possíveis lesados com a suposta má gestão do referido programa de educação do governo federal. Isso porque, os alunos se viam impedidos de efetivar a matrícula, tendo em vista a ocorrência de erros no sistema quando da feitura de um procedimento chamado aditamento.

De fato, em alguns casos, a defensoria resolveu o problema, tendo em vista a ocorrência, de erro no sistema. No entanto, nem todos os casos que chegaram foram de erros do sistema de informação. Muitos alunos chegaram à Defensoria Pública alegando erros no que diz respeito ao aditamento. Entretanto, em alguns casos, o erro do aditamento ocorrera por desídia do aluno, seja em virtude da ausência de pagamento dos juros semestrais, seja em razão do descumprimento das condições do FIES no que tange ao número máximo de reprovações admitidas no programa.

Nos casos de erro do sistema em virtude não apenas de erro na instituição, mas no site mantido pelo Ministério da Educação, a defensoria conseguiu sanar os problemas. Todavia,

nos casos em cuja desídia fora do aluno de pronto eram editados despachos de arquivamento, tendo em conta o não cumprimento das condições ou da legislação aplicável ao programa por parte do aluno.

Arrematando a função material na seara cível, e não menos importante, a defensoria atuou com brilhantismo nos casos da TRANSNORDESTINA. Vale ressaltar que a empresatransnordestina – S/A arrematou a concessão para administrar a rodovia que corta o nordeste brasileiro, passando, inclusive, por Campina Grande, vultoso entreposto comercial e que se valia muito das ferrovias na era de ouro do algodão.

Ocorre que há muito essas ferrovias, que agora estão sob a administração da Transnordestina – S/A, não vêm sendo utilizadas, motivo que ensejou a construção de casas nas margens da ferrovia. Nessa trilha, tendo em vista que a empresa Transnordestina – S/A agora quer se valer da ferrovia, ajuizou diversas ações de reintegração de posse das casas construídas na beira da passagem do veículo sobre trilhos.

Nesse contexto, a defensoria atuou na defesa dos proprietários dessas casas, alegando que o novo projeto da ferrovia não contempla a Paraíba, motivo que obsta a acolhida da reintegração de posse.

Em apertada síntese, tais foram, durante a época do estágio, as principais atuações da Defensoria Pública na defesa dos mais necessitados na ceara cível.

### **2.5.2 Atuação material no campo do Direito Penal**

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo os postulados do contraditório e da ampla defesa no Processo Penal. Assim, a necessidade da defesa no processo penal inclui a atuação da Defensoria Pública nesse trâmite.

Nunca é demais lembrar que o contraditório é o direito que a parte tem de ser comunicada de todos os atos do processo, ao passo que a ampla defesa é a possibilidade de a pessoa usar em sua defesa tudo o que for admitido na lei.

É justamente no exercício da ampla defesa que é obrigatória a defesa técnica do acusado em sede processual. Nesse sentido reza o artigo 61 do Código de Processo Penal, quando aduz que “*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*”.

Vale ressaltar que a ausência de processo sem defesa técnica é causa de nulidade absoluta. Com esta ideia tem-se a súmula nº 708 do Supremo, que indica ser “*nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro*”.

É de destaque o papel da defensoria pública na seara criminal. Muitos eram os casos em que eram oferecidas e recebidas denúncias contra prefeitos acusados de desviar verbas oriundas da União ou de fundações mantidas por este ente federativo, como a Funasa, e que a defensoria era instada a atuar em sede de Resposta à Acusação, porquanto os referidos ex-titulares do executivo municipal não eram encontrados.

Nessa esteira, tendo em conta que o processo não pode seguir sem a Resposta à Acusação, peça obrigatória no processo, os autos eram remetidos à Defensoria Pública para levar a cabo e a efeito a defesa dos ex-prefeitos em sede criminal.

Além do mais, a Defensoria Pública também oferecia assistência judiciária gratuita para aqueles que se viam processados pela justiça criminal e não tinham como pagar um advogado nos mais diversos casos, como em roubo aos correios, fraudes previdenciárias, crimes contra a Caixa Econômica Federal e contrabando.

Em suma, foram essas atuações efetivas da Defensoria Pública na época do estágio, seja seara cível e criminal. Nessas ações, a defensoria, de fato, exercia de maneira sublime o seu mister, como órgão essencial à justiça.

No entanto, vale ressaltar que existem algumas atuações da defensoria que se configuram apenas como formais, ou seja, sem resultados práticos. Tais casos serão apontados no tópico a seguir.

## **2.6 Atuação formal da Defensoria Pública**

As funções acima assinaladas, ou seja, a atuação da Defensoria Pública no que diz respeito à atuação processual ou extraprocessual gratuita dos mais necessitados, que é justamente o fornecimento de advogado para aqueles que não podem pagar por um, consiste na função efetiva da defensoria.

No entanto, vale destacar que nem sempre a atuação do Órgão Defensorio consegue alcançar o seu desiderato.

É justamente nesses casos em que a Defensoria Pública atua, embora não efetive os seus objetivos é que a sua atividade é denominada de função formal, ou seja, apesar de atuar na busca da concretização, a efetivação não ocorre em virtude dos obstáculos que cercam a concessão de determinados direitos.

Isso porque a lei da defensoria informa que o referido órgão atua não apenas na atividade processual ou extraprocessual gratuita, mas também na efetivação dos direitos humanos e da promoção da dignidade humana, como assinalado nos tópicos que tratam do regramento constitucional e legal da defensoria.

### **2.6.1 Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais e atuação da defensoria na concretização de ambos**

A expressão “Direitos Humanos” traz consigo uma absurda generalidade, de modo que, desde o início de sua adoção, os filósofos buscaram o que seria, de fato, um direito humano, conceito este imprescindível para delimitar a atuação da defensoria na sua busca. Vale desde logo fazer a distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

Juridicamente são Direitos Humanos aqueles reconhecidos no plano internacional, ao passo que os Direitos Fundamentais são aqueles já positivados na Constituição de cada Estado.

Nessa trilha, a despeito de a Lei Complementar nº80/94, após as alterações instituídas pela Lei Complementar nº132/09, apontar que a Defensoria Pública atua na busca dos direitos humanos, vale destacar que ela atua na direção dos Direitos Fundamentais, porquanto, se a atuação da defensoria se der na esfera jurídica, então terá que haver a positivação do direito na Constituição nacional para que possa ser exigível do Estado brasileiro, haja vista que não é possível a exigências de direitos supranacionais.

Nesse contexto é que vale esclarecer a evolução dos Direitos Humanos no plano mundial, pois o Brasil, como estado periférico que é, teve os Direitos Fundamentais positivados após a criação dos Direitos Humanos em países desenvolvidos e seu reconhecimento no plano internacional, sobretudo nas nações ocidentais.

### **2.6.2 *Perspectiva histórica dos Direitos Humanos***

Inicialmente, à época do Estado Absoluto, o rei, como representante de Deus na terra tinha legitimidade para interferir na vida de qualquer súdito sem nenhuma limitação ou qualquer tipo de sanção.

No entanto, no século XVIII eclodiram na Europa revoluções liberais, com destaque para a Revolução Francesa, que passaram a exigir do Estado uma abstenção de sua atuação, ou seja, passou-se a exigir uma limitação à atuação do soberano.

Tal combate ao poder do rei com o objetivo de impor restrições a sua atuação foi promovido pela burguesia que, cada vez mais rica, se via à margem das decisões políticas da nação. Na França esse enfrentamento foi levado a efeito pelo primeiro e segundo estados, compostos, respectivamente, por clero e nobreza.

A partir dessas revoluções é que surgiu o constitucionalismo, com o objetivo da delimitação do poder real. Como pano de fundo para tal surgiram diversos pensadores, entre os quais John Locke, Johann Gottlieb Fichte, Jürgen Habermas e Robert Alexy.

O primeiro mencionado sintetiza o pensamento liberal da época e deu a base para o que seria posteriormente denominado de direitos humanos de primeira dimensão. Essa primeira perspectiva de direitos humanos sustentava que os seres humanos tinham direito naturais, que são inerentes à condição de ser humano.

Tais direitos, para Locke, são a vida, a liberdade e a propriedade, que devem ser resguardadas e formentadas pelo Estado.

O direito à vida abrange todos aqueles direitos à autodefesa, bem como da proibição da agressão à vida humana; a liberdade é aquele direito segundo o qual o indivíduo tem a possibilidade de escolher a sua atuação entre alternativas possíveis sem que o Estado intervenha, tendo o Império uma atuação negativa, vale dizer, de abstenção. E, por fim, o direito de propriedade que, para Locke, engloba duas variantes.

A primeira variante do direito de propriedade abrange tudo aquilo que o indivíduo possui, ao passo que a segunda engloba apenas os bens materiais. Para Locke, a capacidade de trabalho é concedida por Deus e, como tal, é permitido que haja o acúmulo de propriedades, desde que não apenas esse acúmulo não prive outros de iguais bens, mas também que essa acumulação não seja superior às necessidades do proprietário..

Inicialmente, o homem vivia em estado de natureza, e ainda que antes de se organizar por meio do Estado, sempre foi titular dos direitos humanos acima assinalados. No entanto, para Locke, a melhor maneira de assegurar tais direitos é justamente a organização do ser humano em sociedade civil, através do Estado.

Dessa forma, cabe ao Estado assegurar tais direitos se abstendo de interferir nas relações para assegurar a liberdade e a propriedade dos súditos. Se ele falhar em seu mister, perderá sua legitimidade e, por conseguinte, o súdito não tem mais obrigação de obedecê-lo.

Como se percebe, não há, em Locke, uma abordagem social dos direitos humanos, sendo seu pensamento focado na abstenção estatal, ou seja, tem foco na limitação do poder do soberano.

No entanto, após a Revolução Industrial e a crescente desigualdade social, agregada, também, a disseminação das ideias marxistas, é que começam a ganhar corpo o pensamento segundo o qual o Estado deve ter uma atuação positiva no sentido de garantir um mínimo para a existência do indivíduo.

Começa a ganhar espaço o pensamento de Johann Gottlieb Fichte, o qual dividiu os direitos em dois grupos, vale dizer: o primeiro grupo é composto por direitos que derivam do acordo entre duas pessoas, ou seja, derivam de um contrato. O segundo grupo, por sua vez, é denominado de direitos humanos e é integrado por direitos que são considerados condição para que haja o exercício dos direitos do primeiro grupo. Os direitos humanos se dividem em dois grupos, quais sejam, os direitos ligados a segurança e inviolabilidade, que são aqueles que visam a não apenas a garantir a vida, mas também a evitar a coação indiscriminada para com o ser humano, e os direitos ligados à subsistência, que são aqueles denominados como direitos sociais, que se subdividem em direito à subsistência e à autopreservação.

Sendo assim, o Estado e a lei são formados a partir da liberdade conferida ao cidadão, tendo em conta que não somente o Estado, mas também a lei são frutos da liberdade, como dito acima, a primeira máxima a ser protegida pelo Estado é a liberdade. Se o Estado não é capaz de assegurar a liberdade dos seus súditos, perde totalmente a legitimidade.

Vale destacar que para que se possa assegurar a plena liberdade do cidadão imperioso se torna que o Estado assegure, não apenas os direitos ligados a segurança e a inviolabilidade, mas também o direito de subsistência.

São justamente esses dois subgrupos de direitos que garantem a liberdade do ser humano, ou seja, são pressupostos lógicos para o exercício da liberdade, que ensejará a autonomia necessária para as relações entre seres humanos. Para tanto, o Estado deve garantir a todos uma formação, um trabalho, seja na cidade ou no campo, para que haja a efetivação da autopreservação e subsistência.

Como se percebe, Fichte olha a liberdade de uma maneira diferente de Locke, ao prever que o Estado tem a obrigação de garantir o que chamamos de Mínimo Existencial para que o indivíduo possa exercer a liberdade, condição esta que Locke não pregava. Diferentemente de Locke que assume que o Estado deveria ter um papel de abstenção na garantia da liberdade, cabendo ao cidadão, de maneira individual, buscar a sua plena realização.

Jurgen Habermans na esteira de Fichte, também traz em sua Teoria do Agir Comunicativo a questão dos direitos sociais. Para o filósofo e sociólogo alemão, que participa da tradição da teoria e do pragmatismo, o processo de criação do direito positivo deve ser feito com base no agir comunicativo, que consiste num direito positivo criado através de argumentos racionais aprovados pelos demais membros da sociedade, aos quais, também, é assegurada a presença no processo de criação legislativa.

Para tanto, vale destacar que deve ser assegurado a qualquer membro da sociedade a apresentação de argumentos, bons ou maus, que devem ser apreciados pelos demais membros da sociedade.

Nessa direção Habermans<sup>4</sup> aduz que há quatro condições a serem satisfeitas pelos diversos modos de agir comunicacional

- Todos os potenciais participantes do discurso devem dispor de iguais chances de proferir atos de fala, de tal modo que possa colocar questões e fornecer respostas livremente;
- Todos devem possuir iguais chances de realizar interpretações, afirmações, sugestões, esclarecimentos e justificações e problematizar as pretensões de validade das mesmas, de tal modo que nenhum preconceito permaneça imune a críticas;
- São admitidos no discurso apenas os falantes, que enquanto agentes, disponham de igual chance de aplicar atos de fala, ou seja, de expressar suas posições, sentimentos e intenções;
- São admitidos no discurso apenas os falantes que, enquanto agentes, disponham de igual chance de aplicar atos de fala regulativos, ou seja, de dar e recusar ordens, permitir e proibir, prometer e negar algo.

Tais assertivas são regras de uma prática comunicacional sem as quais não pode haver um discurso que embase a normas ou direitos, o que podemos associar ao primordial princípio de democracia: a observância dos direitos sociais.

Para Habermans, a participação do discurso deve ser livre de modo que aquele que participa dele possa, de fato, exprimir suas opiniões e aprovar ou não indagações de outros participantes.

No entanto, o indivíduo não terá condições de participar do discurso se a ela não forem garantidas certas condições vitais mínimas para a participação no discurso, que são justamente os direitos sociais.

Na esteira do exposto, constata-se que Habermans, assim como Fichte, traz os direitos sociais como pressuposto para o exercício dos demais direitos, diferindo os dois filósofos supramencionados apenas no que seria os demais direitos os quais os direitos básicos sustentam. Além do mais, tanto Habermans quanto Fichte aduzem que os direitos sociais são pressupostos lógicos para o exercício da plena liberdade.

Em perspectiva convergente, mas dotada de uma particular visão contemporânea, encontra-se o jurista alemão Robert Alexy. Para este, os direitos sociais básicos também são pressupostos para o exercício da liberdade plena.

---

<sup>4</sup> 1973, p. 241, Apud DIAS, 2004, p. 38

Para Alexy, há três distinções para o conceito de liberdade, vale dizer<sup>5</sup>:

- 1 – distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa;
- 2 – distinção entre liberdade negativa em sentido estrito, isto é, liberdade liberal, e liberdade em sentido amplo, ou seja, liberdade social; e,
- 3 - a distinção entre liberdade de direito e liberdade de fato.

Nesse passo, tendo em vista a busca do melhor entendimento do posicionamento de Alexy, vale elucidar em que consiste as referidas distinções.

**Liberdade positiva e liberdade negativa:** tal distinção diz respeito ao objeto da liberdade. A primeira consiste na liberdade que diz respeito apenas as ações humanas. A segunda, por sua vez, diz respeito às alternativas de ação. A tal corresponde o conceito de liberdade de direito.

**Liberdade negativa em sentido estrito e liberdade negativa em sentido amplo.** A primeira é aquela liberdade para a qual nenhuma ação positiva é exigida, mas apenas um direito de não intervenção. A segunda, ao revés, inclui a liberdade liberal e uma liberdade sócio-econômica.

**Liberdade de fato e liberdade de direito:** a primeira consiste numa liberdade em dois sentidos, vale dizer, não apenas liberdade diante da atuação de outras pessoas, mas também competência legal para cooperar na formação da vontade coletiva (liberdade democrática negativa); um certo grau de ausência de situação de carência econômica (liberdade social negativa); responsabilidade pelas ações cooperativas no corpo político comum (liberdade democrática positiva).

Diante dessas distinções acima mencionadas, constata-se a prioridade que Alexy dá aos direitos sociais. Para ele, a liberdade só poderia ser exercida da maneira mais plena possível apenas a partir da instituição de direitos sociais básicos, ou seja, a partir da atribuição ao cidadão de um mínimo existencial, e que a atribuição desse mínimo estaria, em larga medida, dentro das atribuições do Estado.

Posteriormente passou-se a entender que não apenas os direitos sociais não estariam ligados a um imperativo de liberdade, mas sim que tal gama de direitos deveria ser levada a cabo pelo Estado tendo em vista que tais direitos nada mais são do que corolários do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim como os demais direitos fundamentais.

---

<sup>5</sup> 1986, Apud DIAS, 2004, pag. 47

### 2.6.3A atuação da Defensoria Pública na busca dos Direitos Humanos

Como aduzido, a concepção estatal como garantidos de direitos saltou de uma perspectiva absentéista para o plano social, cabendo à Defensoria Pública a busca de ambos.

No entanto, sob essa perspectiva surge a seguinte indagação: em que medida atuaria a Defensoria Pública na efetivação desses direitos, tendo em vista que ela seria uma defensora dos mais necessitados, mas não possui recursos materiais no sentido de efetivar, no plano fático, as políticas dos direitos sociais de segunda dimensão?

Nessa senda, surge o grande questionamento no que diz respeito a vasta concessão de direitos, sobretudo naqueles países que têm uma constituição programática: se a cada direito concedido deve haver quem o conceda, então, sob essa perspectiva, a quem caberia garantir os referidos direitos?

É justamente na concessão desses direitos que esbarra a concretude dos direitos sociais. A Constituição brasileira, por exemplo, aduz que o salário mínimo deve ser suficiente para garantir ao indivíduo e a sua família *“moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim”*.

Entretanto, qualquer cidadão brasileiro sabe que o valor pago a título de salário mínimo não é capaz, nem de longe, de suprir todas essas prestações. Vale destacar que a impossibilidade fática do cumprimento desse objetivo do salário mínimo traz a mulher para o mercado de trabalho e, ainda assim, não é cumprido o referido desiderato.

Tal ausência de concretude também afeta a efetividade da atuação da Defensoria Pública no que diz respeito a concessão dos direitos sociais.

Em minha experiência de dois anos pude constatar algumas atuações do órgão defensorial que não trouxeram resultados práticos, sendo denominada, por isso, como atuação formal da Defensoria Pública.

Primeiramente, houve um caso no qual uma pessoa, representando um doente, requereu para esta um leito adequado para o tratamento de uma Tuberculose, tendo em vista que o paciente se encontrava na Unidade de Pronto atendimento da Cidade de Campina Grande, leito este impróprio para o devido tratamento do paciente.

Nessa via, a defensoria requereu judicialmente em sede de tutela antecipada a concessão de um leito adequado no Hospital de Emergência e Trauma da Cidade de Campina para o devido tratamento. No entanto, o juízo não entendeu a ocorrência, *in casu*, do *periculum in mora*, ocasião na qual indeferiu o pedido cautelar.

Entretanto, a despeito de o magistrado não ter entendido pelo perigo na demora, o paciente faleceu no dia seguinte ao da decisão, condição que tornaria estéril a tutela jurisdicional.

Nesse primeiro caso tratado, poder-se-ia aduzir que a culpa pelo não fornecimento do leito adequado foi da negativa cautelar do juiz. No entanto, segue mais dois exemplos da atuação prática da Defensoria Pública.

Ocorreu outro caso no qual um paciente requereu que a defensoria atuasse em juízo no sentido na cessão de um leito adequado. Nesse caso, o paciente estava na UP Ae requereu a concessão de um leito no Hospital Universitário Alcides Carneiro, que tinha em sua estrutura um local adequado para tratar do assistido.

Nesse caso, o juiz deferiu o pedido, compelindo, por conseguinte, a prefeitura municipal da cidade a fornecer um leito adequado. No entanto, na ocasião, a referida instituição hospitalar não tinha vagas.

Sendo assim, o paciente ficou na espera da vacância do leito adequado. No entanto, não resistiu e veio a falecer devido a ausência de tratamento apropriado da doença que portava.

Posteriormente, a defensoria teve acesso ao mapa de ocupação dos quartos para aferir se, de fato, não haviam leitos vagos com vistas a buscar uma indenização para a ausência de prestação estatal.

No entanto, ainda que houvesse o deferimento da indenização, a vida do assistido já fora perdida, motivo por que a atuação estatal já estava tivera sido deficiente.

Ou seja, neste último caso, a despeito da concessão da tutela jurisdicional, o Estado não tinha meios materiais de efetivar a prestação material.

Por fim, vale destacar um caso que teve, inclusive, repercussão na imprensa da cidade de Campina Grande.

Tal caso trata do fornecimento do Canabidiol por parte da união para uma criança portadora de uma doença neurológica chamada de Esclerose Tuberosa, que provoca alterações na pele e tumores no cérebro.

Por causa dessa doença, a criança já chegou a ter 20 convulsões durante o dia.

Nessa trilha, tendo em vista que os remédios convencionais não estavam surtindo efeito, o médico prescreveu o medicamento Canabidiol, a base de maconha, para proporcionar um maior controle da doença e, por conseguinte, uma melhor qualidade de vida ao paciente,

Dessa forma, tendo em vista o alto custo do medicamento, a mãe do infante procurou a Defensoria Pública para conseguir o medicamento por via judicial.

No exercício do seu mister, a Defensoria Pública propôs uma ação judicial com vistas a conseguir o medicamento. No entanto, a despeito de o juiz ter dado sentença favorável ao paciente compelindo a União custear o medicamento, até o momento da reportagem o referido ente federativo não fornecera o medicamento.

Assim, é justamente na atuação da defensoria na busca de alguns direitos de segunda dimensão que sua atividade pode ser classificada como formal, ou seja, apesar de existir lei e instrumentos para a sua busca, tal plano constitucional/legal não alcança resultados práticos que venham a beneficiar os hipossuficientes.

Nesses casos, tendo em vista a atuação da formal da defensoria, sua atividade tem sentença favorável, mas o seu pleito não é atendido no plano da realidade, tendo em vista as limitações materiais.

Tendo em conta essa atuação estéril da Defensoria Pública na sua atividade formal é que se classifica a sua atuação como simbólica, conceito que será tratado nos tópicos a seguir.

### **3. FUNÇÃO SIMBÓLICA DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Tendo em conta a atuação formal da Defensoria Pública é que se chega à sua função simbólica.

Pierre Bordieu traz um conceito que bem se adequa às representações em torno da percepção social das relações de poder de um modo informal. Essa informalidade é que permite ao povo exprimir expectativas em torno da justiça produzida na atuação da Defensoria Pública. Assim, a defensoria pública é, muitas vezes, designada como a advocacia dos pobres, defensores dos necessitados.

No entanto, em muitas situações sua atuação nada mais é do que fruto de uma relação de poder informal desprovida de resultados práticos.

#### **3.1 Concepções simbólicas em torno da Defensoria Pública**

Tendo em vista a importância da palavra símbolo, que nomeia o presente trabalho, imperioso se torna trazer o conceito que a referida palavra traz no mundo ocidental.

Vale destacar desde logo que o referido conceito não é único, mas varia de acordo com as áreas do conhecimento em cuja palavra é empregada.

A primeira acepção é a que aduz que a palavra símbolo é usada como intermediação entre sujeito e objeto. Aqui, o termo “simbólico” é utilizado para conceituar o produto da intermediação entre o sujeito e a realidade, servindo para descrever a diferença entre as relações do homem com o mundo e as relações dos animais com o plano exterior<sup>6</sup>.

Outra acepção é aquela que reza que a Estrutura Social é simbólica. Para o referido entendimento a esfera do simbólico compreende a religião, a arte, a filosofia e a ciência. Sendo assim, a estrutura social seria um sistema simbólico, não se confundindo com as relações sociais em si. É justamente esse modelo que produz, como aduz Levi Strauss, a “Eficácia Simbólica<sup>7</sup>”.

---

<sup>6</sup> (NEVES, 1994): p. 12

<sup>7</sup> 1958, p. 205-26 Apud NEVES, 1994, p. 13

Como se deduz desta última concepção, os símbolos servem como legitimadores do sistema político, tendo em vista que reforçam os valores e os vínculos sociais que unem um povo a um dado território, bem como servem para legitimar uma revolução.

O próximo conceito de Símbolo advém da Psicanálise. Primeiramente, para Freud, a relação simbólica pode ser vista “*como uma forma de intermediação entre o pensamento manifesto consciente e o pensamento latente inconsciente*”<sup>8</sup>. *Strictu sensu*, simbolismo é uma relação constante entre o símbolo e o simbolizado inconscientemente.

Ainda com esteio na psicanálise existem os pensamentos de Jung e Lacan. O primeiro entende que símbolo na verdade é o semiótico, configurando-se o símbolo como a mostra de um determinado ato desconhecido, mas que sua existência conhecida ou postulada. Para o segundo, símbolo seria a relação de um ser humano com outro, porquanto a relação simbólica intervém em todos os níveis da existência humana. Existem, ainda, mais dois pensamentos acerca da palavra símbolo, sendo o primeiro caracterizado pela impossibilidade de se conceber instituições sem a existência de símbolos, e o segundo, que é denominado vertente imaginária, caracterizado pelo entendimento de que os símbolos trazem a existência de algo que não existe, de algo imaginário, e que a sociedade não poderia existir nem consolidar-se senão fosse a existência de símbolos.

Para a teoria dos sistemas de Niklas Luhman, o conceito de simbólico inclui a utilização de referenciais de diferenciação e particularização. Assim, um sistema complexo como é o direito precisa se estruturar seguindo símbolos claros, que favoreçam não só a interpretação do mundo, mas também do que dele se diz.

Para a semiótica, existe outro significado para o termo símbolo. Para esta vertente, o símbolo será dividido em signo, índice, sinal, ícone e símbolo propriamente dito, sendo cada uma considerada como:

Encontra-se um índice onde uma relação seqüencial é inferida, como da parte ao todo, do precedente ao antecedente, do particular ao geral. O sinal implica uma ação conseqüente, é um signo que atua como estímulo para respostas as mais complexas. O ícone importa uma relação sensorial de semelhança. Por fim, o símbolo caracteriza-se por envolver uma série complexa de associações, podendo ser descrito apenas em termos de representação parcial; além do mais, o sentido de um símbolo resulta da construção pessoal e social, de tal maneira que a relação entre o signo e o objeto denotado apresenta-se ao observador como arbitrariamente imputada.

---

<sup>8</sup> 1969, p. 159-77, Apud NEVES, 1994, p. 14

Dessa forma, a semiótica entende que o significado do símbolo é arbitrariamente imputado ao observador, de modo que a Defensoria Pública é trazida como um órgão responsável pela justiça e busca dos direitos.

A defensoria é apresentada como um significante da justiça, vale dizer, como um elemento perceptível do símbolo, responsável pela busca e concretização dos Direitos Fundamentais positivados na Lei Maior.

Entretanto, foram numerosos os casos cuja defensoria atuou, obteve sentença favorável e, mesmo assim, seu pleito não foi atendido no plano fático, tendo em vista a ausência de recursos materiais para a efetivação dos direitos humanos de segunda dimensão.

Houve relatos de uma defensora pública que informou que, quando foi ao presídio ouvir o preso em flagrante para efetuar melhor sua defesa, o usuário da defensoria informou que era impressionante como as coisas evoluíram, porquanto, mesmo preso, havia um defensor pronto para lutar pelos seus direitos.

De fato, esse caso é de uma atuação material da defensoria, onde ela tem a sua atividade efetivada.

Entretanto, e no caso de uma pessoa que necessita de um leito hospitalar e que procura a Defensoria Pública, ela atua, consegue sentença favorável, mas o leito não é disponibilizado ao paciente, levando este último a óbito?

As atividades formal e material se complementam entre si, de modo que a efetividade da primeira reforça o simbolismo da segunda, mantendo uma dialética que reforça o não fornecimento dos direitos sociais e atuação simbólica da defensoria do plano formal.

### **3.2 Política e Constituição, e a positivação dos Direitos Fundamentais.**

Tendo em conta que as disposições contempladas na Lei Maior são políticas, bem como que, assim como as demais instituições criadas na Magna Carta também foram frutos de decisões políticas, imperioso se torna demonstrar a relação que existe entre Constituição e política.

Nesse contexto, vale dizer, na busca da relação entre Constituição e política é que Luhman define Constituição como “*vínculo estrutural entre política e direito*”. Para Luhmann, a Lei Maior nada mais é do que<sup>9</sup>:

Uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela possibilita uma solução jurídica do problema da autoreferência do sistema

<sup>9</sup> 1990, p. 202, Apud NEVES, 1994, p.62

político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico.

Nesse contexto de ingerência recíproca entre política e direito é que foram criadas as diversas normas contempladas na atual Constituição brasileira estando entre elas não apenas a criação da Defensoria Pública, mas também de suas funções.

Vale destacar, primeiramente, que o primeiro diploma a criar, de fato, a Defensoria Pública, foi a Magna Carta de 1988.

Inicialmente, a defensoria tinha como função a defesa dos cidadãos necessitados nos processos, tendo por objetivo fornecer um advogado para aqueles que não podiam pagar por um profissional com capacidade postulatória.

No entanto, tendo em vista a contemplação em demasia de direitos fundamentais na Magna Carta de 1988, não apenas a Emenda Constitucional nº 80/14, mas também as Leis Complementares 80/94 e 132/09 instituíram como função da defensoria, também, a busca da efetivação de direitos humanos que, na concepção atual abrange diversos direitos sociais carentes de efetividade por parte do Estado.

Como visto, a própria criação da defensoria é um exemplo da interferência do direito na política, de acordo com o conceito proposto por Luhmann. Além disso, a própria alteração constitucional mostra, também, que a Constituição visa a contemplar não apenas os direitos fundamentais, mas também o estado de Bem estar.

Como aduz Marcelo Neves “*mediante a institucionalização dos direitos constitucionais fundamentais, o direito positivo responde às exigências da sociedade moderna por diferenciação sistêmica.*”<sup>10</sup>

Dessa forma, tendo em conta o contexto da criação da defensoria, constata-se não apenas interferência recíproca entre política e Constituição, mas também a busca simbólica por positividade e concretude dos direitos fundamentais. Primeiro foi criada a defensoria com o objetivo de atuação processual. No entanto, tendo em conta o fracasso da concretização dos direitos fundamentais sociais, foi alargada a função do órgão defensorio, que agora tem como objetivo de atuação a sua concretização.

### **3.3 Constitucionalização Simbólica em sentido positivo e negativo**

---

<sup>10</sup> Neves (1994): p. 88

No que tange ao simbolismo que eiva as Constituições e as desprovênde efetividade prática, vale destacar os conceitos de Constitucionalização Simbólica não apenas em sentido positivo, mas também em sentido negativo.

Constitucionalização simbólica em sentido negativo nada mais é do que a falta de concretude jurídico-normativa das normas constitucionais.

No que tange a Constitucionalização simbólica em sentido positivo, pode-se dizer que *“de um lado, sua função não é direcionar as condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas, por outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos”<sup>11</sup>*.

Dessa forma, se de um lado a constitucionalização em sentido positivo também abrange a noção de constituição simbólica em sentido negativo, por outro ela abrange a constitucionalização como mecanismo ilusionais com o objetivo não apenas de protelar as resoluções dos problemas, mas também resguardar a ordem política vigente.

Dessa forma, na constitucionalização simbólica em sentido positivo, o poder político, visando a assegurar o seu poder e a ordem já estabelecida, concede não apenas direitos, mas também instituições para assegurar essas novas prerrogativas do cidadão, dando aos súditos a sensação de que a justiça está sendo feita através da positivação constitucional de seus anseios e necessidades.

Entretanto, aquele que concede esses direitos já sabe, no momento da concessão, que sua efetividade é muito difícil, senão impossível, razão pela qual usará a lei como mensagem de que está buscando justiça, quando na verdade está defendendo à risca os seus interesses de perpetuidade no poder.

### **3.4 A ambivalência da função simbólica da Defensoria Pública**

Quando Marcelo Neves trata da legislação/constitucionalização<sup>12</sup> simbólica, aduz que ela pode ocorrer de três maneiras: como confirmação de valores sociais, como Legislação-Álibi e, por fim, como fórmula de compromisso dilatatório.

A legislação simbólica que trata da confirmação dos valores sociais consiste em que um grupo social trabalha para ver uma lei aprovada para confirmar sua superioridade em face de um grupo rival, não se preocupando com a plena efetividade do diploma

---

<sup>11</sup> Neves (1994): p. 88

<sup>12</sup> Constitucionalização simbólica: trata dos dispositivos contidos na Lei Maior, de modo que afeta todo o ordenamento. Legislação Simbólica: trata dos dispositivos contidos nos diplomas infraconstitucionais, atingindo apenas setores do ordenamento.

normativo. Marcelo Neves traz o exemplo da Lei Seca dos Estados Unidos, editada no início do século XX.

O referido diploma trazia consigo apenas o conflito entre protestantes, que pregavam a proibição das bebidas alcoólicas, e os católicos, que apregoavam a liberação do álcool, estando ambos os grupos indiferentes para a concretização instrumental do diploma normativo.

A legislação *Álibi*, por sua vez, não está preocupada em confirmar valores sociais, mas sim em dar a impressão ao povo que está sendo governado, de que o Estado está dando uma resposta normativa ao problema surgido no seio social, sem ter sua atuação determinada para a concretização da lei.

Sobre a Legislação *Álibi* assinala Marcelo Neves<sup>13</sup>:

É secundário aqui se a lei surtiu os efeitos socialmente “desejados”, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas. Importante é que os membros do parlamento e do governo apresentem-se atuantes e, portanto, que o Estado-Legislator mantenha-se merecedor da confiança do cidadão.

No Brasil há um exemplo épico de uso da Legislação-*Álibi*. É o caso da edição da Lei dos Crimes Hediondos. Tendo em vista o clamor popular do assassinato de Daniela Perez, o Estado, visando a dar uma resposta à sociedade àquele brutal assassinato, editou a lei com o objetivo de diminuir os crimes contemplados como hediondos.

No entanto, a lei não conseguiu atingir os objetivos para o qual foi editada. Ao contrário do previsto, o cometimento de crimes considerados como Hediondos aumentaram, e não diminuíram, como supostamente objetivava a lei.

Como última vertente da legislação/constitucionalização simbólica, tem-se a edição da legislação como compromisso dilatatório. A legislação, aqui, não tem por objetivo resolver o problema proposto, mas postergar a sua resolução.

São nestas duas últimas vertentes que se enquadra a atuação formal da Defensoria Pública. Isso porque o Estado, tendo em vista a dificuldade de concretizar os direitos, sobretudo os de segunda dimensão que concedeu ao cidadão, cria um órgão para atuar contra ele próprio a exigir-lhe prestações positivas, dando a impressão de que está atuando para resolver os problemas sociais.

---

<sup>13</sup> Neves (1994): p. 37

Além do mais, quando foi alargada os objetivos da defensoria no sentido de atribuir-lhe a função da busca da efetivação dos direitos humanos e da dignidade humana, o legislador atuou simbolicamente, porquanto não apenas há impossibilidade material para a concretização da referida disposição, mas também quis protelar para frente a resolução dos problemas.

Exemplo disso foi o caso já exposto acima que trata do fornecimento do Canabidiol. É sabido que, segundo a Constituição, é dever do Estado fornecer medicamentos de alto custo, posição esta corroborada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>. Nesta senda, sabendo o Estado que é obrigado a fornecer o medicamento, porque, de pronto já não o faz?

Não o faz por um único motivo: não tem meios materiais, isto é, recursos suficientes para atender toda a população. Sendo assim, o governo se vale da morosidade judicial para jogar para frente a resolução do problema da efetividade dos direitos sociais.

Da mesma maneira ocorre também com o imbróglio dos leitos nos hospitais. Sabendo que não há leitos para todos os pacientes, o estado nega a guarida hospitalar por ausência de vagas. Dessa forma, o lesado faz a busca judicial da vaga no hospital, demora que pode dar causa a dois acontecimentos: ou a demora do processo faz vagar um leito ou, como já aduzido acima, a demora pode ser fatal e causar o óbito do paciente.

A rigor, o procedimento do benefício social previsto na Lei Orgânica da Assistência Social constitui-se como uma dilação dos compromissos. Isso porque, considerando que a jurisprudência, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal é uma fonte do direito<sup>15</sup>, porque a Autarquia Previdenciária, sabendo que a negatória com base no critério legal será revista pelo poder Judiciário, não concede de pronto o benefício quando o requerente apresenta uma renda de ½ salário mínimo?

Ou seja, o Estado se vale da morosidade judicial, através da atuação da Defensoria Pública, para pôr para frente à concessão do BPC/Loas

Nessa trilha, vale desde logo rechaçar a tese de que a Constituição Brasileira, por ser programática, traz apenas diretrizes a serem concretizadas com o passar do tempo. Pela experiência empírica do Brasil, constata-se que, além da impossibilidade material, não há vontade política para a resolução efetiva na concessão dos direitos, mormente os de segunda dimensão.

---

<sup>14</sup>“Ademais, o aresto impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (Agravio Regimental no Agravio de Instrumento nº 553.712/RS”.

<sup>15</sup> (MENDES; BRANCO, 2014): pag. 58

Ou seja, há uma total ingerência do sistema político no sistema jurídico, de modo a cercear a efetividade e autonomia deste último. Ou seja, não há uma autopoiese do Direito, com a conservação da independência do Sistema Jurídico. Muito pelo contrário, há no Brasil a ingerência do meio ambiente, vale dizer, dos sistemas econômicos, e sobretudo, do sistema político no direito, o que cerceia a autonomia da Ciência jurídica e desprove a lei de eficácia normativa, tornando o sistema jurídico alopoiético e, por conseguinte, desprovido de concretização.

A Constituição brasileira traz consigo uma alta carga semântica nas suas disposições, haja vista ausência de concretude, servindo para os detentores do poder como discurso legitimador de seu governo, porquanto, em tese, o seu governo busca(embora não consiga) a efetiva concretização dos valores insculpidos na Carta, ao mesmo tempo em que serve para a oposição, na medida em que ausência de concretude leva aos adversários do partido de situação a acusar o governo de não cumprir aquilo que está positivado na Lei Maior.

A atuação da defensoria pode ser subsumida a essa dubiedade da legislação. O governo pode alegar que mantém uma instituição estruturada e que atua contra ele próprio na busca dos direitos humanos e dignidade da pessoa humana. A oposição, por sua vez, se valendo da atuação formal da defensoria, pode aduzir que o estado não está cumprindo com os seus deveres constitucionais ainda que com a atuação do órgão defensorio.

É essa política de legislação simbólica que Villegas<sup>16</sup> chama de “sociedade hiperpolitizada”, que ocorre quando o Estado não visa á concretização dos direitos garantidos, mas sim os objetivos políticos dos detentores do poder, política esta que, em sua atuação formal, a Defensoria Pública está imersa e é instrumento para esse tipo de ação estatal.

---

<sup>16</sup> 1991, p. 11s, Apud, NEVES, 1994, p. 132

#### 4. OS DIREITOS DIFUSOS E O INTERESSE COMO DIREITO

Desde a época da civilização romana o Direito se divide basicamente em dois ramos, vale dizer, o direito privado, que cuida dos interesses das relações entre particulares, e o Direito Público, que trata das relações do Estado com o indivíduo.

Entretanto, com o passar dos anos, apesar de ainda usada, tal classificação tornou-se insuficiente para as novas demandas que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, período a partir do qual surgiram os Direitos de Terceira Geração. Como ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, tais Direitos caracterizam-se *“pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupo”*<sup>17</sup>..

Nesta senda é que surge o interesse como direito. Tendo em conta a preservação de valores que se sobrepõem a esfera individual e que atingem pessoas indeterminadas, o interesse exsurge, ainda que não se saiba em qual grau cada indivíduo foi lesado, cabendo a defesa desses direitos a órgãos da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, Defensoria Pública, Ministério Público, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista e associação, desde que atendidos os requisitos legais.

##### 4.1 O novo constitucionalismo e redemocratização do Brasil

Até a Segunda Guerra Mundial, a perspectiva de Constituição que prevalecia no mundo Ocidental era a da positivação dos direitos sócias cumulos com a consagraçãodos Direitos Individuais.

No entanto, após o conflito mundial e o massacre a cujos judeus foram submetidos, constatou-se que a consagração dos direitos individuais e sociais, ainda que tenham tidos algum efeito positivo, eram insuficientes para a devida proteção do ser humano. Nesse contexto surgiram os direitos de terceira geração, que tem por objetivo a proteção de uma coletividade indeterminada.

Foi justamente sobre esta tendência que foi editada a Constituição Federal de 1988. Além de positar direitos de terceira geração, como a proteção do consumidor e o meio

---

<sup>17</sup> Mendes e Branco (2014): p. 137

ambiente, ao patrimônio público e social, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, da ordem econômica e da economia popular, também instituiu um mecanismo para sua busca, vale dizer, a Ação Civil Pública.

Vale destacar que a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública é dada a administração pública direta, indireta, e a órgãos ligadas a estas, como a Defensoria Pública e ao Ministério Público, e associações que tenha por objetivo a defesa de algum dos Direitos Difusos e Coletivos.

Conquanto a Defensoria Pública tenha legitimidade para propor a Ação Civil Pública na Constituição bem como na Lei nº 7.347/85, nem sempre foi assim, tendo o órgão defensorio, por muito tempo, fortes resistências para o reconhecimento de sua competência para a referida ação coletiva, que só foi plenamente reconhecida após a Emenda Constitucional nº 80/14.

#### **4.2 Os direitos coletivos e difusos**

Direitos Coletivos são direitos fundamentais sociais, básicos da cidadania e direcionados a toda a população<sup>18</sup>. Como se deduz, os direitos coletivos em sentido amplo se confundem até mesmo com os direitos públicos, de modo que imprescindível se faz uma classificação que restrinja e delimite o âmbito de atuação dos direitos coletivos.

Os direitos coletivos em sentido estrito são aqueles direitos “*condizentes a grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica*”<sup>19</sup>, configurando, por conseguinte, direitos coletivos específicos.

O Código de Defesa do Consumidor tratou de levar a efeito a referida classificação, dividindo os direitos coletivos em Direitos difusos, Direitos Coletivos *Strictu Sensu* e Direitos Individuais Homogêneos.

Direitos Difusos são aqueles de ampla indeterminação destinados a toda população. Tais direitos têm como característica a preservação de costume historicamente construídos, ligados à manutenção da cultura da comunidade.

Os Direitos Individuais Homogêneos, que se caracterizam pelo fato de se apresentarem comuns a vários indivíduos em dada situação específica.

A Defensoria Pública cabe a defesa dos direitos coletivos, tem o referido órgão competência para propor Ação Civil Pública caso venha a ocorrer lesão a qualquer dos direitos de terceira geração.

---

<sup>18</sup> (MONTEIRO, 2016): p. 4

<sup>19</sup> (MONTEIRO, 2016): p. 7

### 4.3 Expectativas sociais e institucionais – função judicial e simbólica

A Defensoria Pública foi criada pela Constituição Federal de 1988 para representar em juízo aqueles que não tinham condições de pagar pelos serviços de um advogado. Entretanto, pouco a pouco a atuação da Defensoria Pública foi alargada, de maneira a abranger também a legitimidade para impetração da Ação Civil Pública - ACP. Entretanto, tal legitimidade não foi concedida de maneira repentina, mas sim por um processo gradual no qual, pouco a pouco, a legislação e a doutrina foram se posicionando no sentido de que poderia a Defensoria Pública impetrar judicialmente a tutela coletiva.

Quando da criação da defensoria, era grande a resistência no sentido de reconhecer o órgão defensorio com legitimidade para a ACP, haja vista que não havia autorização legislativa para tanto.

Os diplomas que possibilitaram a atuação da Defensoria para a propositura de ACP foi o Código de Defesa do Consumidor-CDC em combinação com a Lei Complementar 80/94. Isso porque o CDC trouxe a previsão segundo a qual os órgãos da administração pública que tivesse por objetivo defender o consumidor seriam legítimos para propor ACP.

No entanto, a despeito da referida previsão, a Defensoria ainda não tinha por objetivo a tutela do consumidor, o que só veio a ocorrer a partir da edição da Lei Complementar 80/94, diploma que atribuiu a Defensoria Pública a proteção do consumidor.

Dessa forma, foi justamente a interpretação das duas leis em conjunto que possibilitou a atuação da Defensoria Pública como legítima para impetrar ACP no caso de lesão aos consumidores. Tal entendimento foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça -STJ através do informativo 295, a saber:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA.INTERESSE.CONSUMIDORES. A turma, por maioria, entendeu **que a defensoria pública tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa do interesse de consumidores**. Na espécie, o Nudcon, órgão vinculado à defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro, por ser órgão especializado que compõe a administração pública direta do Estado, perfaz a condição expressa no art. 82, III, do CDC. Precedente citado; REsp 181.580-SP, DJ 22/3/2004. REsp 555.111-RJ, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 5/9/2006 (**Grifo nosso**).

Até aqui, a legitimidade para ACP da Defensoria Pública era apenas para lesão aos consumidores. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11.448/07, que alterou a redação original da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), foi alargada a competência da Defensoria Pública, passando ela a ser legitimada para a propositura de ACP em qualquer tipo de lesão a direitos coletivos.

Posteriormente, a Lei Complementar nº 132/09 abeberou a Lei Complementar 80/94 de diversos dispositivos que deram, também, competência à Defensoria Pública para impetrar Ação Civil Pública.

Por fim, e consolidando a legitimidade da Defensoria Pública para propositura de Ação Civil Pública, a Emenda Constitucional 80/14, alterando a redação original do artigo 134 da Constituição da República, passou a prever a competência para a Defensoria Pública na defesa da tutela coletiva ao rezar que lhe cabe “*a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos*”

Dessa forma, não há mais motivos para o não reconhecimento da atuação da defensoria na tutela de direitos coletivos, haja vista a previsão constitucional.

Assim como se fez com a tutela de direitos individuais, quando houve por parte deste trabalho uma análise minuciosa das funções efetivas e simbólicas da Defensoria, carece o autor de conhecimento no plano fático da plena efetividade ou de eventual simbologia da tutela coletiva da Defensoria Pública. Isso porque na unidade do estágio não se viu a propositura de nenhuma ACP, de modo que não há como analisar sua efetividade. Talvez essa falta de atuação da defensoria na tutela coletiva tenha se dado em virtude do pouco tempo do pleno reconhecimento constitucional dessa prerrogativa.

Esse alargamento da legitimidade poderá apresentar dois efeitos, vale dizer: ou ele contribuirá fortemente no sentido da concessão de qualquer das modalidades dos direitos coletivos, haja vista o maior número de interessados, que poderá aumentar a pressão sobre o governo, ou será mais um instrumento de legislação simbólica, com os objetivos que norteiam, também, a atuação simbólica da Defensoria na tutela individual.

## 5. CONCLUSÃO

Como se deduz do exposto, a Defensoria Pública, infelizmente, a despeito de alguma concretude de sua atuação no plano material, serve em larga medida como instrumento de poder político da governança em sua atividade formal.

É certo que o século XX, a despeito de ter sido o período mais sangrento da história humana, foi também o tempo no qual uma grande gama de direitos foram concedidos, iniciando-se com os direitos individuais, passando pelos sociais e indo até os coletivos.

No entanto, é evidente que a concretização desses direitos é carente, sobretudo os de segunda dimensão, de modo que a positivação de direitos fundamentais e a criação de instituições para buscar a sua concretização, como é o caso da Defensoria Pública, se mostra meramente simbólica, servindo ora como Legislação álibi, ora como compromisso dilatório.

A Defensoria Pública, em sua atividade formal, serve como um poderoso instrumento simbólico, na medida em que, de um lado, em sua atuação material, alcança resultados práticos, e de outro, em sua atividade formal, sua função é meramente simbólica.

Dessa maneira, a atuação do órgão defensorio, ora sendo efetivo no plano material, ora sendo simbólico no plano formal, serve como escudo protetor de críticas a sua ineficácia concreta no plano dos direitos sociais.

No mesmo sentido tende a ser a atuação da Defensoria Pública na busca dos direitos difusos e coletivos, podendo ter como vantagem para os governantes em face de sua atuação na defesa dos direitos individuais a maior gama de pessoas afetadas pelo seu agir simbólico.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Difel, 1989. Tradução de Fernando Tomaz.

BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do Pensamento Marxista**. Rio de Janeiro: Zahar. s/d.

BRASIL, Lei nº 8742/93, Lei nº 8.078/90, Lei nº 7.347/85, Lei nº 1060/50, Lei nº 5.869/73, Decreto Lei nº 1.608/39, Lei Complementar nº 80/94, Lei Complementar nº 132/2009, Constituição Federal de 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIAS, Maria Clara. **Os Direitos Sociais Básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

FREUD Sigmund. **Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse**, Vol. I, Frankfurt am Main: Fischer. Trad. Bras. (sem data): Introdução à psicanálise, Rio de Janeiro: Editora Guanabara.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Niklas Luhmann: Do sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Traduções de: Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Lucira Freire; **Direitos Fundamentais Sociais: Direitos Coletivos, Difusos e Homogêneos**.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

SCRUTON, Roger. **O que é conservadorismo**. São Paulo: É Realizações, 2015.  
Tradução de Guilherme Ferreira de Araújo.