

Concretização de Direitos Fundamentais na Perspectiva Jurídico-Constitucional da Defensoria Pública: Um Caminho “Ainda” a Ser Trilhado

Paulo Osório Gomes Rocha

*Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário
Metodista Izabela Hendrix, Advogado e Consultor Jurídico.*

DOI: 10.11117/22361766.17.01.09

RESUMO: O objetivo deste trabalho é contextualizar a temática dos direitos fundamentais com a atuação da Defensoria Pública. Serão abordados vários aspectos interpretativos que levarão a impulsionar a atuação funcional dos defensores públicos em concretizar os direitos fundamentais dos seus assistidos, além de formularmos algumas proposições para reforçar a concretude destes direitos à luz da relevância ostentada pela Defensoria Pública no cenário normativo-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Concretização de direitos fundamentais; Defensoria Pública; justiciabilidade dos direitos sociais; atuação funcional; assistência jurídica integral; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The aim of this essay is to relate the work of the Public Defender with the theme of fundamental rights. Many aspects of interpretation will be addressed, what will lead to an improvement in the functional performance of the Public Defender professionals, so that they can make effective heir defendants' fundamental rights. In addition, some propositions will be made to reinforce the completeness and effectiveness of such rights in the current relevance attributed to the Public Defender by Constitutional provisions.

KEY WORDS: Effectiveness of fundamental rights; Public Defender; justiciability in respect of social rights; full judicial representation; dignity of human beings.

SUMÁRIO: 1 Reflexão inicial; 2 Relevância da Defensoria Pública no cenário do Estado Democrático e “Social” de Direito; 3 Dever funcional dos defensores públicos: concretizar direitos fundamentais; 3.1 Contornos gerais da Defensoria Pública no Brasil; 3.2 A cláusula da “assistência jurídica integral” e sua interpretação constitucional; 3.3 Contextualização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como pressupostos de atuação funcional dos defensores públicos; 3.3.1 Direitos fundamentais como vetores de proteção e concretização da dignidade da pessoa humana; 3.4 Os direitos sociais e sua

justiciabilidade; 3.4.1 Pressupostos iniciais; 3.4.2 Combate a algumas formulações teóricas; 4 Algumas proposições à Defensoria Pública para ampliar o espectro de proteção e concretização dos direitos fundamentais; Conclusão.

1 REFLEXÃO INICIAL

A inclinação dos direitos fundamentais¹ para o ápice da estrutura normativa, notadamente após a segunda metade do século XX, consubstanciou grandes mudanças no norte interpretativo das Constituições.

Nesse rumo, a “nova hermenêutica”² ou “uma nova crença na Constituição”³ resulta, em última análise, em proteger e concretizar direitos fundamentais, sendo que, se não houver a realização dos mandamentos constitucionais, não se poderá dizer que há a prevalência da *força normativa da Constituição*.

Essas modificações de cunho normativo-hermenêutico podem ser visitadas por meio da posição ocupada pelos direitos fundamentais na nossa Constituição de 1988. Deste modo, é imperioso afirmar que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância⁴.

Uma das implicações impostas pelo tratamento jurídico conferido aos direitos fundamentais é quanto a sua justiciabilidade, que se justifica pela aplicação imediata dos direitos fundamentais, em razão de sua *fundamentalidade*⁵ formal (art. 5, § 1º, da nossa Constituição), seja pela sua *fundamentalidade material*, em razão da essencialidade do bem jurídico tutelado pela Constituição.

É neste ambiente de proeminência da dignidade da pessoa humana⁶ e pela busca da eficácia de direitos fundamentais que se fez necessário a cria-

1 A utilização desta expressão, no presente ensaio, é no sentido de designar os direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno. Outras expressões, *e.g.*, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos humanos contemporâneos”, caso utilizadas, serão respectivamente contextualizadas.

2 A “nova hermenêutica” é a caracterização para se interpretar os direitos fundamentais, anunciada pelo insuperável BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 579/647.

3 COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: Uma Nova Crença na Constituição. *Revista Síntese de Direito Público*, p. 5/23, jan./mar. 2004.

4 Sobre o processo de elaboração da Constituição de 1988, mencionando-se as suas influências e características, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 75/82.

5 Esta proteção especial dos direitos fundamentais, por meio da sua fundamentalidade formal e material, é muito bem desenvolvido por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2002. p. 377/379. Entre nós, ilustrando a nota da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 88/92.

6 No item 3.3.1, analisaremos a correlação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

ção de um órgão incumbido de prestar assistência jurídica aos necessitados⁷, daí o nascimento da Defensoria Pública.

Todavia, em que pese a elevada hierarquia do substancial catálogo normativo de proteção aos direitos fundamentais (seja no plano interno ou internacional), os grupos vulneráveis⁸ ainda não conseguem exercitá-los com efetividade.

Um dos motivos desta inação corresponde à exortação de algumas construções jurídicas, e.g., “reserva do possível”, “caráter programáticos dos direitos sociais”, todas na tentativa de desviar a marcha pela plena eficácia dos direitos fundamentais, o que, infelizmente, foi agasalhado por parcela do Judiciário⁹.

Outro fator que leva à inefetividade dos direitos fundamentais, embora sejam constatados alguns avanços, é a deficiência estrutural da Defensoria Pública, conforme é retratado nos Diagnósticos da Defensoria Pública no Brasil, realizado pelo Ministério da Justiça¹⁰.

Diante dessa constatação, precisamos situar, no plano normativo-constitucional, a importância da Defensoria Pública na promoção dos direitos fundamentais, analisando ou redefinindo os mecanismos jurídicos postos à sua disposição, além de estudarmos outros meios eficientes de atuação.

2 RELEVÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CENÁRIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO E “SOCIAL” DE DIREITO

A nossa República se apresenta como um Estado Democrático de Direito em razão de possibilitar a todos os cidadãos a participação nas decisões políticas fundamentais do País. Concordamos, então, com Alexy, jurfilósofo alemão, ao anunciar que os direitos fundamentais são democráticos “porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático”¹¹.

7 A interpretação jurídico-constitucional desta expressão é verificada no item 3.2 deste trabalho.

8 Utilizamos esta terminologia para caracterizar os indivíduos que são colocados à margem do processo das decisões estatais fundamentais, sendo eles, na maioria dos casos, economicamente pobres.

9 Estas teses serão devidamente combatidas e afastadas no item 3.4 deste ensaio.

10 Os referidos Diagnósticos da Defensoria Pública podem ser consultados por meio do sítio: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>.

11 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 53.

A afirmação *supra* não impede que uma decisão politicamente democrática seja tida por inconstitucional, já que a *força normativa da Constituição* deve prevalecer sobre preceitos que ofendam direitos fundamentais, daí a afirmação de que os direitos fundamentais também são não-democráticos¹².

Ademais, pelo delineamento dado pelo constituinte à normatização da Constituição de 1988, não nos resta dúvidas que a intenção foi constituir um Estado Social. As razões para esse entendimento são expostas de forma elucidativa pelo Professor Ingo Sarlet: “Também não pode ser olvidado que a nossa República se apresenta como um Estado Social e Democrático de Direito, cujos contornos básicos se encontram ancorados no preâmbulo, nas normas dos arts. 1º a 4º da CF (Princípios Fundamentais), pela consagração expressa de um catálogo de direitos fundamentais sociais (arts. 6º a 11) e em face dos princípios norteadores dos títulos que versam sobre as ordens econômica e social (arts. 170 e 193), isto sem falar nas diversas normas concretizadoras destes princípios que se encontram dispersas pelo texto constitucional”¹³.

Assim sendo, a interpretação dos direitos fundamentais deve ter como parâmetro esta faceta social do Estado brasileiro¹⁴. Neste ponto, ganha relevo a busca pela concretização dos direitos sociais, *e.g.*, educação, saúde, assistência social, reforçando, ainda, os argumentos hermenêuticos em favor do controle de políticas públicas, as quais deverão estar sintonizadas com as prioridades traçadas pelo constituinte¹⁵.

Outro corolário do moderno Estado Social é o movimento pelo acesso à justiça, conferindo-se aos economicamente pobres assistência jurídica. Essa garantia, nos termos indelévels de Cappelletti, representa a primeira onda evolutiva do acesso à justiça¹⁶.

Urge anotar que o acesso à justiça a estes grupos vulneráveis decorre também do fenômeno da especificação¹⁷ dos direitos fundamentais ou do

12 ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 53: “Não-democráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação, também do dador de leis, eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos estados, este jogo deve ser observado: a oposição perde primeiro no processo democrático e obtém, então, diante do Tribunal Constitucional. Também a Constituição brasileira conhece essa possibilidade a ela, no art. 103, VII, conceder aos partidos políticos, representados no Congresso, o direito a uma demanda por causa de anticonstitucionalidade diante do Tribunal Constitucional”.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 97/98.

14 Neste sentido, é a posição sustentada pelo mestre BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 371.

15 Sobre o tema do controle de políticas públicas, é indispensável o trabalho da Professora Ana Paula de Barcellos: Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, jan./mar. 2007.

16 Conferir o relatório geral do Projeto Florença, publicado em português: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 71.

17 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68 e ss.

surgimento dos “novos”¹⁸ direitos. Esta tendência – verificada no plano internacional e nas ordens jurídicas domésticas – confere tratamento diferenciado aos seres humanos que necessitem de tratamento especial, porquanto em razão das peculiaridades individuais ou coletivas impõe também um regramento jurídico diferenciado. Não é por outro motivo a consagração de direitos específicos aos idosos, às crianças, aos deficientes, aos homossexuais, aos economicamente pobres etc.

Destarte, a participação efetiva dos economicamente pobres no processo democrático brasileiro, por meio da Defensoria Pública, é que dá legitimação a este Estado Democrático e Social de Direito. Em outras palavras, a observância e concretude dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis é *conditio sine qua non* para legitimar este modelo estatal vigente entre nós¹⁹.

A relevância da Defensoria Pública, neste ponto, é proporcionar representatividade a estes grupos vulneráveis, oferecendo medidas judiciais ou extrajudiciais aptas a sanar qualquer ofensa aos seus direitos fundamentais.

3 DEVER FUNCIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS: CONCRETIZAR DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Contornos gerais da Defensoria Pública no Brasil

Antes da ordem constitucional de 1988 não havia um órgão especializado para prestar assistência jurídica aos necessitados. Historicamente²⁰, esta função foi exercida tanto por advogados remunerados pelo Poder Público, por membros do Ministério Público ou por alguns órgãos ligados ao Executivo, e.g., Procuradorias de Assistência Judiciária.

O *status* normativo da Defensoria Pública no Brasil, conferido pelo Legislador Constituinte de 1988, se evidencia também pelo seu enquadramento como função essencial à justiça, juntamente com o Ministério Público e a Advocacia Pública. Essa estruturação de órgãos essenciais à justiça, no dizer de Marcacini²¹, se deve pela existência de três diferentes categorias

18 Para um estudo geral sobre este tema, consultar: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direito no Brasil – natureza e perspectivas: uma visão básica das novas confluências jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

19 Sobre os direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático, é de se conferir as lições de ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 41/54.

20 Para aprofundamento histórico, ver MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. Revista e ampliada com legislação, jurisprudência e bibliografia. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

21 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e assistência gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 64/65.

de interesses a serem tutelados pelo ente estatal. Nestes termos, é razoável à interpretação que seja dado tratamento isonômico entre estes órgãos, porquanto não há prevalência, em abstrato, de um determinado interesse em desfavor do outro.

Entretanto, nestes quase 20 anos de previsão constitucional da Defensoria Pública é possível afirmar que o Poder Público, ainda, insiste em não efetivar esta garantia. Esta omissão é evidenciada pelo fato de alguns Estados (até o momento, Santa Catarina, Goiás e Paraná) e também o Distrito Federal não terem instalado a Defensoria Pública. Nestes casos, a assistência jurídica é oferecida por advogados conveniados ou procuradores.

Por outro lado, poucos Estados onde foi criada a Defensoria Pública fornecem atendimento em todas as comarcas, sendo comum, nestes casos, a nomeação de advogados dativos.

Interessante destacar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal²² ao art. 68 do Código de Processo Penal, possibilitando o Ministério Público ingressar com ação civil *ex delicto*, caso a vítima seja pobre e desde que não tenha Defensoria Pública instalada. É o que se denominou de “inconstitucionalidade progressiva no tempo” ou “norma ainda constitucional”.

Neste diapasão, é de se constatar que, por enquanto, os grupos vulneráveis não possuem representação jurídica efetiva, não obstante o crescente movimento nacional pela implementação e estruturação da Defensoria Pública²³.

Todavia, é imperioso ressaltar que, após a promulgação da EC 45/2004, a Defensoria Pública ganhou novo enfoque, seja pela previsão de sua autonomia funcional e administrativa, seja pela iniciativa de sua proposta orçamentária, nos termos do art. 134, § 2º, da Constituição.

Urge enaltecer que as conquistas da Defensoria Pública são atribuídas, essencialmente, pela consciência e sedimentação constitucional do seu papel no resguardo aos direitos fundamentais, daí já está, em fase final, no Congresso Nacional, proposta de emenda constitucional²⁴ atribuindo outras garantias e outros mecanismos à Defensoria Pública, o que deverá robustecer o espectro de proteção da pessoa humana.

3.2 A cláusula da “assistência jurídica integral” e sua interpretação constitucional

A significação normativa desse preceito se ancora em duas premissas básicas.

22 Conferir RE 135.328/SP Rel. Min. Marco Aurélio, e também RE 341.717/SP Rel. Min. Celso de Mello.

23 Este panorama da Defensoria Pública pode ser consultado por meio dos Diagnósticos da Defensoria Pública. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>.

24 A referida proposta é a PEC 487/2005.

A primeira premissa corresponde à valoração jurídica dada a expressão assistência jurídica integral, em razão da sua *fundamentalidade formal*, eis que está no catálogo dos direitos e das garantias fundamentais (art. 5º, inciso LXXIV, da CRFB), o que acarreta alguns desdobramentos hermenêuticos: a) está no topo da ordem jurídica; b) tem procedimento agravado para revisão, além de constituir limites materiais ao poder de reforma, e c) possui vinculatividade em razão da sua aplicabilidade imediata.

Ademais, possui, ainda, o que é mais relevante, a nota da *fundamentalidade material*, porquanto visa a proteger e concretizar bem jurídico essencial.

A segunda premissa – que a rigor seria uma decorrência da fundamentalidade material – é o fato da assistência jurídica integral corresponder a uma “norma-regra”²⁵, porque visa a implementar o princípio da igualdade *in concreto* ou material.

Atento a essas premissas lançadas alhures, podemos resolver alguns questionamentos: a) A atuação da Defensoria Pública se limita à atuação no campo judicial?; b) A Defensoria Pública pode prestar assistência jurídica às pessoas jurídicas?; c) Há instrumentos jurídicos para combater a inação estatal em não prestar assistência jurídica?

Prefacialmente, impende ressaltar que todos esses questionamentos devem ser respondidos à luz do princípio da *máxima eficácia dos direitos e das garantias fundamentais*, o qual é corolário das premissas formuladas.

Portanto, a atuação da Defensoria Pública, na defesa dos grupos vulneráveis, não se limita a intervenções judiciais. Pelo contrário, a orientação extrajudicial²⁶ aos necessitados reflete, definitivamente, um essencial escopo do sistema normativo constitucional, pois possibilita a prevenção de litígios, além de educar estes grupos vulneráveis na consolidação de seus direitos e suas garantias fundamentais.

Por outro lado, embora não seria condição necessária para se interpretar no sentido exposto acima, o constituinte previu que a orientação jurídica tem que ser “integral”, daí englobar tanto a orientação jurídica ou extrajudicial.

Decorre também da máxima eficácia dos direitos e das garantias fundamentais a possibilidade de as pessoas jurídicas serem assistidas pela Defensoria Pública. Ora, o constituinte não distinguiu entre pessoas físicas e jurídicas qual seria patrocinada pela Defensoria. Portanto, não cabe ao

25 Sobre a definição de normas-regra e normas-princípio, conferir DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978. Ver, também, outro expoente desta doutrina: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Consultar, finalmente, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 1161.

26 No Capítulo 4, desenvolveremos, com maiores detalhes e propostas, o conceito de orientação jurídica.

intérprete diferenciar. Assim, é suficiente para prestação de assistência jurídica integral a circunstância econômica, ou seja, não poder arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios, sob pena de ter que encerrar suas atividades, ou, então, de arriscar-se a tal.

Para exemplificar, apoiado em Marcacini, trago colação de Sérgio Luiz Junkes: “Em termos genéricos, dentre as pessoas jurídicas merecedoras de assistência jurídica podem ser alinhadas aquelas, desprovidas de patrimônio, ou com patrimônio inalienável ou reduzido, as que tenham fins filantrópicos, assistenciais ou que sejam reconhecidos de utilidade pública. Nesse último caso, segundo Marcacini, tais pessoas jurídicas, além de suprirem funções em que o desempenho do Estado é insatisfatório, não têm como obter recursos para financiar uma demanda judicial. Em contrapartida, conforme Marcacini, deve ser vedada, via de regra, a concessão do benefício às pessoas jurídicas que tenham fins lucrativos, muito embora deficitárias, quando os seus sócios reúnam condições ou de investir mais capital na sociedade ou, então, de arcar somente com os ônus processuais”²⁷.

Sobre este tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento pela admissibilidade de assistência jurídica às pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, desde que sejam cumpridos alguns regramentos, nos termos do EREsp 388045/RS²⁸.

27 JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 83.

28 Pela relevância do tema, eis a ementa da decisão:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – JUSTIÇA GRATUITA – CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – PESSOA JURÍDICA – ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA PRECÁRIA – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS – INVERSÃO DO ONUS PROBANDI

I – A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei nº 1.060/1950. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em ‘estado de perplexidade’; b) já a pessoa jurídica requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado.

II – Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o *onus probandi* é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade.

III – A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela assembléia, ou subscritos pelos diretores etc.

IV – No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais.

V – Embargos de divergência rejeitados.”

Por derradeiro, há previsão no ordenamento jurídico pátrio de dois mecanismos de proteção ao cidadão em casos de *síndrome de inefetividade estatal* na prestação de assistência jurídica. Um deles é a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CRFB), instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, apto a impor que o Poder Público recalcitrante cumpra o comando constitucional, ou seja, instale, concretamente, a Defensoria Pública. Outro mecanismo, agora de controle difuso, é o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, da CRFB), isto é, ação constitucional que objetiva o exercício efetivo dos direitos fundamentais em razão da falta de norma regulamentadora.

Sobre esta temática da omissão estatal, não obstante a grande controvérsia que o circunda, teremos que tecer alguns comentários iniciais²⁹. Para tanto, posicionaremos sobre a natureza jurídica da expressão assistência jurídica integral e, conseqüentemente, qual é sua eficácia.

Como é cediço, no que concerne aos direitos fundamentais “de defesa”, estes são mais fáceis de serem concretizados, vez que, em geral, exigem um não fazer estatal. A maior polêmica, então, é quanto aos direitos fundamentais “prestacionais”, tendo em vista o caráter financeiro-orçamentário.

Portanto, a garantia fundamental da assistência jurídica integral trata-se de uma norma de prestação, pois cobra do Poder Público uma ação específica, isto é, efetivar serviço público essencial aos grupos vulneráveis, a fim de se materializar o princípio da igualdade.

Assim sendo, para uma corrente doutrinária mais otimista³⁰, todos os direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata, mesmo os prestacionais, dispensando-se, assim, a intervenção legislativa para efetivá-los. Todavia, forte no estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais elaborado pelo Professor Ingo Sarlet, concordamos que, embora “todas as normas constitucionais serem dotadas de um mínimo de eficácia”, o problema dos direitos prestacionais deve ser analisado de forma diferenciada.

Especificamente, a respeito da utilização das ações constitucionais para concretizar direitos ou garantias fundamentais, eis a ponderação lapidar de Ingo Sarlet: “No que concerne aos instrumentos processuais referidos, entendemos ser possível advogar o ponto de vista de acordo com o qual a previsão constitucional de institutos da natureza de um mandado de injunção contra omissões dos poderes públicos e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não tem, por si só, o condão de outorgar

29 No item 3.4, enfrentaremos, com maior profundidade, a respeito da eficácia ou aplicabilidade dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais.

30 Neste sentido, por exemplo, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 322 e ss.

a todas as normas constitucionais a qualidade da aplicabilidade direta e a sua plenitude eficácia, sendo, pelo contrário, justamente uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador, constituindo tal circunstância a própria razão de ser dos instrumentos citados, o que reforça a idéia de que o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão se encontram, isto sim, a serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e, portanto, também da efetividade das normas constitucionais, situando-se, contudo, em plano diverso – embora não incompatível – desta norma de natureza eminentemente (ao menos preponderantemente) material”³¹.

Desta forma, o mandado de injunção ou a ação de inconstitucionalidade por omissão são instrumentos jurídicos indispensáveis para se efetivar um direito fundamental de cunho prestacional, no caso, a assistência jurídica integral, principalmente levando-se em consideração as técnicas de decisão do mandado de injunção³², que doravante acreditamos que se consolidará na jurisprudência brasileira, apesar de entendermos que, tratando-se de normas prestacionais, a decisão judicial, por si só, não tem o condão de efetivar o direito ou a garantia violado pela omissão, necessitando-se, assim, de uma técnica (e.g., multa) para impulsionar o Poder Público a cumprir o comando constitucional.

É imperioso ressaltar que – embora haja grandes controvérsias sobre o tema acima –, no caso de assistência jurídica aos grupos vulneráveis, há uma particularidade, já que, nos casos de réu revel ou na seara criminal, onde não existir Defensoria Pública instalada, o juiz, de ofício, deve nomear um advogado dativo, efetivando-se, então, a garantia analisada. E mais, como é comum na prática forense, muitos são os deferimentos da “justiça gratuita”³³ para os grupos vulneráveis que necessitem ingressar com demandas judiciais.

Entretanto, a omissão estatal não se justifica pelo procedimento *supra*, porquanto, como ressaltado, o sentido da assistência jurídica integral é mais amplo do que a mera nomeação de um advogado para acompanhar uma demanda judicial ou a gratuidade das custas e dos honorários.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 276.

32 As técnicas de decisão ou natureza jurídica das decisões no mandado de injunção é extremamente polêmica. Para tanto, há várias teorias: a) da subsidiariedade; b) da independência jurisdicional; c) da resolutividade, e d) mista. Neste sentido, pela análise das decisões do STF sobre o tema, parece que a tendência a ser guiada será a mista, isto é, órgão jurisdicional fixa prazo razoável e, caso seja mantida a inércia, fica autorizado ao prejudicado o exercício do direito invocado. Para um estudo sistemático e aprofundado sobre o mandado de injunção é imprescindível o trabalho de Rodrigo Reis Mazzei: *Ações constitucionais*. Org. Fredie Didier Jr. Salvador: JusPODVM, 2006. p. 143/200.

33 Esta expressão significa a concessão da gratuidade das custas e dos honorários advocatícios referentes a uma determinada demanda judicial patrocinada por advogados privados em razão da inexistência, naquele local, de instalação da Defensoria Pública. Verifica-se, então, a diferença estrutural com a expressão assistência jurídica integral, a qual implica, além da gratuidade de custas e honorários advocatícios, despesas extrajudiciais e patrocínio por órgão especializado (Defensoria Pública) por meio dos seus agentes políticos.

3.3 Contextualização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como pressupostos de atuação funcional dos defensores públicos

O estudo atinente a este item tem a finalidade de demonstrar que a supremacia jurídica da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais são constantes propulsores normativos para atuação funcional dos defensores públicos.

Esta vinculação dos defensores públicos revela-se tanto na consultoria como na postulação judicial.

Para ilustrar, verifica-se que o direito constitucional à informação, prestado pelos defensores públicos na consultoria, se traduz de vital importância para a concretização dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis, notadamente pelo fato – ainda presente no contexto brasileiro – de muitos ainda não conhecerem que são titulares de direitos na ordem jurídica interna ou internacional.

O *direito a ter direitos*, revelado aos grupos vulneráveis por meio da consultoria ou através de uma tutela jurisdicional efetiva, decorre, em última análise, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta interligação é desenvolvida no prestigioso estudo do Professor Ingo Sarlet: “Neste contexto, expressando a noção de pessoa como sujeito de direitos e obrigações, talvez o mais correto fosse afirmar que, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade”³⁴.

De igual sorte, a relação da atuação funcional dos defensores públicos na esfera judicial – seja representando o autor como o réu –, com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, é uma constante. Somente para exemplificar, patrocinando os interesses do autor, os defensores públicos impulsionam: a) o acesso à tutela jurisdicional efetiva; b) fazem requerimentos (fornecimentos de medicamentos, alimentos etc.) com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, quando representa o réu, também dá concretude: a) ao contraditório e à ampla defesa, ambos corolários do devido processo legal; b) além de zelar pelo respeito aos direitos fundamentais ou da dignidade do seu assistido, *e.g.*, evitar abusos por parte do Poder Público ou de particulares quando da condução do processo; c) denunciar ofensas à integridade física ou moral do seu assistido; d) resguardar o direito fundamental à liberdade, em casos de prisões ilegais.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 96.

3.3.1 Direitos fundamentais como vetores de proteção e concretização da dignidade da pessoa humana

A assertiva *supra* – mesmo não sendo absoluta – constitui premissa essencial para entendermos a sistemática do tema.

Inicialmente, cumpre-nos asseverar, pela *elevada dimensão valorativa*, que a dignidade da pessoa humana não é instituto jurídico de conceituação fechada. Um dos motivos dos seus contornos vagos é pelo *caráter pluralístico* dos valores consagrados nas ordens jurídicas, impedindo-se, então, quaisquer significações excludentes ou atentatórias a outros direitos relevantes.

Neste sentido, o Constituinte de 1988, inspirado no constitucionalismo português e espanhol, conferiu à dignidade da pessoa humana *status* normativo de fundamento do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III), no título dos princípios fundamentais. Esta peculiaridade de tratamento confere substância à assertiva ao considerar a dignidade da pessoa humana como fundamento de toda a ordem jurídica, notadamente do sistema dos direitos fundamentais.

Demonstrando a relatividade da afirmação analisada, embora concorde com sua validade, eis a ponderação do ilustre constitucionalista Ingo Sarlet: “Em primeiro lugar, parece oportuna a menção – de modo especial à luz de nosso direito constitucional positivo – de que se revela no mínimo passível de discussão a qualificação do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado em si mesmo, como autêntico direito fundamental autônomo, em que pese sua importante função, seja como elemento referencial para aplicação e interpretação dos direitos fundamentais (mas não só destes), seja na condição de fundamentos para a dedução de direitos fundamentais decorrentes. De outra parte, e aqui centramos a nossa crítica, basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana. Não pretendendo polemizar especificadamente as diversas hipóteses que aqui podem ser referidas, reportamo-nos, a título meramente exemplificativo, ao art. 5º, incisos XVIII e XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, bem como ao art. 7º, incisos XI, XXVI, XXIX, sem mencionar outros exemplos que poderiam facilmente ser garimpados no catálogo constitucional dos direitos fundamentais”³⁵.

Feito o registro acima, é imperioso reconhecer que diversos direitos fundamentais encontram o seu substrato no princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar, eis alguns exemplos³⁶ de direitos fundamentais

35 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...* cit., p. 112.

36 Para um estudo pormenorizado sobre alguns direitos fundamentais explicitados e concretizados no princípio da dignidade da pessoa humana, conferir o excelente trabalho de Ingo Wolfgang Sarlet: *Dignidade da pessoa humana...* cit., p. 84/98.

ligados à dignidade da pessoa humana: a) direito à vida; b) direito à personalidade; c) direito à igualdade; d) direito à propriedade; e) direitos sociais, econômicos e culturais; f) direito à informação, e tantos outros.

Por derradeiro, conforme já se tornou usual na doutrina³⁷, a dignidade da pessoa humana tem uma faceta negativa (implicando que o ser humano não será ofendido ou humilhado) e uma faceta positiva (que impõe prestações, tanto pelo Poder Público como dos particulares, em busca do pleno desenvolvimento do ser humano).

3.4 Os direitos sociais e sua justiciabilidade

3.4.1 Pressupostos iniciais

Para justificarmos este tema – apesar da grande polêmica que o cerca –, é imprescindível a formulação de cinco pontos interpretativos.

O primeiro esclarecimento é analisarmos este tema à luz do compromisso social assumido por nosso Estado, o que pode ser verificado por meio de vários dispositivos constitucionais (como o art. 1º, incisos III e IV; art. 3º, incisos I e III; art. 6º e 7º; arts. 194, 196, 205, e 215). Desta forma, é de se notar que a nossa Constituição tem matriz “dirigente”³⁸, no sentido de estabelecer um autêntico programa normativo na defesa dos direitos sociais.

Outro ponto a ser considerado é a postura assumida pela República Federativa do Brasil no âmbito de celebração de tratados internacionais, explicitando, desse modo, o caráter socializante, ao qual o Brasil está subordinado. Para ilustrar esta posição do Brasil no resguardo dos direitos de cunho social basta citar alguns pactos ratificados por nós: a) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; b) Convenção sobre os Direitos da Criança; c) Convenção Americana de Direitos Humanos.

Um terceiro fundamento é sobre a indivisibilidade ou interdependência dos direitos fundamentais. Comentando sobre esta característica, observa Carlos Weis: “A indivisibilidade, então, está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos: a promoção e garantia da dignidade do ser humano. Ao se afirmar que os direitos humanos são indivisíveis se está a dizer que não existe meio termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, seja civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais”³⁹.

37 Por todos, ver PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, estado de derechos y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318.

38 Conferir lições de CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

39 WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

A preferência do autor supramencionado pela expressão “direitos humanos”⁴⁰ não descaracteriza a sua utilização no nosso estudo, eis que, a partir do instante que a República Federativa do Brasil celebra Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a nossa ordem jurídica constitucional passa também a protegê-los com a mesma hierarquia formal⁴¹ de outros direitos fundamentais – embora já seria materialmente fundamental –, daí a opção de alguns autores pela expressão “direitos humanos fundamentais”⁴² ou “constitucionalização do direito internacional”⁴³.

Um quarto pressuposto se refere à eficácia das normas de direitos sociais. Para tanto, forte no *princípio da máxima eficácia*⁴⁴ dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CRFB) e no núcleo axiológico da dignidade da pessoa humana, não há sustentáculo razoável para utilização das teses que procuram afastar o Poder Público do seu mister supremo, qual seja, possibilitar condições mínimas de dignidade a todos os que se encontram sobre a sua esfera de proteção.

Por derradeiro, é preciso enaltecer – como pressuposto de defesa dos direitos sociais – a vedação ao retrocesso ou sua eficácia protetiva em relação ao legislador infraconstitucional⁴⁵. Esta proteção conferida aos direitos fundamentais sociais “decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em se cuidando de sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade, revela-se, por sua vez, o quanto assume relevo a discussão em torno dos níveis possíveis de preservação (e, portanto, de proteção) das precárias conquistas sociais já alcançadas”⁴⁶.

Assim sendo, é razoável afirmar que, principalmente na esfera da saúde, as legislações nacionais, regionais e locais que versem sobre direitos sociais estariam protegidas do efeito revogador de outra legislação superveniente que, eventualmente, impusesse restrição ou limitação aos direitos concretizados. Poder-se-ia falar, ainda, que os direitos sociais estão incluídos nas cláusulas pétreas ou então como limite material implícito, impedindo, assim, limitação por meio de emenda constitucional.

40 No dizer do referido autor, a sua preferência por esta terminologia é por ser comum no âmbito internacional.

41 Nos termos do § 3º do art. 5º da CRFB, introduzido pela EC 45/2004.

42 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

43 Neste sentido, é valiosa a consulta da obra de PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

44 Esta interpretação é resultado da natureza jurídica do art. 5º, § 1º, já que se trata de uma norma-princípio, daí a sua maior densidade normativa, constituindo um “mandado de otimização” na concretização dos direitos fundamentais.

45 Este tema é analisado detalhadamente por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...* cit., p. 434/461. Este ilustre autor, inclusive, elenca os principais fundamentos em prol do reconhecimento de um princípio implícito da proibição de retrocesso na ordem constitucional pátria.

46 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...* cit., p. 440.

3.4.2 Combate a algumas formulações teóricas

Os principais impedimentos teóricos para não se conferir plena eficácia aos direitos sociais são decorrentes de duas teses: a) *caráter programático* dos direitos sociais, e b) subordinação à *reserva do possível*.

Todavia, em que pese a relativa substancialidade destas teses, não se concebe a utilização destes artifícios interpretativos como mecanismos para o Poder Público fugir de todos os seus compromissos, os quais são dirigidos pelo sistema normativo-constitucional.

O que defendemos e será exposto a seguir é o fato de alguns direitos fundamentais sociais ostentarem plena eficácia jurídica, não se subordinando aos referidos delineamentos teóricos. Para tanto, analisaremos – em conformidade com o tema proposto – apenas os principais direitos sociais de maior incidência na atuação funcional dos defensores públicos.

Concordamos que a *dimensão programática* dos direitos sociais e a sua subordinação à *reserva do possível* encontram alguns desdobramentos de validade, verifiquemos os principais.

É correto considerar que parcela dos direitos sociais reclama intervenção legislativa para que adquiram efetividade, daí o seu *caráter programático*. Exemplo desta hipótese é a norma descrita no art. 7º, inciso XI: “Participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”. Assim, não há que se cogitar de uma intervenção judicial para efetivar a referida norma, porquanto “como poderiam, por exemplo, juízes e tribunais definir e regulamentar a forma de participação dos empregados nos lucros das empresas sem promover, além de uma análise de cunho técnico, um amplo e aberto debate envolvendo os segmentos interessados (entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores, etc.)?”⁴⁷.

Assevera-se que a existência de *normas constitucionais programáticas* não inibe a afirmação de que *toda norma constitucional é dotada de eficácia* (mesmo que em intensidades variáveis). Portanto, “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução”⁴⁸.

De igual sorte, há relativa robustez em considerar que não há disponibilidade financeira para que o Poder Público possa concretizar todos os direitos sociais. Ora, como é sabido, os recursos econômico-financeiros do Estado são limitados em contrapartida a ilimitação das necessidades humanas.

47 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...* cit., p. 308.

48 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 2. tir. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 76.

Feitos estes breves comentários à guisa de preliminares, não olvidamos que eles deverão ceder diante da natureza jurídico-constitucional de alguns direitos sociais, como o direito à saúde e à educação.

Destarte, a justiciabilidade dos direitos sociais devem ser perquirida à luz da natureza do objeto constitucionalmente protegido, ou seja, se o direito social é condição indispensável para garantir padrões mínimos de sobrevivência humana ou se o bem jurídico tutelado é tido como prioridade pelo constituinte.

No cenário internacional os direitos sociais também estão ganhando maior proteção jurídica. Neste sentido, demonstrando esta temática, eis os apontamentos de Carlos Weis: “O esforço em garantir a justiciabilidade dos direitos sociais também se tem dirigido a dar maior precisão e clareza aos textos internacionais dos quais se originam, a fim de que se possa deles extrair direitos subjetivos individuais, coletivos ou difusos, dedutíveis judicial ou internacionalmente. Disso resulta uma tentativa de se encontrar alguns parâmetros que possibilitem avaliar se um Estado está cumprindo as obrigações decorrentes dos tratados internacionais sobre a matéria, o que passa pela identificação de quais normas de direitos sociais são exeqüíveis imediatamente, como assinalado pelo ‘Princípio nº 8’ extraído da reunião realizada em Maastricht em junho de 1986, organizada pela Universidade de Limburg, pela Comissão Internacional de Juristas e pelo Instituto Urban Morgan da Universidade de Cincinnati (Ohio). Nesta direção, a verificação atenta da legislação internacional revela que há casos em que direitos econômicos, sociais e culturais são fruíveis imediatamente, enquanto há alguns direitos civis e políticos que não o são”⁴⁹.

O direito social à saúde – por ser um dos mais relevantes na atuação dos defensores públicos – merece uma análise mais detida. Esta relevância se deve a dois fatores: 1. Precariedade do serviço público de saúde, e 2. Os principais titulares da saúde pública são os grupos vulneráveis, tendo em vista a inexistência de suporte financeiro para contrair planos de saúde, adquirir medicamentos ou atendimento em hospitais particulares.

Uma primeira constatação é reforçarmos a fundamentalidade formal e material do direito à saúde. A fundamentalidade formal decorre da sua previsão constitucional no rol do art. 6º e também nos arts. 196 a 200 (em razão do § 2º do art. 5º). Ademais, no âmbito de proteção internacional, o Brasil também se comprometeu a proteger e concretizar o direito social à saúde (a fundamentalidade formal decorre do § 3º do art. 5º, embora, antes da EC 45/2004, já detinha fundamentalidade material). A material, por sua vez, decorre da essencialidade do bem protegido, o qual é de fácil inteligência, já que é imprescindível para se manter uma vida digna.

49 WEIS, Carlos. Ob. cit., p. 55.

Assim sendo, em razão desta fundamentalidade, deve-se proporcionar maior eficácia ao direito à saúde.

Outra ponderação é situar o direito à saúde como direito de 2º dimensão, já que confere concretude à igualdade material, oportunizando compensar as desigualdades sociais por meio de tratamento médico gratuito, fornecimento de medicamentos, exames laboratoriais etc.

Vale ressaltar, ainda, que a atuação legislativa infraconstitucional (e.g., a Legislação Nacional nº 8.880/1990 e diversas leis estaduais e municipais), na concretização do direito social à saúde, visou a delimitar os termos genéricos previstos na Constituição, o que, caso não fosse regulamentado, não impediria a intervenção judicial.

Sobre este tema, é valiosa a transcrição de decisão pragmática do STF: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstituinte, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (Recurso Extraordinário nº 267.612/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, publicada no DJU de 23.08.2000).

Outra ponderação importante é mencionarmos o caráter emergencial das demandas em que se busca proteção e concretização à saúde. Assim, para que o Judiciário possa atuar satisfatoriamente é essencial a concessão de uma tutela jurisdicional rápida, adequada e efetiva⁵⁰.

E mais, pela relevância do bem jurídico a ser concretizado, ganha relevo o princípio do ativismo judicial⁵¹, principalmente nas demandas coletivas.

Uma última consideração – apenas para incentivar a discussão – se refere ao fato de os particulares também terem o dever de proteger e concre-

50 Para uma análise moderna da tutela jurisdicional à luz do bem jurídico constitucionalmente protegido, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Conferir, do mesmo autor, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, e também *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

51 Sobre este princípio na tutela coletiva, ver DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil – Processo coletivo*. Salvador: JusPODIVM, v. 4, 2007. p. 118/119.

tizar o direito fundamental à saúde, notadamente na esfera de prestação de serviço público essencial. Embora não tenha discussão séria sobre o dever imposto aos particulares em respeitar a saúde de terceiros (feição de defesa), merece atenção especial a justiciabilidade de o particular (e.g., um hospital privado) ser compelido a fornecer determinado tratamento de saúde, caso o Poder Público não tenha disponibilidade tecnológica ou financeira para tanto. Esta questão deverá ser resolvida à luz do delineamento da *eficácia horizontal*⁵² ou *privada dos direitos fundamentais*.

Um dos fundamentos desta teoria é quanto à eficácia irradiante e a dimensão objetiva ou valorativa dos direitos fundamentais. Em que pese a complexidade desta temática, além da limitação deste trabalho, poder-se-ia cogitar que, se o tratamento requerido fosse imprescindível para manutenção da vida e não existisse possibilidade de o Poder Público fornecê-lo, seria razoável sustentar a justiciabilidade do direito à saúde perante o hospital privado, mormente levando-se em consideração a ponderação entre os bens jurídicos envolvidos, dando prevalência, então, à preservação da vida humana.

Destarte, ancorando-se nos pressupostos da *teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e no princípio da proporcionalidade, seria possível, em tese, coagir o particular a fornecer prestações ao direito à saúde, desde que o Poder Público não tenha condições financeiras para prestá-lo. Outra interpretação – em decorrência do Estado não deter capacidade técnico-profissional – é coagir o Estado a pagar o respectivo tratamento no hospital privado que possua tecnologia para fornecê-lo.

4 ALGUMAS PROPOSIÇÕES À DEFENSORIA PÚBLICA PARA AMPLIAR O ESPECTRO DE PROTEÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A maioria das propostas, a seguir delineadas, podem ser perfeitamente fruíveis por meio da valoração jurídico-hermenêutica dos direitos e das garantias fundamentais, dispensando, assim, atividade legislativa regulamentar. Mas, tendo em vista a desarmonia no tratamento normativo da Defensoria Pública dentro de nossa Federação, faz-se mister um regramento impositivo nacional⁵³. Não é por outro motivo que o atual Presidente da República já

52 A respeito do tema *eficácia horizontal* ou *privada*, conferir, entre tantos: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (Org). *Leituras complementares de processo civil*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; VALE, André Rufino do. *Constituição e direito privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, 2004.

53 Nos termos do art. 24, inciso XIII, da CRFB, é competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública. Todavia, no caso da

enviou projeto⁵⁴ ao Congresso Nacional para modificação da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública.

A primeira proposição apresentada é direcionar a atuação da Defensoria Pública para a esfera extrajudicial. As vantagens serão muitas: satisfação das partes, rapidez e menor custo financeiro para o Estado. Como já ressaltamos no item 3.2, a orientação jurídica ou a solução extrajudicial dos conflitos já está declarada na expressão “assistência jurídica integral”, porém, para reforçar este compromisso constitucional, é salutar a sua previsão na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública.

Neste sentido, eis o texto do projeto referido: “II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando a composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos”.

A segunda proposta – que também é uma decorrência da atuação extrajudicial – é a utilização de técnicas para democratizar o acesso aos direitos fundamentais, o que se dá por meio de informações aos grupos vulneráveis, orientando-lhes dos direitos e garantias postos à sua proteção. A importância deste direito fundamental à informação é muito bem ressaltada por Bonavides ao classificar dentre os direitos de 4ª dimensão.

A relevância deste direito à informação no cenário de atuação dos defensores públicos já foi ressaltada pela Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo⁵⁵ em seu art. 5º, inciso II: “Informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais”.

De igual sorte, o projeto de lei para modificar a Lei Complementar nº 80/1994 também impõe como dever funcional: “III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”. E mais, elenca como direito do assistido a informação sobre: “a) localização e horário de funcionamento dos órgãos da Defensoria Pública; b) a tramitação dos processos e os procedimentos para a realização de exames, perícias e outras providências necessárias à defesa de seus interesses; II – a qualidade e a eficiência do atendimento; III – o direito de ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação pelo defensor público; IV – o patrocínio

organização da Defensoria Pública do Distrito Federal, a competência é da União (art. 21, inciso XIII, e art. 22, inciso XVII). Entretanto, já há proposta de emenda constitucional transferindo esta competência para o próprio Distrito Federal. De qualquer forma, cabe à União estabelecer normas gerais para criação das defensorias estaduais, o que foi realizado por meio da promulgação da Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública).

54 O referido projeto pode ser consultado no sítio da Associação Nacional dos Defensores Públicos: <<http://www.anadep.org.br>>.

55 Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006. É de se ressaltar que, no âmbito de normatização da Defensoria Pública, é uma das mais avançadas da Federação.

de seus direitos e interesses pelo defensor natural; V – a atuação de defensores públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções (NR)".

A terceira proposição se refere ao aparelhamento técnico dos defensores públicos para atuarem junto aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, impondo-se às Defensorias como matéria obrigatória nas provas de ingresso na carreira a disciplina atinente a direitos humanos. Esta preocupação também já foi percebida pela Defensoria de São Paulo, a qual previu, em sua Lei Orgânica, este dever de atuar perante os sistemas de proteção dos direitos humanos, nos termos do art. 5º, inciso VI, alínea b.

No campo nacional, o projeto de modificação da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública também prevê: "VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos e tribunais".

Ressalte-se que não há, por enquanto, na legislação nacional, norma que impulse às Defensorias exigirem, como matéria obrigatória no certame para ingresso na carreira de defensor público, a disciplina de direitos humanos, embora algumas Defensorias Estaduais já notaram esta importância (como São Paulo, Bahia etc.).

Uma última proposição é quanto à participação efetiva da Defensoria Pública na esfera dos interesses coletivos. A experiência deste órgão no ajuizamento de ações coletivas se dava principalmente em duas hipóteses: 1. Quando postulava em nome de um dos legitimados à demanda coletiva (e.g., fundação ou associação que carecem de capacidade econômica), e 2. Quando, em nome próprio, atuava na defesa coletiva do consumidor, nos termos do art. 82, III, do CDC⁵⁶.

Com a nova redação do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, determinada pelo advento da Lei nº 11.448/2007, tornou-se clarividente a legitimidade extraordinária da Defensoria Pública nas demandas coletivas. Assim sendo, para que seja cumprido, com efetividade, a sua intervenção no processo coletivo, impõe-se imediato aparelhamento dos defensores públicos para traçarem estratégias e contornos gerais para intervirem na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos grupos vulneráveis.

Neste sentido, vale trazer à baila a modificação sugerida na Lei Complementar nº 80/1994: "A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídi-

56 As ações coletivas propostas com base neste artigo foram, na maioria, demandadas pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Esta possibilidade foi consolidada no STJ, conforme se observa do REsp 555.111/RJ, Rel. Min. Castro Filho, J. 05.09.2006.

ca, 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 da lei” (NR). E mais especificamente: “Promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, nestes dois últimos casos quando o resultado da demanda puder beneficiar, de alguma forma, grupo de pessoas hipossuficientes”.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste trabalho, é forçoso reconhecer o grande mister conferido à Defensoria Pública na marcha pela proteção e concretização dos direitos fundamentais. Esta referida marcha ganhou apoio por meio de algumas modificações legislativas, as quais reacenderam a esperança nesta carreira.

Acreditamos que este movimento crescente de valorização da Defensoria Pública irá fincar marcas indeléveis em nossa cultura constitucional, entre tantas: 1. Legitimação popular do nosso Estado, em razão de os grupos vulneráveis adquirirem representatividade nas decisões políticas fundamentais; 2. Sedimentação do Estado Social no Brasil; 3. Redefinição de institutos jurídicos à luz da valorização do ser humano, mormente pela alta densidade normativa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, até alcançarmos o desejável, muitos continuarão excluídos... basta verificar que apenas 39% das comarcas ou sessões judiciárias existentes possuem assistência jurídica prestada por defensores públicos. Ora, como restou demonstrado, há um substancial catálogo normativo de proteção aos direitos fundamentais. O que falta são órgãos estatais imbuídos do propósito de concretizá-los.

Por fim, queremos registrar que, não obstante a vasta literatura que se debruça sobre os direitos fundamentais, ainda é insatisfatório o estudo doutrinário a respeito do sistemático compromisso assumido pela Defensoria Pública no resguardo e na concretização destes direitos.