

# A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE JUSTIÇA

Diogo de Figueiredo Moreira Neto  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

*"... a reflexão sobre uma ordem de liberdade e justiça, que todos almejamos, não há de estar ausente das preocupações em torno da plenitude da cidadania."\**

José Néri da Silveira

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A sociedade pluralista. 3. O Estado pluriclasse. 4. A ordem jurídica valiosa. 5. A diversificação dos interesses. 6. A defesa técnica dos interesses. 7. As funções essenciais à justiça. 8. A plenitude da cidadania. 9. Princípios constitucionais da Defensoria Pública. 10. Os órgãos de atuação da Defensoria Pública e seu regime jurídico. 11. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

A instituição da Defensoria Pública deve ser considerada no quadro juspolítico contemporâneo. O ilustre magistrado de quem pedi emprestado a eloqüente epígrafe deste trabalho, assinalou, em palestra repassada de sabedoria e de experiência, no quarto congresso nacional dessa categoria, a modernidade dessa instituição, fruto do avanço das últimas décadas, o que a torna ainda tão pouco conhecida e tão pouco trabalhada em doutrina.

Essa atualidade, que não só é da Defensoria Pública mas, em geral, das funções essenciais à justiça que, em 1988, receberam tratamento constitucional destacado no capítulo dedicado à organização dos Poderes do Estado, prende-se às profundas e vertiginosas modificações por que estão passando a *sociedade*, o *Estado* e o *direito* nos decênios finais deste século.

Este artigo parte da visão dessas três básicas realidades, praticamente inextricáveis, aventura-se no campo movediço dos interesses e de sua proteção, sustenta indispensável a extensão do conceito de cidadania, situa as funções essenciais à justiça e, em especial, a Defensoria Pública no Estado e na Constituição, examinando seus órgãos de atuação, regime jurídico e seus princípios constitucionais.

Além da finalidade analítica, ao estudar essa instituição, o ensaio segue a tônica do mencionado quarto congresso nacional: reivindicar maior atenção dos políticos e até profissionais do direito, em geral, para a Defensoria Pública no contexto das funções essenciais à justiça, bem como para a ingente necessidade de desenvolver-lhe toda sua polivalente utilidade em prol da cidadania e, por conseqüência, para a governabilidade democrática da nação.

(\*) *A Defensoria Pública como Instrumento da Cidadania*, palestra em Corumbá, Mato Grosso do Sul, em 17 de setembro de 1992.

## 2. A SOCIEDADE PLURALISTA

Uma das características mais marcantes deste século foi, sem dúvida, a superação, simultânea, da sociedade de classe, no plano histórico, e do monismo, no plano teórico.

A nitidez das classes sociais definidas, que chegaram até à segunda revolução industrial em constantes embates pela hegemonia, sucedeu-se a dispersão e o esbatimento das inúmeras concentrações de interesses da sociedade contemporânea, composta de grupos ou centros de poder, um dos quais é o Estado, que desempenham, reciprocamente, funções de contenção e de controle.

Ao radicalismo das ideologias estatizantes, da mesma forma, opôs-se o pluralismo, atacando os sistemas totalitários por sua excessiva concentração de poder na instituição estatal.

Atribui-se como fonte histórica da concepção doutrinária pluralista o próprio MONTESQUIEU, que anteviu, com sua preocupação sempre presente com a excessiva concentração de poder, a crescente importância dos "corpos intermédios" da sociedade, cuja função principal seria a de evitar o despotismo. Embora esses corpos intermediários fossem à época, a nobreza e o clero, o papel que neles via o autor do *Esprit des lois* é semelhante ao que, multiplicadamente, desempenham as miríades de formas agregativas das sociedades contemporâneas.

Embora o pluralismo também possa assumir, ao menos em teoria, uma exacerbação tão radical quanto o monismo totalitário, sacrificando os interesses gerais, enfraquecidos a pretexto de sustentar interesses particularizados, o equilíbrio vem demonstrando uma auspiciosa vitalidade histórica, com uma cada vez mais nítida preocupação axiológica<sup>(1)</sup>.

Essa atenção aos valores e às soluções sociais para harmonizá-los, deslocam o fulcro do Direito, que oscilou pendularmente da *sociedade*, com o primado do Direito Civil, triunfante sobre os escombros do absolutismo, ao *Estado*, com o primado do Direito Público, vitorioso sobre os excessos do individualismo, para situar-se numa posição intermédia, que, como se examinará adiante, encontra e define novos tipos de interesses valiosos, além da alternativa público ou privado, que correspondia à antiga *summa divisio* romanista.

Embora o pluralismo possa abranger tantas outras expressões mais da experiência humana, que não apenas a política - pois se pode falar de pluralismo filosófico, religioso, estético etc. - todas elas vão depender, em última análise, da afirmação fundamental do *pluralismo político*, pois só garantindo-se a pluralidade dos centros de poder, a *poliarquia*, que se logrará garantir suas demais manifestações.

E não é noutro sentido que a Constituição de 1988 adotou como fundamento da própria República, o *pluralismo político*, expressado logo no art. 1º, V, e desenvolvido em inúmeros outros dispositivos, conforme as manifestações específicas consideradas (art. 5º, IV, VI, VIII, XVII, XLI; art. 14; art. 17; art. 37; art. 58, § 1º; art. 61, § 2º; art. 85, III; art. 103, XIII e IX; art. 127; art. 131; art. 132; art. 133; art. 134; art. 170, IV; art. 215, § 1º e art. 220).

E, por se tratar de um fenômeno do poder, não se pode conceber uma sociedade pluralista sem seu conseqüente: o Estado Pluriclasse.

## 3. O ESTADO PLURICLASSE

À sociedade que se repartia em duas ou três classes bem distintas e caracterizadas por seus interesses dominantes comuns, correspondia, necessariamente, um *Estado*

*monoclasse*, isto é, aquele que a classe hegemônica constituía, para garantir a prevalência de seus próprios valores e, naturalmente, sua perpetuação na detenção da máxima concentração de poder.

Ao estudar a transformação ocorrida no *Estado monoclasse*, em sua jornada de adaptação cratológica ao surgimento da sociedade poliárquica, MASSIMO SEVERO GIANNINI indica a mudança na composição dos parlamentos como o fator determinante do processo<sup>(2)</sup>. Efetivamente, graças ao sufrágio universal, a representação política deixou de refletir as tensões entre as duas ou poucas classes que disputavam a hegemonia para ser uma réplica em miniatura da própria policracia da sociedade.

Mas o modelo contemporâneo do Estado pluriclasse, para enfrentar as novas situações, resultantes da pluralização de interesses e da disputa entre os vários centros de poder nele contidos, não só passou a se caracterizar pela diversificação da *representação política*, trazida pelo sufrágio universal, como pelo novo fenômeno, ainda em curso, de admissão da *participação direta* da cidadania e até de entidades secundárias da sociedade nos processos de poder político de toda natureza.

A *participação política* deixou de ser uma singularidade e, até, uma curiosidade, para ser uma forma de expressão indissociável do próprio conceito de democracia<sup>(3)</sup>, estendendo-se desde os processos de criação da lei (legislatura) aos de sua aplicação executiva (administração) e contenciosa (judicatura).

Em relação não exaustiva, pode-se registrar, na Constituição de 1988, a especial ênfase na participação política desde a afirmação genérica e fundamental do art. 1º, parágrafo único, que, com a palavra *ou*, entre *representantes eleitos e diretamente*, com força mais copulativa que adversativa, define-a suficientemente, até suas variadas manifestações específicas: arts. 1º, parágrafo único; 5º, XXXIII, XXXIV, "a", XXXV, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXII, LXIII; 8º, III, VI; 14, § 10; 17; 18, §§ 3º e 4º; 22, I; 27, § 4º; 29, X e XI; 31, § 3º; 34; 37, *caput*, § 3º; 45; 46; 49; 55, §§ 2º e 3º; 58, §§ 1º e 2º; 61; 74, § 2º; 86; 89; 93; 94; 98; 103; 111; 113; 115; 116; 117; 173, § 3º; 187; 194; 198; 204; 206; 216, § 1º e 232.

Naturalmente, esse novo embasamento constitucional não poderia deixar de condicionar e recondicionar toda a estrutura da ordem jurídica, tanto para informá-la de seus valores como para instrumentá-la adequadamente para dar-lhe efetividade.

## 4. A ORDEM JURÍDICA VALIOSA

Chega-se, assim, ao âmago das transformações juspolíticas do Estado contemporâneo, com a mudança do próprio conteúdo axiológico do Direito, conforme antecipou-se com a digressão sobre o impacto do pluralismo (nota 1).

Com efeito, a ordem jurídica do Estado monoclasse não poderia deixar de espelhar fielmente os valores da classe hegemônica e, para isso, o conceito positivista do Direito serviu a contento: como nenhum valor poderia prevalecer senão aqueles adotados expressamente na legislação, tudo se reduzia à *legalidade*. Em outros termos: legalidade e legitimidade eram, por princípio, a mesma coisa.

Todo o trabalho do intérprete, em conseqüência, se resumia a buscar a *lei*, e apenas nela, a regra a ser aplicada.

Distintamente, a ordem jurídica do Estado pluriclasse, não tendo como submeter a variedade e a cambiância dos múltiplos valores da sociedade pluralista à geometria do positivismo jurídico, diversificou seus fundamentos axiológicos para reincorporar o

esquecido conceito da *legitimidade* e, até, para deixar-se pervadir pelo da *licitude*, numa fase mais recente de sua evolução.

A *legalidade*, como a submissão do poder à *vontade da lei*, já havia produzido, nos primórdios do liberalismo, o *Estado de Direito*, ainda numa expressão monoclassee. Foram necessárias, todavia, três guerras mundiais, duas quentes e uma fria, o holocausto de milhões de vidas humanas e o sacrifício de gerações, para triunfar a *legitimidade*, como o conceito de submissão do poder à *vontade consensual da sociedade*, possibilitando a formação do *Estado Democrático*.

Essa longa marcha se acelera, agora, neste final de século e de milênio, com a promissora incorporação da *licitude*, já como a *submissão do poder à moralidade*, numa etapa capaz de preparar o advento da plenitude ética na política: o *Estado de Justiça*.

Ter-se-á, com esse passo, dado uma nova e alvicheira oportunidade de orientar as sociedades humanas para uma convivência valiosa, pois a humanidade tem uma natureza *moral* e, dadas as necessárias condições objetivas tenderá a seguir os seus princípios<sup>(4)</sup>.

A Constituição de 1988 também registra com nitidez o tridimensionalismo ético da ordem jurídica nacional por ela instituída. A *legalidade* não só está na afirmação vestibular do Estado de Direito, do art. 1º, *caput*, como em todo o elenco dos direitos e garantias individuais, a começar pelo princípio geral da reserva legal do art. 5º, II, e, expressamente, no art. 37, no tocante à administração pública. A *legitimidade* também está afirmada no frontispício da Carta Política, ao mencionar-se a constituição de um Estado Democrático, no art. 14 e, expressamente, o art. 70, no tocante à administração pública. A *licitude*, por fim, embora a Constituição não tenha avançado ao ponto de proclamar a construção de um Estado de Justiça, está presente em nada menos que cinquenta e oito menções à moralidade no seu texto<sup>(5)</sup>, sendo que dez dedicadas à moralidade na administração pública<sup>(6)</sup>.

Não há dúvida, portanto, que mesmo sem a expressa referência ao valor *justiça*, como princípio fundamental do Estado brasileiro, essa "estrela polar da realidade social", na imagem de STAMMLER, se faz profundamente presente na Matriz do ordenamento jurídico nacional, não faltando, sequer, como adiante se desenvolverá, sua *direta invocação*, ao tratar das advocacias *lato sensu*<sup>(7)</sup>.

## 5. A DIVERSIFICAÇÃO DOS INTERESSES

O fenômeno sociológico central nas sociedades pluralistas é a multiplicação e a diversificação dos interesses, ao mesmo tempo em que a sua realização passa a ditar novas concentrações de poder visando à sua respectiva afirmação social, promoção e proteção.

Desaparecida a clássica dicotomia, sancionada pela ordem jurídica durante vinte séculos, entre interesses privados e públicos, oferece-nos, a sociedade poliárquica, um quadro caleidoscópico e fascinante, no qual as novas manifestações de interesse refogem à geometria da antiga *summa divisio* e demandam, na prática, novos sistemas de promoção e proteção e, na teoria, novas formulações destinadas a discipliná-las.

Foi, com efeito, a pressão dos problemas do dia-a-dia que levaram ao desenvolvimento de soluções práticas, como a criação jurisprudencial das *class actions* norte-americanas, que acabaram suscitando as diferenciações processuais teóricas para a tutela de interesses: primeiramente, para os interesses coletivos e, depois, estendidas para os difusos<sup>(8)</sup>.

Com o tratamento substantivo cada vez mais aperfeiçoado dessas novas categorias de interesses, o que se verifica afinal é que todas elas convivem e não se excluem, o que não quer dizer que não possam se antagonizar entre si, mas essa *conflitualidade* é a própria marca da coexistência de hoje dos diversos tipos de interesses. O indesejado não é o conflito mas a sua permanência insolucionada.

Essa diversificação dos interesses: *públicos* e *privados*, *individuais* e *metaindividuais*, e, entre esses, *coletivos* e *difusos*, trouxe, como conseqüência, a inanidade do conceito estritamente legalista da ordem jurídica para superar os novos tipos de conflitos, justificando-se, por mais essa razão, o recurso aos critérios da legitimidade e da licitude, em novo quadro de referência da ordem jurídica.

Essa célere evolução, toda ela ocorrida no espaço de pouco mais de um século<sup>(9)</sup> trouxe, também, com ela, uma complexidade maior no emprego dos meios processuais civis para suscitar a tutela jurisdicional dos novos direitos, coletivos e difusos.

O cidadão comum, hoje em dia, não é titular apenas de direitos privados e públicos, mas compartilha com a sociedade ou com certos segmentos dela, inúmeros interesses difusos e coletivos.

Sua inserção na sociedade civil aumentou; sua participação na sociedade política também; as possibilidades de conflito se multiplicaram e as dificuldades, para defender esses múltiplos interesses, também.

O cidadão comum, com interesses bastante limitados no passado, tornou-se, com isso, plurifacético, expandindo sua esfera de interesses; cada um deles lhe conferindo um *interfases* social, e quanto mais interesses tivesse, mais imerso na sua sociedade. E é verdadeira a recíproca, porque da sua própria participação cidadã ativa vêm a desdobrar-se ainda novos interesses, novos conflitos e novas necessidades de proteção, num processo cíclico de integração sócio-política.

É nesse quadro da nova cidadania que a defesa técnica dos interesses deixou de ser meramente auxiliar para se tornar essencial, como se exporá a seguir.

## 6. A DEFESA TÉCNICA DOS INTERESSES

Toda copiosa diversificação de interesses, produzida na sociedade contemporânea, nada significaria se a eles não houvesse correspondido uma correlata multiplicação de instrumentos legais adequados para sua afirmação ativa ou passiva.

Definiram-se, portanto, *reservas* de poder na sociedade para novas modalidades de provocação do Estado, expressamente reconhecidas às pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, cidadãos ou não, conforme a natureza de cada interesse a ser exercido ou defendido enquanto direito.

Essas reservas conformam, assim, mais um aspecto do fenômeno geral de devolução de poder à sociedade civil, a sístole do Estado que, somado ao da complexidade crescente da sua atuação e de seu próprio Direito, exigiram a instituição de novas *funções de controle* de juridicidade.

Diversificaram-se, e especializam-se, ao crescerem em número, essas múltiplas funções de controle: caracterizam-se as *preventivas* e as *repressivas*; as *fiscalizatórias* e as *corretivas*; as *postulatórias* e as *consultivas*; as *parlamentares*, as *administrativas* e as *judiciárias*; as *universais* e as *particulares*; as *concentradas* e as *difusas* etc. - tudo para que nenhum interesse fique desprovido de seus instrumentos de garantia, não importando até

que para a mesma tutela de interesses acudissem mais de uma via opcional de função de controle.

Ora, é evidente que isso não poderia ter ocorrido sem que se tivesse dado uma especial atenção à manutenção da devida *igualdade constitucional* de todos perante a lei; por outra, exigindo-se que a defesa *de qualquer interesse* contasse, também, com um mínimo de competência técnica profissional para que o deslinde da conflitualidade pudesse ocorrer por motivos substantivos e não por eventual desdobramento na qualidade da atuação dos conflitantes.

Em conseqüência, sempre que se encontre em jogo a defesa de interesses, incluindo o exercício da função de controle, seja perante o Poder Judiciário, estuário final e inafastável de todas as controvérsias, com as expressas exceções constitucionais, seja perante o Poder Legislativo, seja perante o Poder Executivo, todo o *sistema de controle da juridicidade* demanda que a igualdade de tratamento que a todos deve ser dispensada inclua a *defesa técnica*.

Especificamente, essa demanda de defesa técnica tornar-se-á *mandatória* quando se trate de acesso ao Judiciário, razão pela qual foi arvorado em *princípio constitucional*, implícito nos arts. 5º, LV e LXXXIV, 133 e 134.

Em suma, reconhece, a Lei Maior, que só é possível garantir-se a igualdade das partes em juízo quando todas estejam tecnicamente assistidas e como corolário, embora sem similar rigor constitucional, mesmo para atuar perante os demais Poderes impõe-se o resguardo da igualdade dos interesses em confronto. Com efeito, o exercício das funções de provocação de controles extrajudiciais, tampouco podem prescindir, para sua desejada eficiência, desse mínimo de assistência ou representação técnica, sem o que se dificulta ou se impossibilita a realização da expressão mais lata e, por isso, *mais autêntica* da justiça: pois justiça restrita, limitada ou condicionada acaba sendo a sua própria negação.

Aí está o fundamento da moderna caracterização constitucional das "Funções Essenciais à Justiça", que serão examinadas adiante.

## 7. AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

A realização da *justiça*, em seu sentido mais extenso, tal como hoje a evolução do Direito Político exige dos Estados contemporâneos, levou o legislador constitucional de 1988 a especializar, em certas expressões do Poder Estatal, algumas funções a serem exercidas fora das órbitas dos tradicionais Poderes do Estado.

Para o adequado entendimento desse novo tipo de separação e destaque de funções estatais, como "essenciais à justiça", num Capítulo próprio (Capítulo IV), do Título dedicado à organização dos Poderes do Estado (Título IV), deve-se partir do conceito de *unidade do Poder Estatal*, admitindo-se, apenas, a divisibilidade de suas manifestações, por meio das *funções* que deverá desempenhar.

Ultrapassada a prevalência do conceito orgânico de poder, que aceitava a *divisão* do Poder Estatal entre entidades e órgãos diversos, fixa-se, hoje, a doutrina, no conceito funcional, que entende *uno*, o Poder, em sua *essência*, como resultado de uma concentração sócio-política, mas divisível em seu *exercício*, como produto de uma descentralização juspolítica.

Observe-se, nessa linha, que a Constituição brasileira de 1988, ao *organizar* o Poder Estatal, não se limitou, como o fizeram as anteriores, às descentralizações tradicionais entre os *complexos orgânicos* que, embora não conformando um quarto Poder, recebeu a seu

cargo a *função essencial de provedoria da justiça* perante todos os demais Poderes do Estado.

Repise-se que o legislador constitucional não as instituiu como funções "auxiliares", dispensáveis ou substituíveis, mas como funções "essenciais", no sentido de serem tão imprescindíveis à existência do Estado Democrático de Direito quanto qualquer das demais do mesmo Título IV, o que as submete ao mesmo princípio da harmonia e independência entre as manifestações de Poder do Estado, consubstanciado no art. 2º, da Constituição, e alçado à cláusula pétreia, no art. 60, § 4º, III.

A *essencialidade à justiça*, insista-se pois, não se deve entender que se refira apenas à ação que desempenham perante o Poder Judiciário, ou seja, perante a "Justiça" no sentido orgânico, mas, verdadeiramente, referida a todos os Poderes do Estado, enquanto diga respeito à realização do valor *justiça* por qualquer deles.

Justiça está entendida, assim, no seu sentido mais amplo, condizente com todos os valores que deve realizar o Estado Democrático de Direito, como finalidade última do poder na vida social, sem nenhum qualificativo parcializante que possa permitir que se restrinja, de alguma forma, tanto o âmbito de atuação quanto a destinação das *advocacias* dos interesses constitucionalmente garantidos.

A *essencialidade* deve ser compreendida, em conseqüência, como qualidade das funções de controle que lhes cabe exercer, entendimento este que venho sustentando coerentemente desde 1989, em sucessivos trabalhos sobre o tema<sup>(10)</sup>.

Esse entendimento juspolítico sobre a essencialidade à justiça veio abonado por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em 1991, nos seguintes e melhores termos:

"O que se busca com a atuação dessas instituições é a *realização da justiça*, tomando esse termo não apenas no sentido de *justiça de estrita legalidade*, de *justiça jurisdicional* mas da *justiça* abrangente da *equidade*, da *legitimidade*, da *moralidade*". E insiste, o autor, no afã de dissipar dúvidas quase semânticas:

"Não nos deixemos impressionar com a ênfase que alguns dispositivos desse Capítulo IV atribuem ao relacionamento da atividade dessas instituições com a função jurisdicional (cf. artigos 127, 131, 132 e 134). É claro que a *justiça*, mesmo a abrangente, a compreensiva, se faz, em grande parte, mediante a provocação e a prestação da função jurisdicional. Mas não só através desse meio. E tanto é assim, que a atuação dessas instituições se desenvolve, também, em face de outros Poderes, suportando, essa correta afirmação, com vários exemplos constitucionais<sup>(11)</sup>."

Em suma, no cerne dessas funções essenciais à justiça está a provedoria desse valor síntese, na promoção e defesa dos múltiplos interesses que o homem desenvolve em sua convivência, dentro ou fora do Estado, praticamente nos variados tipos de *ministérios* de uma unimoda *advocacia de interesses*, aqui tomada em seu sentido lato, desdobrada no Capítulo IV, Título IV, na geral, na da sociedade, na do Estado e na dos necessitados.

## 8. A PLENITUDE DA CIDADANIA

Por "plenitude da cidadania" entendemos a que se constitui como um dos "fundamentos do Estado Democrático de Direito", sintetizado por JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, a par da dignidade da pessoa humana, e, possivelmente, até por isso, como aquela que não se realize e se esgote, "tão só na assecuração do exercício dos direitos políticos, no periódico participar dos cidadãos na eleição de seus representantes, ou na

possibilidade de merecerem o sufrágio dos demais". E prossegue, o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, precisando o conceito: "Decerto, o exercício do direito de voto é expressão significativa da cidadania, sem a qual não resta espaço, desde logo, a falar-se em convívio democrático. Não é possível, entretanto, alcançar a plenitude da cidadania, sem a garantia da definitiva participação de todos na administração e nos destinos da coisa pública, respeitado o áureo princípio da igualdade, inconciliável com qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, e não apenas de alguns, serem sujeitos dos benefícios do desenvolvimento, em suas diversificadas manifestações, da cultura, das conquistas do espírito e das garantias insculpidas na ordem constitucional. São essas dimensões igualmente fundamentais na consecução dos itinerários da paz social, do bem comum e de um regime democrático, autêntico, cumprindo, desse modo, se encontrem e se utilizem instrumentos eficazes para sua realização"<sup>(12)</sup>.

Na mesma linha, sem, contudo dizê-lo com a mesma clareza, publiquei em meu *Direito da Participação Política*: "Com efeito, a eleição de legisladores, de administradores e, por vezes, de juizes tornou-se uma contingência inarredável das sociedades de massa. Não obstante, a mera concordância popular (eleição) no preenchimento desses cargos é condição necessária mas não suficiente para realizar-se a democracia; ela só se plenificará com a *decisão democrática* e com o *controle democrático*. Será necessário que a decisão política, tomada pelos escolhidos, seja também a expressão da vontade popular. Na verdade, é mais importante que a *decisão* seja democraticamente tomada do que o órgão decisório haja sido democraticamente provido. O provimento democrático age, assim, como uma mera *garantia* de que a decisão virá a ser, efetivamente, tomada de acordo com o interesse coletivo; entre *provimento* e *decisão* democráticos há, portanto, uma relação de *meio* para *fim*.

Por outro motivo, AGUSTÍN GORDILLO, apoiando-se em autores como P. L. ZAMPETTI e SANCHEZ MORÓN, estabelece uma sinonímia entre democracia e participação e nos adverte que "todas as sociedades desenvolvidas têm mais sistemas participativos de diferentes tipos que as subdesenvolvidas".

A participação política, como o demonstram os estudos de Ciência Política, mencionados quando buscamos situar o tema na atualidade científica, atende ao que se convencionou denominar de *responsividade*, dimensão ético-pragmática da ação política que complementa a já conhecida *responsabilidade* política.

Os dois conceitos, já se tem afirmado, são talvez os mais cruciais na teoria democrática, por trazerem, em conjunto, como realmente o fazem, os problemas de conciliar a expressão da vontade democrática com a racionalidade da ação política.

A partir dessa dicotomia é que se discerne o *crescendo* de uma das naturais tensões da democracia - entre o *elitismo*, propugnando o governo da razão ainda que legitimamente destravejado, e o *populismo*, propugnando o governo do desejo, ainda que racionalmente ineficaz."<sup>(13)</sup>

A *cidadania* é, portanto, muito mais que o poder de escolher governantes ou de se candidatar a cargos eletivos, mas o poder reconhecido de decidir como queremos ser governados e de controlarmos a legalidade, a legitimidade e a moralidade da atuação dos governantes, o que implica, *necessariamente*, na existência de *instituições de provedoria de justiça*, atuando a serviço desses valores cívicos, seja direta (advocacia privada e advocacia dos necessitados) seja indiretamente (Ministério Público e advocacia do Estado).

Esse complexo de *advocacias*, as funções essenciais à justiça, atuando como órgãos técnicos, no interesse direto ou indireto da cidadania, é que garante, em última análise, a provocação dos órgãos de atuação legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado para as providências de suas respectivas competências.

Sob esse entendimento, a *cidadania* não é apenas um direito constitucional mas um *resultado efetivo* do sistema de garantias, dependendo da *eficiência* do sistema de provedoria de justiça instituído no Título IV, Capítulo IV, da Constituição.

O interesse superior na juridicidade da ação do Estado passa a depender mais de institutos *técnico-jurídicos* que de institutos *sócio-políticos*, o que destaca a essencialidade da advocacia *lato sensu*.

Advogar, ou seja, falar ao lado, ou melhor, falar em lugar de alguém, é a substituição da voz do leigo pela do técnico na sustentação de interesses juridicamente protegidos, é função de provedoria de justiça nas relações humanas, segundo os padrões adotados da ordem jurídica.

Os interesses, em geral, de pessoas físicas e jurídicas, *podem* ser providos por *advogados* privados, sob regime contratual civil ou trabalhista (art. 135, CF).

Os interesses da sociedade, como um todo, ou de certos segmentos, notadamente os difusos e os legalmente indisponíveis, inclusive o interesse geral na zeladoria da ordem jurídica, *devem* ser providos pelo Ministério Público, sob regime estatutário (arts. 127 a 130, CF).

Os interesses das pessoas jurídicas de direito público, a elas cometidos pela lei, *devem* ser providos pelos advogados do Estado (Procuradores da República, ainda hoje, e, futuramente, Procuradores da União, e, ainda, pelos Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores dos Estados e do Distrito Federal), também sob regime estatutário (arts. 131 e 132, CF).

Os interesses das pessoas físicas ou jurídicas (aqui compreendidas as micro-empresas que não possam dispor de recursos para a contratação de advogados sem se arriscarem a quebrar), desde que necessitadas (na forma do art. 5º, LXXIV, CF), *devem* ser providos pelos advogados dativos do Estado, os Defensores Públicos, também sob regime estatutário (art. 134, CF).

Todos esses interesses são valiosos, dependendo de inúmeros fatores se deverão prevalecer, razão pela qual não existe nem hierarquia entre eles nem, em conseqüência, entre os seus órgãos de provedoria respectivos.

Ainda assim, a *advocacia dos necessitados* assoma como a de maior importância relativa para a *objetiva* realização da justiça em sociedades, como a nossa, em que o contingente de marginalização sócio-econômica é alarmante. Destarte, se algumas das funções essenciais à justiça merece destaque para a realização da plenitude da cidadania, sem dúvida aí está a *Defensoria Pública*.

Sem Defensoria Pública, parcela substancial, quiçá majoritária da sociedade estaria condenada à mais execrável sorte de marginalização, além das que já sofrem, a econômica e a social: a *marginalização política*. Condenados, os necessitados, a serem cidadãos de segunda classe, perpetra-se o mais hediondo dos atentados aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, impossibilitando que na sociedade brasileira se realize o Estado de Direito - pela ilegalidade sem sanção; se afirme o Estado Democrático - pela cidadania sem ação; e se caminhe para o Estado de Justiça - pela imoralidade sem oposição.

## 9. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

As carreiras jurídicas públicas, que exercitam as funções essenciais à justiça, preferi denominar de "Procuraturas Constitucionais", para distingui-las das "Procuradorias", em geral, que não têm radical constitucional (dos Municípios, Territórios, autarquias, fundações etc.)<sup>(14, 15)</sup>.

Embora as procuraturas constitucionais tenham todas uma raiz comum, ao que se conhece, francesa, nos Procuradores do Rei, na época em que emergiu a distinção entre os interesses do rei e os interesses do reino, seu desenvolvimento, até o estágio atual, configurado na Constituição de 1988, foi muito irregular.

Basta lembrar que a distinção entre a advocacia da sociedade e a do Estado só veio a se aperfeiçoar organicamente com a nova Carta Política de 1988, pois, antes, a Procuradoria Geral da República exercia ambas as funções. E não faltou mesmo, na Assembléia Nacional Constituinte, quem considerasse um "retrocesso" separar as funções em duas procuraturas, como lembra WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, comentando o artigo 131 da Constituição<sup>(16)</sup>.

Também a distinção entre a advocacia dos necessitados e as duas outras só se aperfeiçoou com a atual Constituição, pois era comum que fosse exercida ora por membros do Ministério Público, ora por Procuradores do Estado, antes de ganhar a necessária autonomia, quando não assumida pela Ordem dos Advogados do Brasil, em hipóteses limitadas.

Não obstante, talvez devido à errática evolução, mas, principalmente em razão da apoucada compreensão do significado juspolítico das funções essenciais à justiça, as procuraturas, mesmo na Constituição de 1988, receberam *tratamento desigual*, embora seja inegável que o simples reconhecimento de sua *independência funcional* e seu destaque dos Poderes do Estado já tenham representado um notável avanço institucional. O Ministério Público se apresenta, todavia, mais detalhado que as demais procuraturas constitucionais, embora inexistam, como já se expôs, qualquer distinção valorativa, nas funções adstritas a qualquer delas, que o justificasse. Ao contrário, há uma determinação comum a todas, que bem define a igualdade constitucional prevista para essas carreiras: a isonomia de vencimentos que entre elas deve ser observada<sup>(17)</sup>.

Tal igualdade se justifica também pelo fato de que as três procuraturas não defendem interesses hierarquizados entre si. Nenhum interesse tem supremacia absoluta sobre os demais: a prevalência de um interesse qualquer, público, difuso, coletivo ou privado, depende da natureza de cada relação atribuída pelo ordenamento jurídico.

Não se justifica, tampouco, sob essa óptica, nem que se discrimine, em termos de prerrogativas e garantias, seja a advocacia privada da advocacia pública e, nesta, que se discrimine funcionalmente qualquer das procuraturas públicas. Ao contrário: o aperfeiçoamento institucional das funções essenciais à justiça há de seguir a linha apontada pelos *princípios* dessumidos do ordenamento constitucional, de modo a que se obtenha o máximo de prestância de todas elas, na afirmação de um Estado Democrático e de Direito. Servem, portanto, os princípios, que a seguir serão examinados, ao duplo propósito, tanto o de orientar a exegese do Capítulo IV, do Título IV, da Constituição de 1988, como o de guiar o polimento esperado, na Revisão de 1993, segundo toda a linha exposta, de aperfeiçoamento do Estado contemporâneo em direção à realização plena da justiça.

Pode-se extrair do texto constitucional os seguintes princípios: *essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso*.

A *essencialidade* está afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A *institucionalidade* também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Geral da União (artigo 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (artigo 132).

A *igualdade* decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.

A *unidade*, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no caso do Ministério Público (artigo 127, § 1º) e também da Advocacia Geral da União (artigo 131, § 1º), e implícita, para os Procuradores do Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública (artigos 132 e 134).

A *organicidade unipessoal* decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um *órgão individual*, para empregar nomenclatura de MARCELLO CAETANO, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhado com independência técnico-profissional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (artigo 132) mas fica implícito para os demais membros das procuraturas constitucionais<sup>(18)</sup>.

A *independência funcional* diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado *em tudo o que tange ao exercício de suas funções essenciais à justiça*. Mesmo o seu interrelacionamento segue a própria fórmula de independência constitucional. Não obstante poderem atuar, em tese, face a qualquer dos Poderes do Estado, não podem a eles se sujeitar nem deles receber influência quanto ao desempenho de suas funções. No que respeita ao Ministério Público, este princípio está explícito no artigo 127, § 1º, mas resulta claro da própria sistemática constitucional, que está implícito para as demais procuraturas. Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem sem, contudo, o integrarem, não poderão interferir no exercício das atividades de seus órgãos, tão somente segundo sua consciência e sua orientação científica.

A *inviolabilidade* é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos *agentes públicos* das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente no artigo 135, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas, de vitaliciedade e de inamovibilidade, que privilegiam os membros do Ministério Público e da

Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias de Estado e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra ou mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

A *autonomia administrativa* consiste na outorga, às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se valem. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível, ao expandir a auto-administração do Poder Judiciário (artigo 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

A *autonomia de impulso*, por fim, é o princípio fundamental da atuação das procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos, de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes foram confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela *juridicidade*, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, inclusive *ex-officio* pela fiscalização<sup>(19)</sup>, e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas.

O único limite à atuação de defesa da origem jurídica, para essas instituições, só pode estar na *própria ordem jurídica*. A lealdade dos agentes das procuraturas constitucionais não se dirige aos Governos mas à ordem jurídica, a que todos devem servir com elevação e independência: por isso têm o poder de impulso, do qual não se devem demitir, nem mesmo por receio de desagradar aos agentes de quaisquer dos Poderes, ainda que ao Chefe do Poder Executivo, a quem cabe nomear os Chefes institucionais das procuraturas constitucionais (artigo 128, § 1º; artigo 128, § 3º; artigo 131, § 1º).

## 10. OS ÓRGÃOS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E SEU REGIME JURÍDICO

A Defensoria Pública presta "assistência jurídica integral" (art. 5º, LXXIV), que é conceito bem mais amplo que o da antiga "assistência judiciária". Sua atuação passou a envolver as duas funções características da advocacia: a de consultoria e de representação, esta dilatada à extrajudicial, no que necessário for à plena defesa dos interesses de necessitados.

São, portanto, seus membros, *advogados*, embora impedidos de exercer qualquer outra função advocatícia que não aquelas duas, em benefício dos necessitados (art. 134, parágrafo único, *in fine*): a *advocacia consultiva* e a *advocacia postulatória*<sup>(20)</sup>.

A *advocacia consultiva* é a expressão preventiva dessas funções, destinando-se a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica - a injuridicidade - como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório.

A *advocacia postulatória* é a expressão privativa das funções essenciais à justiça, destinando-se a suscitar a atuação de qualquer dos Poderes do Estado, em especial o Judiciário, para a correção da injuridicidade. Admite, por suposto, uma forma passiva, na qual a função é exercida sob demanda do interessado, e uma forma ativa, na qual ela é exercida *ex-officio*, por imposição da lei.

O tratamento constitucional dessas funções e de seus respectivos órgãos de atuação está definido, em seus lineamentos básicos, no referido Capítulo IV, do Título IV, da Constituição de 1988, sob o sistema a seguir exposto.

A *advocacia privada*, implícita a consultiva e a postulatória, está tratada no art. 133, reiterando-se a sua indispensabilidade "à administração da justiça", o que é mais amplo que a indispensabilidade de sua função postulatória, definida, *como regra geral para a profissão de advogado*, a inviolabilidade por seus atos e manifestações, nos limites da lei, que vem a ser o estatuto profissional do advogado em seu ministério privado.

A advocacia da sociedade está amplamente tratada nos artigos 127 a 130, conformando o Ministério Público, como instituição permanente, *essencial à função jurisdicional do Estado*, daí sua atuação ser desenvolvida junto ao Poder Judiciário, com raras exceções, como o controle externo da atividade policial (art. 129, VII) e aqueles que por lei lhe venham a ser cometidos sem prejuízo ou desnaturamento de sua missão essencial. O Ministério Público desdobra-se em ramos locais e setoriais (art. 128), sempre garantida a sua independência funcional (art. 127, § 1º, *in fine*).

A *advocacia dos necessitados* está tratada, inovadoramente, no art. 134, conformando a Defensoria Pública, também desdobrada em ramos locais (art. 134, parágrafo único), com as mesmas garantias constitucionais de inviolabilidade profissional, às quais se acrescem as que a lei lhe estenda para garantir-lhe a independência necessária em sua atuação.

A *advocacia do Estado* está tratada constitucionalmente apenas no que se refere à União, aos Estados e ao Distrito Federal, nos artigos 131 e 132. No que respeita à União, atua precipuamente a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ambos órgãos coletivos; a previsão de vinculação de *órgãos* à instituição central (art. 131, *caput*) ficou implícita no deferir-se à lei complementar a organização desse subsistema (art. 29 do A.D.C.T.). A advocacia dos Estados membros e do Distrito Federal está definida no art. 132, referindo-se aos Procuradores, naturalmente, tanto quanto a advocacia da União, com as mesmas garantias de inviolabilidade técnica e profissional da advocacia em geral e sem prejuízo da proteção de garantias que a legislação infraconstitucional venha cercar essas atividades essenciais à Justiça.

Quanto ao regime jurídico, que se aplica à Defensoria Pública, recorde-se que o sistema constitucional inaugurado em 1988, na esteira das modernas constituições, privilegiou mais as *funções* que as *estruturas*, como já se expôs.

A propósito de sua situação jurídico-constitucional, MARIO BERNARDO SESTA, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apresentou uma tese ao XVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado, reunido em Porto Alegre (de 29 de outubro a 1º de novembro de 1990), sobre a nova metodologia de classificação dos agentes públicos, que passou a emergir do sistema constitucional inaugurado em 1988.

Na tese, seu autor abandona, desde logo, por inadequada à sistemática constitucional adotada, as construções classificatórias tradicionais erguidas sobre

diferenças substanciais entre os agentes públicos, como o são a natureza do vínculo ou o modo de provimento.

Feito o descarte desses critérios, não perfilhados pela Constituição, MARIO BERNARDO SESTA passa a reconstruir pacientemente o novo esquema classificatório a partir do princípio da unidade hierárquico-normativa introduzido nas modernas constituições. Vale dizer, atendo sua classificação apenas aos discrimines adotados pelo legislador constitucional ao distribuir as funções entre órgãos e agentes do Estado.

Residem, portanto, nas competências e nas funções constitucionalmente definidas, ainda que não exaustivamente tratadas, os autênticos e confiáveis critérios diferenciativos sobre os quais se pode distinguir as diversas categorias de agentes públicos.

Com efeito, se todas as competências e funções constitucionalmente definidas, se dirigem a finalidades específicas, nada mais apropriado que se definam quais os agentes que têm competência e exercem funções necessárias, em contraste com os que têm competência e exercem funções auxiliares.

Só a partir dessa distinção - de assento constitucional, repita-se - chegar-se-á a um elenco fechado de agentes públicos de existência necessária e, por exclusão, a um elenco aberto de agentes públicos de existência contingente.

A existência necessária prende-se ao exercício diferenciado de funções derivadas do Poder Uno do Estado, estritamente vinculadas à sua finalidade e, por isso, com carga de autoridade própria. Neste sentido é lembrável a classificação de HENRI NÉZARD, de quase um século, que distinguia os *fonctionnaires de autorité* dos *fonctionnaires de gestion*<sup>(21)</sup>.

São, portanto, as funções necessárias - ou essenciais, na linguagem usada - aquelas que têm sua raiz plantada na própria Constituição, como argutamente já havia observado OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ao lembrar que certas funções se distinguem por seu "radical constitucional específico". Vale dizer: não é a lei que cria as funções, mas a Constituição; cabe à lei apenas a criação dos cargos que sejam necessários para desempenhá-las.

Irrelevante, portanto, como sejam providos ou como sejam regrados esses cargos: tais aspectos não tocam ao radical constitucional, que erige suas respectivas funções como necessárias. É este, pois, o critério substancial, introduzido pela Constituição de 1988, travejado, como se examinará, no próprio conceito de Estado Democrático de Direito e com o objetivo de mantê-lo como tal, que deve ser tomado em linha de conta.

Não importa, em consequência, se o provimento decorreu de eleição popular, de um concurso público, de cooptação ou de comissionamento temporário; todos têm em comum, vereadores, deputados, senadores, presidentes da república, governadores, prefeitos, juizes, promotores, advogados ou procuradores da União e dos Estados, defensores públicos, juizes de tribunais superiores providos fora das carreiras, ministros do Supremo Tribunal Federal, ministros e conselheiros de Tribunais de Contas, ministros de Estado, secretários de Estado ou de Município, todos têm em comum, repita-se, a sua essencialidade à organização dos Poderes do Estado (Título IV, C.F.) para que se tenha efetivamente um Estado Democrático de Direito.

Há muito que o Direito Político deixou de considerar o provimento eletivo como o critério definatório do político: o traço diferenciativo deslocou-se para a indispensabilidade da função pública desempenhada.

Os servidores do Estado acima mencionados são, todos eles, independentemente da forma de provimento e do regime a que se submetam, agentes políticos. E é sob esse conceito que se há de entender suas características institucionais e, sobretudo, funcionais.

Neste sentido, com perfeita concordância, a recentíssima classificação de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em seus *Comentários à Constituição de 1988*:

"A) - Agentes Políticos ..... que se seguem:

a) ..... omissis.....

b) ..... omissis.....

c) ..... omissis.....

d) *Membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União e das Procuradorias locais, dos Estados e do Distrito Federal - Titulares de funções (cargos) exercidas nas mencionadas instituições de provedoria de justiça. Investidura efetiva mediante nomeação por concurso. Os Membros do Ministério Público adquirem, ulteriormente, vitaliciedade. Cada um dos conjuntos citados é organizado obrigatoriamente em carreira (arts. 127 a 135 da CF).*"<sup>(22)</sup>

Já quanto aos cargos dos Defensores Públicos, como, de resto, em relação aos cargos dos exercentes das funções essenciais à justiça, integrantes das procuraturas constitucionais, os seguintes aspectos: 1. natureza jurídica; 2. organicidade; 3. autonomia funcional e 4. remuneração de radical constitucional.

O primeiro aspecto diz respeito à natureza jurídica dos cargos aos quais serão confiadas as funções essenciais à justiça em cada uma das procuraturas, pois, é claro, esses órgãos contarão, também, com outras categorias de agentes, incumbidas do apoio administrativo.

A referência, portanto, se cinge aos cargos, necessariamente de carreira (artigo 129, § 2º, para o Ministério Público; artigo 131, § 2º, para Advocacia Geral da União; artigo 132, para os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, e artigo 134, parágrafo único, para os membros das Defensorias) das procuraturas constitucionais.

Examine-se, em consequência, a autonomia funcional dos exercentes das procuraturas constitucionais.

Assentado que se trata de agentes políticos, com autonomia de suas funções, resulta evidente que eles não poderiam, efetivamente, integrar qualquer dos Poderes. Do contrário, ocorreria submissão no exercício de delicados poderes políticos, como os de fiscalização, de consultoria, de promoção de justiça ou de defesa de interesses indisponíveis, a outros agentes políticos, em seu exercício, seus atos examinados e questionados. Conformam, portanto, quadros próprios, desvinculados e desarticulados com os quadros de quaisquer dos três Poderes.

Outra e não menos relevante decorrência vem a ser a inexistência de subordinação hierárquica dos agentes políticos das procuraturas constitucionais a qualquer autoridade dos Poderes Políticos. Isso não significa inexistência de precedência honorífica mas, como bem esclarece o artigo 68, do Estatuto da Ordem dos Advogados, a hierarquia é estranha à instituição da advocacia. O que existe, são relações legalmente definidas, que são incompatíveis com a subordinação funcional. Nem mesmo em relação ao Chefe dos órgãos coletivos das procuraturas existe hierarquia funcional: apenas administrativa.

Por outro lado, não integrando o Poder Executivo, nem estando a ele subordinadas funcionalmente, as procuraturas constitucionais também independem do sistema disciplinar e do sistema remuneratório desse Poder.

Finalmente, e como um consectário da autonomia funcional, a remuneração dos agentes das procuraturas tem radical constitucional, o que implica no estabelecimento de parâmetros remuneratórios a salvo de eventuais pressões políticas de parte dos Poderes Legislativo e Executivo. A norma que estabelece essa salvaguarda política no tocante à remuneração desses agentes é a *isonomia específica* ou *isonomia concreta*, instituída no artigo 135 da Constituição.

Seria grosseiro equívoco, tanto inferir-se desse artigo uma isonomia estipendial dos agentes políticos das procuraturas constitucionais como outros agentes que não os das magistraturas constitucionais, como entender-se que será necessária uma lei específica para concretizar tal tratamento isonômico.

A remissão ao artigo 39, § 1º, CF, não tem o sentido de estender todo sistema dos servidores públicos civis às carreiras das procuraturas, ainda porque essas devem ser regidas por sistemas próprios, definidos em leis complementares, mas, apenas, o de absorver a regra isonômica tal como naquele dispositivo se contém: "isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados"... "ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho".

Por outro lado, a exigência de uma lei específica que viesse a concretizar a isonomia constitucionalmente proclamada, tem repudiado os publicistas que se debruçaram sobre o assunto, como CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO na seguinte passagem: "afora a isonomia referida no § 1º do artigo 39 e que terá de ser apurada ante a igualdade de atribuições e semelhança dos cargos - encarregou-se o próprio Texto Constitucional de definir casos em que já qualificou de antemão como existente a sobredita igualdade. São os que constam de seus artigos 135 a 241.

Dispõe o artigo 135 que: "As carreiras disciplinadas neste Título aplicam-se o princípio do artigo 37, XII, e o artigo 39, § 1º".

Aí se estabeleceu, portanto, que as carreiras mencionadas no Título IV (Da Organização dos Poderes) são consideradas isônomas. Quais as carreiras cogitadas no Título? São as da magistratura, de Ministério Público, Advocacia Geral da União, Advocacia Pública e Defensoria Pública. Assim, mesmo que se considere - o que aliás é indubitável, existirem entre elas muitas diferenças, conquanto tenham o aspecto fundamental comum de serem carreiras jurídicas, na Constituição foram igualadas para fins retributivos. Vale dizer: entendeu-se bastante o fato de serem privativas e específicas de bacharel em Direito. Daí que, dentro das respectivas órbitas, isto é, da União, dos Estados e do Distrito Federal (pois Município não tem Judiciário nem Ministério Público) - os servidores integrantes das distintas carreiras referidas estarão todos parificados em vencimentos, respeitados os escalões correspondentes em que estejam alocados, tendo em vista a correspondência recíproca de seus patamares."<sup>(23)</sup>

E não é outra a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao caracterizar, na própria Constituição, a *concreção* da isonomia das magistraturas com as procuraturas em título específico de seu *Curso*, com a denominação "Carreiras Jurídicas e Isonomia Concreta", do qual permito-me destacar a seguinte passagem, após definir o autor quais as carreiras disciplinadas no Título IV da Constituição (magistratura e procuraturas):

"A Constituição as tem como preenchendo os requisitos do artigo 39, para o fim de determinar a aplicação da isonomia ali estabelecida a seus integrantes, equiparadas, assim, para tal, suas atribuições sem qualquer outra cogitação. Vale dizer: para essas carreiras, a Constituição (artigo 135), assegura, por si e diretamente, a isonomia. Não fora assim, não

têria sentido o artigo 135. Bastaria o artigo 39 que já se compreenderia também, se não houvesse um dispositivo especial para elas. Consoante já discutimos antes: "O tratamento igual - esclarece Petzold - não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os "iguais" podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias, ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos, as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por conseqüência, as pessoas que apresentam os aspectos "essenciais" previstos por essas normas, são consideradas encontrar-se nas "situações idênticas", ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador". Ora, no caso, o legislador constituinte considerou "relevante" a circunstância de os servidores pertencerem àquelas carreiras. Integrar-se a uma delas constitui o aspecto "essencial", tomado em consideração pela norma constitucional, para reputar os servidores em "situação idêntica". A Constituição, aqui tal como na hipótese da igualdade entre homem e mulher vistos antes, tomou esses servidores, como termos concretos de comparação, só pelo fato de serem integrantes das carreiras indicadas. Isso é o que se pode chamar de isonomia concreta, ou seja, a própria Constituição equipara situações, em funções de algum de seus aspectos, e determina que sejam tratadas igualmente."<sup>(24)</sup>

Quanto à aplicação do *teto de vencimentos* (artigo 37, XII) às carreiras que desempenham funções essenciais à justiça, deve-se ter em conta o instituído no inciso anterior (artigo 37, XI), isto é: os maiores *vencimentos* do agente político das procuraturas não poderão ultrapassar "os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título", no caso, pelos Ministros de Estado, para a órbita federal, e pelos Secretários de Estado, seus "correspondentes" nas órbitas estaduais.

Isso significa que há uma diferença a ser considerada entre *vencimentos*, quando o texto constitucional se refere aos estípedios dos cargos paradigmados, e *remuneração em espécie a qualquer título*, quando se refere aos cargos paradigmáticos. É claro que a segunda expressão é mais ampla que a primeira, o que leva à conclusão de que "as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho" (artigo 39, § 1º, CF), não devem ser computadas ao se considerar os *vencimentos* dos paradigmados.

A esse respeito, tenho esclarecido, em meu *Curso de Direito Administrativo*, nas sucessivas edições surgidas a partir de 1988, que *remuneração* é a expressão de sentido genérico, tornando obsoleta a controvertida doutrina que via uma diferenciação substantiva entre o plural e o singular de *vencimento*<sup>(25)</sup>.

Finalmente, deve-se deixar bem claro que o *teto não será*; nem poderia sê-lo, sob pena de desvirtuar-se o sistema da nova ordem constitucional e criar-se uma ditadura remuneratória do Poder Executivo, o que este Poder *efetivamente esteja "pagando"* aos agentes políticos titulares dos cargos paradigmáticos ou, ainda, o que *efetivamente estejam "recebendo" esses titulares*. O limite está no que deva legalmente "perceber" o titular do cargo paradigma, em rigorosa relação de equivalência com os co-paradigmáticos dos demais Poderes, reajustados sempre que um dos limites máximos for registrado<sup>(26)</sup>. Como perfeitamente esclarece ainda SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, ao comentar os incisos, "o limite não leva em conta a remuneração efetivamente recebida por ocupante de cargo-paradigma, mas o valor máximo que algum titular do mesmo poderia, em tese,

perceber; o termo *perceber* tem sido empregado quando, exatamente, quis o legislador se referir a valores *in these*, e não *in casu*.<sup>(27)</sup>

Inconstitucional, em consequência, o "congelamento" da remuneração dos Ministros de Estado ou dos Secretários de Estado, pelos Chefes de Poder Executivo, praticada com a finalidade esconsa de *limitar* os vencimentos dos cargos das procuraturas.

Essa manipulação da competência, que é atribuída para *umentar-lhes* o u *corrigir-lhes* a remuneração<sup>(28)</sup>, constitui, na verdade, um caso de *desvio de poder*. Com efeito o poder de iniciativa privativa, que detém os Chefes do Poder Executivo, para propor ao Legislativo o aumento ou *correção* da remuneração dos cargos políticos (artigo 61, § 1º, II, "a") não pode ser desviado com o propósito de *reduzir* indiretamente os vencimentos dos cargos titulares das funções essenciais à justiça.

Tal discriminação já seria, desde logo, inconstitucional, porque atenta contra a regra isonômica de *revisão* geral da remuneração dos servidores públicos em sua totalidade, estabelecida no artigo 37, X, da Carta Magna.

Mas esse desvio de poder é ainda mais grave, se é que se pode potenciar uma inconstitucionalidade, por que, ao engendrar um teto "congelado", deixando de reequilibrar a remuneração de seus próprios auxiliares diretos, em relação aos demais cargos paradigmas do artigo 37, XI, da Constituição, o Chefe do Poder Executivo estaria também violando o princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos cargos paradigmados.

Essa redução se dá, insista-se, não nominalmente, mas em termos *reais*; foi porém nesses termos que o legislador constitucional determinou a preservação do poder aquisitivo dos vencimentos e salários e, sobretudo, a *independência funcional dos agentes políticos*.

Manipular o teto do artigo 37, XI, "congelando" a remuneração dos cargos-paradigmas do Poder Executivo, vem a ser, portanto, três vezes inconstitucional, transparecendo o exercício desvirtuado de poder-dever, com o objetivo de discriminar e de *reduzir* vencimentos e de subjugar, por indireta via, agentes políticos que devem ser independentes em suas funções e invioláveis à coação, numa indevida exploração dos efeitos perversos do estado inflacionário da economia.

Tenha-se em conta que esse resultado, de paulatina degradação dos vencimentos dos agentes titulares de funções essenciais à justiça, jamais poderia ser alcançado senão "explorando" os efeitos do processo inflacionário. Por outro lado, uma alegável preocupação com o erário não poderia se sobrepor à devida preocupação com a ordem jurídica, pois esta é o próprio fundamento da sociedade organizada, inclusive do próprio erário.

E, na verdade, nenhum golpe, nenhum acometimento é mais violento, sobre a independência e a intangibilidade funcional de agentes com tamanhas responsabilidades perante a sociedade e o Estado, que o amesquinhar-se-lhes a remuneração e desestimular a convocação a concurso dos melhores profissionais do direito para os quadros das procuraturas constitucionais, fato que, quando se trata da Defensoria Pública revela, além de tudo, um sobranceiro elitismo, mouco às desventuras dos marginalizados da fortuna.

## 11. CONCLUSÕES

A Defensoria Pública, além de elevar-se como a mais bela das funções essenciais à justiça, por ser a que mais plenamente realiza o ideal histórico da advocacia aliado ao sentido contemporâneo da cidadania, é também, se assim se pode dizer, "mais essencial" que qualquer das demais carreiras co-irmãs, do Ministério Público e das advocacias do Estado.

Pode-se imaginar que os interesses cometidos ao Ministério Público e às advocacias do Estado possam ser mal defendidos; ainda assim o Estado sobreviverá. Pode-se conceber, contudo, um País em que a sociedade perceba que a justiça só existe para os favorecidos da sorte?

Difícilmente sobreviveriam as instituições, pois hoje é reconhecido que o Estado sobreexiste muito mais pelo consenso que pela coerção.

Infelizmente nem todos os que têm a responsabilidade pela coisa pública pensam ou, pelo menos, agem com essa convicção. A 2ª *Carta de Corumbá*, aprovada por aclamação no 4º Congresso Nacional dos Defensores Públicos e 4º Encontro dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul<sup>(29)</sup>, denuncia graves negligências a nível federal e estaduais em cumprir as determinações constitucionais no tocante à regulamentação da carreira, notadamente o estabelecimento de suas normas gerais<sup>(30)</sup> e à implantação das Defensorias Estaduais, capazes de desempenhar a contento sua missão.

É inacreditável que isso ocorra e não se dê à Defensoria Pública o tratamento condizente com a superior importância de suas funções. É necessário lembrar aqui, a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA quanto à obrigatoriedade de os Estados a instituir: "O órgão é caracterizado pela sua função de exprimir uma vontade imputável à pessoa coletiva", enquanto que o "agente é um meio colaborador do órgão", "atuando na formação da vontade a manifestar pelos órgãos, ou a dar execução às decisões destes, sob sua direção e fiscalização" (MARCELLO CAETANO, *Princípios*, Forense, Rio, 1977, p. 65)<sup>(31)</sup>

No País, segundo levantamento do Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, o quadro das Defensorias Públicas é realmente desalentador: hoje, para uma população de 155.562.917 habitantes, há apenas 8.317 juizes de 1ª instância e, pasme-se, somente 3.209 Defensores Públicos. Apenas um Defensor Público para cada 48.477 brasileiros e dois, para cada cinco juizados de primeira instância. São números incivilizados.

É um quadro de denegação de justiça. Não se trata apenas da *defesa*, que não se presta, dos milhares de interesses que deveriam estar cobertos por Defensores Públicos; nem da falta de *orientação* adequada para promovê-los, em favor dos milhões que dela tanto carecem; o que de mais grave ocorre é o espezinhamento da cidadania da maioria dos brasileiros.

Se árdua é a missão dos Defensores Públicos em suavizar as asperezas da vida dos desvalidos da fortuna, mais árdua ainda se torna quando se lhes são negadas as mínimas condições de atuação eficiente.

É preciso insistir com os que têm o poder de reverter esse quadro e, mesmo amargurado, recordar a suave lição de JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, defensor dos Defensores Públicos, que vai ao imo d'alma dos homens bem formados:

"Certamente, sempre é bom dar pétalas d'alma a suavizarem, um pouco, a vida dos que, sem culpa e sem sandália, caminham por estradas de espinhos."<sup>(32)</sup>

Teresópolis, primavera de 1992.

## NOTAS

(1) Na Filosofia do Direito pode-se apontar a *condicionalidade histórico-axiológica* como a explicação pluralista, que supera tanto a *condicionalidade lógico-transcendental* kantiana como a *condicionalidade sociológica iheringiana* (v. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, S. Paulo, 1962, 3ª ed., V, II, p. 662).

(2) *Trattato di Diritto Amministrativo*, Ed. Cedam, Pádua, vol I: "Successori dello Stato monoclasse sono gli Stati pluriclasse. Per quanto riguarda i secondi, quando vieni, introdotto il suffragio universali maschile e femminile, nei

diversi Paesi avviene solo che anche formalmente tutte le classi sociali sono rappresentate nei Parlamenti e negli organi collegiali. Il suffragio universale cioè, in se considerato, non è un fatto di rottura neanche formale: è il suggello di un cambiamento che già è un corso per itinerari propri. Tuttavia con esso non sarà più possibile parlare di un Stato monoclasse; siamo allo Stato pluriclasse, nel senso che nei Parlamenti non siedono rappresentanti di una sola classe; attraverso i partiti politici, virtualmente ogni classe dovrebbe avere i suoi esponenti nei Parlamenti medesimi e nei consigli degli enti esponenziali di gruppi, territoriali o meno." (p. 61).

(3) Para desenvolvimento deste fascinante tema, nosso *Direito da Participação Política*, Ed. Renovar, Rio, 1992, especialmente a Introdução e seus Capítulos I e II.

(4) V. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 580.

(5) São as seguintes as referências à moralidade na Constituição de 1988: art. 1º, III e parágrafo único; art. 3º, I; art. 4º, II, VI e VII; art. 5º, III, V, X, XVII, XXXIV "a", XLIII, XLVII, "e", XLIX, LVI, LXVIII, LXIX, LXXIII, LXXVII, § 2º; art. 15, V; art. 34, III e VII, "b"; art. 37, *caput*, § 4º; art. 42, § 7º; art. 55, II e § 1º; art. 72, § 2º; art. 73, § 1º, II; art. 85, V; art. 94, *caput*; art. 101, *caput*; art. 102, I, "n"; art. 104, parágrafo único; art. 119, II; art. 123, parágrafo único, I; art. 129, III e V; art. 131, § 1º; art. 133; art. 136, *caput*, art. 137, *caput*; art. 142, *caput*; art. 143; art. 144, *caput* e § 5º; art. 170, *caput*; art. 206, III; art. 218, § 1º; art. 220, § 3º, I e II; art. 221, IV; art. 226, § 7º; art. 227, *caput*, § 3º, VII; art. 230; art. 231, *caput* e art. 232.

(6) A moralidade administrativa é especificamente exigida nos arts. 5º, LXVIII, LXIX, LXXXIII; 37, *caput*, § 4º, 42, § 7º; 72, § 2º; 74, § 2º; 85, V e 52, I.

(7) Título IV, Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça.

(8) Podemos encontrar, na inovadora legislação do trabalho, surgida na ditadura de Vargas, o primeiro exemplo, este sim, da ação destinada à tutela de interesses coletivos.

(9) CAIO TÁCITO registra que a diferenciação de interesses organizados em grupos, já com características de interesses coletivos, surgiram no século passado, provocando conflitos que abalavam os alicerces dos sistemas políticos, pois eram, na época, totalmente estranhos ao desenho vigente de ordem jurídica (ver *Do Direito Individual ao Direito Difuso*, in RDA, Rio de Janeiro, 157, jul./set. 1948, p. 1).

(10) Referências à Tese apresentada no XV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em Natal, Rio Grande do Norte, em 1989, refundida e publicada na *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 43, 1989, p. 31 e ss. e retomada no artigo *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*, publicada na *Revista da Procuradoria Geral do Estado de S. Paulo*, vol. 36, 1992, p. 11 e ss.

(11) SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Comentários à Constituição*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991, 3º volume, p. 12 a 13.

(12) JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, *A Defensoria Pública como Instituição da Cidadania*, op. cit., p. 3.

(13) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Direito da Participação Política-Legislativa, Administrativa, Judicial - Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia*, Ed. Renovar, Rio, 1992, p. 37 e 38.

(14) In *Vocabulário Jurídico*, Ed. Forense, 1987, 1ª ed., vol. III, p. 464. A expressão procuradoria pode ser reservada para o gênero, de vez que abrangerá outros órgãos, públicos ou privados, de prestação de serviços jurídicos. A espécie aqui tratada, da advocacia pública de radical constitucional, fica, portanto, melhor identificada com designação própria, assinalando, ainda, com a parcial paronímia da palavra "procuratura" com "magistratura", uma aproximação e uma assemelhação que o próprio legislador constitucional quis destacar, como se exporá adiante.<sup>(15)</sup>

(15) A exposição que se segue neste item, reproduz, com algumas adaptações, a que foi publicada no artigo referido na nota 10, *As Procuraturas Constitucionais e as Funções Essenciais à Justiça*.

(16) *Comentários à Constituição de 1988*, Julex Livros Ltda., Campinas, S. Paulo, 1989, 1ª ed., v. 2, p. 807 e 808.

(17) Artigo 135 da Constituição Federal.

(18) "O órgão é caracterizado pela sua função de exprimir uma vontade imputável à pessoa coletiva", enquanto que o "agente é um meio colaborador do órgão", "atuando na formação da vontade a manifestar pelos órgãos, ou a dar execução às decisões deste, sob sua direção e fiscalização" (MARCELLO CAETANO, *Princípios*, Forense, Rio, 1977, p. 65).

(19) A guisa de exemplo de explicitação infraconstitucional da função fiscalizatória, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro registra, em caráter pioneiro, o poder de supervisão dos Procuradores do Estado (artigo 173), retomado pela Lei complementar nº 15, de 25 de novembro de 1980, no artigo 2º, incisos VII, XII, XIII, XIV, XV e XVIII.

(20) Como é sabido, além dessas funções, o Estatuto da OAB tomou privativas de advogados as funções de assistência jurídica e de diretoria jurídica (art. 171, leg. cit.), mas, além de não serem "essenciais", embora sejam "úteis" à justiça, pois podem ser dispensadas pelos seus hipotéticos beneficiários. No caso da Defensoria Pública, tais funções não guardam compatibilidade com sua missão constitucional.

(21) *Théorie juridique de la fonction publique*, Paris, 1991, p. 733, apud MARIO BERNARDO SESTA, tese citada.

(22) op. cit., p. 112 e 113.

(23) *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, RT, 2ª ed., p. 117, 118, item 144.

(24) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, S. Paulo, 6ª ed., p. 501 a 502.

(25) Op. cit., 9ª ed., p. 252.

(26) O Supremo Tribunal Federal firmou, na Mensagem 2/88, de 1º de dezembro de 1988, e reafirmou no julgamento da ADIN 14, de 28 de setembro de 1989 (CÉLIO BORJA, JSTF, Lex, 136/5) que, à luz da Constituição, o princípio de isonomia entre servidores dos Três Poderes "pressupõe que os limites máximos, a que se refere o citado artigo 37, XI, guardem, entre si, relação de equivalência. Elevado o limite máximo de um Poder, cumpre ajustar os limites máximos dos outros Poderes, em ordem a que o princípio da isonomia entre servidores dos Três Poderes, opere, na conformidade do espírito e sistema da nova ordem constitucional" (n/grifo).

(27) Op. cit., p. 170.

(28) Já que a irredutibilidade não permitiria reduzi-los (artigo 39, § 2º, c/c artigo 7º, VI).

(29) Encerrado em 19 de setembro de 1992, em Corumbá, Mato Grosso do Sul.

(30) V. art. 134, parágrafo único.

(31) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, R.T., S. Paulo, 5ª ed., p. 533 e 534.

(32) Op. cit., p. 26.