



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
MESTRADO EM DIREITO**

IURI DE CASTRO GOMES

**REGIME JURÍDICO DA DEFENSORIA PÚBLICA: CONFLITO
COM A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E
REPERCUSSÃO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA**

Salvador
2015

IURI DE CASTRO GOMES

**REGIME JURÍDICO DA DEFENSORIA PÚBLICA: CONFLITO
COM A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E
REPERCUSSÃO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como etapa para conclusão do Mestrado, na linha de pesquisa Acesso à Justiça – Teoria do Processo e Tutela dos Direitos –, sob a orientação do Professor Doutor Wilson Alves de Souza

Salvador
2015

IURI DE CASTRO GOMES

REGIME JURÍDICO DA DEFENSORIA PÚBLICA: CONFLITO COM A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E REPERCUSSÃO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação aprovada em ___/___/_____ pelo orientador da linha de pesquisa Acesso à Justiça – Teoria do Processo e Tutela dos Direitos –, bem como pelos demais componentes da Banca de Avaliação

Professor Doutor Wilson Alves de Souza
Orientador

Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior
1º Examinador

Professor Doutor Carlos Valder Nascimento
2º Examinador

O mundo precisa de justiça, não de caridade.

Mary Shelley

RESUMO

O presente estudo busca aferir se o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 viola o acesso à justiça ao dispor que o Defensor Público, por exercer atividade de advocacia, deve estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como submetido ao regime jurídico previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive no que toca ao regime ético-disciplinar. Cuida-se de trabalho precipuamente teórico, que se utiliza da dedução como fonte metodológica para a elaboração de uma análise da natureza jurídica e retórica do acesso à justiça; de um estudo do gênero funções essenciais à justiça e de duas de suas espécies, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada; de um exame da antinomia do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 com o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94; e de um cotejo do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 com os problemas do acesso à justiça e com as regras e princípios relacionados à atuação profissional do Defensor Público com o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Defensoria Pública. Ordem dos Advogados do Brasil. Regime Jurídico.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	ACESSO À JUSTIÇA	12
2.1	PROBLEMAS DO ACESSO À JUSTIÇA.....	13
2.1.1	Problema Educacional	14
2.1.2	Problema Cultural	15
2.1.3	Problema Sócio-Econômico	16
2.1.4	Problema da Duração Razoável do Processo	20
2.2	ACESSO À JUSTIÇA: DA PORTA DE ENTRADA À PORTA DE SAÍDA....	21
2.3	NATUREZA JURÍDICA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	23
2.3.1	Regras, Princípios e Postulados	24
2.3.2	Acesso à Justiça como Postulado	29
2.4	NATUREZA RETÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	34
2.4.1	A Nova Retórica e os Elementos do Discurso	34
2.4.2	Acesso à Justiça como Conclusão	36
3.	FUNÇÕES ESSENCIAS À JUSTIÇA: DEFENSORIA PÚBLICA E ADVOCACIA PRIVADA	38
3.1	FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA COMO CONTRA-PODERES JURIDICAMENTE INSTITUCIONALIZADOS.....	39
3.2	FUNÇÕES ESSENCIAIS E ACESSO À JUSTIÇA.....	43
3.3	DA NECESSÁRIA INDEPENDÊNCIA DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA.....	46
3.4	DEFENSORIA PÚBLICA.....	47
3.4.1	Evolução Histórico-Normativa	48
3.4.2	Organização da Defensoria Pública	51
3.4.3	Autonomia Institucional	52
3.4.4	Princípios Institucionais	53
3.4.5	Garantias e Vedação	55
3.5	ADVOCACIA PRIVADA.....	56
3.5.1	Indispensabilidade	57
3.5.2	Inviolabilidade	59
3.5.3	Múnus Público	60
3.5.4	Regime Ético Disciplinar	61
3.5.5	Requisitos Para Exercício	63

3.5.6	Ordem dos Advogados do Brasil.....	64
4	APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL AOS DEFENSORES PÚBLICOS E VIOLAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	67
4.1	A ANTINOMIA ENTRE O ARTIGO 4º, §6º, DA LEI COMPLEMENTAR 80/94 E O ARTIGO 3º, §1º, DA LEI 8.906/94.....	67
4.1.1	Antinomia do Ponto de Vista Clássico.....	68
4.1.2	Critérios Clássicos Para Solução de Antinomia.....	70
4.1.3	Conflito Entre Critérios: Antinomia de Segundo Grau.....	72
4.1.4	Aplicação dos Critérios/Metacritérios Clássicos de Antinomia ao Confronto entre o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 e o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94.....	73
4.1.5	Fundamento dos Critérios Clássicos de Solução de Antinomia.....	75
4.1.6	Natureza dos Critérios Clássicos de Solução de Antinomia.....	76
4.2	COTEJO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS À ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO DEFENSOR PÚBLICO COM O ARTIGO 3º, §1º, DA LEI 8.906/94.....	85
4.2.1	Inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil	85
4.2.2	Regime Ético-Disciplinar.....	92
4.3	COTEJO DO ARTIGO 3º, §1º, DA LEI 8.906/94 COM OS PROBLEMAS DO ACESSO À JUSTIÇA.....	94
5.	CONCLUSÕES.....	97
	REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca desvelar se o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 viola o acesso à justiça ao dispor que o Defensor Público, por exercer atividade de advocacia, deve estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como submetido ao regime jurídico previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive no que toca ao regime ético-disciplinar.

Não obstante o quanto disposto no artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, determina o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 que a nomeação e posse no cargo público são suficientes para que o Defensor possua capacidade postulatória.

Quer dizer, para a mesma situação fática, qual seja, atuar como Defensor Público, há no direito positivo pátrio duas regras colidentes entre si. Tal contradição normativa, além de ferir o postulado da unidade/coerência do ordenamento jurídico, revela uma tensão entre duas funções essenciais à justiça: a advocacia privada e a Defensoria Pública.

Assim, de um lado, há o interesse da Defensoria Pública em aumentar sua independência/autonomia, desvinculando-se por completo da Ordem dos Advogados do Brasil, e, do outro, há o interesse da Ordem dos Advogados em manter os defensores sob sua tutela, sobretudo para fiscalizar a atuação da Defensoria. Por isso que, mesmo o recorte metodológico sendo no sentido de responder se o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 viola o acesso à justiça, não se perderá de vista a outra norma em conflito, o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94.

Cuida-se, a rigor, de questão atualíssima. Isso porque ações coletivas têm sido ajuizadas por associações de Defensores Públicos para, com fundamento no artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94, incluído pela Lei Complementar 132/09, afastar a necessidade dos Defensores estarem inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil e, por conseguinte, se submeterem ao controle ético-disciplinar da Ordem.

Não bastassem as ações coletivas, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.636 perante o Supremo Tribunal Federal, nela arguindo a incompatibilidade do artigo 4º, §6º, da Lei

Complementar 80/94 com a Constituição Federal. No momento, encontra-se o processo em fase de oitiva dos *amicus curiae*, razão pela qual a questão proposta nesta dissertação encontra-se em aberto tanto do ponto de vista teórico quanto do prisma prático/jurisprudencial.

Em relação aos aspectos metodológicos, registre-se que o marco teórico desta dissertação, ou seja, a premissa/demonstração última, baseia-se na classificação das normas jurídicas em regras, princípios e postulados – conforme propugnado pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2012), complementada em alguns pontos, naquilo em que compatível, pela Teoria dos Princípios de Humberto Ávila (2013) –, e na divisão dos elementos do discurso em premissas e conclusão, consoante lições da Nova Retórica de Chaïm Perelman e de Lucie Olbrechts Tyteca (2005).

Como tanto a Teoria dos Direitos Fundamentais quanto a Nova Retórica partem de pressupostos comuns – o relativismo, a verossimilhança, o procedimentalismo e a noção de força normativa/argumentativa baseada em graus – não há incompatibilidade entre elas, de modo que podem ser, inclusive, inter-relacionados.

Por outro lado, o presente trabalho valer-se-á da dedução, método pelo qual, a partir do momento em que algo é demonstrado, ou seja, conhecido com certeza, é lícito inferir/concluir racionalmente outra coisa, formando-se, assim, uma cadeia de demonstrações em que as últimas defluem das primeiras (DESCARTES, 1985). Em outras palavras, parte-se das premissas maiores, passando-se pelas premissas menores, até se chegar à conclusão. Portanto, na pesquisa em foco, partir-se-á do geral ao específico.

Não há, porém incompatibilidade entre o marco teórico e o método escolhidos. O fato do marco teórico deste trabalho ter por base o relativismo, a verossimilhança, o procedimentalismo e a noção de força normativa/argumentativa baseada em graus, não impede o manejo do método dedutivo e sua noção de verdade/demonstração.

Primeiro, porque o método não se confunde com o marco teórico. Segundo, pois a classificação entre regras, princípios e postulados, bem como a divisão retórica entre premissas e conclusão é a demonstração primeira, de onde todas as demais ilações

surgirão. Permita-se o jogo de palavras: a verdade primeva é que as coisas são verossímeis e relativas.

Para tratar do tema proposto, este trabalho estruturou-se em três capítulos fundamentais, cujo teor é encontrado nas páginas a seguir.

2. ACESSO À JUSTIÇA

A partir do momento que o Estado tomou para si a tarefa de dirimir os conflitos e pacificar a sociedade em regime de monopólio, permitindo a autotutela apenas em situações excepcionais, nasceu o direito ao acesso à justiça (SOUZA, 2011, pp. 82/83).

Cuida-se de consectário lógico. Se o direito, via de regra, só pode ser realizado autoritativamente pelo Estado, mediante o exercício do poder jurisdicional, torna-se inevitável a conclusão de que este mesmo Estado deve garantir o direito de ação; caso contrário, os direitos poderiam ser abertamente violados sem qualquer possibilidade de realização contra os violadores (SOUZA, 2011, p 84).

Não fosse o acesso à justiça, toda vez que houvesse violação a direitos ou garantias substanciais, não teriam eles a proteção necessária, nem como ser exercidos, extraíndo-se daí que todos os direitos, inclusive os fundamentais, dependem do acesso à justiça para efetivamente existirem, na medida em que, sem proteção, não há verdadeiro direito, mas tão somente expectativa (SOUZA, 2011, p 84). Apesar disso, a concepção sobre a extensão do acesso à justiça variou com o decorrer do tempo.

De início, nos estados liberais dos séculos dezoito e dezenove, a filosofia individualista dos direitos, então vigente, via o acesso à justiça como um mero direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação, permanecendo o estado passivo quanto aos problemas do cidadão reconhecer e defender seus direitos adequadamente, independentemente de sua condição econômico-social (CAPPELLETTI, 1988, p. 9). Era época da igualdade formal.

A rigor, a preocupação com as condições efetivas de acesso à justiça só surgiu com as reformas do estado de bem-estar social, que, além de proclamar direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, procurou armar os indivíduos de novos direitos substantivos em suas qualidades de

consumidores, locatários, empregados etc, tudo para que os obstáculos ao judiciário fossem superados (CAPPELLETTI, 1988, p. 10-11).

Para o *welfare state*, o ideal era erradicar as diferenças estranhas ao Direito que afetassem a afirmação e reivindicação dos direitos, produzindo-se uma completa “igualdade de armas” (CAPPELLETTI, 1988, p. 15). Nesse momento histórico, inverte-se a ordem. Não se busca mais a igualdade formal, e sim a material.

Mas quais são as principais diferenças estranhas ao Direito que afetam a afirmação e a reivindicação dos direitos? Em uma resposta breve, os principais problemas ínsitos ao acesso à justiça são o educacional, o cultural, o sócio-econômico e o da duração razoável do processo.

2.1 PROBLEMAS DO ACESSO À JUSTIÇA

A expressão acesso à justiça contém, por si só, a ideia de que algo está obstruindo o acesso, senão não faria sentido a discussão acerca do acesso àquilo que não encontra barreiras, de modo que o termo traz atavicamente a noção de denegação (NETO; PORTO, 2008, p. 145).

Antes de analisar cada um dos problemas ínsitos ao acesso à justiça e suas respectivas tentativas de solução, é preciso, porém, ter em conta que os obstáculos ao judiciário não são passíveis de eliminação um por um, já que as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado, devido ao inter-relacionamento ínsito às barreiras, podem exacerbar outros problemas (CAPPELLETTI, 1988, p. 29).

À evidência, “os obstáculos ao acesso à justiça, muitas vezes estão interligados, não permitindo que cada um seja analisado autonomamente, o que torna necessário uma análise conjuntural dos fatores que impedem o efetivo acesso à justiça” (MORALLES, 2006, p. 66). Tanto assim o é que “[...] as reformas destinadas a eliminar uma ou outra barreira ao acesso, podem, ao mesmo tempo, fazer surgir outras” (CAPPELLETTI, 1988, p. 163).

Por exemplo: extinguir a necessidade de representação por advogado em certos procedimentos, apesar de mitigar o problema econômico, exaspera o problema educacional, na medida em que, sem a orientação de um jurista, o cidadão não saberia exatamente quais são seus direitos, nem como tutelá-los, o que reduziria as chances de êxito em eventual demanda proposta (CAPPELLETTI, 1988, p. 29).

Portanto, não se está diante de problemas estanques. Em cada situação concreta, impende perscrutar se determinada barreira do acesso à justiça merece ser superada, em detrimento da exasperação de outro obstáculo. Embora a análise de cada problema do acesso à justiça pareça simples, conforme se verá a seguir, quando analisadas em conjunto, nota-se a real complexidade.

2.1.1 O problema educacional

O acesso a algo depende de duas condições inafastáveis: primeiro, o objeto deve ser conhecido; depois, o sujeito deve saber como usá-lo. Assim, “o direito a tais informações é ponto de partida e ao mesmo tempo de chegada para que o acesso à justiça, tal como preconizamos, seja real, alcance a todos” (CARNEIRO, 2000, p. 57).

O problema educacional do acesso à justiça consiste no seguinte: quanto maior a falta de informação das pessoas, o que geralmente está ligado à condição socioeconômica, menor a possibilidade de conhecer seus direitos e, quando violados, os mecanismos, sobretudo os judiciais, para exercê-los (SOUZA, 2011, p. 26-29).

De fato, há uma séria dificuldade em se reconhecer direitos tradicionais – família, sucessões, locação etc –, bem como os chamados novos direitos – consumidor, meio ambiente etc –, tanto para as classes mais favorecidas quanto para aquelas menos afortunadas, embora o problema seja inversamente proporcional ao nível de instrução formal de cada camada social (MORALLES, 2006, p. 72-73).

Trata-se de uma barreira pessoal, cujo cerne está na incapacidade jurídica de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível, bem como de conhecer o instrumental necessário para o ajuizamento de uma demanda (CAPPELLETTI, 1988, p. 23). Eis uma síntese da situação (NETO; PORTO, 2008, p. 161):

Assim, quando do obstáculo ao acesso à justiça do não reconhecimento de um problema enquanto problema jurídico, tem-se que, tanto é possível sentir-se ferido, porém não identificar que existe consequência jurídica para tal, quanto sentir-se ferido, compreender que existe consequência jurídica para tal, mas não saber como adentrar ou como acionar a máquina judiciária.

A tentativa de solução deste problema passa pela política, já que, para solvê-lo, é preciso de políticas públicas e investimentos voltados à educação e à distribuição de renda (SOUZA, 2011, p. 29).

Outra forma de resolução é a criação e o fortalecimento de organismos, oficiais ou não, incumbidos da conscientização dos direitos e da importância da efetivação dos mesmos (MORALLES, 2006, p. 72-73). Os meios de comunicação em massa, nesse particular, devem ter participação ativa, a fim de que haja um empoderamento jurídico da população, sob pena de não atentarem para a indispensável responsabilidade social de sua atividade (MORALLES, 2006, p. 73).

2.1.2 O problema cultural

O problema cultural do acesso à justiça está imbricado ao problema educacional. Com efeito, a falta de conhecimento sobre os direitos e o modo de exercê-los, leva a uma indisposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais, de modo que até mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico podem não buscá-lo (CAPPELLETTI, 1988, p. 23).

Tal indisposição psicológica consubstancia-se na desconfiança das pessoas no Poder Judiciário e nas Funções Essenciais à Justiça. De um modo geral, a população não crê na retidão e na probidade de magistrados, advogados privados, advogados públicos, defensores públicos e membros do Ministério Público, o que se

agrava quando eventuais desvios éticos não são devidamente punidos pelos órgãos de fiscalização (SOUZA, 2011, pp. 30/31).

Além disso, os litígios formais, devido aos procedimentos complicados, formalismos, ambientes e pessoas intimidadoras, como tribunais, juízes e advogados, são considerados pouco atraentes, já que o litigante não se sente participante desse mundo (CAPPELLETTI, 1988, p. 23). Há toda uma burocracia que distancia o cidadão da justiça (MORALLES, 2006, p. 76).

Dessa feita, os principais meios de solucionar o problema cultural são: punir rigorosamente os desvios éticos dos julgadores e dos portadores de capacidade postulatória (SOUZA, 2011, p. 32) e; tornar os serviços judiciários e jurídicos mais atraentes ao cidadão, seja pela redução dos formalismos, seja pela simplificação dos procedimentos.

2.1.3 O problema socioeconômico

Aqueles que possuem mais recursos financeiros possuem vantagens óbvias ao propor ou defender demandas do que os menos abastados, pois, no mínimo poderão suportar as delongas do litígio e fazer gastos maiores que a parte adversa, o que resultará na apresentação de seus argumentos de maneiras mais eficiente (CAPPELLETTI, 1988, p. 21).

Justamente em função disso, os autores individuais, especialmente os pobres, ao litigarem contra litigantes organizacionais, detentores do capital, encontram-se em uma situação desvantagem (CAPPELLETTI, 1988, p. 28).

Portanto, o problema socioeconômico está ligado à necessidade do Estado de cobrir o elevado custo da máquina judiciária com a cobrança de taxas pela prestação do

serviço jurisdicional e jurídico¹, ou seja, tanto aqueles relativos à máquina judiciária, tanto aqueles referentes ao pagamento de honorários aos advogados (SOUZA, 2011, p. 33).

A rigor, o obstáculo econômico para o efetivo acesso à justiça dá-se quando da incompatibilidade entre a quantia financeira disponível dos litigantes e o valor a ser despendido (NETO; PORTO, 2008, p. 159).

Na tentativa de resolver o problema econômico, foi pensado o instituto da gratuidade da justiça àqueles que, nas circunstâncias do caso concreto, não tenham condições de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família (SOUZA, 2011, p. 34-35).

São corolários da gratuidade da justiça: a gratuidade da justiça em sentido estrito, a assistência judiciária e a assistência jurídica (SOUZA, 2011, p. 34). A gratuidade da justiça em sentido estrito significa a dispensa da taxa judiciária, das custas de atos processuais específicos, bem como de todas as demais despesas processuais², de modo a eximir o necessitado do pagamento, por exemplo, dos honorários de advogado, de perito, de avaliador e de depositários, assim como de despesas com deslocamento de testemunhas etc (SOUZA, 2011, p. 45).

¹ Não bastasse a escassez dos recursos, é preciso ter em mente que o Judiciário possui uma autonomia financeira apenas relativa, na medida em que, nos termos da Constituição Federal, cabe ao legislativo analisar e aprovar as propostas orçamentárias encaminhadas pelos órgãos judiciais, o que impede a correta alocação de recursos necessários à administração da justiça (MORALLES, 2006, p. 70).

² No direito positivo brasileiro, o artigo 3º da Lei 1060/50 dispõe o seguinte:

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI - das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

VII - dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Já a assistência judiciária e a assistência jurídica são dois círculos concêntricos. A assistência judiciária impõe a concessão gratuita de um advogado para demandar ou ser demandado, enquanto a assistência jurídica envolve, além do serviço de defender o necessitado em juízo, o serviço gratuito de orientação profissional, como aquele de respostas a consultas (SOUZA, 2011, p. 34).

Ocorre que a assistência judiciária/jurídica necessita de um método para que seja implementada na prática. De pòrtico, os esquemas da maioria dos países baseavam-se apenas nos serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação, a título *munus honorificum* (CAPPELLETTI, 1988, p. 32). Ou seja, os necessitados dependiam da caridade dos advogados privados para litigarem ou serem orientados.

Dada a dependência do esquema inicial de um sentimento de solidariedade, surgiu em diversos países o sistema *judicare*. Por meio dele, os advogados particulares, apesar de prestarem serviços aos necessitados, tinham seu labor remunerado pelo Estado, de modo que os litigantes de baixa renda pudessem ter a mesma representação que teriam se pudessem pagar por um advogado, havendo distinção apenas no endereçamento da nota de honorários (CAPPELLETTI, 1988, p. 35). No entanto, o sistema *judicare* também tinha suas mazelas.

Ao confiar aos necessitados a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio, o sistema *judicare* acabava por reprimir diversas demandas simplesmente por falta de conhecimento dos necessitados acerca dos seus direitos (CAPPELLETTI, 1988, p. 38). Além disso, a tentativa de tratar os necessitados e os clientes regulares da mesma forma não encorajava os jurisconsultos a auxiliar os pobres no conhecimento de seus direitos e dos remédios jurídicos para tutelá-los (CAPPELLETTI, 1988, p. 38). Na verdade, faltava justamente perceber que entre necessitados e litigantes mais abastados há diferenças que precisam ser reconhecidas e tuteladas.

Tendo em vista os problemas do *judicare*, foi elaborado o sistema de remuneração do advogado pelos cofres públicos. Nesse esquema, “os serviços jurídicos deveriam ser prestados por 'escritórios de vizinhança', atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe” (CAPPELLETTI, 1988, p. 39-40).

A vantagem desse sistema, comparado ao *judicare*, concentra-se nos “esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los” (CAPPELLETTI, 1988, p. 40). Afora isso, há também a possibilidade de tratar os necessitados enquanto classe, tutelando direitos difusos ou coletivos (CAPPELLETTI, 1988, p. 40/41).

Há, porém, desvantagens. Como o “escritório” é pago previamente pelo governo, esse sistema necessariamente depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes dirigida contra o próprio governo (CAPPELLETTI, 1988, p. 41). Por isso a importância de, nesse sistema, haver prerrogativas como a autonomia/independência do “escritório” frente ao Estado e demais centros de poder.

Some-se a isso a impossibilidade fática de se garantir auxílio jurídico a todos os necessitados, sem que haja um sucateamento do serviço, mormente em função das escolhas trágicas relacionadas à alocação dos recursos disponíveis (CAPPELLETTI, 1988, p. 41/43). Por exemplo, como os recursos estatais para a assistência jurídica/judiciária são sempre finitos, decidir a relação de prioridade entre demandas difusas/coletivas e demandas individuais dos necessitados é uma constante.

Adiante-se que a Constituição Federal de 1988, ao instituir a Defensoria Pública como função essencial à justiça, seguiu precipuamente o sistema de remuneração do advogado pelos cofres públicos. Todavia, a Carta Magna ainda permite que a assistência jurídica seja prestada por associações sem fins lucrativos, por centros de prática jurídica das Faculdades de Direito e por advogados particulares de forma voluntária e gratuita, a denominada advocacia *pro bono* (ROMEU; PASSAMI; ZAGO; GROTERHOST, 2014, p. 161), até mesmo para mitigar algumas das desvantagens do sistema dos “escritórios de vizinhança”.

2.1.4 O problema da duração razoável do processo

O tempo opera efeitos deletérios ao acesso à justiça. Decerto, a tutela jurisdicional não está conseguindo manter o mesmo ritmo acelerado que o tempo tomou nas sociedades modernas, causando um choque entre as expectativas dos destinatários da justiça (MORALLES, 2006, p. 77)

Quanto mais se arrasta a lide, mormente quando considerados os índices de inflação, maiores ficam os custos processuais para as partes, pressionando os mais fracos, assim, a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que realmente teriam direito (CAPPELLETTI, 1988, p. 28).

Isso significa que o problema da duração do processo ocorre quando a demora do procedimento é tamanha que o resultado final do feito é despido de efetividade ou utilidade prática/social (SOUZA, 2011, pp. 59/65).

Diversas são as causas da morosidade da justiça. Faltam condições de trabalho, equipamentos e materiais básicos para o exercício da função jurisdicional em diversas comarcas, aditando-se a isso os parcos investimentos em atualização e qualificação dos membros dos órgãos judiciários. (MORALLES, 2006, p. 71).

Ademais, o Estado é um dos maiores consumidores da justiça, seja porque viola direitos previstos no ordenamento jurídico, seja porque não se adapta às particularidades das demandas de massa, ajuizando ações e interpondo recursos sem a menor razoabilidade ético-jurídica³ (MORALLES, 2006, p. 75).

A burocracia existente na organização dos trabalhos forenses é mais uma das barreiras do acesso à justiça, estando ligada não à matéria jurídica, mas organizacional (MORALLES, 2006, p. 76)

³ Como bem lembra Bezerra (2008, p. 242-243), “[...] uma justiça justa requer uma sociedade também justa, que antes que nas leis, deve ser nas relações sociais de produção e distribuição”, de tal sorte que, “nesse sentido o acesso à justiça é um problema também ético, no plano de concretização do direito”.

As tentativas atualmente vislumbradas para a solução deste problema são: a instituição de órgãos jurisdicionais especiais de pequenas causas; a instituição de órgãos jurisdicionais leigos; o incentivo à arbitragem; a política legislativa e hermenêutica judicial no sentido de facilitar a tutela dos direitos coletivos, entre outras (SOUZA, 2011, pp. 65/78).

2.2 ACESSO À JUSTIÇA: DA PORTA DE ENTRA À PORTA DE SAÍDA

Quando se fala em acesso à justiça, o operador do direito é levado a pensar imediatamente no princípio da inafastabilidade da jurisdição – também chamado de princípio do direito de ação ou do direito à jurisdição –, pelo qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário nem mesmo por lei (SOUZA, 2011, p 166).

A propósito, resta tal princípio consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sucedo que essa é apenas uma faceta do acesso à justiça. Deveras, o acesso à justiça é muito mais abrangente e menos formalista (SADEK, 2014, p. 21). Enquanto a inafastabilidade da jurisdição limita-se a garantir o direito de ação, o acesso à justiça tem em conta o processo devido em direito e, por tal razão, envolve o direito a uma decisão em tempo razoável, fundamentada, eficaz e equitativa (SOUZA, 2011, pp 166/167). É que “[...] o acesso à Justiça não pode se esgotar apenas no direito de petição perante o Poder Judiciário, mas especialmente propiciar o acesso a uma ordem jurídica justa que precede ao acesso ao Poder Judiciário [...]” (FERREIRA; PAVI; CAOVIALLA, 2014, p. 71).

Dito em outras palavras: ao mesmo tempo em que o acesso à justiça serve para determinar a igualdade de acesso ao sistema de resolução de litígios sob os auspícios do Estado, presta ele também à produção de resultados individual e socialmente justos (CAPPELLETTI, 1988, p. 8). Para além da perspectiva da

inafastabilidade da jurisdição e seus consectários, compreende-se o acesso à justiça enquanto acesso a decisões justas (TEIXEIRA, 2008, p. 89).

Portanto, acesso à justiça não significa apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário ao cidadão, permitindo a formulação de demandas face aos órgãos jurisdicionais instituídos pelo Estado, e sim escancarar a porta de saída, garantindo um devido processo em direito, em que se façam presentes o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas por meios lícitos, a ciência dos atos processuais, o julgamento em tempo razoável, a fundamentação das decisões, o julgamento justo, a eficácia das decisões, etc (SOUZA, 2011, pp 25/26).

Nessa linha de intelecção, o acesso à justiça acaba por se transformar, concomitantemente, em uma síntese da ciência processual e no maior desafio existente no atual estágio da instrumentalidade do processo (MORALLES, 2006, p. 14). Cuida-se da ideia central a que converge toda oferta constitucional e legal dos princípios e garantias que conduz as partes à ordem jurídica justa (BEZERRA, 2008, p. 129).

Daí a estreita relação do acesso à justiça com o devido processo legal: princípio derivante/irradiante, na medida em que os demais princípios processuais, teoricamente, dele decorrem⁴ (SOUZA, 2011, p 139-140). A bem da verdade, em um processo em que não se observou o princípio do devido processo em direito, também não se atendeu ao princípio do acesso à justiça, pois o direito à jurisdição só faz sentido se o processo gerou uma decisão justa sob todos as matizes (SOUZA, 2011, p. 142).

Infere-se, então, que há uma superposição entre o devido processo legal e o acesso à justiça no sentido lato que se está a trabalhar, porquanto ambos visam à concretização dos demais princípios processuais. É com base nesse entendimento lato do acesso à justiça que este ensaio trabalhará.

⁴ O devido processo legal pode ser visto pelo enfoque processual ou material. Pela teoria processual, o princípio do devido processo legal será atendido se os princípios processuais previstos, como os de petição, comunicação de atos processuais, defesa, contraditório, produção de provas lícitas, etc, forem observados; ao passo que pela teoria substancial, o princípio do devido processo legal está centrado na relação da justiça com os relacionados à distribuição dos bens da vida, devendo o processo justo ser considerado a partir da criação da própria norma legislativa de direito material, de modo a se evitar leis injustas, irrazoáveis ou absurdas (SOUZA, 2011, p 140-142).

Do quanto exposto, percebe-se que os problemas do acesso à justiça relacionam-se com os mais diversos princípios processuais. Decerto, os problemas educacional e econômico estão intimamente ligados ao princípio da igualdade; o problema cultural toca os princípios do juiz natural/imparcial, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da fundamentação das decisões judiciais e da publicidade dos atos processuais; o problema da duração do processo está conectado aos princípios do processo em tempo razoável, da efetividade, do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório

Aliás, não poderia ser diferente, já que todos esses princípios processuais, em tese, emanam do acesso à justiça e do devido processo legal. Ora, seria ilógico que os problemas do acesso à justiça não se relacionassem com os princípios que ele mesmo dá origem.

Será, porém, que os princípios processuais derivam mesmo do acesso à justiça? Pode um princípio dar origem a outros princípios? Para responder a essas questões, é preciso confirmar primeiro qual a natureza normativa do acesso à justiça: se regra, princípio ou postulado.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Nas aulas de Direitos Humanos e Fundamentais e de Direito e Argumentação do Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, o Professor Saulo Casali Bahia, ao tratar da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, complementada em alguns pontos pela Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, incutiu na mente de seus alunos, de forma fundamentada, uma relevante afirmação: a dignidade da pessoa humana não é um princípio, e sim um postulado.

Aqui os fundamentos da ideia em epígrafe serão expostos e desenvolvidos, conquanto o objeto de estudo seja outro: o acesso à justiça. Para tanto, a classificação das normas jurídicas entre regras, princípios e postulados propugnada por Robert Alexy e Humberto Ávila será de fulcral importância.

2.3.1 Regras, princípios e postulados

Por uma questão de delimitação de objeto, restringir-se-á à parte da obra de Alexy (2012) em que há a distinção entre regras e princípios, a relação de tais normas entre si, bem como a conexão do modelo de princípios com valores. Em complementação às ideias de Alexy, ensinamentos de Humberto Ávila (2013) sobre a teoria dos princípios também serão utilizados naquilo em que não haja divergência entre os autores, sobretudo no que se refere aos postulados, espécie de norma jurídica referida por Alexy sem o devido aprofundamento.

Pois bem. No seu ideal de direito, Alexy categoriza a norma jurídica, enquanto expressão do dever-ser, em regras e princípios. Segundo a dicotomia, princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo, em função disso, ser satisfeitos em variados graus (ALEXY, 2012, p. 90).

Nessa senda, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, porque da incidência de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso (ALEXY, 2012, p. 103-104). A bem da verdade, princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, de tal sorte que não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2012, p. 103-104).

É por serem mandamentos de otimização que os princípios implicam a máxima da proporcionalidade. A submáxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as submáximas de necessidade e de adequação decorrem na natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2012, p. 116-120).

Regras, de seu turno, são determinações de âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, de modo que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas, na

medida em que nelas há uma descrição precisa do que se exige, possuindo, portanto, uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, 2012, p. 91).

A distinção entre regras e princípios fica clarividente quando se analisa o comportamento das duas espécies de normas em caso de conflito: as regras entram em conflito na dimensão da validade, enquanto os princípios colidem na dimensão peso.

Explica-se. Em um conflito de regras, ou se insere uma cláusula de exceção para eliminar o conflito, ou se declara inválida uma das normas contraditórias, já que não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios possam coexistir (ALEXY, 2012, p. 92). Nesses casos, a solução para antinomia se dá pelo uso dos critérios clássicos de solução de antinomias: especialidade, hierarquia e cronologia (ALEXY, 2012, p. 93).

Quanto às cláusulas de exceção, são elas incluídas em um processo de valoração de argumentos e contra-argumentos, isto é, de ponderação, em que o sopesamento feito pelo legislador é sobrepujado pela existência de razões contrárias que superem axiologicamente a razão que sustenta a própria regra (ÁVILA, 2013, p. 60). Nesse processo, todas as submáximas da proporcionalidade entram em cena para avaliar se a regra promove o princípio que a inspira; se haveria meio distinto do previsto na regra que promovesse com igual intensidade o princípio perseguido, mas que intervisse menos nos princípios em tensão; e se as razões contrárias superam as razões que sustentam a regra. Aí estão, respectivamente, as submáximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Não se olvide que as regras são resultados de imprecisas generalizações feitas pelo legislador, de modo que alguns casos deixam de ser mencionados na hipótese de incidência e outros são mal incluídos (ÁVILA, 2013, p. 62). Portanto, a ponderação figura como instrumento de releitura da regra.

De outro giro, se dois princípios colidem, embora um deles tenha de ceder, isso não significa que o princípio será declarado inválido ou afastado. Com efeito, isoladamente considerados os princípios conduzem a uma contradição, na medida

em que um restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro, mas, nas circunstâncias do caso concreto, há o estabelecimento de uma relação de precedência (ALEXY, 2012, p. 93-94).

A propósito, as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. É a chamada lei de colisão dos princípios, por meio da qual se reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, ante a inexistência de relação absoluta de precedência e a sua referência a ações e situações não quantificáveis (ALEXY, 2012, p. 94-99).

Isso posto, fica mais fácil compreender a relação existente entre regras e princípios no ordenamento jurídico. Deveras, regra é uma razão para um juízo concreto de dever ser e, portanto, uma razão definitiva. Princípios são, ao contrário, razões *prima facie*. O caminho que vai do princípio à regra, ou seja, do direito *prima facie* até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de precedência, o que, segundo a lei de colisão, é a definição de uma regra (ALEXY, 2012, p. 106-108).

Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em outras palavras: o resultado do sopesamento de princípios é uma regra (ALEXY, 2012, p. 106-108).

É preciso atentar ainda para o fato de Alexy (2012, p. 144-153) equiparar o modelo de princípios ao de valores. Para o aludido autor, o modelo de princípios e o modelo de valores mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato do primeiro se situar no âmbito deontológico – daquilo que deve ser – e o segundo no âmbito axiológico, o âmbito do bom. Tanto axiologicamente quanto deontologicamente buscam-se critérios para otimização, seja no que é bom, seja no que deve ser. No final das contas, ao se sopesar princípios está-se, por via, oblíqua, ponderando valores.

No tocante aos postulados normativos⁵, trata-se da terceira espécie de normas jurídicas, cuja função é instituir metodicamente os critérios e as medidas de aplicação das regras e dos princípios (ÁVILA, 2013, p. 143 e 159). Por trás dos postulados sempre há outras normas sendo aplicadas, daí porque se qualificam como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas (ÁVILA, 2013, p. 143). Logo, o funcionamento de regras, princípios e postulados é completamente distinto e peculiar (ÁVILA, 2013, p. 143):

Os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Deveras, não há como confundir os postulados com regras ou princípios. Os postulados não são regras, pois não descrevem um comportamento, não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico; os postulados também não são princípios, pois não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual, nem possuem peso móvel e circunstancial (ÁVILA, 2013, p. 144).

Na verdade, postulados fixam diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis, exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção (ÁVILA, 2013, p. 144). Enquanto princípios e regras servem de comandos para determinar a licitude ou a ilicitude de conduta ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas (ÁVILA, 2013, p. 158).

Assim, permitem os postulados normativos verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam, de modo que só elipticamente pode-se afirmar que os próprios postulados são violados, pois, a rigor, violadas foram apenas as regras e princípios que deixaram de ser aplicadas de acordo com a estruturação determinada pelos postulados (ÁVILA, 2013, p. 155-156).

⁵ Segundo a teoria de Humberto Ávila (2013), os postulados normativos se dividiriam em postulados hermenêuticos e aplicativos. Para os fins deste trabalho, interessam apenas os postulados normativos de aplicação. Por isso que se olvidou a sobredita classificação.

Por exemplo, definir a proporcionalidade como princípio/regra é confundir o objeto de aplicação com o critério de aplicação: é o mesmo que confundir a balança com os objetos que ela pesa, perdendo-se de vista a diferença entre o que deve ser realizado, isto é, princípios e regras, e o que serve de parâmetro para a realização, ou seja, os postulados (ÁVILA, 2013, p. 160).

Melhor do que imaginar uma balança é pensar na relação entre regra, princípio e postulado a partir de vetores de força. Segundo a física, vetores são representações da intensidade, direção e sentido de uma grandeza física.

Imagine-se, então, uma linha vertical separando um plano em duas partes. Exatamente em cima desta linha transversal há um corpo com massa. Sob esse corpo são exercidas diversas forças que apontam para praticamente trezentos e sessenta graus. São os vetores.

Somadas as forças que colaboram para o deslocamento do corpo com massa para o lado direito, e após subtraídas as forças que levam o corpo para o lado esquerdo, ter-se-á a resultante, ou seja, a força que prepondera após elaborado este cálculo aritmético.

Se nesse esquema hipotético, a partir da estrutura binária do direito, o lado esquerdo do plano for tomado como o ilícito e o lado direito como o lícito, bem como seja compreendido o corpo com massa como uma conduta concreta, será possível uma interessante comparação.

Os vetores que apontam para o lado direito, o lado do lícito, são os princípios que são alcançados com a conduta encontrada exatamente em cima da linha vertical que divide o plano. Os vetores que apontam para o lado esquerdo, o lado do ilícito, são os princípios atingidos com a conduta tomada. Lembre-se que cada princípio/vetor terá força diferente, dadas as peculiaridades do caso concreto.

Já as operações de soma dos vetores/princípios que apontam para a direita; de soma dos vetores princípios que apontam para a esquerda; e de subtração entre tais vetores para determinar o vetor/princípio resultante, que empurrará a conduta para o caminho da licitude ou da lícitude, constituem um postulado normativo.

E as regras? As regras são uma tentativa do legislador de prever qual será este vetor resultante, determinando-se de antemão que a conduta será empurrada para o lícito ou para o ilícito. Todavia, tal regra pode ser relida pelo intérprete por meio do postulado, sobretudo porque o legislador nunca é capaz de prever todas as idiosincrasias do caso concreto.

Visto o que define cada espécie normativa, é chegada a hora de especificar, com base no marco teórico em epígrafe, a natureza do acesso à justiça.

2.3.2 Acesso à justiça como postulado

Para começar, antes de afirmar o que é o acesso à justiça, será dito o que ele não é. Em geral, é mais fácil negar do que afirmar, destruir a construir. Por isso, a análise da natureza jurídica do acesso à justiça iniciará se valendo de raciocínio excludente.

Pois bem. O acesso à justiça, em sua concepção larga, não é uma regra. O acesso à justiça não estabelece um juízo concreto de dever ser. Não há determinação de âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, nem descrição precisa do que o acesso à justiça exige. A estrutura da regra jurídica – hipótese de incidência descritiva de uma conduta ligada por um nexo deontológico com o mandamento –, não se faz presente no acesso à justiça.

Se bem lembrado o que dito linhas acima, seria completamente sem sentido que uma norma que, em tese, garante e dá origem a diversos outros princípios processuais fosse uma regra. Seria uma verdadeira transmutação de sua natureza jurídica.

Também não se trata o acesso à justiça de um princípio. Princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, representando, em função disso, razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, de tal sorte

que não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

Logo, o acesso à justiça não é princípio, pois não aponta um mandamento de otimização, ou seja, um determinado fim, mas, segundo a opinião dominante, todos os fins e mandamentos a serem otimizados no curso do processo. Ao apontar todos os fins, o acesso à justiça é, em si só, uma situação de tensão, pois dele defluem princípios contraditórios.

Com efeito, um princípio aponta para um fim, e não para todos. Apontar para todas as direções é o mesmo que não apontar para nenhuma. Daí porque não se pode considerar o acesso à justiça como princípio.

Assim como o acesso à justiça, estado democrático de direito, justiça, devido processo legal e dignidade da pessoa humana, só a título de exemplo, também apontam para os mais diversos fins/princípios, razão pela qual não são, outrossim, princípios.

Tanto assim o é que não há como ponderar os elementos normativos acima entre si. Devido processo legal não entra em tensão com o acesso à justiça, nem a dignidade da pessoa humana com a justiça. Isso porque lhes falta determinar uma única direção, o lado que se encontram na balança, de modo que é impossível o sopesamento.

Não por acaso os obstáculos ao judiciário não são passíveis de eliminação um por um. Como o acesso à justiça não descreve um mandamento de otimização, ou seja, uma única direção, é natural que as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro, devido ao inter-relacionamento ínsito às barreiras (CAPPELLETTI, 1988, p. 29).

E nem se diga que o acesso à justiça seria, segundo a linha de intelecção de Humberto Ávila (2013), um sobreprincípio. Com efeito, não há razão para que dentro de uma mesma espécie normativa haja categorias distintas com efeitos igualmente distintos, como quer o mencionado estudioso do Direito.

De acordo com Humberto Ávila (2013, pp. 104/106), os sobreprincípios não serviriam para agregar elementos não previstos em regras (função integrativa dos subprincípios) nem para delimitar com maior especificação, comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior (função definitiva dos subprincípios), e sim para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos (função interpretativa), ou para rearticular os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado, permitindo a interação entre eles (função rearticuladora).

Exemplo da função exemplificadora seria o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras de citação, de intimação, do juiz natural etc, que, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio do devido processo legal, receberia um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente.

Bem analisada a distinção proposta por Ávila entre sobreprincípios e subprincípios, percebem-se duas incongruências. A primeira, outrora adiantada, é no sentido de que, se duas normas são princípios, quer sobreprincípios ou subprincípios, não há razão para que ambas produzam efeitos distintos. É um forte indício de que uma das categorias não se amolda perfeitamente ao conceito original, o de princípio.

A principal crítica, todavia, é de que a alegada função rearticuladora dos sobreprincípios nada mais é do que a aplicação de um postulado normativo. Rearticular os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado, permitindo a interação entre eles, traz a ideia de adoção de critérios e medidas na aplicação das regras e dos princípios, quer dizer, de um postulado. Afora isso, o mencionado estado ideal de coisas nada mais é do que um mandamento de otimização, ou seja, um princípio. É inevitável, pois, não equiparar a função rearticuladora com a proporcionalidade, exemplo paradigmático de postulado normativo, ou com o acesso à justiça.

Retomando os modelos baseados na balança ou nos vetores, tem-se que acesso à justiça, assim como estado democrático de direito, a justiça, devido processo legal e dignidade da pessoa humana, são a balança, e não os objetos que ela pesa; são a

operação para definição da resultante, e não os vetores. De uma forma mais direta: o acesso à justiça é um postulado⁶.

Especificamente em relação ao postulado objeto da presente dissertação, seu conteúdo impõe uma ponderação entre perdas e ganhos relativas aos problemas do acesso à justiça. Isso significa analisar se a melhora ao acesso em determinado ponto compensa a exasperação de outras barreiras.

A diretriz metodológica do acesso à justiça determina ainda, de forma similar à proporcionalidade, que as regras e princípios do ordenamento devem ser ponderadas, a fim de que se busque a máxima otimização dos valores consagrados constitucionalmente.

Ora, a percepção de que se está frente a um postulado é de fundamental importância ao tratamento das alegadas violações ao acesso à justiça. Se o acesso à justiça fosse tomado como regra, todo fato que não preenchesse a hipótese de incidência o violaria, atraindo eventual sanção por descumprimento.

Caso fosse um princípio, toda vez que uma conduta não promovesse o acesso à justiça, ou melhor, lhe fosse de encontro, promovendo outro princípio em seu detrimento, haveria a indigitada violação.

Já tomado o acesso à justiça como postulado, isto é, como metanorma, só se pode afirmar sua violação elíptica após a aplicação das regras e princípios pertinentes ao caso concreto.

Deveras, partindo-se da regra, ao princípio, para enfim ao postulado, há um crescente incremento de complexidade na análise da violação ao acesso à justiça. A propósito, tratar o acesso à justiça como postulado vai ao encontro das precisas lições de Rocha (2008, p. 108):

⁶ Por isso a dificuldade da ciência processual em estabelecer as relações normativas entre acesso à justiça, estado democrático de direito e dignidade da pessoa humana. Como são postulados, ou seja, metacritérios para a aplicação de regras e princípios, não há uma situação de derivação, fonte ou consequência entre eles. Todos acabam por ter um conteúdo similar, qual seja, buscar a correta aplicação das regras e princípios a partir de determinadas diretrizes metodológicas.

Enfim, o acesso à Justiça como objeto de conhecimento na descontinuidade moderna é recusado como um conceito uni-versal, simplificador e estável, mas antes, termina por ser re-conhecido como um conceito multiversal, complexo e instável.

Cabe ainda um adendo. Se os postulados não podem ser excluídos do ordenamento jurídico pelo seu caráter imanente, talvez seja um equívoco chamá-los de normativos. Tomada a concepção positivista de que a norma decorre de um ato de vontade de uma autoridade superior, seria impossível existir uma norma que não pudesse ser revogada por esta mesma autoridade. Portanto, ao que tudo indica, os postulados são racionais, e não normativos, afinal, a razão, diferente da norma, é constante.

Disso não resulta que a previsão do acesso à justiça, do Estado democrático de direito, da justiça, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana no direito positivo, mormente na Constituição Federal, é desnecessária. O intuito é deixar estreme de dúvidas a consagração de critérios e medidas de aplicação de regras e de princípios com bases metodológicas no direito posto.

Pela precisão do raciocínio e da universalidade que representa, seria lícito ainda assimilar os diversos postulados normativo-rationais à máxima da proporcionalidade, esta, por sua vez, decomposta nas submáximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁷. Não seria nenhuma heresia.

De todo o exposto, a conclusão não é outra: acesso à justiça é um postulado normativo/racional.

⁷ “Inúmeros têm sido os caminhos para fundamentar ou justificar normativamente o princípio da proporcionalidade, ora utilizando-se do cânnon dignidade da pessoa humana [...], ora recorrendo-se à ideia de devido processo legal substantivo [...] ou mesmo da noção de um Estado Democrático de Direito [...]” (SOARES, 2010, p. 176).

2.4 NATUREZA RETÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Após aferir a natureza jurídica do acesso à justiça com base na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert ALexy, complementada em alguns pontos pela Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, passa-se agora à análise da natureza argumentativa do acesso à justiça sob o prisma da Nova Retórica.

Ora, se o direito é construído por meio de um discurso, normal que seus institutos sejam analisados concomitantemente sob o prisma jurídico e retórico, ainda mais quando há perfeita compatibilidade entre os marcos teóricos utilizados. É que tanto a Teoria dos Direitos Fundamentais quanto a Nova Retórica partem das mesmas premissas: relativismo, verossimilhança, procedimentalismo e a noção de força normativa/argumentativa baseada em graus.

Nas linhas a seguir, apresentar-se-á o que se entende por Nova Retórica, bem como quais são os elementos constitutivos do discurso para esta forma de entender o direito.

2.4.1 A Nova Retórica e os Elementos do Discurso

Adotado o ideal científico/epistemológico da evidência propugnado pelo positivismo, a razão torna-se incompetente nos campos em que nem a experiência nem a dedução lógica podem fornecer a única solução de um problema, porquanto a evidência é, concomitantemente, a força à qual toda mente tem de ceder e o sinal de verdade daquilo que se impõe evidente (PERELMAN, 2005, pp.01/04).

Ocorre que a teoria da argumentação/retórica não se desenvolve em um campo marcado pela evidência, e sim na seara do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo, pois o objeto da mencionada teoria é o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou

aumentar em graus ou intensidade a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento (PERELMAN, 2005, pp.04).

Primeiro, porque o Direito não é lógico. Segundo, pois a lógica não contribui em nada com a argumentação jurídica. Por fim, em razão do Direito não ter nada a ver com a verdade, mas apenas com aquilo que pode ser provado de acordo com os processos legais e ônus e regras de prova (MACCORNICK, 2008, p.21).

De fato, o tempo demonstrou serem inaplicáveis no campo do direito os parâmetros lógico-formais, haja vista a gênese tópica dos conceitos jurídicos, que derivam de uma consolidação histórica do saber jurídico, formando o que Theodor Viehweg intitula de catálogo de topoi, ou o que Chaim Perelman vê como um resultado da afirmação de um discurso jurídico dominante a partir do transcurso do tempo (MENDONÇA, 2003, pp. 383/384).

Daí a importância da tópica, a qual, considerada como teoria da natureza das premissas, reafirma o caráter verossímil da retórica, ao pressupor que, se uma argumentação se origina de um *topos* como ponto de partida, as proposições de que se parte não são verdades provadas, nem meras afirmações da vontade arbitrárias, mas antes evoca, isto é, proposições plausíveis, razoáveis, geralmente aceitas, ou prováveis (ALEXY, 2001, p. 32).

Em todas as teorias da retórica, a ideia de adesão de espíritos aos quais se dirige um discurso é essencial, afinal, é em função do auditório que a argumentação se desenvolve (PERELMAN, 2005, pp.06). É preciso ter em mente que, para argumentar, é preciso ter apreço pela adesão do interlocutor, pelo seu consentimento, pela sua participação mental (PERELMAN, 2005, p.18).

Dito auditório é pensado do prisma subjetivo, e não objetivo, já que o verdadeiro auditório é o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação (PERELMAN, 2005, pp.22). E assim deve ser, porque é impossível para o orador, sobretudo em textos escritos, saber quem terá acesso à sua argumentação.

Bem pensadas as coisas, o acordo do auditório, tanto no tocante aos pontos de partida quanto ao desenvolvimento da argumentação, versa sobre o que é

presumidamente admitido pelos ouvintes, sendo o objeto de tal consenso ora o conteúdo das premissas explícitas, ora as ligações particulares utilizadas, ora a forma de servir-se dessas ligações (PERELMAN, 2005, p.73). Dessa feita, o acordo referente às premissas, à sua escolha e à sua apresentação antecede a conclusão, isto é, à tese a que se quer a adesão dos espíritos.

Sendo assim, a grosso modo, na retórica só existem duas categorias: as premissas e a conclusão. Nas premissas estão compreendidos os fatos, as verdades, as presunções, os valores, as hierarquias, os lugares/tópicos, etc. Já a conclusão, apesar da natural variação de conteúdo, será sempre a tese a que se quer provocar ou aumentar em graus ou intensidade a adesão dos espíritos (PERELMAN, 2005).

Não custa lembrar que as premissas passam ainda por dois processos: um de escolha e adaptação com vistas à argumentação; e outro de apresentação e eleição da forma com base em técnicas argumentativas (PERELMAN, 2005).

Resta então saber se o acesso à justiça, em seu sentido lato, no processo retórico/argumentativo, trata-se de uma premissa, e qual delas, ou de uma conclusão.

2.4.2 Alegação de Violação do Acesso à Justiça como Conclusão

Em arrazoados jurídicos, especialmente em questões processuais, costuma-se dizer que tal conduta, regra, ato infralegal, etc, viola o acesso à justiça. Isso também ocorre com o estado democrático de direito, a justiça, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, sobre os quais sempre pesa a alegação de que restaram violados.

Foi visto em outro ponto que o acesso à justiça só pode ser violado elipticamente, pois os postulados não se situam no plano da aplicação, mas num plano superior de critérios e medidas metodológicas.

Logo, a afirmação de que o acesso à justiça ou qualquer outro postulado foi ferido importa, a rigor, a explicitação de uma conclusão. Significa que a aplicação das regras e princípios não se deu em consonância com a tese do orador. Assim, de uma só vez, o orador expõe sua conclusão, ao passo que denota o desacerto da tese contrária.

Não se trata de uma premissa. Alegar a violação do acesso à justiça é já começar pela conclusão. A intenção é induzir o auditório, seja em que momento for, a compartilhar a conclusão do orador e a rejeitar a tese contrária. É dizer se a aplicação do direito foi certa ou errada, correta ou incorreta, justa ou injusta, e, por conseguinte, concluir se a conduta é lícita ou ilícita.

Normalmente se alega a violação do acesso à justiça e, a partir daí, constroem-se as premissas; ou dá-se primazia à construção das premissas, para, ao final, concluir pela violação ao acesso à justiça. É uma mera questão de apresentação e eleição da forma da argumentação.

Sendo assim, a conclusão não é outra senão a de que a alegada violação ao acesso à justiça é a própria conclusão do discurso retórico baseado em regras, princípios e postulados.

3. FUNÇÕES ESSENCIAS À JUSTIÇA: DEFENSORIA PÚBLICA E ADVOCACIA PRIVADA

No capítulo anterior, o esforço foi no sentido de perscrutar a natureza retórica e jurídica do acesso à justiça, verdadeiro marco teórico do presente trabalho. Não se pode, contudo, passar direto ao cerne deste ensaio, qual seja, saber se o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 viola o acesso à justiça, sem analisar primeiro as funções essenciais à justiça envolvidas na questão, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada.

Afinal, a precisa compreensão das funções essenciais à justiça enquanto gênero, e da Defensoria Pública e da Advocacia Privada como espécies, são premissas necessárias à resolução da situação-problema.

Ocorre que examinar as funções essenciais à justiça não é tarefa das mais fáceis. No atual estado da arte, limitam-se os autores a tecer comentários sobre as disposições constitucionais e infraconstitucionais das quatro espécies que compõem o gênero funções essenciais à justiça: Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Advocacia, chamada, a partir de agora, em contraposição à Advocacia Pública, de Advocacia Privada. A situação é repetitiva. No capítulo sobre as funções essenciais à justiça, adentra-se de imediato nos subtópicos relativos a cada função essencial, sem qualquer explanação prévia.

Talvez o equivocado tratamento doutrinário deva-se ao fato do Constituinte não ter se preocupado em definir o significado jurídico das funções essenciais à justiça. Com efeito, o capítulo IV da Constituição – das funções essenciais à justiça – não é seguido de nenhum artigo. Só há preceitos normativos nas subseções, onde já se adentra na regulamentação do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e da Advocacia Privada.

Aí está o problema. Apesar de demonstrar as idiosincrasias legais de cada espécie, não há um tratamento doutrinário ou positivo do gênero. Aliás, há até mesmo uma

dificuldade em se identificar o elemento comum, isto é, o fundamento que levou o Poder Constituinte a tratar instituições tão diversas sob a mesma alcunha.

Ainda que não ditas, existem razões sérias para a existência do gênero funções essenciais à justiça. Basta lembrar que, segundo Alexy (2001, p. 179-181), toda regra, mormente uma disposição constitucional, está amparada por uma cadeia infinita de justificações.

Não se propugna aqui, todavia, tal regresso ao infinito, mas tão somente o desvelamento de justificativas suficientemente claras que permitam compreender exatamente as razões de ser das funções essenciais à justiça.

3.1 FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA COMO CONTRA-PODERES JURIDICAMENTE INSTITUCIONALIZADOS

A consagração constitucional das funções essenciais à justiça é consequência da conformação dos fatores reais de poder na Constituição Federal (LASSALE, 2008). Lembre-se: segundo Lassale (2008), a Constituição não passa de uma folha de papel acaso não represente com absoluta fidelidade os fatores reais e efetivos do poder vigentes em determinado país.

Não obstante o exagero da afirmação em epígrafe – já que as disposições constitucionais são sempre eficazes, havendo apenas variação de grau a depender das limitações impostas pela realidade, o que demonstra a influência recíproca entre a realidade político-social e a normatividade da Constituição (HESSE, 1991) –, a concepção de Lassale conduz à ideia de que uma das tarefas da Constituição é tratar e conformar o poder.

Nas Constituições Modernas, o poder foi concentrado no Estado, que o exerce de modo politicamente institucionalizado por meio das três funções clássicas: Executiva, Legislativa e Judiciária. No entanto, a manifestação do poder não é exclusividade do ente estatal.

À evidência, ao organizar constitucionalmente o Estado e lhe outorgar o monopólio do poder coercitivo, a sociedade confia ao ente criado a persecução dos interesses que, por outro modo, não alcançaria; de outro giro, a sociedade mantém os poderes indispensáveis para continuar a defender seus interesses⁸ (MOREIRA NETO, 1991, p. 34-35).

Dessa feita, no espaço público não estatal desenvolvem-se modalidades espontâneas de poder que se opõem ao poder estatal e buscam influir nas mais diversas espécies de litígios (MOREIRA NETO, 2011, p.12). São os chamados contra-poderes.

Ditos contra-poderes constituem-se em movimentos populares de reivindicação e de protesto contra o próprio Estado, cujo suporte físico são desde os meios de comunicação digital de massa até as tradicionais manifestações públicas presenciais (MOREIRA NETO, 2011, p.12-15).

Se por um lado, a atuação dos contra-poderes demonstra o amadurecimento político-social do povo e a intensificação da cidadania ativa; por outro, exhibe, às vezes, manipulação política partidária, abalos à segurança pública e prejuízos aos usuários de serviços públicos (MOREIRA NETO, 2011, p.15-16).

Quer dizer, apesar de imprescindíveis à sociedade, os contra-poderes constituem um risco à ordem jurídica constitucionalmente instituída, dada a propensão do emprego da força em manifestações públicas de massa de contrariedade, de indignação e de insatisfação, que não raras vezes são acompanhadas de tumultos, agressões, depredações e vítimas, o que fica ainda mais exacerbado quando os movimentos são confrontados com a repressão policial (MOREIRA NETO, 2011, p.12-16).

Ora, se todos os movimentos fossem ordeiros e pacíficos, interesses de diversos segmentos da sociedade seriam ecoados construtivamente, de modo que os protestos seriam extremamente benéficos ao controle popular espontâneo dos atos

⁸ “De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a correção, e de outro, as funções essenciais à justiça e a sociedade, cuidam da fiscalização e da provocação” (FIGUEIREDO, 1992, p. 85).

estatais (MOREIRA NETO, 2011, p.13). Praticamente não existiriam pontos negativos. Contudo, assim não é a realidade.

Por isso, os Estados consideram “atentamente a necessidade de instituir maior contenção preventiva e pacífica desses fenômenos, visando a reduzir seu potencial de riscos de agressão e desordem [...]” (MOREIRA NETO, 2011, p.16).

Assim, para mitigar os riscos proporcionados pelos contra-poderes à ordem jurídica constitucional, bem como à paz e às liberdades públicas, tais manifestações passaram a ser submetidas, filtradas e reguladas pelos canais do Direito (MOREIRA NETO, 2011, p.12-13). Pela precisão do raciocínio, confirmam-se os dizeres de Moreira Neto sobre a institucionalização dos contra-poderes (2011, p. 16):

Cabe-lhes, portanto, diante dessas novas manifestações de contra-poderes, o dever de canalizá-las institucionalmente no que há de positivo e de saudável nessas forças sociais, para que passem a atuar construtivamente para a manutenção da paz social e para o exercício das liberdades democráticas, sempre prestigiando as legítimas manifestações da cidadania, com soluções que, sem sufocar-lhes a espontaneidade criativa, mas, necessariamente, minimizando e, se possível, eliminando os aspectos negativos, que possam trazer riscos à ordem jurídica.

Trata-se de um verdadeiro aprimoramento do controle do poder pelo Direito. A propósito, é da própria função do Direito disciplinar situações de conflito, a fim de gerar previsibilidade e segurança. Não seria diferente a atuação jurídica na escalada dos contra-poderes (MOREIRA NETO, 2011, p.16).

Traçado esse panorama, observa-se que, no tradicional modelo de tripartição dos poderes, a solução estatal para os movimentos de contra-poder adstringia-se à pura e simples repressão, ao passo que os atuais modelos constitucionais, como o brasileiro, consagram funções de intermediação cometidas a instituições que atuam com o status de expressões alternativas e apartidárias dos mais diversos interesses dos segmentos societários, quer os canalizando, quer os exercitando (MOREIRA NETO, 2011, p.16-17). Nessa senda (MOREIRA NETO, 2011, p.17-18):

A intermediação cidadã, expressada na forma de contra-poderes institucionalizados, é adequada resposta aos riscos oferecidos por uma atuação incontida e desabrida de contra-poderes sociais em estado bruto, pois promove sua canalização e filtragem jurídica, de modo a que interesses e reivindicações da sociedade possam, com segurança, ingressar e atuar permanentemente no sistema juspolítico sob a forma de contra-poderes estatais juridicamente organizados.

A tarefa precípua dos contra-poderes institucionalizados, portanto, é provocar os três poderes estatais tradicionais, com o intuito de zelar, controlar, promover e defender os interesses da sociedade (MOREIRA NETO, 2011, p.18).

Por serem neutros do ponto de vista político-partidário, os contra-poderes institucionalizados atuam no espaço deixado pela crise do modelo de representação democrática. Sem tempo e condições técnicas para discutir as questões relevantes, e cada vez mais preocupadas com o jogo político, isto é, com a disputa pelo poder em si, os representantes deixaram de aferir e definir a paleta de valores das sociedades (MOREIRA NETO, 2011, p.19-21).

Daí porque os Estados começaram a confiar a órgãos constitucionalmente independentes e administrativamente autônomos, sem qualquer ingerência ou interferência no plano político-partidário, o desempenho das funções voltadas ao atendimento do interesse público primário, de modo a ampliar a justiça por meio do controle e intermediação junto aos tradicionais três poderes (MOREIRA NETO, 2011, p.21/22).

Atribui-se, assim, aos agentes exercentes das funções estatais neutras – legitimados pelo mérito em seu acesso, assim como pelo exercício político partidariamente isento de suas funções –, a tarefa de atender ao interesse direto da sociedade pela zeladoria, controle e promoção da justiça perante os poderes tradicionais, suprimindo, por conseqüência, as deficiências no atendimento dos legítimos interesses da sociedade nos Estados modernos (MOREIRA NETO, 2011, p. 23).

Em suma, no atual estágio de desenvolvimento, existem funções sociais neutras que atuam como contra-poderes constitucionalmente institucionalizados, no desempenho de funções de zeladoria, controle, promoção e defesa da justiça, valendo-se, para tanto, de órgãos com independência funcional na estrutura do Estado (MOREIRA NETO, 2011, p.24). Eis a lição de Moreira Neto (2011, p.25) sobre o assunto:

A peculiaridade desses órgãos está em sua natureza híbrida, por serem, simultaneamente, representativos da sociedade, porém investidos de poder estatal independente, condição necessária para exercerem com liberdade

técnica e ética as exigidas funções de vigilância, controle, promoção e defesa referidas à toda gama de interesses protegidos pela ordem jurídica – individuais ou coletivos, particulares ou estatais – atuando articuladamente com os demais órgãos e funções tradicionais entre si.

É nesse quadro que se situam as funções essenciais à justiça.

3.2 FUNÇÕES ESSENCIAIS E ACESSO À JUSTIÇA

Resumindo o quanto já adiantado, pode-se afirmar que as funções essenciais à justiça consistem em funções neutras constitucionalmente independentes e definidas como essenciais à justiça, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, que atuam sobretudo frente ao Poder Judiciário (MOREIRA NETO, 2011, p.27).

No caso específico das funções essenciais à justiça, restou reservado o poder de provocar a atuação do subsistema jurídico de controle de legalidade do Estado, por meio de funções técnico-jurídicas preventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial (MOREIRA NETO, 1991, p. 35). Aí está o nascedouro das funções essenciais à justiça, que:

[...] se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais (FIGUEIREDO, 1992, p. 88).

A consultoria jurídica busca evitar o surgimento ou a permanência da agressão à ordem jurídica, seja ela comissiva ou omissiva, na seara pública ou privada; já a representação judicial destina-se a suscitar a atuação do Judiciário para a correção ou a inibição da ilicitude (FIGUEIREDO, 1992, p. 88).

No tocante à capacidade postulatória, tendo em vista que o Poder Judiciário não possui funções de consultoria nem tampouco legitimação para agir de ofício na resolução de qualquer tipo de controle de legalidade, cabe às funções essenciais à justiça a tarefa de movimentar o Judiciário (MOREIRA NETO, 1991, p. 36).

Conforme lição de Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; COELHO; BRANCO, p. 1.139), dado o princípio da inércia da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o Poder Judiciário só se desincumbe de sua função constitucional mediante provocação de sujeitos estranhos a sua estrutura. Ou seja, a porta de entrada do Judiciário está condicionada, de modo geral, à atuação das funções essenciais à justiça, entes e pessoas a quem a Constituição deferiu, especialmente, capacidade postulatória.

A bem da verdade, não haveria qualquer sentido em se estabelecer um Poder Judiciário inerte, a fim de assegurar sua imparcialidade, e não instituir entes/agentes capazes de movimentar o judiciário por meio do direito de ação⁹. Com efeito, fixar em um único órgão as figuras do acusador/solicitador retira a possibilidade de um julgamento imparcial (SILVA NETO, 2006, p. 448).

Mas a responsabilidade das funções essenciais à justiça não está adstrita à porta de entrada do Judiciário ou à consultoria jurídica. Defensoria Pública, Advocacia Pública, Ministério Público e Advocacia Privada são também responsáveis pela porta de saída do Judiciário. É que as funções essenciais à justiça configuram um meio de participação de todas as esferas da sociedade no processo judicial com vistas à realização da justiça propriamente dita, de modo que o escopo primário é a observância de critérios de justiça nas relações interpessoais travadas judicialmente ou extrajudicialmente (ALVES; PEREIRA FILHO, 2014, p. 58). Prova disso é o mister de cada uma das funções essenciais à justiça.

De acordo com o artigo 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa”, em síntese, dos necessitados.

⁹ Não se trata as funções essenciais à justiça de um quarto poder atuante face ao três poderes estatais, sobretudo o Poder Judiciário. Na realidade, as funções essenciais à justiça, como o nome indica, são um conjunto de funções indispensáveis ao desempenho normal, legal e legítimo dos demais poderes, mormente o Judiciário (MOREIRA NETO, 1991, p. 36)

Já o advogado é “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal.

O Ministério Público, por seu turno, segundo o artigo 127 da Constituição Federal, é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

As expressões constantes no escopo de cada função essencial à justiça, como regime democrático, essencial à função jurisdicional, indispensável à administração da justiça, defesa da ordem jurídica trazem consigo a ideia de garantir a justiça das decisões do Poder Judiciária.

Na advocacia pública, a ideia de garantir a justiça das decisões judiciais, embora mais remota, também se faz presente. Com efeito, os artigos 131 e 132 da Constituição Federal consagram tão somente a advocacia pública como a responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento, bem como representação judicial, dos entes federados.

Não se pode esquecer, porém, que o interesse primário da administração dos entes federados é atender os anseios sociais da coletividade, de modo que, apenas de forma secundária, como verdadeiro meio, surge o interesse patrimonial da administração (MELLO, 2008, p. 65-66). Portanto, o labor do advogado público serve para orientar a administração acerca dos meios jurídicos idôneos à persecução do interesse primário, seja na representação judicial ou na consultoria jurídica.

Como todas servem como instrumento do acesso à justiça, seja no tocante à porta de entrada ou de saída, o fator distintivo das funções essenciais à justiça encontra-se nos interesses tutelados por cada uma.

Nessa esteira, a advocacia privada defende interesses individuais, coletivos e difusos das pessoas e entes integrantes da sociedade civil, isto é, interesses igualmente privados; o Ministério Público defende interesses individuais, coletivos e difusos indisponíveis, indicados em lei, bem como interesses sociais; a Defensoria

Pública defende interesses individuais, coletivos e difusos daqueles que a lei reconhece como necessitados e; a Advocacia Pública defende os interesses acometidos aos entes públicos em que se desdobra internamente o Estado, os interesses públicos (MOREIRA NETO, 1991, p. 36 e 38).

3.3 DA NECESSÁRIA INDEPENDÊNCIA DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

À evidência, os membros da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e do Ministério Público possuem o status de servidor/funcionário público (MOREIRA NETO, 1991, p. 36 e 38), porquanto seus agentes são investidos em cargos especiais, embora não relacionados a nenhum dos três Poderes do Estado (FIGUEIREDO, 1992, p. 91).

De outro giro, a Advocacia Privada é exercida por profissionais de direito sem qualquer vínculo com o ente estatal (MOREIRA NETO, 1991, p. 36 e 38), desde que devidamente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (FIGUEIREDO, 1992, p. 91).

Independente da vinculação ao Estado, as funções essenciais à justiça, por buscarem a concretização no acesso à justiça nas mais diversas perspectivas, não podem sofrer limitações ou ingerências de quaisquer órgãos entidades. Em outras palavras, é indispensável a autonomia/independência das funções essenciais à justiça para o exercício de suas atribuições.

Daí porque órgãos vinculados ao Legislativo, Judiciário, e Executivo não podem interferir na atuação Advocacia Pública, da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Advocacia Privada. Mas não é só. Eventual ingerência de uma função essencial à justiça também não é tolerável, pois retira da entidade a possibilidade de perseguir os interesses que lhe foram confiados tendo em vista apenas a justiça. Tudo isso significa que a independência das funções essenciais à justiça (MOREIRA NETO, 2011, p. 28):

[...] não pode ser limitada no seu exercício, a cargo dos respectivos agentes – enquanto órgãos do Estado – por nenhum ato normativo, legislativo ou administrativo, de qualquer esfera federativa, pois se tal limitação pudesse ser imposta, em última análise se refletiria restritivamente sobre o seu múnus constitucional da sustentação da justiça e resultaria em eventual prejuízo do específico interesse apresentado a qualquer dos órgãos decisórios do Estado.

Decerto, a independência confiada às funções essenciais à justiça serve para que seus membros atuem apenas segundo sua consciência, ou seja, sem submissão hierárquica a qualquer outro ente, a não ser aquela de caráter eventual e burocrático, de tal sorte que eventual coação sofrida rompe o equilíbrio e a harmonia entre as partes envolvidas na busca da justiça, prejudicando ainda o caráter dialógico do acesso à justiça (MOREIRA NETO, 2011, p. 29-30).

Devidamente tratadas as questões sobre o gênero funções essenciais à justiça, passa-se agora às espécies que interessam ao presente trabalho, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada, cuja análise terá maior foco nas normas constitucionais e infraconstitucionais que as regem.

3.4 DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 preconiza em seu artigo 134:

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

Portanto, é lícito afirmar que a Defensoria Pública é o órgão eleito pela Constituição Federal para resguardar e promover autonomamente os princípios e valores constitucionais sempre que houver, em concreto, violação aos direitos e interesses do indivíduo carente (SANTOS JÚNIOR, 2013)

Sem a pretensão de exaurir as lições relativas à Defensoria Pública, seguem nos próximos itens as premissas necessárias à resolução da situação-problema apresentada neste trabalho.

Para tanto, a evolução histórico-normativa, a organização, autonomia e princípios institucionais da Defensoria Pública, bem como a garantia da inamovibilidade e a vedação ao exercício da advocacia privada pelos Defensores Públicos serão analisados, especialmente sobre o prisma constitucional.

3.4.1 Evolução Histórico-Normativa

A primeira Constituição brasileira a tratar da assistência judiciária foi a de 1934. Com efeito, havia determinação de que a União e os Estados concedessem assistência judiciária, bem como criassem, para cumprimento desse mister, órgãos especiais, assegurando ainda a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos (RUGGERI RÉ, 2013, p. 30). No entanto, a Constituição outorgada de 1937 foi completamente omissa sobre o tema (RUGGERI RÉ, 2013, p. 31).

Com o retorno do regime democrático, a Constituição de 1946, em seu artigo 141, parágrafo 35, disse que o Poder Público, na forma da lei, devia estabelecer e conceder assistência judiciária gratuita, preferencialmente pelo modelo estatal de prestação (RUGGERI RÉ, 2013, p. 31). Para efetuar a regulamentação de tal dispositivo, entrou em vigor a Lei 1.060/50, que se encontra até hoje recepcionada em termos (RUGGERI RÉ, 2013, p. 32).

A Constituição Militar de 1967, ao contrário do ocorrido no último regime autoritário, dispunha em seu artigo 150, §3º, que “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da Lei”. Todavia, tal preceito não passava de típico elemento de uma constituição simbólica. Em um governo repressor, a assistência jurídica, instrumento de cidadania e democracia, nunca seria efetivamente concedida, na medida em que depende das próprias estruturas públicas para ser implementada (RUGGERI RÉ, 2013, p. 31).

Nota-se, pois, que, antes da promulgação do texto original da Constituição Federal de 1988, não havia no ordenamento jurídico brasileiro instituição similar à Defensoria Pública. Primeiro, porque a Defensoria Pública foi criada pela Carta de 1988 para prestar assistência jurídica aos necessitados, e não judiciária. Segundo, pois, foi determinado o ingresso na carreira por concurso, garantida a inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições.

Mas a evolução normativa não para por aí. A Emenda Constitucional 19/1998 fixou que os Defensores receberiam remuneração na forma de subsídios. A Emenda Constitucional 45/2004, de seu turno, assegurou autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais. Há ainda a Emenda Constitucional 70/2014, que estendeu a disposição da Emenda 45/2004 às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

A mais recente das emendas, a Emenda Constitucional 80/2014, instituiu várias mudanças: elencou como princípios constitucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência Funcional; atribuiu autonomia financeira à Defensoria, nos moldes previstos pela Constituição para o Supremo Tribunal Federal; esclareceu que a Defensoria é expressão e instrumento do regime democrático, a quem incumbe “[...] 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 [...]”.

A Emenda Constitucional 80/2014 acabou também com a bizantina discussão sobre o número de funções essenciais à justiça. Com base no argumento topográfico, alegava-se que Defensoria Pública e Advocacia, por se encontrarem ambas dispostas na Seção III do Capítulo IV, fariam parte da mesma espécie, não obstante a total disparidade entre os regramentos de cada uma. Com a publicação e vigência da Emenda Constitucional número 80/2014, não é mais possível tal arguição, uma vez que o Capítulo IV agora conta com quatro Seções, cada uma dedicada a uma função essencial à justiça.

No campo infraconstitucional, após a Constituição de 1988, restou editada a Lei Complementar 80/1994, que organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito

Federal e dos Territórios e prescreveu normas gerais para sua organização nos Estados, dando outras providências.

De ressaltar a alteração promovida na Lei Complementar 80/1994 pela Lei Complementar 132/2009, trazendo ao Estatuto da Defensoria diversas inovações dignas de nota.

Em primeiro lugar, o novel diploma ampliou as atribuições da Defensoria Pública, prevendo a tutela dos direitos coletivos, bem como o dever da instituição promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico¹⁰.

Além disso, a Lei Complementar 132/2009 consignou que a capacidade postulatória do Defensor decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, sendo o exercício do cargo comprovado mediante mera apresentação de carteira profissional¹¹.

Por fim, e não menos importante, criou-se – ao lado da Corregedoria-Geral da Defensoria Pública, órgão responsável pela fiscalização da atividade funcional e da conduta dos membros e servidores da instituição –, a Ouvidoria-Geral, órgão auxiliar cuja finalidade é promover a qualidade dos serviços prestados pela instituição.

¹⁰ Com tal inovação legislativa, a Defensoria Pública passou a ser também responsável pela educação em direitos, mecanismo de acesso à justiça que se apresenta “como um dos potenciais meios de transformação da realidade social à medida que visa a garantir melhor exercício da cidadania, mormente em prol dos materialmente hipossuficientes” (NASCIMENTO, 2014, p. 1.052). Quer dizer, além de ter por escopo a resolução do problema socioeconômico do acesso à justiça, a Defensoria Pública passou, após a mudança legislativa, a ter como missão reduzir os problemas também educacionais.

¹¹ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.

3.4.2 Organização da Defensoria Pública

Do ponto de vista organizacional interno, a Defensoria Pública divide-se em: Defensoria Pública da União, Defensorias Públicas dos Estados e Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios.

À Defensoria Pública da União compete, em síntese, a prestação de assistência jurídica aos necessitados junto ao poder Judiciário da União em todas suas instâncias –, o que compreende Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar e Justiça Eleitoral –, bem como junto à Administração Pública Federal direta e indireta (RUGGERI RÉ, 2013, p. 158).

Já às Defensorias Públicas dos Estados compete “atuar perante o Poder Judiciário dos respectivos Estados e das Instâncias Extraordinárias do Poder Judiciário Federal Comum (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal)” (RUGGERI RÉ, 2013, p. 169), devendo “seus regimes jurídicos seguir as regras da legislação nacional e as leis orgânicas estaduais específicas, sem prejuízo das regras contidas nas constituições locais” (RUGGERI RÉ, 2013, p. 170).

Quanto à Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, por força da Emenda Constitucional número 69/2012, aplicam-se os mesmos princípios que regem as Defensorias Públicas dos Estados.

No plano externo, a Defensoria Pública é órgão independente e autônomo que integra a estrutura do Poder Executivo, mas não está a ele vinculado, na medida em que possui governo e administração próprios (RUGGERI RÉ, 2013, p. 170). Com efeito, a Defensoria é considerada independente, pois está colocada no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, a fim de que seus membros exerçam pessoalmente funções quase-judiciais outorgadas diretamente pela Constituição (RUGGERI RÉ, 2013, p. 128-129).

Conseqüentemente, os Defensores públicos são considerados agentes políticos, porquanto atuam com independência funcional, cujo único parâmetro é a defesa efetiva dos interesses dos necessitados (RUGGERI RÉ, 2013, p. 131).

É indispensável, porém, saber no que consiste a autonomia e independência atribuídas à Defensoria Públicas e seus respectivos membros.

3.4.3 Autonomia Institucional

O artigo 134, §2º e §3º, da Constituição Federal estabelece que à Defensoria Pública da União, às Defensorias Públicas dos Estados e à Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

De modo geral, a autonomia é a capacidade que a Defensoria Pública “[...] tem de autogestão, estando apenas vinculada ao cumprimento da Constituição e das Leis, mas desobrigada a cumprir ordens ou recomendações outros órgãos ou Poderes” (SANTOS JÚNIOR, 2013). No entanto, se extrai da norma constitucional que a autonomia institucional da Defensoria Pública é de três ordens: administrativa, funcional e orçamentária.

A autonomia administrativa consiste na autogestão, ou seja, na faculdade de aplicação direta das receitas da Defensoria Pública na contratação de serviços e na gestão de pessoal (RUGGERI RÉ, 2013, p. 113). É a instituição quem elege os meios necessários à consecução dos seus fins, sem qualquer interferência externa na condução dos assuntos *interna corporis*, de modo que está excluída toda possibilidade de subordinação, hierarquização ou submissão a outro ente.

A autonomia funcional, de seu turno, significa que é a própria Defensoria Pública que define internamente as rotinas de trabalho de seus membros, bem como a forma que a assistência jurídica será prestada, de tal sorte que é defeso a qualquer instituição pretender indicar ou determinar como a Defensoria Pública cumprirá seu mister (RUGGERI RÉ, 2013, p. 119-120).

Em arremate, a autonomia financeira permite à Defensoria Pública apresentar sua proposta orçamentária, de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, ressalvando-se que o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, como ocorre com o Poder Judiciário e com o Ministério Público (RUGGERI RÉ, 2013, p. 124).

Mas não é só. A partir da vigência da Emenda Constitucional 80/94, a Defensoria Pública passou a ter iniciativa legislativa privativa para projetos relacionados à definição de sua organização, número de membros, cargos e remunerações, nos termos do artigo 96, inciso II, da Constituição Federal¹², representando um grande avanço no tocante à autonomia orçamentária.

3.4.4 Princípios Institucionais

Antes previstos somente na Lei Complementar 80/94, os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, com o advento da Emenda Constitucional 80/2014, passaram a ter status de norma Constitucional.

A Emenda veio para reparar equívoco do Constituinte. É que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público já se encontrava albergado por tais princípios, omitindo-se o legislador constitucional, contudo, sobre a situação da Defensoria Pública.

¹² Art. 96. Compete privativamente:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Sem haver razões para distinções entre as duas funções essenciais à justiça, a não ser o tipo de interesse tutelado, a Emenda Constitucional veio sanar omissão histórica em boa hora.

Dito isso, impende frisar que as garantias da unidade, indivisibilidade e independência funcional possuem o mesmo conteúdo normativo tanto para a Defensoria Pública quanto para o Ministério Público.

A unidade significa que os membros da Defensoria Pública estão organizados em um único órgão, a Defensoria Pública, e submetidos à chefia também única e exclusiva do Defensor Público Geral (SILVA NETO, 2006, p. 449). Dessa feita, os órgãos que integram a Defensoria Pública formam um todo orgânico, onde não existem divisões de setores e chefias inerentes à Administração Pública, de modo que a atuação não é do Defensor Público, mas da instituição na condição de figura despersonalizada (SANTOS JÚNIOR, 2013).

Todavia, a unidade deve ser compreendida em termos, já que no âmbito estadual e distrital os chefes da instituição são os Defensores Públicos Gerais do Estado e o Defensor Público Geral do Distrito Federal e dos Territórios (SILVA NETO, 2006, p. 449).

A indivisibilidade, de seu turno, permite a substituição de membros da Defensoria Pública nas hipóteses legais sem que haja prejuízo à atuação do todo organizacional, impedindo a solução de continuidade em casos de férias, licenças etc dos integrantes da instituição (SILVA NETO, 2006, p. 449-450). Com efeito, em função da indivisibilidade, não se pode, sem que haja hipótese excepcional para tanto, exercer, delegar ou avocar qualquer função de Defensor Público sem seu consentimento (SANTOS JÚNIOR, 2013).

Em arremate, a independência funcional indica a autonomia de convicção dos membros da Defensoria Pública, os quais devem agir, na persecução dos interesses dos necessitados, de acordo com os ditames de consciência de cada um, razão pela qual a hierarquia é estritamente funcional, porquanto possua exclusivamente o escopo de viabilizar a organicidade administrativa (SILVA NETO, 2006, p. 450). Entretanto, “[...] os motivos e as convicções pessoais não podem prevalecer face ao

dever maior de defesa dos interesses legais e legítimos do usuário dos serviços da Defensoria Pública” (RUGGERI RÉ, 2013, p. 147). É preciso ter em mente que, não obstante a independência funcional, os Defensores Públicos devem obediência à Constituição e às leis (SANTOS JÚNIOR, 2013).

Além dos três princípios institucionais alçados ao status de norma constitucional, há ainda garantias e proibições destinadas aos Defensores Públicos complementando o quadro básico da função essencial à justiça ora em análise.

3.4.5 Garantias e Vedação

A Constituição Federal garantiu ao Defensor Público no artigo 134, § 1º a inamovibilidade, mediante a qual o integrante da instituição está livre de sofrer remoções arbitrárias durante o exercício da atividade – ressalvado o caso de falta disciplinar apurada em processo administrativo exigir a aplicação da penalidade de remoção compulsória –, acautelando, assim, o direito do necessitado ser assistido pelo órgão natural¹³, de forma impessoal e livre de designações *ad doc* (RUGGERI RÉ, 2013, p. 152).

Ao lado da garantia da inamovibilidade, está prevista constitucionalmente, por meio de interpretação sistemática dos artigos 139 e 135, §4º, a irredutibilidade dos subsídios dos Defensores Públicos, permitindo, assim, uma atuação livre de ameaças políticas que interfiram em sua remuneração.

Em compensação, o artigo 134, §1º, da Constituição Federal proibiu os Defensores Públicos de exercerem advocacia privada, dispondo ser “[...] vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”.

¹³ Registre-se que o artigo 4º-A, inciso IV, da Lei Complementar 80/94 dispõe ser direitos dos assistidos da Defensoria Pública o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural. Com isso, a lei estatuiu uma verdadeira simetria entre os princípios do Juiz, Promotor e Defensor Natural.

Registre-se que a redação do artigo 134, § 1º, da Constituição Federal, *data venia*, não é das mais felizes. Ao afirmar que é vedado ao Defensor Público o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, o Constituinte induz ao equívoco de que o Defensor Público também é advogado.

Não é bem assim. Como já visto, todos os integrantes das funções essenciais à justiça exercem atividades técnico-jurídicas preventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial, sendo o fator distintivo de cada função o interesse perseguido.

Portanto, a correta interpretação do artigo 134, §1º, da Constituição Federal é de que o Defensor Público não pode exercer advocacia privada, não havendo que se considerar o membro da Defensoria Pública advogado, até porque as funções essenciais à justiça constituem o gênero a que pertencem tanto Defensoria quanto Advocacia.

3.5 ADVOCACIA PRIVADA

A palavra advogado origem no latim “advocatus”, palavra composta por “ad”, que se entende por “para junto”, e por “vocatus”, que se traduz por “chamado” (SOLLBERG, 2009). Isto é, do ponto de vista etimológico advogado significa aquele chamado para estar junto.

Conforme já visto, todas as funções essenciais à justiça, ao exercerem funções técnico-jurídicas preventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial, são chamadas para estar junto de determinadas pessoas/interesses. Assim, o conceito de funções essenciais à justiça acaba se confundindo com o etimológico da palavra advogado.

Isso, porém, não significa confusão jurídica. Com efeito, à advocacia privada cabe a defesa de interesses individuais, coletivos e difusos das pessoas e entes integrantes da sociedade civil, isto é, interesses igualmente privados. Esse é o âmbito da

atuação da advocacia privada, o qual não possui nenhuma interseção com as demais funções essenciais à justiça.

Na esteira da defesa desses interesses, o artigo 133 da Constituição Federal preconizou que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, para ser mais preciso, limites impostos pela Lei 8.906/94, também chamada de Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Nota-se, de logo, que a Constituição Federal atribuiu dois caracteres à advocacia privada: a indispensabilidade e a inviolabilidade.

3.5.1 Indispensabilidade

O artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil ratifica que o advogado privado é indispensável à administração da justiça¹⁴. Dita indispensabilidade possui dois sentidos.

Em primeiro lugar, significa que a advocacia privada, assim como todas as funções essenciais à justiça configuram um meio de participação de todas esferas da sociedade no processo judicial com vistas à realização da justiça propriamente dita, de modo que seu escopo primário é a observância de critérios de justiça nas relações interpessoais travadas judicialmente ou extrajudicialmente.

Em segundo lugar, a indispensabilidade deve ser entendida como a imposição de que a postulação e a assessoria são atos privativos da advocacia privada quando da defesa dos interesses por ela perquiridos. Nessa linha de inteligência, o artigo 1º da Lei 8.906 dispõe que são atividades privativas da advocacia as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, bem como a postulação a órgão do Poder

¹⁴ Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

Judiciário e aos juizados especiais, ressalvada a impetração de *habeas corpus*¹⁵. Registre-se, porém, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127¹⁶, o Supremo Tribunal Federal considerou que o advogado privado não é indispensável a toda e qualquer postulação, tendo por constitucionais as regras de permitem à parte pedir e se defender nos juizados especiais, na justiça do trabalho e na justiça de paz independentemente de advogado.

¹⁵ Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

¹⁶ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO "JUIZADOS ESPECIAIS", EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais. II - A imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público. III - A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional. IV - A presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma. V - A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público. VI - A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado. VII - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. VIII - A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. IX - O múnus constitucional exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável. X - O controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da Administração forense. XI - A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição. XII - A requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo. XIII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

3.5.2 Inviolabilidade

O artigo 2º, §3º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil reitera a previsão constitucional de que o advogado privado, no exercício da profissão, é inviolável por seus atos e manifestações¹⁷. Com efeito, “[...] ao dizer que o advogado é inviolável, a Constituição Federal quis tornar impraticável qualquer punição que se lhe queira impor quando o mesmo esteja no exercício da profissão” (ARAUJO, 2006).

Por via de consequência, qualquer manifestação do advogado privado, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, não constitui injúria nem difamação puníveis, sendo ainda invioláveis o escritório ou local de trabalho do advogado, bem como seus instrumentos de trabalho, sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia¹⁸.

Quanto ao desacato, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.127 assentou o entendimento de que, não obstante a injúria e a difamação praticadas no exercício da advocacia privada não sejam puníveis, o advogado pode ser processado por violar a honra de funcionário público.

¹⁷ § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

¹⁸ Art. 7º São direitos do advogado:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

3.5.3 Múnus Público

A advocacia privada configura ministério igualmente privado, mas de interesse público e relevante função social, ou seja, *munus publico* visando ao aperfeiçoamento do sistema jurídico com lealdade e independência na reparação das injustiças, prestado em troca de remuneração econômica, haja vista o caráter econômico/comercial da atividade (ROLLO, 2003, p. 28).

Nesse sentido, dispõe o artigo 2º, §1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. Natural que assim o seja, pois “[...] quanto maior a importância de uma atividade profissional, maior será a responsabilidade e o dever de conduta funcional de seus atuantes” (SEBASTIÃO, 1998, p. 13).

Desse modo, não se pode dissociar advocacia privada enquanto atividade profissional de sua função social obrigatória, não obstante permaneça como ministério privado (SEBASTIÃO, 1998, p. 14).

Diante desse contexto, o principal desafio da advocacia privada é (ROLLO, 2003, p. 29):

[...] é impedir que a profissão se mercantilize e abandone os altos objetivos e padrões éticos que deve estar revestida, para tornar-se mera prestação de serviços remunerada, desvinculada de outros interesses. O digno exercício da advocacia não se compadece com a possibilidade de que essa atividade se afaste dos nobres ideais que devem presidi-la, bem como de sua relevância social e político-institucional.

Logo, é preciso conciliar o intuito de lucro da atividade profissional com o *munus publico* carregado pela profissão. Para tanto, a Lei 8.906/94 impõe limites éticos à atuação do advogado privado na forma de infrações disciplinares.

3.5.4 Regime Ético Disciplinar

De acordo com o artigo 31 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, “o advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia”.

A fim de cumprir dito mister, o advogado privado deve cumprir seus deveres para com a comunidade, com o cliente, com os colegas de profissão, respeitando ainda as normas relativas à publicidade da atividade, à recusa do patrocínio, ao dever de assistência jurídica e ao dever geral de urbanidade, conforme consagrado no artigo 33 do diploma em questão¹⁹.

Nessa esteira, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil descreve em seu, título I, capítulo IX, as infrações passíveis de punição, bem como as respectivas sanções disciplinares, tudo no intuito de manter a profissão atrelada aos ideais que a forjaram, distanciando-a da comum prestação de serviços remunerada (ROLLO, 2003, p. 29). No artigo 34 da Lei 8.906/94 estão prescritas as infrações disciplinares²⁰. Tal dispositivo proíbe o advogado privado de: a) exercer a profissão

¹⁹ Apesar do Código de Ética e Disciplina complementar a regulação ético-disciplinar prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o presente trabalho não o examinará. Com efeito, as previsões constantes na Lei 8.906/94 permitem a exata compreensão dos deveres éticos do advogado privado.

²⁰ Art. 34. Constitui infração disciplinar:

- I - exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;
- II - manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei;
- III - valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber;
- IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;
- V - assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado;
- VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;
- VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;
- VIII - estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário;
- IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio;
- X - acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione;
- XI - abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia;

sem o atendimento dos requisitos legais, como inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e pagamento de anuidade; b) violar os deveres de lealdade e sigilo profissional para com cliente; c) agir de má-fé ou de forma temerária durante o exercício da profissão, seja judicial ou extrajudicialmente; d) romper com o decoro necessário à profissão; e) angariar ou captar causas, com ou sem a participação de terceiros; f) fazer publicidade/propaganda dos serviços prestados de forma direta ou indireta.

Caso haja a prática das aludidas infrações, nos termos do artigo 35 da Lei 8.906/94, aplicam-se, a depender da hipótese, as sanções de censura, suspensão – que acarreta a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional –, multa, ou até mesmo de exclusão do advogado privado do quadro da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na apuração das infrações e na aplicação das multas, respeita-se, como não poderia deixar de ser, o devido processo legal, pois o título III do Estatuto da Ordem

XII - recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública;

XIII - fazer publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas a causas pendentes;

XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa;

XV - fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime;

XVI - deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou de autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado;

XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;

XVIII - solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta;

XIX - receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte;

XX - locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa;

XXI - recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;

XXII - reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança;

XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo;

XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;

XXV - manter conduta incompatível com a advocacia;

XXVI - fazer falsa prova de qualquer dos requisitos para inscrição na OAB;

XXVII - tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia;

XXVIII - praticar crime infamante;

XXIX - praticar, o estagiário, ato excedente de sua habilitação.

dos Advogados do Brasil impõe a obediência a um procedimento administrativo preestabelecido, e o princípio do julgador natural, porquanto os casos serão julgados pelo Tribunal de Ética e Disciplina de cada Conselho Seccional.

3.5.5 Requisitos Para Exercício

Consoante o artigo 3º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”. Em complementação, o §1º do artigo em questão dispõe:

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Ocorre que, para inscrição como advogado, nos termos do artigo 8º da Lei 8.906/94, é preciso: capacidade civil; diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; aprovação em Exame de Ordem; não exercer atividade incompatível com a advocacia; idoneidade moral; prestar compromisso perante o conselho.

De outro giro, o artigo 11 do diploma legal em análise preconiza o cancelamento da inscrição do advogado que: assim o requerer; sofrer penalidade de exclusão; falecer; passar a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia; perder qualquer um dos requisitos necessários para inscrição.

Não custa lembrar que, se o advogado deixar reiteradamente de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à Ordem dos Advogados do Brasil, depois de regularmente notificado a fazê-lo, poderá, nos termos dos artigos

35 e 36 da Lei 8.906/94²¹, sofrer penalidade de expulsão, o que implicará o cancelamento de sua inscrição.

3.5.6 Ordem dos Advogados do Brasil

A Constituição Federal em diversos artigos faz referência à Ordem dos Advogados do Brasil. Primeiro, lhe confere legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade nos termos do artigo 103.

Depois, estabelece, consoante os artigos 103-B e 130-A, que dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem irão compor o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, frisando ainda que o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará nos mencionados conselhos.

Por fim, a Carta Magna reza nos artigos 129, §3º e 132 que a Ordem dos Advogados do Brasil participará de todas as fases do concurso de provas e títulos para ingresso nas carreiras de Procuradores do Estado e do Distrito Federal e do Ministério Público.

Observa-se, pois, que a Constituição Federal, apesar de se referir expressamente à Ordem dos Advogados do Brasil, atribuindo-lhe importantíssimas funções, não define sua natureza nem finalidade.

²¹Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34;

II - reincidência em infração disciplinar.

Art. 38. A exclusão é aplicável nos casos de:

I - aplicação, por três vezes, de suspensão;

II - infrações definidas nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34.

Quanto à finalidade, o artigo 44 da Lei 8.906/94 afirma que a Ordem dos Advogados do Brasil é um serviço público desvinculado dos órgãos da administração pública do ponto de vista hierárquico e funcional, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, cujas finalidades são defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, bem como promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

No tocante à natureza, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3026 chegou à conclusão de que a Ordem dos Advogados do Brasil é uma entidade prestadora de serviço público independente, que não se vincula à administração direta ou indireta. Pela precisão, confira-se a ementa do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3026:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. [...] 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência,

não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. (ADI 3026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093)

Em síntese, a Ordem dos Advogados do Brasil serve para tutelar o desenvolvimento da advocacia privada mediante: a) a seleção/inscrição dos interessados no exercício da profissão; b) a defesa das prerrogativas que permitem a atuação profissional livre e independente; c) a imposição da disciplina ética (ROLLO, 2003, p. 20).

4 APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL AOS DEFENSORES PÚBLICOS E VIOLAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O primeiro capítulo desta dissertação fixou a premissa de que o acesso à justiça possui natureza jurídica de postulado e, por via de consequência, natureza retórica de conclusão do discurso. Já no segundo capítulo, compreendeu-se o gênero funções essenciais à justiça, bem como duas de suas espécies, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada.

Dando sequência às demonstrações, busca-se agora solver a situação-problema ensejadora da pesquisa, qual seja, saber se o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 viola o acesso à justiça, ao dispor que o Defensor Público, por exercer atividade de advocacia, deve estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), bem como submetido ao regime jurídico previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive no que toca ao regime ético-disciplinar.

Ora, se o acesso à justiça é um postulado e sua eventual violação é a conclusão do discurso jurídico, a resposta à situação-problema só será obtida mediante o confronto retórico do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 com as demais regras e princípios do ordenamento jurídico. É o que se fará nas próximas linhas, em uma abordagem atenta aos problemas do acesso à justiça.

4.1 Antinomia entre o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 e o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94

Logo de início, observa-se que o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 entra em confronto direto com a regra constante no artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94, a qual dispõe que a nomeação e posse no cargo público são suficientes para que o Defensor Público possua capacidade postulatória.

Quer dizer, para a mesma situação fática – atuar como Defensor Público –, há no direito positivo pátrio duas regras colidentes entre si, uma exigindo de Defensor a inscrição na Ordem dos Advogados para o exercício de sua atividade, e outra reclamando tão somente a nomeação e posse no referido cargo.

Dessarte, antes de confrontar retoricamente o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 com as demais regras e princípios do ordenamento jurídico, é preciso a resolver a questão da antinomia, afinal, há todo um antigo aparato doutrinário e legal para sua resolução.

4.1.1 Antinomia do Ponto de Vista Clássico

Para os clássicos, é pressuposto do ordenamento jurídico a existência de duas ou mais regras. Contudo, é essa inevitável pluralidade normativa que ocasiona os principais problemas do próprio ordenamento, quais sejam: a unidade; a sistematicidade; e a completude (BOBBIO, 1995, p.34-35).

As indagações sobre a unidade e a completude, conquanto de alta relevância, não serão tratadas neste tópico. Aqui interessa apenas a questão da sistematicidade do ordenamento jurídico.

Em um sentido mais técnico e preciso, diz-se que um ordenamento é um sistema porque nele são travadas relações internormativas de compatibilidade, de tal sorte que há uma exigência de coerência entre as regras que o integram (BOBBIO, 1995, p.80).

À situação patológica de incompatibilidade entre regras de um ordenamento chama-se antinomia jurídica. De frisar que, por não vislumbrarem normatividade e/ou eficácia jurídica nos princípios gerais do direito, bem como nos princípios constantes no ordenamento, os clássicos só entendem por antinomia a contradição entre regras. Logo, norma é sinônimo de regra; e a antinomia, por conseguinte, se dá entre regras.

Segundo Maria Helena Diniz (1998, p.19), “antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular”. O problema de tal conceito é sua demasiada amplitude, pois não se define efetivamente quando há conflito/antinomia.

De outra banda, com base nos modais deônticos, Bobbio (1995, p. 86) define antinomia como a “situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe a outra permite o mesmo comportamento”. Nesse caso, delimitam-se as hipóteses em que há conflito, embora aquém das reais possibilidades.

Por isso que é a partir da estrutura clássica da regra jurídica – “dada uma situação hipotética X, deve ser Y” –, que melhor se compreende a essência da antinomia. A rigor, haverá antinomia quando normas com a mesma hipótese de incidência possuírem comandos inconciliáveis. Dessa feita, tem-se uma antinomia jurídica quando uma norma dispõe que “dado o substrato fático A, deve ser B”, enquanto outra preceitua que “dado o mesmo substrato fático A, deve ser C”, e ambos os comandos são excludentes entre si.

Tal relação de excludência significa que, na antinomia, o destinatário das normas, para obedecer a uma, deve violar a outra, e vice-versa (FERRAZ JR, 2003, p. 210). Não fosse assim, ter-se-ia tão somente um acúmulo de comandos em relação a uma determinada hipótese de incidência. Nesse sentido, embora sem fazer referência expressa à estrutura da norma jurídica, as lições de Kelsen (1998, p. 143). Confira-se:

Um tal conflito de normas surge quanto uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela. Assim sucede, por exemplo, quando uma das normas determina que o adultério deve ser punido e a outra que o adultério não deve ser punido; ou quando uma das normas determina que o furto deve ser punido com a morte e a outra determina que o furto deve ser punido com a prisão (e, portanto, não é com a morte que deve ser punido).

Logo, está-se diante de uma antinomia quando, em relação a um caso específico, existem no ordenamento jurídico duas regras incompatíveis, quer dizer, impassíveis de conformação, seja porque impõem duas obrigações em sentido oposto, seja porque uma proíbe o que a outra permite/obriga, ou ainda seja porque uma obriga e

a outra permite, e não é possível se conformar a uma sem violar a outra (PERELMAN, 1998, p. 54).

Compreendido o problema, é preciso passar para sua resposta. Portanto, após visto em que consiste a antinomia do ponto de vista clássico, serão analisados os critérios tradicionais de solução do conflito normativo.

4.1.2 Critérios Clássicos Para Solução de Antinomia

Como a antinomia é uma situação indesejada, para a manutenção do caráter sistemático do ordenamento jurídico, impõe-se a eliminação de uma das normas contrastantes. Sobre isso não há qualquer dúvida.

O que tem causado espécie, e sido objeto de estudo desde o Direito Romano, é a questão atinente a qual das normas deve ser mantida em detrimento daquela que será afastada.

Segundo Engisch (1988, p. 313-314), “a jurisprudência, com o decorrer dos séculos, elaborou a este propósito uma série de regras que servem para harmonizar as normas e, portanto, para evitar os conflitos entre elas” São os exaustivamente conhecidos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia.

Lex superior derogat legi inferior. Quer dizer, a norma de nível hierárquico superior revoga a norma de nível inferior. Eis o critério da hierarquia. Dito critério baseia-se na estrutura escalonada do ordenamento jurídico elaborada por Kelsen e tem por fundamento o fato das normas de nível inferior possuírem, em tese, um poder normativo menor que as normas hierarquicamente superiores (BOBBIO, 1995, p. 93). Com esse pensar, Lúcio Bitencourt:

De acordo com o ponto de vista desses filósofos, a Constituição de um país é a manifestação expressa da vontade do povo, da qual promanam todos os poderes do Estado. [...] Daí decorre que as leis fundamentais, ou constitucionais, precedem no tempo e em hierarquia às leis ordinárias e suas prescrições obrigam aos três poderes constituídos, particularmente ao

Legislativo, o qual se compõe de simples mandatários do povo, que não dispõem da “soberania nacional”, indivisível e inalienável.

Significa que, como a Constituição é a legítima representação da soberania popular, quanto mais distante o patamar normativo dessa vontade soberana, menor sua eficácia jurídica. Exatamente em função disso é que as normas superiores preponderam sobre as inferiores.

No ordenamento jurídico pátrio não há nenhuma dúvida acerca desse escalonamento e, por conseguinte, da existência do critério da hierarquia, na medida em que a supremacia e a rigidez da Constituição Federal de 1988 revelam pelo menos dois níveis de normas, as constitucionais e as infraconstitucionais. Deveras, o controle de constitucionalidade praticado pelo Judiciário, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, seja concreto ou abstrato, comprova a supremacia constitucional.

Há ainda a previsão de um terceiro degrau de normatividade no ordenamento pátrio. Com efeito, a competência do Presidente da República, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, para expedir decretos regulamentando a fiel execução das leis, revela a existência, pelo menos, de um terceiro patamar normativo.

Lex specialis derogat generali. Ou seja, a norma especial revoga a geral. Trata-se do critério da especialidade. Tal critério tem por fundamento a igualdade material, pois visa tratar situações desiguais na medida de suas desigualdades.

A razão de ser desse critério é simples. Entende-se que a norma especial deve prevalecer porque nela o legislador dá um tratamento diferenciado a fatos mais especificados, regulando a matéria atento às idiossincrasias, dando a cada um o que é seu, conforme a noção de justiça de Ulpiano.

Em consagração ao critério da especialidade, o artigo 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro reza que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Daí se conclui também, como se verá a seguir, que no confronto entre os critérios da cronologia e especialidade prevalece o último.

Lex posterior derogat priori. Em outras palavras, a norma posterior derroga a norma anterior. Cuida-se do critério da cronologia, verdadeira noção jurídica básica de que

a vontade posterior revoga a precedente. Especificamente em relação à atividade legiferante, Kelsen explica (1998, p. 144):

Como o órgão legislativo - v. g. o monarca ou o parlamento - é normalmente competente para a produção de normas modificáveis e, portanto, derogáveis, o princípio *lex posterior derogat priori* pode ser considerado como incluído, co-envolvido, na atribuição da competência.

Aliás, quando se pensa na criação de normas, percebe-se facilmente que, por uma questão de progresso jurídico e adaptação do Direito às exigências sociais, a norma mais recente é a que deve prevalecer (BOBBIO, 1995, p.93).

No direito positivo pátrio, o supracitado critério de resolução de antinomias está consagrado no artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Afora isso, ao garantir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada como direitos fundamentais, a Constituição também acaba por consagrar o critério da cronologia. Ora, se a intenção é impedir a retroatividade da lei nova, é porque a norma mais recente deve prevalecer em face da mais antiga, pelo menos a partir de quando se inicia sua vigência.

4.1.3 Conflito Entre Critérios: Antinomia de Segundo Grau

Nem sempre a aplicação isolada dos critérios da especialidade, hierarquia e cronologia tem o condão de resolver as antinomias jurídicas. É que, em determinados casos, os próprios critérios entram em conflito, já que mais de um pode ser aplicado. Cuida-se da chamada antinomia de segundo grau. Para resolver esse tipo especial de conflito normativo, desenvolveu-se uma ordem de preferência entre os critérios da especialidade, da cronologia e da hierarquia.

Assim, na antinomia entre uma norma anterior superior e uma norma posterior inferior, prevalece a anterior superior, uma vez que o critério hierárquico prefere ao cronológico. Isso porque, se o critério cronológico prevalecesse sobre o hierárquico, a norma superior deixaria de ser fundamento de validade da inferior, de tal sorte que a estrutura hierárquica do ordenamento teria fim (BOBBIO, 1995, pp. 107-108).

Na contradição entre uma norma superior geral com uma inferior especial, prevalece a superior geral, porquanto o critério da hierarquia pretere o da especialidade. Apesar de haver alguma recalcitrância, Bobbio (1995, p. 109), mesmo considerando a importância do critério da especialidade, entende que caso fosse admitido que uma lei ordinária especial pudesse derogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento rapidamente se esvaziariam de conteúdo.

No conflito entre uma norma anterior especial e uma norma posterior geral, prevalece a anterior especial, pois o critério da especialidade sobrepõe o da cronologia.

Da análise das situações expostas, nota-se que o único critério com prevalência absoluta, em tese, é o da hierarquia. Com efeito, se normas especiais ou posteriores prevalecessem sobre aquelas da Constituição, a própria ordem hierárquica do direito seria violada, mitigando-se, por consequência, os direitos e garantias fundamentais (BOBBIO, 1995, p.107-109).

4.1.4 Aplicação dos Critérios/Metacritérios Clássicos de Antinomia ao Confronto entre o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 e o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94

Em parecer elaborado a pedido da Associação Paulista de Defensores Públicos, Celso Antonio Bandeira de Mello (2011) argui que os critérios clássicos de solução de antinomia apontam para a prevalência da regra constante no artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 em detrimento daquela prevista do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94.

Com razão o jurista. É que a redação do artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 foi dada pela Lei Complementar 123 de 2009, ao passo que o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906 entrou em vigor em 1994. Portanto, como a regra constante na lei de regência da Defensoria Pública é cerca de quinze anos mais recente do que aquela constante do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a aplicação do critério cronológico lhe favorece.

Afora isso, para aqueles que entendem estar a Lei Complementar em um patamar mais elevado que a Lei Ordinária, por força do critério da hierarquia, também subsiste o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 quando confrontado com o artigo 3º, §1º, da Lei Ordinária 8.906/94.

No caso de não se perfilhar tal entendimento, a conclusão ainda é em prol do artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94. Deveras, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²², quando a Constituição Federal estabelece que determinado tema deve ser regulado por Lei Complementar, significa que foi ali traçado um âmbito material de validade que não pode ser invadido pela lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade formal.

Por esse raciocínio, o artigo 3º, §1º, da Lei Ordinária 8.906/94 adentrou em tema não permitido constitucionalmente, na medida em que o artigo 134, §1º, da Constituição determina que “Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados [...]”.

Daí porque a regra prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil ao tratar sobre a Defensoria Pública e estar insculpida em Lei Ordinária padece de vício de inconstitucionalidade.

²² EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento. (RE 377457, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-08 PP-01774)

Por fim, a previsão constante no artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 é mais específica do que aquela presente no artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94. Enquanto a regra constante no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil tem a pretensão de regular a atividade dos advogados privados, dos advogados públicos e dos Defensores Públicos, a Lei de organização da Defensoria rege tão somente a atividade dos Defensores Públicos. Entende-se, pois, que o critério da especialidade favorece o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94.

Acontece que a circunstância dos critérios clássicos de solução de antinomia indicarem a permanência do artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 em detrimento do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 não encerra a questão. Conforme se verá a seguir, perscrutados o fundamento e a natureza dos critérios de solução de antinomia, a conclusão será de que o resultado da aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomia é apenas um ponto de partida para se analisar a eventual violação ao acesso à justiça no caso em análise.

4.1.5 Fundamento dos Critérios Clássicos de Solução de Antinomia

Servem os critérios clássicos de antinomia para conferir segurança jurídica ao ordenamento jurídico. Diante de um eventual conflito entre regras, pela aplicação dos critérios e dos metacritérios, já se sabe previamente a norma a ser seguida. Mas há hipóteses em que nenhum dos metacritérios consegue resolver a antinomia. Basta pensar em duas normas antinômicas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais.

Percebe-se, pois, uma falibilidade na aplicação dos critérios clássicos. Mesmo se seguida a lógica por eles proposta, chega-se a um ponto em que a aplicação dos critérios não resolve a antinomia. Já se tem aqui um indício de que a aplicação inflexível da especialidade, da cronologia e da hierarquia leva a impasses absolutos.

A bem da verdade, a forma clássica de resolver o conflito normativo deixa em segundo plano as considerações acerca da justiça, porquanto não se questiona qual

a norma melhor ou a mais justa. Conquanto se resolva o problema, não há uma preocupação com a correção da resposta. Também com esse pensar, Norberto Bobbio (1995, p.93) afirma que:

O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz incerteza, a injustiça produz desigualdade, e portanto a correção obedece nos casos a diferentes valores, lá ao valor ordem, aqui ao da igualdade.

Ora, se em todo ordenamento há uma tensão entre segurança jurídica e justiça, não seria diferente com a antinomia jurídica e seus critérios de solução. Há um verdadeiro paradoxo: a segurança jurídica exige a aplicação do Direito positivo, mesmo quando este é injusto; e a justiça exige, em certas circunstâncias, que nos afastemos do Direito positivo (ENGISCH, 1988, p. 320).

Nesse contexto, a aplicação inexorável dos critérios clássicos de solução de antinomia leva à manutenção da ordem, mas, a depender do caso concreto, pode afastar o ideal de justiça. Devido a tal fato, é preciso ter em mente que não são concebíveis verdades jurídicas absolutas, mas sempre certezas relativas e provisórias (SOARES, 2010, p. 71). Assim deve ser também com a especialidade, a hierarquia e a cronologia.

4.1.6 Natureza dos Critérios Clássicos de Solução de Antinomia

Conceito é uma forma de pensamento com a qual se apreende um sentido de determinado dado contencioso (ÁVILA, 2007, p. 176). Destarte, são elementos essenciais ao direito, porquanto possibilitem a compreensão dos objetos jurídicos cognoscíveis.

Na ciência jurídica, os conceitos podem ser: lógico-jurídicos ou jurídico-positivos. O emprego mais famoso desta classificação foi realizado por Hans Kelsen. O jurista austríaco tratava a constituição em dois planos. Em um estava a norma hipotética, fundamento transcendental de validade de todo o sistema, no outro a constituição

positiva, a prevista no ordenamento jurídico. O primeiro plano é o lógico-jurídico; o segundo é o jurídico-positivo (SILVA NETO, 2006, p. 28-29).

Na doutrina pátria, Borges (1999, p. 94-95), abordando o tema do lançamento tributário, é quem melhor apresenta o caráter dicotômico dos conceitos. Para ele, jurídico-positivos são conceitos que somente podem ser apreendidos *a posteriori*, empiricamente, após o conhecimento de um determinado Direito Positivo, aplicáveis, portanto, a um âmbito de validade restrito no espaço e no tempo.

Reputar um conceito como jurídico-positivo, nessa senda, significa ser ele resultado da análise do direito positivo, ou seja, do conjunto de regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis em um determinado Estado (GARRIDO, 2006, p. 130)

Quanto aos conceitos lógico-jurídicos, pelo brilhantismo, melhor a transcrição das palavras de Borges (1999, p. 94-95):

Contrapõem-se os conceitos lógico-jurídicos. São estes obtidos *a priori*, com validade constante e permanente, sem vinculação, portanto, com as variações do Direito Positivo. [...]

Os conceitos lógico-jurídicos constituem pressupostos fundamentais para a ciência jurídica. Entre esses pressupostos essenciais estão as noções de direito subjetivo, dever jurídico, objeto, relação jurídica etc. Correspondem, pois, à estrutura essencial de toda norma jurídica. Conseqüentemente, não são exclusivas de determinado ordenamento jurídico, mas comum a todos. Não são dados os conceitos lógico-jurídicos empiricamente, porque são alheios a toda experiência. São necessários a toda realidade positiva, efetivamente existente, historicamente localizada ou apenas possível, precisamente porque funcionam como condicionantes de todo pensamento jurídico.

Dedutíveis a partir de uma lógica pura e formal fundada na razão/pensamento, independem tais conceitos da experiência, nada informando sobre o conteúdo concreto da norma jurídica, o que justamente os torna universais e absolutos (GARRIDO, 2006, p.131-136).

Não se trata, porém, de classificação inútil. A utilização de uma ou outra espécie de conceito denota o perfilhamento de correntes hermenêuticas e jusfilosóficas bem distintas: os conceitos lógico-jurídicos estão jungidos ao positivismo; enquanto os jurídico-positivos atrelados ao pós-positivismo.

Em breve síntese²³, na linha de intelecção de Dimitri Dimoulis (2006, p.276), positivismo jurídico em sentido estrito é a teoria do direito segundo a qual a validade e a interpretação das normas jurídicas do direito posto independem de valores morais/políticos. Para o aludido paradigma, o objeto de estudo do direito não compreenderia a avaliação moral, não interessando os valores consagrados pelo direito positivo, mas tão somente sua forma (DIMOULIS, 2006, pp. 100/101). Isso porque o conteúdo do direito é infinitamente variado, dada sua capacidade de regular qualquer conduta humana, de modo que não interessaria o que ele estabelece, e sim como ele atua (BOBBIO, 1995, p.145).

Dessa forma, se de um lado o positivismo jurídico olvida o problema da justiça, de outro prioriza as preocupações com os valores da ordem e segurança, subordinando o exame da legitimidade do direito à especial observância dos critérios de validade formal que presidem a produção das normas jurídicas (SOARES, 2010, p. 52).

Deveras, procedeu a corrente positivista, influenciada pela concepção puramente experimental das ciências naturais, a um verdadeiro recorte metodológico, a fim de reduzir o objeto jurídico à fração possível de ser analisada com neutralidade: o aspecto lógico.

Com isso, depreende-se que os conceitos lógico-jurídicos são obtidos justamente por meio do positivismo metodológico, método de estudo do direito baseado na neutralidade, que emprega critérios avalorativos para descrever o sistema jurídico (DIMOULIS, 2006, p. 100). Aliás, é lícito afirmar que os conceitos lógico-jurídicos representam o maior refinamento do positivismo, pois, de tão neutros, explicam estruturas lógico-formais presentes em todos os ordenamentos jurídicos.

Acontece que, por serem neutros, formais e sem correlação com o conteúdo da norma, não servem os conceitos lógico-jurídicos à aplicação do direito. Como bem lembra Karl Larenz (p. 315), embora a observância das regras lógicas seja uma condição fundamental de todo o pensamento, uma doutrina que se satisfizesse com

²³ Não se quer aqui esgotar os caracteres e peculiaridades do positivismo e o pós-positivismo. Para os fins desse ensaio é suficiente a diferença mais relevante entre as correntes, qual seja, o distanciamento entre direito e moral no positivismo e sua ulterior reaproximação com o paradigma pós-positivista.

a explanação das relações lógicas contribuiria para o a solução dos problemas jurídicos tanto como nada.

Com base em sua teoria da argumentação, Perelman (1998, p. 05) chega à mesma conclusão, aduzindo que, apesar da análise das diferentes aplicações das leis e das regras lógicas universais nos diversos campos dos saberes jurídicos ser bastante interessante, é vão tentar estudar uma lógica jurídica no sentido próprio do termo, pois ela não existe.

Já o pós-positivismo consiste em um modelo de interpretação e aplicação do direito que envolve o recurso permanente a instâncias intersubjetivas de valoração, cujos dois pilares básicos são: o estabelecimento de uma interconexão entre direito, moral e política; e o desenvolvimento de uma crítica contundente à concepção formalista e axiologicamente neutra do positivismo jurídico (SOARES, 2010, p. 72 e 112). Nessa senda, o magistério de Barroso (2006, p. 27-28):

“O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. [...] Nesse contexto, o póspositivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”

Isso significa que o paradigma pós-positivista reaproxima o direito da moral. O conteúdo do direito, ou seja, os valores sociais petrificados nas normas jurídicas, passa a ser o ponto fulcral do problema jurídico. Busca-se um ideal de justiça, mas o ordenamento jurídico é mantido como o ponto de partida para a resolução das controvérsias, afinal é nele que estão consagrados os valores relevantes de determinada comunidade.

Assume o modelo pós-positivista que o legislador, ao estatuir uma norma, seja uma regra ou um princípio, guia-se por considerações de justiça e oportunidade determinadas, em última instância, por valorações, as quais devem ser desvendadas

pelo intérprete para lhe precisar o alcance, uma vez que a teoria e a aplicação do direito compreendem um pensamento orientado a valores (LARENZ, 1997, p. 298-299).

Ao contrário do que ocorre na lógica-formal propugnada pelo positivismo, na qual se busca tornar a conclusão uma decorrência causal de premissas pré-estabelecidas, no pós-positivismo os resultados interpretativos não derivam de demonstrações científicas, mas de deliberações e controvérsias que dizem respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes (PERELMAN, 1998, p. 02 e 243).

Por serem retirados do conteúdo da norma jurídica, isto é, do valor nela impregnado, os conceitos jurídico-positivos, diferentemente dos lógico-jurídicos, prestam-se à resolução dos casos concretos, e não à construção de meros teoremas lógico-formais. Servem, pois, à imediata aplicação do direito, pelo que se aproximam da teoria pós-positivista.

A propósito, se no positivismo há um recorte metodológico, no pós-positivismo há um alargamento do objeto de estudo. Apropriando-se de elementos da teoria tridimensional do direito proposta por Miguel Reale (2002), é possível asseverar que o objeto do direito, com o pós-positivismo, passou a ser o fato, o valor e a norma.

Dito isso, a questão que se põe é a seguinte. Se lógico-jurídicos, os critérios da especialidade, hierarquia e cronologia aplicam-se de forma absoluta, afinal, a lógica é neutra, não comportando relativizações. Por outro lado, caso tais critérios sejam jurídico-positivos, sofrem eles o influxo de considerações axiológicas, o que permite ponderações, mitigações e o enfrentamento com as demais regras e princípios do ordenamento jurídico.

Firmadas essas premissas, conclui-se que, não obstante a antinomia seja um conceito lógico-jurídico, porquanto passível de existência em qualquer ordenamento jurídico, os critérios clássicos para sua solução são jurídico-positivos.

Como visto em ponto anterior, a ideia de ordenamento jurídico, ou seja, de pluralidade normativa, conduz inevitavelmente à questão da sistematicidade e, por conseguinte, do conflito normativo. Dessarte, a antinomia pode ser entendida como um conceito universal, absoluto e neutro. Trata-se a antinomia de um problema ínsito aos ordenamentos jurídicos.

O mesmo não ocorre, porém, com os critérios de solução de antinomia. Os critérios de resolução podem ser os mais variados, devendo cada ordenamento eleger os mais apropriados. Já houve o tempo em que o critério da norma mais favorável ao cidadão era o aplicado. No entanto, os mais afamados e mais utilizados são o da hierarquia, da cronologia e da especialidade.

Registre-se que cada critério clássico de solução busca a concretização de um princípio/valor. A especialidade persegue a igualdade. A hierarquia visa ao princípio formal da soberania popular. A cronologia perscruta a adaptação do Direito às exigências sociais, ou seja, busca a norma justa. Em razão disso, quando se fala em conflito entre os critérios de solução, o que se está ponderando é justamente os princípios que embasam cada um dos critérios.

Ora, se os critérios de solução de antinomia representam valores e princípios, é porque se inserem no âmbito dos conceitos jurídico-positivos. Maria Helena Diniz (1998, p.33 e 52) compartilha de pensamento semelhante ao aqui exposto:

Tais critérios não são princípios lógicos, assim como o conflito normativo não é uma contradição lógica. São critérios normativos, princípios jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções.

[...] os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis.

Seguindo o mesmo raciocínio, Karl Engisch (1988, p.314) explica que os critérios de solução de antinomia não são uma evidência lógica, na medida em que, certas vezes, topam eles com dificuldades de ordem teórica, a exemplo das antinomias de segundo grau.

Todavia, no caso do ordenamento pátrio, o caráter jurídico-positivo dos critérios da especialidade, cronologia e hierarquia está estreme de dúvida. Os dois primeiros estão previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao passo que o último pode ser inferido da Constituição de 1988. São verdadeiras regras com pretensão de definitividade.

As consequências dos critérios clássicos serem conceitos jurídico-positivos, ou melhor, regras positivadas, é a possibilidade de superação da especialidade, da cronologia e da hierarquia, bem como dos metacritérios, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Dito de outra forma: dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso concreto em antinomia, é viável a inclusão de cláusulas de exceção em tais critérios e, a partir daí, escolher entre as normas conflitantes aquela que, embora não seja especial, posterior ou superior, represente a correta ponderação de princípios.

Na aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomia, não raro as imprecisas generalizações feitas pelo legislador deixam de incluir casos na hipótese de incidência ou incluem mal outros fatos.

A circunstância se deve pela exacerbada generalidade da hipótese de incidência dos critérios clássicos, cuja aplicação depende somente da existência de uma antinomia e da análise da posterioridade, da superioridade ou da especialidade da norma. O conteúdo das normas em conflito, todavia, é relegado, de modo que não entra em debate a apreciação da ponderação que cada regra conflitante representa. Mais um motivo para se entender que, sendo regras jurídico-positivas, os critérios clássicos de solução de antinomia, não obstante sua pretensão de definitividade, são relativos.

O que se vê diuturnamente, porém, na prática do direito, é a aplicação de tais critérios como se conceitos lógico-jurídicos fossem. Os operadores aplicam-nos de forma matemática e impensada, obedecendo de forma absoluta tanto aos critérios quanto aos metacritérios. O resultado é a aplicação de normas injustas, destoantes da mais acertada ponderação dos princípios constitucionais.

Na verdade, os critérios clássicos de solução de antinomia aparentam ser conceitos lógico-jurídicos por serem máximas, isto é, verdades gerais em forma de frases concisas, sínteses breves resultantes da experiência e da tradição, cujo crédito se deve a sua antiguidade e a sua forma lapidar, mas que não levam em conta as exceções e ignoram a evolução do direito, daí porque, por vezes, são incompletas, imprecisas e até mesmo diretamente contrárias à lei (PERELMAN, 1998, p. 119-121).

Afora isso, a aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomia como se fossem conceitos lógico-jurídicos serve também para que magistrados esquivem-se do ônus argumentativo e do dever de proceder à valoração das questões que lhe são postas. Nesses casos, decide o julgador arbitrariamente, de acordo com o seu convencimento íntimo, e, para legitimar sua conclusão, aplica um dos critérios de solução de antinomia.

À evidência, a tese aqui perfilhada não é meramente acadêmica. Pelo contrário. Embora sem o necessário rigor técnico, em determinados ramos do direito já se enxerga os critérios clássicos de solução de antinomia como regras relativizáveis.

No direito do trabalho, há um exemplo cabal de inserção de cláusula de exceção nos critérios da especialidade, da cronologia e da hierarquia. Cuida-se da aplicação na seara justralhista da norma mais favorável ao trabalhador.

Dita forma de resolver a antinomia trabalhista não encontra previsão em regra positivada, muito embora alguns doutrinadores insistam em afirmar que ela se deduz da parte final do artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”

Na verdade, na seara trabalhista, haja vista a situação de vulnerabilidade que o empregado se encontra em relação ao empregador, dá-se um peso muito maior ao princípio da proteção do trabalhador, corolário da igualdade material, do que a outros princípios.

Por isso que no direito do trabalho a antinomia se resolve observando o conteúdo das normas em conflito, isto é, observando-se aquela que melhor atenda aos interesses do empregado. Com efeito, o peso do princípio da proteção ao trabalhador é tão grande que entre uma norma constitucional pouco protetiva e um regulamento patronal mais protetor prevalece o último.

Alerte-se, contudo, que, da mesma forma que a regra, a exceção também não pode ser absoluta, de modo que o critério da norma mais favorável ao trabalhador pode ceder em razão da existência de princípios mais importantes no caso concreto.

O que se quer demonstrar é que a doutrina, talvez sem sequer perceber, já se utiliza da ponderação e da relativização dos critérios clássicos de solução de antinomia para resolver de forma justa os conflitos normativos. Aliás, a tão festejada teoria do diálogo das fontes, sob o pretexto de harmonizar e coordenar as normas do ordenamento jurídico, em vez de as excluir, acaba por relativizar os critérios clássicos de solução de antinomia em razão de ponderações.

Com isso, resta sobressaltado o caráter de regras jurídico-positivas dos critérios clássicos de solução de antinomia e, via de consequência, a possibilidade de relativização de tais critérios, inserindo-se cláusulas de exceções, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, tudo para, ante a antinomia, prevalecer a norma mais condizente com a indispensável ponderação dos direitos fundamentais.

Ora, se os critérios clássicos de solução de antinomia não passam de regras jurídico-positivas – objeto, portanto, de cláusulas de exceções –, para saber se a aplicação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil aos Defensores Público viola o acesso à justiça, é preciso analisar as demais regras e princípios do ordenamento jurídico que se relacionam com a questão, afinal, a violação ao acesso à justiça é a conclusão do discurso fundado em regras e princípios.

4.2 COTEJO DAS DEMAIS REGRAS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS À ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO DEFENSOR PÚBLICO COM O ARTIGO 3º, §1º, DA LEI 8.906/94

Viu-se linhas acima que a solução apontada pelos critérios clássicos de solução de antinomia, qual seja, prevalência da regra constante no artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 sobre aquela prevista do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/08, é meramente provisória. De fato, a resposta definitiva depende da análise das demais regras e princípios constantes no ordenamento jurídico.

Para fins estritamente didáticos, as regras e princípios relacionados à situação-problema serão apreciados em dois grupos. O primeiro trata das normas imbricadas à necessidade de inscrição dos Defensores nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. O segundo cuida das normas vinculadas ao regime ético-disciplinar aplicável aos Defensores. Ao final, serão verificadas as implicações do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 aos problemas do acesso à justiça.

4.2.1 Inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil

De pòrtico, impende afastar o argumento de que o artigo 26 da Lei Complementar 80/94²⁴, ao exigir que o candidato ao concurso para preenchimento do cargo de defensor público esteja inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil no momento de sua inscrição, ratifica o conteúdo do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94.

²⁴ Art. 26. O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga.

§ 1º—Considera-se como atividade jurídica o exercício da advocacia, o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas.

§ 2º Os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público.

Segundo esse entendimento, a interpretação sistemática do artigo 4º, §6º, e do artigo 26, ambos da Lei Complementar 80/94, levaria a conclusão de que o exercício da atividade de Defensor Público não decorre exclusivamente de sua nomeação e posse e cargo público, dependendo ainda da inscrição do membro da Defensoria nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não procede, contudo, tal inteligência. Bem pensadas as coisas, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil prevista no artigo 26, *caput* e §2º, é apenas um requisito para ingresso na carreira destinado à comprovação da capacitação profissional e técnica. Assim, após a nomeação e o empossamento no cargo de Defensor Público, o exercício da atividade de Defensor não mais se condiciona a qualquer situação perante a Ordem dos Advogados do Brasil, pois o artigo 4º, §6º da Lei Complementar 80/94 é peremptório nesse sentido.

Tanto assim o é que, nos termos do artigo 4º, §9º, da Lei Complementar 80/94, também inserido pela Lei Complementar 132/2009, “o exercício do cargo de Defensor Público é comprovado mediante expedição de carteira funcional expedida pela respectiva Defensoria Pública”.

Em outras palavras, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil é pressuposto de uma situação jurídica, a admissão no cargo de Defensor Público. Entretanto, a tal situação aplica-se um particular regime jurídico, o qual estabelece que a nomeação e posse na condição de Defensor são suficientes para o exercício da atividade, não havendo, portanto, contradição entre os artigos 4º, §6º, e 26, da Lei Complementar 80/94. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2011):

Com efeito, não é critério aceitável de hermenêutica presumir que um artigo desmente o contido em outro no mesmo texto. Assim, a inteligência correta é a de que ambos estão reportados a coisas diversas. Ou seja: um deles, o que demanda a inscrição na OAB, está volvido a um requisito de capacidade profissional, aptidão técnica a ser demonstrada no instante da admissão, feito que, está cumprido o necessário.

O segundo deles, confere capacidade postulatória e faz depender tão só, ou seja, “exclusivamente”, como ali está dito, à nomeação e posse no cargo. Donde, para atuar em juízo (ou extrajudicialmente) na defesa dos interesses a seu cargo, o Defensor Público nada mais necessita senão estar investido nas funções que lhe correspondem. Ou seja: não necessita permanecer inscrito na OAB.

Não são raras no Direito as hipóteses em que é exigido um determinado requisito para a constituição de uma certa situação, mas não o é para a persistência dela.

Ainda que houvesse contradição entre as duas disposições da Lei Complementar 80/94, tendo em vista que o artigo 4º, §6º foi inserido pela Lei Complementar 132/2009, enquanto o artigo 26 é fruto da redação original do diploma, aplicado o critério cronológico, a antinomia resolve-se em favor do artigo 4º, §6º (ZVEIBIL; REIS; JUNQUEIRA, 2014, p.105).

Superada a questão infraconstitucional, passa-se agora à cognição das regras e princípios constitucionais relacionados ao tema.

Se lida a Constituição Federal de 1988 atentamente, nota-se a absoluta igualdade constitucional entre a Defensoria Pública e a Advocacia Privada. “Sem embargo, é na própria Constituição que se estabelece uma equivalência funcional e institucional entre a Advocacia e a Defensoria Pública [...]” (TAVARES).

Dita igualdade fundamenta-se na circunstância da Advocacia Privada e da Defensoria Pública serem espécies do mesmo gênero: funções essenciais à justiça. Decerto, ao compartilharem a qualidade de funções neutras constitucionalmente independentes e definidas como essenciais à justiça, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados, a quem restou reservado o poder de provocar a atuação do subsistema jurídico de controle de legalidade do Estado, por meio de funções técnico-jurídicas preventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial, Defensoria Pública e Advocacia Privada mostram-se no mesmo patamar constitucional.

Logo, o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, ao impor a inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil, viola essa relação equânime e equidistante existente entre as funções essenciais à justiça, pois vincula a Defensoria Pública à entidade responsável pelo controle da Advocacia Privada.

Para dirimir qualquer dúvida remanescente, repita-se que Defensoria Pública e Advocacia Privada pertencem ao gênero funções essenciais à justiça, e não ao conceito *lato sensu* de advocacia. Embora a palavra advogado signifique aquele chamado para estar junto – o que se amolda às atividades empreendidas pelo Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Advocacia Privada, já

que todas são chamadas para estar junto de determinadas pessoas/interesses –, o conceito histórico/etimológico de advogado não foi eleito pelo poder constituinte.

Preferiu a Constituição unir tais instituições sob a alcunha de funções essenciais à justiça, distinguindo-as tão somente em razão dos interesses tutelados, de modo que à advocacia privada cabe a defesa de interesses individuais, coletivos e difusos das pessoas e entes integrantes da sociedade civil, isto é, interesses igualmente privado, enquanto é atribuição da Defensoria Pública a defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos daqueles que a lei reconhece como necessitados.

Não obstante Ministério Público e Defensoria Pública sejam funções essenciais à justiça e, portanto, advocacia no sentido histórico/etimológico, ninguém argumenta que o membro do Ministério Público, por ser advogado *lato sensu*, precise estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para exercer seu ofício. No entanto, o mesmo argumento é utilizado para impor a inscrição aos Defensores Públicos.

A razão para tanto é de ordem política. O Ministério Público, por ser um órgão de repressão do cidadão, embora a favor de toda a sociedade, sempre recebeu mais aportes financeiros e atenção do Estado, de sorte que a instituição, especialmente depois da Constituição de 1988, tornou-se sólida e respeitada. Já a Defensoria Pública, por defender o cidadão necessitado contra o próprio Estado, recebeu historicamente menos recursos financeiros e importância, o que a deixou mais suscetível ao ataque de outros órgãos e instituições (SOUZA, 2011, p. 56-57).

Por esse motivo é que o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 impôs a inscrição dos Defensores Públicos e dos Advogados Públicos da Ordem dos Advogados do Brasil, mas não fez o mesmo em relação ao Ministério Público.

Daí a necessidade da Emenda Constitucional 80/2014 acabar com o argumento topográfico de que Defensoria Pública e Advocacia Privada, por se encontrarem ambas dispostas na Seção III do Capítulo IV, fariam parte da mesma espécie de função essencial à justiça, a advocacia privada, não obstante a distinção entre os interesses tutelados por cada uma. Na realidade, com a publicação e vigência da Emenda Constitucional número 80/2014, não é mais possível sustentar tal

fundamento, uma vez que o Capítulo IV agora conta com quatro Seções, cada uma dedicada a uma das quatro funções essenciais à justiça.

Bem pensadas as coisas, foi a própria Constituição Federal que, tendo em vista a extrema relevância das funções essenciais para o acesso à justiça, conferiu capacidade aos membros da Defensoria Pública, do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Advocacia Privada para atuar em juízo e fora dele na defesa dos respectivos interesses, especificando as funções e atribuições de cada um, cabendo a cada entidade fixar seus regramentos e limitações (TAVARES).

Dessarte, os membros do Ministério Público postulam em juízo sem inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, cumprindo, assim, com suas funções institucionais porque a constituição assim autoriza. De igual forma, os Defensores Públicos estão autorizados a exercer o ofício em prol dos necessitados independente de qualquer requisito, pois quem os representa são a própria instituição, e não seus membros.

Prova disso é que antes da Lei 8.906/94 entrar em vigor, conquanto não existisse nenhuma disposição obrigando o Defensor Público a se inscrever na Ordem dos Advogados do Brasil – na medida em que a Lei 4.215/63, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, além de não fazer referência à Defensoria, colocava advogados, membros do Ministério Público e magistrados em pé de igualdade²⁵ –, os Defensores Públicos já atuavam com base apenas na normatização constitucional.

Quer dizer, como às funções essenciais à justiça, na qualidade de instituição, foram atribuídas constitucionalmente a consultoria jurídica e a representação judicial para a defesa dos interesses que lhes foram respectivamente confiados, o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 pode ser considerado uma excrescência presente no ordenamento jurídico, já que de todo inútil.

Afora isso, o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, vai de encontro à necessária independência das funções essenciais à justiça, bem como à autonomia institucional da Defensoria Pública, pois vincula os Defensores Públicos a entidade estranha, a Ordem dos Advogados do Brasil.

²⁵ Art. 68. No seu ministério privado o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça.

Sendo a Defensoria Pública uma função essencial à justiça, busca ela a concretização do acesso à justiça nas mais diversas perspectivas, razão pela qual não pode sofrer limitações ou ingerência de quaisquer órgãos ou entidades, inclusive de outras funções essenciais à justiça.

Especificamente em relação à Defensoria Pública, a Constituição conferiu autonomia administrativa, funcional e financeira. Pela regra do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, todos os três tipos de autonomia da Defensoria foram vergastados.

A inscrição dos Defensores Públicos no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, com aplicação de todo regime da Lei 8.906/94, inclusive o ético-disciplinar, viola a autonomia administrativa, pois os membros da Defensoria acabam submetidos aos órgãos integrantes da Ordem – Conselho Federal, Conselhos Seccionais, Subseções e Caixas de Assistência dos Advogados –, o que revela interferência externa na condução dos assuntos *interna corporis* da instituição

Viola-se ainda a autonomia funcional, porquanto a aplicação do regime ético disciplinar previsto na Lei 8.906/94 ao Defensor Público influir gravemente no seu modo de atuar, conforme será visto no item a seguir.

A autonomia financeira, em última instância, também é ferida, já que o pagamento pelos Defensores Públicos de contribuições, multas, preços e anuidades à Ordem dos Advogados do Brasil pelos Defensores Públicos interfere no valor real dos subsídios dos membros da Defensoria.

Não fosse o bastante, nos termos do artigo 134, §1º, da Constituição, ao Defensor Público é vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Com efeito, o termo advocacia presente na regra constitucional foi utilizado no sentido lato, etimológico, motivo pelo qual a interpretação do dispositivo é no sentido de que o Defensor Público está proibido de trabalhar concomitantemente como membro de outras funções essenciais à justiça, seja o Ministério Público, a Advocacia Pública ou a Advocacia Privada.

Perceba-se a incongruência. Os membros do Ministério Público, que também estão proibidos de exercer advocacia *lato senso* fora das atribuições institucionais por

força de regra constitucional²⁶, segundo o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, são incompatíveis com a advocacia privada²⁷. Até aí tudo bem. Acontece que os Defensores Públicos não se encontram na lista de incompatibilidades. Pelo contrário. Em tese, são obrigados a se inscrever na Ordem dos Advogados do Brasil em função do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94. Logo, a máxima de que onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito, aparentemente não se aplica no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A rigor, no tocante às funções essenciais à justiça, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil deveria ser exigida apenas dos advogados públicos, pois para esses não há vedação constitucional para o exercício da advocacia privada. Ou seja, como os advogados públicos podem advogar fora das atribuições institucionais, faz-se necessária a fiscalização da Ordem dos Advogados do Brasil, senão não haveria nenhum controle nesse âmbito de atividade.

No caso da Lei de regência da respectiva Advocacia Pública – federal, estadual, distrital ou municipal – vedar o exercício da advocacia privada, o advogado público não deve e nem precisa estar inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. A lei de regência, nesse particular, está concretizando a independência da função essencial à justiça, razão pela qual deve ser respeitada a opção de ordem infraconstitucional. Assim, como não há atividade de advocacia privada nessa hipótese, também não há razão para haver controle pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Ainda assim, esse raciocínio deve ser visto com ressalvas, porquanto a advocacia privada deve ser incompatível com qualquer atividade que reduza a independência

²⁶Art. 128. O Ministério Público abrange:

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

II - as seguintes vedações:

[...]

b) exercer a advocacia;

²⁷Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

[...]

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;

funcional ou proporcione captação de clientela ao jurisconsulto. Se não reduz a independência funcional, certamente a advocacia pública permite a captação de clientela, pelo que poderia tranquilamente ser tida pela Lei 8.906/94 como atividade incompatível com a advocacia privada.

Por derradeiro, a indispensabilidade do advogado privado consagrada no artigo 133 da Constituição não significa que a capacidade postulatória e a consultoria jurídica sejam exclusivas dessa específica função essencial à justiça.

Além de tais poderes serem compartilhados com as outras funções essenciais à justiça, pessoas desprovidas de aparato técnico-jurídico, a depender das circunstâncias, podem demandar e se defender sem estarem acompanhadas de uma função essencial à justiça, inclusive de advogado privado, como já ocorre no habeas corpus, nos processos dos juizados especiais e da justiça do trabalho e na justiça de paz. Em resumo, a indispensabilidade do advogado é bastante relativa, não servindo como fundamento à exigência do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 em relação ao Defensor Público.

4.2.2 Regime Ético-Disciplinar

De acordo com a Lei Complementar 80/94, é dever da Defensoria Pública promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico. Logo, atribuiu-se à Defensoria Pública a responsabilidade pela educação em direitos.

Por outro lado, aplicado o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, aos Defensores Públicos, estarão os membros da Defensoria submetidos ao regime ético-disciplinar dos advogados privados, o qual proíbe, contudo, qualquer tipo de publicidade/propaganda direta ou indireta dos serviços prestados advocatícios. Trata-se de incongruência já observada e relatada nos seguintes termos (ZVEIBIL; REIS; JUNQUEIRA, 2014, p. 119):

E quem trabalha com esta faixa de população sabe que é impossível dar combate efetivo por meio de anúncios de serviços profissionais “moderados” e “discretos”, com finalidade exclusivamente informativa, nos termos do Código de Ética Advocatício. Sendo assim, qual é a lógica de um Defensor Público ser obrigado a subordinar-se à hierarquia da Ordem se, a todo o momento, para bem se desincumbir de suas funções institucionais, é obrigado a ignorar o Código de Ética da advocacia privada especialmente quanto a questões ligadas ao regime de mercado?

Há ainda outra incompatibilidade, talvez mais gritante, entre o regime ético-disciplinar previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e as atribuições do Defensor Público.

O artigo 30 da Lei 8.906/94 prescreve que “são impedidos de exercer a advocacia os servidores da administração direta, indireta, ou fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”. Portanto, considerando-se o Defensor Público um servidor da administração que exerce a advocacia, como quer o Estatuto da Ordem, estaria ele impedido de propor qualquer demanda contra o ente federativo vinculado à Defensoria, que poderia ser a União, o Distrito Federal ou um Estado-Membro.

Sucedo que o artigo 4º, §2º, da Lei Complementar 80/94 preconiza que “As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público”.

Sem embargos, as incompatibilidades entre as atribuições dos Defensores Públicos e o regime-ético disciplinar aplicável aos advogados privados demonstram, em última instância, que a ética do Defensor Público é distinta da ética do advogado privado (ZVEIBIL; REIS; JUNQUEIRA, 2014, p. 119):

E isto nos levar a concluir, inelutavelmente, forçados pela imposição irresistível dos fatos, que os Defensores Públicos devem se pautar por um sentido ético distinto dos advogados. Um sentido ético que, ressaltamos cuidadosamente, não é melhor ou pior em relação aos Advogados bem como aos demais atores do sistema de Justiça, mas simplesmente mais apropriado às funções institucionais da Defensoria Pública.

Aliás, “não faz sentido que a Ordem seja agentes políticos, atuantes em lógica diversa ao do regime de mercado, prestando assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados” (ZVEIBIL; REIS; JUNQUEIRA, 2014, p. 122).

Haja vista os fundamentos em epígrafe, a conclusão não é outra senão de que o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, quando determina a aplicação do regime do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil aos Defensores Públicos, particularmente o regime ético-disciplinar, vai de encontro às atribuições/funções dos membros da Defensoria, devendo ser, portanto, afastado.

Isso não significa, porém, que os desvios funcionais dos Defensores Públicos fiquem sem apuração e punição. Para tanto, nos termos da Lei Complementar 80/94, ao lado da Corregedoria-Geral da Defensoria Pública, órgão responsável pela fiscalização da atividade funcional e da conduta dos membros e servidores da instituição, está a Ouvidoria-Geral, órgão auxiliar cuja finalidade é promover a qualidade dos serviços prestados pela instituição.

Na realidade, acaso aplicado concomitantemente o regime ético-disciplinar constante no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e o regime ético-disciplinar previsto na Lei Complementar 80/94, o Defensor Público seria punido duas vezes pelo mesmo fato na seara administrativa – *bis in idem* –, já que tanto a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública quanto o Tribunal de Ética e Disciplina do respectivo Conselho Seccional da Ordem estariam aptos a aplicar sanções.

4.3 COTEJO DO ARTIGO 3º, §1º, DA LEI 8.906/94 COM OS PROBLEMAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Restou demonstrado retoricamente no item anterior que o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 não se coaduna com as regras e princípios aplicáveis à espécie. A questão agora é saber a relação do preceito com os problemas ínsitos ao acesso à justiça.

Pois bem. É lícito inferir que a regra do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, ao exigir que os Defensores Públicos estejam inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil para exercer seu ofício, acaba por agravar o problema sócio-econômico do acesso à justiça.

Ora, em uma tentativa de solucionar o problema sócio-econômico do acesso à justiça, o constituinte criou instituição cuja única responsabilidade é prestar o serviço de assistência jurídica/judiciária aos necessitados. Ocorre que, desrespeitada a relação equânime e equidistante existente entre a Defensoria e as demais funções essenciais, e violada sua independência e autonomia, exsurtem óbices à defesa integral dos necessitados.

Acaso submetida à Ordem dos Advogados do Brasil, como quer o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, a Defensoria não estará mais livre para perseguir exclusivamente o interesse dos necessitados. O influxo dos interesses tutelados pela advocacia privada será inevitável, o que sucateará o serviço de assistência jurídica/judiciária prestado, tudo em prejuízo à solução do problema sócio-econômico do acesso à justiça. Aliás, o agravamento do problema sócio-econômico pelo artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 implica também, a princípio, reflexos negativos nos demais problemas do acesso à justiça, inclusive na duração razoável do processo.

Quanto aos problemas educacional e cultural, a situação é bem diferente. De fato, a aplicação do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 aos Defensores Públicos mitiga o problema cultural com o estabelecimento de instância de correção e punição dos desvios ético-funcionais. No entanto, mitiga de forma fraca, porquanto já existem órgãos de controle interno – Corregedoria e Ouvidoria da Defensoria Pública –, responsáveis pelo respeito às normas éticas da profissão.

Por outro lado, o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 agrava intensamente o problema educacional. Isso porque o regime do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil proíbe qualquer tipo de publicidade/propaganda pelo advogado, o que impede o Defensor Público de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

Sendo assim, ponderadas as perdas e os ganhos proporcionados pelo artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 aos problemas ínsitos ao acesso à justiça, nota-se que a pequena melhora no obstáculo cultural não compensa a intensa exasperação da barreira sócio-econômica, educacional e da duração razoável do processo.

Ante o exposto, tem-se que o artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 viola o acesso à justiça, pois, além de ser incompatível com as regras e princípios relacionados à atuação do Defensor Público, a melhora proporcionada pelo preceito ao problema cultural do acesso à justiça não compensa o agravamento das barreiras socioeconômica, educacional e da duração razoável do processo.

5 CONCLUSÕES

1. O acesso à justiça, antes de mais nada, é um consectário lógico, pois, se o direito, via de regra, só pode ser realizado autoritativamente pelo Estado, mediante o exercício do poder jurisdicional, torna-se inevitável a conclusão de que este mesmo Estado deve garantir o direito de ação; caso contrário, os direitos poderiam ser abertamente violados sem qualquer possibilidade de realização contra os violadores.
2. Existem fatores estranhos ao Direito que afetam a afirmação e a reivindicação dos direitos, constituindo verdadeiras barreiras/problemas ao acesso à justiça de ordem educacional, cultural, socioeconômica e de duração razoável do processo.
3. Devido ao inter-relacionamento das barreiras ao acesso à justiça, os obstáculos ao acesso à justiça não são passíveis de eliminação um por um, já que as mudanças tendentes a melhorar o acesso, por um lado, tendem a exacerbar outros problemas.
4. O problema educacional do acesso à justiça consiste na incapacidade jurídica de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível, bem como de conhecer o instrumental necessário para o ajuizamento de uma demanda. O problema cultural consubstancia-se na indisposição psicológica das pessoas para recorrer a processos jurídicos de resolução de litígio, quer pela desconfiança quanto à retidão e à probidade dos órgãos do Poder Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça, quer pelos procedimentos formalistas e complicados que distanciam o cidadão da justiça. O problema socioeconômico faz-se presente quando os litigantes não têm recursos suficientes para custear as taxas cobrados pelo Estado pela prestação do serviço jurisdicional e os honorários advocatícios. Para resolver o problema socioeconômico, foi pensada a assistência jurídica, que significa a concessão gratuita de um advogado para demandar ou ser demandado, bem como para prestar orientação jurídica, mormente por meio de repostas a consultas. O problema da duração do processo ocorre quando a demora do procedimento despe o resultado final do feito de efetividade ou utilidade prática.

5. Acesso à justiça não significa apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário ao cidadão, permitindo a formulação de demandas face aos órgãos jurisdicionais instituídos pelo Estado, e sim escancarar a porta de saída, garantindo um devido processo em direito, em que se façam presentes o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas por meios lícitos, a ciência dos atos processuais, o julgamento em tempo razoável, a fundamentação das decisões, o julgamento justo, a eficácia das decisões etc. Em sentido lato – considerando, pois, não só a porta de entrada, mas também a porta de saída do Judiciário –, acesso à justiça, assim como o devido processo legal, visa à concretização dos demais princípios processuais.

6. Princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo, em função disso, ser satisfeitos em variados graus. Regras são determinações de âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, de modo que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas, na medida em que nelas há uma descrição precisa do que se exige, possuindo, portanto, uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Postulados normativos são espécie de normas jurídicas cuja função é instituir metodicamente os critérios e as medidas de aplicação das regras e dos princípios, daí porque se qualificam como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas.

7. O acesso à justiça é um postulado que, além determinar, de forma similar à proporcionalidade, que as regras e princípios do ordenamento devem ser ponderadas, a fim de que se busque a máxima otimização dos valores consagrados constitucionalmente, impõe ainda uma ponderação entre perdas e ganhos relativas aos problemas do acesso à justiça, cujo intuito é avaliar se a melhora ao acesso em determinado ponto compensa a exasperação de outras barreiras.

8. O discurso é composto por dois elementos: as premissas, que compreendem os fatos, as verdades, as presunções, os valores, as hierarquias, os lugares/tópicos, etc; e a conclusão, que, apesar da natural variação de conteúdo, será sempre a tese a que se quer provocar ou aumentar em graus ou intensidade a adesão dos espíritos. A alegação de violação ao acesso à justiça é a própria conclusão do discurso jurídico, já que o só se pode afirmar a violação elíptica do acesso à justiça

empós a aplicação de todas as regras e princípios do ordenamento jurídico e de todas às barreiras ao acesso.

9. As funções essenciais à justiça são funções societais neutrais que atuam como contra-poderes – isto é, modalidades espontâneas de poder que se opõem ao poder estatal e buscam influir nas mais diversas espécies de litígios – constitucionalmente institucionalizados no desempenho de funções de zeladoria, controle, promoção e defesa da justiça, valendo-se, para tanto, de órgãos com independência funcional na estrutura do Estado. Às funções essenciais à justiça restou reservado o poder de provocar a atuação do subsistema jurídico de controle de legalidade do Estado, por meio de funções técnico-jurídicas preventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial.

10. Dado o princípio da inércia da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o Poder Judiciário só se desincumbe de sua função constitucional mediante provocação das funções essenciais à justiça. A responsabilidade das funções essenciais à justiça não está adstrita à porta de entrada do Judiciário ou à consultoria jurídica, porquanto todas são também responsáveis pela porta de saída do Judiciário na medida em configuram um meio de participação de todas as esferas da sociedade no processo judicial com vistas à realização da justiça propriamente dita, de modo que o escopo primário é a observância de critérios de justiça nas relações interpessoais travadas judicialmente ou extrajudicialmente.

11. A nota distintiva entre as funções essenciais encontra-se nos interesses tutelados por cada uma: a advocacia privada defende interesses individuais, coletivos e difusos das pessoas e entes integrantes da sociedade civil, isto é, interesses igualmente privados; o Ministério Público defende interesses individuais, coletivos e difusos indisponíveis, indicados em lei, bem como interesses sociais; a Defensoria Pública defende interesses individuais, coletivos e difusos daqueles que a lei reconhece como necessitados e; a Advocacia Pública defende os interesses acometidos aos entes públicos em que se desdobra internamente o Estado, os interesses públicos.

12. Por buscarem a concretização do acesso à justiça nas mais diversas perspectivas, as funções essenciais à justiça não podem sofrer limitações ou ingerências de quaisquer órgãos entidades, razão pela qual a autonomia/independência é indispensável ao exercício de suas atribuições.

13. A Defensoria Pública é o órgão eleito pela Constituição Federal para resguardar e promover autonomamente os princípios e valores constitucionais sempre que houver, em concreto, violação aos direitos e interesses do indivíduo carente. A evolução histórico-normativa da Defensoria Pública reafirma sua autonomia/independência, bem como sua importância no panorama das funções essenciais à justiça.

14.. A Constituição Federal assegura à Defensoria Pública da União, às Defensorias Públicas dos Estados e à Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios são autonomia funcional, autonomia administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, obstando, assim, a ingerência e/ou a interferência ingerência de outros órgãos e poderes.

15. São princípios constitucionais da Defensoria Pública a unidade, indivisibilidade e independência funcional. A unidade significa que os membros da Defensoria Pública estão organizados em um único órgão, a Defensoria Pública, e submetidos à chefia também única e exclusiva do Defensor Público Geral. A indivisibilidade, de seu turno, permite a substituição de membros da Defensoria Pública nas hipóteses legais sem que haja prejuízo à atuação do todo organizacional, impedindo a solução de continuidade em casos de férias, licenças etc dos integrantes da instituição. Por fim, a independência funcional indica a autonomia de convicção dos membros da Defensoria Pública, os quais devem agir, na persecução dos interesses dos necessitados, de acordo com os ditames de consciência de cada um, razão pela qual a hierarquia é estritamente funcional, porquanto possua exclusivamente o escopo de viabilizar a organicidade administrativa.

16. A Constituição Federal proibiu os Defensores Públicos de exercerem advocacia privada, dispondo ser vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

17. A Constituição Federal reza que o advogado é indispensável administração da justiça. Isso não implica, contudo, que todo e qualquer ato de postulação e de assessoria sejam privativos da advocacia privada, até porque já foram declaradas constitucionais as regras que permitem à parte, pessoalmente, pedir e se defender nos juizados especiais, na justiça do trabalho e na justiça de paz independentemente de advogado.

18. A advocacia privada configura ministério igualmente privado, mas de interesse público e relevante função social, ou seja, *munus publico*, exercido visando ao aperfeiçoamento do sistema jurídico com lealdade e independência na reparação das injustiças, prestado em troca de remuneração econômica, haja vista o caráter econômico/comercial da atividade. Para conciliar o intuito de lucro da advocacia privada com o seu *munus publico*, a Lei 8.906/94 impõe limites éticos à atuação do advogado privado na forma de infrações disciplinares.

19. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil preconiza que “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”, condicionando a inscrição à existência de: capacidade civil; diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; aprovação em Exame de Ordem; não exercício de atividade incompatível com a advocacia; idoneidade moral; compromisso prestado perante o conselho.

20. A Ordem dos Advogados do Brasil serve para tutelar o desenvolvimento da advocacia privada mediante: a) a seleção/inscrição dos interessados no exercício da profissão; b) a defesa das prerrogativas que permitem a atuação profissional livre e independente; c) a imposição da disciplina ética.

21. O artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 entra em confronto direto com a regra constante no artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94. É que, para a mesma situação fática – atuar como Defensor Público –, há no direito positivo pátrio duas regras colidentes entre si, uma exigindo do Defensor Público a inscrição na Ordem dos Advogados para o exercício de sua atividade, e outra reclamando tão somente a nomeação e posse no referido cargo.

22. Está-se diante de uma antinomia quando, em relação a um caso específico, existem no ordenamento jurídico duas regras incompatíveis, ou seja, impassíveis de conformação, seja porque impõem duas obrigações em sentido oposto, seja porque uma proíbe o que a outra permite/obriga, ou ainda seja porque uma obriga e a outra permite, e não é possível se conformar a uma sem violar a outra.

23. Para resolver a antinomia, a ciência do Direito, com o decorrer dos séculos, elaborou os três critérios clássicos: hierarquia, especialidade e cronologia. Pela hierarquia, a norma de nível hierárquico superior revoga a norma de nível inferior. Pela especialidade, a norma especial revoga a geral. Pela cronologia, a norma posterior derroga a norma anterior. Se os próprios critérios entrarem em conflito, já que mais de um pode ser aplicado, há a antinomia de segundo grau, para a qual a ciência do direito também elaborou critérios resolutivos.

24. Os critérios e metacritérios clássicos de solução de antinomia apontam para a prevalência da regra constante no artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 em detrimento daquela prevista do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/08. Isso porque o artigo 4º, §6º, da Lei Complementar 80/94 é mais recente, mais específico e de grau hierárquico superior.

25. Os critérios clássicos de solução de antinomia são regras jurídico-positivas, motivo pelo qual são passíveis de relativização mediante o estabelecimento de cláusulas de exceções, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, tudo para, ante a antinomia, prevalecer a norma mais condizente com a indispensável ponderação dos direitos fundamentais. Se os critérios clássicos de solução de antinomia não passam de regras jurídico-positivas – objeto, portanto, de cláusulas de exceções –, para saber se a aplicação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil aos Defensores Público viola o acesso à justiça, é preciso analisar as demais regras e princípios do ordenamento jurídico que se relacionam com a questão, afinal, a violação ao acesso à justiça é a conclusão do discurso fundado em regras e princípios.

26. A inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil prevista no artigo 26, *caput* e §2º, é apenas um requisito para ingresso na carreira destinado à comprovação da capacitação profissional e técnica. Assim, após a nomeação e o empossamento no

cargo de Defensor Público, o exercício da atividade de Defensor não mais se condiciona a qualquer situação perante a Ordem dos Advogados do Brasil, pois o artigo 4º, §6º da Lei Complementar 80/94 é peremptório nesse sentido.

27. O artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, ao impor a inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil, viola a relação equânime e equidistante existente entre as funções essenciais à justiça, pois vincula a Defensoria à entidade responsável pelo controle da advocacia privada.

28. Embora a palavra advogado signifique aquele chamado para estar junto – o que se amolda às atividades empreendidas pelo Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Advocacia Privada, já que todas são chamadas para estar junto de determinadas pessoas/interesses –, o conceito histórico/etimológico de advogado não foi eleito pelo poder constituinte. Preferiu a Constituição unir tais instituições sob a alcunha de funções essenciais à justiça, distinguindo-as tão somente em razão dos interesses tutelados.

29. A própria Constituição Federal, tendo em vista a extrema relevância das funções essenciais para o acesso à justiça, conferiu capacidade aos membros da Defensoria Pública, do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Advocacia Privada para atuar em juízo e fora dele na defesa dos respectivos interesses, especificando as funções e atribuições de cada um, cabendo a cada entidade fixar seus regramentos e limitações.

30. O artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 vai de encontro à necessária independência das funções essenciais à justiça, bem como à autonomia institucional da Defensoria Pública, pois vincula os membros da Defensoria a entidade estranha, a Ordem dos Advogados do Brasil. Especificamente em relação à Defensoria Pública, a Constituição conferiu autonomia administrativa, funcional e financeira, sendo as três espécies de autonomia vergastadas pelo artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94.

31. Nos termos do artigo 134, §1º, da Constituição, ao Defensor Público é vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Com efeito, o termo advocacia presente na regra constitucional foi utilizado no sentido lato, etimológico, motivo pelo qual a interpretação do dispositivo é no sentido de que o Defensor Público

está proibido de trabalhar concomitantemente como membro de outras funções essenciais à justiça, seja o Ministério Público, a Advocacia Pública ou a Advocacia Privada.

32. A indispensabilidade do advogado privado consagrada no artigo 133 da Constituição não significa que a capacidade postulatória e a consultoria jurídica sejam exclusivas dessa específica função essencial à justiça. Como a indispensabilidade do advogado é bastante relativa, não serve ela como fundamento à exigência do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 em relação ao Defensor Público.

33. A proibição direcionada ao advogado privado quanto à veiculação de qualquer tipo de publicidade/propaganda é incompatível com o dever da Defensoria Pública e, portanto, do Defensor Público, de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

34. O fato dos servidores da administração direta, indireta, ou fundacional, serem impedidos de exercer a advocacia privada contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora não se coaduna com a prerrogativa do Defensor Público atuar, inclusive, contra a Pessoa Jurídica de Direito Público que, em última instância, o remunere.

35. Acaso aplicado concomitantemente o regime ético-disciplinar constante no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e o regime ético-disciplinar previsto na Lei Complementar 80/94, o Defensor Público seria punido duas vezes pelo mesmo fato na seara administrativa – *bis in idem* –, já que tanto a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública quanto o Tribunal de Ética e Disciplina do respectivo Conselho Seccional da Ordem estariam aptos a aplicar sanções.

36. A regra do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94, ao exigir que os Defensores Públicos estejam inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil para exercer seu ofício, acaba por agravar o problema sócio-econômico do acesso à justiça, pois viola a autonomia/independência da Defensoria Pública, criando, assim óbices à defesa integral dos necessitados. Com tal circunstância, por via de consequência, exsurtem reflexos negativos aos demais problemas do acesso à justiça, inclusive a barreira da duração razoável do processo.

37. A aplicação do artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 aos Defensores Públicos mitiga o problema cultural com o estabelecimento de instância de correção e punição dos desvios ético-funcionais. No entanto, mitiga de forma fraca, porquanto já existem órgãos de controle interno – Corregedoria e Ouvidoria da Defensoria Pública – responsáveis pelo respeito às normas éticas da profissão.

38. O artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 agrava intensamente o problema educacional. Isso porque o regime do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil proíbe qualquer tipo de publicidade/propaganda pelo advogado, o que impede o Defensor de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

39. Ponderados as perdas e os ganhos proporcionados pelo artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 aos problemas ínsitos ao acesso à justiça, nota-se que a pequena melhora no obstáculo cultural não compensa a intensa exasperação da barreira sócio-econômica, educacional e da duração razoável do processo.

40. O artigo 3º, §1º, da Lei 8.906/94 viola o acesso à justiça, pois, além de ser incompatível com as regras e princípios relacionados à atuação do Defensor Público, a melhora proporcionada pelo preceito ao problema cultural do acesso à justiça não compensa o agravamento das barreiras socioeconômica, educacional e da duração razoável do processo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, Cleber Francisco; PEREIRA FILHO, Ricardo de Mattos. *Considerações Acerca da Natureza Jurídica da Defensoria Pública*. In: RUGGERI RÉ, Aluísio Lunes Monti; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Orgs.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. Vol 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 57-84.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Conceito e características da advocacia. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8324>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 27-28.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm.

BRASIL. Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009. *Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. *Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm.

BRASIL. Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963. *Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. *Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127, Relator Marco Aurélio, publicado no Diário de Justiça em 11/06/2010. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026, Relator Ministro Eros Grau, publicado no Diário de Justiça em 29/09/2006. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 377457, Relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário de Justiça em 19/12/2008. Disponível em: www.stf.jus.br.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DESCARTES, René. *Regras para a direção do espírito*. Tradução: João Gama. Lisboa: Edições 70, 1985.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico*. V. 2. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Bruno; PAVI, Carmelice Faitão Balbinot; CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. *A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça na América Latina*. In: RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Orgs.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. Vol 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 67-87.

FIGUEIREDO, Digo de. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. In *Revista de Informação legislativa*, v.29, nº 116, p. 79-102, out./dez. De 1992

GARRIDO, José Antônio. *Sobre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos*. *Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA*, Salvador: EDUFBA, n. 13, p. 125-138, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia a Ciência do Direito*. 3ª Edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACCORNICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Corando Huber Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Parecer sobre a capacidade postulatória do Defensor Público. Disponível na página da APADEP, Associação Paulista de Defensores Públicos, 2011, em:
<http://www.apadep.org.br/artigos/Parecer%20Bandeira%20de%20Mello.pdf/view>.

MENDES, Filmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares Mendonça. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988*. In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral, nº 43, Rio de Janeiro, 1991, p. 31-40.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Funções Essenciais à Justiça e Contra-Poderes*. In: Revista da AGU, Brasília – DF, ano IX, n. 27, jan./mar. 2011.

NASCIMENTO, Marcos Henrique Caetano. *A Educação em Direitos no Âmbito da Defensoria Pública e seu Desafio de Implementação*. In: RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Orgs.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. Vol 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 1.037-1.071.

NETO, José Mário Wanderley Gomes Neto; PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Análise Sociojurídica do Acesso à Justiça: as Implicações no Pluralismo Jurídico do Acesso à Ordem Jurídica Justa*. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. (Org.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador, BA: Juspodium, 2008. p. 133-182.

OLIVEIRA, Thiago Alves de. Princípio do defensor público natural. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2616, 30 ago. 2010. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/17296>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. *Tratado da Argumentação Jurídica: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. Ajusta ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. *Acesso à Justiça: suas Posições Epistemológicas*. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. (Org.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador, BA: Juspodium, 2008. p. 97-132.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. *Acesso à Justiça: suas Posições Epistemológicas*. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. (Org.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 97-132.

ROLLO, Alberto. *O advogado e a administração pública*. Barueri: Manole, 2003.

ROMEU, Luciana Campanelli; PASSAMI, Marcelo; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos; GROTERHOST, Rebecca. *Análise Crítica dos Critérios Utilizados pela Defensoria para Definição do Necessitado nos Termos do Artigo 134 da Constituição*. In: RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Orgs.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. Vol 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 155-190.

RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes. *Manual do Defensor Público: Teoria e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SADEK, Maria Tereza Aina. *Defensoria Pública: a Conquista da Cidadania*. In: RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Orgs.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. Vol 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 19-31.

SANTOS JÚNIOR, Filovalter Moreira dos. A autonomia funcional da Defensoria Pública e o sistema de proteção dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3698, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24571>>. Acesso em: 13 nov. 2014

SANTOS JÚNIOR, Filovalter Moreira dos. Princípios institucionais da Defensoria Pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3746, 3 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25453>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

SEBASTIÃO, Jurandir. *A Responsabilidade Civil do Advogado e o Ônus da Prova*. In: Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998) – Uberaba, MG: UNIUBE, 1998, p. 13-40. Disponível em: http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_13.pdf

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLLBERG, Rafael Gondim D`Halvor. O Advogado e a busca pela Justiça. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6978>. Acesso em nov 2014.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

TAVARES, André Ramos. Parecer sobre a capacidade postulatória do Defensor Público, disponível na página da ANADEP, Associação Nacional dos Defensores Públicos: <http://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/1409/P_DEFENSORIA_Andre_Ramos_Tavares.pdf>

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Acesso à Justiça, Proporcionalidade e a “Pílula Vermelha” entre Racionalidade e Hermenêutica*. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. (Org.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador, BA: Juspodium, 2008. p. 87-96.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães; REIS, Gustavo Augusto Soares dos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Constitucionalidade da Capacidade Postulatória Autônoma do Defensor Público: Fundamentos e Importância para a Defesa de Direitos Humanos* In: RUGGERI RÉ, Aluísio Lunes Monti; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Orgs.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. Vol 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 97-132.