

A assistência jurídica como garantia fundamental do acesso à justiça no Estado Democrático de Direito

Recebido em 11|12|2006
Aprovado em 15|12|2006

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Professor Adjunto de Filosofia do Direito com Teoria Geral do Direito no Departamento de Direito Privado da Universidade Federal da Bahia. Professor dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* do UNIFIEO, SP e Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, RJ.

Resumo

Sustenta-se no presente trabalho que o Estado brasileiro deve fornecer os meios para que o cidadão tenha acesso à justiça, sob pena de soçobrar diante das pressões sociais. Nesse sentido, a assistência jurídica por meio do fortalecimento da Defensoria Pública, assim como a observância (e conhecimento) das isenções processuais se mostram como metas prioritárias a serem perseguida.

Palavras-chave

Assistência jurídica. Defensoria Pública. Justiça processual.

Abstract

We argue in the present paper that the Brazilian State must furnish the means for the citizens to have access to justice in order to avoid their decay under heavy social pressures. To achieve this it is needed the accomplishment of legal assistance by public defenders and also through the observance and acknowledgment of procedural fees that show themselves as priority target to be followed.

Key words

Legal assistance. Public defender. Procedural Justice.

A exata compreensão do significado da assistência jurídica gratuita e das isenções processuais, enquanto formas de viabilizar o acesso à justiça – e, logo, de um direito fundamental, o que lhe confere a natureza, ela própria, de garantia fundamental – pressupõe o “Estado Democrático de Direito”, que nossa Constituição pretende instituir no País – é o que se lê em seu “Preâmbulo” e no seu primeiro artigo. A percepção do significado dessa “fórmula política”, por esta adotada, de acordo com Pablo Lucas Verdú (1977, p. 532), constituiu-se como um *programa de ação* a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade. “A fórmula política”, acrescenta porém o eminente catedrático da Universidade de Madri, “é um fator essencialmente dinâmico, pois toda ideologia pretende realizar-se mediante sua institucionalização e sua implantação na realidade social!”

Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades européias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberda-

de, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.²

A cada um desses modelos de Estado correspondem determinadas “gerações de direitos fundamentais”, como bem explica Mestre Paulo Bonavides (1990/1991, *id.*, 1997, p. 524 ss.). A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, “direitos de liberdade”, que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado se omite de interferir em sua esfera juridicamente intangível. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento. Aqui cabe falar em direitos gestados sucessivamente na história para atender aos reclamos das revoluções do séc. XVIII por “liberdade, igualdade e fraternidade”. Os direitos fundamentais de última geração, aqueles mais próprios do Estado Democrático de Direito, são mais que direitos de liberdade e igualdade, são direitos de fraternidade ou, talvez melhor, de solidariedade.

¹ Posteriormente, em ciclo de palestras proferidas na Universidade de San Martín de Porres (Peru), entre os dias 28 a 31 de outubro de 1996, a fórmula política de uma constituição foi definida por seu idealizador nos seguintes termos: “Uma expressão ideológica, fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa em uma estrutura socioeconômica” (VERDÚ, 1997, p. 36). Em seguida, após analisar cada elemento componente da definição, aponta nosso A, para as *funções* exercidas pela fórmula política em relação à constituição, que seriam basicamente quatro: a) servir de fator de identificação interna e externa do regime adotado no país e, com isso, b) assegurar a sua permanência, servindo c) como guia para a interpretação da Constituição, bem como d) de limite para sua reforma.

² Nessa perspectiva, tem-se a conhecida obra de Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, de 1975, bem como a monografia já clássica na literatura política e constitucional em nosso País, de Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, com várias edições.

A instituição da Defensoria Pública, incumbida de prestar assistência jurídica gratuita, ilustra bem o significado diverso dessas gerações de direitos fundamentais, bem como dos modelos de Estado a que correspondem. Se no Estado liberal de Direito o patrocínio das causas de necessitados, quando se dava às custas do Estado, limitava-se a causas penais, ficando o restante na dependência de uma “caridosa” prestação de assistência judiciária gratuita por parte de advogados – assim era a situação entre nós ainda sob a égide da primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891 –, é com os modelos mais socializantes de Estado, mesmo aqueles autoritários, que se cria instituições públicas de assistência judiciária aos necessitados, como ocorreu no País com a Carta Constitucional de 1934, por força de seu art. 113.

No Estado Democrático de Direito é que se vai superar, dialeticamente, a contraposição entre o absentismo estatal e o assistencialismo, sendo essa superação visível, em matéria de assistência jurídica, numa instituição como essa da Defensoria Pública, que não existe para patrocinar de modo individualista e precário as causas daquela parcela menos favorecida da população, mas sim, nos termos da própria Constituição de 1988, para fornecer-lhes “orientação jurídica e defesa”, ou seja, assistência jurídica integral, o que implica em comprometimento com a realidade social em que o indivíduo ou grupos de indivíduos necessitados estão inseridos. Uma assistência jurídica integral significa, em primeiro lugar, fornecer esclarecimento ao cidadão sobre seus direitos, além de patrocinar causas em defesa dessa cidadania. A advocacia contenciosa, portanto, não é o único objetivo da Defensoria Pública, nem talvez o mais importante.

O fato de ser uma “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”, nos termos do art. 134, *caput*, da nossa Constituição da República, caracteriza a Defensoria pública como imprescindível à fruição plena de direitos por parte dos jurisdicionados, sendo portanto objeto de um “direito fundamental a ter direito”, pois de nada adianta se ter direitos declarados sem que se tenha a necessária proteção contra as ameaças e violações desses direitos. Para lembrar a advertência de Norberto Bobbio (1992), vivemos uma fase da “era dos direitos” em que se busca os meios de efetivação objetiva desses direitos, que vem sendo consagrados a dois séculos. Para garantir essa efetivação necessita-se de instituições, e essas instituições, por sua vez, devem se revestir de garantias, que lhes permita cumprir com seus objetivos.

Com relação à Defensoria Pública, as isenções processuais que existem para garantir, nos processos judiciais, maior igualdade real entre os cidadãos, os quais só formalmente são iguais perante a lei. Na ausência ou com a redução da presença de instituições como a Defensoria Pública e garantias como a isenções processuais fica extremamente fragilizado o Estado Democrático de Direito, o qual depende em elevadíssimo grau de *procedimentos*, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização. Isso porque o Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não podem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais.

Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a *esfera pública*, ocupada pelo Estado, a *esfera privada*, em

que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a *esfera coletiva*, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

Há quem veja na projeção atual desses grupos, no campo político e social, um dos traços característicos da pós-modernidade, quando então as ações mais significativas se deveriam a esses novos sujeitos coletivos, e não a sujeitos individuais ou àqueles integrados na organização política estatal (cf. GUERRA FILHO, 1993, esp. p. 142).³ Indubitavelmente, o problema básico a ser solucionado por qualquer constituição política contemporânea não pode mais ser captado em toda sua extensão por aquela formulação clássica, em que se tinha um problema de delimitação do poder estatal frente ao cidadão individualmente considerado. Hoje entidades coletivas requerem igualmente que se discipline suas atividades políticas e econômicas, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública. Para solucionar as colisões entre interesses diversos de certas coletividades entre si e com interesses individuais ou estatais, tão variadas e imprevisíveis em sua ocorrência, não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, donde a dependência incontornável de procedimentos para atingir as soluções esperadas.

Compreende-se, então, como o centro de decisões politicamente relevantes, no

Estado Democrático contemporâneo, sofre um sensível deslocamento do legislativo e executivo em direção ao judiciário. O processo judicial que se instaura mediante a proposição de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção etc. –, torna-se um instrumento privilegiado de *participação política e exercício permanente da cidadania*.⁴

Especial atenção merece, assim, o problema do estabelecimento de formas de participação suficientemente intensa e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida no âmbito de ações constitucionais. Procedimentos instaurados por ações coletivas, como a ação popular e a ação civil pública, funcionam como verdadeiros instrumentos processuais de participação política, que permitem aos cidadãos o exercício da cidadania ativa, isto é, uma participação pluralística dos representantes dos mais diversos segmentos da sociedade, com a interpretação que lhes é peculiar, inclusive do texto constitucional, formando o que o constitucionalista alemão Peter Häberle chamou de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.⁵

Isso significa, então, que o procedimento com as garantias do “devido processo legal” (*due process of law*), i. e., do amplo debate, da publicidade, da igualdade das partes etc., se torna instrumento do exercício não só da função jurisdicional, como tem sido até agora, mas sim das demais funções do Estado

³ É assim que, para Gomes Canotilho (1996, p. 882), “o Estado cooperativo da pós-modernidade vive com grupos que ao assumirem-se como *terceiro sector* entre o Estado e a sociedade, entre o público e o privado, entre o poder e o mercado, podem também organizar-se como sujeitos idôneos de dinamização dos processos de fiscalização da constitucionalidade” (grifos do A.).

⁴ Cf., v.g., GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (1988), bem como RAMOS, Elival da Silva (1991) e COMPARATO, Fábio Konder (1996, p. 3 ss.).

⁵ Cf. HÄBERLE (1975, p. 297 ss.).

também, donde se falar em “jurisdicionalização” dos processos legislativo e administrativo (CAPPELLETTI) e “judicialização” do próprio ordenamento jurídico como um todo. Esse é um fenômeno próprio do Direito na sociedade em seu atual estágio evolutivamente mais avançado, em direção à sua mundialização, que ainda está a merecer a devida atenção, extraíndo consequências para uma re-orientação do pensamento jurídico, no sentido de uma maior preocupação com o “caminho” de realização do Direito, com o *processo* de sua concretização, já que a previsão abstrata de como resolver situações inusitadas e da complexidade daquelas que se apresentam a nós contemporaneamente, em normas com o caráter de regras de Direito material, se mostra bastante deficiente.

Ocorre, então, que em geral os interesses coletivos, conquanto respaldados em normas de nível constitucional, não o são por leis regulamentadoras dos direitos fundamentais, delas advindos, e não é por isso que se vai admitir o seu desrespeito. Caberá, assim, ao Judiciário suprir a ausência completa e os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização dos chamados “Direitos fundamentais de terceira geração”, ou “direitos de solidariedade”, precisamente os direitos sociais, econômicos e culturais, relativos à preservação do meio ambiente, das peculiaridades culturais de minorias, étnicas ou “éticas” etc.

Vê-se, portanto, como efetivamente pode-se sustentar a tese **de que o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais Poderes estatais, na produção normativa.**

As decisões a respeito de problemas envolvendo conflitos sociais sobre interesses coletivos da natureza daqueles acima

mencionados não só encontram uma regulamentação insuficiente, como também, por sua novidade, não seria de se ver aí algo de muito inconveniente, pois é melhor mesmo que eles sejam inicialmente tratados e resolvidos no âmbito de procedimentos judiciais. Esses procedimentos devem ser estruturados de forma a permitir a mais ampla participação de “sujeitos coletivos”, com a integração do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida, havendo ainda que se prever a possibilidade de a decisão se tornar, a um só tempo, vinculante para casos futuros semelhantes e passível de ser modificada, diante da experiência adquirida em sua aplicação.

Sem meios de garantir o patrocínio dessas ações de interesse coletivo uma massa de cidadãos termina tendo como recurso único para fazer valer seus direitos a desobediência civil, com o que fica ameaçado o Estado de Direito no País. O Estado brasileiro, portanto, não pode deixar de fornecer os meios para que o cidadão tenha acesso à justiça, pondo-se em sintonia com aquele “movimento mundial para a efetividade dos direitos”, tão bem estudado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1983), sob pena de soçobrar diante das pressões sociais. O fortalecimento da Defensoria Pública, assim como a observância (e conhecimento) das isenções processuais, sem dúvida, são metas prioritárias, caso pretenda-se garantir com maior eficácia no País esse “direito a ter direitos”, como pode-se definir a cidadania. Isso para que “levemos a sério os direitos fundamentais”, como diz Ronald Dworkin (1978), aproximando-nos mais da realização de um Estado verdadeiramente Democrático no Brasil, em que se dá um efetivo acesso à justiça.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1961; 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980; 5. ed. 1988.
- _____. A nova universalidade dos direitos fundamentais. *Nomos*, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, n. 9-10, Fortaleza: Imprensa Universitária, 1990/1991.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **El acceso a la justicia**. La Plata: Colegio de Abogados, 1983.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Ed.) **Perspectivas Constitucionais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Ed.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). **Revista de Processo**, n. 70, São Paulo, 1993.
- HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. **Juristenzeitungen**, n. 30, Berlin, 1975.
- RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: RT, 1991.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Madri: Tecnos, 1977. v. 2.
- _____. **Teoría de la Constitución como ciencia cultural**. San Martín de Porres (Peru): Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la USMP, 1997.