

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Hellen Cristina do Lago Ramos

**A Defensoria Pública e a concretização do direito fundamental à assistência
jurídica: uma análise sob a perspectiva do mínimo existencial**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2017

Hellen Cristina do Lago Ramos

**A Defensoria Pública e a concretização do direito fundamental à assistência
jurídica: uma análise sob a perspectiva do mínimo existencial**

Dissertação apresentada à banca examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito, sob a orientação do Professor
Doutor Vidal Serrano Nunes Junior.

São Paulo

2017

COMISSÃO EXAMINADORA

São Paulo, ____ de _____ de 2018.

Aos meus pais, Jurandir e Edna, e à minha irmã, Deborah,
que sempre estiveram ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar e sempre, a Deus, que diariamente me mostra o tamanho de seu amor por mim. Sem ele eu nada seria.

Muitas pessoas contribuíram para a conclusão de mais essa etapa da minha vida. Sempre me considerei uma pessoa de muita sorte, porque ao longo de toda a minha caminhada, seja acadêmica, profissional ou pessoal, jamais me faltaram pessoas especiais, prontas para me ajudar com um conselho, com uma palavra de apoio ou com a simples presença. Por isso, sintetizar em poucas linhas o tamanho da minha gratidão não é uma tarefa fácil.

Agradeço aos meus familiares. Ao meu pai, Jurandir, que embora não esteja presente nesse momento, seu amor por mim sempre estará presente no meu coração. Tenho certeza de que ele compartilharia comigo a alegria dessa conquista, assim como fez durante toda a sua vida. À minha mãe, Edna, por ser um exemplo de vida e de dedicação. Precisaria de toda uma existência para demonstrar o tamanho do meu amor e de minha gratidão a ela, que é a principal responsável por todas as minhas vitórias. Agradeço também à minha irmã, Deborah, pelo privilégio de poder caminhar juntas pela vida. Como é maravilhoso poder sempre contar com o seu apoio, seus conselhos e sua companhia.

Agradeço ao Julio, que tive a sorte de conhecer durante o curso de mestrado. O simples fato de estar presente na minha vida já seria motivo suficiente para isso. Mas, além disso, agradeço-o pelo companheirismo e por me ajudar ativamente na conclusão dessa dissertação.

Agradeço ao meu orientador, professor Vidal Serrano, pela confiança em mim depositada, pelos conselhos e ensinamentos transmitidos e por estar sempre acessível e disposto a me auxiliar na realização desse trabalho.

Agradeço também aos professores que compuseram a banca de qualificação, Gustavo Junqueira e Nathaly Roque, pelas importantes críticas e observações feitas à versão preliminar desse trabalho.

Sou imensamente grata, ainda, à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por viabilizar, por meio de incentivo financeiro, a realização desse mestrado acadêmico.

Por fim, agradeço à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, instituição a qual tenho a honra de integrar. Não são poucas as adversidades e os desafios que se apresentam em nosso cotidiano. Porém, nesses anos de atuação como Defensora Pública, pude testemunhar o compromisso que a instituição e seus membros têm com a concretização do acesso à justiça aos necessitados, aos grupos sociais vulneráveis e a todos àqueles que vivem à margem da sociedade. Esse compromisso e essa seriedade me inspiram diariamente.

“A essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos.”

Hannah Arendt

RESUMO

Mais que proclamar direitos, o maior desafio das sociedades democráticas atuais é garantir a sua efetividade. De nada adianta um extenso rol de direitos civis, políticos e sociais, se não existirem instrumentos destinados a concretizá-los na prática.

O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita é, nesse contexto, o principal meio de acesso à justiça destinado aos necessitados. É mediante a assistência jurídica gratuita que os hipossuficientes econômicos e organizacionais podem exigir a realização de seus direitos perante o Poder Judiciário.

Para além da atuação em juízo, a assistência jurídica integral e gratuita destina-se à proteção dos direitos dos necessitados em outros âmbitos, inclusive por vias extrajudiciais (com a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos), e também se volta à promoção da educação em direitos.

Diante da essencialidade desse direito para a proteção da dignidade da pessoa humana é que o presente trabalho busca relacioná-lo ao mínimo existencial, ou seja, a um conteúdo intangível de direitos necessários para a garantia de um padrão mínimo de dignidade.

Assim, como direito integrante do mínimo existencial, o direito fundamental à assistência jurídica deve a ser tratado como política pública prioritária, que não se sujeita ao argumento da reserva do possível. Portanto, a devida estruturação da Defensoria Pública, que é a instituição constitucionalmente concebida para efetivar o direito fundamental à assistência jurídica, deve receber a mesma atenção prioritária pelos poderes constituídos.

Palavras-chave: acesso à justiça; assistência jurídica; Defensoria Pública; dignidade humana; direitos fundamentais; mínimo existencial; reserva do possível.

ABSTRACT

Rather than proclaiming rights, the greatest challenge of the actual democratic societies is to ensure their effectiveness. There is no point in an extensive list of civil, political and social rights, if there are no instruments to implement them in practice.

The fundamental right to full and free legal aid is, in this context, the principal means of access to justice for those in need. It is through free legal aid that the economic and organizational hype can demand the realization of their rights before the Judiciary.

In addition to legal action, full and free legal aid is designed to protect the rights of the needy in other areas, including through extrajudicial channels (through the use of alternative means of conflict resolution), and rights education.

In view of the essentiality of this right for the protection of the dignity of the human person, the present work seeks to relate it to the existential minimum, that is, to an intangible content of rights necessary to guarantee a minimum standard of dignity.

Thus, as a right integral to the existential minimum, the fundamental right to legal aid must be treated as a priority public policy, which is not subject to the “under reserve of the possibilities” argument. Therefore, the proper structuring of the Public Defender, which is the institution constitutionally designed to effect the fundamental right to legal aid, should receive the same priority attention by the constituted powers.

Keywords: access to justice; legal aid; Public Defender; human dignity; minimum existential.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA.....	13
1.1. O acesso à justiça e o direito fundamental à assistência jurídica: delimitando o objeto do estudo.....	13
1.2. O acesso à justiça: de garantia formal a direito fundamental	14
1.3. A universalização do acesso à justiça: obstáculos e “ondas renovatórias”	18
1.3.1. Obstáculos do acesso à justiça.....	18
1.3.2. As “ondas renovatórias” de acesso à justiça: o direito fundamental à assistência jurídica como o principal instrumento de acesso à justiça	20
1.4. Breve histórico da assistência jurídica no Brasil	22
1.5. Diferenças conceituais: assistência jurídica integral e gratuita, assistência judiciária gratuita e gratuidade de justiça	26
1.6. Modelos de prestações de assistência jurídica.....	30
1.6.1. Modelo <i>judicare</i>	31
1.6.2. Modelo público (<i>salaried staff model</i>)	33
1.6.3. Modelo misto ou híbrido	34
1.7. Destinatários do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita	35
1.7.1. Necessitado econômico	36
1.7.2. Necessitado organizacional	40
1.8. A assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental	43
1.8.1. Breves considerações acerca das “dimensões” (ou “gerações”) de direitos fundamentais.....	45
1.8.2. A natureza do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita	48
1.8.3. Dimensão objetiva do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita	51
1.8.4. Dimensão subjetiva do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita.....	56
2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA....	58
2.1. A Defensoria Pública como instrumento de promoção da igualdade.....	58
2.1.1. O regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública.....	61

2.1.2. Autonomia funcional, administrativa e financeira	66
2.1.3. Educação em direitos: função prioritária da Defensoria Pública	76
2.2. A Defensoria Pública como garantia institucional e cláusula pétrea do sistema democrático	78
2.3. A vedação do retrocesso e o dever de implementação progressiva da Defensoria Pública	82
3. A EXIGIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA: O MÍNIMO EXISTENCIAL E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	88
3.1. Base filosófica: o mínimo existencial e a teoria da justiça segundo John Rawls	88
3.2. O que é núcleo sindicável do princípio da dignidade da pessoa humana?	91
3.2.1. Noções conceituais: a delimitação do mínimo existencial	96
3.2.2. Diferenças conceituais: núcleo essencial dos direitos fundamentais e o mínimo existencial	101
3.3. O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e o mínimo existencial: uma relação necessária	103
3.4. A justiciabilidade do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita	108
3.4.1. Estratégia de positivação e a exigibilidade do direito fundamental à assistência jurídica na Constituição Federal de 1988	108
3.4.2. A não oponibilidade do argumento da reserva do possível à implementação do direito fundamental à assistência jurídica como conteúdo do mínimo existencial.....	116
3.4.3 O controle judicial de políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita	121
3.5. Diagnóstico do acesso à assistência jurídica no Brasil: um horizonte a ser percorrido.....	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça ganhou especial relevância no cenário jurídico desenhado pela Constituição Federal de 1988 que ao inserir no ordenamento um extensivo rol de direitos e garantias fundamentais, investiu fortemente em instrumentos e em instituições destinadas a conferir exigibilidade a esses direitos.

Nesse contexto é que se insere o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, lançado pelo constituinte como o instrumento imprescindível para garantir o acesso à justiça aos hipossuficientes econômicos e organizacionais.

O estudo ora proposto tem por objetivo analisar o direito fundamental à assistência jurídica sob a perspectiva do mínimo existencial. Qual é o significado e o alcance do direito fundamental à assistência jurídica? Quem são os seus destinatários? Qual é a sua natureza jurídica? Como esse direito tem sido implementado? Qual é força de sua exigibilidade? Qual o papel da Defensoria Pública na concretização desse direito?

Essas e outras questões são as propostas deste trabalho, que tem por finalidade não apenas trazer as respostas às indagações ora levantadas, mas também contextualizar, destrinchar e analisar o direito fundamental à assistência jurídica sob o ponto de vista crítico, com base na doutrina e na jurisprudência que trata da matéria.

O estudo é organizado em três capítulos: a investigação do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita; a concretização desse direito por meio da Defensoria Pública e, por fim, a exigibilidade e a justiciabilidade do direito fundamental à assistência jurídica.

O primeiro capítulo é direcionado a contextualizar o direito fundamental à assistência jurídica, buscando entendê-lo, inicialmente, como um instrumento de acesso à justiça, para então analisá-lo como um direito fundamental. Com vistas a situar o estudo do tema, será feita uma análise histórica do direito fundamental à assistência

jurídica e dos modelos de prestação dos serviços de assistência jurídica existentes, pontuando-se os aspectos positivos e negativos de cada um desses sistemas. Posteriormente, buscar-se-á entender a fundamentalidade do direito à assistência jurídica, seus destinatários, sua natureza jurídica, suas dimensões e desdobramentos.

No segundo capítulo o estudo será focado na Defensoria Pública, instituição constitucionalmente destinada a viabilizar e a concretizar o direito fundamental à assistência jurídica aos necessitados. Como ficará demonstrado ao longo do trabalho, o sistema constitucional arquitetado para garantir o acesso à justiça aos hipossuficientes conferiu à Defensoria Pública um papel de protagonismo na efetivação desse direito.

Não por outra razão, o constituinte buscou atribuir à Defensoria Pública uma série de garantias, instrumentos e prerrogativas para que a instituição desempenhe sua função constitucional de forma efetiva e livre de amarras políticas. Por isso, a segunda parte do trabalho é dedicada ao estudo do regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública, sua autonomia (funcional, administrativa e financeira), sua permanência no sistema constitucional e sua essencialidade para a construção do regime democrático e para a efetivação do acesso à justiça.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado à análise da exigibilidade do direito fundamental à assistência jurídica. O objetivo desse capítulo é estudar a justiciabilidade do direito à assistência jurídica, tendo como enfoque o mínimo existencial. Para tanto, será feita uma reflexão sobre o mínimo existencial, sua definição e efeitos jurídicos, relacionando-o, posteriormente, com o direito fundamental à assistência jurídica.

Em seguida, o estudo será direcionado aos efeitos práticos, em termos de exigibilidade, do direito fundamental à assistência jurídica, considerando-o como conteúdo do mínimo existencial. Será feita a necessária ponderação sobre as implicações das questões orçamentárias frente à implementação de direitos sociais e dos direitos relacionados ao mínimo existencial, buscando-se, finalmente, entender a legitimidade do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à assistência jurídica ante a omissão estatal.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

1.1. O acesso à justiça e o direito fundamental à assistência jurídica: delimitando o objeto do estudo

É pressuposto de toda sociedade democrática que tenha como fundamento a promoção da dignidade da pessoa humana a existência de um aparato normativo e fático destinado à efetivação do acesso à justiça.

O estudo do acesso à justiça pode ser feito de diversos pontos de vista: o acesso físico ao Poder Judiciário, o acesso ao sistema de justiça, o acesso ao conhecimento do direito, entre outros.

Todos os aspectos que envolvem o acesso à justiça são importantes, pois todos eles revelam uma única finalidade: garantir o acesso à uma ordem jurídica justa. Desse modo, é importante que se considere o acesso à justiça, no sentido amplo, como um direito fundamental e não como uma mera garantia formal.¹

É verdade que o acesso à justiça, para além de uma garantia formal que expressa a possibilidade de o indivíduo apresentar uma demanda perante o Poder Judiciário, deve ser analisado também em seus aspectos específicos, que compreende o estudo dos instrumentos destinados a viabilizar o exercício dessa garantia.

¹ Sobre a extensão da expressão “acesso à justiça”, são interessantes as ponderações de Renato Campos de Vitto e Andre Luiz Machado: “De início, vale lembrar que a expressão acesso à justiça deve ser tomada em sua real extensão: não se confunde apenas com a acessibilidade formal aos serviços judiciais, mas, constituindo direito social da maior relevância, impõe ao ente governamental a adoção de providências concretas que tornem efetiva a concretização dos direitos dos cidadãos. Uma defesa meramente formal, como se sabe, pode mostrar-se mais nociva que a ausência de defesa. Não se pode desconsiderar, portanto, que acepção implica não só na acessibilidade do sistema, mas fundamentalmente no direito a uma solução justa, individual e socialmente, respeitando de modo efetivo as garantias basilares do devido processo legal e da ampla defesa. Sem embargo, o acesso à justiça é um dos direitos fundamentais de maior expressão em nosso sistema constitucional, não havendo como se falar em exercício de cidadania sem que o Estado se desincumba de sua tarefa, que consiste na provisão de meios para que suas instituições, ligadas ao sistema de justiça, estejam devidamente estruturadas para atender aos reclamos da população”. In: “A Defensoria Pública como instrumento de consolidação da democracia”, p. 230. Disponível em: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/156JuizadosEspeciaisoprocessoinexoraveldamudanca.pdf>. Acesso em 06.11.2017.

É neste ponto, portanto, que se situa o objeto do presente trabalho, que não tem por finalidade destrinchar todos os aspectos e nuances que envolvem o acesso à justiça, mas antes visa entender como o direito fundamental à assistência jurídica aos necessitados contextualiza-se como um dos instrumentos mais sensíveis de acesso à justiça.

Para tanto, é interessante entender como o acesso à justiça deixa de ser considerado uma garantia formal e se eleva a um direito fundamental. E, diante dessa nova concepção, como se identificam as barreiras encontradas para o acesso à justiça e como o direito fundamental à assistência jurídica se revela como um dos principais instrumentos destinados a fazer ceder as barreiras que impedem o acesso à uma ordem jurídica justa.

1.2. O acesso à justiça: de garantia formal a direito fundamental

O acesso à justiça está plasmado no sistema constitucional brasileiro como um direito fundamental, previsto no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal, que garante não apenas o direito de ação e de acesso ao Poder Judiciário propriamente dito², mas também o de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados³, cujo objetivo é conferir efetividade ao direito fundamental de acesso à justiça.

Porém, é sabido que o acesso à justiça nem sempre foi tratado como um direito fundamental. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, precursores no estudo do tema, contextualizam historicamente a matéria, apontando que na concepção estatal proclamada pelo sistema do “laissez-faire”, o acesso à justiça refletia a ideia de um direito natural, que não exigia qualquer atuação estatal no sentido de promovê-lo – ao Estado caberia tão somente permitir, passivamente, o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário⁴.

² Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³ Art. 5º, inciso LXXIV – “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

O direito de acesso ao Poder Judiciário existia apenas como garantia de direitos relacionados à liberdade, à propriedade ou àqueles que pudessem reverter em benefícios econômicos. Não se cogitava, por exemplo, das dificuldades econômicas para o exercício do direito de ação⁵.

Logo, a justiça era acessível apenas àqueles que possuíam condições de arcar com os altos custos de uma demanda judicial. A verdade é que existia apenas o acesso formal à justiça, mas não efetivo.

Com o surgimento das novas constituições democráticas, baseadas na ideia de bem-estar social (*welfare state*), a posição absenteísta do Estado passou a ser incompatível perante os direitos individuais e sociais entabulados pela nova ordem constitucional. As democracias passaram a se preocupar com a realidade, surgindo, como reflexo do direito à igualdade, a necessidade de conferir tratamento desigual àqueles que se encontram em posição de desigualdade.

Portanto, a igualdade de oportunidades passou a implicar também na igualdade de acesso à justiça⁶, porque “não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização”⁷.

Com efeito, à medida em que os direitos humanos ganham relevância no cenário jurídico internacional e passam a ser reconhecidos e positivados no âmbito interno dos Estados, o direito de acesso à justiça emerge sob um enfoque diferenciado, uma vez que passa a ser reconhecido não mais como mera garantia formal, mas como um verdadeiro direito fundamental, imprescindível para conferir eficácia e exigibilidade aos demais direitos fundamentais.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. “Direito fundamental de ação”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 359.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1996, p. 23.

⁷ SADEK, Maria Tereza Aina. “Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social”. In: LIVIANU, R. (coord.). *Justiça, cidadania e democracia* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009, p. 170.

É sob essa ótica, inclusive, que Cappelletti e Garth afirmam que o “acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁸.

O acesso à justiça, nesse contexto, transcende a ideia de mero acesso ao Poder Judiciário e passa a ser entendido como o acesso à uma ordem jurídica justa que, na visão de Luiz Guilherme Marinoni, implica em uma questão de cidadania, já que “a participação na gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável”⁹.

Voltando-se para o cenário constitucional brasileiro, pode-se observar que a Constituição Federal de 1988 buscou conferir eficácia aos direitos fundamentais, por isso investiu no acesso à justiça, não só o alçando como um direito fundamental (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV), mas também buscou viabilizá-lo no plano fático por meio da criação e estruturação da Defensoria Pública (art. 134), conforme reflete Daniel Sarmento:

A Constituição de 88 quis remediar esse quadro, não se contentando em reconhecer simbolicamente os direitos fundamentais. Ao inverso, a Carta de 88 preocupou-se em assegurá-los no mundo concreto, de forma a transpor o oceano que ainda se interpõe entre os seus princípios emancipatórios e a vida real das camadas excluídas da população. Para isso, apostou fortemente no acesso à justiça. O acesso à justiça envolve a possibilidade real de mobilizar o aparato jurisdicional na defesa de direitos e interesses lesados ou ameaçados, mas não se esgota nisso. Tal direito pressupõe a efetividade e tempestividade da tutela processual. Ademais, envolve ainda o acesso a direitos e bens jurídicos fundamentais para uma vida digna, que podem ser assegurados inclusive por mecanismos extrajudiciais. Em outras palavras, o acesso à justiça não se resume à ausência de obstáculos ao ingresso em juízo. Mais do que isso, ele se traduz na ideia de acesso à ordem jurídica justa¹⁰.

É de se anotar que a garantia do acesso à justiça efetivo se funde com o próprio reconhecimento do direito constitucionalmente assegurado, daí a importância de

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1996, p. 24

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Parecer sobre o regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 01.08.2017.

se reconhecer o acesso à justiça não como uma simples garantia, mas como um genuíno direito fundamental.

Inclusive, sobre a distinção de direitos e garantias, Ingo Sarlet aponta que as garantias, embora tenham natureza instrumental, atuam também como direitos, que revestem o seu titular de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia em seu favor. Diz o autor: “É por essa razão que muitos preferem utilizar, em relação às garantias, a expressão ‘direitos-garantia’, ou mesmo, a depender da estrutura normativa, ‘princípios-garantia’”.¹¹

Entretanto, a mudança de perspectiva em relação ao acesso à justiça não induziu uma imediata concretização desse direito. Ao contrário, voltando-se para o cenário jurídico brasileiro, o que se verifica é que embora positivado no texto constitucional e plasmado como um direito fundamental, ainda existem relevantes obstáculos que impedem o efetivo acesso à justiça.

Sobre as dificuldades encontradas na efetivação do acesso à justiça, são precisas as ponderações de Maria Tereza Sadek:

A efetiva realização dos direitos não é, contudo, uma decorrência imediata da inclusão do direito de acesso à justiça na Constituição e em textos legais. Muito embora a legalidade provoque impactos na sociedade, sua extensão e profundidade dependem fundamentalmente de variáveis relacionadas a situações objetivas e do grau de empenho dos integrantes das instituições responsáveis pela sua efetividade. Assim, ainda que do ponto de vista da legalidade, desde 1988, um amplo rol de direitos esteja reconhecido, dificilmente se poderia dizer que a vivência de direitos seja minimamente igualitária ou compartilhada por todos. Ao contrário, transcorridas quase três décadas da vigência da Constituição de 1988, são, ainda hoje, significativas as barreiras e as dificuldades para a realização dos direitos e, em decorrência, há obstáculos na construção da cidadania¹².

Nesse contexto que surgem as principais questões relacionadas à eficácia do acesso à justiça: quais são os obstáculos encontrados por aqueles que desejam garantir seus direitos? E, uma vez identificadas tais barreiras, o que se propõe para derrubá-las?

¹¹ SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 187.

¹² SADEK, Maria Tereza Aina. *Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos*. Revista USP - São Paulo. n. 101. Março/Abril/Maio 2014, p. 57.

1.3. A universalização do acesso à justiça: obstáculos e “ondas renovatórias”

1.3.1. Obstáculos do acesso à justiça

Segundo ensinam Cappelletti e Garth, em estudo realizado no chamado “Projeto de Florença”, o acesso efetivo à justiça esbarra basicamente nos seguintes fatores: (i) custas judiciais; (ii) possibilidades das partes; e (iii) problemas especiais dos interesses difusos.

Com efeito, o primeiro entrave encontrado pelo cidadão que deseja garantir a efetivação de seu direito perante o Poder Judiciário é o alto custo envolvido em uma demanda judicial, que implica em gastos com taxas e emolumentos judiciais, honorários advocatícios e periciais, além do ônus da sucumbência a que se sujeita o litigante vencido. Logo, não há como ignorar que o acesso ao Poder Judiciário é caro e grande parte de seus custos são suportados por quem deseja movimentá-lo.

Não é por acaso, inclusive, que por muito tempo o acesso ao Poder Judiciário era restrito às demandas de cunho pecuniário, pois o alto custo de movimentação do sistema judiciário, aliado à ausência de políticas públicas voltadas para amenizá-lo, levantava-se como uma espécie de muro, cuja transposição seria possível apenas àqueles poucos com grande poder aquisitivo ou que, de alguma forma, lucrariam com a demanda. Na linha do que pondera Marinoni, tal situação equivaleria a monetizar o direito e, conseqüentemente, excluir da apreciação do Poder Judiciário um número considerável de demandas destinadas à proteção de direitos fundamentais. Vejamos:

Quando o Estado concebe a transformação do direito em pecúnia e, mais do que isto, limita a proteção jurisdicional à tutela pelo equivalente em dinheiro, aceita que os direitos e as pessoas são iguais ou admite a sua falta de responsabilidade à proteção específica das diferentes posições sociais e das diversas situações do direito material. Admitida tal ausência de dever de tutela, torna-se natural a possibilidade de o Estado deixar de proteger os direitos na forma específica, transformando-os em pecúnia¹³.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. “Direito fundamental de ação”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 359.

Segundo anotam Cappelletti e Garth, a barreira do alto custo que envolve o acesso ao Poder Judiciário acentua-se diante de pequenas causas, cujo proveito econômico é relativamente baixo¹⁴, o que torna inviável a resolução de tais questões por meio do Poder Judiciário. Cândido Rangel Dinamarco acrescenta que o alto custo do processo revela-se como fator de estreitamento das vias judiciárias, o que faz com que “a garantia constitucional da ação passa a fátua quimera, quando se sabe que a justiça é cara, carregada de ônus pecuniários, e deficiente de assistência judiciária”¹⁵.

Além disso, destaca-se que o tempo de espera para a resolução de um conflito perante o judiciário aumenta consideravelmente os custos, pressionando a parte economicamente fraca a desistir do processo¹⁶.

Outro aspecto que impede o acesso à justiça relaciona-se diretamente com o primeiro entrave, na medida em que a possibilidade das partes de suportar um processo judicial implica na existência de recursos financeiros, tanto para viabilizar o pagamento dos custos do processo – quem tem maiores condições econômicas, tem também disponíveis a seu favor meios mais efetivos de sustentar seus argumentos – como na aptidão para reconhecer seus direitos, pois dificilmente os hipossuficientes econômicos têm oportunidades educacionais que lhes permitam conhecer seus direitos e, ainda que saibam da existência de seus direitos, o excesso de formalismo que permeia os procedimentos judiciais, a linguagem diferenciada e as suntuosidade dos ambientes intimidadores dos tribunais, são aptos a afastar a classe economicamente mais baixa¹⁷.

Tais circunstâncias geram, conseqüentemente, um grande número de demandas reprimidas, especialmente quando relacionadas às pessoas em condição de extrema vulnerabilidade, consoante analisa José Carlos Barbosa Moreira:

Ao que tudo indica, há entre nós, no que concerne à vida jurídica, e particularmente nos estratos menos favorecidos da sociedade, uma forte

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Princípios e critérios no processo das pequenas causas”. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas: Lei n. 7244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 110.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 22-24.

demanda reprimida, uma enorme quantidade de prestações que não chegam a ser pedidas, de pleitos que não se formulam, de atos que não se praticam [...]. O fenômeno tem causas numerosas variadas. Uma delas, bastante óbvia, é a falta de informação: não poucos, pelo país afora, simplesmente ignoram que têm determinados direitos e que, se algum for lesado ou ameaçado de lesão, é possível reclamar do Estado uma providência reparadora ou acautelatória¹⁸.

Ainda sobre as barreiras que impedem o efetivo acesso à justiça, Cappelletti e Garth acrescentam que, por vezes, as violações aos interesses difusos são invisíveis ao Judiciário, já que a defesa desses interesses demanda uma atuação organizada, o que nem sempre é de fácil concretização¹⁹.

Verifica-se, portanto, que as barreiras de acesso à justiça são inter-relacionadas, já que a eliminação de um obstáculo pode até mesmo acentuar um outro, por exemplo, eliminar a exigência de advogado em alguns procedimentos judiciais faria com que os custos diminuíssem, porém a ausência de representação técnica certamente causaria prejuízos aos litigantes de baixo nível econômico e educacional.²⁰ Portanto, as propostas no sentido de transpor as barreiras do acesso à justiça devem ser implementadas de forma coordenada e não isoladamente.

1.3.2. As “ondas renovatórias” de acesso à justiça: o direito fundamental à assistência jurídica como o principal instrumento de acesso à justiça

Segundo propõem Cappelletti e Garth, os obstáculos que impedem o acesso efetivo à justiça podem ser atacados por meio da implementação de três propostas principais, denominadas pelos referidos autores de “ondas renovatórias”. São elas: (i) assistência judiciária para os pobres; (ii) representação dos interesses difusos; e (iii) uma concepção mais ampla de acesso à justiça, que pode ser entendida pela simplificação dos procedimentos e a busca por meios alternativos de resolução de conflitos.

¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Revista AJURIS, n. 55, Julho/1992. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/57be4/57c27/57dd8?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>, p. 74. Acesso em 06.11.2017.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 26-27.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 29.

Sobre a implementação das referidas “ondas renovatórias”, Sadek pondera que no Brasil ainda há muito que ser implementado, considerando que as dificuldades se revelam já na primeira onda, impedindo até mesmo o reconhecimento dos direitos:

O exame da situação brasileira a partir das orientações decorrentes desse modelo indica que são ponderáveis as dificuldades para surfar nas três ondas. Empedilhos significativos se antepõem. Eles se manifestam já na primeira onda, afetando o reconhecimento de direitos e, em consequência, a identificação de quando são ameaçados e/ou desrespeitados. Obstáculos, sobretudo os relacionados à formação, à mentalidade dos operadores do direito e culturais, também obstruem o desenvolvimento das demais ondas²¹.

De fato, a universalização do acesso à justiça por meio da implementação das “ondas renovatórias” propostas por Cappelletti e Garth é um grande desafio para os Estados democráticos, especialmente no que tange à implantação de um modelo eficiente de assistência jurídica (cujo o conceito é mais amplo que o de assistência judiciária²²), o que demanda políticas públicas comprometidas voltadas para este fim, além de significativo investimento estatal.

Não é por acaso que a garantia de assistência judiciária para os pobres é apresentada como a primeira proposta no sentido de ceder as barreiras do acesso à justiça, pois todos os obstáculos relacionados se mostram mais acentuados àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Ademais, a existência de um modelo efetivo de prestação de assistência jurídica à população carente – e também a todos aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade – faz ceder os demais muros que se levantam contra o acesso à uma ordem jurídica justa.

Especificamente no caso do Brasil, a Constituição Federal instituiu a Defensoria Pública como instituição incumbida de concretizar o comando do art. 5º, inciso LXXIV²³, estabelecendo no art. 134 o seu âmbito de atuação, que alcança “a

²¹ SADEK, Maria Tereza Aina. *Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos*. Revista USP - São Paulo. n. 101. Março/Abril/Maio 2014, p. 58.

²² É importante esclarecer que existe uma diferença conceitual significativa entre assistência judiciária e assistência jurídica, cujo estudo será feito em tópico posterior. Anota-se, por ora, que a assistência judiciária se restringe à atuação individual em juízo, enquanto que a assistência jurídica implica em uma atuação mais ampla, para além da mera defesa em juízo, englobando também a promoção da educação em direitos, a priorização dos meios alternativos de resolução de conflitos e a defesa dos interesses difusos e coletivos.

²³ Art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

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”.

Pela análise do comando constitucional, é possível observar que a Defensoria Pública, instituição destinada a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, tem como função transpor todas as barreiras que impedem o acesso à justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade, cabendo-lhe, para além da atuação judicial, a educação em direitos, o fomento dos meios alternativos de resolução de litígios e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

Nessa linha de ideias, nota-se que a Defensoria Pública atende às três “ondas” renovatórias de acesso à justiça propostas por Cappelletti e Garth. Portanto, a assistência jurídica, antes vista com viés caritativo, prestada sem qualquer parâmetro qualitativo, desde 1988 é concebida como um direito fundamental, que impõe ao Estado a obrigação de implementá-la na prática, pois somente por meio de um serviço de assistência jurídica efetivo é possível transpor as principais barreiras que se levantam contra o acesso à justiça.

1.4. Breve histórico da assistência jurídica no Brasil

A ideia de acesso à justiça sempre esteve presente no contexto histórico-jurídico brasileiro, mesmo em períodos antidemocráticos, sempre houve a preocupação de garantir ao cidadão o direito de recorrer ao Poder Judiciário.

É certo, porém, que o conceito de acesso à justiça sofreu significativas transformações ao longo dos anos, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, marco do processo de redemocratização do Brasil, que, ancorada nos princípios da cidadania (art. 1º, inciso I) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), ressignificou o conceito de acesso à justiça, de modo que não mais “se trata

apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”²⁴

É possível identificar, desde 1595, quando foram sancionadas as Ordenações Filipinas, a preocupação do Estado em garantir o acesso à justiça aos pobres, na medida em que previam o direito à isenção de custas para a impetração de agravo e livravam os presos pobres do pagamento dos feitos em que fossem condenados, bem como a possibilidade de o advogado patrocinar, gratuitamente, os miseráveis e os indefesos nas demandas cíveis e criminais²⁵.

Em 1841 foi sancionado o Código de Processo Criminal do Império, que previa a isenção do pagamento das custas do processo para os réus pobres. Posteriormente, a Lei nº 150, de 1842, previu a isenção do dízimo da chancelaria para os hipossuficientes.

Embora tais normas previssem a isenção de custas processuais, nada dispunham sobre a possibilidade de prestação de assistência judiciária aos pobres. Somente em 1890, com a edição do Decreto nº 1.030, que organizava a justiça do Distrito Federal após a proclamação da República, houve a autorização para a organização de uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres nas áreas cível e criminal. Porém, apenas sete anos depois, por meio do Decreto nº 2.457, de 1897, foi estruturada a Assistência Judiciária do Distrito Federal, surgindo o primeiro modelo legalmente organizado de prestação de assistência judiciária²⁶.

No plano constitucional, a Constituição de 1934 elevou a prestação da assistência judiciária a um dever do Estado, prevendo em seu art. 113, nº 32, o dever da União e dos Estados de conceder “aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando a isenção de emolumentos, custas e selos”.

²⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

²⁵ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1-2.

²⁶ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 2-4.

Por outro lado, a Constituição de 1937 ficou-se silente no que tange à prestação de assistência judiciária, fazendo com que o Estado não assumisse qualquer compromisso com a criação de um serviço de assistência jurídica gratuita²⁷. Nesse ínterim, foi promulgado o Código de Processo Civil, em 1939, que tratou sobre a prestação de assistência judiciária de forma minuciosa, amenizando, em certo aspecto, a então omissão constitucional.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1946, a assistência judiciária voltou a receber atenção constitucional, dispondo em seu art. 150, § 3º, que “o Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. Nota-se, contudo, em comparação com a Constituição de 1934, a timidez da referida disposição constitucional, que não apenas relegou sua implementação à lei infraconstitucional, mas também nada previu sobre a criação de um órgão especializado para a prestação desse serviço, conforme dispunha a Constituição de 1934.

Assim, atendendo ao comando constitucional, a Lei nº 1.060/50, regulamentou os requisitos para a concessão de assistência judiciária, da gratuidade de justiça e das isenções abrangidas.

A Constituição de 1967, na esteira da anterior, previu a assistência judiciária a ser regulamentada por lei infraconstitucional. Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional nº 1/69, não houve qualquer modificação em relação a previsão constitucional anterior, repetindo-se a regra da Constituição reformada.

A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados foi alçada ao patamar de direito fundamental, previsto no art. 5º, inciso LXXIV. Além disso, a atual Constituição previu a criação da Defensoria Pública como instituição responsável pela prestação de assistência jurídica integral aos necessitados, dispondo em seu art. 134, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 80/14, que 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

²⁷ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 6.

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”.

Sobre o papel da Defensoria Pública no cenário constitucional, Tiago Fensterseifer destaca que a instituição:

[...] dá contornos concretos ao objetivo constitucional estampado nos dispositivos constitucionais referidos, bem como a própria efetivação do extenso rol dos direitos fundamentais sociais consagrados na CF/88. Há, por assim dizer, relação visceral entre o regime constitucional de proteção social e o papel delineado constitucionalmente para a Defensoria Pública²⁸.

Importa anotar que a Constituição Federal de 1988 foi além de todas as outras previsões constitucionais e infraconstitucionais então existentes acerca da prestação de assistência judiciária, na medida em alargou o referido direito, prevendo como dever do Estado a prestação de assistência jurídica, cujo conceito é mais amplo que o de assistência judiciária, conforme será tratado no tópico a seguir, de forma integral e gratuita, a ser concretizado por meio da Defensoria Pública (art. 134).

Por fim, é oportuno destacar que o direito à assistência jurídica também possui previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em setembro de 1990, dispõe, em seu art. 14, item 3, alínea “d”, que:

Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.

Igualmente, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989²⁹, o Pacto de São José da Costa Rica³⁰ e o Estatuto de Roma³¹ também preveem a necessidade de

²⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 6

²⁹ O art. 37, alínea “d”, dispõe: “Os Estados Partes zelarão para que: [...] d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação”.

³⁰ O art. 8º, item 2, alínea “e” estabelece que: “Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante

assistência jurídica.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os pactos internacionais sobre direitos humanos ganham também especial importância no plano constitucional interno, isso porque o art. 5º, §§ 2º e 3º ampliou o rol de direitos fundamentais³² ao incorporar os tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno³³.

1.5. Diferenças conceituais: assistência jurídica integral e gratuita, assistência judiciária gratuita e gratuidade de justiça

Para evitar interpretações equivocadas e elucidar o estudo do tema ora proposto, é de suma importância compreender as diferenças conceituais entre assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça, já que não são raras as vezes em que tais expressões são empregadas de forma inadequada.

A Constituição Federal de 1988, em evidente avanço na regulamentação da matéria, utiliza a expressão “assistência jurídica” ao invés de “assistência judiciária”, cunhada nas Constituições anteriores. Ademais, a atual norma constitucional acopla à

o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”.

³¹ Dispõe o art. 55, item 2, alínea “c”: “2 – Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto no capítulo IX, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos: [...] c) A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver, a solicitar que lhe seja designado um defensor oficioso, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija, e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar”.

³² “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

³³ A despeito de substanciais vozes em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos aprovados no ordenamento jurídico interno sem a observância do rito de emenda constitucional possuem eficácia de normas supralais, o que significa, em termos simplificados, que estão posicionados no ordenamento jurídico interno abaixo das normas constitucionais, porém acima das normas infraconstitucionais. Já os tratados aprovados após a Emenda Constitucional 45/04, que respeitarem o rito previsto no § 3º, do art. 5º, ou seja, que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

referida expressão o termo “integral” (art. 5º, inciso LXXIV³⁴), o que denota, logo de início, a intenção do constituinte de assegurar aos hipossuficientes o acesso de todos os meios necessários para tutela de seus direitos³⁵.

Nesse sentido, Barbosa Moreira destaca que:

A mudança do adjetivo qualificador da “assistência”, reforçada pelo acréscimo “integral”, importa notável aplicação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos³⁶.

Realmente, são distintos o alcance e o significado das expressões “assistência jurídica integral” e “assistência judiciária”, na medida em que a primeira é mais ampla que a segunda, podendo-se entender, portanto, que a assistência jurídica é gênero, da qual a assistência judiciária é apenas parte. Com efeito, a prestação de “assistência judiciária” restringe-se à atuação individual no âmbito judicial, enquanto que a “assistência jurídica” engloba não apenas a prestação de serviços jurídicos na esfera judicial, abrangendo também a atuação extrajudicial, como a orientação jurídica, a educação em direitos, a representação em processos administrativos, a realização de acordos extrajudiciais, etc.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu à Defensoria Pública a função de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, sendo que a disposição expressa no art. 134 demonstra, de forma inequívoca, a amplitude de tal prestação, que não se restringe ao âmbito judicial, mas abarca a consultoria jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa em todos os graus, seja judicial ou extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

³⁴ Art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

³⁵ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 97.

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Revista AJURIS, n. 55, Julho/1992. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/57be4/57c27/57dd8?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>, p. 71. Acesso em 06.11.2017.

Sobre a abrangência da assistência jurídica, Cleber Francisco Alves destaca que:

De acordo com o novo regime constitucional, passou a incluir também a consultoria e a orientação/aconselhamento jurídico em geral, além de ações institucionais de educação para a cidadania e de luta pelo aprimoramento do sistema jurídico como um todo, mediante reformas legislativas e ações políticas voltadas para a melhoria de vida das pessoas pobres. Assim, toda uma nova gama de serviços, como os que se classificam sob a denominação de advocacia preventiva, além da assistência para a redação de contratos e atos jurídicos de um modo geral, a defesa de interesses em instância extrajudiciais, notadamente em processos administrativos perante órgãos públicos, e até mesmo processos de cunho disciplinar perante entidades paraestatais, como as corporações profissionais diversas, não podem ser excluídos do campo de abrangência da assistência jurídica integral e gratuita que é estabelecida pela Constituição como dever do Estado em prol dos necessitados ou hipossuficientes³⁷.

No que tange à gratuidade de justiça, deve-se anotar que esta refere-se à dispensa de pagamento de custas processuais ou extraprocessuais aos que se declararem expressamente pobres nos termos da lei.

Segundo esclarecem Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva:

[...] o direito à gratuidade de justiça se manifesta em uma relação processual, a responsabilidade por seu reconhecimento é atribuída ao juiz ou tribunal responsável pela análise e julgamento da causa. No segundo, quando o direito se exterioriza extraprocessualmente, seu reconhecimento deverá ser realizado pelo delegatário do serviço notarial ou registrário, sob a obrigatoria e constante supervisão do juiz competente³⁸.

Pontua-se que muito da confusão conceitual ora tratada pode ser atribuída à lei nº 1.060/50, parcialmente revogada pelo Código de Processo Civil de 2015, eis que tal norma emprega de forma indistinta o termo assistência judiciária, tanto para designar o serviço público de assistência em juízo dos hipossuficientes, como também para se referir ao órgão estatal incumbido da prestação do serviço de assistência, e ainda para se referir ao benefício de gratuidade de justiça³⁹.

³⁷ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 275-276.

³⁸ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 100.

³⁹ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 93.

Para dirimir qualquer dúvida, Fredie Didier Júnior e Rafael Alexandria Oliveira explicam que os conceitos de justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica não se confundem, já que:

- a) justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários de advogado;
- b) assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público (ex.: defensor público) ou particular (entidades conveniadas ou não com o Poder Público, como, por exemplo, os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito);
- c) assistência jurídica compreende, além do que já foi dito, a prestação de serviços jurídicos extrajudiciais (como, por exemplo, a distribuição, por órgão do Estado, de cartilha contendo direitos básicos do consumidor) – trata-se, como se vê, de direito bem abrangente⁴⁰.

Uma vez sanadas as dúvidas acerca as expressões tratadas, é interessante anotar o entendimento de Esteves e Silva sobre a utilização do termo “benefício”, usualmente cunhado pela lei e pela doutrina para se referir ao direito do cidadão à gratuidade de justiça, à assistência judiciária ou à assistência jurídica:

[...] é importante salientar que, embora seja comum de referir à assistência jurídica, à assistência judiciária e à gratuidade de justiça como sendo “benefícios”, essa terminologia não é a mais adequada para adjetivar os institutos. Na verdade, por corresponder a um dever estatal constitucionalmente estabelecido, seu adimplemento não se configura um mero “benefício”, mas um autentico *direito subjetivo público* de que é titular o cidadão⁴¹.

Neste mesmo sentido, Cleber Francisco Alves pontua o seguinte:

Essa terminologia não é a que melhor se ajusta à realidade. Com efeito, parece inequívoco que é dever-função do Estado, inerente à sua própria existência, a garantia da paz social, evitando-se que impere na vida em sociedade a “lei do mais forte” que seria fonte de ignominiosa injustiça e resultaria em total decadência dos padrões civilizatórios que são aspiração comum da natureza humana. Esse dever-função costuma ser denominado de “função protetiva do Estado”. Por isso, tratando-se de dever estatal, seu adimplemento não se configura um mero “benefício”, mas um verdadeiro “direito subjetivo público” de que é titular o cidadão⁴².

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Benefício da Justiça Gratuita*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 11.

⁴¹ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 94.

⁴² ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 265-266.

Deve-se pontuar, portanto, que a assistência jurídica, a assistência judiciária e a gratuidade de justiça são direitos subjetivos de todos os cidadãos necessitados ou que se encontrem em situação de vulnerabilidade social. Logo, como direitos que são, devem ser entendidos como obrigação do Estado, que fica incumbido de concedê-los, implementá-los e promovê-los (ou seja, não podem ser tidos como meros “benefícios” caritativos).

1.6. Modelos de prestações de assistência jurídica

A estruturação dos Estados democráticos fundados no bem-estar social (*welfare state*) implicou na adoção de meios que pudessem garantir aos cidadãos um acesso à justiça efetivo e não meramente formal. Não mais se entendia como compatível proclamar uma série de direitos individuais e sociais e omitir-se quanto aos meios de efetivação, exigibilidade e proteção desses direitos.

Por muito tempo, o acesso à justiça da população carente dependeu da caridade de advogados *pro bono*, que se dispunham a auxiliar gratuitamente aqueles que não detinham de condições financeiras para arcar com as despesas de honorários advocatícios, sem que houvesse qualquer contraprestação estatal.

Evidentemente, a atuação de advogados *pro bono*, embora louvável, não é suficiente para garantir acesso à justiça efetivo para a imensa quantidade de hipossuficientes econômicos, organizacionais e minorias que clamam pela efetivação de seus direitos, seja em razão da ausência de um número razoável de profissionais qualificados disponíveis para exercer tal função, seja pelo fato de não existir qualquer tipo de controle público na atuação desses profissionais, que prestam a assistência jurídica conforme seus próprios critérios.

Para Cappelletti e Garth, a prestação de serviços jurídicos por meio de advogados *pro bono* não é a ideal, porque, além de inexistir qualquer controle sobre os critérios de atendimento, a qualidade do serviço tende a ser mais baixa, já que os profissionais mais experientes certamente irão se dedicar às atividades remuneradas:

Em economia de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. Ademais, para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos do programa geralmente fixaram estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício⁴³.

É imprescindível, portanto, que haja investimento estatal para a implementação e funcionamento de um sistema de assistência jurídica apto a atender aos grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

Nesse sentido, os países ocidentais organizaram diferentes sistemas de prestação de assistência jurídica, dos quais destacam-se os seguintes: (i) modelo *judicare*; (ii) modelo público (*salaried staff model*); (iii) modelo misto ou híbrido.

1.6.1. Modelo *judicare*

O modelo denominado *judicare* baseia-se na prestação de assistência judiciária por meio de advogados particulares remunerados pelos cofres públicos. Tal modelo surgiu na Alemanha, em 1919, porém é usualmente associado ao sistema vigente na Inglaterra desde 1949⁴⁴, através do qual o cidadão, verificada a viabilidade econômica e jurídica de sua demanda, tem a opção de escolher, dentre os profissionais previamente inscritos para prestar os serviços, aquele que irá patrocinar sua demanda.⁴⁵

Para Cappelletti e Garth, “a finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado”⁴⁶.

Por muitos anos o modelo *judicare* foi o predominante nos países europeus, atingindo seu apogeu no período do *welfare state*, quando o sistema alcançava não apenas a população carente, mas também a classe média. Porém, nos últimos anos os

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 32.

⁴⁴ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 35.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 35.

sistemas europeus de *judicare* passaram a sofrer alterações, tanto no que tange à restrição de seu universo de beneficiários, quanto na implementação paralela de novos programas que funcionam de acordo com o modelo de advogados assalariados, assimilando-se aos sistemas mistos⁴⁷.

Embora o modelo *judicare* tenha representado um importante avanço no fornecimento de assistência judiciária à população carente, tal modelo é passível de diversas críticas.

A primeira das críticas direcionadas a esse modelo, refere-se justamente à pretensa liberdade de escolha do profissional, apontada a princípio como umas das vantagens do referido sistema. Isso porque tal escolha é limitada aos profissionais previamente inscritos no programa, ou seja, não há liberdade real de escolha, mormente se considerarmos que, via de regra, o Estado não possui condições de remunerar os profissionais com o preço de mercado. Logo, é natural que os advogados mais experientes não participem do programa.

Além disso, o sistema *judicare* é focado na assistência judiciária e não jurídica, ou seja, os advogados inscritos atuam apenas no âmbito judicial. A atuação extrajudicial não é promovida, restando prejudicadas a educação em direitos e a resolução extrajudicial de conflitos. Sobre esse aspecto, é interessante colacionar as reflexões de Cappelletti e Garth:

O *judicare* desfaz a barreira do custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer a causa e buscar auxílio; não encoraja nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos. É, sem dúvida, altamente sugestivo que os pobres tendam a utilizar o sistema *judicare* principalmente para problemas que lhes são familiares – matéria criminal ou de família – em vez de reivindicar seus novos direitos como consumidores ou inquilinos, etc.⁴⁸.

⁴⁷ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 38.

Deve-se ponderar, ainda, que no sistema *judicare* a atuação no âmbito difuso e coletivo resta prejudicada, já que o sistema atende apenas as demandas individuais.

1.6.2. Modelo público (*salaried staff model*)

Nesse modelo os advogados são contratados pelo Estado para trabalharem com dedicação exclusiva. Ao contrário do sistema *judicare*, o modelo público de prestação de assistência jurídica “tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los”⁴⁹.

Em comparação aos demais modelos de prestação de assistência jurídica, o modelo público é o que, ao nosso ver, apresenta maiores vantagens. De início, no modelo público os profissionais são escolhidos por meio de concurso público, o que filtra e seleciona os profissionais mais capacitados para o cargo.

Além disso, no modelo público, por existir uma instituição específica destinada à prestação de assistência jurídica à população carente, é possível planejar ações coordenadas de atuação em demandas sensíveis e na promoção do acesso à justiça, sendo a educação em direitos prioritária. Portanto:

[...] além de fomentar a compreensão dos direitos, o planejamento institucional permite ainda instituir metas gradativas e realizáveis para a democratização da justiça e realização dos objetivos constitucionais, em especial a prevalência da dignidade humana⁵⁰.

No que tange à defesa de direitos difusos e coletivos, somente por meio do modelo público é possível esse tipo de atuação, conforme esclarecem Cappelletti e Garth:

As vantagens dessa sistemática sobre o *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40.

⁵⁰ REIS, Gustavo Augusto dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classes das pessoas pobres⁵¹.

A origem do *salaried staff model* é associada ao sistema estruturado nos Estados Unidos na década de 1960. Segundo Alves:

Esse modelo se desdobra em duas sub-modalidades. Na primeira delas, o próprio poder público opta pela criação de organismos estatais destinados à prestação direta dos serviços de assistência judiciária (e eventualmente também de assistência jurídica extrajudicial), contratando para tanto advogados que, neste caso, manterão vínculo funcional com o próprio ente público. Tais organismos estatais normalmente são chamados de Defensorias Públicas. Na segunda sub-modalidade desse modelo, os serviços podem ser prestados por entidades não estatais, via de regra sem fins lucrativos, que recebem subsídios dos cofres públicos para custeio de suas despesas, inclusive para o pagamento dos advogados contratados cujo vínculo empregatício será estabelecido com essas respectivas entidades e não com o Estado⁵².

Nessa segunda categoria, de advogados vinculados às entidades estatais sem fins lucrativos, inserem-se os denominados *Neighborhood Law Offices*, cuja a proposta é de promover os direitos da população carente enquanto classe e não apenas no âmbito individual. Tal modelo é o que predomina nos países do continente americano, uma vez que os governos somente reconhecem como obrigação constitucional o dever de prestar assistência judiciária apenas em causas criminais, o que é feito através das Defensorias Públicas⁵³.

As críticas que recaem sob o sistema de advogados assalariados pelos cofres públicos resumem-se basicamente na grande necessidade de apoio financeiro estatal para sua manutenção, o que faz com que em muitos países o sistema não tenha conseguido se estruturar de modo adequado.

1.6.3. Modelo misto ou híbrido

O modelo misto de assistência judiciária é na realidade uma conjunção dos dois primeiros sistemas. Neste modelo é conferida ao cidadão a possibilidade de escolha entre um advogado particular habilitado no sistema *judicare* ou um advogado que

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40.

⁵² ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 49.

⁵³ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 49.

mantém vínculo empregatício com o Estado. Tal modelo é o adotado em países como o Canadá e a Suécia.

1.7. Destinatários do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita

Inicialmente, deve-se destacar que o direito à assistência jurídica é destinado, indistintamente, aos brasileiros e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, na linha do que dispõe o art. 5º, “caput”, da Constituição Federal, e o art. 26, inciso II, do Código de Processo Civil.

Diversamente de outros serviços públicos de caráter essencial, a exemplo da educação e da saúde, a prestação de serviços de assistência jurídica gratuita não é universal, ou seja, não é direcionada à toda população, indiscriminadamente. Veja-se o que dispõe a Constituição Federal:

Art. 5º, inciso LXXIV. O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

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.

É possível notar pela leitura dos dispositivos constitucionais que regulam a matéria, que o direito à assistência jurídica integral e gratuita é destinado aos “necessitados”, cujo conceito vai muito além da mera carência econômica, abrangendo também os chamados necessitados organizacionais.

Com efeito, as expressões “insuficiência de recursos” e “necessitados”, previstas, respectivamente, nos arts. 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição Federal devem ser lidas sob um enfoque jurídico-teleológico, ou seja, considerando-se a finalidade da norma.

É interessante observar que em nenhum momento a Constituição Federal delimita que hipossuficiente ou necessitado é o indivíduo carente de recursos econômicos ou financeiros, havendo situações em que a norma expressamente prevê a necessidade de atuação da Defensoria Pública, desvinculada de qualquer perspectiva econômica. Sobre esse ponto, cite-se, como exemplo, a hipótese de defesa do réu em processo penal (art. 263 do Código de Processo Penal), a atuação em favor de mulher vítima de violência doméstica (art. 28 da Lei 11.340/2006) ou em curadoria especial (art. 4º, inciso XVI, da Lei Complementar nº 80/94 e art. 72, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Assim, a compreensão do conceito de necessitado deve ser feita não apenas sob o prisma econômico, mas também em termos organizacionais, conforme será analisado a seguir.

1.7.1. Necessitado econômico

A hipossuficiência econômica é fator de grande vulnerabilidade, não somente pela ausência de recursos para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, mas também, e principalmente, pelos reflexos que a pobreza gera em todas as escamas sociais do indivíduo. Realmente, não é necessária uma análise acurada para concluir que a pobreza é fator estigmatizante, que dificultada, se não impede, o acesso do indivíduo aos direitos mais básicos, como a alimentação, educação, moradia, saúde, dentre outros.

As Regras de Brasília de Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade, de 2008, trazem o conceito de pobreza no item 7. (15):

A pobreza constitui uma causa de exclusão social, tanto no plano econômico como nos planos social e cultural, e pressupõe um sério obstáculo para o acesso à justiça especialmente daquelas pessoas nas quais também concorre alguma outra causa de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade econômica gera uma série de violações sistemáticas de direitos, os quais muitas vezes sequer são reconhecidos por seus destinatários, que não raro são carentes também de recursos educacionais que lhes permitam informar-se

adequadamente. A assistência jurídica a tais pessoas, por meio da tutela de seus direitos, tem por objetivo promover a igualdade, assegurando-lhes o status político-jurídico de cidadão⁵⁴.

A Constituição Federal, assim como a legislação infraconstitucional, não delimita os critérios econômicos para fins de concessão do direito à assistência jurídica. A Lei nº 1.050/60, parcialmente revogada pelo Código de Processo Civil de 2015, que regulamentava a concessão do benefício de assistência judiciária aos hipossuficientes, previa no revogado art. 2º, parágrafo único, o conceito de necessitado: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

A citada norma, embora revogada, é relevante para a compreensão do conceito de hipossuficiente econômico, inclusive, pelo fato de o referido dispositivo estar em sintonia com o disposto no art. 5º, inciso LXXIV⁵⁵, da Constituição Federal, considerando que

[...] a expressão *insuficiência de recursos* reforça o mesmo equacionamento, ou seja, de que deve ser assegurada pelo Estado, aos indivíduos e aos grupos sociais pobres, a assistência jurídica por intermédio da Defensoria Pública (com a isenção de custas e demais despesas processuais, assim como os honorários advocatícios), como corolário do seu acesso à justiça e de modo a não lhes privar dos bens materiais mínimos indispensáveis para uma vida digna⁵⁶.

Portanto, não há um critério legal objetivo e rígido para que se reconheça a qualidade de hipossuficiente do indivíduo, pois para que seja considerado necessitado basta que sua condição econômica não lhe permita arcar com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família⁵⁷.

⁵⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 33.

⁵⁵ Art. 5º, inciso LXXIV. O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

⁵⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 34.

⁵⁷ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 117.

Ao discorrer sobre a elasticidade do conceito de necessitado, Alves acrescenta que:

De qualquer modo, para a caracterização dessa condição de “necessitado” ou de “hipossuficiente” há de prevalecer a ideia consagrada já há mais de um século no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de que o universo dos possíveis “beneficiários” da assistência que deve ser prestada pelo Estado com vistas à facilitação do acesso à Justiça não é definido por tabelas fixas baseadas nos padrões de rendimentos auferidos pelo cidadão⁵⁸.

A verdade é que a imposição legal de um critério de rendimento estreito e preestabelecido poderia implicar na negativa de acesso à justiça aos indivíduos que apresentassem, no caso concreto, dificuldades financeiras impeditivas de arcar com os custos de uma demanda judicial, ainda que auferissem rendimentos superiores aos limites fixados.

Portanto, o conceito de necessitado econômico é flexível, devendo ser ponderado não apenas os rendimentos do cidadão, mas também situações específicas que demonstrem o comprometimento total de sua renda, de modo que se permita concluir pela sua incapacidade de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios sem o prejuízo do próprio sustento ou de sua família.

Se de um lado a lei não delimita critérios objetivos para delimitar o conceito de necessitado econômico, de outro compete à Defensoria Pública, amparada em sua autonomia administrativa (art. 134, § 2º, da Constituição Federal), regulamentar a forma em que se dá a prestação de assistência jurídica aos cidadãos carentes.

Para tanto, algumas Defensorias Públicas, a exemplo da Defensoria do Estado de São Paulo, fixaram critérios objetivos para selecionar os usuários dos serviços de assistência jurídica prestado pela instituição, descrevendo, inclusive, limites de renda para o atendimento.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, seguindo a tendência verificada no cenário nacional, estabeleceu como regra, por meio da Deliberação nº 89/2008, de seu Conselho Superior, o limite de três salários mínimos nacionais de renda

⁵⁸ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 266.

familiar para definir o cidadão que, a princípio, poderá utilizar os serviços da Defensoria Pública.

Embora a fixação desse critério objetivo possa parecer contrária ao até então afirmado acerca da importância de a lei estabelecer um conceito aberto e flexível de necessitado, na realidade a delimitação dos critérios de atendimento feita pela Defensoria Pública tem por objetivo manter a instituição estrita à sua finalidade constitucional, que é a defesa dos necessitados, tornando também viável o seu funcionamento.

Além disso, importa frisar, que a fixação de critérios objetivos para identificação dos usuários dos serviços prestados pela Defensoria Pública não limita ou impede a análise do caso concreto ou da situação específica de vulnerabilidade enfrentada pelo cidadão.

Ainda utilizando o exemplo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a própria Deliberação nº 89/2008 prevê hipóteses em que o limite de renda aferida para fins de atendimento aumenta para quatro salários-mínimos nacionais quando existir alguma causa específica de vulnerabilidade:

Artigo 2º. Presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, as seguintes condições:

[...]

§ 4º. O limite do valor da renda familiar previsto no inciso I deste artigo será de quatro salários mínimos federais, quando houver fatores que evidenciem exclusão social, tais como:

- a) entidade familiar composta por mais de 5 (cinco) membros;
- b) gastos mensais comprovados com tratamento médico por doença grave ou aquisição de medicamentos de uso contínuo;
- c) entidade familiar composta por pessoa com deficiência ou transtorno global do desenvolvimento.
- d) entidade familiar composta por idoso ou egresso do sistema prisional, desde que constituída por 4 (quatro) ou mais membros.

Ainda, a mesma Deliberação prevê expressamente a possibilidade de análise do caso concreto, que deverá ser feita pelo Defensor Público:

Artigo 2º. Presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, as seguintes condições:

[...]

§ 15 - Os critérios estabelecidos neste artigo não excluem a aferição da hipossuficiência no caso concreto, através de manifestação devidamente fundamentada.

§16. O Defensor Público deve verificar, em cada situação, se há elementos que permitam concluir não ter acesso o usuário, mesmo que transitoriamente, aos recursos financeiros próprios ou da família, hipótese em que deverá ser prestado o atendimento, notadamente nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, pessoas idosas ou com deficiência e transtorno global de desenvolvimento e outras categorias de pessoas socialmente vulneráveis.

Finalmente, no que se refere à possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada necessitada para fins de concessão dos serviços de assistência jurídica, Dinamarco sustenta o seguinte:

As pessoas jurídicas de direito privado são entes coletivos constituídos voluntariamente por pessoas físicas, com o objetivo de obter determinados resultados na ordem econômica, cultural, esportiva, religiosa etc. e, como tais, são projeções dos próprios sujeitos que as compõem. Os sucessos ou fracassos ocorrentes na vida desses entes coletivos repercutem econômica, social ou moralmente na vida dos sócios ou associados. Por isso, fechar as portas da Justiça a elas significaria, em *ultima ratio*, fechá-las a seus próprios integrantes⁵⁹.

Verifica-se que a Constituição Federal, ao dispor sobre o direito à assistência jurídica (art. 5º, inciso, LXXIV e art. 134), não faz qualquer recorte acerca da pessoa jurídica, ou seja, o direito à assistência jurídica é direcionado ao necessitado, seja pessoa física ou jurídica.

Reforçando o referido argumento, o Código de Processo Civil dispõe expressamente que a pessoa jurídica tem direito à gratuidade da justiça (art. 98), ou seja, comprovada a insuficiência de recursos, não há sentindo em restringir o direito fundamental à assistência jurídica nesta hipótese, ainda que se trate de pessoa jurídica com fins lucrativos⁶⁰.

1.7.2. Necessitado organizacional

Muito embora os principais destinatários do direito à assistência jurídica integral e gratuita sejam os necessitados econômicos, até porque, como visto, a pobreza

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 698-699.

⁶⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 55.

está no núcleo de quase todas as violações a direitos fundamentais, sendo, nesse sentido, umas das principais, se não a principal, causa vulnerabilidade social, existem outros fatores, não relacionados necessariamente ao critério econômico, que colocam o indivíduo em posição de vulnerabilidade, seja em razão de sua condição pessoal, seja em decorrência de circunstâncias sociais específicas que lhe impedem o pleno exercício de seus direitos.

Com efeito, o conceito de “necessitado” deve ser compreendido de forma ampla, na linha dos arts. 5º, inciso LXXIV, e 134, da Constituição Federal, que não fazem qualquer restrição de cunho econômico ao mencionar que o direito à assistência jurídica é destinado aos hipossuficientes, já que existem os necessitados organizacionais.

A esse respeito, as Regras de Brasília de Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade, de 2008, documento aprovado no âmbito da XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, realizada em Brasília, apresenta o seguinte conceito de pessoa em situação de vulnerabilidade:

Secção 2ª.- Beneficiários das Regras 1.- Conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade (3). Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. (4). Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico.

Nesta mesma esteira, a Lei Complementar nº 80/94, ao enumerar as funções da Defensoria Pública, aponta, literalmente, para defesa dos grupos sociais vulneráveis:

Art. 4º, inciso XI: exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Nota-se, nas normas citadas, que as causas de vulnerabilidade não se restringem ao âmbito econômico. Nesse sentido, reconhecendo a imprescindibilidade da

garantia de acesso à justiça a determinados sujeitos que encontram, em certos aspectos, dificuldades em exercer seus direitos com plenitude perante o sistema de justiça, a legislação prevê expressamente a atuação da Defensoria Pública, independentemente de parâmetros econômicos, sendo isso o que ocorre na hipótese de defesa do réu em processo penal (art. 263, Código de Processo Penal), na atuação em favor da mulher vítima de violência doméstica (art. 28, Lei nº 11.340/06) ou na curadoria especial (art. 4º, inciso XVI, LC nº 80/94 e art. 72, parágrafo único, Código de Processo Civil).

Seguindo esta linha de intelecção, Ada Pellegrini Grinover, em parecer elaborado para instruir a ADI nº 3.943/DF, que questionou a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, esclareceu que o termo “necessitado” é amplo e não deve ser concebido apenas sob o enfoque econômico, pois:

[...] existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. [...]. A exegese do texto constitucional, que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo necessitado abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis⁶¹.

Lastreado nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência da ADI nº 3.943/DF, entendendo como constitucional a norma questionada (art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 11.448/07), que dispõe acerca da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme raciocínio exposto pela relatora Ministra Carmen Lúcia:

Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública (conforme determina a Lei n. 7.347/1985) parece-me incondizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado[...].

O custo social decorrente da negativa de atendimento de determinada coletividade ao argumento de hipoteticamente estar-se também a proteger direitos e interesses de cidadãos abastados é infinitamente maior que todos os custos financeiros inerentes à pronta atuação da Defensoria Pública nas

⁶¹ Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>. Acesso em 13.06.2017.

situações concretas que autorizam o manejo da ação civil pública, conforme previsto no ordenamento jurídico.⁶²

Deve-se pontuar, contudo, especificamente sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a defesa dos interesses transindividuais, que a Emenda Constitucional nº 80/14 acrescentou expressamente como atribuição da Defensoria Pública a defesa dos direitos coletivos dos necessitados, de modo que inexistem mais dúvidas sobre sua legitimidade.

Dessa forma, a atuação da Defensoria Pública em favor do necessitado em sentido amplo, do ponto de vista organizacional ou de grupos sociais vulneráveis, se dá tanto na esfera individual quanto na coletiva.

Porém, conforme destaca Fensterseifer, no âmbito individual, excetuando as hipóteses em que a própria legislação dispõe expressamente sobre a necessidade de atuação da Defensoria Pública, desvinculada de qualquer critério econômico (defesa de réu preso, curadoria especial ou atuação em favor de vítima de violência doméstica), a situação de hipossuficiência deve ser examinada no caso concreto, mediante comprovação de renda do interessado: “A título de exemplo, em que pese o CDC (art. 4º, I) estabelecer a presunção de vulnerabilidade dos consumidores, isso, por si só, não autoriza que os mesmos se utilizem da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública [...]”⁶³.

Portanto, o afastamento da regra geral da carência econômica apenas pode ser feito à luz do caso concreto, ainda que eventualmente esteja presente alguma causa de vulnerabilidade.

1.8. A assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental

Um direito fundamental é identificado, em primeiro lugar, por ser sempre um direito de matriz constitucional. Assim, um direito fundamental é algo que tem guarida na norma jurídica hierarquicamente superior de um ordenamento positivo.

⁶² STF, ADI 3.943/DF.

⁶³ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 49.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ao discorrem sobre o conceito de direito fundamental pontuam que:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual⁶⁴.

A noção acima apresentada, embora seja um parâmetro, não é hermética, já que há direitos fundamentais coletivos cujos titulares não são previamente definidos. Além disso, nem sempre os direitos fundamentais implicam em uma vinculação estatal, ou seja, a observância dos direitos fundamentais não se restringe à verticabilidade Estado-indivíduo, mas possui também eficácia horizontal nas relações privadas.

Para Perez Luño, os direitos fundamentais funcionam como garantias que orientam e vinculam o Estado na promoção dos direitos inerentes à pessoa humana:

Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana⁶⁵.

Nessa mesma linha, Canotilho⁶⁶ sublinha que a compreensão da ideia de direito fundamental aponta para a especial dignidade e proteção de tais direitos em um duplo sentido: formal e material. Da perspectiva material, direito fundamental é uma posição jurídica selecionada pelo constituinte como sendo suficientemente relevante para ser alçado à tal condição, ou seja, à fundamentalidade.

De outro lado, a perspectiva formal do direito fundamental tem a ver com o fato de que a determinado direito foi atribuído um conjunto de garantias que lhe assegura um regime jurídico diferenciado e qualificado na arquitetura constitucional.

No que tange ao direito à assistência jurídica integral e gratuita, estampado no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, não há dúvidas de que se trata de um

⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

⁶⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Espanha/Madrid: Tecnos, 2004, p. 20.

⁶⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 379.

direito fundamental, tanto pela perspectiva material, considerada a sua essencialidade, como também sob o ponto de vista formal, já que está inserido, topograficamente, no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição Federal.

Nesse sentido, Esteves e Silva asseveram:

Por se relacionarem diretamente com o inafastável direito de acesso à justiça e, consequentemente, com a própria dignidade humana, a assistência jurídica, a assistência judiciária e a gratuidade de justiça não podem ser encaradas como simples favores legais, concedidos como forma de caridade. Em virtude de sua indispensabilidade para a formação e manutenção do Estado Democrático de Direito contemporâneo, os direitos que garantem o acesso à justiça devem ser considerados como autênticos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados pelo art. 5º, XXXV e LXXIV, da CRFB⁶⁷.

É interessante observar que é o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita que materializa a garantia de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV) às pessoas necessitadas, de modo que tal garantia restaria inteiramente esvaziada sem que houvessem a promoção de meios que viabilizassem sua concretização.

A assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados é um serviço público de caráter essencial, já que se trata de instrumento necessário para viabilizar o acesso à justiça aos carentes de recursos. Além disso, o direito fundamental à assistência jurídica traz concretude ao princípio da igualdade na sua acepção material, na medida em que confere tratamento diferenciado aqueles que se encontram em situação de desigualdade, permitindo, por meio desse instrumento, que os hipossuficientes tenham a garantia de proteção e exigibilidade de seus direitos perante o Poder Judiciário.

1.8.1. Breves considerações acerca das “dimensões” (ou “gerações”) de direitos fundamentais

Apenas com o escopo de contextualizar o surgimento dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental à assistência jurídica, é interessante considerar que o seu processo de afirmação não decorreu de um arroubo legislativo ou ocasional, mas remonta à historicidade, pois tais direitos foram construídos como

⁶⁷ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 94.

respostas às sucessivas violações aos direitos humanos presenciadas ao longo dos tempos.

Como reflexo disso, os direitos fundamentais são classificados em “gerações” ou “dimensões” de direitos, em alusão a sua progressiva afirmação. Aqui, vale o registro da crítica direcionada à palavra “gerações”, que conduz à equivocada ideia de substituição de um direito pelo outro, levando a crer que o processo de evolução dos direitos fundamentais não foi crescente, mas meramente substitutivo. Por isso, prefere-se utilizar a palavra “dimensões”, que melhor se adequa à progressiva conquista de direitos fundamentais, sempre em permanente processo de cumulação, expansão e fortalecimento⁶⁸.

Nesse contexto, é quase que pacífico o entendimento doutrinário segundo o qual o processo de conquista dos direitos fundamentais, embora não tenha sido exatamente linear, pode ser classificado em três principais dimensões: a primeira dimensão relativa aos direitos individuais e políticos; a segunda dimensão aos direitos sociais; e a terceira dimensão aos direitos relacionados à fraternidade e solidariedade⁶⁹.

É interessante notar que, embora essa classificação de direitos em dimensões tenha sua origem no âmbito do direito internacional para sistematizar a crescente conquista de direitos humanos, sua aplicação é pertinente para referir-se ao processo de consagração dos direitos fundamentais no âmbito constitucional interno dos Estados (a despeito dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não serem sinônimos⁷⁰, ambos nascem com o mesmo propósito e resguardam o mesmo objeto: a dignidade humana).

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45.

⁶⁹ Além das três dimensões mencionadas, fala-se ainda na existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que seriam a dos direitos relacionados à globalização e à democracia universal. Porém, as ideias de uma quarta ou até mesmo de uma quinta dimensão de direitos fundamentais não são pontos pacíficos na doutrina e ainda aguarda sua consagração no direito internacional e nas ordens constitucionais internas. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 50).

⁷⁰ Há uma tendência na doutrina de apontar que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na forma de positivação desses direitos, pois enquanto os direitos humanos são positivados nas declarações e convenções internacionais, os direitos fundamentais são aqueles positivados nas ordens constitucionais internas. Porém, Vidal Serrano Nunes Junior acrescenta que a distinção reside

Os primeiros direitos fundamentais a serem reconhecidos e positivados foram os direitos individuais, direcionados à proteção do indivíduo frente ao Estado. O contexto histórico de surgimento desses direitos situa-se no fim das monarquias absolutistas, originando-se no pensamento liberal-burguês do século XVIII, que ganhou corpo com a Revolução Francesa.

São denominados direitos individuais, ou liberdades individuais, por tratar-se de direitos do indivíduo contra o Estado, cujo paradigma é o homem individualmente considerado. São direitos de cunho negativo, por traduzirem deveres de abstenção do Estado e de respeito às liberdades individuais. Ademais, são representados por direitos de inspiração jusnaturalista, como os direitos à vida e à igualdade formal, inclui-se no rol de direitos individuais, além disso, os direitos relacionados às liberdades (de locomoção, expressão, pensamento, imprensa, etc.) e os direitos de participação política.

Ocorre que os direitos individuais não guardavam qualquer preocupação quanto à igualdade material, de modo que a crescente pressão social, decorrente de diversos fatores históricos, dentre eles o impacto da industrialização, fizeram despontar a necessidade de redução das desigualdades sociais, não havendo mais espaço para um Estado liberal, que figure alheio às questões sociais cada vez mais latentes.

Neste contexto, surgiu uma nova compreensão de Estado, agora com papel ativo na realização da justiça social⁷¹. A preocupação com a igualdade de fato tornou-se o norte de novas constituições, delineando Estados prestacionais e mais condizentes com a realidade social.

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais (saúde, educação, trabalho, etc.), também denominados, em oposição aos primeiros, de direitos de cunho

ainda na função que esses direitos estão predispostos a cumprir, eis que uma vez previstos na ordem interna, gerará efeitos internamente, podendo, inclusive, ser judicializados em caso de não observância, enquanto que positivado na ordem internacional, o desrespeito gerará a condenação do Estado pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos. (NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 23-24).

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

positivo, isso porque representam imposições ao Estado, que deve assegurá-los por meio de ações prestacionais. É possível identificar, conforme será explicado no tópico a seguir, que o direito fundamental à assistência jurídica se insere justamente no rol de direitos sociais: isso em razão de sua essência estar fincada na igualdade de fato.

Finalmente, os direitos de terceira dimensão são aqueles direcionados ao ser humano como parte da humanidade. São direitos de natureza difusa, que não visam a proteção do indivíduo isoladamente, mas sim da coletividade, como, por exemplo, os direitos à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio histórico e cultural, entre outros.

A despeito da classificação exposta, é importante salientar o caráter indivisível, unitário e interdependente dos direitos fundamentais, que devem ser considerados um sistema em constante interação, que gravita em torno do mesmo objeto: a proteção do ser humano⁷².

1.8.2. A natureza do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita

No que tange à definição de um direito fundamental como sendo de cunho individual ou social, Vidal Nunes Serrano Junior anota que essa delimitação não é facilmente identificável, na medida em que os direitos sociais alcançam uma série de direitos que nem sempre são da mesma natureza, ou seja, podem haver direitos de natureza individual que refletem em aspectos essencialmente sociais.⁷³

Há, por assim dizer, uma relação de interdependência entre os direitos fundamentais, de forma que a identificação da natureza de tais direitos, ante a complexidade que os compõem como se disse, nem sempre é exata. Conforme destaca Gerardo Pisarello:

Todos los derechos, en efecto, podrían considerarse axiológicamente vinculados a la igual libertad o a la igual dignidad de sus destinatarios. Ese carácter generalizable, precisamente, de todos los derechos, es el que justifica

⁷² NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 15.

⁷³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 63-64.

su igual fundamentalidad desde el punto de vista valorativo. Otro tanto ocurriría en el plano estructural, donde sería perfectamente posible mostrar cómo todos los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales podrían verse, en realidad, como derechos complejos, generadores de obligaciones negativas y positivas, de abstención y de prestación, ‘baratos’ y ‘costosos’⁷⁴.

A despeito da complexidade dos direitos fundamentais, a doutrina constitucional, de forma majoritária, entende que os direitos sociais são aqueles fundados no princípio da igualdade, que têm por objetivo promover a qualidade de vida mediante políticas públicas⁷⁵ destinadas a assegurar a dignidade humana. Os direitos sociais são um subsistema dos direitos fundamentais que “busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos o benefício da vida em sociedade”⁷⁶.

Os direitos fundamentais são classificados em direitos de defesa (*Abwehrrechte*), que são aqueles destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do poder público, e direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que podem se referir tanto a prestações fáticas, quanto a prestações normativas.⁷⁷

Para Robert Alexy, todos os direitos que demandam ações estatais positivas são considerados direitos prestacionais, que são exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal. Alexy classifica os direitos prestacionais em três grupos: (i) direitos a proteção; (ii) direitos a organização e procedimento; e (iii) direitos a prestações em sentido estrito.⁷⁸

⁷⁴ PISARELLO, Gerardo. “Los derechos sociales y sus ‘enemigos’: elementos para una reconstrucción garantista”. *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Observatori Desc. Disponível em:

http://observatoridesc.org/sites/default/files/Defender_repensar_derechos_sociales_lib_DESC_AAVV_sp_1.pdf. Acesso em 29.06.2017.

⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52.

⁷⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 70.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 632.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442 e ss.

O direito a prestação em sentido estrito (prestação fática) é definido por Alexy como um “direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente”⁷⁹.

Diante de tal conceito, é possível constatar com clareza a natureza social do direito fundamental à assistência jurídica gratuita, pois “trata-se de “algo” (prestação de um serviço) que o indivíduo, sem possuir meios financeiros suficientes (no caso, para custear os honorários advocatícios e custas processuais), não obterá êxito de obter de outros particulares de forma gratuita”⁸⁰.

Portanto, sem que haja uma prestação estatal no sentido de implementar e promover a assistência jurídica gratuita, restaria inviabilizado o acesso à justiça aos necessitados, o que implicaria, conseqüentemente, no esvaziamento de seus direitos fundamentais, carentes de exigibilidade.

É também sob a ótica essencialmente prestacional do direito fundamental à assistência jurídica gratuita que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero destacam o seguinte:

O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita é multifuncional. Dentre outras funções, assume a de promover a igualdade, com o que se liga imediatamente ao intento constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, CRFB) e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, *in fine*, CRFB). Possibilita, ainda, um efetivo acesso à justiça mediante a organização de um processo justo que leve em consideração as reais diferenças sociais entre as pessoas. Nessa linha, assume as funções de prestação estatal e de não discriminação.⁸¹

É possível perceber, nesse sentido, que a assistência jurídica gratuita é um direito cuja a base de conformação está fundada no princípio da igualdade em seu aspecto material, considerando-se que confere um tratamento diferenciado (assistência

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

⁸⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 173.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Comentários ao art. 5º, LXXIV”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 492.

jurídica gratuita) àqueles que se encontram em situação de desigualdade (no caso, os necessitados econômicos ou organizacionais).

Dessa forma, por tratar-se de direito destinado a reduzir as desigualdades sociais e a elevar o âmbito de proteção de todos os demais direitos fundamentais, o Estado tem o dever de implementá-lo, organizá-lo e promove-lo. Assim, conforme destaca Fensterseifer:

[...] se é a igualdade material que está na base da conformação dos direitos sociais, há plena identidade nesse aspecto em relação às razões constitucionais que conceberam o direito fundamental à assistência jurídica. Muito embora a defesa das liberdades públicas ou dos direitos liberais (aqui pensando especialmente na liberdade de locomoção vitimada no âmbito da persecução penal) esteja no âmago da conformação de tal direito, é na igualdade que ele alimenta a sua normatividade, já que busca imprimir ação afirmativa voltada especificamente à parcela marginalizada da população, alavancando tais pessoas para um quadrante de maior isonomia no exercício dos seus direitos, que, de outro modo, resultariam negligenciados.⁸²

Uma vez delimitada a natureza do direito fundamental à assistência jurídica como sendo de cunho essencialmente social, é importante que se debata seu âmbito de exigibilidade e proteção.

1.8.3. Dimensão objetiva do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita

Diante da consagração do modelo de Estado social e democrático de direito, restou inviável conceber a ideia de proteção dos direitos fundamentais como algo restrito ao âmbito individual de seu titular, já que até mesmo os chamados direitos de liberdade (direitos de primeira geração ou dimensão) demandam mais que a simples posição negativa do Estado, pois o pleno exercício de tais direitos apenas é possível se acompanhado de políticas públicas no sentido de promovê-los e protegê-los.

Assim sendo, os direitos fundamentais, para além da esfera individual de seu titular, irradiam seus efeitos para o âmbito comunitário, de modo que a análise de seu espectro de proteção ganha uma dimensão objetiva e independente de seus titulares,

⁸² FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 173.

o que significa dizer que sua proteção e promoção devem ser realizadas independentemente de possíveis intervenções ou violações de direitos fundamentais de determinada pessoa⁸³. Dito de outro modo, às normas que outorgam direitos subjetivos é conferida função autônoma, que não se limita à esfera subjetiva de seu titular⁸⁴.

Portanto, aos direitos fundamentais é dado eficácia objetiva, que se desdobra três importantes consequências: (i) a eficácia irradiante dos direitos fundamentais; (ii) os deveres de proteção do Estado; e (iii) a função organizatória e procedimental dos direitos fundamentais.

Sob a perspectiva irradiante, as normas definidoras de direitos fundamentais, consideradas normas de eficácia objetiva, ganham um novo significado, passando a em que fornecer diretrizes e parâmetros interpretativos para a aplicação do direito infraconstitucional. Sarlet aponta que uma das consequências desse efeito irradiante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quando associado à ideia de supremacia da Constituição, é a constitucionalização do direito privado, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)⁸⁵.

Os deveres de proteção, por sua vez, expressam a obrigação do Estado de proteger ativamente os direitos fundamentais, inclusive preventivamente, contra ameaças de violação provenientes do poder público e, sobretudo, de particulares⁸⁶. Trata-se de uma manifestação da postura ativa do Estado frente à promoção e proteção dos direitos fundamentais, contrapondo-se à posição omissa adotada pelo Estado liberal.

⁸³ SARMENTO, Daniel. *Parecer sobre o regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 01.08.2017.

⁸⁴ SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 186.

⁸⁵ SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 186.

⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

Em decorrência do dever de proteção, o Estado passa a ter a obrigação de implementar, regular, proteger e promover a efetivação dos direitos fundamentais. É interessante observar que os deveres de proteção não se restringem aos direitos de cunho social, mas refletem também nos direitos fundamentais individuais, relacionados à liberdade, isso porque a proteção da vida, da saúde, da liberdade ou de qualquer outra necessidade básica do indivíduo demanda uma ação positiva do Estado no sentido de remover de obstáculos econômicos, sociais ou culturais que impeçam o pleno desenvolvimento de sua personalidade⁸⁷.

No que tange especificamente ao direito à assistência jurídica integral e gratuita, tendo em vista que se trata de um direito de matriz constitucional, de fundamentalidade inquestionável, o dever de proteção do Estado impõe-se no sentido de eliminar os óbices à efetivação desse direito, implicando tanto em deveres de proteção no âmbito normativo, por meio de elaboração de leis destinadas à regulamentar a assistência jurídica, como também no âmbito fático, como por exemplo no investimento na estruturação e fortalecimento da Defensoria Pública⁸⁸.

Para Sarlet, os deveres de proteção do Estado impõem uma atuação eficiente e apta a assegurar os direitos fundamentais, o que implica não apenas na vedação de omissões, mas também na proibição de proteção insuficiente⁸⁹.

É, portanto, na proibição de proteção insuficiente que repousa o dever do Estado de ampliar progressivamente os serviços de assistência jurídica por meio da Defensoria Pública. O próprio constituinte, atento à necessidade de ampliação progressiva dos serviços de assistência jurídica, estabeleceu por meio da Emenda Constitucional nº 80/14, nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, a obrigação do Estado de ampliar a Defensoria Pública em todo o território nacional, veja-se:

⁸⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 214.

⁸⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 186.

⁸⁹ SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 186.

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

Assim, cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo a adoção de medidas normativas e fáticas direcionadas ao cumprimento do referido comando constitucional, sob pena de a omissão ou a atuação insuficiente sujeitar-se ao controle do Poder Judiciário⁹⁰.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais desdobra-se também na função organizacional ou procedimental, o que significa que a interpretação das normas procedimentais terá como parâmetro a maior proteção dos direitos fundamentais. Além disso, e principalmente, a função procedimental implica na necessidade de criação de uma estrutura organizacional que confira o suporte necessário para a efetivação do respectivo direito fundamental. Sarlet explica que:

[...] os deveres de proteção do Estado se concretizam tanto por meio de normas que dispõem sobre procedimento administrativo ou judicial (inclusive na criação e aperfeiçoamento de técnicas de tutela dos direitos), bem como pela criação de órgãos incumbidos da tutela e promoção de direitos, contata-se, logo, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, no caso, entre os deveres de proteção e a dimensão organizatória e procedimental⁹¹.

Verifica-se, nessa linha de intelecção, que os deveres de proteção do Estado se efetivam por meio da criação de uma estrutura organizacional e procedimental que permita a efetiva fruição do direito fundamental.

É, portanto, sob a perspectiva organizatória que o direito fundamental ganha concretude no plano fático. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o direito à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) insere-se em todos aqueles direitos fundamentais que dependem, para sua realização, de providências estatais destinadas à criação de órgãos, setores e repartições (direto à organização), bem

⁹⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 189.

⁹¹ SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 186.

como de outras medidas de natureza normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos e garantias como, por exemplo, as garantias processual-constitucionais (direito de acesso à justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa etc.)⁹².

Voltando-se para o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV) verifica-se que a fruição desse direito impõe ao Estado a criação e efetiva estruturação da Defensoria Pública, instituição responsável por conferir concretude ao acesso à justiça para a população carente (art. 134), de modo que é certo concluir que a criação e a estruturação da Defensoria Pública está atrelada à perspectiva procedimental do direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita.

Nesse mesmo raciocínio, Daniel Sarmento anota:

E não é preciso nenhuma construção hermenêutica mais complexa para se chegar a essa conclusão, bastando observar o que prescreve claramente a nossa Constituição. O art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Maior estabelece que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. E o art. 134 da Carta, por sua vez, dispõe que 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”. Assim, sem uma Defensoria Pública forte, bem estruturada, com recursos materiais e humanos adequados para o desempenho de sua missão constitucional, fica comprometido o gozo de todos os direitos fundamentais dos indivíduos e grupos hipossuficientes e vulneráveis⁹³.

Pode-se afirmar, nesse sentido, que a eficácia objetiva dos direitos fundamentais transpõe a esfera individual do titular do respectivo direito, irradiando-se não apenas como um norte interpretativo do direito infraconstitucional e das normas de direito privado, mas também impondo deveres de proteção para o Estado.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 474-475.

⁹³ SARMENTO, Daniel. *Parecer sobre o regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 01.08.2017.

Além disso, a dimensão objetiva desdobra-se no ponto de vista organizacional e procedimental, de forma a conferir concretude ao direito fundamental, transmutando-o do plano teórico para o plano fático, com a criação de estruturas institucionais e organizacionais destinadas a viabilizar e a concretizar o respectivo direito fundamental.

1.8.4. Dimensão subjetiva do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita

A dimensão subjetiva relaciona-se com a perspectiva clássica e liberal dos direitos fundamentais, ou seja, com o seu status negativo. Isso porque a função subjetiva confere ao titular do direito fundamental o poder de resistir a qualquer intervenção estatal que inviabilize o seu exercício e, consequentemente, obriga o Estado a manter uma posição negativa, de modo a não intervir na esfera individual do titular do direito.

Dimoulis e Martins explicam que a dimensão subjetiva se refere à função clássica, uma vez que o seu conteúdo normativo corresponde ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal sobre a sua esfera individual. Simetricamente, o Estado possui a obrigação negativa de não intervir na esfera individual. No entanto, muito embora a dimensão subjetiva esteja classicamente atrelada aos direitos fundamentais relacionados à liberdade individual, é possível verificar que os direitos fundamentais prestacionais também se revestem dessa dimensão subjetiva. Por exemplo, quando o indivíduo adquire um status de liberdade positiva (liberdade para alguma coisa) que pressupõe a ação estatal, tem-se como efeito a proibição de omissão por parte do Estado. Além disso, a dimensão subjetiva também reflete nos direitos políticos e nas garantias processuais, entre as quais a mais relevante é a garantia de acesso ao Poder Judiciário para apreciação de toda lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV), cujo efeito para o Estado é precisamente o dever de fazer algo⁹⁴.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais reveste o seu titular do poder de exigir do Estado, inclusive por meio judicial, as medidas necessárias para a implementação e o exercício de seu direito.

⁹⁴ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116-117.

No caso do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, o reconhecimento da dimensão subjetiva autoriza o indivíduo a exigir do Estado a sua implementação. Assim, diante da omissão estatal (ou da atuação insuficiente), pode o titular do direito ou as entidades legitimadas a atuar coletivamente em prol desses beneficiários postular perante o Poder Judiciário exigindo a efetivação do direito fundamental à assistência jurídica⁹⁵.

Portanto, é por força da dimensão subjetiva do direito fundamental à assistência jurídica, que o reconhece também como um direito subjetivo de seus destinatários, que o Poder Judiciário encontra sua legitimação para o controle de políticas públicas no sentido de implementar esse direito fundamental.

⁹⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 197.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

2.1. A Defensoria Pública como instrumento de promoção da igualdade

A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o modelo público de prestação de assistência jurídica (art. 134), de modo que cabe à Defensoria Pública a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, inciso LXXIV).

É interessante observar que o atual texto constitucional destoa dos anteriores, isso porque supre a omissão acerca do modelo adotado para a prestação dos serviços de assistência jurídica.

Com efeito, embora tenha havido previsão de prestação de serviços jurídicos à população carente em constituições anteriores, é fato que a Constituição Federal de 1988 inovou ao consolidar a Defensoria Pública como instituição responsável pela viabilização desse serviço.

Tal ordem constitucional, ao consagrar a Defensoria Pública como instituição destinada a dar voz ao comando previsto no art. 5º, inciso LXXIV, reafirma os princípios democráticos em que é fundada.

A criação da Defensoria Pública está em sintonia com os objetivos fundamentais traçados pela norma constitucional (art. 3º, incisos I e III)⁹⁶, dado que a redução da pobreza e das desigualdades implica, necessariamente, na afirmação de um sistema apto a promover efetivo acesso à justiça para a população carente.

Nessa linha de raciocínio, Fensterseifer acrescenta que:

O compromisso de assegurar condições de igualdade e inserção de todos os indivíduos no pacto constitucional passa necessariamente pelo tratamento

⁹⁶ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

jurídico-político *desigual* do necessitados, assegurando-lhes proteção jurídica especial, como ocorre por intermédio de práticas estatais tal qual a prestação de assistência jurídica integral e gratuita, com o claro objetivo de garantir efetiva condição político-jurídica de igualdade aos indivíduos e grupos sociais vulneráveis no âmbito da nossa comunidade estatal⁹⁷.

Realmente, ao refletir sobre a relação entre justiça e igualdade, nota-se que as sucessivas violações de direitos decorrem, invariavelmente, das desigualdades sociais, as quais, aliadas à precariedade ou ausência de políticas públicas efetivas no sentido de amenizar seus efeitos, acaba por fomentar um sistema de exclusões cumulativas, que se reproduzem e promovem diferenças em todas as escamas sociais, nos graus de escolaridade, no acesso ou na qualidade de moradia e saúde, enfim, em todos os padrões de bem-estar social⁹⁸.

Nesta linha de intelecção, Boaventura de Souza Santos anota que

[...] as desigualdades não são um dado adquirido, traduzem-se em injustiças e, conseqüentemente, nas violações dos seus direitos. Longe de se limitarem a chorar a inércia, as vítimas deste crescente processo de diferenciação e exclusão cada vez mais reclamam, individual e coletivamente, serem ouvidas e organizam-se para resistir⁹⁹.

Nessa quadra de ideias, pode-se concluir que um dos principais instrumentos de correção das desigualdades é justamente a garantia de que todos aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade ou de exclusão social tenham efetivo acesso à justiça, que lhes permita pleitear e proteger seus direitos em todas as instâncias.

A Defensoria Pública é, nesse contexto, meio de concretização do acesso à justiça para a imensa gama de excluídos, que abrange tanto os hipossuficientes econômicos e organizacionais, quanto aos grupos sociais vulneráveis, conforme bem pontuam Esteves e Silva:

Por representar o elo constitucional entre a sociedade e o Estado, a Defensoria Pública possui a irrenunciável função de promover a inclusão das classes

⁹⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 120-121.

⁹⁸ SADEK, Maria Tereza Aina. *Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos*. Revista USP. São Paulo. n. 101. Março/Abril/Maio 2014, p. 59.

⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 17-18.

sociais menos favorecidas, reintegrando à ordem jurídica estatal aqueles que historicamente permanecem excluídos e marginalizados. Na verdade, a Defensoria Pública é a única estrutura estatal destinada expressamente a trabalhar juridicamente para garantir redução das desigualdades sociais, através da prestação da assistência jurídica integral e gratuita.¹⁰⁰

Segundo Boaventura, a Defensoria Pública distingue-se das outras instituições do sistema de justiça por ser aquela que possui melhores condições de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida, de forma que:

[...] cabe aos defensores públicos aplicar no seu quotidiano profissional a sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos dos cidadãos intimidados e impotentes, cuja procura por justiça e o conhecimento do(s) direito(s) têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes¹⁰¹.

Com efeito, a institucionalização de um órgão público destinado especificamente à promoção do acesso à justiça aos necessitados, além de democratizar o sistema de justiça, permite a ação coordenada e planejada de fomento à educação em direitos e, conseqüentemente, viabiliza a emancipação do cidadão¹⁰².

Portanto, a construção da Defensoria Pública como mecanismo de acesso à justiça promove não apenas a universalização do acesso por meio de profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim, mas também a defesa de interesses difusos e coletivos e a diversificação do atendimento jurídico para além do âmbito judicial, ou seja, na resolução extrajudicial de conflitos e na educação em direitos¹⁰³.

O ministro Celso de Melo, em voto elaborado no AI nº 598.212 ED, sublinha a essencialidade da Defensoria Pública para o sistema de justiça e, especialmente, para a efetivação dos direitos daqueles que vivem à margem da sociedade:

[...] é que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados

¹⁰⁰ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 317.

¹⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 51.

¹⁰² REIS, Gustavo Augusto dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

¹⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 50-51.

pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. [...]. É imperioso ressaltar a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que também são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por esse motivo que a Defensoria Pública foi qualificada pela própria Constituição da República como instituição essencial ao desempenho da atividade jurisdicional do Estado¹⁰⁴.

Conclui-se, então, que a promoção da igualdade material passa necessariamente pela implementação de mecanismos que viabilizem o acesso à justiça em prol da população carente, conferindo a esse público tratamento desigual (assistência jurídica integral e gratuita) por se encontrar em situação de desigualdade (pobreza ou hipossuficiência).

2.1.1. O regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública

A lógica de proteção ao direito fundamental à assistência jurídica funda-se no fato de que tal direito é um pressuposto para a exigibilidade de todos os demais direitos. Trata-se, na realidade, da principal, se não a única, via de acesso da população carente ao Poder Judiciário e, possivelmente, ao próprio conhecimento de seus direitos.

A bem dizer, pois, o direito fundamental à assistência jurídica revela-se como um dos pilares do próprio sistema democrático, alinhando-se com os objetivos fundamentais traçados no art. 3º, incisos I e II, da Constituição Federal¹⁰⁵, na medida que é por meio do conhecimento de seus direitos, e também da possibilidade de exigí-los, que se pode falar na emancipação do cidadão, tornando-o apto a participar ativamente das decisões políticas que regem a sociedade. Vai nesse sentido, inclusive, a ponderação Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Com efeito, a defesa de direitos representa um dos esteios do regime democrático que constitui um dos princípios constitucionais fundamentais.

¹⁰⁴ STF, Ag. Inst. 598.212 ED, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.03.2014.

¹⁰⁵ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - [...]; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV [...].

Todavia, pode ser frustrado por falta de recursos necessários ao seu exercício. Assim, reconhecendo ser, ao lado de um direito do indivíduo, um dever do Estado (art. 5º, LXXIV), tratou o constituinte de criar órgão próprio para cumpri-lo¹⁰⁶.

A bem da verdade, não há direitos sem que exista um aparato de proteção normativa e fática destinado à sua exigibilidade, pois, conforme destacou o ministro Celso de Mello, nos autos do já citado AI nº 598.212 ED, o direito à assistência jurídica constitui-se em uma prerrogativa básica e essencial à viabilização dos demais direitos, trata-se do direito a ter direitos, ou do direito a ter direitos efetivos:

[...] assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública¹⁰⁷.

A partir dessa lógica, portanto, o regime constitucional pensado para a garantia de acesso à justiça aos necessitados (incluindo-se tanto o necessitado do ponto de vista econômico, quanto organizacional) foi desenhado pelo constituinte clara e detalhadamente, de modo a não permitir qualquer margem de dúvida sobre a forma como deve ser instrumentalizado o direito à assistência jurídica.

Conforme bem destacou o ministro Joaquim Barbosa em seu voto na ADI nº 4270/SC, o constituinte “não se limitou à exortação genérica do dever de prestar assistência judiciária, mas descreveu, inclusive, a forma que deve ser adotada na execução desse serviço público, não dando margem a qualquer liberdade por parte do legislador estadual”¹⁰⁸.

Realmente, ao garantir o direito fundamental à assistência jurídica (art. 5º, inciso LXXIV), o constituinte tratou logo de instituir também a Defensoria Pública como instrumento de efetivação desse direito (art. 134), dando gênese, desse modo, a um sistema da proteção que vincula de modo inexorável a assistência jurídica integral e gratuita e a Defensoria Pública.

¹⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 308.

¹⁰⁷ STF, Ag. Inst. 598.212 ED, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.03.2014.

¹⁰⁸ STF, ADI 4270/SC, ministro relator Joaquim Barbosa, j. 14.03.2012.

Dito isso, não há como dissociar a norma do art. 5º, inciso LXXIV, da norma do art. 134, ambas da Constituição Federal. Tal percepção, inclusive, foi bem salientada pelo ministro Ayres Brito no voto da ADI nº 4.270/SC, que versava sobre a exclusividade da Defensoria Pública para a prestação dos serviços de assistência jurídica à população carente:

E o modelo constitucional de assistência jurídica integral e gratuita, orientação e assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, é um modelo de imbricação, de germinação, de enlace entre essa assistência, essa orientação aos economicamente débeis e as defensorias públicas. Não há como dissociar as coisas. Esse direito subjetivo das pessoas economicamente precarizadas à assistência e orientação, no plano administrativo e no plano jurisdicional, por modo gratuito e integral, não se exerce com eficácia senão quando prestado - é o modelo da Constituição - por um órgão de alta especialização, de alta concepção constitucional, que são as defensorias públicas. As coisas estão, portanto, enlaçadas¹⁰⁹.

Com efeito, quando da escolha do modelo de prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, o constituinte foi claro ao optar pelo modelo público de prestação, instituindo, no mesmo patamar normativo que o direito fundamental à assistência jurídica, a Defensoria Pública como instrumento de concretização desse direito.

A Defensoria Pública está prevista na Constituição Federal de 1988 no Capítulo IV, que dispõe sobre as funções essenciais à justiça e, com o advento da Emenda Constitucional nº 80/14, foi conferida à instituição uma seção própria (Seção IV), separada da seção destinada à advocacia pública. A referida modificação no texto constitucional reafirma a autonomia da Defensoria Pública e a escolha constitucional pelo regime público de prestação de assistência jurídica.

Sobre a posição topográfica da Defensoria Pública na arquitetura constitucional, Alves explica que a Constituição Federal de 1988 emergiu em um cenário fundamentalmente democrático, comprometido com a afirmação de direitos fundamentais. E, em razão deste contexto, com o propósito de conferir efeitos concretos às conquistas advindas com a nova Constituição, o constituinte conferiu especial protagonismo ao Poder Judiciário. Porém, em decorrência da natureza inercial do Poder

¹⁰⁹ STF, ADI 4270/SC, ministro relator Joaquim Barbosa, j. 14.03.2012.

Judiciário, a Constituição tratou de prever mecanismos próprios capazes de deflagrar a intervenção de tal Poder para a proteção dos direitos assegurados pela ordem constitucional. Tais mecânicos foram positivados sob a categoria de “funções essenciais à justiça”, composta por atores com capacidade postulatória para provocar a jurisdição¹¹⁰.

Sobre a instituição das referidas “funções essenciais à justiça”, Esteves e Silva, anotam o seguinte:

Dessa forma, constata-se que a Constituição Federal, ao organizar os Poderes Estatais, não se limitou às descentralizações tradicionais decorrentes da tripartição dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo instituído um quarto complexo orgânico que, embora não possa ser definido como um quarto Poder, recebeu a seu cargo o exercício de uma quarta função política, ao lado da função legislativa, da executiva e da jurisdicional: a função de provedoria de justiça¹¹¹.

Neste cenário, com o objetivo de permitir que todos os interesses relevantes que circundam o debate social pudessem ser levados à apreciação do Poder Judiciário, a Constituição de 1988 instituiu as seguintes funções essenciais à Justiça: (i) o Ministério Público, destinado à proteção dos interesses da sociedade; (ii) a Advocacia Pública, que tem por finalidade a defesa do governo; (iii) a Advocacia Privada, destinada à livre iniciativa de profissionais liberais devidamente habilitados; e (iv) a Defensoria Pública, órgão estatal encarregado de proteger os interesses dos necessitados por meio da prestação de assistência jurídica integral e gratuita.

Deve-se sublinhar que o regime constitucional delineado para a Defensoria Pública não a vinculou a nenhum Poder do Estado, ou seja, a Constituição de 1988 conferiu à referida instituição plena autonomia para o exercício de suas funções, conforme esclarecem Esteves e Silva:

Nota-se, portanto, que a Defensoria Pública não se encontra vinculada a nenhum dos Poderes Estatais, revelando-se errônea a afirmação de que a Instituição estaria integrada ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Em verdade, a Defensoria Pública caracteriza-se como uma instituição *extrapoder*, não dependendo de nenhum dos Poderes do Estado e

¹¹⁰ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 301-302.

¹¹¹ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19.

não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de qualquer autoridade pública¹¹².

É interessante anotar, ainda, na linha do que leciona Alves, que o termo “essencial” traz inerente a ideia de dependência, cabendo afirmar-se que tais instituições não são apenas auxiliares da justiça, mas figuram em uma relação de absoluta interdependência com a função jurisdicional. Além disso, acrescenta o autor:

[...] esse *status* de “essencialidade” estabelecido na Carta Magna impõe ao ordenamento jurídico um tratamento institucional compatível com tal condição, ou seja, sendo um órgão “tão essencial” quanto o outro, já que a própria ideia de essencialidade não comporta a noção de gradação, de diferenciação quanto à importância e relevância, nada justifica que não recebam do Estado, principalmente do Poder Executivo e do Poder Legislativo, absoluta isonomia de tratamento em todos os aspectos¹¹³.

Ao alçar a Defensoria Pública como função essencial à Justiça, o constituinte lhe conferiu status de instituição perene, dotada de poderes implícitos, destinados a extrapolar a atuação restrita ao âmbito do Poder Judiciário¹¹⁴. Isso porque, conforme já se viu, a assistência jurídica vai muito além da mera representação em juízo, incorporando, fundamentalmente, a promoção dos direitos humanos e a proteção dos direitos dos necessitados em todas as esferas, seja judicial ou administrativa¹¹⁵.

¹¹² ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 20.

¹¹³ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 305-306.

¹¹⁴ REIS, Gustavo Augusto dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

¹¹⁵ O ministro Ayres Britto, no voto do RE nº 574.353/PR, destacou o caráter permanente e essencial da Defensoria Pública, especialmente para a promoção da igualdade material: “[...] Vê-se, portanto, que a Constituição Federal alçou a defensoria pública ao patamar de instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado. Uma instituição especificamente voltada para a implementação de políticas públicas de assistência jurídica, assim no campo administrativo como no judicial. Pelo que, sob este último prisma, se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciais, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º do Texto Magno). Fazendo de tal acesso um direito que se desfruta às expensas do Estado, em ordem a se postarem (as defensorias) como um luminoso ponto de interseção do constitucionalismo liberal com o social. Vale dizer, fazem com que um clássico direito individual se mescle com um moderno direito social. Tornando a prestação jurisdicional do Estado um efetivo dever de tratar desigualmente pessoas economicamente desiguais. Os mais pobres a compensar a sua inferioridade material com a superioridade jurídica de um gratuito bater às portas do Poder Judiciário. O que já se traduz na concreta possibilidade de gozo do fundamental direito de ser parte processual. Parte que, perante outra, vai compor a relação sem a qual a jurisdição mesma não tem como operar na órbita dos chamados processos subjetivos. A jurisdição e os órgãos que lhe são essenciais a se imbricar, portanto, sem que se possa dizer onde começa uma e terminam os outros. Numa frase, aparelhar as defensorias públicas é servir, sim, ao desígnio constitucional de universalizar e aperfeiçoar a própria jurisdição como atividade básica do Estado e função específica do Poder Judiciário [...]” (STF, RE 574.353/PR, ministro relator AYRES BRITTO, j. 10.11.2011).

Por fim, é interessante mencionar que o Código de Processo Civil de 2015, alinhando-se ao regime constitucional vigente, instituiu um capítulo próprio destinado à Defensoria Pública (Título VII), dispondo no seu art. 185 que “a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita”.

Além de um capítulo específico destinado à Defensoria Pública, o Código de Processo Civil, em diversas passagens, faz referência à instituição, inclusive no art. 554, § 1º, que trata da atuação da Defensoria Pública como “*custus vulnerabilis*” nas ações possessórias em que figure no polo passivo grande número de pessoas economicamente hipossuficientes. Veja-se:

No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Verifica-se, portanto, que as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil reafirmam o papel essencial da Defensoria Pública para a promoção de direitos e para a garantia de um processo judicial democrático, adequando a sistemática processual com à constitucional vigente.

2.1.2. Autonomia funcional, administrativa e financeira

A defesa dos interesses dos pobres, dos economicamente desfavorecidos, não é promocional, não garante status e muitas das vezes é vista com reticências, principalmente quando se trata da atuação em processos criminais, ou quando os interesses da classe economicamente mais fraca colidem com os de grandes empresas ou até mesmo com os do próprio Estado.

Sensível a esta realidade, a Constituição Federal de 1988 tratou de conferir à Defensoria Pública plena autonomia (funcional, administrativa e financeira), justamente

para que o desempenho de suas funções não fique sujeito às contingências da política e a defesa e a promoção dos direitos dos hipossuficientes sejam feitas de forma integral.

Com efeito, a Defensoria Pública, inserida no texto constitucional como função essencial à justiça, tem por missão também exercer o controle das funções estatais, evitando o abuso e as arbitrariedades direcionadas contra os hipossuficientes.

Sendo assim, para que possa desempenhar seu papel de forma comprometida com os interesses dos necessitados e desvinculada das pressões políticos ou econômicos, é imprescindível que a instituição seja dotada de autonomia em relação aos demais Poderes do Estado.

Esteves e Silva acentuam que “ao prever a Defensoria Pública em capítulo autônomo, houve a renúncia por parte do constituinte em definir explicitamente a instituição entre os Poderes do Estado, outorgando-lhe a necessária autonomia para o exercício de suas atribuições constitucionais”¹¹⁶.

Na mesma linha de raciocínio, Alves acrescenta o seguinte:

O fato incontestável é que o novo *status* constitucional conferido à Defensoria Pública, como órgão de Estado, a aos defensores públicos como agentes políticos do Estado, implica o estabelecimento de uma nova sistemática na prestação do serviço, cabendo a esse órgão a prerrogativa da autonomia funcional, administrativa e financeira asseguradas pela Carta Magna para estruturação de seu funcionamento e para a definição de sua política institucional. Tais prerrogativas devem ser limitadas unicamente pelos ditames da lei e da Constituição, sem nenhuma dependência às oscilações e programas políticos-partidários dos governantes que estejam eventualmente no exercício do governo¹¹⁷.

A autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias Públicas estaduais foi inserida no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 2º ao art. 134, que assim dispõe:

Art. 134 [...]

¹¹⁶ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 37.

¹¹⁷ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 309-310.

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

Posteriormente, a referida autonomia foi estendida às Defensorias Públicas do Distrito Federal e da União, por meio das Emendas Constitucionais de nº 69/12 e nº 74/13, respectivamente, que acrescentaram o § 3º ao art. 134, corrigindo a omissão até então existente.

A autonomia funcional, administrativa e a possibilidade de iniciativa de proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias está consolidada também na Lei Complementar nº 80/94¹¹⁸, que organiza a Defensoria Pública no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados.

A autonomia funcional confere à Defensoria Pública a plena liberdade para o desempenho de suas funções constitucionais, independentemente de vinculação a qualquer ordem estatal. Dito de outro modo, inexistente qualquer grau de ascendência ou hierárquico entre a Defensoria Pública, o Poder Judiciário e o Ministério Público. Ademais, sublinha-se que a Defensoria Pública não está subordinada ao Poder Executivo, podendo, inclusive, litigar contra o Estado em favor dos interesses dos necessitados¹¹⁹.

¹¹⁸ Em razão da autonomia das Defensorias Públicas do Distrito Federal e da União ter sido inserida no texto constitucional em momento posterior à autonomia das Defensorias Públicas Estaduais, a Lei complementar nº 80/94 (arts. 97, 97-A e 97-B), ao tratar da autonomia, menciona apenas as Defensorias Públicas Estaduais. Contudo, a leitura deve ser estendida às Defensorias do Distrito Federal e da União, já que também são dotadas de autonomia, conforme expressamente dispõe a Constituição Federal.

¹¹⁹ Nos autos da ADI nº 3569/PE, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a autonomia da Defensoria Pública e sua independência em relação aos demais Poderes Estatais, especialmente ao Poder Executivo. Vejamos: “Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, alínea c, da L. est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada. 1. A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. 2. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. II. Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC est 20/98: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - malgrado o dissenso do relator - que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 2. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por

A autonomia administrativa, por sua vez, refere-se à capacidade de autogestão e de auto-organização da Defensoria Pública. Cabe à instituição, portanto, organizar a forma como prestará os serviços de assistência jurídica, decidir a distribuição dos membros da carreira e dos servidores nos locais de atuação, elaborar sua folha de pagamento, adquirir bens e contratar serviços, compor os órgãos da administração superior, etc.¹²⁰.

É interessante reiterar que o direito fundamental à assistência jurídica se reveste de um caráter subjetivo, de forma que a sua implementação é exigível perante o Poder Judiciário. Porém, a imposição por parte do Poder Judiciário em face da Defensoria para que atue em determinada localidade, sem que a pretensão vincule o poder público na criação de novos cargos, é vista como uma afronta à autonomia da instituição¹²¹, pois, conforme pontua Fensterseifer:

[...] retirar a cobertura de atuação da Defensoria Pública de determinada comarca para assegurá-la em outra não corresponde a medida ampliativa do acesso à justiça, além de afrontar a autonomia funcional e administrativa da instituição assegurada no plano constitucional¹²².

força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado: precedentes”.

¹²⁰ A Lei Complementar 80/94 regula a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública, prevendo o seguinte: “Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente: I – abrir concurso público e prover os cargos de suas Carreiras e dos serviços auxiliares; II – organizar os serviços auxiliares; III – praticar atos próprios de gestão; IV – compor os seus órgãos de administração superior e de atuação; V – elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; VI – praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo da Carreira, e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; VII – exercer outras competências decorrentes de sua autonomia”.

¹²¹ Neste sentido: “Apelação cível. Ação civil pública. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral. Comarca de Viamão. [...] A Defensoria Pública é órgão essencial à função jurisdicional do Estado, possuindo autonomia administrativa e financeira, significando dizer que tem poderes para auto-organizar seus serviços, bem como capacidade para elaboração de orçamento próprio, com gestão e aplicação dos recursos que lhe são destinados. Assim, não é possível ao Poder Judiciário impor-lhe a maneira como deva agir na disponibilização de seu pessoal e na estruturação de seus serviços, face à existência do princípio da separação de poderes. Rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram provimento à apelação”. (TJRS, 3ª Câmara Cível, Apelação nº 70022299911, relatora desembargadora Matilde Chabar Maia, julgado em 10.4.2008). Vide também: STF, STA 800/CE, relator ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 08.08.2016.

¹²² FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 211.

Nesse sentido, para garantir a prestação dos serviços de assistência jurídica em locais onde não há Defensoria Pública instalada, pode-se pensar, por exemplo, na propositura de ação coletiva em face do Poder Executivo, obrigando-o a criar cargos ou a implementar o orçamento com vistas a estruturar a Defensoria Pública no local, hipótese em que a autonomia da instituição não seria afetada, já que caberia à própria Defensoria Pública gerir os recursos advindos para a sua estruturação¹²³.

A Emenda Constitucional nº 80/14 trouxe significativos avanços para a Defensoria Pública, pois, além de conferir uma seção própria para a Defensoria Pública e descrever com maior amplitude as suas funções institucionais, acrescentou ao art. 134 o § 4º, que assim dispõe: “São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal”.

A referida previsão constitucional, deixa expressos os princípios institucionais que regem a Defensoria Pública (unidade, a indivisibilidade e a independência funcional), e confere à instituição a iniciativa de lei para o exercício de sua autonomia administrativa.

Com efeito, a redação do art. 134, § 4º, remete o regime jurídico da Defensoria Pública, no que couber, ao disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 da Constituição Federal, que cuida do regime jurídico da magistratura. O art. 96, inciso II, especificamente, aborda a iniciativa de lei para proposta de alteração do número de membros da carreira, a criação e extinção de cargos, a remuneração de servidores e membros, bem como a propositura de lei para a alteração da organização da instituição¹²⁴.

¹²³ MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno. *A defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p.99.

¹²⁴ 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 juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias”.

Verifica-se, portanto, que tal mudança é um importante instrumento para a efetiva autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública.

No que tange à autonomia financeira da Defensoria Pública, esta se materializa por meio da possibilidade de iniciativa de sua proposta orçamentária, sempre dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 134, § 2º). A autonomia financeira deve ser exercida nos termos descritos no art. 97-B, da Lei Complementar nº 80/94, com redação conferida pela Lei Complementar nº 132/09.¹²⁵

Embora seja possível compreender a autonomia da Defensoria Pública como uma consequência lógica de todo o sistema constitucional arquitetado para que a instituição pudesse dedicar-se na defesa integral dos interesses dos necessitados, não são poucas as tentativas de relativizar tais previsões.

A ADI nº 5.296/DF é um claro exemplo disso. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Presidência da República, que tem por objeto precisamente questionar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 74/13, que acrescentou o § 3º ao art. 134, estendendo, desse modo, a autonomia já conferida às Defensorias Públicas Estaduais para as Defensorias Públicas do Distrito Federal e da União.

¹²⁵ Art. 97-B, Lei Complementar nº 80/94: “A Defensoria Pública do Estado elaborará sua proposta orçamentária atendendo aos seus princípios, às diretrizes e aos limites definidos na lei de diretrizes orçamentárias, encaminhando-a ao Chefe do Poder Executivo para consolidação e encaminhamento ao Poder Legislativo. § 1º Se a Defensoria Pública do Estado não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do caput. § 2º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados no caput, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fim de consolidação da proposta orçamentária anual. § 3º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. § 4º Os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias próprias e globais, compreendidos os créditos suplementares e especiais, serão entregues, até o dia 20 (vinte) de cada mês, na forma do art. 168 da Constituição Federal. § 5º As decisões da Defensoria Pública do Estado, fundadas em sua autonomia funcional e administrativa, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas. § 6º A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Defensoria Pública do Estado, quanto à legalidade, legitimidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno estabelecido em lei”.

A referida ação baseia-se na alegação de que teria havido vício de iniciativa na Emenda Constitucional nº 74/13, pois esta versaria sobre matéria da reserva de iniciativa do Poder Executivo. Assim, sendo a modificação resultante de proposta de iniciativa parlamentar, buscou a Presidência da República a declaração de inconstitucionalidade da aludida norma.

A propositura de tal feito pela União terminou por gerar um significativo movimento para retirada da autonomia da Defensoria Pública, tanto que diversos Estados, como por exemplo o Estado de São Paulo, ingressaram na ação na condição de *amicus curiae*, em um claro objetivo de enfraquecer também a autonomia das Defensorias Públicas dos Estados.

O Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o mérito da ação, porém, em 18 de maio de 2016, foi indeferida a medida cautelar destinada a suspender a eficácia do § 3º do art. 134. Entre os votos contrários à concessão da liminar, vale mencionar o do ministro Dias Toffoli, que ponderou que a Defensoria Pública da União não é integrante do Poder Executivo e de nenhum outro Poder, logo, não haveria como se sustentar a alegação de vício de iniciativa da emenda constitucional em debate. Além disso, destacou o mesmo ministro:

Ao contrário, portanto, da pretensão de atribuir inconstitucionalidade ao texto da EC nº 74/2013, vislumbro, no espírito da norma, a busca pela elevação da Defensoria Pública a um patamar adequado a seu delineamento constitucional originário de função essencial à Justiça, densificando o direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal, que ordena ao Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos¹²⁶.

Na realidade, a subtração da autonomia da Defensoria Pública equivale a enfraquecer sua missão constitucional, e sem tal garantia a atuação da instituição ficaria sujeita ao casuísmo que, não raro, flui na contramão dos interesses das camadas mais pobres da sociedade.

Em parecer elaborado a pedido da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais, Sarmento é preciso ao esclarecer a constitucionalidade da Emenda

¹²⁶ STF, MC ADI 5.296/DF, relatora ministra Rosa Weber, julgado em 18.05.2016.

Constitucional nº 74/13 e também ao reafirmar a imprescindibilidade da autonomia da Defensoria Pública para o desempenho de suas atribuições:

Ocorre que, por diversas razões já explicitadas anteriormente, o funcionamento da Defensoria Pública não é matéria concernente à autonomia do Poder Executivo. Pelo contrário, trata-se de tema afeto aos interesses da sociedade civil, especialmente dos seus segmentos mais vulneráveis, cujos direitos não podem ficar à mercê da vontade monocrática da Presidente da República. [...]. A atribuição de autonomia funcional e administrativa, e de iniciativa de proposta orçamentária à Defensoria Pública da União se afigura essencial para que tal instituição possa cumprir adequadamente a sua missão constitucional, e atuar de forma mais efetiva na garantia dos direitos dos excluídos. Por isso, a EC nº 74/2013, mais do que compatível com a Constituição, é medida indispensável para a promoção de objetivos fundamentais da ordem constitucional, ligados à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, em que os direitos dos pobres sejam mais do que promessas vazias em “pedaços de papel”¹²⁷.

A referida ação direta de inconstitucionalidade, embora emblemática, não é a única. De fato, os maiores enfrentamentos relacionados à proteção da autonomia da Defensoria Pública e, conseqüentemente, da garantia do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, atinem à pretensão de vincular a Ordem dos Advogados do Brasil aos serviços de prestação da assistência judiciária.

E não são poucas as ações judiciais que abordam essa matéria. No Estado de São Paulo, por exemplo, pode-se citar a ADI nº 4.163/SP, posteriormente convertida em ação de descumprimento de preceito fundamental, que versava sobre a não obrigatoriedade de a Defensoria Pública firmar convênio de prestação de serviços jurídicos exclusivamente com a Ordem dos Advogados do Brasil, conforme estava previsto no art. 109 da Constituição Estadual e no art. 234 da Lei Complementar Estadual nº 988/06.

O ministro Cezar Peluso, relator da ação, declarou a não recepção do art. 234 e seus parágrafos com a Constituição Federal e conferiu interpretação conforme ao art. 109 da Constituição Estadual, no sentido de autorizar, sem obrigatoriedade nem exclusividade, a celebração de convênio entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, a critério da Defensoria

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. *Parecer sobre a autonomia da DPU e limites do poder de reforma da Constituição*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/042015/Parecer_Autonomia_DPU_Daniel_Sarmento.pdf. Acesso em 30.08.2017.

Pública¹²⁸. Além disso, o ministro ressaltou que a obrigatoriedade de manutenção do convênio fere a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública:

Na espécie, a previsão constante do 234 da Lei Complementar impõe, de maneira inequívoca, obrigatoriedade de a Defensoria Pública conveniar-se em termos de exclusividade com a Ordem dos Advogados, seccional São Paulo, o que, independentemente da qualidade ou do tempo de serviços prestados, deturpa e descaracteriza tanto o conceito dogmático de convênio quanto a noção de autonomia funcional e administrativa constitucionalmente positivada configurando uma clara violação do preceito fundamental em que se encerra a garantia¹²⁹.

Situação tão ou mais grave verifica-se na ADI nº 5.644/SP, de relatoria do ministro Edson Fachin, que busca a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar nº 1.297/17, do Estado de São Paulo, que acrescentou os §§ 4º e 5º no art. 236 da Lei Complementar nº 988/06¹³⁰, a qual separa uma relevante porcentagem do Fundo de Assistência Judiciária para o financiamento de convênios suplementares de assistência judiciária.

Apenas para contextualizar a questão, deve-se pontuar que quase que a totalidade dos recursos que financiam a Defensoria Pública do Estado de São Paulo advém do mencionado Fundo de Assistência Judiciária e, conforme disposto no art.

¹²⁸ Sobre essa ação, interessante colacionar trecho do parecer emitido por Virgílio Afonso da Silva, que sublinha que a Defensoria Pública é instituição autônoma e que cabe a ela definir os convênios que irá firmar, sendo inconstitucional qualquer previsão em sentido oposto. Veja-se: “Na definição do modelo desejável de cooperação, dois são os parâmetros constitucionais mais importantes, já mencionados ao longo do texto. O primeiro é o direito fundamental do art. 5º, LXXIV, que garante a assistência aos que comprovarem insuficiência de recursos; o segundo, a garantia de autonomia para as defensorias públicas, prevista no art. 134, § 2º. Diante desses parâmetros claros, o modelo ideal é aquele que (1) confira às defensorias autonomia e liberdade não apenas na organização de sua estrutura interna, como também na definição dos termos de eventuais convênios com particulares (indivíduos ou associações) para o estabelecimento de sistemas alternativos para a prestação desse serviço público, que (2) garanta o maior grau de realização do direito fundamental em questão”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer sobre o convênio entre a Defensoria Pública do Estado e a OAB/SP na prestação de assistência judiciária*. Revista da Defensoria Pública, Ano 4, n. 2, jul./dez. 2011, p. 179).

¹²⁹ STF, ADI 4.163/SP, Tribunal Pleno, relator ministro Cezar Peluso, julgado em 29.02.2012.

¹³⁰ Art. 236: “O Fundo de Assistência Judiciária, instituído pela Lei nº 4.476, de 20 de dezembro de 1984, e regulamentado pelo Decreto nº 23.703, de 27 de maio de 1985, destinado a custear despesas concernentes à prestação de assistência judiciária gratuita, vincula-se, a partir da promulgação desta lei complementar, à Defensoria Pública do Estado, que passará, imediatamente, a gerir os seus recursos, inclusive o saldo acumulado. [...] § 4º - Da totalidade das receitas que compõem o Fundo de que trata o “caput” deste artigo, 40% (quarenta por cento) serão destinados à prestação de assistência judiciária suplementar (acrescentado pela Lei Complementar n. 1.297/2017). § 5º - Caso as despesas afetas à prestação de assistência judiciária suplementar não alcancem no mesmo exercício financeiro o percentual de que trata o § 3º deste artigo, o saldo restante será aplicado às demais despesas suportadas pelo Fundo de Assistência Judiciária (acrescentado pela Lei Complementar n. 1.297/2017)”.

236, “caput”, da Lei Complementar Estadual nº 988/06, compete à Defensoria Pública gerir tais recursos.

Ocorre que, por questões puramente políticas, o Governo do Estado de São Paulo sancionou lei que vincula parte dos recursos do mencionado fundo ao custeio de convênios suplementares, colocando em cheque não apenas a autonomia administrativa da Defensoria Pública, mas, em última análise, o próprio modelo público de assistência jurídica escolhido pela Constituição Federal.

No que tange especificamente aos convênios suplementares, é oportuno observar que para além da violação da autonomia, a situação que impõe à Defensoria Pública a obrigação de firmar convênios de assistência suplementar é, sem dúvidas, inconstitucional.

Com efeito, a Constituição Federal instituiu o modelo público de assistência jurídica, garantindo aos necessitados não apenas a simples defesa de seus interesses no âmbito judicial (assistência judiciária), como é a prestada por meio de convênios, mas antes colocou à disposição destes destinatários uma instituição pública, com atribuição para manejar um amplo rol de instrumentos na defesa de seus interesses, que inclui desde a promoção da educação em direitos, passando pela resolução extrajudicial de conflitos, até a defesa em ações coletivas.

Note-se que a manutenção de convênios para a prestação de assistência puramente judiciária, além de não atender ao comando constitucional, subtrai dos destinatários o próprio gozo do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita. Portanto, conforme sublinha Fensterseifer¹³¹, deve-se reconhecer a inconstitucionalidade progressiva dos convênios firmados com a Ordem dos Advogados do Brasil ou com qualquer outra instituição, na mesma linha do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal na interpretação do art. 68 do Código de Processo Penal¹³².

¹³¹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 146.

¹³² STF, RE 135.328/SP, Tribunal Pleno, relator ministro Marco Aurélio, julgado em 29.06.1994; e STF, RE 147.776/SP, 1ª Turma, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 19.05.1998.

Pontua-se, finalmente, que a discutida ação ainda se encontra pendente de julgamento, contudo, como visto ao longo deste estudo, a questão não é nova, e muito se assemelha às demais investidas direcionadas contra a autonomia da Defensoria Pública.

2.1.3. Educação em direitos: função prioritária da Defensoria Pública

O processo de emancipação do cidadão inicia-se com a compreensão de seus direitos. Não há como conceber a ideia de democracia se antes não existirem meios que viabilizem o acesso do cidadão ao conhecimento de seus direitos, pois é esta noção que permite ao indivíduo se situar em seu meio social e ser protagonista as decisões políticas que lhe dizem respeito.

Dito de outro modo, afirma-se que é a compreensão do direito que confere ao indivíduo o status de cidadão. Isso porque, uma vez adquirindo o conhecimento sobre seus direitos e deveres, o indivíduo torna-se apto a participar de modo ativo das decisões políticas da sociedade.

Além disso, é por meio do conhecimento que o indivíduo se torna capaz de buscar autonomamente a resolução de seus conflitos, pois, sabendo de seus direitos e deveres, terá capacidade de autocomposição dos litígios que o cercam. A educação em direitos, portanto, é um dos principais instrumentos de pacificação social. Conforme lecionam Gustavo Augusto Soares dos Reis, Daniel Guimarães Zveibil e Gustavo Junqueira:

A compreensão do direito subjetivo pelo cidadão, permitindo-o aproximar-se do Direito, é em si instrumento de pacificação de conflito, visto que o cidadão tem segurança para exigí-lo e, se for o caso, persuadir seu interlocutor sobre suas razões. É ainda instrumento para menor litigiosidade, pois a compreensão do direito emancipa o cidadão que compreende seu poder e se sente seguro para exercê-lo, sem ter que buscar assistência jurídica ou prestações estatais/jurisdicionais a todo tempo¹³³.

¹³³ REIS, Gustavo Augusto dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

É justamente em razão da importância da educação em direitos para a promoção da cidadania e do acesso à justiça que a Constituição Federal incumbiu as principais instituições estatais do dever de disseminar o conhecimento jurídico.

Entre as instituições incumbidas desse dever está a Defensoria Pública que, segunda a previsão do art. 134, “caput”, da Constituição Federal, tem por função prioritária a orientação jurídica e a promoção dos direitos humanos. Na mesma esteira do mandamento constitucional, o art. 4º, inciso III, da Lei Complementar nº 80/94, estabelece como função institucional da Defensoria Pública “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”.

Com efeito, a desinformação pode ser apontada como uma das mais graves barreiras do acesso à justiça, pois, sem o conhecimento mínimo acerca de seus direitos, a tendência é que o indivíduo fique inerte diante de todas as violações que venha a sofrer (até mesmo porque nem as perceberão como tais).

Para Alves, a falta de conhecimento sobre os direitos e, especialmente, a desinformação sobre a possibilidade de acessar os serviços de assistência jurídica, é o mais grave obstáculo do acesso à justiça, que atinge, invariavelmente, a população carente. Por essa razão, a disseminação do conhecimento jurídico é tão sensível à Defensoria Pública:

Os agentes estatais encarregados de prestar essa assistência jurídica integral, no caso os Defensores Públicos, devem planejar ações institucionais capazes de multiplicar os efeitos de sua atuação funcional, notadamente mediante o trabalho preventivo [...]. Muitas barreiras devem ser vencidas nesse esforço para que os serviços de assistência jurídica integral e gratuita sejam prestados de modo efetivo, com toda a abrangência que lhes é inerente. Dentre essas barreiras sobressai, em primeiro lugar, o total desconhecimento da população-alvo a respeito da possibilidade de contar com essa assistência¹³⁴.

Em regra, a carência de recursos econômicos vem acompanhada da desinformação, que o coloca o indivíduo em uma posição de extrema vulnerabilidade, eis que além das privações causadas pela pobreza, as amarras da ignorância inviabilizariam a busca de seus direitos.

¹³⁴ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 275.

É diante desse cenário que a educação é tarefa prioritária da Defensoria Pública, já que de nada adianta uma estrutura preparada para prestar serviços de assistência jurídica de extrema qualidade se antes não houver uma atuação coordenada e integrada no sentido de promover a conscientização jurídica e viabilizar que o cidadão busque a efetivação de seus direitos¹³⁵.

Essa atuação coordenada e planejada para a disseminação do conhecimento jurídico é própria do modelo público de assistência jurídica, no qual existe uma instituição pública especialmente destinada a este fim, o que não se verifica nos sistemas *judicare* ou misto, cuja atuação é restrita à esfera judicial.

A promoção da educação em direitos pode ser feita por diversos meios de comunicação, tais como cartilhas, cursos, palestras, propagandas, entre outros. É importante que essa disseminação do conhecimento jurídico seja feita também para além das portas da Defensoria Pública, nas comunidades, nas organizações civis, em escolas públicas e nas áreas mais carentes e afastadas.

Deve-se ressaltar, ainda, que a educação em direitos não é mero voluntarismo dos Defensores Públicos, mas sim um dever funcional, inerente à sua atuação. Portanto, cabe aos membros da Defensoria Pública, como agentes de transformação social, dedicar sua atuação à promoção dos direitos humanos e, nesse diapasão, viabilizar que as classes sociais mais vulneráveis tenham acesso aos seus direitos fundamentais¹³⁶.

2.2. A Defensoria Pública como garantia institucional e cláusula pétrea do sistema democrático

Conforme se viu, a Defensoria Pública foi alçada pelo constituinte de 1988 à condição de uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado,

¹³⁵ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 340.

¹³⁶ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 342.

afigurando-se tal norma como autêntica garantia institucional fundamental, destinada à viabilização do direito à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

O estudo das chamadas garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*) foi desenvolvido pela doutrina alemã e teve Carl Schmitt como o seu principal precursor. As garantias institucionais são destinadas à proteção de bens jurídicos necessários à preservação de valores essenciais, tendo como principal objetivo a criação e a manutenção de instituições que viabilizem o exercício de direitos fundamentais¹³⁷.

As garantias institucionais existem em razão da dimensão comunitária de determinados direitos, pois o indivíduo, titular de direitos e obrigações, está inserido em uma estrutura relacional social, de modo que há determinados direitos que somente se concretizam por meio de instituições sociais, que são protegidas pelas garantias institucionais.

É importante ressaltar que as garantias institucionais são autônomas em relação aos direitos individuais, ou seja, “a preservação de tais instituições não pode se dar pela atribuição de um direito público subjetivo, mas deve ocorrer por meio de garantias jurídicas de sua existência institucional”¹³⁸. Portanto, a garantia institucional não se confunde com o direito atribuído diretamente a uma pessoa, pois as instituições possuem sujeitos e objetos diversos dos direitos individuais¹³⁹.

As garantias institucionais podem ser de duas espécies: (i) garantias de instituições privadas (família; casamento; propriedade, etc.); e (ii) garantias de instituições públicas, que são organismos estatais cuja presença é imprescindível para que os titulares de direitos fundamentais possam exercê-los¹⁴⁰. É possível afirmar que nesta segunda espécie de garantias institucionais incluem-se as instituições públicas essenciais para a promoção do acesso à justiça, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

¹³⁷ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58.

¹³⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 139-140.

¹³⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 397.

¹⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

Deve-se anotar que, independentemente de tratar-se de garantia de instituição pública ou privada, a importância do reconhecimento das chamadas garantias institucionais reside na necessidade de resguardar essas instituições da ação erosiva do legislador, preservando-se o seu núcleo essencial, isso é: “a função primordial das garantias institucionais é a de preservar a permanência da instituição no que diz com os seus traços essenciais, em outras palavras, naquilo que compõe a sua identidade”¹⁴¹.

Em regra, as garantias institucionais não geram direitos subjetivos autônomos, porém, excepcionalmente, quando existir uma relação de imbricação entre as garantias institucionais e os direitos fundamentais, aqueles assumem o caráter de garantias institucionais fundamentais, o que implica no reconhecimento do mesmo regime jurídico atribuído aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da mesma proteção constitucional¹⁴².

Portanto, a Defensoria Pública pode ser considerada uma garantia institucional fundamental, já que ao prever o direito fundamental à assistência jurídica aos necessitados (art. 5º, inciso LXXIV), o constituinte estabeleceu tal instituição como essencial para a promoção e a viabilização desse direito fundamental (art. 134). É nessa linha de raciocínio que Fensterseifer destaca que:

Na perspectiva do Sistema de Justiça, além do Poder Judiciário e do Ministério Público, a Defensoria Pública revela-se como órgão essencial para a defesa e promoção dos direitos fundamentais das pessoas necessitadas. Daí a sua perenidade institucional assinalada expressamente na norma constitucional. Atrelado ao reconhecimento do direito à assistência jurídica (art. 5º, LXXIV), a CF/88 tratou de estabelecer uma *garantia institucional* concretizadora de tal direito fundamental, no caso a Defensoria Pública (art. 134), estabelecendo um regime público para a sua proteção e efetivação¹⁴³.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 181.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 182 e ss.

¹⁴³ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 193.

Neste sentido, considerando que a Defensoria Pública é uma garantia institucional fundamental, atribui-se a ela o mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais.

Deve-se anotar que “a importância das garantias institucionais (fundamentais) reside na constatação de que, para além de outorgarem, ou não, ao indivíduo um direito subjetivo (o que, por sua vez, depende de análise à luz do caso concreto do dispositivo em questão), sua identidade e permanência se encontram, de qualquer modo, resguardadas contra o legislador infraconstitucional”¹⁴⁴.

Desse modo, é possível afirmar que a Defensoria Pública, instituição que funciona como garantia fundamental e necessária para concretização do direito à assistência jurídica aos necessitados, está protegida como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal¹⁴⁵.

A proteção disposta no art. 60, § 4º, da Constituição Federal tem por objetivo resguardar que eventuais reformas provoquem a deterioração das decisões fundamentais que ordenam o Estado Democrático. Trata-se, na realidade, da proteção do núcleo essencial da Constituição, isto é, do cerne intangível que identifica a ordem constitucional. Tanto que o art. 60, § 4º, veda não apenas as emendas que venham a abolir um direito fundamental, mas também proíbe as propostas tendentes a isso, ou seja, aquelas que suprimem, mesmo que indiretamente, os direitos e garantias fundamentais.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 184.

¹⁴⁵ Art. 60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

A Defensoria Pública, por constituir garantia fundamental para a concretização do direito à assistência jurídica integral e gratuita, insere-se no conteúdo do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, de modo que sua existência e suas características fundamentais, incluindo-se a sua autonomia, estão a salvo de eventuais supressões praticadas pelo poder constituinte reformador. Esteves e Silva ponderam que:

O direito à assistência jurídica estatal aos necessitados resta inserido no rol de direitos fundamentais protegidos pelo art. 60, § 4º, da CRFB, deixando clara a intenção do legislador em assegurar o perene e igualitário acesso à justiça. Por conseguinte, o próprio legislador quis estabelecer no art. 134 da CRFB o monopólio da assistência jurídica estatal gratuita nas mãos da Defensoria Pública. Essas duas considerações nos levam a observar que, sendo o serviço de assistência jurídica estatal gratuito insuscetível de extinção e sendo conferida à Defensoria Pública o seu monopólio, a proteção concedida ao art. 5º, LXXIV, também deve ser estendida ao próprio art. 134 da CRFB¹⁴⁶.

Portanto, sendo a Defensoria Pública uma garantia diretamente vinculada ao direito fundamental à assistência jurídica, a ela se estende toda a proteção do art. 60, § 4º, inciso IV, sendo insuscetível de supressão pelo poder constituinte reformador.

2.3. A vedação do retrocesso e o dever de implementação progressiva da Defensoria Pública

Na linha do que foi exaustivamente exposto, é possível concluir que a criação da Defensoria Pública constitui um avanço na efetivação do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Logo, por tratar-se de um ganho, pode-se afirmar que a instituição integra o próprio patrimônio dos titulares desse direito fundamental, de modo que qualquer medida no sentido de suprimir ou reduzir esse direito deve ser vedada em decorrência do princípio que proíbe o retrocesso social.

A cláusula de proibição do retrocesso social ou da não reversibilidade, traduz-se na vedação de os Estados eliminarem direitos sociais conquistados sem que forneçam alternativas ou meios de compensações aptos a suprirem o gozo e exercício desses direitos. Essa proibição existe porque os direitos sociais e econômicos, uma vez

¹⁴⁶ ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

adquiridos, passam a constituir uma garantia institucional e também um direito subjetivo de seus titulares¹⁴⁷.

Sobre o princípio da vedação do retrocesso, Cristina Queiroz acrescenta que:

Concretamente, a “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não pode depois eliminá-las sem “alternativas” ou “compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de protecção” (*Schutzgesetz*), a acção do Estado, que se consubstanciava num “deve de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*¹⁴⁸.

Portanto, a liberdade do legislador e a sua discricionariedade não são absolutas e ilimitadas, pois a sua atuação sempre está sujeita ao princípio da igualdade e ao princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas contrárias aos direitos sociais conquistados¹⁴⁹.

A cláusula de proibição do retrocesso social tem como fundamento o princípio da segurança jurídica que, além de princípio estrutural do Estado de direito, garante também a estabilidade da ordem jurídica estatal e internacional. Para Sarlet, a segurança jurídica está intimamente atrelada ao princípio da dignidade humana, pois, conforme pondera:

[...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e uma certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas¹⁵⁰.

O princípio da vedação do retrocesso não foi expressamente consagrado em nosso ordenamento jurídico, porém é possível identificá-lo em diversos preceitos

¹⁴⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 338-339.

¹⁴⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 103.

¹⁴⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 339.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 443.

constitucionais. Sarlet aponta que a garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada são expressões da cláusula de não reversibilidade. Igualmente, as garantias contra as restrições legislativas dos direitos fundamentais e os limites materiais impostos ao poder de reforma são manifestações que buscam conservar o conteúdo da Constituição Federal, especialmente o seu cerne material¹⁵¹.

A resistência encontrada por parte da doutrina na aceitação da cláusula da proibição do retrocesso social, baseia-se no argumento da ampla liberdade de conformação do legislador, principalmente em períodos de crises e recessões econômicas, já que o financiamento de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos sociais não se desvincula da necessária análise da chamada reserva do possível.

Entretanto, sem ignorar a eventual necessidade de manejo de recursos econômicos ou até mesmo de possíveis medidas reducionistas, é fato que a cláusula da não reversibilidade impõe ao legislador a devida justificação de tais escolhas políticas. Além disso, é imprescindível resguardar o núcleo essencial dos direitos sociais, sobretudo dos direitos afetos ao mínimo existencial.

Neste sentido, são precisas as ponderações de Canotilho:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial [...]. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana¹⁵².

Voltando o olhar para o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e à forma como tal direito encontra-se consolidado na ordem constitucional e

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 444-445.

¹⁵² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 339-340.

infraconstitucional vigente, é possível afirmar que não apenas o direito fundamental à assistência jurídica em si, mas que também a própria Defensoria Pública, devem estar a salvo de eventuais medidas que visem a redução ou a supressão dos avanços até então atingidos.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 não se bastou em simplesmente proclamar o direito à assistência jurídica integral e gratuita, mas antes buscou consolidar esse direito de forma precisa, estabelecendo o modelo adotado para a prestação desse serviço (modelo público), a forma como se dará sua prestação (integral e gratuita) e a instituição apta a concretizar esse direito (Defensoria Pública).

Além disso, a Constituição conferiu à Defensoria Pública uma série de garantias e instrumentos destinados a efetiva concretização do direito à assistência jurídica integral e gratuita, tais como a legitimidade para a atuação na defesa dos interesses difusos e coletivos e a autonomia funcional, administrativa e financeira.

Para além do aparato constitucional, na esfera infraconstitucional o direito à assistência jurídica encontra-se também consolidado, seja por meio das leis que instituem e organizam as Defensorias Públicas, tanto no âmbito da União como na esfera dos Estados, seja em razão do reconhecimento da instituição pelas normas processuais vigentes, especialmente pelo Código de Processo Civil de 2015, que dedicou um capítulo específico para a Defensoria Pública (art. 185 e seguintes).

Diante desse quadro, o que se verifica, segundo Fensterseifer, é que há “um verdadeiro ‘patrimônio’ jurídico-normativo consolidado nas últimas décadas em prol da defesa e promoção dos direitos dos indivíduos e grupos sociais”¹⁵³. E esse avanço normativo e fático não pode ser suprimido, sob pena de desconfigurar o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e, em última análise, ferir a dignidade dos destinatários desse direito.

Ao lado da proibição do retrocesso social, a efetiva proteção ao direito fundamental implica, necessariamente, no dever de implementação progressiva,

¹⁵³ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 219.

especialmente quando se tratar de direitos sociais, cuja a realização demanda a formulação de políticas públicas que implicam em significativos investimentos econômicos.

Reconhecendo o caráter nitidamente econômico dos direitos sociais, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que a obrigação dos Estados parte no que tange a esses direitos é de implementá-los progressivamente¹⁵⁴. E, segundo Flavia Piovesan, é dessa obrigação de implementação progressiva que decorre a cláusula do retrocesso social, sendo vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos¹⁵⁵.

Além disso, nunca é demais lembrar que a efetiva realização de um direito fundamental deve ter sempre como parâmetro o contexto social e econômico atual, já que as demandas por direitos evoluem com a sociedade. Por esse motivo, é que ao lado do princípio que veda o retrocesso social em matéria de direitos fundamentais, também está previsto o dever de implementar tais direitos, conforme as necessidades apresentadas pela sociedade.

No que tange ao direito fundamental à assistência jurídica, a Emenda Constitucional nº 80/14, ao acrescentar o art. 98 aos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, vincula expressamente o Estado no dever de efetivação desse direito por meio da ampliação progressiva da Defensoria Pública, na medida em que se impõe ao Estado o dever de garantir, no prazo de oito anos, a presença de Defensores Públicos em todas as comarcas¹⁵⁶.

¹⁵⁴ O art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dispõe o seguinte: “1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

¹⁵⁵ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178.

¹⁵⁶ O art. 98 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) prevê o seguinte: “O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo”.

Dessa forma, pelo que se depreende do comando constitucional, é possível afirmar que a omissão do Estado no que tange à ampliação progressiva da Defensoria Pública legitima a intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à assistência jurídica¹⁵⁷, tema que será objeto exame na sequência.

¹⁵⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 189.

3. A EXIGIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA: O MÍNIMO EXISTENCIAL E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1. Base filosófica: o mínimo existencial e a teoria da justiça segundo John Rawls

O propósito deste tópico é apenas o de contextualizar e pontuar os principais argumentos, dentro da teoria de justiça apresentada por Rawls, do que hoje se entende por mínimo existencial. Evidentemente, não se trata aqui de esgotar a teoria da justiça desse que é tido por muitos como o principal filósofo político do século XX, tampouco de debater as outras diversas posições jurídico-filosóficas que existem sobre o tema do mínimo existencial.

De início, inclusive, vale advertir que a noção de que existe uma necessidade de promoção de condições mínimas de existência digna para a formação de uma sociedade justa é bastante antiga, remontando o pensamento de Platão, que tanto em *A república*¹⁵⁸, como em *As leis*¹⁵⁹, coloca a garantia de direitos mínimos como condição para o bom funcionamento de um Estado justo¹⁶⁰.

A escolha pela abordagem da teoria da justiça de Rawls, ainda que de modo perfunctório, dá-se justamente porque seu projeto de social-democracia¹⁶¹ alinha-se com o efeito prático buscado pela noção de mínimo existencial, que é justamente o de vincular o Estado à promoção desse conjunto de direitos mínimos e indissociáveis para a realização de um patamar digno de vida. De todo modo, reitera-se, trata-se somente de uma visão de mundo (que poderia ser criticada e cotejada com a de outros pensadores, eventualmente, se o objeto de pesquisa fosse outro).

¹⁵⁸ PLATÃO. *A república*. Traduzido por Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁵⁹ PLATÃO. *As leis*. Traduzido por Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará, 1980.

¹⁶⁰ No livro V de *As leis*, Platão estabelece que cada cidadão receberá a posse de um *quantum* básico de propriedade, que não poderá ser desfalcado por qualquer magistrado (745a). A qualidade razoável de vida para Platão é garantida por meio da posse de um mínimo patrimonial, a qual deverá ser assegurada pelo Estado. Transportando tal ideia para a realidade dos Estados democráticos atuais, é possível traduzir essa garantia patrimonial mínima como a obrigação do Estado de prover aos seus cidadãos uma qualidade de vida digna.

¹⁶¹ A respeito do projeto de social-democracia de Rawls, conferir: CARDIM, Carlos Henrique. “Apresentação”. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 5-11.

A concepção de justiça para Rawls, diga-se para começar, é fundada e uma concepção antropológica individualista e liberal – concepção sobre a natureza humana essa, aliás, que é típica dos pensadores modernos, especialmente a partir da consolidação do modelo econômico capitalista.

Para o filósofo, os seres humanos, são pessoas livres e interessadas em promover seus próprios interesses, e além disso dotadas de razão, sendo certo que irão defender consensualmente, quando se imaginarem em uma posição original hipotética, na qual estão cobertos pelo que ele denomina de “véu da ignorância”, certos princípios básicos de funcionamento da sociedade e de distribuição de bens.

É essa ideia, de posição original, que proporciona uma escolha equitativa dos princípios de justiça que organizam a sociedade e asseguram a inviolabilidade pessoal mínima, possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade e a maior quantidade de bem-estar possível¹⁶². Isso porque, nas palavras de Rawls:

[...] uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. Pois dadas as circunstâncias da posição original, a simetria das relações mútuas, essa situação original é equitativa entre os indivíduos tomados como pessoas éticas, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capazes, na minha hipótese, de um senso de justiça. A posição original é, poderíamos dizer, o *status quo* inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos¹⁶³.

É possível perceber então que para a distribuição equitativa dos princípios de justiça, Rawls parte de duas premissas: (i) a posição original é fundada no “véu da ignorância”, na qual ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou status, e nem sua sorte na distribuição das habilidades e recursos naturais; (ii) e, justamente por desconhecerem seu status social, é que as partes tendem, enquanto pessoas dotadas de

¹⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. “O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michel Walzer e Robert Alexy”. In: *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. revista e ampliada. Org.: Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 110 e ss.

¹⁶³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13-14.

racionalidade e princípios morais, a chegar a acordos razoáveis ou consensos equitativos¹⁶⁴.

Diante desse quadro, são extraídos dois princípios fundamentais de justiça escolhidos pelos indivíduos quando no estado original: a equidade e a diferença. O primeiro, a equidade, decorre da concepção de igualdade na atribuição de direitos e deveres fundamentais. O princípio da diferença, por sua vez, reconhece que podem haver desigualdades sociais, porém aponta que tais desigualdades devem satisfazer a duas exigências: (i) devem reverter-se em maior expectativa de benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade; e (ii) as posições, cargos e funções existentes na sociedade devem estar abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades¹⁶⁵.

Para tanto, ou seja, para viabilizar que todos indivíduos que compõem o núcleo social tenham igualdade de oportunidades, Rawls propõe a existência de um conjunto de condições materiais mínimas que funcionam como pressuposto não apenas do princípio da diferença, mas também da própria liberdade, na medida em que “a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura”¹⁶⁶. Nessa quadra, Rawls aponta que bens sociais primários, considerados de modo amplo, “são direitos, liberdades e oportunidades, assim como a renda e a riqueza”¹⁶⁷. Além, disso, acrescenta o filósofo:

[...] a todos é assegurada igual liberdade para que persigam qualquer plano de vida que lhes agrade, contanto que isso não viole as exigências de justiça. Os homens partilham dos bens primários seguindo o princípio de que alguns podem ter mais se esses bens são adquiridos por modalidades que melhoram a situação daqueles que têm menos. Uma vez que toda a organização foi feita e funciona, não se fazem perguntas sobre os totais de satisfação ou perfeição¹⁶⁸.

A par das ideias ora expostas, é possível entender, portanto, que a noção de mínimo social proposta por Rawls eleva a existência desse conjunto básico de direitos

¹⁶⁴ COMPARINI, Julio de Souza. *John Rawls e o direito à renda mínima*. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume4.aspx, p. 21. Acesso em 25.08.2017.

¹⁶⁵ RAWLS, John. 2011. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 6.

¹⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 147 e ss.

¹⁶⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 98.

¹⁶⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 100.

ao mesmo nível dos direitos relacionados ao exercício da liberdade, tornando-o pressuposto lógico para que o procedimento decidido pelos indivíduos na posição original seja realmente equitativo, o que permite concluir que, embora Rawls não mencione expressamente a matéria do conteúdo mínimo, trata-se de um genuíno direito subjetivo, constitucionalmente assegurando, independentemente de qualquer conformação legislativa¹⁶⁹.

3.2. O que é núcleo sindicável do princípio da dignidade da pessoa humana?

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra seu fundamento filosófico mais bem acabado na obra de Kant, que parte do pressuposto de que o ser humano é o centro de todo o ordenamento jurídico, de modo que o Estado, e também o direito, que devem ser organizados em função do indivíduo, e não o contrário, pois o ser humano não é o meio, mas sim o fim de toda a função estatal¹⁷⁰.

Segundo Kant, “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”¹⁷¹. A dignidade humana é enunciada por Kant na forma de um imperativo categórico, que a eleva como um valor absoluto e intrínseco à própria existência humana. Qualquer forma de instrumentalização do indivíduo deve ser recusada.

Com efeito, ao longo da história a noção de dignidade humana sofreu uma série de variações, o que demandou que os Estados, tanto no âmbito internacional, como nos ordenamentos jurídicos internos, adequassem o aparato normativo para a sua proteção. Principalmente diante dos horrores praticados na Segunda Guerra Mundial, quando a humanidade presenciou a extrema objetificação do ser humano, surgiu a necessidade de se positivar a dignidade humana nos estatutos jurídicos externos e internos.

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 146 e ss.

¹⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 128.

¹⁷¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960, p. 68.

Segundo o relato de Hannah Arendt, que demonstra o quão banalizado tornou-se a noção de dignidade humana no contexto da Segunda Guerra Mundial, as próprias vítimas do nazismo negociavam a libertação de judeus mais importantes ou letrados em troca de judeus “comuns”, por assim dizer¹⁷².

Diante dessa e de outras inúmeras violações à dignidade humana, a Declaração Universal de Direitos Humanos proclama, já em seu art. 1º, que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns com os outros em espírito e fraternidade”.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, inciso III, de modo que todas as normas jurídicas, seja de hierarquia constitucional ou infraconstitucional, encontram sua fonte de validade no princípio da dignidade da pessoa humana.

A inserção do princípio da dignidade humana como fundamento do Estado democrático e social de direito não significa apenas uma declaração de conteúdo ético, constituindo também uma norma jurídico-positiva eficaz (e dotada de pleno status constitucional formal e material). Por isso, entende-se que o princípio da dignidade humana desempenha o papel de valor-guia da ordem jurídica, sendo considerado o princípio constitucional de maior hierarquia¹⁷³.

Justamente em razão do valor normativo do princípio da dignidade humana, a doutrina busca meios de identificá-lo de forma objetiva no ordenamento jurídico, a fim de que eventuais alegações de dificuldade de delimitação de seu significado não sirvam de justificativa para sua relativização. Dessa forma, embora de difícil definição, procura-se traçar, de modo minimamente objetivo, os aspectos que

¹⁷² ARENDT, Hannah, *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*, 1999 apud BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 129-130.

¹⁷³ SARLET, Ingo W. “Comentários ao artigo 1º, III”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 124 e ss.

permeiam o princípio da dignidade humana, que deve ser identificado, com maior precisão, em cada caso concreto¹⁷⁴.

A primeira questão a ser pontuada é que o princípio da dignidade humana não se limita à esfera individual e interna da pessoa, mas extravasa também para a esfera comunitária e intersubjetiva do indivíduo, impondo a todos o dever de respeitá-la. Conforme explica Sarlet:

Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos¹⁷⁵.

Ainda sobre o caráter intersubjetivo da dignidade humana, Arendt o relaciona com a noção de cidadania, na medida em que a dignidade do indivíduo somente é reconhecida quando se usufrui da cidadania. Anota Celso Lafer:

A reflexão arendtiana, no entanto, vai mais além. O que ela afirma é que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornando pura substância, perde sua qualidade substancial, que é ser tratado pelos outros como um semelhante¹⁷⁶.

Além do aspecto intersubjetivo, Vidal Serrano Nunes Junior aponta para a dupla função do princípio da dignidade humana, que se impõe tanto em uma dimensão negativa, quanto em uma dimensão positiva ou prestacional:

Destarte, podemos conceituar dignidade humana como o postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e

¹⁷⁴ SARLET, Ingo W. “Comentários ao artigo 1º, III”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 125 e ss.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 64.

¹⁷⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 151.

não como um meio, o que o faz dignitário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e uma positiva. A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito à sua incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como a liberdade para se autodeterminar e para, com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual se integra). A segunda consubstancia a exigência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas, em que se saliente sua situação de vulnerabilidade (por ex., relações de trabalho, consumo etc)¹⁷⁷.

Assim, é possível verificar que a dignidade humana possui caráter multidimensional, já que além da noção de valor intrínseco (dimensão ontológica), há ainda sua faceta intersubjetiva (relacional) e sua dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional)¹⁷⁸.

Ora, o princípio da dignidade humana realiza-se justamente por meio da efetivação dos direitos fundamentais. E, como se sabe, a dignidade não se esgota nos direitos fundamentais sociais ou prestacionais, mas também depende da preservação dos direitos fundamentais de liberdade (de expressão, de iniciativa, de crença, etc.), da autonomia individual, da participação política, da integridade física e moral, entre outros¹⁷⁹.

Sabe-se que o princípio democrático remete os poderes legislativo e executivo às funções de instituir, regulamentar, implementar e executar os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais. O que parece evidente, no entanto, é que haveria um esvaziamento do princípio da dignidade da pessoa humana se a sua realização dependesse exclusivamente de escolhas legislativas ou da atuação administrativa do Poder Executivo.

Sobre essa questão, Ana Paula de Barcellos lembra que a consagração do princípio da dignidade funda-se no propósito de criar um limite à atuação, ou à omissão, dos poderes constituídos, sendo esta uma garantia das minorias e de todo e

¹⁷⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 114.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 72.

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 237.

qualquer indivíduo. Portanto, perde-se o sentido de tal proteção quando tudo passa a depender da exclusiva iniciativa dos próprios poderes constituídos¹⁸⁰.

Dessa forma, para que não reste esvaziada a força normativa do princípio da dignidade humana, grande parte da doutrina entende que existe um núcleo normativo de eficácia direta o chamado mínimo existencial. Nunes Junior, ao discorrer sobre a eficácia jurídica dos referidos direitos existenciais mínimos, anota o que:

[...] a negação de um direito desta natureza, que priva o indivíduo de necessidades as mais primárias, traduzir-se-ia em uma violação tão atroz aos direitos humanos que a própria Constituição se dá pressa em vazá-los sob a forma de normas atributivas de direitos subjetivos, auto-aplicáveis e autonomamente desfrutáveis por todos e por cada um, independentemente e sem prejuízo da realização de políticas públicas por parte dos entes aos quais o correlato dever de prestar foi atribuído. O objetivo o constituinte foi claro, qual seja, o de retirar a implementação de tais prerrogativas do torvelinho dos litígios partidários, dos programas ideológicos e da disputa de interesses, comuns ao desempenho da atividade político-administrativa¹⁸¹.

O conceito e a composição do referido mínimo existencial serão objetos de estudo no tópico seguinte, por ora importa anotar que o mínimo existencial se insere no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana e, em razão dessa extrema essencialidade, sua efetivação não está condicionada ao livre arbítrio dos poderes constituídos, tampouco à reservas ou limitações orçamentárias¹⁸².

Sobre o mínimo existencial, Barcellos sublinha que se trata de um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência se impõe como regra e não como um princípio. Veja-se:

Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, o enunciado mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos [...] ¹⁸³.

¹⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 242.

¹⁸¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 79.

¹⁸² BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 100 e ss.

¹⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 243 e ss.

Diante dessa premissa, no sentido de que relativamente ao mínimo existencial a dignidade da pessoa humana impõe-se como regra e não como princípio, a referida autora aponta que o mínimo existencial compõe o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, com eficácia jurídica positiva ou simétrica, o que viabiliza a sua exigibilidade direta e imediata perante o Poder Judiciário¹⁸⁴. Em outras palavras, uma vez desrespeitado o mínimo existencial, não há dignidade. Logo, não pode haver espaço para um juízo de ponderação por parte dos poderes constituídos sobre a conveniência, oportunidade ou reserva orçamentária para a implementação ou proteção desses direitos mínimos, estando o Poder Judiciário legitimado a intervir e até mesmo a obrigar sua implementação.

3.2.1. Noções conceituais: a delimitação do mínimo existencial

Há um certo consenso na doutrina acerca da necessidade de garantir o acesso a direitos materiais mínimos e indispensáveis para uma existência digna. A noção de mínimo existencial está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo considerado o núcleo sindicável e inegociável de tal princípio, eis que aquém desse patamar mínimo de direitos não há dignidade e, portanto, a implementação de tais direitos deve ser imediata.

Entende-se que o direito ao mínimo existencial protege as condições iniciais para o exercício da liberdade¹⁸⁵, ou seja, sem a garantia do mínimo existencial não há possibilidade de autodeterminação, o indivíduo fica impedido de exercer com plenitude sua liberdade (fática ou real). Daí dizer-se que o direito ao mínimo existencial, ao se relacionar de forma tão íntima com o exercício da liberdade, é um direito subjetivo, autoaplicável e autonomamente desfrutável¹⁸⁶.

É interessante esclarecer que o mínimo existencial não deve ser confundido com o mínimo vital. O mínimo existencial, como visto, constitui-se em um conjunto de direitos materiais mínimos destinados a garantir um padrão de vida digno, o que implica

¹⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 291 e ss.

¹⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 141.

¹⁸⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 79.

em conferir às pessoas direitos individuais e sociais que lhes garantam o pleno exercício de sua cidadania.

De outra sorte, o mínimo vital situa-se em um patamar aquém do mínimo existencial, eis que se limita a conferir condições para a simples existência do indivíduo, sem preocupações quanto à sua dignidade. Sarlet explica que “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta e não se reduzindo à mera existência”¹⁸⁷.

É possível afirmar, nesse sentido, que para a satisfação da dignidade, não basta garantir o direito à vida, mas é preciso conferir as condições mínimas que permitam uma vida digna (com alimentação, saneamento básico, saúde, etc.). Da mesma forma, não é suficiente para atender à dignidade proteger a liberdade ou prescrever hipoteticamente direitos políticos sem que seja viabilizado, por exemplo, o acesso à educação básica ou a outros direitos essenciais que condicionam o próprio exercício dos demais direitos fundamentais.

Feito este recorte, o mínimo existencial poderá ser conceituado como:

[...] conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento¹⁸⁸.

Para Torres, a proteção do mínimo existencial é pré-constitucional, e sua base de conformação está no princípio da dignidade humana, na ética e nas condições iniciais para o exercício da liberdade. Tal proteção relaciona-se com a ideia de busca da felicidade e tem por fim garantir a igualdade de oportunidades¹⁸⁹.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo W. “Comentários ao artigo 6º”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 545.

¹⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 247.

¹⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13.

Ainda segundo Torres, o mínimo existencial não é um valor, já que não possui a abstração e a generalidade de valores, e também não é um princípio jurídico, na medida em que não pode ser objeto de ponderação, por ser irredutível e insuscetível de sopesamento, encontrando sua estrutura normativa na regra, pois abriga direitos definitivos e que não se sujeitam à ponderação¹⁹⁰.

Embora a Constituição não proclame de forma expressa o direito ao mínimo existencial, estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inciso III)¹⁹¹. Portanto, é possível identificar, implicitamente, que a ordem constitucional impõe ao Estado a garantia do mínimo existencial.

Sobre esse ponto, Eurico Bitencourt Neto opina no sentido de que o direito ao mínimo existencial não está positivado no sistema constitucional brasileiro, porém está inscrito em três normas fundamentais: os princípios da dignidade humana, da igualdade material e da solidariedade social¹⁹².

A maior dificuldade encontrada no estudo do mínimo existencial refere-se à identificação de seu conteúdo. Sarlet aponta que o conteúdo do mínimo existencial:

[...] deve compreender o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair ao indivíduo (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, algo que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva)¹⁹³.

Assim, o direito ao mínimo existencial não se restringe aos direitos prestacionais sociais, mas abriga também direitos individuais, de cunho negativo. As questões que se colocam, todavia, são: como identificar o que compõe o mínimo existencial? É possível selecionar o que é ou não direito pertencente ao mínimo existencial?

¹⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83-84.

¹⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

¹⁹² BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 165 e ss.

¹⁹³ SARLET, Ingo W. “Comentários ao artigo 6º”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 546.

Barcellos, em estudo realizado sobre a eficácia dos princípios constitucionais, conclui que o conteúdo do mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: (i) a educação fundamental; (ii) a saúde básica; (iii) a assistência aos desamparados; e (iv) o acesso à justiça¹⁹⁴.

Com efeito, a escolha dos referidos direitos não é aleatória. Barcellos aponta que um dos fundamentos para a identificação do conteúdo do mínimo existencial reside justamente na noção de consenso social, que, ao contrário do que pode parecer, não significa um mero subjetivismo ou decisionismo do intérprete, mas leva em consideração que toda interpretação decorre do meio social, de modo que é possível identificar, no âmbito de uma sociedade livre, um consenso acerca do conteúdo mínimo da dignidade. Anota a autora: “se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam de uma vida digna – e aí sequer se cogitará o problema –, ou simplesmente não se conhece mais a noção de dignidade”¹⁹⁵.

Tal entendimento, entretanto, está distante de ser pacífico. Sarlet, por exemplo, sublinha que:

Ainda sobre o conteúdo da garantia, assinala-se a impossibilidade de se determinar, de forma apriorística e menos ainda de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas, negativas e positivas, correspondentes ao mínimo existencial. O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a viabilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso, o que não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização da garantia do mínimo existencial¹⁹⁶.

Portanto, para Sarlet, o mínimo existencial deve ser aferido diante das circunstâncias do caso concreto e não há, nesse sentido, possibilidade de determinação taxativa prévia de seu conteúdo, embora não se descarte a importância da anterior

¹⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 302 e ss.

¹⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 245 e ss.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo W. “Comentários ao artigo 6º”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 547.

identificação de um rol de direitos compreendidos como imprescindíveis para o alcance do patamar mínimo de dignidade, o que pode servir de parâmetro para o intérprete (mas sem prescindir o necessário exame do caso concreto).

Nessa mesma direção, Bitencourt Neto defende que o conteúdo do mínimo existencial deve ser identificado no caso concreto, levando-se em consideração a necessidade específica de cada indivíduo. Além disso, o mínimo existencial pode ser identificado a partir de parâmetros constitucionais que, embora não apontem de forma expressa o significado do referido direito, implicitamente o identifica. É o caso, por exemplo, do art. 7º, inciso IV, que prevê que o salário mínimo deve ser capaz de atender:

[...] a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Portanto, conclui o autor que: “apesar de a ideia de salário mínimo atender a finalidade distinta daquela visada pelo direito ao mínimo existencial, tal norma constitucional permite estabelecer as bases do que se considera hoje, numa sociedade com a brasileira, indispensável para uma existência digna [...]”¹⁹⁷.

A questão, portanto, é complexa, pois embora a opção pela possibilidade de selecionar previamente quais são os direitos que compõe o mínimo existencial não acarrete divergências sobre sua eficácia no plano teórico, no plano fático, uma objetivação desses direitos pode implicar, de um lado, em maior viabilidade de exigibilidade dos direitos taxados, mas de outra sorte isso pode, eventualmente, acarretar injustiças no caso concreto.

Por fim, é importante frisar que o mínimo existencial é um direito autônomo, que não restringe a amplitude dos direitos sociais (ou seja, esses não se resumem àquele). Os direitos do mínimo existencial possuem exigibilidade imediata e são satisfeitos por meio da efetivação de certos direitos básicos, prestacionais ou individuais de dimensão negativa, enquanto que os direitos sociais, a despeito das controvérsias em torno de sua exigibilidade, que será investigada oportunamente, serão, em regra, implementados conforme as escolhas políticas e orçamentárias dos poderes constituídos.

¹⁹⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 121-122.

3.2.2. Diferenças conceituais: núcleo essencial dos direitos fundamentais e o mínimo existencial

Antes de continuar o estudo sobre o mínimo existencial e sua relação com o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados e para que o tema seja exposto de forma clara, importa traçar uma diferenciação conceitual, ainda que breve, entre mínimo existencial e conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

A ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais é posta como um limite à restrição de um direito fundamental, garantia essa também conhecida como “limite dos limites” ou “limite imanente”¹⁹⁸. Trata-se de considerar que todo direito fundamental possui um núcleo intangível, sendo vedada qualquer limitação, sob pena de esvaziar sua eficácia e descaracterizar o próprio significado do direito.

Portanto, com fundamento nessa teoria, tem-se que todo direito fundamental guarda em si um conteúdo tido como essencial, inviolável e indisponível à intervenção dos poderes estatais. Assim, ainda que o Poder Legislativo seja constitucionalmente autorizado a editar normas que modifiquem ou até mesmo restrinjam um determinado direito fundamental, ele está condicionado a respeitar esse seu conteúdo mínimo¹⁹⁹.

O estudo do núcleo essencial deu origem a duas teorias: a teoria absoluta e a teoria relativa. Para a teoria absoluta, o núcleo essencial é uma unidade substancial autônoma que, em qualquer situação, está imune de eventuais decisões legislativas tendentes a restringi-lo. Segundo essa teoria, cada direito abrange, pois, um espaço suscetível de limitação por parte do legislador e um núcleo a salvo de qualquer intervenção estatal e insuscetível de regulação, nesse ponto situaria um “limite do limite” para ação legislativa²⁰⁰.

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 206.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

A teoria relativa, por seu turno, aponta que embora possa haver um núcleo essencial, esse deve ser aferido em cada caso concreto, após um processo de ponderação e com base no princípio da proporcionalidade. Assim, o núcleo essencial não conforme um limite preestabelecido, mas deve ser extraído da análise do caso concreto e o seu significado, nesse sentido, é marcadamente declaratório²⁰¹.

Apesar das divergências, ambas as teorias perseguem um objetivo comum, que é conferir maior proteção aos direitos fundamentais²⁰².

A teoria do núcleo essencial não é contemplada expressamente pela ordem constitucional brasileira, porém entende-se que o art. 60, § 4º, inciso IV, que veda propostas de emenda constitucional tendentes a abolir direitos fundamentais, é uma manifestação favorável a essa proteção²⁰³. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.024, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, valeu-se desse argumento para justificar as limitações materiais ao poder constituinte reformador.

Verifica-se, assim, que a ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com a garantia do mínimo existencial, já que esse se insere especificamente no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto que a teoria do núcleo essencial atine a uma garantia irredutível existente em todo direito fundamental. É o que esclarece Sarlet:

[...] insistimos aqui na tese de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com o maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, assim como a designada garantia do mínimo existencial, mesmo no caso dos direitos sociais, não pode ser pura e simplesmente identificada com o núcleo essencial de tais direitos, pelo menos não no sentido de que se trata de categorias absolutamente idênticas, o que, todavia, não significa que não haja uma relação entre tais figuras jurídicas²⁰⁴.

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

²⁰² SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 206.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

²⁰⁴ SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 207.

Portanto, embora possa haver algum ponto de contato entre o conteúdo essencial de um direito fundamental e o mínimo existencial, tais noções não se confundem, eis que possuem alcance e sentidos próprios, o que significa dizer que pode eventualmente haver violação ao conteúdo essencial, mas sem que restrinja, necessariamente, o mínimo existencial, e vice-versa.

3.3. O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e o mínimo existencial: uma relação necessária

Qualquer que seja a teoria adotada a respeito do conteúdo do mínimo existencial – se são direitos previamente taxados ou se sua identificação demanda a análise do caso concreto – não há como ignorar que sem a garantia de acesso à justiça todo e qualquer direito, por mais básico e primário que seja, tem sua eficácia completamente esvaziada. Isso porque, conforme pontua Norberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”²⁰⁵. E é sob esse enfoque de proteção que o acesso à justiça passa a considerado como “o mais básico dos direitos humanos”²⁰⁶, um direito pressuposto, que condiciona a exigibilidade dos demais direitos.

Não há como pensar em uma sociedade que se pretenda minimamente democrática sem que seu sistema constitucional garanta aos cidadãos um aparato normativo e estrutural que viabilize a exigibilidade de direitos perante o Poder Judiciário.

É natural que o direito de acesso à justiça ganhe maior relevo em países periféricos, cuja realidade socioeconômica não permita um efetivo atendimento a direitos fundamentais, seja em razão do processo histórico de afirmação desses direitos, ou em decorrência da ausência de recursos financeiros para sua implementação. Nesses locais, os tribunais ganham especial protagonismo na afirmação do sistema democrático.

²⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.

²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 12.

Boaventura destaca que as sociedades periféricas e semiperiféricas que passaram de regimes autoritários para democráticos sofreram uma espécie de curto-circuito histórico, pois um único ato constitucional consagrou um rol de direitos, que nos países centrais foram conquistados em um longo processo histórico²⁰⁷.

Esse contexto histórico, embora não possa ser apontado como a única razão para inefetividade dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, importa para a compreensão da realidade social brasileira, conforme pondera Celso Fernandes Campilongo, que ensina que o processo de consagração dos direitos civis, políticos e sociais não foi linear, ao contrário, esse processo desenvolveu-se de modo truncado, por isso verifica-se dificuldade de harmonização das gerações de direitos e de se suprir os “vazios de efetividade”. Como consequência, “os grupos sociais têm percebido o Judiciário como um ‘locus’ essencial de afirmação desses direitos e superação desse déficit”²⁰⁸.

Diante desse panorama, fica muito claro que qualquer delimitação que se pretenda promover do mínimo existencial não pode atingir o acesso à justiça, que deve ser considerado uma garantia imprescindível, fundindo-se até mesmo com o próprio reconhecimento do direito constitucionalmente assegurado.

Porém, é sabido que o acesso à justiça pode ser analisado de vários aspectos. Pode-se pensar, por exemplo, no acesso à justiça sob o ponto de vista das normas procedimentais, ou sob o olhar da estruturação física dos tribunais ou, ainda, no acesso à justiça enquanto meio da difusão da educação em direitos, da efetivação dos direitos difusos, da isenção de custas, da realização da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, entre outros.

O objetivo do presente estudo, contudo, não é investigar o acesso à justiça de modo tão amplo, considerando todos os aspectos e nuances que o integram. Busca-se, sim, delimitar, no interior dos inúmeros direitos que integram essa garantia, o que é

²⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 26.

²⁰⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico”. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. FARIA, José Eduardo (org.). Malheiros: São Paulo, 1994, p.32-33.

capaz de alinhar-se ao conteúdo do mínimo existencial. Procura-se responder: a qual aspecto do acesso à justiça pode ser atribuído eficácia imediata e exigibilidade direta? O que se pretende responder é se a qualquer dos aspectos que materializa o acesso à justiça pode ser atribuída tal eficácia direta.

Por exemplo: quando se diz que o direito à educação e à saúde básica integram o mínimo existencial, entende-se também que a educação superior ou que o acesso a tratamentos de saúde prescindíveis, não compõe o consenso do mínimo existencial. Logo, a tais direitos não é atribuída a mesma eficácia daqueles relacionados ao mínimo existencial.

Diante desse raciocínio e sem ignorar que o acesso à justiça, concebido de uma forma ampla, corresponde a uma garantia de exigibilidade de direitos perante o Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV), mas entendendo também que essa garantia contém em si um direito, é possível afirmar que todos os aspectos do acesso à justiça possuem eficácia imediata e podem ser exigidos diretamente perante o Poder Judiciário?

Barcellos aponta que a maior dificuldade relacionada ao acesso à justiça verifica-se quando o indivíduo simplesmente não consegue ter acesso físico aos tribunais, ou seja, não conta com meios mínimos que lhe permitam chegar até o Poder Judiciário. Portanto, os aspectos mais sensíveis relacionados ao acesso à justiça situam-se nos caminhos que conduzem ou impedem o indivíduo de acessar fisicamente o Poder Judiciário, já que sem o contato real com tal Poder, o direito subjetivo de acesso à justiça permanece inerte²⁰⁹.

Frente a esta questão, Barcellos aponta que os maiores obstáculos físicos que impedem o indivíduo de acessar o judiciário no Brasil são o custo e a desinformação²¹⁰.

Realmente, entre todos os possíveis obstáculos que se levantam contra o acesso à justiça, aqueles relacionados ao custo e à desinformação são os mais sensíveis.

²⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 341 e ss.

²¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 341 e ss.

Tal reflexão, inclusive, foi muito bem elaborada por Cappelletti e Garth que, em detalhado estudo sobre os entraves que circundam o acesso à justiça, apontam os custos, a incapacidade do indivíduo de reconhecer seus direitos e a inefetiva representatividade dos direitos difusos como os maiores obstáculos de acesso à justiça²¹¹.

O estudo de tais obstáculos já foi feito no primeiro capítulo desse trabalho²¹², por isso não se pretende, nesse momento, retomá-lo, cumprindo por ora tão somente registrar que as barreiras apontadas por Cappelletti e Garth, especialmente as relacionadas ao acesso físico ao Poder Judiciário (custo e desinformação), mostram-se verdadeiros entraves para o exercício de qualquer outro direito que se relacione ao acesso à justiça.

Parece bastante claro que não há como se pretender que o indivíduo busque a efetivação de seus direitos perante o Poder Judiciário quando sequer há o conhecimento dessa possibilidade. E, ainda que este conhecimento o alcance, sem a mínima condição econômica para arcar com os altos custos que envolvem um processo judicial (honorários advocatícios, custas, taxas, perícias, etc.), como uma pessoa poderia se lançar em uma demanda judicial?

Com o objetivo de fazer ceder essas barreiras, a Constituição Federal de 1988 consagrou a assistência jurídica integral e gratuita como um direito fundamental (art. 5º, inciso LXXIV), bem como instituiu a Defensoria Pública como instrumento de efetivação desse direito fundamental (art. 134).

É interessante reiterar que a Defensoria Pública, estabelecida pela Constituição Federal como instituição destinada a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, não tem por fim apenas a atuação judicial, possuindo a missão de prestar à população carente a assistência jurídica integral, que abrange também a atuação extrajudicial e, primordialmente, a educação em direitos:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do

²¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19 e ss.

²¹² Ver tópico 1.3.1.

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.

A Lei Complementar nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública, também prevê, em seu art. 4º, inciso III, como função institucional da Defensoria Pública “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”.

Nesse cenário, se concluirmos que o ponto de partida para o acesso à justiça é o conhecimento dos direitos e a superação dos custos, e se considerarmos ainda que a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente destinada a prestar assistência jurídica integral e gratuita – que envolve não apenas a atuação judicial, mas também a extrajudicial e, primordialmente, a educação em direitos – é possível afirmar que, diante do contexto constitucional, a criação, a organização e a crescente implementação da Defensoria Pública impõe-se como o patamar mínimo do acesso à justiça.

Logo, assim como a assistência aos desamparados, a saúde e a educação básica, ou quaisquer outros direitos básicos que se apresentem como necessários para a efetivação do patamar mínimo de dignidade, a criação, a organização e a estruturação da Defensoria Pública, como instrumento básico para efetivação do acesso à justiça, não pode ficar relegada ao âmbito discricionário de conveniência e oportunidade dos poderes constituídos.

Ademais, é interessante ponderar que embora a garantia do mínimo existencial seja um direito de todo ser humano, de forma que sua exigibilidade perante o Poder Judiciário pode ser exercida por qualquer pessoa, independentemente de sua classe social, parece-nos óbvio que a privação de direitos relacionados ao mínimo existencial se verifica de forma acentuada nas classes economicamente mais baixas que, salvo raríssimas exceções, não possuem condições de arcar com os custos de um advogado, o que reforça a ideia, ainda que sob um ponto de vista fático, da essencialidade e, conseqüentemente, da eficácia imediata, sob o aspecto do mínimo existencial, do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (e, portanto, da estruturação da Defensoria Pública).

3.4. A justiciabilidade do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita

Diante do que foi exposto, pode-se dizer que o acesso à justiça, e especificamente o direito à assistência jurídica integral e gratuita a ser prestado pela Defensoria Pública, compõe o núcleo do mínimo existencial e figura como instrumento básico e necessário para impor coativamente a realização dos direitos que integram esse núcleo. Barcellos pontua que: “Dizer que o acesso à Justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o judiciário”²¹³.

Diante dessa afirmação, cuida-se agora de entender os efeitos práticos de se considerar o direito à assistência jurídica integral e gratuita como conteúdo necessário do mínimo existencial: qual a eficácia e exigibilidade desse direito?

Com vistas a contextualizar a matéria, nos tópicos a seguir será feita um breve exame da eficácia e positivação dos direitos sociais no sistema jurídico brasileiro e, posteriormente, são apresentadas algumas ponderações acerca da questão da judicialização de políticas públicas e da reserva do possível, principalmente frente à efetivação do mínimo existencial, para então, por fim, analisar-se a efetividade e a justiciabilidade do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita.

3.4.1. Estratégia de positivação e a exigibilidade do direito fundamental à assistência jurídica na Constituição Federal de 1988

Como já exposto anteriormente, o direito fundamental à assistência jurídica possui natureza de direito fundamental social, isso porque trata-se de direito essencialmente prestacional, que impõe ao Estado o dever de implementá-lo. Além disso, o direito fundamental à assistência jurídica encontra sua base de conformação calcada no princípio da igualdade material, na medida em que se destina a reequilibrar as posições sociais, conferindo tratamento desigual (assistência jurídica gratuita)

²¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 341.

àqueles que estão em posição de desigualdade (os necessitados econômicos e organizacionais).

A Constituição Federal de 1988 acolhe a ideia de universalidade dos direitos humanos, uma vez que consagra o princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III) como valor fundamental e núcleo informador de todo o ordenamento jurídico. E, nessa linha de proteção, atrelada à noção de indivisibilidade dos direitos fundamentais é que tal norma insere expressamente, em seu Título II, os direitos sociais e econômicos no rol de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais, assim como os demais direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, não se resumem ao elenco expresso no art. 6º, mas abrangem também os direitos e garantias implícitos, os direitos positivados em outras partes do texto constitucional e também os direitos decorrentes de tratados e convenções internacionais, conforme autoriza a cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A questão de maior controvérsia no que tange aos direitos sociais é especificamente a sua justiciabilidade, ou seja, a possibilidade desses direitos serem judicialmente exigidos. Queiroz explica que o termo justiciabilidade significa a possibilidade de o titular de um direito subjetivo exigir perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações derivadas desse direito. Portanto, “ser titular de um direito subjectivo significa deter um Poder Jurídico reconhecido pelo direito objetivo, isto é, deter o poder de participar na criação de uma norma jurídica individual por intermédio de uma acção específica em justiça, designadamente através de reclamação ou queixa”²¹⁴.

Entre os diversos pontos controvertidos, os principais argumentos suscitados contra a justiciabilidade dos direitos sociais gravitam em torno da natureza

²¹⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 148.

principalmente programática das normas definidoras de direitos sociais e do cunho essencialmente prestacional desses direitos, cuja implementação e efetivação demandam investimento estatal, que são limitados pela reserva do possível.

Entende-se por programáticas as normas que se limitam a traçar diretrizes e fins que, por meio de programas, devem ser implementadas pelo poder público. Trata-se de normas de baixa densidade normativa, cuja a positivação é feita de forma vaga, deixando a cargo do legislador sua definição e a decorrente regulamentação.

A positivação dos direitos sociais por meio de normas programáticas se dá em razão de sua essência prestacional, que demanda a disponibilidade de recursos públicos destinados à sua realização, o que nem sempre é previsível, daí dizer-se que tais normas possuem caráter indefinido e exigibilidade questionável, já que a indeterminabilidade da norma no plano constitucional pode implicar em maior dificuldade de aferição da norma violada.

Entretanto, a despeito da indeterminabilidade apontada, entende-se que todas as normas constitucionais, mesmo aquelas de cunho programático, são dotadas de eficácia jurídica, de modo que ainda que inexista eventual ato concretizador ou lei regulamentadora, tais normas são aptas a ensejar efeitos jurídicos. Diz Sarlet: “todas as normas de direitos fundamentais são diretamente (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão ‘programática’ dos direitos fundamentais”²¹⁵.

Sobre a questão de justiciabilidade dos direitos sociais, Alexy²¹⁶ pondera, primeiramente, que os direitos de defesa (direitos de liberdade) impõem uma proibição, são direitos a prestações negativas, de modo que toda e qualquer ação que se dirija a afetar ou violar esses direitos são proibidas, não havendo margem de escolha para sua proteção ou não, estando todos, sem exceção, sujeitos a respeitá-los (daí dizer-se que

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 294.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 461 e ss.

tais direitos são prontamente eficazes e que a sua violação autoriza a imediata intervenção do Poder Judiciário).

De outro lado, o assinalado autor explica que quando se está diante de normas prestacionais, o dever de proteção ou de fomento demanda uma certa margem de discricionariedade, pois a norma não determina a forma exata de sua implementação, que pode se dar de diversas maneiras e assim a prestação desses direitos demanda uma escolha do poder público.

Segundo Alexy, os deveres de proteção têm natureza de princípio, o que implica na obrigação de conferir a mais ampla proteção possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Portanto, deve-se fazer a ponderação entre o princípio da liberdade fática ou real e o princípio da separação dos poderes. O modelo apresentado pelo autor não define quais direitos sociais o indivíduo efetivamente possui, porém reconhece como direitos originários a prestação aqueles imprescindíveis para o exercício da liberdade fática e quando o princípio da separação de poderes e outros princípios materiais (que possam referir-se os direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma diminuta²¹⁷.

Assim sendo, para Alexy, a exigibilidade imediata dos direitos fundamentais sociais restringe-se ao mínimo existencial. Quando, após um exercício de sopesamento, verifica-se que a garantia do padrão mínimo dos direitos sociais é prioritária entre os princípios em colisão, é possível reconhecer o direito subjetivo a uma determinada prestação social.

Para Sarlet, entretanto, todas as normas de direitos fundamentais, incluindo as de direitos sociais, são dotadas de eficácia jurídica e de aplicabilidade imediata, de modo que a ausência ou insuficiência de medidas legislativas infraconstitucionais não podem ser obstáculos a impedir a atuação judicial. Isso não significa, todavia, que a

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 351.

efetivação de um direito social decorrente de uma norma de baixa densidade ocorra de maneira idêntica à de outros direitos fundamentais²¹⁸.

Com efeito, a própria Constituição Federal prevê expressamente, no art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Portanto, sendo os direitos sociais normas de direitos fundamentais, a aplicabilidade é imediata. Somado a isso, é importante lembrar que o art. 5º, inciso XXXV, dispõe sobre a inafastabilidade do Poder Judiciário diante de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Apenas pela análise das referidas disposições constitucionais já é possível defender a aplicabilidade imediata e a consequente justicialidade dos direitos fundamentais sociais, ainda que sua positivação tenha se dado por meio de normas de natureza programática. A discussão, contudo, é muito controvertida e extensa, não fazendo parte do objeto central da pesquisa aqui empreendida.

Contudo, vale salientar que os direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais sociais, são direitos que se subtraem à plena disposição dos poderes constituídos. Na famosa expressão de Dworkin²¹⁹, o direito fundamental é o que pode ser invocado como autêntico “trunfo contra a maioria”. Isso significa que tais direitos integram o patrimônio de cada indivíduo, de forma que prejudicar a sua eficácia ou condicioná-la à livre discricionariedade dos poderes constituídos, sob o único argumento de que sua efetivação demanda escolhas políticas que não podem ser substituídas pelo Poder Judiciário, expressa uma forma de esvaziamento de seu conteúdo e, principalmente, de sua finalidade.

Nesse sentido, Sarlet pondera que:

[...] os direitos fundamentais – de modo particular os sociais – não constituem mero capricho, privilégio ou liberdade, engendrados que foram (no caso dos direitos sociais a prestações) no contexto de um constitucionalismo dirigente “fracassado e superado”, mas sim, premente necessidade, já que a sua desconsideração e ausência de implementação fere de morte os mais

²¹⁸ SARLET, Ingo W. “Comentário ao artigo 6º”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 544.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 90.

elementares valores da vida e da dignidade humana, em todas as suas manifestações²²⁰.

Não se ignora que a efetivação de direitos sociais demanda o investimento de recursos públicos, limitados pela escassez, todavia a efetividade dos direitos fundamentais e a sua justiciabilidade não devem ficar adstritas a essa questão, embora, por óbvio, elas devam ser consideradas pelo julgador diante da demanda que lhe for apresentada²²¹.

A despeito da posição defendida acerca da imediata eficácia e exigibilidade das normas de direitos sociais (independentemente de qualquer lei regulamentadora) é interessante observar que nem todos os direitos sociais são positivados em forma de normas programáticas.

Ademais, a estratégia de positivação de um direito fundamental social adotada pelo constituinte, pode revelar a força da proteção destinada a esse determinado direito fundamental em razão de sua importância para a garantia da preservação e do desenvolvimento humano²²².

É dizer, existem direitos tão entrelaçados com a noção de dignidade humana que o constituinte, afeto à preocupação de garantir a sua proteção e eficácia imediata, lançou mão de diversas estratégias de positivação. No caso específico do direito fundamental à assistência jurídica, é possível visualizar essa preocupação claramente.

Com efeito, o constituinte, no art. 5º, inciso XXXV, instituiu o acesso à justiça, por meio da inafastabilidade do Poder Judiciário, como uma garantia ampla, destinada a todos os cidadãos. Posteriormente, conferiu aos necessitados o direito

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 372-373.

²²¹ Sobre a exigibilidade das normas de direitos fundamentais sociais, o ministro Celso de Mello, nos autos do julgamento do RE nº 273.834 AgR/RS, de sua relatoria, destacou o seguinte: “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

²²² NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 74 e ss.

fundamental à assistência jurídica gratuita, tratando-o como um direito subjetivo (art. 5º, inciso LXXIV). Além disso, criou-se a Defensoria Pública como uma garantia institucional destinada a viabilizar o exercício desse direito (art. 134).

Somado a isso, o constituinte reformador, por meio da Emenda Constitucional nº 80/14, previu no art. 98 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias o dever de ampliação da Defensoria Pública para que a instituição esteja presente em todas as comarcas no do prazo de oito anos a contar da vigência da referida emenda:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

Não restam dúvidas, portanto, quanto à preocupação do constituinte com a efetivação do direito fundamental à assistência jurídica e com a afirmação da Defensoria Pública como o instrumento essencial de viabilização desse direito.

O preceito imposto no referido art. 98 não trata de uma norma meramente programática, mas sim de uma norma de eficácia plena, perfeitamente delimitada no tempo e no espaço, o que autoriza a afirmação de que a eventual omissão do poder público em cumprir a determinação de instituir Defensorias Públicas em todas as comarcas no prazo fixado, pode ensejar a exigência de cumprimento do comando perante o Poder Judiciário, conforme ponderam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

Digno de registro que a disposição em causa deixa de ser de caráter meramente programático, já que fixa uma tarefa ao Poder Público. No entanto, com prazo estabelecido. Logo, vencido o interregno preconizado pela Emenda nº 80, o Estado poderá ser acionado, pela própria Defensoria Pública (já que se trata de um direito dos necessitados), para o cumprimento do mandamento constitucional em apreço²²³.

²²³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. rev. e atual. até a EC 95 de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Verbatim, 2017, p. 518.

Deve-se pontuar, ainda sobre a mesma questão, que a norma impõe não apenas a presença da Defensoria Pública em todas as comarcas, mas também, e primordialmente, que haja a devida estruturação da instituição (de modo a alcançar e a suprir toda a demanda existente pela assistência jurídica nas comarcas) conforme se extrai da leitura do art. 98, que diz que o número de defensores deve ser proporcional à efetiva demanda pelos serviços e à respectiva população.

Nessa quadra, é forçoso reconhecer que a norma instituidora do direito fundamental à assistência jurídica não possui caráter programático, mas sim de regra de aplicação imediata, pois, conforme pontua Nunes Junior, “só se conhece a extensão e o alcance de uma norma consagradora de um direito fundamental social ao entender qual estratégia, técnica ou forma pelo qual foi positivado”.²²⁴

Inclusive, é nesse sentido que votou o ministro Joaquim Barbosa nos autos da ADI nº 4.270/SC, de sua relatoria, que tinha como objeto a declaração de inconstitucionalidade das normas do Estado de Santa Catarina que dispunham sobre a prestação de assistência judiciária por meio advogados dativos inscritos em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, em substituição à Defensoria Pública. O ministro relator, na ocasião, observou que o direito fundamental à assistência jurídica foi tratado pelo constituinte com cautela tão evidente que houve até mesmo a preocupação de instituir o meio de prestação desse direito, que é a Defensoria Pública, de modo que não há como deixar de reconhecer que se trata de norma impositiva, que não confere qualquer margem de liberdade ao legislador estadual sobre a sua observância. Veja-se:

Em resumo, a situação em Santa Catarina, além de severo ataque à dignidade do ser humano, cuja proteção, sob o ângulo do direito de acesso à justiça, passa variar de acordo com a sua localização geográfica no território nacional, representa, em minha opinião, grave desrespeito a uma ordem do constituinte, que não se limitou à exortação genérica do dever de prestar assistência judiciária, mas descreveu, inclusive, a forma que deve ser adotada na execução desse serviço público, não dando margem a qualquer liberdade por parte do legislador estadual²²⁵.

²²⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 78.

²²⁵ STF: ADI 4270/SC, ministro relator Joaquim Barbosa, julgado 14.03.2012.

Não bastasse a nítida preocupação do constituinte com a proteção do direito fundamental à assistência jurídica, é fato, conforme justificado em tópico anterior, que o direito fundamental à assistência jurídica constitui um instrumento indispensável para a efetivação da dignidade da pessoa humana e compõe o próprio núcleo desse princípio, o chamado mínimo existencial. A própria preocupação demonstrada na proteção desse direito, quando da adoção das estratégias de positivação, reafirma a ideia de que o direito fundamental à assistência jurídica compõe o mínimo existencial.

E, como componente do mínimo existencial, o seu conteúdo normativo é imposto com regra, não cabendo juízo de conveniência ou oportunidade quanto à sua aplicação²²⁶. O direito fundamental à assistência jurídica, portanto, trata-se de um incontestável direito subjetivo, conforme anota Queiroz:

Nesse sentido, não vemos como, em relação aos direitos fundamentais sociais mais básicos, como o trabalho, a saúde e a educação, estes não possam ser concebidos e valorados como “direitos prestacionais de natureza subjetiva” naquilo que neles possa ser tido por eminentemente “pessoal”, isto é, directamente decorrente do princípio da “dignidade da pessoa humana” na sua dupla dimensão “individual” e “social”, numa palavra, como “ser socialmente integrado”²²⁷.

Portanto, quer em razão da estratégia de positivação adotada, quer por ser considerado um direito intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados possui plena eficácia e exigibilidade imediata.

3.4.2. A não oponibilidade do argumento da reserva do possível à implementação do direito fundamental à assistência jurídica como conteúdo do mínimo existencial

Uma vez entendido que o direito fundamental à assistência jurídica integra o conteúdo do mínimo existencial, já que se trata de instrumento indispensável para a efetivação de direitos, especialmente aqueles mais básicos, cuja ausência certamente coloca o indivíduo em patamar abaixo da dignidade, importa agora que se verifique,

²²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 243.

²²⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 155.

especificamente, os efeitos práticos disso, principalmente em razão dos limites contingentes verificados na efetivação de direitos sociais.

Quando se trata de implementação de direitos sociais, especialmente por meio da judicialização de políticas públicas, uma das principais questões levantadas refere-se justamente os limites orçamentários, contingenciados pela reserva do possível imposta ao poder público.

A teoria da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) nasceu na Alemanha no início da década de 1970. Segundo essa teoria, a efetividade dos direitos sociais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado, pois tais direitos, de natureza nitidamente prestacionais, demandam investimentos públicos para sua execução. Por isso, afirma-se que esta teoria é fundada na ideia romana da inexigibilidade de obrigação impossível (*impossibilium nulla obligatio est*).

Para a teoria da reserva do possível, a disponibilidade de recursos financeiros para a prestação de direitos sociais encontra-se no âmbito de discricionariedade do poder público, único legitimado a escolher como e onde aplicar o orçamento disponível.

A reserva do possível, de fato, não é uma falácia: a promoção e a proteção de direitos, especialmente aqueles etiquetados como sociais, implicam em custos e, sendo o orçamento público limitado pela escassez, cabe ao gestor, diante dos parâmetros legais previamente existentes, decidir sobre a alocação dos recursos e o financiamento dos direitos.

Entretanto, é fato também que a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento intransponível para a efetivação de direitos fundamentais, principalmente quando estão em jogo direitos básicos e imprescindíveis para a manutenção do padrão mínimo de vida das pessoas.

Nesse sentido, a teoria da reserva do possível implica na análise de uma tríplice dimensão: (i) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos,

no que diz respeito à distribuição de receitas e competências administrativas, orçamentárias e tributárias; (iii) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação no que tange às peculiaridades do titular do direito.

Todos esses aspectos, segundo Sarlet, vinculam-se entre si e com outros princípios constitucionais, tendo para que a reserva do possível não seja posta com obstáculo insuperável para máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, mas sim como um instrumento de sua garantia²²⁸. Diz o autor:

A reserva do possível constitui, em verdade (considera toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental²²⁹.

Ademais, é interessante observar que embora o argumento da reserva do possível nasça diante da realidade da escassez, é também nela, na escassez, que surgem as necessidades de implementação de direitos, especialmente os direitos sociais mais básicos. Logo, nesse cenário, a distribuição de bens escassos deve priorizar os direitos fundamentais, que não estão sujeitos à livre escolha do gestor de implementá-los ou não, pois é certo que a vontade democrática se forma também pela realização dos direitos fundamentais²³⁰.

Sobre este aspecto, é interessante a reflexão trazida por Alexy:

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornará impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário

²²⁸ SARLET, Ingo W. “Comentário ao artigo 6º”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 545.

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...[et al.]. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 30.

²³⁰ Nesse sentido, conferir: STJ, REsp. 1.185.474-SC, relator ministro Humberto Martins, julgado em 20.4.2010.

observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstância distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível²³¹.

Realmente, ao se considerar a escassez como o limite para os gastos públicos, os recursos financeiros disponíveis devem ser aplicados prioritariamente no atendimento dos direitos considerados essenciais pela Constituição Federal. Somente após a realização desses direitos é que os recursos remanescentes estarão sujeitos às opções políticas do poder público²³².

No que tange aos direitos que compõem o mínimo existencial, como é o caso do direito fundamental à assistência jurídica, entende-se que, por tratar-se de direitos subjetivos, intimamente relacionados à condição de liberdade do indivíduo, a sua implementação não autoriza qualquer margem de discricionariedade por parte do poder público.

A efetivação do direito à assistência jurídica, por meio da criação e estruturação da Defensoria Pública, não pode ser afetada em razão de restrições referentes a prioridades orçamentárias, pois, como bem pondera Alves, da mesma forma que o Estado não pode alegar falta de recursos orçamentários para justificar eventual abstenção do seu dever de garantir o funcionamento de tribunais capazes dirimir conflitos, também a Constituição Federal estabelece – no mesmo patamar de essencialidade – que não pode o Estado, sob o argumento de ausência de recursos financeiros, deixar de criar e de manter os serviços de assistência jurídica²³³.

Portanto, acrescenta Barcellos, diante da omissão do poder público em proporcionar o devido aparelhamento e estruturação da Defensoria Pública, é “plenamente possível concluir que o Judiciário, provocado no âmbito de uma ação coletiva, poderá fixar prazo para que o Poder Público (aí incluído o Poder Judiciário no

²³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 513.

²³² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 284.

²³³ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 260.

exercício de funções administrativas) pratique os atos necessários à instituição da Defensoria e dos Juizados Especiais, sob pena de responsabilização pessoal do agente por descumprimento de decisão judicial”²³⁴.

Inclusive foi nesse sentido, invocando o mínimo existencial, que o ministro Celso de Mello, em voto proferido nos autos no AI nº 598.212/PR, sucedido de embargos de declaração e posteriormente convertidos em Agravo Regimental, reconheceu a constitucionalidade de decisão judicial emitida em sede de ação civil pública destinada a obrigar o poder público a criar, implantar e estruturar a Defensoria Pública na Comarca de Apucarana. Veja-se:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais [...] a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – consoante observa Luís Fernando Sgarbossa (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex. , aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos²³⁵.

Pode-se afirmar, nesse contexto, que a efetivação do direito fundamental à assistência jurídica, como um direito afeto ao mínimo existencial, não deve encontrar entraves em leis orçamentárias, de forma que a criação e a estruturação da Defensoria Pública, única instituição constitucionalmente responsável pela prestação da assistência jurídica gratuita, deve constituir pauta prioritária dos poderes constituídos. É o que diz Torres:

²³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 347.

²³⁵ STF, ED no AI 598.212/PR, 2ª Turma, relator ministro Celso de Mello, julgado em 25.03.2014.

[...] a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.)²³⁶.

Cabe aqui repisar a ideia de que os direitos entrelaçados ao mínimo existencial, como pé o caso do direito fundamental à assistência jurídica, são sempre qualificados como direitos subjetivos, e essa posição mínima-definitiva implica em sua proteção como regra, isso é, como mandado definitivo, o que significa dizer que a sua aplicação não demanda um juízo de ponderação, mas sim de subsunção, o que se subtrai do enunciado linguístico da norma ou da vontade legislador²³⁷.

Portanto, os argumentos lançados pela teoria da reserva do possível no que tange à implementação de políticas públicas, não devem, e em termos jurídicos também não podem prevalecer sobre a efetivação dos direitos relacionados à preservação das condições mínimas de vida digna, sendo perfeitamente exigíveis providências que assegurem a prevalência da dignidade humana por meio do cogente direcionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos²³⁸.

3.4.3 O controle judicial de políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita

As discussões em torno da justiciabilidade dos direitos sociais, especialmente acerca da efetivação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário, têm ganhado, nos últimos tempos, dimensões estrondosas. Os pontos de controvérsia são inúmeros, passando por questões relacionadas à efetividade dos direitos

²³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. “Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...[et al.]. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 74.

²³⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 150-151.

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...[et al.]. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 36.

fundamentais, em especial das normas de direitos sociais, pelas pautas orçamentárias e pelos limites impostos pela reserva do possível. Discute-se, inclusive, a legitimidade do Poder Judiciário para agir ativamente em questões relacionadas a políticas públicas, principalmente em razão do princípio constitucional da separação dos poderes.

Realmente, a prolação de inúmeras decisões judiciais determinando a efetivação de políticas públicas em casos pontuais pode dar a entender à primeira vista que tem havido um movimento de deslocamento da competência dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, algo que nem sempre pode ser considerado como positivo, conforme pontua Boaventura:

[...] temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o judiciário. Esta transferência da legitimidade é um processo gradual, nalguns Estados a ocorrer mais rapidamente do que noutros. Esse movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Acontece que a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades de o judiciário ser uma solução é, ela própria, uma fonte de problemas. Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a problema²³⁹.

Sem a pretensão de destrinchar todos os pontos de discussão que circundam o tema da efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, porque não é esse o objetivo principal desse estudo, na sequência se mostrará, na linha do que já foi feito até aqui, a viabilidade de se buscar perante o Poder Judiciário a efetivação do direito fundamental à assistência jurídica, e isso por meio da implantação, organização e estruturação da Defensoria Pública.

O primeiro aspecto a ser considerado é que, a despeito das críticas lançadas contra a judicialização de políticas públicas, entende-se que o Poder Judiciário tem a função constitucional de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais e, nesta senda, agir ativamente diante da omissão – inconstitucional – dos poderes competentes para concretizar tais direitos.

²³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 30.

É sabido que o direito não é uma ciência pura, já que sua construção é influenciada por uma série de fatores econômicos, estruturais, políticos e sociais. Não há, nesse sentido, como isolar o direito ou a sua exigibilidade de tais matérias conexas. Conforme bem pontua Calmon de Passos:

“Inexiste pureza no direito. O jurista coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas”²⁴⁰.

Por essa razão, somada a todas as demais considerações acerca da efetividade dos direitos fundamentais, e especialmente dos direitos afetos ao mínimo existencial (como é o caso da assistência jurídica), chega-se a conclusão de que o Poder Judiciário possui legitimidade para agir na efetivação de políticas públicas ante injustificadas omissões do poder público²⁴¹.

Principalmente no que tange à concretização do direito à assistência jurídica, a omissão do poder público é flagrante. Verifica-se que, até há pouquíssimos anos, muitos Estados sequer contavam com a existência da Defensoria Pública e hoje, apesar de criadas, no mais das vezes sua estrutura é precária.

A falta de espaços adequados e de pessoal, a disparidade remuneratória de seus membros em relação às demais instituições essenciais à justiça e os constantes ataques à sua autonomia têm se revelado questões preocupantes. E subtrair tais questões da apreciação do Poder Judiciário apenas consolidaria o círculo sistemático de injustiças

²⁴⁰ PASSOS, J.J. Calmon de. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. In: *Participação e processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83.

²⁴¹ Sobre a judicialização de políticas públicas, Cristina Queiroz anota o seguinte: “É certo que na concretização dos direitos fundamentais sociais o legislador detém a precedência, ainda que sob o controle dos tribunais de justiça constitucional. De contrário, ao negar a participação dos tribunais e do poder judicial, os direitos quedariam como “normas programáticas”, simples “programas políticos”, “apelos ao legislador”, sem qualquer grau de vinculatividade jurídica. O que se afirma não é que os tribunais devam “concretizar” direitos, mas apenas que a esses direitos deve ser reconhecido um determinado nível de justiciabilidade, e não apenas em situações mínimas de extrema necessidade. Ao mesmo tempo ao órgão de controle exige-se-lhe que respeite as “decisões razoáveis” tomadas pelos órgãos politicamente conformadores. Assim o exige o princípio do “Estado de Direito” e o princípio da “separação de funções”. (QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 153).

e de negação de direitos experimentados pelas classes sociais mais vulneráveis e excluídas.

Sobre a realidade da Defensoria Pública no Brasil e a premente necessidade de investimento na sua estruturação, Boaventura destaca que:

Na atualidade, evidencia-se cada vez mais a contingência do investimento público no acesso à justiça e mesmo os recursos confinados às populações entendidas como mais carenciadas têm vindo a ser reduzidos. Basta ver a tendência de estabelecimento de limites de rendimento como critério para o cesso à assistência jurídica gratuita. Neste contexto, como parecerá óbvio, os programas e as instituições oficiais de assistência judiciária podem facilmente fraudar as expectativas dos cidadãos. Daí que os desafios e dificuldades a serem enfrentados pela defensoria pública para transformar as vantagens potenciais que aponte em vantagens reais, bem como garantir a ampliação da cobertura e a qualidade do atendimento, são ainda maiores e, em determinadas circunstâncias, pode até mesmo apresentar os contornos de uma verdadeira luta política e de confronto com outros órgãos do Estado e instituições do sistema de justiça²⁴².

Barbosa Moreira, ao refletir sobre o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita consagrado pela Constituição Federal de 1988 e sua disparidade em relação à realidade exposta, pondera que “[...] o Brasil, no tema que ora se versa, não está mal servido de textos normativos. O panorama dos fatos projeta, sem dúvida, imagem menos satisfatória: aqui, como alhures, prevalece a velha e conhecida contraposição entre o ‘país legal’ e o ‘país real’”²⁴³.

Não se ignora que são altos os custos necessários para a efetivação de políticas públicas, especialmente quando está em pauta a criação e a organização de uma instituição como, na hipótese em estudo, é o caso da Defensoria Pública.

O fato é, todavia, que a criação e a estruturação da Defensoria Pública, instrumento necessário para a viabilização do direito fundamental à assistência jurídica (art. 5º, inciso LXXIV), deriva de um comando constitucional (art. 134), não de uma escolha sujeita à discricionariedade política do momento. Passados quase trinta anos da

²⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 51.

²⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Revista AJURIS, n. 55, Julho/1992. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/57be4/57c27/57dd8?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>, p. 73. Acesso em 06.11.2017.

promulgação da Constituição Federal sem que a devida estruturação da instituição tenha sido levada a termo, não é pertinente nenhum argumento que venha a ser utilizado para justificar a atual situação²⁴⁴. Tal situação, inclusive é bem destacada por Sarmento, em parecer emitido acerca do regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública:

É que, apesar do seu inequívoco relevo constitucional, e de sua importância crucial para a edificação de uma sociedade democrática e inclusiva, a Defensoria vem sendo tratada, ao longo dos anos, como uma espécie de “prima pobre” das demais instituições do sistema brasileiro de justiça. Número insuficiente de defensores, falta de estrutura material e de condições adequadas de trabalho, remuneração dos seus membros inferior à das outras carreiras jurídicas são algumas das mazelas que historicamente vêm lhe afligindo. Este “desprestígio”, francamente incompatível com os valores da Constituição, se deve, basicamente, a duas causas: o descaso em relação à clientela da Defensoria, composta pelas camadas mais desprivilegiadas da população; e o fato de que a atuação eficiente da instituição tende a gerar despesa pública, e não receita²⁴⁵.

Atenta a essa latente realidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é repleta de decisões que reafirmam o papel essencial da Defensoria Pública para a efetivação do acesso à justiça e que reconhecem, inclusive, a possibilidade de controle judicial de políticas públicas destinadas a efetivação do direito fundamental à assistência jurídica.

No julgamento do AI nº 598.212/PR, sucedido de embargos de declaração posteriormente convertidos em Agravo Regimental, que teve como objeto a criação, organização e a estruturação da Defensoria Pública na cidade de Apucarana, o ministro relator Celso de Mello, realçou o papel constitucional da Defensoria Pública para a efetivação de direitos, destacando que toda pessoa tem “direito a ter direitos”, bem como, atuando no controle de políticas públicas, fixou prazo de seis meses para que o Estado organizasse a Defensoria Pública naquele local:

É preciso, no entanto, dar passos mais positivos no sentido de atender à justa reivindicação da sociedade civil, que exige do Estado nada mais senão o simples e puro cumprimento integral do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República. Cumpre, desse modo, ao Poder Público dotar-se de uma organização formal e material que lhe permita realizar, na expressão concreta de sua atuação, a obrigação constitucional mencionada,

²⁴⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 217.

²⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Parecer sobre o regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. < Acesso em 01.08.2017>.

proporcionando, efetivamente, aos necessitados plena orientação jurídica e integral assistência judiciária, para que os direitos e as liberdades das pessoas atingidas pelo injusto estigma da exclusão social não se convertam em proclamações inúteis nem se transformem em expectativas vãs. A questão da Defensoria Pública, portanto, não pode (e não deve) ser tratada de maneira inconsequente, porque de sua adequada organização e efetiva institucionalização depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais. [...] É preciso reconhecer, desse modo, que assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se tratar daquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades. Torna-se imperioso proclamar, por isso mesmo, que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício, o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública²⁴⁶.

Seguindo essa mesma linha de entendimento, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade ADI nº 4.270/SC e ADI nº 3.892/SC, cujo objeto foi a declaração de inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina²⁴⁷ e de dispositivos da Lei Complementar Estadual nº 155/97²⁴⁸, que autorizava e regulamentava, respectivamente, a prestação de serviços de assistência judiciária pela Ordem dos Advogados do Brasil (em substituição a Defensoria Pública), o Supremo Tribunal Federal não apenas julgou inconstitucionais os referidos dispositivos legais, destacando a exclusividade da Defensoria Pública para a prestação do serviço de assistência jurídica aos necessitados, como também fixou prazo para que

²⁴⁶ STF, Ag. Inst. 598.212 ED, 2ª Turma, relator ministro Celso de Mello, julgado em 25.03.2014

²⁴⁷ Art. 104: “A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar”.

²⁴⁸ Art.1º: “Fica instituída, pela presente Lei Complementar, na forma do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública, que será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina – OAB/SC. § 1º A OAB/SC obriga-se a organizar, em todas as Comarcas do Estado, diretamente ou pelas Subseções, listas de advogados aptos à prestação dos serviços da Defensoria Pública e Assistência Judiciária Gratuita. § 2º Cada subseção da OAB/SC organizará as listas a que se refere o parágrafo anterior, incluindo, mediante requerimento, os advogados que nela tenham sede principal de atividade. Na Comarca da Capital a confecção da lista caberá à Diretoria da OAB/SC. § 3º As listas serão organizadas de acordo com a especialidade dos advogados, indicada no requerimento a que se refere o parágrafo anterior, podendo o advogado constar em mais de uma área de atuação profissional. § 4º Somente poderão ser incluídos nas listas os advogados que assinarem termo de comprometimento e aceitação das condições estabelecidas na presente Lei Complementar, os quais serão designados pela autoridade judiciária competente. § 5º Para efeito de designação de Assistente Judiciário ou Defensor Dativo deverá-se manter, o quanto possível, sistema de rodízio entre os advogados inscritos e militantes em cada Comarca. Art.3º Institui-se, nesta Lei, o regime de remuneração, pelo Estado de Santa Catarina, em favor dos advogados que, indicados em listas, na forma dos arts. 1º e seus parágrafos, e designados pela autoridade judiciária competente, promovam, no juízo cível, criminal e varas especializadas, à Defensoria Dativa e Assistência Judiciária às pessoas mencionadas no art. 2º”.

o poder público providenciasse a criação, a organização e a estruturação da Defensoria Pública naquele Estado.

É interessante colacionar, desses julgamentos, trecho do voto proferido pelo ministro Ayres Brito, no qual se destacou que o modelo de assistência jurídica desenhado pela Constituição é um modelo entrelaçado com a Defensoria Pública, sendo certo que não se verifica a satisfação do direito de assistência jurídica integral e gratuita se não por meio da Defensoria Pública. Portanto, diz o ministro, é dever do Estado organizá-la e implementá-la sob pena, até mesmo, de crime de responsabilidade por parte do governante omissor:

E o modelo constitucional de assistência jurídica integral e gratuita, orientação e assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, é um modelo de imbricação, de germinação, de enlace entre essa assistência, essa orientação aos economicamente débeis e as defensorias públicas. Não há como dissociar as coisas. Esse direito subjetivo das pessoas economicamente precarizadas à assistência e orientação, no plano administrativo e no plano jurisdicional, por modo gratuito e integral, não se exerce com eficácia senão quando prestado - é o modelo da Constituição - por um órgão de alta especialização, de alta concepção constitucional, que são as defensorias públicas. As coisas estão, portanto, enlaçadas. E negar esse direito, por forma patente, renitente, ostensiva, parece-me até, Ministro Celso de Mello, carrear a ação do governante responsável para os crimes de responsabilidade de que trata a Constituição no artigo 85²⁴⁹.

Verifica-se, pelas as decisões ora destacadas, que o Supremo Tribunal Federal tem afirmado de forma reiterada a imprescindibilidade da Defensoria Pública para a garantia do acesso à justiça aos necessitados, de modo que a omissão inconstitucional do poder público na estruturação da referida instituição tem justificado sua atuação no controle de políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental à assistência jurídica²⁵⁰, conforme bem resume Fensterseifer:

O Poder Judiciário, por meio da nossa mais alta Corte de Justiça, deu conta justamente de exercer tamanha intervenção, a ponto de estabelecer prazo para o Legislativo e o Executivo de um Estado da federação criar uma instituição pública, não por capricho institucional ou disputa de poder, mas sim por estar em jogo as bases conformadoras do nosso Sistema de Justiça concebidas pela CF/88 e o próprio Estado de Direito brasileiro. A ausência da Defensoria Pública, seja no plano federal ou estadual, implica rasgar o texto da CF/88.

²⁴⁹ STF: ADI 4270/SC, ministro relator Joaquim Barbosa, julgado em 14.03.2012.

²⁵⁰ Confira também: STF, AC 2.672/RS, relator ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 03.09.2009; STF, ADI 3.819/MG, Tribunal Pleno, relator ministro Eros Grau, julgado em 24.10.2007 e STF, RE 574.353/PR, relator ministro Eros Grau, julgado 07.12.2009.

Simples assim, por isso, não restou outra opção ao STF que o controle sobre os demais poderes republicanos²⁵¹.

Com efeito, diante do flagrante descaso com que o poder público tem tratado a assistência jurídica aos necessitados (encarados como completos marginais do sistema), omitindo-se do seu dever de dotar a Defensoria Pública de condições materiais e humanas para exercer com efetividade a sua função constitucional, resta patentemente legítima a postura ativa do Poder Judiciário no controle de políticas públicas voltadas à estruturação instituição. Ao agir desse modo, o Poder Judiciário reafirma seu papel contramajoritário e seu dever de zelar pela efetivação dos comandos constitucionais.

3.5. Diagnóstico do acesso à assistência jurídica no Brasil: um horizonte a ser percorrido

Uma vez justificada a fundamentalidade e, especialmente, a íntima relação do direito à assistência jurídica com o princípio da dignidade humana (sendo aquele integrante do núcleo desse – o denominado mínimo existencial), na sequência se busca trazer uma visão realista acerca da implementação do direito fundamental à assistência jurídica no país e de sua efetividade na promoção do acesso à justiça para a população carente.

A análise de dados mostra-se importante não apenas para pontuar a evolução e as deficiências na efetivação do direito fundamental à assistência jurídica gratuita, mas também para demonstrar, sob o ponto de vista fático, a própria legitimidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação desse direito.

Antes de ingressar na análise dos dados relacionados à assistência jurídica e da consequente estruturação da Defensoria Pública, é interessante entender que nos últimos anos, principalmente após o processo de redemocratização do Brasil, cujo marco foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, o país tem presenciado um intenso movimento de protagonismo do Poder Judiciário.

²⁵¹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 215.

Os fatores que impulsionaram o referido protagonismo são diversos. O principal deles, entretanto, é o aparato normativo estruturado com o advento da Constituição Federal de 1988, quando houve a afirmação de uma série de direitos individuais e coletivos fundados nas noções de igualdade e de liberdade, bem como a criação de instituições destinadas à sua proteção.

Sobre a importância da Constituição para o protagonismo do Poder Judiciário, Sadek destaca o seguinte:

Estudos comparativos internacionais afirmam o lugar de ponta da Constituição brasileira no que diz respeito à amplitude e à gama de direitos. Quanto às instituições do sistema de Justiça, as mudanças também são apreciáveis: o Poder Judiciário foi configurado como um real poder de Estado, com garantias de autonomia e independência, em um sistema presidencialista, assentado na separação e na divisão de poderes; o Ministério Público – a maior inovação institucional – foi concebido como essencial à função jurisdicional do Estado, com atribuições de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; a Defensoria Pública foi constitucionalizada e desenhada como essencial à função jurisdicional, tendo, posteriormente, ganhado autonomia, com a Emenda Constitucional nº 45, em 2004²⁵².

A procura pelo Poder Judiciário é crescente. Segundo o relatório “Justiça em números”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016 passaram pelo Poder Judiciário 79,7 milhões de processos. O número de processos novos e baixados é 29,4 milhões cada, o que representa um crescimento em relação ao ano anterior de 5,6% e 2,7%, respectivamente²⁵³.

Embora seja evidente o aumento de demandas no âmbito do Poder Judiciário, os números observados não significam que o acesso à justiça tem sido garantido de forma efetiva. Isso porque, conforme explica Sadek, as pesquisas empíricas revelam que os maiores litigantes são o poder público e os setores minoritários e privilegiados da população. O que se verifica, portanto, é um quadro de

²⁵² SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça: visão da sociedade*. São Paulo: Justitia. Jan./Jun. 2008, p. 272. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/33278/acesso_justica_visao_sadek.pdf. Acesso em 09.10.2017.

²⁵³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>. Acesso em 09.10.2017.

ambiguidade, em que de um lado há muitas de demandas e, de outro, um pequeno número de usuários²⁵⁴.

É de se notar, ainda, que a maior procura pela intervenção judicial é verificada em regiões com índice de desenvolvimento humano mais elevado, como é o caso dos Estados das regiões sudeste e sul do país.

Portanto, o que se tem é que os chamados litigantes habituais são os que movimentam o maior número de demandas perante o Poder Judiciário. Esses litigantes contam com uma série de vantagens, tais como:

1) A maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por um maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir a expectativa mais favorável em relação a casos futuros²⁵⁵.

De outra sorte, mostram-se tímidos os avanços de acesso à justiça para as camadas mais pobres da sociedade. Examinando a barreira da pobreza para acesso à justiça, José Renato Nalini aponta que:

O problema da pobreza, a primeira onda do movimento do acesso à Justiça, na formulação de Cappelletti, não só deixou de ser solucionado, como intensificou-se neste final de milênio. Ele ainda está presente e suscita a constatação de que as liberdades civis e políticas tradicionais são uma promessa fútil, na verdade um engodo para aqueles que, por motivos econômicos, sociais e culturais, de fato não são capazes de atingir tais liberdades e tirar proveito delas.

Se a distribuição de renda não sobrevier, se a miséria não for amenizada com urgência, já não se justificará a preservação do equipamento estatal chamado Justiça. Escapa-lhe rapidamente das mãos o poder de restabelecer o justo concreto, pois assim como o capital internacional – e sem pátria – se subtrai à incidência da autoridade judicial, o crescimento da miséria reduz ainda mais o universo de sua atuação. O pobre tem seus problemas resolvidos na polícia, nos postos de saúde ou nas seitas evangélicas. É raro o seu dia na Corte²⁵⁶.

²⁵⁴ SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça: visão da sociedade*. São Paulo: Justitia. Jan./Jun. 2008, p. 273ss. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/33278/acesso_justica_visao_sadek.pdf. Acesso em 09.10.2017.

²⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

²⁵⁶ NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso à justiça*. Revista CEJ. V. 1, n. 3, set./dez. 1997. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/114/157>. Acesso em 17.10.2017.

Na mesma ordem de ideias, De Vitto e Castro acrescentam que as vítimas da exclusão social são as que mais encontram dificuldades no acesso à justiça, pois:

[...] desprovidas de informação, muitas vezes sequer se apercebem que tiveram seus direitos violados, pois desconhecem que os possuem. Mesmo quando se apercebem da violação de seus direitos, por vezes não ostentam condições financeiras para locomoverem-se até os locais destinados ao atendimento jurídico gratuito, não aparelhado, via de regra, para o atuar nos grandes bolsões de pobreza. Ainda, assim, quando conseguem reclamar alguma espécie de prestação jurisdicional, em muitos dos casos, a resposta propiciada pelos mecanismos tradicionais do sistema de justiça se mostra ineficaz na resolução efetiva do conflito²⁵⁷.

Com efeito, o próprio déficit de Defensores Públicos verificados em todo país, aliado à insuficiência de investimentos orçamentários voltados à estruturação das Defensorias Públicas, revela que a ampliação do acesso à justiça para a população carente não é prioridade dos governantes.

Segundo dados colhidos no III Diagnóstico da Defensoria Pública, elaborado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, com relação à execução orçamentária, verificou-se que o Poder Judiciário dos Estados absorve 5,34% dos gastos totais do Estado, enquanto que o orçamento do Ministério Público corresponde a 2,02% do orçamento dos Estados e da Defensoria Pública, em média, incorpora 0,40% do total de gastos das unidades da federação²⁵⁸.

Essa disparidade em termos orçamentários reflete entre os diferentes atores do sistema de justiça na extensão, na qualidade e na efetividade dos serviços de assistência jurídica conferido à população carente (que, conseqüentemente, vê-se impedida do acesso à justiça).

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada no ano de 2013, apurou-se que, considerando o parâmetro a ser alcançado da proporção de 10.000 pessoas com renda de até três salários mínimos por Defensor Público, existe um

²⁵⁷ DE VITTO, Renato Campos Pinto. CASTRO, André Luís Machado. “A Defensoria como Instrumento de Consolidação da Democracia”. In: *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Disponível em: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/156JuizadosEspeciaisoprocessoinexoraveldamudanca.pdf>. Acesso em 17.10.2017.

²⁵⁸ Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf. Acesso em 18.10.2017.

déficit generalizado de pessoal nos Estados. Segundo o mesmo instituto, os Estados com maior carência em números absolutos são os de São Paulo (2.471), Minas Gerais (1.066), Bahia (1.015) e Paraná (834), sendo o déficit total do Brasil de 10.578 Defensores Públicos²⁵⁹.

A ausência de Defensores Públicos legitima um sistema de violações sistemático aos direitos fundamentais, especialmente na esfera criminal, em que tais vilipêndios são mais graves e sensíveis.

Tal constatação, inclusive, foi bem sublinhada pelo ministro Joaquim Barbosa em seu voto proferido nos autos da referida ADI nº 4.270/SC. Na oportunidade em que mencionou o relatório final do mutirão carcerário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça no Estado de Santa Catarina no ano de 2011, quando ainda não havia Defensoria Pública instalada naquele estado. O relatório destaca o quão premente era a necessidade da instituição. Veja-se:

O mais grave problema de Santa Catarina é a ausência de Defensoria Pública Estadual, optando o Estado, em sua Constituição Estadual, pela assistência jurídica a pessoas carentes através da nomeação de advogados dativos. A falta de Defensores Públicos na execução penal gera gargalos que travam e conspiram contra a melhora do sistema. A ausência de ao menos um Defensor Público em cada unidade prisional dificulta e obstaculiza a veiculação de demandas, reclamações e providências em condições de impor ao Poder Judiciário um substrato que resulte numa ação coordenada para a cobrança de responsabilidades. Essa situação gera uma crise no sistema prisional, mercê de quadros de flagrante violação aos direitos do homem. Dos benefícios concedidos durante o Mutirão Carcerário impressiona o elevado número de benefícios que ensejaram expedição de alvará de soltura, implicando na liberação imediata de 1087 vagas no sistema prisional²⁶⁰.

Com efeito, a ausência ou a prestação insuficiente do serviço de assistência jurídica destinado à população carente pode ser apontado como um dos maiores motivos para o elevado número de demandas reprimidas.

Ao estudar os dados sobre o acesso à justiça, Sadek anota que os principais motivos do elevado número de demandas reprimidas podem ser atribuídos, dentre outras questões, a imensa desigualdade social, a falta de conhecimento sobre direitos e a

²⁵⁹ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdefensores>. Acesso em 18.10.2017.

²⁶⁰ STF: ADI 4270/SC, ministro relator Joaquim Barbosa, julgado em 14.03.2012.

percepção negativa sobre a justiça²⁶¹. Tal sistema de exclusão, contudo, consolida-se com a ausência da Defensoria Pública, que é a instituição destinada a alargar o acesso à justiça às vítimas dos fatores mencionados.

Para além do ponto de vista constitucional e legal, a importância da Defensoria Pública para a democratização do sistema de justiça pode ser observada também concretamente. Em pesquisa divulgada pelo IV Diagnóstico da Defensoria Pública, apurou-se que o número de atendimentos realizados pelas Defensorias Públicas dos Estados aumentou 176% entre 2009 a 2014, passando de 3.762.606, em 2009, para 10.380.167, em 2014²⁶².

Além do contínuo aumento do número de atendimentos, é interessante observar que segundo o relatório da pesquisa de satisfação e imagem, realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2017, a Defensoria Pública é apontada por 92,4% da população brasileira como a instituição mais importante para a sociedade. O referido relatório demonstra ainda que a confiança na Instituição cresceu desde 2014, passando de 54,7% para 74,1%. Percebeu-se também que, em relação ao trabalho das instituições, o número de brasileiros que reputam como “ótimo” e “bom” o atendimento da para a Defensoria Pública teve um aumento de 15,4%, totalizando 55,4%²⁶³.

O mesmo documento mostra que, em relação ao conhecimento dos serviços, todas as instituições sofreram quedas na percepção dos cidadãos, exceto as Forças Armadas e a Defensoria Pública, que se tornaram mais populares.

O que se extrai disso tudo, portanto, é que a despeito das dificuldades decorrentes da ausência de investimentos, na prática a Defensoria Pública, quando

²⁶¹ SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça: visão da sociedade*. São Paulo: Justitia. Jan./Jun. 2008, p. 274. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/33278/acesso_justica_visao_sadek.pdf. Acesso em 09.10.2017.

²⁶² Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>. Acesso em 24.10.2017.

²⁶³ A pesquisa tem como objetivo identificar a percepção da imagem das instituições públicas em relação a conhecimento, confiança, importância e avaliação. Foram ouvidos 5.035 brasileiros com mais de dezesseis anos em 170 municípios, incluindo todas as capitais do país, entre os dias 9 de março e 29 de maio de 2017. O relatório completo encontra-se disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf. Acesso em 24.10.2017.

presente, tem cumprindo com esmero o seu papel constitucional de garantir assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Porém, a efetiva garantia de acesso à justiça para as camadas mais pobres e excluídas da sociedade ainda está distante de ser realidade. Os dados colhidos pelo IV Diagnóstico da Defensoria Pública revelam que a proporção de Defensores Públicos por comarca está muito aquém do desejável, eis que com exceção de unidades federativas como o Rio de Janeiro (com 100% de atendimento) e o Acre (com 95% de atendimento), a grande maioria dos Estados permanece com alto déficit de pessoal. A situação mostra-se mais sensível em Estados como São Paulo (apenas 3% das unidades jurisdicionais são atendidas), Bahia (3%), Rio Grande do Norte (3%) e Paraná (4%)²⁶⁴.

Pelo exame dos dados ora expostos, o que se conclui é que há uma situação de extrema disparidade e paradoxo, na qual de um lado há um pródigo estatuto constitucional que confere à Defensoria Pública uma série de instrumentos e garantias para a viabilização do acesso à justiça aos necessitados, e do outro lado há uma evidente negligência na concretização de tais comandos constitucionais.

Atento a essa latente realidade, por meio da Emenda Constitucional nº 80/14, o constituinte reformador estabeleceu como meta a instalação de Defensorias Públicas em todas as comarcas no prazo de oito anos, a partir de 2015²⁶⁵. Todavia, os dados revelam que um longo caminho ainda tem que ser percorrido para a realização dessa determinação constitucional. O desafio é grande e certamente sua concretização depende da priorização dos investimentos estatais nesse sentido. De todo o modo, é imprescindível também o empenho conjunto de todos os demais atores destinados a viabilizar o acesso à justiça aos necessitados: a própria Defensoria Pública, o Poder Judiciário e o Ministério Público²⁶⁶.

²⁶⁴ Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>. Acesso em 24.10.2017.

²⁶⁵ O art. 98 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias prevê o seguinte: “O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo”.

²⁶⁶ Sobre o papel decisivo dos Defensores Públicos na concretização do acesso à justiça para os necessitados, Cleber Francisco Alves destaca que: “O futuro da Defensoria Pública depende, em grande medida, da construção dos próprios membros da carreira, no sentido de que a eles cabe uma responsabilidade decisiva na edificação permanente da instituição. É fundamental um compromisso com

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi estudar o direito à assistência jurídica integral e gratuita sob o enfoque de sua fundamentalidade. Para além de um instrumento de acesso à justiça, a assistência jurídica destinada aos necessitados é um direito fundamental e, como tal, reveste-se de caráter prioritário e essencial, próprio dos direitos fundamentais.

Diante disso, o primeiro desafio foi entender qual a natureza do direito fundamental à assistência jurídica: se é um direito fundamental de cunho individual ou social. Embora essa delimitação não seja hermética, já que os direitos individuais, em sua maioria, também demandam prestações estatais para a sua realização, tem-se que é possível identificar os direitos sociais como aqueles destinados a elevar o indivíduo a uma posição social digna, que o viabilize a alcançar o patamar de igualdade perante a sociedade.

Ao analisar os aspectos do direito fundamental à assistência jurídica, foi possível notar que esse direito encontra sua base de conformação no princípio da igualdade material, pois se destina a conferir tratamento desigual (assistência jurídica integral e gratuita) àqueles que se encontram em situação de desigualdade (hipossuficiência econômica ou organizacional). Trata-se, portanto, de um direito essencialmente social.

Assim, uma vez delimitada a natureza social do direito fundamental à assistência jurídica, foi possível estudar seu alcance, seus desdobramentos e sua exigibilidade.

Inicialmente, em relação ao alcance e os desdobramentos, verificou-se que o direito fundamental à assistência jurídica possui dupla dimensão: subjetiva e objetiva.

o ideal de igualdade no acesso à Justiça. O horizonte é bastante desafiador [...] não há lugar para uma postura passiva, conformista, e de acomodação” (ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 261).

A dimensão subjetiva relaciona-se com o status negativo, que confere ao indivíduo um direito subjetivo, investindo-lhe o poder de exigir do Estado as medidas necessárias para sua implementação e exercício. Assim, diante da negligência do Estado na implementação do direito fundamental à assistência jurídica, seus titulares podem exigir sua implementação, inclusive por meio de intervenção judicial.

Em relação à dimensão objetiva do direito fundamental à assistência jurídica, além da implicação na eficácia irradiante e interpretativa, o Estado fica obrigado a adotar uma postura ativa no que tange à proteção e implementação dos serviços de assistência jurídica e isso se dá por meio da devida ampliação e estruturação da Defensoria Pública.

A dimensão objetiva desdobra-se também na função organizacional ou procedimental, o que significa dizer que ao lado do dever de proteção, cabe ao Estado, por meio de estruturas organizacionais e procedimentais, conferir concretude aos direitos fundamentais.

Especificamente nesse aspecto é que se verifica a interdependência entre o direito fundamental à assistência jurídica e a Defensoria Pública, instituição constitucionalmente destinada à sua concretização. Por essa razão, não há como desvincular o estudo do direito fundamental à assistência jurídica da análise jurídico-constitucional da Defensoria Pública.

Com efeito, conforme se buscou demonstrar ao longo deste trabalho, o sistema constitucional vigente adotou o modelo público de prestação da assistência jurídica aos hipossuficientes, atribuindo à Defensoria Pública a missão de garantir o acesso à justiça aos seus destinatários.

Entre os principais sistemas de prestação dos serviços de assistência jurídica existentes, verificou-se que o modelo público é o que acarreta maiores vantagens para os destinatários. Isso porque, apenas por meio de uma instituição estatal exclusivamente destinada a esse fim é possível existir uma atuação coordenada e planejada no sentido de viabilizar o integral acesso à justiça aos necessitados.

Como visto, o efetivo acesso à justiça não se resume à possibilidade de o indivíduo apresentar uma demanda perante o Poder Judiciário, mas antes pressupõe que tal indivíduo tenha conhecimento de seus direitos e deveres, que tenha capacidade econômica e jurídica de defender seus direitos e também que tenha meios de se fazer representar em demandas relacionadas a interesses difusos e coletivos. Sem esses instrumentos, não há acesso à justiça.

Sensível a esses entraves, que se mostram mais acentuados diante da hipossuficiência econômica ou organizacional, o constituinte de 1988 foi além e previu como obrigação do Estado conferir assistência jurídica de forma integral e gratuita aos necessitados. Além da amplitude desse direito, foi instituída, ainda no plano constitucional, a Defensoria Pública como instituição destinada a concretizar esse direito.

Diante dessa construção, é possível entender a importância da Defensoria Pública para a realização do direito fundamental à assistência jurídica e as razões pelas quais afirmou-se que a referida instituição figura como uma garantia institucional fundamental e, como tal, recebe a mesma proteção constitucional destinada ao direito fundamental à assistência jurídica, ficando a salvo do poder de reforma do constituinte derivado, já que trata-se de uma cláusula pétrea, e de políticas reducionistas, ante a vedação do retrocesso social²⁶⁷.

Não por outro motivo, a Defensoria Pública está calcada no texto constitucional como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional e autônoma em relação aos Poderes do Estado.

²⁶⁷ Ao discorrer sobre a importância da Defensoria Pública para a concretização do direito fundamental à assistência jurídica, o ministro Celso de Mello manifestou-se no seguinte sentido: “Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. (STF, Ag. Inst. 598.212 ED, 2ª Turma, relator ministro Celso de Mello, julgado em 25.03.2014).

Entretanto, a despeito da essencialidade do direito fundamental à assistência jurídica e da importância da Defensoria Pública para a sua concretização, o que se verifica é que a implementação desse direito está distante de ser satisfatória. Há, como se mostrou, uma notória incongruência entre a realidade fática e a jurídica. Conforme exorta Barbosa Moreira, ao refletir sobre o direito fundamental à assistência jurídica após Constituição de 1988: “que o Brasil, no tema que ora se versa, não está mal servido de textos normativos. O panorama dos fatos projeta, sem dúvida, imagem muito menos satisfatória: aqui, como alhures, prevalece a velha e conhecida contraposição entre o ‘país legal’ e o ‘país real’”²⁶⁸.

É diante dessa realidade que o presente trabalho se colocou: qual a efetividade do direito fundamental à assistência jurídica? Como fazer com que as generosas previsões jurídico-constitucional acerca da matéria sejam implementadas na prática, considerando o manifesto preterimento desse direito em termos de políticas públicas?

Para tanto, buscou-se justificar a relação entre o direito fundamental à assistência jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente com o seu conteúdo intangível, o denominado mínimo existencial.

Embora se defenda que todos os direitos fundamentais sejam dotados de exigibilidade e de eficácia imediata, sabe-se que a sua implementação, principalmente quando se trata de direitos sociais, pressupõe a estruturação de políticas públicas que envolvem vultosos investimentos estatais. Dessa forma, cabe ao Poder Executivo, com base na discricionariedade, eleger quais políticas públicas merecem alocação dos recursos disponíveis.

Seja como for, entende-se que existe um patamar direitos tão mínimos que condicionam a própria noção de dignidade humana, de modo que a sua implementação não se sujeita à livre disposição dos poderes constituídos.

²⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Revista AJURIS, n. 55, Julho/1992. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/57be4/57c27/57dd8?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>, p. 73. Acesso em 06.11.2017.

Com efeito, conforme foi demonstrado ao longo deste trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana possui um conteúdo normativo que se impõe como regra e não como princípio. Esse conteúdo normativo é composto por condições materiais mínimas e indispensáveis para a existência digna (o denominado mínimo existencial).

Portanto, uma vez desrespeitado o mínimo existencial, não há dignidade. Logo, não pode existir espaço para juízos de ponderação por parte dos poderes constituídos sobre a conveniência, oportunidade ou reserva orçamentária para a implementação ou proteção desses direitos mínimos.

Muito embora não haja um consenso na doutrina sobre quais direitos compõem o mínimo existencial, buscou-se demonstrar que o direito à assistência jurídica integral e gratuita, principal instrumento de acesso à justiça destinado aos necessitados, integra, necessariamente, esse conjunto de direitos materiais mínimos.

Para justificar a referida tese, analisou-se quais seriam os pontos mais sensíveis que impedem o acesso à justiça, ou seja, quais, entre todas as possíveis barreiras do acesso à justiça, inviabilizariam por completo o contato do indivíduo com o Poder Judiciário.

Mostrou-se que o ponto mais preocupante no que se refere ao acesso à justiça é quando o indivíduo simplesmente não consegue sequer ter o contato físico com o Poder Judiciário. Tal situação ocorre, em regra, em razão de dois fatores: o desconhecimento acerca dos direitos e a ausência de recursos financeiros para movimentar o judiciário.

Diante desse cenário, o direito fundamental à assistência jurídica ganha especial relevância, pois, para além da atuação em juízo, a assistência jurídica envolve a existência de ações coordenadas no sentido de divulgar e promover o conhecimento de direitos. Não por outra razão, a própria Constituição prevê, dentre as funções da Defensoria Pública, a atuação prioritária na orientação jurídica e na promoção dos direitos humanos (art. 134, “caput”).

Ademais, na linha do mandamento constitucional, o art. 4º, inciso III, da Lei Complementar nº 80/94, estabelece como função institucional da Defensoria Pública “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”.

Com efeito, se considerarmos que a desinformação e o custo são os maiores entraves para o acesso à justiça, a assistência jurídica impõe-se como o instrumento mínimo e necessário para fazer ceder tais barreiras.

Portanto, uma vez identificado que o acesso à justiça é instrumento imprescindível para garantir a efetividade dos direitos, especialmente daqueles relacionados ao mínimo existencial, pode-se afirmar que a assistência jurídica é o seu instrumento, de forma que a sua implementação não pode ficar sujeita à livre disposição dos poderes constituídos.

No entanto, a despeito da imprescindibilidade desse direito, o que se verifica na prática é um completo descaso na sua implementação. Com efeito, passados quase trinta anos do advento da última Constituição Federal, a realidade revela um cenário desanimador. Na grande maioria das comarcas sequer existe Defensoria Pública instalada e, conseqüentemente, há um imenso número de demandas reprimidas (pois, via de regra, aos necessitados tem sido prestada apenas a assistência judiciária, restrita à atuação em juízo, permanecendo invisíveis as inúmeras violações dos direitos daqueles que sequer possuem possibilidade de reconhecê-los).

A ausência de investimentos na implementação da assistência jurídica frustra as expectativas dos seus destinatários, do que se extrai a relevância do estudo do tema e da busca de alternativas para sua efetivação. Sobre isso, Boaventura destaca o seguinte:

Defendo que as defensorias públicas devem ser estimuladas. Esse estímulo também depende que se faça uma análise crítica e séria das suas deficiências. Tanto mais profícuo será o papel desempenhado pelas defensorias quanto mais seriamente sejam evidenciadas e reparadas as limitações e insuficiências com que se deparam. A luta pela valorização da instituição ganha, neste âmbito,

natural relevância, sobretudo quando atentamos para o quadro vigente de precarização dos programas e instituições públicas de acesso à justiça²⁶⁹.

É nesse contexto de flagrante omissão dos poderes públicos que tem sido frequente a intervenção do Poder Judiciário para compelir a implementação de políticas relacionadas à assistência jurídica.

Sob o enfoque do mínimo existencial, justifica-se exatamente esse cenário de intervenção, pois de um lado verifica-se a existência de um direito imprescindível para a preservação da dignidade humana e, de outro, um manifesto preterimento em termos de políticas públicas relacionadas à sua implementação.

O que se buscou com o presente trabalho foi demonstrar, sob o ponto de vista jurídico e fático, a imprescindibilidade do direito fundamental à assistência jurídica e a sua relação com o mínimo existencial, para então justificar a primazia da efetivação desse direito por meio da ampliação e a estruturação da Defensoria Pública, bem como a legitimidade do Poder Judiciário de intervir na implementação de políticas públicas direcionadas à concretização de tal direito.

²⁶⁹ SANTOS. Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 52.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. rev. e atual. até a EC 95 de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Verbatim, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. “O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michel Walzer e Robert Alexy”. In: *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. revista e ampliada. Org: Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Revista AJURIS, n. 55, Julho/1992.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico”. In: *Direitos humanos, direitos sociais justiça*. FARIA, José Eduardo (org.). Malheiros: São Paulo, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Direitos fundamentais sociais*. Coords. J. J. Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia, Erica Paula Barcha Correia. Colab. Flavia Piovesan...[et. al]. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDIM, Carlos Henrique. “Apresentação”. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CEDENHO, Antonio Carlos. *A dignidade da pessoa humana como fundamento para a concessão de medicamentos pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Ano XXVII. Abr./Jun. 2006, p. 17-26.

COMPARINI, Julio de Souza. *John Rawls e o direito à renda mínima*. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume4.aspx. Acesso em 25.08.2017.

DE VITTO, Renato Campos. MACHADO, André Luiz. *A Defensoria Pública como instrumento de consolidação da democracia*. Disponível em: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/156JuizadosEspeciaisoprocessoinexoraveldamudanca.pdf>. Acesso em 06.11. 2017.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. “Princípios e critérios no processo das pequenas causas”. In: *Juizado especial de pequenas causas: Lei n. 7244, de 7 de novembro de 1984*. WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Direito fundamental de ação”. In CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. MITIDIERO, Daniel. “Comentários ao art. 5º, LXXIV”. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. *Novas linhas do processo civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno. *A defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso à justiça*. Revista CEJ. V. 1, n. 3, set./dez. 1997.

Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/114/157>. Acesso em 17.10.2017.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PASSOS, J.J. Calmon de. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. In: *Participação e processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PISARELLO, Gerardo. “Los derechos sociales y sus ‘enemigos’: elementos para una reconstrucción garantista”. In: *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Observatori Desc. Disponível em: http://observatoridesc.org/sites/default/files/Defender_repensar_derechos_sociales_lib_DESC_AAVV_sp_1.pdf. Acesso em 29.06. 2017.

PLATÃO. *As leis*. Traduzido por Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará, 1980.

_____. *A república*. Traduzido por Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIS, Gustavo Augusto dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROQUE, Nathaly Campitelli. Acesso à Justiça. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/105/edicao-1/acesso-a-justica>. Acesso em 09.10.2017.

SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

_____. *Acesso à justiça: visão da sociedade*. São Paulo: Justitia. Jan./Jun. 2008. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/33278/acesso_justica_visao_sadek.pdf. Acesso em 09.10. 2017.

_____. “Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social”. In: *Justiça, cidadania e democracia*. LIVIANU, R. (coord.). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

_____. *Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos*. Revista USP - São Paulo. n. 101. Março/Abril/Maio 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Parecer sobre o regime jurídico-constitucional da Defensoria Pública*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em: 01.08.2017.

_____. *Parecer sobre a autonomia da DPU e limites do poder de reforma da Constituição*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/042015/Parecer_Autonomia_DPU_Daniel_Sarmento.pdf. Acesso em 30.08.2017.

SARLET, Ingo W. “Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais”. In CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. “Comentários ao artigo 1º, III”. In CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. “Comentários ao artigo 6º”. In CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...[et al.]. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Parecer sobre o convênio entre a Defensoria Pública do Estado e a OAB/SP na prestação de assistência judiciária*. Revista da Defensoria Pública, Ano 4, n. 2, jul/dez. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tiragem: outubro de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. “Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...[et al.]. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. In: *Participação e processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.