

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ANA MÔNICA ANSELMO DE AMORIM

ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL:
EFETIVAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA

NATAL
2011

ANA MÔNICA ANSELMO DE AMORIM

ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL:
EFETIVAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Bento Herculano Duarte Neto.

NATAL
2011

Catálogo da publicação na fonte. UFRN/Biblioteca Central Zila Mamede
Divisão de Processos Técnicos

Amorim, Ana Mônica Anselmo de.

Acesso à justiça enquanto direito fundamental : efetivação pela defensoria pública / Ana Mônica Anselmo de Amorim. – Natal, RN, 2011.

220 f.

Orientador: Bento Herculano Duarte Neto.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

I. Direitos fundamentais – Dissertação. 2. Defensores públicos – Dissertação.
3. Acesso à justiça – Dissertação. 4. Direito – Brasil – Dissertação. I. Duarte
Neto, Bento Herculano. II. Título.

RN/UF/BCZM

CDU 342.7 (043.3)



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

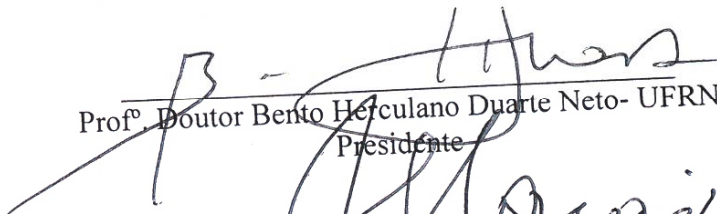
Mestrando: ANA MONICA ANSELMO DE AMORIM

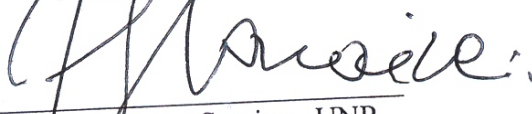
**Título: “ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL:
EFETIVAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA”.**

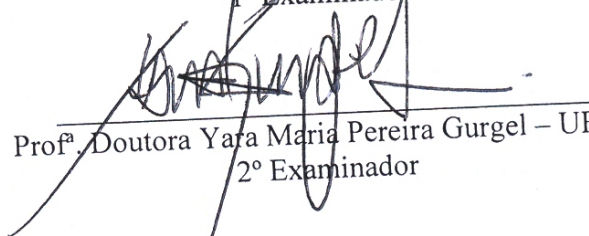
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 10 / 10 / 2011.

BANCA EXAMINADORA


Prof.^o Doutor Bento Héculano Duarte Neto - UFRN
Presidente


Prof.^o Doutor Paulo Lopo Saraiva - UNP
1^a Examinador


Prof.^a Doutora Yara Maria Pereira Gurgel - UFRN
2^o Examinador

Natal (RN)
Outubro/2011

Dedico

À Minha Mãe Ivete Anselmo de Amorim, meu referencial, minha vida, meu tudo, meu amor maior.

Ao Meu Padrinho Humberto Anselmo de Amorim, meu pai, meu exemplo, minha inspiração.

Aos meus avós Alda e Valdemiro – in memoriam – pelos exemplos de vida. É inefável a saudade.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por todo o apoio e suporte na minha vida acadêmica e profissional.

Aos poucos e seletos amigos, pelos momentos de lazer, alegria e descontração, não ousou sequer nominá-los, sob pena de cometer o terrível crime do esquecimento de seus nomes, mas são partes essenciais de minha vida. “Ao raiar do dia, quero você feliz comigo”.

Ao meu especial amigo Enéas Romero, meu revisor, que muito me auxiliou na confecção deste trabalho dissertativo.

Aos colegas mestrandos, em especial, Gudson Barbalho e Luiz Sérgio Monte, pelo apoio incondicional nesta jornada.

Ao meu orientador, Professor Doutor Bento Herculano Duarte Neto, pelo incentivo e paciência.

À competente secretária da Pós-Graduação Maria Lígia Campos, pela ajuda a esta Mossoroense, que nunca se recusou a atender às minhas constantes ligações, e sempre se propôs a me auxiliar nas constantes dificuldades enfrentadas com a distância.

À Defensoria Pública do Estado do Ceará pelo apoio incondicional nestes últimos 05 (cinco) anos na incansável luta pelo acesso à Justiça.

Aos amigos do Fórum de Icapuí, nas pessoas de Conceição Santos e Vera de Souza, e em especial ao Juiz Renato Velloso, pelos valorosos auxílios nos 02 (dois) anos em que cruzei o longo caminho para a conclusão deste mestrado.

Acima de tudo ao meu Deus, a quem tudo dedico, a quem tudo devoto, fonte de minha vida, alicerce do meu ser.

No seio de uma sociedade fundada em bases democráticas e regida por importantes postulados de ordem republicana, nada pode justificar a exclusão de multidões de pessoas do acesso essencial à jurisdição do Estado.

(Celso de Mello)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida por sua hipertrofia face a grande quantidade de dispositivos legais que a compõe, dentre os quais, muitos são os direitos fundamentais. As normas fundamentais configuram o alicerce do Estado Democrático de Direito, no entanto, necessários são os mecanismos legais à sua efetivação, ao seu exercício, não sendo suficiente apenas enunciá-los, mas sim, oferecer meios para que estes deixem de ser apenas norma escrita no papel, e passem a ser visualizados e exercidos no dia-a-dia. Neste sentir, o acesso à Justiça apresenta-se, hodiernamente, como viga mestra para uma sociedade dita justa. Sob este prisma, o acesso à Justiça pode ser tido como o mais fundamental dos direitos, vez que traduz os instrumentos hábeis a resguardar os direitos fundamentais não só face a ação/omissão violadora do Estado, mas também, do próprio particular. Outrossim, o acesso à Justiça dentro da ordem jurídica pátria, não é direito de todos, em que pese a disposição da Carta Cidadã em seu artigo 5º, inciso LXXIV, garantir que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitarem. Mais da metade da população brasileira vive em situação de pobreza, não podendo dispor de recursos para custear honorários advocatícios, ou despesas processuais, bem como esbarram no próprio desconhecimento de seus direitos. O Poder Judiciário, em sua função precípua, encarrega-se de tentar corrigir a violação dos direitos, tencionando a efetivação de uma verdadeira justiça distributiva, servindo como paradigma ao fomento da igualdade material do ser humano, entretanto, difícil e tortuoso é o acesso à Justiça para aqueles que não possuem condições financeiras. Nesta senda, apresenta-se a Defensoria Pública, como guardiã das massas, em sua função institucional, na defesa dos hipossuficientes, ou seja, como instrumento para a efetivação do acesso à Justiça, garantindo pois, os direitos fundamentais. Os Defensores Públicos surgem no momento em que muito se discute ou se destaca a prioridade da efetivação do acesso à Justiça, guarda, portanto, íntimo liame com a perseguição dos direitos fundamentais, na qual, de que adiantaria o vasto leque de direitos, sem quem pudesse defendê-los ou tutelá-los.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais, Defensor Público, Acesso à Justiça.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 is recognized for its enlargement in the face of large amount of provisions that make it up, among which many are fundamental rights. The fundamental rules set up the foundation of a democratic state, however, are the necessary legal mechanisms to be effective, its exercise is not enough merely to state them, but to offer ways for them to stop being just written standard on paper, and come to be viewed and exercised day-to-day. In this sense, access to justice presents itself in our times, as a cornerstone for a just society dictates. In this light, access to justice can be seen as the most fundamental of rights, which translates as instruments able to safeguard the fundamental rights not only against the action/omission violating the state but also the very particular. Furthermore, access to justice within the legal country, is not right for everyone, despite the willingness of the Citizen Charter in its article 5, paragraph LXXIV, ensuring that the State shall provide full and free legal assistance to those in need. More than half of the population lives in poverty and can't afford to pay legal fees or court costs as well as a bump in their own ignorance of their rights. The judiciary, in their primary function, is in charge of trying to correct the violation of the rights, intending to effect a true distributive justice, serving as a paradigm for the promotion of substantive equality of human beings, however, is difficult and tortuous access Justice for those without financial resources. In this vein, we present the Public Defender, as keeper of the masses in its institutional role, defending a disadvantage, in the words, as a mechanism for effective access to justice, ensuring therefore fundamental rights. Public Defenders arise at the time or much discussion highlights the priority of actual access to justice, custody, therefore, intimate bond with the pursuit of fundamental rights, in which, that advance the broad range of rights, without whom could defend them or guardianship them.

Key-Words: Fundamental Rights, Public Defender, Justice Access.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS – UMA ANÁLISE SOB O PRISMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL	15
2.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
2.1.1 – Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais – Uma Abordagem sob a Ótica Mundial	20
2.1.2 - Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais – E sua Perspectiva no Direito Pátrio	27
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E UMA ABORDAGEM CONCEITUAL.....	29
2.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
2.4 DO SUPORTE FÁTICO E ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	48
2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS - EFICÁCIA E APLICABILIDADE DE SEUS NORMATIVOS.....	53
2.5.1 Da Classificação das Normas Constitucionais quanto à sua Eficácia ou Aplicabilidade	53
2.5.2 Da Aplicabilidade e da Eficácia das Normas que Regulamentam os Direitos Fundamentais	56
2.6 DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	60
2.7 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DEVERES FUNDAMENTAIS.....	63
3 UMA ANÁLISE DO ACESSO À JUSTIÇA – DA SUA VISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL AOS OBSTÁCULOS À SUA EFETIVAÇÃO	67
3.1 DO ESTADO LIBERAL AO DEMOCRÁTICO – UMA VISÃO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA CONSAGRAÇÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS.....	68
3.2 UMA VISÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	70
3.3 DO ACESSO À JUSTIÇA DENTRO DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL – UMA VERIFICAÇÃO DO INSTITUTO SOB O PRISMA DO DIREITO COMPARADO .	80
3.4 DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	86
3.5 DAS SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA OS PROBLEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA – ANÁLISE DAS TRÊS ONDAS EVOLUTIVAS, POR MAURO CAPPELLETTI & BRYANT GARTH.....	91

3.5.1 Primeira Onda - Assistência Judiciária aos Pobres	92
3.5.2 Segunda Onda – Representação dos Interesses Difusos.....	97
3.5.3 Terceira Onda – Do Acesso à Representação em Juízo a uma concepção mais Ampla de Acesso à Justiça. Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça	100
3.6 DOS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA	104
3.6.1 Obstáculos Econômicos.....	106
3.6.2 Obstáculos Sociais	112
3.6.3 Obstáculos Funcionais.....	113
3.6.4 Obstáculos Políticos.....	117
3.6.5 Obstáculos Culturais.....	118
3.6.6 Obstáculos Psicológicos.....	120
3.6.7 Obstáculos Éticos	121
4 RELEVÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	123
4.1 HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL	124
4.2 UMA ANÁLISE DA DEFENSORIA PÚBLICA SOB O PRISMA DO DIREITO COMPARADO.....	128
4.3 NATUREZA JURÍDICA E PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA.....	132
4.4 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA.....	135
4.5 DIREITOS, PRERROGATIVAS, OBRIGAÇÕES E GARANTIAS INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA	140
4.6 DO PÚBLICO ALVO DA DEFENSORIA PÚBLICA – DOS CRITÉRIOS PARA ATENDIMENTO	150
5 O ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO UM DIREITO FUNDAMENTAL: EFETIVAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA	155
5.1 ACESSO À JUSTIÇA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UM DIÁLOGO EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	156
5.2 O ACESSO À JUSTIÇA E A BUSCA PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	175
5.3 ACESSO À JUSTIÇA COMO COROLÁRIO À IGUALDADE MATERIAL.....	179
5.4 RELEVÂNCIA DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, E SUA FUNÇÃO COMO CURADOR DOS DIREITOS	

FUNDAMENTAIS – UM DIÁLOGO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	191
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	207
REFERÊNCIAS	211

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento e a busca pela consolidação dos direitos fundamentais, certamente são os grandes desafios do Estado desde a modernidade, mormente, dentro do Estado Democrático de Direito cujos instrumentos normativos referidos representam o alicerce da sociedade. Desta forma, a Constituição Federal de 1988 relaciona um dilatado rol de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, que representariam premissas essenciais a uma existência humana digna.

Assim, a partir desta formulação constitucional baseada em ideais democráticos, os direitos fundamentais funcionam como verdadeiras garantias aos indivíduos em face de ações/omissões violadoras do próprio ente Estatal, bem como, em face de violações cometidas por particulares. Desta feita, face a esta gama de direitos fundamentais e de sua ampla necessidade de tutelá-los, deve o Estado propiciar instrumentos eficazes e ao alcance de todos, para resgatá-los ou protegê-los quando necessário for.

Nesta perspectiva, o acesso à Justiça apresenta-se como um dos mais fundamentais dos direitos, posto que justamente, tenciona tutelar eventuais mitigações ou violações aos direitos dos cidadãos. O acesso à Justiça, tal como decantado na Carta Cidadã de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXV, infelizmente, não é privilégio de todos, e sim de uma pequena minoria dotada de recursos financeiros, em que pese encontrar-se ainda no seio do Magna Carta, a garantia de que será garantida assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, inciso LXXIV).

Pode-se correlacionar obstáculos ao acesso à Justiça que transitam na simples indisponibilidade de recursos financeiros, permeando pelo desconhecimento da lei pelos cidadãos e culminando com o receio de se ingressar com um processo alicerçado em premissas burocráticas e conduzindo por uma marcha desacelerada.

A Justiça Distributiva, ou seja, a distribuição de uma ordem jurídica justa deve ser um ideal para a consolidação de premissas democráticas, no entanto, vivencia-se uma sociedade, hodiernamente, onde a igualdade é apenas uma utopia, onde muitos são os obstáculos enfrentados por aqueles que buscam a Tutela Jurisdicional do Estado como última ou quiçá única *ratio*, para que sejam assegurados seus direitos mais elementares.

No que concerne à busca da justiça, só existem três caminhos para aqueles que se encontram com seus direitos ameaçados ou preteridos: a) buscar o Estado, apesar de todas as dificuldades; b) conformar-se em perdê-los, ajoelhando-se face aos obstáculos apresentados ou c) defendê-los por meios próprios, exercendo o seu constitucional direito de lutar.

O conformismo por si só, não é elemento natural do ser humano, devendo o mesmo guerrear para que seus direitos sejam resguardados, guerrear no sentido de usar os meios legais para satisfazer a sua pretensão, não podendo simplesmente ressuscitar os preceitos de Talião, e valer-se de sua força para sobrepujar os interesses de seus adversários.

Desta feita, o constituinte originário esculpiu o acesso à Justiça como garantia de direito individual, como direito fundamental a ser preservado, não podendo ser mitigado nem tampouco excluído, por tratar-se de cláusula pétreia, a não ser por outro poder constituinte originário.

Neste esteio, a Defensoria Pública, consoante prevista no artigo 134 da Carta Política, surge no cenário Jurídico nacional, como forma de possibilitar aos pobres o efetivo acesso à tutela jurídica, seja buscando soluções no âmbito judicial ou extrajudicial aos seus conflitos de interesses, bem como, promovendo ainda o esclarecimento e orientação dos direitos daqueles que veem constantemente seus direitos fundamentais violados, e nada podem fazer.

A Defensoria Pública surge como real defensor dos hipossuficientes, daqueles que não possuem poder aquisitivo suficiente para constituir advogado, ou pagar os pesados ônus processuais, sendo a Justiça um preceito a ser alcançado por um caminho longo e tortuoso.

O presente trabalho dissertativo tem por escopo a análise do acesso à Justiça, como meio de garantia dos direitos fundamentais e sua efetivação por intermédio da atuação da Defensoria Pública, visando acima de tudo resguardar as premissas fundantes do Estado Democrático, como meio ainda de ofertar uma verdadeira Justiça Distributiva, consolidando então, a igualdade real.

A elaboração do estudo encontrou subsídios na pesquisa bibliográfica, realizada com base em obras sobre o tema, analisando a ordem jurídica atual e seu contexto social, adotando-se o método hipotético-dedutivo, na qual, parte-se de uma premissa geral, analisando-se a sua problemática, e ofertando-se possível solução a esta.

Adotando-se a referida metodologia, tem-se como ponto de partida a relação entre enunciados básicos, denominados premissas, extraindo-se uma conclusão. Partindo do geral ao particular, visa a explicitar o conteúdo das premissas. No entanto, face a problemática apresentada, inerente mormente a dificuldade enfrentada pelos mais pobres de efetivarem os seus direitos fundamentais por meio do acesso à Justiça, oferta-se uma solução aos obstáculos econômicos, mediante a atuação da Defensoria Pública no sentido de promover a assistência jurídica integral aos hipossuficientes.

A partir de tais ideais, o primeiro capítulo propõe uma análise dos direitos fundamentais, abordando desde sua gênese e sua parte conceitual, passando por uma abordagem de suas dimensões, culminando por verificar a eficácia jurídica de suas normas, e a possibilidade de restringi-las.

O segundo capítulo tenciona propor uma análise do acesso à Justiça enquanto direito fundamental, traçando também uma abordagem histórico-conceitual, verificando ainda este direito sob o prisma da ordem jurídica internacional, explorando as ondas evolutivas tracejadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, e por fim, colecionando os obstáculos mais frequentes ao seu exercício.

O capítulo terceiro declina-se sob uma abordagem da Defensoria Pública enquanto instituição, sua visão histórica, verificação de similares institucionais na ordem jurídica mundial, uma análise de seus princípios institucionais, garantias, prerrogativas e obrigações, mormente, como instituição fomentadora do acesso à Justiça, para aqueles ditos pobres, e que representam a grande maioria da população brasileira.

O último capítulo explora o cerne do tema central, verificando o acesso à Justiça enquanto direito fundamental, como instrumento garantidor dos direitos basilares, como mecanismo de garantia da dignidade da pessoa humana, resguardando-se um mínimo existencial. Em nada adianta uma Constituição Federal lastreada por preceitos fundamentais, onde os mesmos são diuturnamente mitigados, se não forem colocados à disposição dos cidadãos meios capazes de solucionar tais violações.

A Justiça Distributiva como fora concebida outrora, visa justamente conferir a igualdade de oportunidades a todos, igualdade esta não apenas no aspecto formal, mas, mormente, material, ou seja, de forma concreta na sociedade, tal igualdade não só no aspecto do acesso à Justiça, que seria uma de suas vertentes, mas sim, as chances de desenvolvimento das pessoas, e sua manutenção dentro de um mínimo existencial, sendo suprido o básico de suas necessidades, resguardando-se uma vida digna a todos.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS – UMA ANÁLISE SOB O PRISMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Falar de acesso à Justiça é trazer também a lume uma análise dos direitos fundamentais, cujos estes se encontram no ápice do ordenamento jurídico na qualidade de normas dirigentes, diretrizes que esboçam os direitos mais elementares dos indivíduos dentro de uma sociedade democrática.

Desta forma, não se pode conceber uma ordem constitucional, dentro de um Estado Democrático de Direito na qual não sejam resguardados os direitos fundamentais, onde se exija do Estado mecanismos não só aptos à proteção dos mesmos, mas também instrumentos eficazes ao exercício de Políticas Públicas que confirmem ao indivíduo uma vida digna, e neste sentido afirma Luís Roberto Barroso¹:

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação.

O Estado a partir de sua concepção social passou a garantir premissas elementares, que confirmem ao indivíduo condições mínimas a uma existência digna, e neste sentido, os direitos fundamentais são erigidos não só como limitações ao exercício do poder estatal, mas também, como condição de exigibilidade para políticas comissivas, verificando-se então direitos de proteção e de defesa.

Neste sentido, George Marmelstein² bem destaca o conteúdo ético dos direitos fundamentais, enfatizando que *“Eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles são intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal em um ambiente de opressão não há lugar para uma vida digna”*.

Converge o aludido pensamento, com o entendimento de Paulo Lopo Saraiva³ cujo mesmo bem destaca que *“Os direitos fundamentais são ínsitos à pessoa humana, exigindo, assim, uma proteção legal que os possa manter sempre disponíveis”*.

Nunca os direitos fundamentais foram tão debatidos, questões como a pesquisa com células tronco, a liberdade de imprensa, o abortamento de feto anencefálico, a união

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05.

² MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 18.

homoafetiva, espelham fatos sociais comuns, mas que estão cobertos sob o manto da proteção estatal como direitos fundamentais; a liberdade, a dignidade humana, a igualdade, são elementos que dentro do ordenamento jurídico pátrio ganham *status* de fundamentalidade, essencialidade.

Não se pode ainda olvidar de mencionar que estes direitos fundamentais, tão corriqueiramente discutidos, são cotidianamente também mitigados, excluídos a uma maioria social, que não tem condições de um simples viver dentro dos limites da dignidade.

A existência de direitos fundamentais decorre da necessidade de que todo ser humano tem direito a ser respeitado, simplesmente por sua condição de ser humano. Neste sentido, afirma Fábio Konder Comparato⁴ analisando o pensamento Kantiano:

Ora, o princípio primeiro de toda a ética é o de que “o ser humano, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante”. E prossegue: “Os entes, cujo ser na vontade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chama-se por isso coisas; os entes racionais, ao contrário, denominam-se pessoas, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre arbítrio”.

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua indivisibilidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

Tomando ainda por premissa o pensamento de Immanuel Kant, Yara Maria Pereira Gurgel⁵ enfatiza que tudo tem seu preço ou dignidade. O que possui preço tem um dado valor relativo, sendo passível a sua avaliação e substituição. De seu turno, a dignidade é atributo apenas ao que se torna insubstituível, possuindo então valor absoluto, acima de qualquer preço: o ser humano.

O ser humano representa em uma concepção axiológica, elemento fundamental dentro de um Estado Democrático, devendo este ente Estatal, ofertar ferramentas para garantir

³ SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 135.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33/34.

⁵ GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação – Sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

ao indivíduo condições plenas de sua realização, e uma vida digna. Repise-se, o ser humano é insubstituível, possuindo valor absoluto.

Desta forma, a Magna Carta de 1215 traz em seu bojo um extenso leque do que se pode denominar direitos fundamentais, outrossim não se encontra um único pensador que ouse listar de modo exaustivo tais direitos, posto que possa cair no risco de omitir-se, de esquecer algum direito essencial. Noutra pórtica, a amplitude com a qual a Constituição Federal declara os direitos fundamentais, encontra-se limitada pelo agir Estatal, que de forma corriqueira limita os direitos mais basilares às castas mais pobres da sociedade.

Verifica-se então, uma extensa gama de direitos fundamentais, na qual, consoante a concepção de Norberto Bobbio⁶ a multiplicação de tais direitos ocorreu de três modos:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.

Ingo Wolfgang Sarlet bem destaca a dificuldade em se efetivar os direitos fundamentais, dado ao abismo existente entre o tratamento conferido a ricos e pobres, que dificulta não só a implementação de políticas públicas, mas também, o acesso à Justiça daqueles que tiveram seus direitos mitigados, cujo mesmo parafraseando Eric Hobsbawn⁷:

[...] no que diz com os reflexos para a problemática da efetivação dos direitos fundamentais, o abismo da diferença econômica não se refere apenas à divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, mas também às gritantes diferenças econômicas entre as classes alta e baixa, como resultado da injusta distribuição de renda no âmbito da economia interna dos países em desenvolvimento.

É neste sentir que o acesso à Justiça se apresenta, como meio de permitir a efetivação dos direitos àqueles que não podem deles gozar livremente, apresentando-se ainda como mais fundamental dos direitos, permitindo que o indivíduo busque a tutela Jurisdicional do Estado, com o propósito não só de exigir do Estado o exercício de atividades básicas que garantam um existir humano digno, dotando o cidadão de elementos que reflitam o mínimo existencial⁸,

⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 21.

⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 20, bem destaca a Dignidade da Pessoa Humana como elemento caracterizador dos direitos fundamentais, que por sua vez, esta dignidade destaca-se por atributos como o respeito à autonomia da vontade, respeito à integridade física e moral, não coisificação do ser humano e a garantia do mínimo existencial.

mas também que o ente Estatal paute o seu agir no sentido de evitar limitações ou mitigações aos direitos fundamentais, não só contra o agir do Poder Público, mas também, de outros particulares.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao analisar a evolução histórica de qualquer instituto jurídico, pode-se fundamentar a partir da exegese deste o seu modo de pensá-lo, tanto diante de variáveis temporais, como espaciais.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁹ destacam a necessidade de três elementos essenciais, que consistiriam então em requisitos para o surgimento dos direitos fundamentais, quais sejam: o Estado, o Indivíduo e o Texto Normativo regulador da relação entre Estado e Indivíduo.

Sem a existência de uma organização Estatal, não se poderia falar em direitos fundamentais, não tendo como se garantir os direitos, nem tampouco limitar a atuação do Estado em face do indivíduo. O Estado figura pois, como órgão garantidor dos direitos fundamentais, seja o Estado-Administrador ou o Estado-Juiz, seja com o fito defensivo ou protetivo, mas cabe ao ente Estatal, fornecer mecanismos ávidos à tutela destas premissas elementares.

Por sua vez, tais direitos fundamentais surgiriam como forma de tutelar os direitos dos indivíduos, mesmo que nas comunidades mais primitivas, cujos mesmos eram vistos como membros dos clãs, estando subordinados aos interesses coletivos, privando-se dos direitos próprios. O indivíduo é o núcleo catalizador do agir Estatal, destinatário dos direitos fundamentais não só no seu aspecto individualizado, mas também, sob o prisma coletivo.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 320, analisa o mínimo existencial não só como garantia a sobrevivência (o que iria significar a redução do mínimo existencial a um mínimo vital), mas também abrangendo um mínimo existencial sociocultural e um mínimo existencial ecológico, incluindo, destarte, o direito à educação e o próprio acesso a bens culturais. Assim como, este mínimo existencial apresentaria uma dimensão negativa, refletindo a tutela do mínimo contra intervenções do Estado e de particulares, e uma dimensão positiva, consistindo no direito a prestações, como a exigibilidade dos direitos fundamentais.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello em seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, bem destacou o mínimo existencial como o conjunto de bens e utilidades básicas (saúde, moradia e educação fundamental) imprescindíveis para uma vida com dignidade. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 17 de fevereiro de 2011.

⁹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25/26.

Dentro do ordenamento pátrio, a norma (não só o direito positivado, mas também os princípios) colecionam direitos que visam a resguardar as premissas fundamentais, não só o texto constitucional, mas também as normas infraconstitucionais. Cumpre ainda destacar que a Constituição em seu aspecto formal, declara e garante os direitos fundamentais, trazendo esta não só a permissão do agir do cidadão, mas também a limitação do atuar estatal e de outros indivíduos. No entanto, paradoxalmente, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁰ destacam a coexistência destes 03 (três) elementos apenas a partir da segunda metade do século XVIII.

Por sua vez Canotilho *apud* Mauro Vasni Paroski¹¹ destaca:

[...] a ideia de direitos fundamentais pode ser compreendida em duas fases distintas, a primeira com relativa cegueira quanto aos direitos fundamentais do homem, e uma segunda fase, marcada pela constitucionalização ou positivação dos direitos do homem, conforme documentos constitucionais produzidos a partir de certo período da história das civilizações.

Nesta senda, passaram os direitos fundamentais a figurarem como cerne dos textos constitucionais, como elementos basilares em um Estado Democrático, não se podendo conceber uma ordem social onde primados como dignidade humana¹², vida, liberdade, igualdade fossem esquecidos.

Noberto Bobbio¹³ bem destaca o desenvolvimento dos direitos do homem por três fases, em cujo primeiro momento afirmaram-se os direitos de liberdade, limitando-se pois o poder do Estado e reservando para o indivíduo uma parcela de liberdade; em um segundo momento, destacam-se os direitos políticos, na qual, concebe-se a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas também positivamente, como autonomia; por fim, proclamados os direitos sociais, culminando com o amadurecimento de novas exigências como o bem-estar e a igualdade, não apenas formal, mas também por meio do Estado.

José Afonso da Silva¹⁴ passa então a analisar os fatos que passaram a dar ensejo à necessidade de delimitação dos direitos individuais, afirmando que na sociedade primitiva,

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

¹¹ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008, p. 32.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107, enaltece que a dignidade da pessoa humana constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor.

¹³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32/33.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 154.

gentílica¹⁵, os bens pertenciam em conjunto a todos os gentílicos e, então, se verifica uma comunhão democrática de interesses.

Não se vislumbrava qualquer tipo de opressão, seja social ou política, não se podendo falar em poder dominante. A partir do desenvolvimento do conceito de propriedade privada, exsurge o sistema social de subordinação e de opressão, uma vez que o titular da propriedade, impõe o seu domínio e subordinação, e de forma sistêmica verifica-se pois a escravidão, passando o Estado a tutelar essas forças dominantes e então o homem a ter a necessidade de lutar contra as incipientes opressões sociais e políticas, em busca de sua liberdade.

Surge então a necessidade de delimitação e regulamentação dos direitos fundamentais, com o escopo de proteger o homem contra tais abusos e dominações, resguardando-se valores perdidos face ao avanço crescente da privatização dos bens e dos meios de produção.

No fim da Idade Média, verifica-se o surgimento dos antecedentes mais diretos das declarações de direitos. No entanto, de certa forma, a história dos direitos fundamentais converge com o surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja razão de ser encontra sustentáculo no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, dando origem ainda a limitação do poder Estatal.

2.1.1 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais – Uma Abordagem sob a Ótica Mundial

No afã de analisar a evolução dos direitos fundamentais, prudente destacar que a organização política do Estado tem sua origem mais remota na antiguidade, na qual, especialmente valores como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens, repousam suas raízes na filosofia clássica, mormente greco-romana, e no pensamento cristão.

George Marmelstein¹⁶ lembra que o Código de Hamurabi, imposto por volta do ano de 1800 a. C., na Mesopotâmia, dispunha em seu prólogo que seu objetivo era “evitar a opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo”, o que estaria muito próximo da finalidade existencial dos direitos do homem.

¹⁵ Consoante Dicionário Eletrônico Aurélio Buarque de Holanda, 1.Para os hebreus, o estrangeiro.2.Para os cristãos, aquele que professava o paganismo: *São Paulo foi o apóstolo dos gentios*. 3.P. ext. Índio² (4).

¹⁶ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.

Do antigo testamento, tem-se a ideia do ser humano como criação divina, tendo sido feito a imagem e semelhança de Deus, destacando-se que no antigo Estado Hebreu as leis criavam mecanismos que levavam a imposição de limites ao poder político, inspiradas na providência divina.

De seu turno, Aristóteles¹⁷ estabeleceu a distinção entre as diversas funções do Estado, na qual o poder que é uno seria exercido consoante a natureza de cada atividade, havendo sua distribuição entre os órgãos estatais conhecida como “separação dos poderes” (executivo, legislativo e judiciário).

Santo Tomás de Aquino além de trazer a clássica concepção de igualdade humana perante Deus, sustentava a concepção dos direitos naturais do homem, bem como, a desobediência a este direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar o exercício do direito de resistência pela população.

No entanto, já no final da Idade Média predominaram os regimes absolutistas, na qual as decisões eram tomadas por um monarca, não tendo a sociedade qualquer participação nas mesmas. Não havia limitação ao poder político, os governantes eram tidos como reencarnações das divindades, tendo a função de comandar o povo e todo o Estado, agindo sem limitações e consoante sua vontade, estando suas decisões acima da lei, eximindo-se de qualquer controle jurídico ou político¹⁸.

Paradoxalmente, foi na Idade Média que surgiu a Magna Carta, imposta ao Rei João Sem Terra em 1215 (*Magna Charta Libertatum*), não obstante tenha servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, representou o início do movimento de conquistas das liberdades individuais, impondo ainda restrições ao poder soberano, opondo-se a opressão estatal. A referida Carta, não surgiu com a função precípua de tutelar as liberdades, e sim, como uma carta feudal, feita para tutelar os privilégios dos barões, e só direitos dos homens livres.

Desta forma, esta liberdade, não era jungida a concepção de generalidade, vez que não era em benefício de todos, independentemente de condição social. A liberdade tutelada era em favor dos estamentos superiores da sociedade – clero e nobreza, com algumas exceções em benefício do povo. Outrossim, a Carta serviu para que as gerações futuras extraíssem princípios de obediência a legalidade, e na existência de direitos que deveriam ser

¹⁷ ARISTÓTELES. *Política*. 5ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2010.

¹⁸ Defende MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 34, que não havia direitos fundamentais na Antiguidade, nem na Idade Média, nem durante o Absolutismo, pois a noção de Estado de Direito ainda não estaria consolidada. Somente se poderia falar em direitos fundamentais quando se admite a possibilidade de limitação jurídica do poder político.

respeitados inclusive pelo soberano. Serviu ainda como ponto de referência para certas garantias clássicas como *habeas corpus*, devido processo legal e direito a propriedade.

Na Idade Moderna passou-se a entender que o Estado decorreria da vontade contratual dos homens que, em obediência apenas à vontade, poderão ser fixadas novas bases sobre as quais surgiria um novo Estado, com a instituição da garantia de liberdade contra o próprio poder Estatal.

Os responsáveis por este desenho do Estado Moderno foram Nicolau Maquiavel, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, alicerçando seus pensamentos em premissas como legalidade, separação de poderes e democracia. Nicolau Maquiavel¹⁹ em seu clássico *O Príncipe*, de 1512, dispunha que o príncipe deveria comportar-se como homem e animal, e que em um mundo cheio de perversos pretende seguir em tudo os princípios da bondade, caminha para a própria perdição, desta forma, o príncipe deve aprender os meios de não ser bom e a fazer uso ou não deles, conforme as necessidades, e se quiser se manter no poder.

Por seu turno, John Locke²⁰ em sua obra *Segundo tratado sobre o governo*, de 1690, dispunha que até mesmo o Príncipe estaria subordinado às leis previamente aprovadas pela maioria dos membros da sociedade civil, sendo estas a base do Estado Democrático de Direito. Verifica-se então um esboço da separação dos poderes, na qual, a função legislativa e a de governo não se confundem na mesma pessoa. Tais premissas também foram enunciadas por Charles-Louis de Secondant²¹, o Barão de Montesquieu em sua obra *Do Espírito das Leis*, que afirmou que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele, e para que não abuse dele é preciso que o poder freie o poder.

Com a assunção do movimento denominado Reforma que tinha por primado fundamental a liberdade de consciência, baseada nas concepções de Jean-Jacques Rousseau, de inspiração jusnaturalista, cabendo a todo ser humano em virtude de sua própria humanidade, uma noção de direito natural por excelência limitado pelo dever de coexistência com outros seres humanos. Jean-Jacques Rousseau²² em seu *Contrato Social* (1757/1762) afirmava que a finalidade do Estado não era apenas o interesse de um ou de poucos indivíduos, mas sim a busca do bem comum, seria o governo do povo, pelo povo, e para o povo, exibido então preceitos do Estado Democrático de Direito.

¹⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 23.

²⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 17.

²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 87.

²² ROSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*, São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 49.

A Declaração da Independência das 13 (treze) ex-colônias da Inglaterra na América do Norte, proclamada no Estado da Virgínia em 12 de junho de 1776 (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia²³), constituiu o registro de nascimento dos direitos humanos, e enunciou direitos tais como liberdade, autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal. No que concerne aos direitos de liberdade, estes foram incorporados, posto que reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas no século XVII, direitos estes já reconhecidos aos súditos das colônias americanas.

Destarte, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, mesmo que este *status* constitucional em sentido formal tenha sido consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição Norte-Americana de 1791, mais exatamente a partir da afirmação pela Suprema Corte da supremacia normativa.

Pode-se ainda afirmar que a Declaração de Virgínia é o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. Trouxe as bases dos direitos do homem, enunciando: a igualdade de todos os homens, sendo estes livres e independentes; todo o poder emana do povo; o governo é ou deve ser instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; ninguém tem privilégios exclusivos nem tampouco os cargos públicos são hereditários; os Poderes Executivo e Legislativo do Estado, deverão ser separados e distintos do Judiciário e, para garantia contra opressão, os membros dos dois primeiros teriam investidura temporária e preenchidas por eleições frequentes; as eleições dos representantes do povo devem ser livres; destarte, garantias como democracia, liberdade de sufrágio, representatividade, limitação dos poderes, servem de base a instituição de um Estado Democrático, premissas que norteiam valores fundantes como igualdade, liberdade e dignidade humana.

O modelo escrito das normas constitucionais serviu como forma de efetivação dos ideais constitucionalistas, propiciando acesso às garantias de direitos individuais, dando-se ênfase à Constituição Norte-Americana de 1787 (aprovada na Convenção de Filadélfia), para

²³ Art. I – Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança. Texto retirado da obra: COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

a Constituição Francesa instituída depois da revolução de 1789, ano em que foi editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁴.

A Constituição dos Estados Unidos da América, não continha inicialmente uma declaração de direitos fundamentais do homem, entretanto, sua entrada em vigor dependia da ratificação de 09 (nove) dos 13 (treze) Estados independentes (ex-colônias inglesas na América), sendo que alguns só concordaram em assinar se se introduzisse no texto constitucional uma Carta de Direitos Fundamentais, sendo então, redigidas 10 (dez) emendas entre 1791 a 1795 (*Bill of Rights*), que dentre os quais, destacou-se: a liberdade de religião e de imprensa, direito de petição, inviolabilidade da pessoa, direito de defesa, devido processo legal, direito de propriedade, proibição da escravatura, igualdade perante a lei, sufrágio igual a todos os cidadãos, dentre outros.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida na França em 26 de agosto de 1789, guardando semelhança com a Declaração da Virgínia, encontrando-se ainda reconhecidos direitos como a liberdade, igualdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, liberdade de religião e do pensamento, garantias contra a repressão penal. Fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Reconhece-se novamente uma concepção jusnaturalista, na qual, o ser humano era dotado de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.

Fábio Konder Comparato²⁵ analisando a evolução histórica dos direitos fundamentais discorreu sobre a democracia moderna como forma de ruptura com os privilégios do clero e da nobreza, clássicos do absolutismo:

[...] a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien regime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.

Contrariamente ao princípio da soberania parlamentar, que prevaleceu na Inglaterra, a supremacia da Constituição sobre as leis apareceu *a priori* como mandamento do sistema

²⁴ O artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, bem dizia que “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação do poderes determinada, não tem Constituição”. Texto retirado da obra: COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171.

norte-americano, tendo grande relevância a decisão da Suprema Corte Norte-Americana, na qual em 1803, no caso emblemático *Marbury versus Madison*²⁶, restou destacada a supremacia Constitucional a qualquer outro dispositivo legal ainda que federal, passando os juízes americanos à posição de garantidores da norma constitucional, mormente os direitos fundamentais nela elencados, imbuindo-se ainda da missão de pronunciar a inconstitucionalidade de toda norma que venha a violá-los.

Neste mesmo precedente, pode-se ainda destacar o princípio da judiciabilidade de todo e qualquer direito fundado em norma constitucional. Se os direitos humanos passaram a parte integrante das diferentes Constituições dos Estados e da Constituição Federal, reconheceu-se que a primeira garantia desses direitos é de natureza judicial.

Neste esteio, consoante pensamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins²⁷ pode-se afirmar com clarividência que o último quarto do século XVIII, as declarações de direitos então proclamadas trouxeram relevante contribuição à consagração dos direitos fundamentais, a partir do momento que foram reconhecidos os direitos fundamentais dentro de uma ordem jurídico-constitucional, calcada na supremacia das Constituições.

Prudente ainda destacar a positivação dos direitos sociais a partir da promulgação da Constituição do México, em 05 de fevereiro de 1917, em que foram elencadas premissas como a abolição da propriedade privada e possibilidade de exploração do trabalho assalariado, o tratamento diferenciado dos titulares de direitos de acordo com a classe social (restrição dos direitos da classe burguesa) e a obrigatoriedade do trabalho para todos. O aludido texto

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63/64.

²⁶ John Adams, presidente dos Estados Unidos da América, foi derrotado na eleição presidencial por Thomas Jefferson. Adams então, antes de ser sucedido por Jefferson, nomeou diversas pessoas ligadas ao seu governo como juizes federais, dentre os quais William Marbury, sendo sua “comissão” para o cargo de juiz assinada por Adams, sem, contudo, ter-lhe sido entregue.

Jefferson ao assumir o governo, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado, e por entender que a nomeação de Marbury estava incompleta, vez que sua “comissão” não havia sido entregue, determinou que Madison não mais efetivasse a nomeação de Marbury.

Desta forma, Marbury acionou Madison impetrando um *writ of mandamus*, buscando efetivar sua nomeação. *Marbury versus Madison* (1803) passou a ser um caso emblemático, na qual, a Suprema Corte Norte-Americana considerou inconstitucional a lei que lhe dava competência para julgar o caso, evitando o confronto com o Presidente Thomas Jefferson.

Por sua vez, Jefferson obtivera do Congresso, onde detinha a maioria, a suspensão do funcionamento da Suprema Corte no ano de 1802, bem como ameaçava com *impeachment* os juízes que votassem contra ele.

Pela Primeira vez, a Suprema Corte fora obrigada a analisar se deveria prevalecer a lei (seção 13 do *Judiciary Act* - 1789), que determinava a apreciação da matéria pela Suprema Corte, ou a Constituição de 1787, que não fixou essa matéria em competência originária, e sim em sede recursal.

No caso de conflito de normas, a regra que predominava era que a lei posterior revogava a anterior, concluindo Marshall que seria nula qualquer lei incompatível com a Constituição.

²⁷ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

constitucional foi o primeiro a sistematizar o conjunto dos direitos sociais do homem, restrita, ao critério de participação estatal na ordem econômica e social.

Ainda destacando a positivação dos direitos fundamentais, a Constituição de Weimar, de 1919, resultando de um extenso processo de industrialização na Alemanha, bem como, de uma nova ordem econômica surgida a partir do declínio da Alemanha na Primeira Grande Guerra (1914-1918). A Ordem Constitucional Weimariana trazia uma Constituição dividida em cinco capítulos: indivíduo, ordem social, religião e sociedades religiosas, educação e formação escolar, e ordem econômica; destacando-se pois, uma concepção dualista em que se tem por objeto a organização do Estado, e a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais²⁸, acrescentando-se às clássicas liberdades individuais, os novos direitos de cunho social.

A partir da catástrofe causada pela Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os direitos humanos foram erigidos a um âmbito de universalidade, afirmando Fábio Konder Comparato²⁹ *“As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana”*.

Por fim, há que se destacar a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que enaltece valores como: a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático como fundamento do progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; e por último, a universalidade destes direitos.

A partir desta premissa, Dalmo de Abreu Dallari³⁰ analisando os termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem afirmou:

O exame dos artigos da Declaração revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados;

²⁸ Neste ponto, cumpre destacar o pensamento de DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Deveres fundamentais*, In. LEITE, George Salimão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, Salvador: Juspodivm, 2011, p. 325/326, cujo este traz a baila o entendimento de Carl Schmitt que ao analisar a Constituição de Weimar resumiu o seu desinteresse sobre os deveres fundamentais em quatro pontos: a) o Estado capitalis-liberal não pode estabelecer deveres fundamentais que teriam a mesma estrutura dos direitos fundamentais, já que sua finalidade é garantir espaços de livre atuação dos indivíduos, limitando o Estado; b) A Constituição de Weimar imitou-se a estabelecer deveres aos órgãos estatais, o único dever explícito dos cidadãos era o serviço militar; c) As referências abstratas a deveres só podem ser implementadas mediante lei que os concretizar; d) O dever de cumprir as leis é uma determinação vazia de conteúdo, pois o conteúdo das obrigações não depende da Constituição, mas das variações da legislação ordinária.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226.

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 179.

a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

Como bem afirma ainda Fábio Konder Comparato³¹, a tutela dos direitos fundamentais escapa à necessidade de positivação dos mesmos dentro do ordenamento, vez que já se encontram enraizados na consciência dos homens, e ainda parafraseando Hannah Arendt³² a essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos.

Uma concepção universal dos direitos, demonstrando a internacionalização dos mesmos, na qual, todas as nações devem resguardar os direitos e garantias fundamentais, independentemente de fatores como origem ou raça, bem como, inclusive condições sociais, na qual, muitos vivem abaixo da linha da pobreza, longe de uma existência digna, não desfrutando do mínimo existencial. As noções de direitos fundamentais repousam seus alicerces no simples existir humano, sendo concepções que inobstante o fato de estarem ou não positivadas, fazem parte da consciência de todos os homens.

2.1.2 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais – E sua Perspectiva no Direito Pátrio

Passando-se então a traçar um perfil dos direitos fundamentais, em sua perspectiva histórica dentro do ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, proclamou os direitos fundamentais em 35 incisos do artigo 179, tendo como inspiração as ordens constitucionais Francesa e Americana, outrossim, a concretização destes direitos fora prejudicada a partir da assunção do Poder Moderador, que concedia ao Imperador poderes constitucionalmente ilimitados.

A Constituição Republicana de 1891, em seu artigo 72 composto por 31 parágrafos, retoma os direitos outrora definidos na Carta Constitucional do Império, sendo acrescidos o reconhecimento dos direitos de reunião e de associação, das amplas garantias penais e do instituto do *habeas corpus*, garantindo os direitos fundamentais também aos estrangeiros residentes no país, conquanto que a Constituição de 1824 apenas reconhecia-os aos cidadãos brasileiros. Basicamente, este texto constitucional, referia-se apenas a garantias individuais.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239.

³² *Apud* COMPARATO, Fábio Konder, Op. Cit., p. 245.

As Constituições seguintes de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969, guardam semelhança com a Carta Constitucional de 1891, trazendo a Constituição de 1934 uma importante inovação, referindo-se aos direito à subsistência, à assistência aos indigentes, e a criação dos institutos do mandado de segurança e da ação popular. A Constituição de 1934 inscreveu não só os direitos individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos, trazendo ainda disposições sobre a Ordem Econômica e Social, no entanto, fora sucedida pela Carta ditatorial de 1937 mitigando alguns direitos individuais, mormente os políticos.

Por seu turno, a Constituição de 1946 elencou ainda capítulos sobre a nacionalidade e a cidadania, bem como sobre os Direitos e Garantias Individuais, não incluindo entre estes o direito a subsistência, colocando em seu lugar o direito à vida. Conquanto o direito à subsistência passou a ocupar o parágrafo único do artigo 145, onde se assegurava a todos trabalho que possibilitasse existência digna, aparecendo também nas Cartas de 1967 e 1969 dentre os direitos econômicos e sociais.

É incontestável que a atual Carta Política³³ traz uma extensa representação dos direitos fundamentais, no entanto, encontram-se dispersos em diversas partes do texto constitucional, seja sob o leque de direitos individuais (Capítulo I), direitos coletivos e sociais (Capítulos I e II), direitos à nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV e V) e até direitos econômicos (Capítulos VII e VIII).

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 dentro das premissas voltadas aos direitos fundamentais, trouxe uma grande quantidade de preceitos que traduziriam tais direitos, compromisso ético em favor da democracia e dos direitos fundamentais, a posição topográfica dos mesmos dentro do bojo constitucional, e mormente, diversos instrumentos processuais e institucionais de proteção, de onde se destaca a necessidade premente de tutela do acesso à Justiça.

A Constituição Federal reflete uma concepção aberta, sendo esta concepção muito bem destacada por Paulo Bonavides³⁴, não trazendo elementos exaustivos à delimitação dos direitos fundamentais, mas sim, premissas basilares, que irradiam efeitos também sobre as leis infraconstitucionais, consagrando hoje a Constitucionalização do Direito³⁵.

³³ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 68, destaca que a Constituição Federal de 1988, pretendeu sepultar o cadáver autoritário da ditadura militar e representou, para os brasileiros, a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas sempre aguardada.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39.

³⁵ Ainda sobre a temática da concepção aberta dos direitos fundamentais, SARLET, Ingo Wolfgang, em sua obra *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 86, enfatiza o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, sendo este respaldado pelo art. 5º, § 2º da Magna Carta possibilitando “a identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não

Sobre o crescente processo de Constitucionalização do Direito, afirmou Luiz Guilherme Marinoni³⁶:

A lei como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia, e hoje é subordinada à Constituição. Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, já constitui slogan dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei.

A Constituição tem que ser vivida e sentida pelos cidadãos que fazem parte da sociedade civil e que a ela devem subserviência. A Constitucionalização do Direito reflete a necessidade imanente de que toda a atuação humana seja balizada em conformidade com os princípios ali estabelecidos, sendo esse exercício uma forma real de efetivação da democracia, tão prestigiada em nosso país.

Todo o norte do movimento de Constitucionalização dos Direitos está centrado nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que assume papel preponderante em toda a atuação do jurista.

A partir do movimento do neoconstitucionalismo ou neoprocessualismo, vislumbra-se a necessidade imanente que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição saiam do papel e passem a fazer parte da vida das pessoas, o mais relevante é que esses direitos sejam cumpridos pelo poder público e particulares em geral, daí por que a Constituição tem que ser vista como norma de caráter obrigatório.

Contudo, não se pode a atividade jurisdicional ser vislumbrada como meio de solução para todos os problemas sociais. Não é a missão precípua da atividade jurisdicional. Cabe ao Executivo e ao Legislativo por excelência a realização das políticas públicas, contudo a Jurisdição, quando instigada, deve atuar materialmente e não se esquivar de suas atribuições constitucionais, como fez por muito tempo.

Democracia só existe quando os direitos dos cidadãos são cumpridos, destarte, a nova concepção de jurisdição amolda-se a este primado, é indispensável que os juízes chamem para si essa responsabilidade e atuem como verdadeiros atores políticos, e não como chanceladores de uma legislação que muitas vezes não se conforma com os mandamentos constitucionais.

expressamente positivados), bem como de direitos constantes em outras partes o texto constitucional e nos tratados internacionais.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E UMA ABORDAGEM CONCEITUAL

Difícil traçar um conceito de direitos fundamentais. Dada a importância destes dentro do ordenamento jurídico, tarefa árdua é traçar uma conceituação específica do que se entende por direitos fundamentais, pior ainda é listar tais direitos, sob pena de omitir-se, de esquecer algum destes.

Neste esteio, não se pode conceber um rol taxativo dos direitos fundamentais, uma relação *numerus clausus* dos mesmos, sob pena de cair no erro de mitigar um elemento essencial a uma vida digna, um fator basilar ao mínimo existencial.

O que se propõe é delimitar critérios que tragam a lume circunstâncias semelhantes, pontos de convergências entre os direitos fundamentais, na qual, a Constituição Federal de 1988 ao expor os direitos fundamentais, utiliza expressões diversas como: a) direitos humanos (artigo 4º, inciso II), b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e artigo 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e d) direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º inciso IV)³⁷.

No mesmo sentido, ao se escrever ou analisar os direitos fundamentais costumam ser tracejadas expressões sinônimas, tais como, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos individuais”, “direitos constitucionais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos”, dentre outras.

Não se pretende pois, defender uma infinidade de termos ou elementos que conceituem os direitos fundamentais, ao revés, tenciona-se que mesmo a partir de um conceito de cláusulas abertas dos direitos fundamentais, o operador do direito possa ter um paradigma de pensamento, circunstâncias que possam refletir no pensamento do cidadão aquilo que é um direito fundamental, aquilo que espelhe uma vida digna, assegurando-se não apenas o mínimo existencial.

Entretanto Ingo Wolfgang Sarlet³⁸ elucida diferentes conceituações ao que outrora restou entendido como sinônimos, na qual os “direitos do homem” seriam os direitos naturais não ou ainda não positivados, “direitos humanos” seriam os positivados na esfera do direito

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 21.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 27.

³⁸ Op. Cit., p. 30.

internacional, e os “direitos fundamentais” seriam os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Em que pese esta diferença, convergem estes conceitos à noção de essencialidade aos direitos fundamentais, como *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático³⁹.

Não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem a previsão e a delimitação de direitos fundamentais, servindo estes não só como limitação ao agir Estatal, mas também como freio às ações privadas.

Consoante propalado por José Afonso da Silva⁴⁰, os elementos distintivos básicos do Estado de Direito, na sua versão democrática liberal, podem ser resumidos em três itens:

- a) a submissão do império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto por representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativos, Executivo e Judiciário; c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

Em igual sentido Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais constituem então núcleo essencial de uma Constituição, alicerce da própria democracia, gozando inclusive de natureza supralegal, encontrando-se no ápice do ordenamento jurídico. Não se pode conceber um Estado Democrático, erguido sob o pilar de que o povo é o titular do poder, em que, a este mesmo povo não se possa assegurar garantias básicas, premissas essenciais vislumbrando o bem estar destes indivíduos.

Garantias como liberdade, igualdade, dignidade, guardam larga proporção, não só permanecendo sua proteção adstrita ao próprio Estado, ou seja, não se devendo reduzir à competência nacional exclusiva ou jurisdição doméstica única, revelando um legítimo interesse internacional.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁴² afirmam serem direitos fundamentais:

³⁹ Hans-P. Schneider *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 59.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 112.

[...] são direitos público-subjetivos de pessoa (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 individual.

George Marmelstein⁴³ traz ainda interessante definição de direitos fundamentais, enfatizando serem:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana, e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

José Afonso da Silva⁴⁴ diferencia expressões como direitos naturais (direitos inerentes à natureza humana), direitos humanos (colecionada nas normas de direito internacional), direitos individuais (denotando um grupo dos direitos fundamentais, correspondendo ao que se têm como direitos civis ou liberdades civis), direitos públicos subjetivos (na qual o seu exercício depende apenas da simples vontade do titular, que deles pode dispor, renunciando-os, ou são prescritíveis), liberdades fundamentais e liberdades públicas, sendo, porém categórico ao conceituar direitos fundamentais do homem:

[...] trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.

Ademais, José Afonso da Silva⁴⁵ enumera ainda os caracteres dos direitos fundamentais: 1) Historicidade, posto que nascem, modificam-se e desaparecem, rechaçando aos que afirmam serem direitos naturais, oriundos da essência do homem; 2) Inalienabilidade, são direitos intransferíveis, indisponíveis, inegociáveis, posto que não são dotados de conteúdo econômico-patrimonial; 3) Imprescritibilidade, nunca deixam de ser exigíveis; 4) Irrenunciabilidade, não podem ser renunciados, podem até não ser exercidos.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 58.

⁴² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

⁴³ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 179/182.

⁴⁵ Op. Cit., p. 185.

Não se pode negar a necessária existência dos direitos fundamentais face às ações Estatais, seja como inibidor do agir Estatal violador de direitos, mas também, como fomento ao *facere* do Estado, com o fito de garantir direitos mínimos. Outrossim, a atuação destes direitos fundamentais, perpassa não só a atuação Estatal, atingindo os atores privados, os indivíduos, o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, ou seja, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares.

Daniel Sarmiento⁴⁶ bem destaca a necessidade de se vincular os particulares aos direitos fundamentais:

Essa necessidade é ainda mais imperiosa em contextos sociais caracterizados por grave desigualdade social e assimetria de poder, como ocorre no Brasil. Em quadros como o nosso, excluir as relações privadas do raio de incidência dos direitos fundamentais importa em mutilar seriamente estes direitos, reduzindo a sua capacidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

Neste esteio, inegável é incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, mormente quando vislumbramos em uma sociedade desigual como o a Brasileira, que persiste em dadas situações, a viger a lei do mais forte (ou mais bem sucedido financeiramente), conquanto a busca pelo acesso à Justiça, no sentido de tentar reaver aquele direito outrora mitigado, apresenta-se mais difícil aos mais humildes.

Outrossim, ainda adverte Daniel Sarmiento⁴⁷ *“Uma equiparação do particular ao Estado, para fins de sujeição aos direitos fundamentais, tenderia a revelar-se autoritária, ao restringir em demasia a sua liberdade de fazer escolhas e agir de acordo com elas”*.

Pode-se ainda destacar, que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, conforme redação do artigo 5º, § 1º⁴⁸ da Constituição Federal, não necessitando de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis; são definidos como cláusulas pétreas, consoante artigo 60, § 4º, inciso IV⁴⁹, não podendo ser abolidos nem mesmo por meio de emenda constitucional; e por fim, possuem hierarquia constitucional, de forma que, se determinada lei dificultar ou impedir de modo

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: O debate teórico e a jurisprudência do STF*. In. LEITE, George, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, 285/286.

⁴⁷ Op. Cit., p. 286.

⁴⁸ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 19 de março de 2011.

⁴⁹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

IV - os direitos e garantias individuais.

Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 19 de março de 2011.

desproporcional a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.

Repise-se que, equivocados aqueles que pensam que os direitos fundamentais estão resumidos ao artigo 5º da Constituição Federal, e que este trará um rol exaustivo, ao revés, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais encontra previsão no artigo 5º, § 2º⁵⁰, cujos estes, encontram-se espalhados por todo o bojo constitucional, em tratados internacionais, assim como, possível a existência de direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas e nos princípios constitucionais.

Noutro giro, há que se fazer distinção entre as normas constitucionais que revelam uma fundamentalidade formal ou material.

A fundamentalidade formal encontra ligação com o direito constitucional positivado, tratando-se de normas constitucionais sujeitas a limites formais (alteração por procedimento mais dificultoso) e materiais (limitações absolutas – cláusulas pétreas), e por assim serem, seriam autoaplicáveis e de eficácia plena⁵¹. Só seriam direitos fundamentais se e somente (condição necessária) fossem garantidos através de normas que tenham força jurídica de natureza constitucional (supremacia), ou seja, todas as normas previstas na Constituição seriam consideradas fundamentais, mesmo quando seu alcance e relevância social forem bastante limitados⁵².

Por seu turno, a fundamentalidade material repousa no fato de que os direitos fundamentais constituem elemento basilar do Estado Democrático de Direito, e é ainda neste sentido, que se asseguram a estas o caráter de normas abertas, ou seja, não são exclusivamente previstos na Magna Carta, mas também, em outras normas, e face ainda a sua vasta carga axiológico-dogmática, podem ser concebidos por princípios.

⁵⁰ § 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. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 19 de março de 2011.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, classificou as normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada. Na qual, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, não necessitando de providência normativa ulterior para sua aplicação. Conquanto, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos dos conceitos gerais nela enunciados. Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada, são normas de princípio institutivo, nas quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei.

⁵² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

De outra sorte, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵³ tracejam a impossibilidade de definir como fundamental um direito previsto pelo legislador ordinário, mas passível de mudança por maioria parlamentar, devendo os direitos fundamentais serem definidos por sua força formal, decorrendo de sua positivação, legando a plano secundário considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos.

Não se faz possível limitar a tutela dos direitos fundamentais às normas concebidas apenas dentro da Constituição Federal, nem tampouco, admitir que todas as normas esculpidas na Magna Carta, traduziriam direitos fundamentais. Esse é o risco que advém de uma definição estrita da constitucionalidade formal e material, de certo que não se podem menosprezar estas duas premissas, no entanto, é bem verdade ainda, consoante já referido, que a própria Carta Política de 1988, em seu artigo 5º, § 2º vislumbra a existência de direitos fundamentais espalhados nas demais normas existentes na ordem jurídica nacional, bem como em tratados internacionais.

Mais equivocada ainda, seria a premissa de que os direitos fundamentais seriam apenas os definidos nas cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da Constituição Federal). A positivação não é requisito para a caracterização dos direitos fundamentais, o ponto de convergência para a tentativa conceitual dos mesmos, repousa na sua essencialidade, na sua importância dentro da vida do cidadão, da necessidade de sua preservação para a manutenção de premissas basilares como liberdade, igualdade e dignidade humana.

Desta forma, bem observa George Marmelstein⁵⁴ que:

Se não bastasse a existência de um elenco tão extenso, o constituinte brasileiro adotou um rol não exaustivo (ou seja, aberto) de direitos fundamentais. De fato, por força do artigo 1º, inciso III, somando com o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 88, podem-se encontrar direitos fundamentais fora do Título II e até mesmo fora da Constituição, de modo que os 'direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão'.

Do mesmo modo Carl Schmitt citado por Paulo Bonavides⁵⁵ afirmava que os direitos fundamentais poderiam ser caracterizados por critérios formais e materiais, na qual, consoante o critério formal, seriam fundamentais os direitos especificados em uma constituição, bem como aqueles que receberam da constituição tratamento diferenciado, ou sendo imutáveis ou de difícil alteração. No que concerne ao critério material, os direitos

⁵³ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55.

⁵⁴ MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 561.

fundamentais iriam variar de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e os princípios consagrados na Constituição, possuindo cada Estado os seus direitos fundamentais específicos, tais premissas foram consideradas também por Cristina Queiroz⁵⁶ cuja esta asseverou que os direitos fundamentais seriam variáveis no espaço e no tempo, e que consistiria pois, na necessária abertura do catálogo constitucional.

Novamente Carlos Maximiliano citado por Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁷ é preciso ao afirmar que “[...] não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados”.

Destarte, os direitos fundamentais são direitos que de certa forma, derivam dos anseios humanos, de valores basilares e primordiais a uma existência digna, que contemplam as necessidades do homem, estando estes positivados ou não no ordenamento.

Os direitos fundamentais não-escritos encontram guarida na interpretação conferida ao artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, podendo ser implícitos, ou seja, decorrentes da interpretação conferida aos direitos e garantias fundamentais, bem como, derivados do regime jurídico vigente e dos princípios⁵⁸.

Outrossim, os mesmos não são absolutos admitindo-se flexibilização quando da ocorrência de conflitos, em sua maioria aparentes, com outros direitos também qualificados de fundamentais, oriundos de diploma de igual hierarquia.

Prudente, novamente, mencionar a influência que os direitos fundamentais, exercem sobre as normas infraconstitucionais, regulamentando não só a relação do indivíduo com o Estado, mas sim, também as relações interindividuais particulares, ocorrendo o que outrora restou denominado de constitucionalização do direito ou ubiquidade constitucional, e neste sentido, cumpre destacar o entendimento de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto⁵⁹:

⁵⁶ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 84.

⁵⁷ Op. Cit., p. 86.

⁵⁸ Conforme entendimento de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 “[...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. [...] O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.

Um fenômeno relativamente recente no país tem provocado uma profunda alteração em todos os ramos do direito: a constitucionalização do ordenamento jurídico. É praticamente impossível encontrar hoje um processo judicial em qualquer área – civil, penal, trabalhista, etc. – em que a Constituição não seja em algum momento invocada pelas partes do litígio e depois empregada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão. Mas não é só nos tribunais que este fenômeno se desenrola: nos debates parlamentares, nas reivindicações da sociedade civil e até mesmo na rotina dos tecnocratas o discurso constitucional está, em alguma medida, penetrando. A Constituição tornou-se ubíqua.

Continuando ainda sua análise, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto⁶⁰ ressaltam a importância da intervenção do direito constitucional nas relações privadas, como forma de garantia da efetivação dos direitos, destacando:

Neste novo paradigma, por outro lado, a visão sobre o papel do Estado mesmo em relação aos direitos individuais se modifica. Se até então prevalecia a ideia de que, para não desprezar estes direitos, bastava que os poderes públicos se abstivessem de atentar contra eles, doravante será reconhecido que o Estado tem também deveres positivos nesta esfera. Além de não violar, ele deve ainda proteger os direitos individuais dos seus cidadãos das lesões e ameaças provenientes das mais diversas fontes: conduta de outros particulares, riscos naturais, riscos decorrentes de novas tecnologias, etc. Incumbe-lhe também assegurar, no mundo real, as condições materiais mínimas para que estes direitos individuais possam ser efetivamente fruídos por todos na sociedade, inclusive pelos integrantes dos grupos mais desfavorecidos. Na verdade, os direitos fundamentais – coração das constituições contemporâneas – deixarão de ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos. Será acrescida a eles uma [mais valia], conhecida como [dimensão objetiva]. Em razão desta dimensão objetiva, estes direitos serão considerados também como valores dotados de uma força irradiante, que permitirá a eles penetrarem e relações distintas daquelas que para as quais foram inicialmente concebidos – inclusive em relações privadas – e influenciarem na interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente as expressas em linguagem mais aberta e indeterminada.

Inquestionável, portanto, é a denominada constitucionalidade do direito ou ubiquidade constitucional, na qual o Direito Constitucional passa a gerar reflexos dentro dos demais ramos do direito pátrio, o que prefere Ingo Wolfgang Sarlet⁶¹ denominar de direitos fundamentais legais, ou seja, a explicitação, mediante ato legislativo, de direitos implícitos, desde logo fundados nos valores constitucionais. A legislação ordinária surge com o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais, convertendo-os ainda em normas diretamente aplicáveis.

⁶⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 118.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 88.

Consistem em irradiações dos direitos fundamentais, não se resumindo estes a um rol taxativo previsto no seio do artigo 5º da Constituição Federal, nem tampouco, encontram-se apenas espalhados no bojo da Carta Política. Dada a importância dos direitos fundamentais, inegável é a interferência dos mesmos como forma de garantir uma vida digna, inegável ainda é a sua constante violação. Não se pretende vislumbrar o acesso à Justiça, como forma de erradicar todas as mazelas sociais, como forma de solução à violação de todos os direitos basilares do cidadão, mas sim, como um remédio, uma solução paliativa a tais restrições.

Tecidas estas considerações, cumpre então verificar uma possível delimitação de conteúdo e tentativa conceitual dos direitos fundamentais, sem tentar aqui, cair no erro de esquecer alguns destes direitos, ou incidir ainda no equívoco de traçar premissas limitadoras dos direitos fundamentais. Prudente lembrar que os direitos fundamentais devem sempre ser vistos e interpretados sob o prisma de uma amplitude máxima, vez que dotados de uma grande carga de subjetividade, em que cada pensador da norma jurídica, elege suas prioridades, seleciona o que lhe apresenta como essencial.

Paulo Bonavides⁶² parafraseando Konrad Hesse leciona que *“Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam [...]”*.

Por seu turno, Paulo Bonavides⁶³ afirma que os direitos fundamentais seriam os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado, arrematando:

[...] numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

Robert Alexy⁶⁴ ressalta a importância dos direitos fundamentais como sendo posições jurídicas que, do ponto de vista do direito constitucional, são de tal sorte relevantes para a comunidade, que não podem ser deixadas na esfera de disponibilidade absoluta do legislador ordinário.

Destarte, os direitos fundamentais são compreendidos sob uma perspectiva de máxima eficácia, não consistindo, entretanto, em dogmas absolutos, que são oponíveis a todos (Estado e Particular), mas sim, dentro de uma razoabilidade.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.561.

⁶³ Op. cit., p. 561.

2.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução dos direitos fundamentais, perpassa por preceitos consagrados no Estado Democrático de Direito, outrossim, tais premissas não são imutáveis ou eternas, e sim, evoluem com o caminhar dos tempos, evoluindo junto com a própria concepção de Estado. Desta feita, para denotar esta evolução, o jurista Karel Vasak, desenvolveu a ideia da “Teoria das gerações dos direitos”, inspirada no lema da Revolução Francesa, discorrendo: a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*)⁶⁵.

No entanto, mesmo permanecendo com grande força a referida teoria, esta vem ganhando contornos de atualidade, mormente, quando passou-se a denominar as dimensões dos direitos fundamentais, cuja esta expressão vem sendo empregada com o fito de retirar a conotação temporal atribuída à expressão gerações, onde se poderia concluir que uma geração exclui a outra, quando em verdade elas coexistem, consoante entendimento de Paulo Bonavides⁶⁶:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturas, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.

⁶⁴ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 92.

⁶⁵ SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 110, bem destaca as dimensões dos direitos fundamentais, enaltecendo a existência de fases “*A fase declaratória enuncia a pauta de direitos e garantias e instaura a sua primeira dimensão: as liberdades civis e políticas. A fase revolucionária privilegia a dimensão coletivista, inaugurando a necessidade de exercitação dos direitos sócio-econômicos e culturais. A fase seguinte enaltece os direitos ao desenvolvimento econômico e social, além do usufruto à paz, como condição de vida da humanidade. A última fase, segundo o mestre Paulo Bonavides, dimensiona o direito à Democracia, vale dizer, o direito à legislação, à administração e à judicção. Nesta fase, retoma-se a participação direta do povo, na condução e decisão dos assuntos político-administrativos*”.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 572.

Destarte, razão assiste ao mestre Paulo Bonavides quando certifica que o sentido a que se pretende conferir com o estudo das dimensões dos direitos fundamentais não é o de superação cronológica, e sim o de coexistência do mesmo, conferindo-se maior ou menor importância de acordo com os valores conferidos pela sociedade.

Ademais, adota-se aqui neste trabalho dissertativo, a expressão dimensões dos direitos fundamentais, ao revés de gerações, para que não se conceba a ideia de superação cronológica, e sim a noção de que tais dimensões podem coexistir.

Ao analisar as dimensões dos direitos fundamentais, pode-se concluir que as mesmas são reflexos de reivindicações concretas, oriundas a partir de atos de injustiça e/ou agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano.

Outrossim, as dimensões não configuram conceitos fechados, podendo ser suscetíveis de novas alterações, constituindo categorias abertas e mutáveis, mesmo que se possa observar certa permanência e uniformidade neste campo, tais como direito à vida, à liberdade de locomoção, ao pensamento livre, dentre outros, que permanecem tão atrelados à realidade, quanto quando surgiram no século XVIII, no bojo das primeiras Constituições.

Os direitos fundamentais são concebidos em sua gênese, como direitos naturais e inalienáveis do homem, como expressão de sua condição humana, sendo então universais, ou reconhecidos a todos os homens, situando-se em uma dimensão pré-estatal, incorporando-se apenas a uma ordem jurídica positivada de determinado Estado.

Essa universalidade dos direitos fundamentais determina que estes sejam assegurados ao homem, apenas por sua condição de ser humano, e não por ser cidadão de um determinado Estado, sendo este aspecto destacado por Paulo Bonavides⁶⁷:

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.

Destarte, a universalidade traduz a plena chancela dos direitos fundamentais, independentemente da condição do cidadão ou do local do seu nascimento, podendo-se inclusive falar ainda em um aspecto supra positivo, na qual, valores como a dignidade humana, ou a vida, devem ser tutelados inobstante dispositivos legais positivados em sentido diverso em um dado Estado.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 574.

Os direitos de primeira dimensão são reputados direitos de liberdade⁶⁸, sendo os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, referindo-se aos direitos civis e políticos. Têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado, convertendo em verdadeiros atributos da pessoa e ostentam grande caráter de subjetividade.

São direitos de ordem negativa, posto constituírem verdadeiras liberdades individuais, impondo ao Estado um *non facere*, ou seja, uma abstenção, e a consequente preservação dos interesses próprios da pessoa humana.

José Afonso da Silva⁶⁹ ao analisar a liberdade, sob o prisma da autoridade, afirma que:

Muitas teorias definem a liberdade como a resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima. Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular.

Ademais, parafraseando o Barão de Montesquieu, José Afonso da Silva⁷⁰ dispõe: “*A liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se deve querer (...)*”.

Hodiernamente, os direitos de primeira dimensão, ao menos formalmente, constam de todas as Constituições, sendo titulares os indivíduos, e opostos ao Estado. Conservam as liberdades individuais, consistindo num mínimo oponível contra todos.

São vistos ainda a partir de uma premissa jusnaturalista como direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Em seguida, são tidos a partir de um leque de liberdades, sejam de expressão, imprensa, reunião, associação, e pelos direitos de participação política, são os comumente denominados direitos civis e políticos, configurando a fase inicial do constitucionalismo ocidental.

⁶⁸ A partir dos séculos XVII e XVIII verificam-se as revoluções liberais ou burguesas, na qual, o Estado Absoluto, cedeu lugar ao Democrático de Direito. Tais ideais ecoavam direitos da burguesia face ao governante, enaltecendo direitos de liberdade, tais como, liberdade de reunião, expressão, comercial, profissão, religiosa, etc., reconhecendo-se ainda os direitos políticos, cuja principal função era a regulamentação do exercício democrático do poder, permitindo a participação do povo na tomada das decisões políticas, através do direito de voto, do direito de crítica, do direito de filiação partidária, dentre outros.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 235.

⁷⁰ Op. cit. p. 236.

De seu turno, os direitos de segunda dimensão dominaram o século XX, sendo direitos sociais, culturais e econômicos, bem como direitos coletivos ou de coletividades, coadunando-se como direitos de igualdade⁷¹.

O Estado Liberal clássico tinha por escopo garantir a liberdade dos cidadãos, sendo marcado por uma forte limitação dos seus poderes de intervenção no âmbito privado. À época, o ordenamento jurídico conferia igualdade formal, não se preocupando com as diferenças sociais entre as pessoas.

O absolutismo havia sido superado, no entanto, podia o magistrado aplicar a lei de acordo com as necessidades e as diferenças sociais, conferindo resultados diferentes aos previstos na lei.

Interessante que a sociedade em um primeiro momento, pugnava pela intervenção do Estado no afã de que fossem garantidas as liberdades e os direitos individuais dos cidadãos, direitos civis e políticos, não havendo mais a outrora excessiva ingerência do Estado nas vidas privadas, no entanto, era necessário garantir a igualdade real oportunidade de acesso a bens e valores fundamentais, visando à melhoria das condições de vida das pessoas e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, surgindo, desta forma, os direitos de segunda dimensão.

No entanto, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a consagração formal da liberdade e da igualdade, passaram a determinar o surgimento de movimentos revolucionários que contemplavam a realização de uma justiça social.

A contrário senso dos direitos de primeira dimensão, que consistiriam em abstenções, os direitos de segunda geração passam a contemplar uma dimensão positiva, uma vez que não se cuida mais da não-intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos, mas sim, a efetivação do bem-estar social.

Tem-se então o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), na qual o Estado, sem se afastar das premissas do capitalismo, compromete-se a promover maior igualdade social e a garantir as condições básicas para uma vida digna.

É neste contexto, que o Estado passa a adotar um comportamento ativo na realização da justiça social, passando os direitos de segunda dimensão a refletir uma dimensão positiva,

⁷¹ O século XIX foi marcado pela Revolução Industrial, denotando um crescimento econômico nunca antes visto. Outrossim, essa prosperidade ocorreu á custa do sacrifício de grande parcela da população, sobretudo dos trabalhadores, que sobreviviam em condições cada vez mais deploráveis. Não havia limitação da jornada de trabalho, salário mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. O trabalho infantil era permitido, exercendo os infantes trabalhos braçais como se adultos fossem.

uma vez que cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, numa forma de propiciar o direito de participar do bem-estar social. Seria então, a liberdade por intermédio do Estado, superando a premissa da liberdade perante o Estado.

Afora os direitos trabalhistas, o Estado do bem-estar social também se compromete a garantir os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, que são aqueles direitos ligados às necessidades básicas dos indivíduos, independentemente de sua qualidade de trabalhador, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social, dentre outros.

Destarte, em um momento inicial, são incluídos como direitos de segunda dimensão os direitos sociais, culturais e econômicos, sendo incluídos, *a posteriori*, direitos coletivos ou da coletividade, configurando-se o princípio da igualdade como sua maior razão de ser.

No entanto, esta igualdade outrora definida no aspecto formal, não se verificava no aspecto material, mormente, quando notória era a exploração de empregados por seus patrões⁷², servindo os movimentos socialistas para a formação de um pensamento voltado à efetivação de direitos sociais e econômicos.

George Marmelstein⁷³ ao analisar as divergências entre os direitos da então primeira dimensão em detrimento da segunda enfatiza que:

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

⁷² MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 49, destaca trecho do livro de Robert Heilbroner, *A História do Pensamento Econômico*, cujo este retrata trecho de uma reportagem publicada em 1828 na revista inglesa *The Lion*, sobre a vida de Robert Blincoe, uma das oito crianças pobres que haviam sido enviadas para trabalhar em uma fábrica em Lowdhan: “Os meninos e as meninas – tinham todos cerca de dez anos – eram chicoteados dia e noite, não apenas pela menor falta, mas também para desestimular seu comportamento preguiçoso. E comparadas com as de uma fábrica em Litton, para onde Blincoe foi transferido a seguir, as condições de Lowdhan eram quase humanas. Em Litton, as crianças disputavam com os porcos a lavagem que era jogada na lama para os bichos comerem; eram chutadas, socadas e abusadas sexualmente; o patrão delas, um tal de Elice Needhan, tinha o horrível hábito de beliscar as orelhas dos pequenos até que suas unhas se encontrasse através da carne. O capataz da fábrica era ainda pior. Pendurava Blincoe pelos pulsos por cima de uma máquina até que seus joelhos se dobrassem e então colocava pesos sobre seus ombros. A criança e seus pequenos companheiros de trabalho viviam quase nus durante o gélido inverno e os dentes deles eram limitados.

⁷³ Op. Cit., p. 72.

Passaram a surgir as primeiras constituições do então Estado Social, não bastando a simples garantia de direitos civis e políticos, mas sim, sendo imprescindível a inclusão de mecanismos que garantissem uma existência digna, com ênfase na proteção da classe menos favorecida economicamente; necessitava-se maior intervenção do Estado, visando assegurar o mínimo de Bem-Estar aos indivíduos.

Fábio Konder Comparato⁷⁴ discorre que:

O resultado dessa automatização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retornando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.

Interessante que Paulo Bonavides⁷⁵, ao contrário do que o mesmo afirma sobre os direitos de primeira dimensão, dispõe serem os direitos de segunda dimensão, normas programáticas, posto que não contêm para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade.

Este entendimento de Paulo Bonavides é compartilhado por Mauro Vasni Paroski⁷⁶ quando este afirma:

Diante dessa duvidosa normatividade, as normas que contemplavam disposições dessa ordem passaram a ser qualificadas de programáticas, exigindo para sua aplicação regulamentação infraconstitucional, não gerando, portanto, direitos subjetivos diretos e imediatos. Numa segunda etapa, mesmo entendendo-se que tinham sua eficácia normativa assegurada pela constituição, não eram observadas e executadas. Nas últimas décadas, entretanto, diversas constituições têm agasalhado o princípio de sua imediata aplicabilidade, inclusive a brasileira, como se observa do seu art. 5º, § 1º.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo os ditos direitos sociais em seu capítulo II os direitos sociais, afirmando José Afonso da Silva⁷⁷ que a primeira

⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 564.

⁷⁶ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008, p. 117.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 288.

Constituição a disciplinar a ordem social foi a mexicana em 1917 e no Brasil a de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar de 1919, conceituando o referido doutrinador os direitos sociais como:

[...] dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Em suma, os direitos sociais encontram-se consagrados na Magna Carta, servindo de alicerce a composição da ordem social e econômica, tentando assegurar o mínimo de desigualdades, proporcionando o já outrora relatado Estado do Bem-Estar Social.

Há de se destacar ainda no rol destes direitos, que os mesmos envolvem as liberdades sociais, ou seja, liberdade de sindicalização, direito de greve, dentre outros direitos fundamentais do trabalho, tais como férias, repouso semanal remunerado, servindo como forma de compensação ao extremo grau de desigualdade entre as classes sociais.

Impende por fim lembrar, que alguns dos direitos de primeira e segunda dimensões, refletem direitos fundamentais clássicos, ou por excelência, sendo constantemente revitalizados, podendo inclusive ganhar nova roupagem, face à nova roupagem conferida às relações sociais, sendo incorporadas ao patrimônio jurídico da humanidade, tais como liberdade, igualdade, vida e dignidade humana.

Não se poderia conceber outrora, em pretéritos tempos, discussões sobre onde se inicia a vida, se a pesquisa com células tronco seria possível face ao direito à vida, ou o abortamento do feto anencefálico, outrora não se poderia conceber uma vasta liberdade de expressão e pensamento, ou a igualdade face as discriminações raciais e de opção sexual. Os direitos fundamentais ganham gradativamente, novas percepções, tencionando sempre a busca de uma vida digna.

Os direitos de terceira dimensão surgem em um contexto histórico, na qual, o mundo encontrava-se dividido em nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, pautada sob o primado da fraternidade, tutelando-se não apenas direitos individuais ou coletivos, mas sim a própria raça humana, resguardando-se primados como a paz, o meio ambiente, a comunicação, a autodeterminação dos povos, a qualidade de vida, o desenvolvimento e o patrimônio comum da humanidade.

Os bens essenciais à vida humana, tais como água potável, meio ambiente equilibrado, alimentos, eram tidos como inesgotáveis, não sendo até então alvo de preocupação mundial da sociedade e dos governantes. Entretanto, o progresso mundial vem expondo a risco tais bens ditos essenciais, comprometendo a qualidade de vida das pessoas.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁸ ao analisar os direitos de terceira dimensão dispõe “(...) o fato de desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade difusa e coletiva”.

Mbaya *apud* Paulo Bonavides⁷⁹ afirma que a terceira dimensão traz o princípio da solidariedade, que pode ser expresso das seguintes formas:

1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits); e
3. Uma coordenação sistemática de política econômica.

Pensar nos outros. Deixar para trás o individualismo. Pensar no todo. A titularidade coletiva. Tais são as principais premissas para a formação dos direitos de terceira dimensão, calcados em alicerces que refletem o interesse comum da humanidade, o que hoje são ditos direitos difusos, direitos inerentes a pessoas indeterminadas, relacionadas por um liame fático.

São, portanto, direitos baseados na solidariedade ou na fraternidade, tendo em vista o gênero humano, não considerado individualizadamente, mas sim enquanto integrante de grupos sociais, caracterizando-se como coletivos e difusos, exigindo proteção compatível com sua natureza.

Interessante no que atine à positivação de tais direitos, a grande maioria não ganhou lugar no ordenamento jurídico pátrio, em que pese seu reconhecimento no âmbito da legislação alienígena, face a existência de um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara.

O que se pode concluir é que tais direitos são reflexos de certa forma do progresso social, resultando de um rápido processo de globalização, em que se percebem relações entre pessoas, empresas e nações de todas as partes do mundo. A partir deste crescente progresso, e expansão econômica, passou o ser humano a preocupar-se com fatores que até então não

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 48.

permeava seu pensamento, tais como o meio ambiente, a paz, qualidade de vida, o direito a informática, e a autodeterminação dos povos.

Novamente, Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁰ traz a lume o pensamento de Pérez Luño que reflete que os direitos fundamentais de terceira dimensão podem ser tidos como resposta ao que se denominou “poluição das liberdades”, caracterizado pela erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, face ao uso de novas tecnologias.

Dentro ainda dos novos reflexos dos direitos de terceira dimensão, impossível não trazer a baila o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet⁸¹ cujo mesmo enfatiza que passam a figurar neste rol às garantias contra as manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, o que para outros, refletiriam direitos de quarta dimensão. Tais direitos espelham o primado maior da dignidade da pessoa humana, e são temas que, hodiernamente, ganham destaque nas discussões dos meios jurídicos e tribunais.

O direito como ciência extremamente dinâmica, não se estagnou na teoria tridimensionalista das dimensões dos direitos fundamentais, defendendo-se o surgimento das quarta e quinta dimensões.

Seriam direitos de quarta dimensão os direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Surgiram tais direitos em um momento em que prospera o neoliberalismo, uma economia globalizada. A democracia é a direta, isenta ainda de qualquer influência da mídia. Compreendem, destarte, na concepção do mestre cearense Paulo Bonavides⁸², o futuro da cidadania, e o porvir da liberdade de todos os povos, só sendo possível a globalização política a partir dos mesmos.

De outra sorte a paz é tida como direito de quinta dimensão. Retirando-se da terceira dimensão, hoje a paz guarda posição de destaque, sendo valorizada como alicerce da humanidade, numa sociedade evoluída culturalmente, mas que ainda mantém latente o desejo bélico.

Na concepção Bonavideana a paz ganha lugar de destaque, face a sua relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 570.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 49.

⁸¹ Op. Cit., p. 50.

⁸² Op. Cit., p. 526.

Para Karel Vasak *apud* Paulo Bonavides⁸³ o direito a paz emergiu a partir da Declaração das Nações Unidas (1978) na qual restou estabelecido que “*Toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz (...)*”, destacando-se ainda a Declaração do Direito dos Povos à Paz (1984), “*proclama solenemente que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à paz*”.

A Constituição Federal traz como princípio inerente às relações internacionais, em seu artigo 4º, inciso VI⁸⁴ a defesa da paz, afirmando de forma categórica Paulo Bonavides⁸⁵:

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões. A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito de quinta geração.

Pode-se afirmar que a paz é corolário para o exercício das demais dimensões dos direitos fundamentais, na qual, em não havendo paz, vive-se em uma sociedade anarquizada, onde não há o império da lei, ou melhor, onde até pode imperar a lei de nação estranha, não se preservando direitos como a liberdade do indivíduo, direitos sociais, culturais, nem tampouco, democracia.

A paz deve ser mensurada em seu caráter universal, em seu plano harmonizador das etnias, crenças, culturas, preceitos inerentes à dignidade da pessoa humana, e aquele que a perturbar cometerá um crime contra a sociedade humana, refletindo um axioma da democracia.

2.4 DO SUPORTE FÁTICO E ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O suporte fático dos direitos fundamentais pode ser dividido em abstrato ou concreto, cujo aquele, é formado por fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência. Destarte, preenchido o suporte fático, tem-se uma consequência jurídica.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 580.

⁸⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VI - defesa da paz; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de março de 2011.

⁸⁵ Op. Cit., p. 583.

Por seu turno o suporte fático concreto é a ocorrência concreta, no mundo real, dos fatos ou atos que a norma jurídica (abstrato) judicializou.

Pode-se então exemplificar tais conceitos, quando da análise do direito fundamental da vida, que de forma concreta proíbe atentados contra a vida humana, podendo-se hoje referir a discussões como pesquisas com células tronco ou abortamento de feto anencefálico.

Desta feita, aquilo que é protegido pelo suporte fático é o que se denomina âmbito de proteção dos direitos fundamentais, e para a tutela destes, necessária é a intervenção estatal.

O âmbito de proteção envolve os bens ou fatos que são protegidos pelos direitos fundamentais, ademais, deve-se definir até que ponto pode o Estado intervir para tutelá-los.

E baseado nestas premissas, Robert Alexy⁸⁶ trouxe o que outrora o mesmo denominou de leis de intervenção:

(I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.

(II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.

(I') Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelos direitos fundamentais não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental.

(II') Todas as medidas que não sejam definitivamente proibidas pelos direitos fundamentais ou não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental ou estão justificadas por meio de uma restrição.

Pretendeu então Robert Alexy a partir de tais premissas, não só delimitar o suporte fático e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também permitir a intervenção sobre os mesmos, admitindo que sejam traçadas restrições ou limites aos direitos fundamentais.

Não se pode ainda conceber um direito eminentemente individualista, tutelando apenas o indivíduo sobre o seu aspecto subjetivo-individual, outrossim, a tutela dos interesses fundamentais deve ser vislumbrada sob o prisma da coletividade, de direitos metaindividuais, que transcendem aos interesses isolados de cada indivíduo.

Neste esteio, é que os direitos fundamentais são analisados sob o prisma subjetivo e objetivo, na qual, consoante enaltece F. Rubio Llorente⁸⁷, transcrevendo trecho de julgamento do Tribunal Constitucional Espanhol, dispondo:

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 306.

[...] Em, primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no solo em cuanto derechos de los ciudadanos em sentido estricto, sino em cuanto garantizam um status jurídico o La libertad em um âmbito de existencia. Pero al próprio tiempo, son elementos esenciales de um ordenamiento objetivo de La comunidad nacional, em cuanto ésta se configura como marco de uma convivência humana justa y pacífica, plasmada históricamente em El Estado de derecho y, más tarde, em El Estado social y democrático de derecho, según La fórmula de nustrea Constitución [...] ⁸⁸.

Outrora os direitos fundamentais eram previstos por uma perspectiva individualista, onde fora exigida a preservação da liberdade, consistindo em um Estado não intervencionista, garantindo-se a individualidade de cada cidadão, em um segundo momento, passou-se a exigir a preservação da igualdade, em um Estado do bem estar social, na qual, aquele indivíduo passou a ser explorado pelos meios de produção, por fim, a partir da concepção da fraternidade, que passou-se a vislumbrar um aspecto de coletividade, na qual, hodiernamente é comum perceber direitos que deixam de permanecer adstritos ao indivíduo passando a irradiar reflexos sobre a sociedade, tais como meio ambiente, paz, desenvolvimento social, dentre outros.

Não se pode ainda, olvidar de mencionar a concepção dos direitos fundamentais sob o prisma positivo e negativo. A partir desta construção doutrinária, pode-se verificar aquilo que o Estado é obrigado a fazer, ou o que decorreria de um dever de abstenção Estatal.

Inegável é a contribuição de George Jellinek cujo mesmo formulou a concepção original de que o indivíduo vinculado a determinado Estado encontra sua posição relativamente a este pautada em 04 (quatro) espécies de situações jurídicas (*status*) ⁸⁹, seja como sujeito de deveres, ou titular de direitos.

Para Jellinek o *status* passivo ou *subjectionis*, seria a subordinação do indivíduo aos poderes estatais, sendo neste contexto apenas detentor de deveres e não de direitos, na qual o Estado vincularia o indivíduo por mandamentos e proibições. Por seu turno o *status negativus* (negativo) configuraria certa imunidade do indivíduo ao *jus imperii* Estatal, ou seja, haveria uma limitação do poder do Estado.

⁸⁷ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 143.

⁸⁸ Tradução livre: (...) em primeiro lugar, os direitos fundamentais são direitos individuais, direitos dos cidadãos não apenas enquanto direitos dos cidadãos em sentido estricto, mas sim enquanto garantam um status jurídico de liberdade no âmbito existencial. Mas ao mesmo tempo, são elementos essenciais de um ordenamento objetivo da comunidade nacional, enquanto e estiver configurado como parte de uma justa e pacífica convivência humana, historicamente consagrados em um Estado de Direito e, posteriormente, em um Estado Social e Democrático de Direito, de acordo com a fórmula da nossa Constituição (...).

⁸⁹ Consoante definição de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255, na qual *status* é alguma forma de relação entre cidadão e Estado. Como uma relação que qualifica o indivíduo, o *status* deve ser uma situação, e, como tal, diferencia-se de um direito.

Conforme Geroge Jellinek citado por Robert Alexy⁹⁰:

Ao membro do Estado é concedido um *status*, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do status negativo, do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo.

Desta feita, o *status negativus* abrangeria os denominados direitos de defesa, consistindo no direito ao não-embaraço face ao Estado.

O *status positivus* (positivo) seria caracterizado na possibilidade do indivíduo em usar as instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas. O Estado sempre dispõe ao indivíduo de utilizar o aparato de suas instituições, ou seja, a possibilidade de se exigir prestações positivas, seriam os direitos de proteção.

Por fim, o *status activus* (ativo) seria a titularidade ao indivíduo de determinadas competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, seriam os direitos políticos, erigidos pelo direito ao voto, plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Outrossim, as quatro noções trazidas por George Jellinek não são unanimemente aceitas, sendo mais utilizada uma classificação dicotômica.

Os direitos negativos (*status negativus* ou *status libertatis*) ou direitos de defesa, ou pretensão de resistência à intervenção estatal, protegem a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, limitam as possibilidades de atuação do Estado. Destarte, os direitos fundamentais consistiriam em uma defesa do indivíduo contra a ingerência do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade.

Nas breves palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁹¹ tais direitos negativos teriam sua tradução:

[...] na proibição imediata de interferência imposta ao Estado. Trata-se de um direito negativo, pois gera a obrigação negativa endereçada ao Estado de deixar de fazer algo. Trata-se de uma obrigação de abster-se da intervenção na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativos de omissão – *Unterlassungsgebot*).

Interessante ainda destacar a concepção de Konrad Hesse que consoante Ingo Wolfgang Sarlet⁹²:

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 258.

⁹¹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 79.

[...] mesmo uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, na medida em que também, a democracia não deixa de ser exercício de poder dos homens sobre homens, encontrando-se exposta às tentações do abuso de poder, bem como pelo fato de que mesmo num Estado de Direito os poderes públicos correm o risco de praticar injustiça. Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões eu esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.

Os direitos de defesa configuram abstenções do Estado na vida privada, na liberdade pessoal do indivíduo, podendo-se inclusive estarem adstritos aos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, preservação da liberdade e da igualdade, bem como, ingerência contra atitudes discriminatórias, a maioria dos direitos políticos (direitos de participação) e inclusive parte dos direitos sociais.

Conforme classificação esposada de Robert Alexy⁹³ os direitos negativos ou de defesa podem ser divididos em três grupos: a) Direitos ao não-embaraço de ações, são direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; b) Direitos à não-afetação de características e situações, que configuram os direitos a que o Estado não afere determinadas características e situações do titular do direito; e c) Direitos à não-eliminação de posições jurídicas, que configuram os direitos a ações estatais negativas é constituído pelos direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. Ademais, a existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente é válida.

Por sua vez os direitos positivos (*status positivus*) ou direitos a prestação/proteção refletem o direito do indivíduo poder exigir do Estado, com o fito de melhorar as condições de vida, garantindo os elementos materiais necessários ao exercício da liberdade. O Estado deve agir consoante previsto na Magna Carta, e o indivíduo tem o direito de exigir determinadas garantias, que inclusive traduzem políticas públicas.

São os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas, podem ser divididos em dois grupos conforme entendimento de Robert Alexy⁹⁴, quais sejam a) Aqueles cujo objeto é uma ação fática, quando se fundamenta um direito ao mínimo

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 107.

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196/201.

⁹⁴ Op. Cit., p. 201/203.

existencial; e b) Aqueles cujo objeto é uma ação normativa, são direitos a atos estatais de criação de normas.

Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁵ exprime o pensamento de Pérez Luño ao que este afirmou que os direitos fundamentais não se limitam apenas a direitos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, e sim, consistiriam em verdadeiras diretrizes para o agir dos órgãos legislativo, judiciário e executivo. Os direitos fundamentais seriam o conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

Destarte, além do Estado não poder intervir na esfera da liberdade pessoal do indivíduo, deve-se ainda exigir uma ação positiva do Estado, não se restringindo a prestações materiais, mas também a medidas protetivas vinculadas ao Estado social, dentre os quais se enquadra o acesso à Justiça.

Tal como previstos, os direitos de proteção podem ser ainda conceituados como a possibilidade do indivíduo exigir do Estado que este o proteja contra ações de outros indivíduos.

É a partir desta premissa, que se enaltece a importância do acesso à Justiça, este como instrumento de busca do agir estatal, mesmo ciente da separação dos poderes, o Judiciário passou a chamar para si a responsabilidade de pautar parte do agir do Legislativo e do Executivo, seja mediante ações de inconstitucionalidade por omissão ou mandados de injunção, ou por ações de fito obrigacional, pretendendo que o Executivo passe a cumprir políticas públicas outrora definidas, e então esquecidas.

2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS - EFICÁCIA E APLICABILIDADE DE SEUS NORMATIVOS

Não se pode discorrer sobre direitos fundamentais sem que se proceda a uma análise de sua eficácia e aplicabilidade.

De há muito se discute sobre uma possível autoaplicabilidade das normas de direitos fundamentais, e que estas teriam ainda eficácia plena. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, foi clara ao dispor em seu artigo 5º, § 1º “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 143.

Outrossim, é possível que se encontre no seio da Carta Política de 1988, direitos fundamentais espalhados não só no artigo 5º, mas também por diversos outros capítulos, sendo reconhecidos hodiernamente como direitos fundamentais não só as garantias individuais ou coletivas, mas também os direitos sociais e políticos, e desta feita, grande é a discussão sobre a auto aplicabilidade e a plenitude de eficácia destes dispositivos.

2.5.1 Da Classificação das Normas Constitucionais quanto à sua Eficácia ou Aplicabilidade

De início, Ruy Barbosa reproduzindo e adaptando a doutrina norte-americana, calcado em decisões da Suprema Corte Norte-Americana, e outras decisões de Tribunais daquele país, dividiu as normas constitucionais em autoaplicáveis (*self executing, self-acting, self-enforcing*) e não auto-aplicável (*not self executing, not self-acting, not self-enforcing*).

Neste sentido, Ruy Barbosa⁹⁶ afirmou que as normas autoaplicáveis seriam aquelas que estariam aptas a gerar seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, uma vez que seu conteúdo estaria devidamente determinado. Por sua vez, as normas não autoaplicáveis são aquelas que requerem uma ação do legislador para tornar efetivos os seus preceitos, uma vez que não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, estabelecem pois competências, atribuições, poderes, cujo uso tem que aguardar que o legislador, os habilite a exercer. Concluiu então Ruy Barbosa que cada norma constitucional apenas é autoaplicável na medida em que efetivamente permite a sua aplicação, o que se encontra na dependência direta de seu grau de completude.

Por sua vez, Pontes de Miranda⁹⁷ classificou as normas em bastantes em si mesmas, que independem de concretização legislativa para alcançarem sua plena eficácia, e normas incompletas, isto é, não bastantes em si mesmas e que, por este motivo, reclamam atuação do legislador infraconstitucional.

Na década de 50, Meirelles Teixeira trouxe suas críticas à doutrina norte-americana, passando a classificar as normas constitucionais, quanto a sua eficácia em normas de eficácia plena, correspondendo estas às normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais; e normas de eficácia limitada ou reduzida, são aquelas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se

⁹⁶ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 242/243.

⁹⁷ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 244.

estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário, podendo estas ser programáticas e normas de legislação.

Merece destaque na década de 60, o pensamento de José Afonso da Silva⁹⁸, cujo este aprofundou o tema passando a classificar as normas constitucionais em: normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição e por fim; normas de eficácia limitada ou reduzida. Tem-se a partir desta classificação, a ideia de que não existem normas constitucionais que sejam despidas de eficácia.

Destarte, as normas de eficácia plena seriam aquelas que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação, ou seja, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular.

De seu turno, as normas de eficácia contida são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios normativos que lhes podem reduzir eficácia e aplicabilidade. Destarte, são aquelas que têm eficácia plena, mas podem ser objeto de restrição por parte do legislador infraconstitucional, todavia, isto não quer dizer que sua eficácia dependa da atividade do legislador. A eficácia seria plena desde a promulgação da constituição, podendo o legislador apenas restringir essa eficácia em alguns casos.

Por fim, as normas de eficácia limitada são as que receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de complementar à regulamentação das matérias, especificando-as. Neste caso, a produção de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais, no entanto, não quer isto significar que tais normas não seriam providas de nenhuma eficácia. Seriam aquelas normas cuja produção plena de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais, não pretende José Afonso da Silva, a partir desta classificação, excluir eficácia a estas normas, mas são dotadas de um mínimo de eficácia mormente em face dos poderes públicos.

Tal classificação destoa do que se tencionava definir outrora como normas não autoaplicáveis (*not self-executing*), uma vez que mesmo as normas de eficácia contida e

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 29.

limitada não são completamente desprovidas de normatividade, sendo capazes de produzir efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, servindo de parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de outras normas, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o ordenamento.

No entanto, Virgílio Afonso da Silva⁹⁹ defende a ideia de que a classificação outrora trazida por José Afonso da Silva, não é compatível com a noção de direitos fundamentais, uma vez que esta sugere a distinção das normas constitucionais entre normas que podem e as que não podem ser restringidas, e entre as normas que necessitam e as que não necessitam de regulamentação ou desenvolvimento infraconstitucional. A partir de tais premissas, Virgílio Afonso da Silva passa a conceituar restrição e regulamentação, especificando-as como faces de uma mesma moeda, como expressões que traduziriam o mesmo significado:

[...] toda regulamentação é, ao mesmo tempo, uma restrição, já que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulamentação deixar de fora; e, além disso, toda restrição é, ao mesmo tempo, regulação, já que não se restringe direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles.

Virgílio Afonso da Silva ainda contradiz o pensamento de José Afonso da Silva ao traçar uma distinção entre aplicabilidade e eficácia, na qual, para este, constituem fenômenos conexos, aspectos do mesmo fenômeno, conquanto, para Virgílio Afonso da Silva uma norma não dotada de eficácia jurídica não possa ser aplicada, é perfeitamente possível que uma norma dotada de eficácia não tenha aplicabilidade. Destarte, a aplicabilidade teria uma dimensão fática, que não está presente no conceito de eficácia.

Traçadas estas considerações introdutórias, poder-se-á agora verificar se as normas que dispõem sobre direitos fundamentais, seriam autoaplicáveis e de eficácia plena.

2.5.2 Da Aplicabilidade e da Eficácia das Normas que Regulamentam os Direitos Fundamentais

Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁰ ao analisar a eficácia das normas que dispõem sobre direitos fundamentais é categórico ao afirmar que todos os direitos fundamentais são restringíveis, e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis. Mesmo que outrora o

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 209.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 246/247.

referido autor tenha afirmado que toda regulamentação é ao mesmo tempo restrição, quis o mesmo afirmar que seria impossível se fazer uma distinção entre normas de eficácia plena, contida ou limitada, noutra pórtico, em se permitir que ampla abertura a restrições e regulamentações dos direitos fundamentais, poderia significar um risco à proteção dos mesmos. De igual modo, qualquer restrição ou regulamentação depende de uma justificativa constitucional, dentro dos limites da proporcionalidade.

No entanto, chama ainda atenção Virgílio Afonso da Silva¹⁰¹ às chamadas normas de eficácia limitada, mormente no que concerne aos direitos sociais, visto que a não-regulamentação ou a não-realização daquilo exigido por esses direitos, mesmo que por omissão, é uma restrição a esses direitos (inconstitucionalidade por omissão), vez que não se pode obrigar o legislador a legislar. No entanto, culmina afirmando que restrição fundamentada é restrição possível, restrição não fundamentada é violação.

A redação do artigo 5º, § 1º “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, passou a servir como paradigma para aqueles que afirmam que as normas que dispõem sobre direitos fundamentais são dotadas de aplicação direta, e inclusive Maria Helena Diniz, em sua classificação ao instituir as normas de eficácia absoluta, incluindo os direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal)¹⁰².

Prudente destacar disposições de legislações alienígenas, que ressaltam a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, tais como o artigo 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976¹⁰³, o artigo 322 da Constituição do Uruguai¹⁰⁴, artigo 1º da

¹⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 249.

¹⁰² Para DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 495, as normas de Eficácia Absoluta são inatingíveis, insuscetíveis de emenda, daí conterem força paralisante total de toda a legislação que vier a contrariá-las.

¹⁰³ “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas*”. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de abril de 2011.

¹⁰⁴ “*Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y las doctrinas generalmente admitidas*”. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de abril de 2011.

Lei Fundamental da Alemanha¹⁰⁵ de 1949, artigo 45 da Constituição do Paraguai¹⁰⁶ e artigo 53.1 da Constituição Espanhola de 1978¹⁰⁷.

Ademais, é ainda inegável que os direitos fundamentais não se encontram resumidos ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, estando dispersos por todo o bojo do texto constitucional, enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet “[...] *que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais [...]*”¹⁰⁸. Desta feita, a partir da interpretação conferida ao artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, o Constituinte pretendeu evitar um certo esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que permaneçam letra morta no texto da Constituição. No entanto, o que se questiona é se o pré-falado dispositivo constitucional, teria força para transformar todas as normas sobre direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia.

Celso Ribeiro Bastos¹⁰⁹ sustenta que os direitos fundamentais são *a priori* diretamente aplicáveis, sendo possível destacar duas exceções: a) quando a Constituição remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo que este será exercido na forma da lei, b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que lhe seja conferida normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária, pelo Poder Judiciário, atuação como se legislador fosse.

Em sentido diverso Eros Roberto Grau¹¹⁰ defende a concepção da inexistência, no texto constitucional, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte criou instrumentos processuais aptos a realizar a efetivação dos direitos fundamentais, combatendo a omissão legislativa e dos demais órgãos estatais, acaso haja, por meio de Mandado de

¹⁰⁵ “Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direito diretamente vigente”. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de abril de 2011.

¹⁰⁶ “La falta de ley regulamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantia”. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de abril de 2011.

¹⁰⁷ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de abril de 2011.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 262.

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 264.

¹¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 322.

Injunção (artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal)¹¹¹ e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, § 2º da Constituição Federal)¹¹².

Mesmo para os que não admitem a existência de normas programáticas, como Eros Grau, é inegável que dentro do texto constitucional existem normas que necessitam de uma ação concretizadora dos órgãos estatais, mormente do Legislativo, sem que, contudo, seja negada aplicabilidade ou eficácia às mesmas. No entanto, em que pese às posições controvertidas sobre a existência ou não de normas de conteúdo programático, é certo que todas as normas constitucionais, inclusive estas, são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade.

Cumpra lembrar que as normas definidoras de direitos fundamentais podem ser classificadas em direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais e políticos) e os direitos a prestações (direito à proteção e participação na organização e procedimento, e os direitos sociais de natureza prestacional), e neste sentido os direitos prestacionais são mais comumente definidos como normas programáticas¹¹³, normas-objetivos, imposições legiferantes mais ou menos concretas, que podem exigir uma intervenção do legislador para que venham a adquirir sua plena eficácia e aplicabilidade.

Há que se falar ainda que a disposição contida no artigo 5º, § 1º da Carta Política de 1988 impõe aos órgãos estatais o dever de maximizar, a eficácia dos direitos fundamentais, assegurando a força vinculante dos direitos e garantias fundamentais, assegurando que os mesmos sejam efetivados mediante atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁴:

Parte da doutrina ainda foi bem além, sustentando o ponto de vista segundo o qual a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de

¹¹¹ “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (...)”. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de abril de 2011.

¹¹² § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de abril de 2011.

¹¹³ Na exata definição de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 320, normas programáticas são normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador.

¹¹⁴ Op. Cit., p. 268/269.

qualquer ato legislativo ou administrativo. Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. [...] a posição situada no outro extremo, de acordo com a qual todos os direitos fundamentais podem, por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, ser considerados normas diretamente aplicáveis e alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador, deve ser avaliada com certa cautela.

Neste sentido, traz-se a lume o conceito de normas de otimização como sendo a obrigação de se extrair a maior eficácia possível às normas de direitos fundamentais, não se pode haver uma análise sob o prisma do tudo ou nada, e sim, a aplicabilidade da norma dependerá da hipótese trazida à baila, ou seja, do caso concreto. E é neste sentido, que o deixar de aplicar a norma definida como direito fundamental, deverá ser devidamente fundamentada e justificada. No entanto, aquelas normas de direitos fundamentais, que não necessitem de uma complementação legislativa, de logo terão aplicação imediata e eficácia plena, e é neste sentido que dispõe ainda Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁵:

Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena, assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto [...].

De igual modo, corre-se o risco de que a aplicabilidade das normas que dispõem sobre direitos fundamentais, sejam deixadas ao exclusivo critério do aplicador do direito, outrossim, é bem verdade que não se pode chegar ao absolutismo de que toda norma de direito fundamental deva ter sua aplicação imediata, e nas hipóteses de ponderação de interesses, onde se estiverem em cheque dois direitos ditos fundamentais, como se decidir qual teria ou não sua aplicabilidade diminuta.

Destarte, fica imbuída ao aplicador do direito, a difícil tarefa de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a sua maior eficácia possível, seja diante do próprio preceito constitucional, ou mediante normas infraconstitucionais que venham a regulamentar os direitos fundamentais. O que se verifica em verdade, é que mesmo que algumas normas fundamentais tragam preceitos abertos, seus dogmas axiológicos devem preponderar, no sentido do aplicador do direito efetive os seus preceitos.

2.6 DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mesmo diante de direitos ditos essenciais, normas que garantam o mínimo existencial para uma vida digna, não se pode falar que os direitos fundamentais são absolutos, que tutelam direitos de maneira ilimitada.

Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁶ ao discorrer sobre os limites dos direitos fundamentais dispõe sobre a teoria interna e externa. Para a Teoria Interna um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, ou seja, o direito já nasce com seus limites. Tratam-se pois, de limites imanentes, não guardando influência de fatores externos.

Conquanto a Teoria Externa distingue os direitos fundamentais das restrições a eles eventualmente impostas, seriam duas coisas diversas a serem consideradas, ou seja, de um lado os direitos e de outro as restrições. Destarte, para a Teoria Externa existem primeiramente os direitos em si, ilimitados, que mediante a imposição de eventuais restrições, convertendo-os em direitos limitados.

Esta dicotomia não impede a existência de direitos sem limitações, no entanto, quando se analisa a colisão de direitos, mais interessante é a aplicação da Teoria Externa, vez que a limitações só surgem a partir destas colisões, servindo como forma de harmonização entre os direitos de cada um dos titulares.

No que concerne às espécies de limitações, os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por uma norma de natureza constitucional, como texto infraconstitucional, no entanto, com fundamento na Magna Carta. Ademais, pode-se ainda afirmar a existência de uma outra limitação, calcada na colisão entre direitos fundamentais mesmo não existindo limitação expressa, e sim, apenas baseada em uma noção de otimização, de preponderância de determinado direito fundamental, face a situação concreta e as condições apresentadas.

Os direitos fundamentais podem trazer limites diretamente estabelecidos pela Constituição, como por exemplo, a limitação do direito à correspondência (artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal)¹¹⁷, exercido no Estado de Sítio (artigo 136, § 1º, inciso I, alínea “b”, artigo 139, inciso III da Constituição Federal)¹¹⁸.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 290.

¹¹⁶ Op. Cit., p. 388/389.

¹¹⁷ É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de abril de 2011.

¹¹⁸ Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e

No que concerne a limitação de natureza infraconstitucional, esta pode ser simples, ou seja, quando o próprio dispositivo legal já enuncia a possibilidade de limitação em decorrência de lei, por exemplo: artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal¹¹⁹; ou uma limitação qualificada, na qual, são estabelecidos pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais, por exemplo: artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, ao especificar a possibilidade de violação por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No que concerne, a colisões de direitos fundamentais mister uma análise da limitação dos direitos fundamentais dentro de uma ponderação proporcional e razoável. O princípio da proporcionalidade funciona como moderador de determinados atos dos poderes públicos – sejam comissivos ou omissivos, como forma de controle dos mesmos, inobstante a sua possibilidade de aplicação nas relações privadas. Desta forma, cumpre lembrar as funções dos direitos fundamentais, como normas de proteção ou de defesa, determinando um agir do ente estatal, obrigando-o não só a intervir de forma preventiva, como repressivamente, inclusive para compelir agressões de particulares.

A proporcionalidade apresenta-se como forma de coibir os excessos, como um dos principais “limites às limitações” dos direitos fundamentais, servindo então como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como, para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção.

Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁰ destaca três desdobramentos do princípio da proporcionalidade: a) adequação ou conformidade, na qual, seja possível alcançar o fim

determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de abril de 2011.

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

a) omissis;

b) sigilo de correspondência; (...).

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I e II – omissis;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de abril de 2011.

¹¹⁹ LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de abril de 2011.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 397/398.

almejado por aquele determinado meio; b) opção pelo meio menos gravoso para o direito objeto de restrição; c) da proporcionalidade em sentido estrito, necessidade de um certo equilíbrio entre os meios utilizados e os fins pretendidos (denominada também de razoabilidade ou justa medida).

Desta forma, a proporcionalidade apresenta-se como um dos critérios de ponderação, quando na necessidade de limitação dos direitos fundamentais, face à colisão de interesses. Não se pode falar em supremacia de um direito face a outro, e sim, dentro de uma colisão, a análise do caso tomando por primado a razoabilidade, e a opção do meio menos gravoso ao que tiver seu direito preterido.

Prudente ainda analisar as chamadas cláusulas pétreas, cuja estas não implicam em necessária imutabilidade do texto constitucional. A imutabilidade das cláusulas pétreas não surge para a proteção do texto constitucional, e sim para proteção dos princípios tutelados a partir daquela norma, no sentido de não se permitir uma reforma, que venha a extirpar do ordenamento, normas de tutela direitos essenciais a uma vida digna.

Neste esteio, os direitos fundamentais podem ser considerados cláusulas pétreas, no entanto, não é correto afirmar que apenas os direitos elencados no artigo 5º da Carta Política de 1988 (direitos e garantias individuais), mas também os direitos sociais (artigos 6º ao 11 da Magna Carta de 1998), direitos à nacionalidade (artigos 12 e 13 da Constituição Federal), bem como os direitos políticos (artigos 14 a 17 da Constituição Federal de 1988).

Não se pode olvidar de mencionar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso das normas que regulamentam os direitos fundamentais, calcada esta proibição no Princípio do Estado Democrático de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, mantendo-se certo nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas; no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana exigindo a satisfação dos direitos fundamentais por meio de ações positivas (direitos sociais), de uma existência condigna para todos, bem como em uma perspectiva negativa, qual seja, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; Princípio da Máxima Eficácia e Efetividade das normas que definem os direitos fundamentais, ensejando uma maior proteção possível; a tutela constitucional de medidas que vedem o retrocesso, tais como direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Os direitos fundamentais podem ser restringidos, outrossim, de forma fundamentada, e de modo menos gravoso para aquele que teve seu direito mitigado, devendo-se ainda resguardar a proibição de retrocesso, servindo esta como forma de garantir primados ou concepções já enraizadas e incorporadas no meio social como direitos essenciais.

2.7 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DEVERES FUNDAMENTAIS

Ao analisar os direitos fundamentais, não se pode furtar a comentar os deveres fundamentais. Respeita-se ainda a máxima do Direito de que direitos, não podem existir sem deveres. A Magna Carte de 1988 faz referência direta aos deveres, quando em seu artigo 5º, *caput*, como capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Em que pese tratar-se de tema pouco desenvolvido pela doutrina, mister trazer premissas sobre tais deveres, como fatores existentes dentro do ordenamento jurídico.

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹²¹ cujo mesmo afirma que os deveres fundamentais implicam na existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito aos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

De forma bastante direta Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹²² afirmam que “*a Constituição não se esgota no ato de conferir direitos, sendo também necessário formular os deveres das pessoas enquanto membros da sociedade e do Estado*”.

Não se pode conceber um Estado, onde só existam direitos. Aliados aos direitos, persistem os deveres, não significando restrições aos direitos fundamentais, mas sim, dentro de uma concepção abstencionista ou inerente a condutas positivas, sejam aplicadas ao próprio Estado, como a particulares.

Os deveres traduzem condutas/abstenções em benefício do Estado ou de particulares, mas principalmente, em prol da sociedade, traduzidas em um benefício comunitário.

A partir de direitos sociais e ecológicos, verificou-se um fortalecimento da noção de deveres fundamentais, além da igual repartição dos encargos comunitários, a igualdade de obrigações com fito de auxiliar no funcionamento da comunidade estatal.

Ingo Wolfgang Sarlet¹²³ traz duas categorias distintas de deveres, a primeira seria inerente aos deveres conexos ou correlatos (aos direitos), que tomam forma a partir de direito fundamental a que estão atrelados materialmente, e os deveres autônomos que não estariam atrelados diretamente à conformação de nenhum tipo de direito subjetivo.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 227.

¹²² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 76.

¹²³ Op. Cit., p. 228.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹²⁴ vão além, identificando 07 (sete) categorias de deveres fundamentais, quais sejam:

- *Deveres estatais implícitos e não autônomos* - consistindo na efetivação dos direitos fundamentais (sobretudo os sociais) por meio de um dever Estatal (políticas públicas), bem como os direitos de resistência e os políticos, dependem do cumprimento do dever Estatal de abstenção.
- *Deveres Estatais explícitos e não autônomos* – por exemplo art. 5º, inciso LXXV da Constituição Federal.
- *Deveres não autônomos dos particulares?* – a garantia de um direito fundamental de um titular depende do reconhecimento de m respectivo dever dos demais, ou seja, o direito de uma pessoa pressuporia o respectivo dever das autoridades do Estado e dos particulares.
- *Deveres autônomos dos particulares* – a Constituição Federal estabelece deveres (ações positivas) de determinadas categorias da população como a educação enquanto dever da família (artigo 205).
- *Deveres de criminalização* – o dever de tipificar e punir criminalmente determinadas condutas (exemplo, artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal).
- *Deveres de tutela* – dever do Estado de proteger ativa e preventivamente o direito fundamental contra ameaças provenientes, principalmente, de particulares. Encontram-se nesta categoria, o dever de mera prevenção de riscos, do dever de fomentar a segurança e, até mesmo, do dever de proibição de condutas a ser imposto pelo Estado.
- *Direitos fundamentais acompanhados de deveres do titular?* – alguns direitos fundamentais podem apresentar, como contrapartida um dever do titular de exercer seu direito de forma solidária, levando em consideração os interesses da sociedade.

Podem ser colecionados ainda na Magna Carta alguns exemplos de deveres fundamentais o dever de solidariedade, decorrente da necessidade de conservação de um meio ambiente salutar (artigo 225¹²⁵), o dever da família com a educação (artigo 205¹²⁶), o dever de votar (artigo 14, § 1º¹²⁷), o dever de conservar a função social da propriedade (artigo 5º,

¹²⁴ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Deveres fundamentais*, In. LEITE, George Salimão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, Salvador: Juspodivm, 2011, p. 327/334.

¹²⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹²⁶ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹²⁷ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

inciso XXIII¹²⁸), serviço militar obrigatório (artigo 143¹²⁹). Outrossim, possível verificar a existência de deveres implícitos, que não estejam expressamente positivados no Ordenamento Jurídico, atentando-se sempre a premissa de que a cada direito, corresponde um dever (correspondência direta e absoluta entre direitos e deveres fundamentais).

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹³⁰ afirmam que os deveres garantidos na Constituição são considerados fundamentais, independente de sua relevância social e política (fundamentalidade formal), conquanto, se se analisar o aspecto substancial (fundamentalidade material) deve-se levar em conta a força jurídica do dispositivo.

Tal como os direitos fundamentais, os deveres apresentam conteúdo defensivo (ou negativo) e prestacional (ou positivo), podem estes serem vislumbrados de forma simultânea, como por exemplo do direito e promoção a saúde, na defesa e usufruto de meio ambiente saudável, no gozo e proteção do patrimônio cultural; desta feita, ter-se-iam como beneficiários dos deveres fundamentais a pessoa ou o ente contraposto direto á conduta devida pelo titular do dever fundamental (beneficiários determinados Estado ou particulares, ou difusos como o meio ambiente, a coletividade).

Destaque Ingo Wolfgang Sarlet¹³¹ que não se pode confundir deveres fundamentais com os limites e as restrições aos direitos fundamentais, tais restrições podem ser justificadas a partir dos deveres fundamentais, em prol dos interesses da sociedade (responsabilidade comunitária dos indivíduos), não significando ainda a prevalência do interesse público sobre o privado.

Destarte, poucas são as discussões sobre os deveres fundamentais, fazendo com os mesmos sejam relegados a condição secundária, no entanto, ousou afirmar que o espelho do direito é o dever, não se pode conceber uma sociedade livre, justa e igualitária, onde só existam direitos. E os deveres devem ser inerentes não só ao próprio Estado, mas mormente aos particulares. O meu direito, enquanto pessoa ou cidadã, limita-se ao direito do meu irmão

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

¹²⁸ XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹²⁹ Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

¹³⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Deveres fundamentais*, In. LEITE, George Salimão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, Salvador: Juspodivm, 2011, p. 336.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 230.

(ser humano). Tais premissas se fossem cumpridas a risco, trazem a lume conceitos balizares ensinados por nossos pais, como respeito, cidadania e igualdade.

3 UMA ANÁLISE DO ACESSO À JUSTIÇA – DA SUA VISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL AOS OBSTÁCULOS À SUA EFETIVAÇÃO

Em que pese o conceito aberto dos Direitos Fundamentais, verificando-os extrai-se as normas que regulamentam a existência digna da pessoa humana, no entanto, comum é a mitigação ou simplesmente violação direta dos mesmos, seja face a omissão/ação Estatal ou ação de entes privados.

Destarte, necessária então a intervenção do Estado-Juiz, com o propósito não só de preservar os Direitos Fundamentais, mas também ofertando mecanismos para o amplo exercício dos mesmos, servindo como garantia de uma existência digna.

Luiz Guilherme Marinoni¹³² bem destaca que:

Não se pode esquecer que, quando se diz que direitos fundamentais incidem verticalmente sobre o Estado, afirma-se que eles geram um dever de proteção ao legislador, ao administrador e ao juiz. Vale dizer que o juiz também tem dever de proteção, e, por isso, de dar tutela (ou proteção) aos direitos fundamentais que não foram protegidos pelo legislador ou pelo administrador.

Nesta senda, o acesso à Justiça apresenta-se como alicerce aos direitos fundamentais, quiçá até como o mais fundamental dos direitos, vez que exsurge como mecanismo hábil a corrigir as violações das normas fundamentais, como *ultima ratio* para a efetivação de premissas fundantes de um Estado Democrático de Direito.

Ao Estado-Juiz é conferido o dever legal de proteção, no sentido de pautar o seu agir para garantir os direitos elencados na Magna Carta. A inafastabilidade da jurisdição é premissa do Estado de Direito (artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal), afirmando Cândido Rangel Dinamarco¹³³ que “(...) aparece o juiz como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos”.

Canal de comunicação, expressão muito bem cunhada por Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmar o importante mister do Judiciário, qual, seja, propiciar a efetivação de direitos, busca um diálogo entre o direito mitigado/violado e solução para esta mitigação/violação.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia do direito fundamental á tutela efetiva sobre o juiz e as partes*, In. LEITE, George Salimão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, Salvador: Juspodivm, 2011, p. 741.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 232/233.

E desta forma, o acesso á Justiça é instrumento que realizará esta comunicação, que informará ao Judiciário que houve a violação de um direito, e que esta deverá ser sanada.

3.1 DO ESTADO LIBERAL AO DEMOCRÁTICO – UMA VISÃO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA CONSAGRAÇÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS

O Estado moderno adotou diversos modelos de Estado de Direito, tendo cada um, conteúdo diferenciado que se refletiu de forma diversa sobre os mecanismos de distribuição da justiça e aplicação do direito, consagrando, portanto, o efetivo acesso à Justiça.

Em um primeiro momento vislumbra-se o Estado Liberal, na qual, cabia ao poder público garantir aos indivíduos a liberdade, neste contexto, prevaleceu a lei no aspecto formal, que sempre levava em conta a vontade geral da maioria e o seu cumprimento consolidava o Estado de Direito, que se insurgiu como forma de combate aos então reinantes regimes absolutistas. Tais premissas podem ser vistas nos ideais da Revolução Francesa.

Tem-se um Estado de Direito calcado no primado da legalidade, tendo em seu conteúdo inicial traços do liberalismo.

Desta forma, a ideologia do Estado Liberal era bem esquematizada, *a priori*, se insurgiu normalmente contra o poder absolutista, ou seja, o Estado em sua suposta atuação de assegurar o bem comum, não tinha limites e isso fica muito claro com a célere expressão do Rei Luís XIV, “*o Estado sou eu*”, o que demonstrava que naquela época não havia nenhum tipo de óbice para que os donos do poder fizessem o que quisessem a seu bel-prazer, colocando o indivíduo numa situação de sujeição total e sem quaisquer tipos de direitos.

Destarte verificou-se que este sistema não assegurava a plena realização do interesse da sociedade, em razão da patente desigualdade entre os homens, dado que o poder público, em atenção a extrema legalidade, não se intrometia nas relações privadas, pois a autonomia da vontade sempre fora um pilar do Estado Liberal.

A atuação estatal deveria intervir o mínimo possível nas relações econômicas e sociais. Tal regime, em países como Alemanha e Itália, serviram como substrato a prática de verdadeiras barbáries, sob o pretexto de se estar cumprindo a lei. Regimes como o absolutista e o fascista, perpetravam diversas arbitrariedades, afirmando que estariam agindo consoante a legislação vigente, cometendo genocídio, saqueando as pessoas e expulsando os cidadãos de seus lares, sob o pretexto de agir *secundum legis*.

O Barão de Montesquieu em seu “*Do Espírito das Leis*”¹³⁴, tinha como preocupação central a divisão das funções estatais entre os vários órgãos, limitando assim o poder do soberano. Neste sentido, ao se dividir o poder em três funções: Executivo, Legislativo e Judiciário, tem-se as funções perfeitamente delimitadas, cabendo então ao Judiciário apenas expressar a vontade da lei genérica e abstrata em um caso concreto, por isso a afirmação clássica de que ele era um poder nulo. O juiz era a boca da lei (*La bouche de La loi*), não havendo margem para a hermenêutica, a interpretação legislativa.

O Estado Liberal de Direito é calcado em premissas como a separação entre Estado e sociedade, a garantia das liberdades individuais (não ingerência do Estado na vida dos indivíduos), a intervenção mínima do Estado na sociedade – por se entender que as relações econômicas e sociais se autorregulariam espontaneamente mantendo um equilíbrio social -, o primado da lei e a adoção do princípio da igualdade formal (igualdade perante a lei) em contraposição à igualdade material.

Por muito tempo, esta estrutura do Judiciário tornou-se conveniente, servindo para atender os anseios da classe dominante, na qual o Estado vislumbrava passivamente as profundas desigualdades, sem nenhuma tomada de posição, fazendo com que o povo se insurgisse e pleiteasse um novo modelo de Estado, em que a lei fosse limitada a premissas fundamentais garantidas na Constituição.

O Estado Social tem por finalidade principal, a defesa dos interesses sociais em detrimento dos interesses individuais. É uma reformulação do liberalismo clássico através da reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social que decorre do “*Welfare State*” neocapitalista que surgiu após a segunda guerra mundial.

Consoante concepção de Mauro Cappelletti¹³⁵, o movimento do acesso à Justiça constitui um aspecto central o Estado Social ou “*Welfare State*”, não se limitando apenas à justiça em seu sentido judicial, abarcando áreas muito mais amplas, como o acesso à educação, ao trabalho, ao descanso, à saúde, etc. Juízes e tribunais converteram-se em elementos fundamentais do Estado social.

Necessitava-se pois, que as garantias obtidas com o Estado Liberal se tornassem efetivas, deixando de ser meramente formais, ou seja, que não tinham aplicação, deixando os menos favorecidos sem instrumentos de proteção.

¹³⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, Volume I, p. 386.

Verifica-se um maior compromisso com a Justiça Social, na qual o individual cede lugar ao coletivo. As concepções liberalistas levaram os trabalhadores à miséria, sendo ultrajados e explorados por seus empregadores, elevando a distância entre as castas sociais, surgindo a necessidade que o Estado passasse a intervir nas relações intersubjetivas, com o fim de manter um equilíbrio das relações sociais e econômicas.

Caracteriza-se o Estado Democrático de Direito por absorver as conquistas do Estado Liberal e do Estado Social. O Estado deve estar engajado na transformação social, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E é traço essencial, na busca de tal transformação, a participação popular nos centros de poder como fator legitimador da ordem jurídica, política, econômica e social.

No Estado Liberal privilegia-se o valor da liberdade em detrimento de todos os outros, no Estado Social e no Democrático eleva-se como valor básico a igualdade material. No Brasil adotaram-se como objetivos fundamentais o artigo 3º da Constituição Federal¹³⁶.

O Estado Neoliberal passou a ser visto como única alternativa possível para a sociedade, caracterizado pela intervenção mínima do Estado nas relações sociais e econômicas, o enfraquecimento dos centros de poder, desemprego, concentração de renda na mão de poucos, falta de efetividade das políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo, ausência de comprometimento com os ideais sociais e de legitimidade dos parlamentares no momento de desempenharem suas funções, e, ainda, a interferência de atores internacionais na governabilidade dos Estados subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

3.2 UMA VISÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Incontestável é o fato de que o acesso à Justiça configura verdadeiro direito fundamental e, consoante outrora afirmado, poder-se-ia até configurá-lo como o direito dos direitos, ou o mais basilar dos direitos fundamentais, uma vez que de pouco adianta existirem os direitos fundamentais, sem os mecanismos necessários ao seu exercício.

¹³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 20 de abril de 2011.

Nas palavras de José Cichocki Neto¹³⁷ “*o nascimento do Estado praticamente coincide com o surgimento do Direito e, ambos, com a criação de mecanismos para a existência do primeiro e a realização do último*”.

No Brasil, os direitos fundamentais encontram-se esculpidos na Carta Magna de 1988 e demais normativos infraconstitucionais, não se podendo olvidar também a presença do acesso à Justiça e seus mecanismos de efetivação, vislumbrando-se não só como acesso ao Poder Judiciário, mas sim, o devido acesso a outros meios de solução extrajudicial dos conflitos, tais como arbitragem, consoante dispõe a lei nº 9.307/96, bem como as recentes inovações legislativas, que buscam a maior efetivação da prestação jurisdicional, desafogando o Judiciário, podendo-se citar as inovadoras lei nº 11.441/2007, que trouxe a possibilidade de realização de divórcios, separações e inventários consensuais extrajudiciais e a lei nº 11.790/2008, que possibilitou a realização de assentos de nascimento fora do prazo, em cartório, mediante a apresentação de duas testemunhas.

É inegável que o intuito do legislador é facilitar a prestação da tutela jurisdicional, proporcionando um maior acesso à Justiça. Nesse sentido, ressalte-se ainda, que a própria Emenda Constitucional nº 45/2004 assegurou o princípio da celeridade, como corolário da prestação jurisdicional adequada, senão vejamos o artigo 5º, inciso LXXVIII que dispõe “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

De início, os primeiros instrumentos constitucionais visavam à limitação dos poderes do Estado e da excessiva interferência do mesmo nas vidas privadas dos cidadãos, uma vez que não havia separação absoluta dos poderes, sendo os conflitos resolvidos por vontade do soberano, o que favorecia o interesse das classes dominantes, em detrimento dos interesses da maioria da população.

Com o crescente declínio dos sistemas absolutistas, consoante outrora referido, surgiu o Estado Liberal com característica predominante abstencionista, ou seja, não intervindo nas liberdades dos cidadãos, não se preocupando com a satisfação das necessidades sociais, no entanto, com o Estado Social vislumbrou-se uma maior limitação das liberdades dos indivíduos em prol da coletividade, priorizando o bem comum, ou melhor, o bem-estar social, possibilitando-se uma existência digna.

As necessidades humanas são ilimitadas, conquanto os bens necessários à sua satisfação são limitados, desta forma, surgem os conflitos de interesses, na antiguidade,

¹³⁷ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 51.

viviam os homens em grupos, possuindo seus meios de solução para os conflitos da forma que reputavam mais justos, seja impondo a vontade do mais forte ao mais fraco, ou pela autocomposição ou heterocomposição.

Não havia, *a priori*, nas sociedades primitivas, ordenamento escrito, mas sim decisões baseadas nos entendimentos dos sacerdotes, que foram os primeiros juízes, bem como, respeitadas as resoluções dos mais velhos, na qual, com o passar dos tempos o direito traduzia-se em conjuntos de decisões, caracterizada por casuísmos, fazendo surgir determinados costumes, que *a posteriori*, os escribas passaram a revelar o conteúdo do direito formado pelo conjunto de decisões, dando origem aos códigos, transformando-se ulteriormente em leis, a exemplo do Código de Hamurabi, século XXIII a.C., em que era reputado como transmitidos pela divindade aos súditos, e continha regras como a proibição da opressão do mais forte pelo mais fraco e a impossibilidade de acesso à Justiça por estrangeiros e escravos, posto que os mesmos não eram considerados cidadãos.

Mauro Vasni Paroski¹³⁸, sobre o acesso à Justiça na antiguidade ensina:

Dessume-se, assim, que naqueles tempos não se podia falar em acesso à justiça ou em tutela jurisdicional de direitos, nos termos em que hoje são concebidos, pois que o direito não era de conhecimento público, obstando que se pudesse falar em direito de ação, como via de acesso àqueles que detinham o poder de julgar, exigindo-lhes uma solução justa para os conflitos, isto é, de conformidade com o direito, inexistindo os instrumentos incorporados pelos sistemas processuais mais modernos. A justiça era o que decidiam os sacerdotes com base em suas próprias convicções e na jurisprudência dos precedentes, consubstanciados pelas decisões anteriores, dos mesmos ou de outros julgadores. Não havendo uma instituição democraticamente posta à disposição do homem, com outorga de garantias que possibilitassem o acesso à mesma, tudo se resumia à vontade dos sacerdotes, e numa fase mais avançada, ao conselho dos mais velhos da comunidade. O casuísmo era uma das notas distintivas do direito da época, e por extensão, da solução das controvérsias.

Neste sentido, poder-se-ia afirmar que se vivia na antiguidade um direito dito consuetudinário, onde as codificações e as primeiras leis surgiram em momento posterior.

De seu turno, a Escola de Pitágoras expressava a justiça na forma geométrica do quadrado, que com seus lados perfeitamente iguais, expressaria a igualdade das partes; Aristóteles, por sua vez, influenciado pelo pensamento de Pitágoras, formulou a teoria da justiça, tendo por alicerce às medidas de igualdade à proporcionalidade; foi o primeiro a falar em subsunção da norma aos fatos pelo juiz, este como responsável pela adaptação da norma ao caso concreto. No pensamento aristotélico o supremo bem era a felicidade advinda da justiça, mas, por mais paradoxal que possa parecer, admitia o referido filósofo, a escravidão.

Para Sócrates as leis teriam fundamento racional e não arbitrário, pregando à obediência às mesmas, mesmo que injustas, sendo o Estado indispensável para a convivência do homem em sociedade, devendo esta convivência harmoniosa ser garantida pelas leis, neste contexto, as leis existiam para serem cumpridas independentemente do fato de serem ou não justas, não se verificando ainda as garantias do homem contra o Estado e seus mecanismos de efetivação.

Não se pode olvidar de trazer à baila os pensamentos de Platão, cujo mesmo reconheceu as deficiências do mundo empírico e pregava o respeito à personalidade humana, circunscrita aos homens livres, e que os governantes deveriam estar sujeitos às leis do Estado, para evitar a anarquia.

No auge da democracia grega, o acesso à Justiça era amplo e quase irrestrito, sendo prudente destacar a informação de Pinheiro Carneiro *apud* Mauro Vasni Paroski¹³⁹:

[...] na Grécia, mesmo no auge da democracia, a quantidade de cidadãos era muito pequena em proporção à totalidade das pessoas, e apenas os primeiros tinham acesso à justiça, acrescentando que foi Atenas “o berço da assistência judiciária aos pobres. Naquela época, anualmente, eram nomeados dez advogados para prestar assistência jurídica àquelas pessoas consideradas à época como carentes”.

Ironicamente, Mauro Cappelletti¹⁴⁰ trata o problema do acesso à Justiça pelos mais pobres, como uma problemática já bastante envelhecida, destacando o brocardo latino de Ovídio “*Curia pauperibus clausa est*” (*O tribunal está fechado para os pobres*), enaltecendo ainda que na Roma pré-imperial o único modo do pobre agir e defender-se em juízo era o de valer-se de um rico e poderoso “patrono”, com todas as implicações de sujeição.

Prudente destacar, ainda no sistema romano, o Edito de Caracalla (212 d.C.) também conhecido como Constituição Antoniana, na qual era concedida cidadania romana a todos os povos sob seus domínios, destarte, a cidadania romana era estendida a todas as pessoas, garantindo, portanto, a todos o acesso aos órgãos e meios existentes então para a solução de controvérsias.

Neste íterim, o Estado chamou para si a responsabilidade de solucionar os conflitos de interesses, na qual numa primeira etapa o sujeito comparecia na presença do pretor, cujo este elaborava a regra a ser aplicada e indicava o árbitro para dirimir a controvérsia, num

¹³⁸ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008, p. 105.

¹³⁹ Op. Cit., p. 153.

¹⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 190.

segundo momento o pretor além de elaborar a regra também julgava a demanda, aplicando o direito e submetendo as partes à sua decisão, podendo-se falar verdadeiramente em jurisdição.

Diz-se a Idade Média como época de escuridão, onde os súditos eram submetidos ao arbítrio dos soberanos, cujos estes acreditavam serem representantes de Deus na terra. Neste período, diversas atrocidades foram cometidas contra a humanidade por motivos de natureza religiosa, posto que a Igreja servia à nobreza. Foram ceifadas as vidas de milhares de pessoas ditas hereges, somente se modificando esta realidade com o movimento renascentista e depois com o Iluminismo, não mais sendo aceita a ideia de que se podia julgar, condenar e matar as pessoas simplesmente porque possuíam modos distintos de conceber a fé, professando outras religiões.

A partir da renascença, o homem voltou a ser o centro das atenções, retomando-se o pensamento greco-romano. A influência da religião sobre o direito chegou a tal ponto de se criar o direito canônico, havendo de certa forma um pluralismo jurídico, na qual vigiam simultaneamente mais de uma ordem jurídica e o entendimento do que seria acesso à Justiça não se coaduna com o modelo atual, mas havia acesso a um julgamento que a sociedade considerava justo.

No que concerne ao Estado Moderno, calcava-se de início sob o primado de que o direito natural não era fruto de Deus, e sim da razão humana. O primeiro pensador da época fora Hugo Grotius (1583 a 1645), sendo o ápice alcançado com os pensamentos de Rousseau (1712 a 1778), na qual ainda se acreditava na origem divina do poder do soberano, mas se esboçava uma reação a sua não limitação, passando-se a acreditar que a finalidade do poder estatal era a felicidade do povo.

O século XVIII ficou conhecido como século das luzes, destacando a insurreição das colônias norte-americanas em 1776, apresentando a Declaração de Direitos da Virgínia, que precedeu à Independência Americana, assim como a Revolução Francesa¹⁴¹ de 1789, significando a universalização dos direitos humanos. Houve uma adesão da classe burguesa às premissas pregadas por filósofos iluministas como Montesquieu, Diderot e Rousseau, que sustentavam a igualdade de todos perante a lei, a tolerância religiosa e a livre expressão do pensamento.

Ressalte-se, de oportuno que, a Revolução Francesa defendia a necessidade de limitar os poderes do Estado, encampando princípios como a separação de poderes, legalidade

¹⁴¹ Com a Revolução Francesa, destacam-se duas ideias, a primeira é a qual todo o privilégio em matéria de jurisdição fica abolido, todos os cidadãos, sem distinção, litigarão da mesma forma e perante os mesmos juízes, nos mesmos casos. A segunda é a ideia de que os juízes administrarão gratuitamente a justiça.

(especialmente em face da proteção da liberdade, da autonomia privada e da propriedade), sendo que a igualdade que se pensava era a formal, ou seja, abstenção do Estado nos assuntos privados. Tal visão da igualdade era utópica, posto que absoluta, e a visão tida dos juízes era que os mesmos representavam o poder soberano, garantindo a prevalência dos interesses deste, na qual, necessário seria reduzir o poder dos juízes, outorgando-lhe a função de apenas declarar o conteúdo da lei.

Interessante é a conclusão a que chega Mauro Vasni Paroski¹⁴²:

Surge, então, um paradoxo: formalmente a Constituição garante igualdade entre os homens, mas tal não tem o condão de assegurar o acesso à justiça, que não é objeto de preocupação, revelando a pouca importância dada ao judiciário naqueles tempos. Buscava-se, através dos movimentos intelectuais e sociais, a priorização do homem, mais precisamente, de todos os homens, começando a nascer, ainda em fase embrionária, as ideias que levariam a uma diferenciação entre igualdade formal e igualdade material, como forma de desenvolvimento de uma teoria que pudesse amparar uma prática de inclusão social, em que houvesse melhor distribuição das riquezas, eliminando-se o quanto possível os graves problemas sociais provocados pela ideologia então dominante.

No que concerne ao Estado Contemporâneo, a partir da segunda metade do século XIX, iniciou-se uma disputa entre a burguesia e o proletariado, notória era a influência de Karl Marx cujas percepções apontavam as mazelas do capitalismo, da concentração de riquezas, da exploração de trabalhadores e do empobrecimento da maioria do povo. No que concerne ao acesso à Justiça, destaca-se a influência do direito do trabalho, entendendo-se o trabalhador como parte mais fraca da relação, dando-se ênfase na justiça laborativa a conciliação, a informalidade e a simplicidade, e determinando a inversão do ônus da prova em algumas situações.

Nas primeiras décadas do século XX, passou-se a ser necessária a intervenção do Estado para assegurar direitos, nesta fase fazia-se imprescindível a intervenção Estatal para a garantia da igualdade material, real e concreta, como forma de efetivar o acesso aos menos favorecidos economicamente.

As atenções voltaram-se para a concretização dos direitos sociais e para a tutela dos direitos sociais, englobando a tutela dos mais fracos nas suas relações com os mais fortes. São desta época a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, ambas portadoras de reconhecimento e proteção de direitos sociais. O Juiz não pode mais ser apenas

¹⁴² PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008, p. 160.

a mera boca da lei, exigindo-se então uma maior atividade hermenêutica, um criar judicante, um juiz pensador.

Mauro Vasni Paroski¹⁴³ dispõe ainda que:

Nesse contexto, é de se afirmar que a sociedade atual exige que o juiz não seja mais exclusivamente um mero expectador da vida social, aplicando mecanicamente a lei ao caso concreto, num apego desmensurado a um legalismo aparente e injusto. A ampliação do catálogo de direitos fundamentais, que nunca está completo, mas sempre autorizando uma complementação, conforme as novas necessidades surgidas dos avanços sociais em diversos campos do conhecimento humano e das próprias experiências concretas da vida em sociedade, a democratização dos países, o aprimoramento dos direitos de cidadania e os virtuais prejuízos que o atual modo de produção capitalista, isto é, a globalização, defendida com veemência pelos neoliberais e que parece ser irreversível, têm exigido aprimoramentos constantes nos modos de solução dos conflitos de interesses, tanto os individuais como os coletivos, mas não só de solução, mas de garantia de uma vida digna e de prevenção do próprio litígio.

Não pode o juiz ser mero aplicador da lei, servindo apenas para dizer o direito. O juiz, hodiernamente, não pode mais ser visto como a boca da lei, e sim, deve exercer a sua função criativa, não podendo se limitar a realizar a subsunção dos fatos à lei, e sim, interpretar a norma, amoldando-a ao caso *sub judice*.

O Magistrado deve exercer atividade racional, devendo julgar com equidade, de acordo com sua livre e motivada convicção. Se assim não fosse, simples seria o exercício da atividade judicante por uma máquina, fria e sem qualquer sentimento, sem se preocupar com os detalhes do caso que se encontra em apreço.

Até os primeiros anos do século XIX no Brasil, não havia nas ordenações ou em qualquer tipo de lei alguma disposição que garantisse às pessoas o direito de provocar os órgãos judiciários em caso de lesão ou ameaça de lesão a direitos, tampouco despertava esta matéria grande interesse científico da maioria dos estudiosos.

As Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil (a partir de 1603), regulamentaram apenas a assistência judiciária devida aos necessitados, concedendo-lhes o direito de ter patrocínio por advogados, em certas situações, com preeminência dos mais experientes e de maior prestígio, como forma de alcançar a igualdade material, ao menos no que concerne a paridade de armas.

A Constituição de 1824 concentrava o poder na pessoa do imperador, sendo quatro os poderes no Brasil: Moderador, Executivo, Legislativo e Judicial. O regime monárquico,

¹⁴³ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008, p. 167.

não reconhecia ao Judiciário a dignidade de um poder do Estado, submetendo-o à autoridade do poder Moderador, exercido pelo monarca.

A Constituição Imperial tratou de assegurar os ditos direitos civis e políticos, além de perceber um incipiente processo legal, como meio pelo qual alguém poderia ser condenado ou perder os seus bens. De início, difícil era o acesso aos tribunais face ao valor exorbitante das custas, bem como havia dificuldade em se constituir advogado.

Por sua vez, no Período Republicano, o acesso à Justiça no Brasil continuou da mesma forma, sendo relegado a segundo plano até então, sem grandes avanços, na qual os primeiros anos de República foram justamente os das primeiras experiências dos ideais do Estado Liberal, cuja doutrina admitia apenas liberdade e igualdade formais, divorciados da realidade.

A Constituição de 1891 contemplou o acesso à Justiça de forma a efetivar o direito de petição aos Poderes Públicos, como forma de tutelar contra eventuais abusos das autoridades¹⁴⁴. No entanto, a referida Carta Constitucional, trouxe ainda a possibilidade de se exercer interpretação extensiva, garantindo a efetivação de direitos e garantias não especificados no corpo do texto legal¹⁴⁵.

De seu turno, a Constituição de 1934, em que pese ter evoluído em relação aos direitos fundamentais, posto que passou a colecionar direitos fundamentais de natureza civil, política e, mormente, social, no entanto, no que concerne ao acesso à Justiça, restaram incumbidos a União e o Estado da assistência judiciária, verificando-se ainda a isenção de custas e emolumentos. No entanto, havia uma previsão genérica do dever assistencial, não trazendo o texto constitucional os efetivos mecanismos e instrumentos aptos à efetivação do acesso, carecendo então, de regulamentação específica para se garantir o exercício de tais premissas¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de abril de 2011.

¹⁴⁵ Art. 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de abril de 2011.

¹⁴⁶ Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de abril de 2011.

Getúlio Vargas ofertou ao povo brasileiro a Constituição de 1937, sendo esta, portanto, outorgada, representando um retrocesso no Estado Social outrora implantado na Carta Constitucional de 1934, conferindo poderes quase que absolutos ao Presidente da República. Determinou a Carta Constituição de 1937 a extinção da harmonia e independência dos poderes, tendo sido declarado estado de emergência, passando a ser o Executivo chefe supremo do Estado, na qual o Presidente da República era a autoridade máxima do país, podendo inclusive nomear interventores para controlar os demais poderes e os Estados da federação.

A Constituição Federal de 1946¹⁴⁷ trouxe expressamente o acesso à Justiça no Brasil, com *status* de direito fundamental, em um sistema em que poucos tinham seus direitos garantidos, ficando a maioria da população relegada à própria sorte.

A supra mencionada Carta Constitucional pôs fim ao modelo ditatorial imposto na década de 30, tentando reestruturar o regime democrático, assegurando os direitos individuais e sociais, e a divisão e harmonia dos poderes. Outrossim, reestabeleceu de forma expressa o direito fundamental de acesso à Justiça a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional.

Por sua vez, a Constituição de 1967¹⁴⁸ também previu expressamente o acesso à Justiça, sob o manto da inafastabilidade da jurisdição. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 1/1969¹⁴⁹ manteve a redação original dos dispositivos da Carta Constitucional de 1967, trazendo ressalvas quando a atuação do Comando Supremo da Revolução de 1964, denotando-se uma certa garantia quanto aos atos decorrentes do autoritarismo e os abusos perpetrados pelo Estado.

¹⁴⁷ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de abril de 2011.

¹⁴⁸ Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de abril de 2011.

¹⁴⁹ Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1964;

II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de abril de 2011.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 não traz qualquer restrição ao acesso à Justiça, sendo este amplo e irrestrito, previsto como direito fundamental, sendo verdadeira efetivação ao primado de que o Brasil é Estado Democrático de Direito, onde se consagra a inafastabilidade da jurisdição¹⁵⁰. Todo indivíduo, tem o direito de exigir a atuação do Estado-Juiz, não só para impedir intervenções ilegais do Estado na esfera privada do cidadão, mas também, de poder buscar a tutela jurisdicional do Estado, para que sejam implementadas políticas públicas que o ente Estatal efetivamente deveria implementar, seja garantindo o mínimo a uma vida digna, bem como, impedindo violações perpetradas pelos próprios particulares.

Sobre a inafastabilidade da jurisdição, esclarece Bento Herculano Duarte Neto¹⁵¹:

O fato é que o princípio da inafastabilidade da jurisdição é imprescindível a que tenha uma verdadeira democracia. O Estado dentre outras, possui uma função jurisdicional, de forma a que não pode se eximir de dirimir os conflitos de interesses que lhe são submetidos. Deve-se, aliás, garantir o acesso do cidadão ao Judiciário, de forma que possa provocar a jurisdição e ser respondido em sua provocação, em princípio não importando o conteúdo da resposta exarada. É por isso que o objeto imediato, de toda e qualquer ação é a emissão de um provimento jurisdicional, sendo o mediato o acolhimento da pretensão.

Repise-se ainda, que aos considerados hipossuficientes, é assegurada assistência jurídica integral e gratuita, verificando uma maior preocupação do constituinte para com a maioria da população brasileira, que ocupa as castas mais pobres das escalas sociais, que vivem abaixo da linha da pobreza, e que não tem como custear as despesas com a busca da prestação jurisdicional do Estado¹⁵².

¹⁵⁰ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de abril de 2011.

¹⁵¹ DUARTE NETO, Bento Herculano. *Princípios de direito processual civil*. Disponível no site www.videolivriaria.com.br. Acessado em 13 de junho de 2011.

¹⁵² Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de abril de 2011.

3.3 DO ACESSO À JUSTIÇA DENTRO DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL – UMA VERIFICAÇÃO DO INSTITUTO SOB O PRISMA DO DIREITO COMPARADO

O acesso à Justiça deve ser concebido sob o prisma da ordem jurídica internacional, como uma busca constante traçada em diversos ordenamentos, e mecanismo eficaz à realização dos direitos dos indivíduos. A igualdade do cidadão perante a lei traduzir-se-ia como igualdade perante a Justiça, e por fim, como verdadeira igualdade social.

O saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do Supremo Tribunal Federal, *apud* Danielle Annoni¹⁵³ destacou a importância e a essencialidade da garantia do acesso à Justiça, enfatizando que:

[...] o maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários à sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos necessários de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional.

Dentro dos sistemas da *common law*, o ordenamento jurídico inglês enfrenta problemas quanto ao tempo e custo do processo, a tentativa de superação destes obstáculos resultou no *Courts and Legal Services Act* (1990) do Parlamento inglês, dividindo-se a competência para julgamento entre a *High Court* e as *County Courts*. As primeiras com competência para decidirem sob procedimentos mais rápidos, permitindo que as ações, destinadas àquelas, fossem transferidas às últimas, de ofício ou por provocação das partes, em qualquer estado do processo, dependendo do valor atribuído à causa; da relevância da questão discutida; da complexidade dos fatos; da decisão a ser proferida; e, ainda, quando a transferência da ação favoreça à rapidez do julgamento.

Mauro Cappelletti¹⁵⁴ bem destaca que desde 1949, o sistema inglês, baseando nas premissas do “*Welfare State*”, bem resguarda um serviço de *legal advice* (consultoria extrajudicial), bem como o serviço do *legal aid* (patrocínio), administrados no entanto, por profissionais liberais, compensados pelo Estado.

Destaque-se ainda, a possibilidade de punição sumária (*Contemp of Court*), daquele que de qualquer forma, obstruir o curso da administração da justiça.

¹⁵³ ANNONI, Danielle. Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2009, p. 115.

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 197/198.

Por sua vez, o sistema norte-americano é construído sob a premissa do *due process of law*, que resguarda em sentido amplo a garantia do “processo” legislativo e, também, a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição.

No entanto, um dos instrumentos mais eficientes de acesso à Justiça do direito norte-americano, embora seja construção do direito inglês, é o *class action*, cuja finalidade principal é a defesa dos interesses de grupo.

Merece ainda destaque dentro do sistema norte-americano a vasta rede de “*Neighbourhood Law Firms*” (estudos legais de vizinhança), não se excluindo como meta uma evolução do tipo inglês e talvez uma forma de seguro social (*judicare*).

De seu turno, os sistemas da *Civil Law*, como o direito espanhol, a garantia do acesso à Justiça vem expressamente prevista na Constituição Espanhola¹⁵⁵ (1987), que assegura não apenas a tutela jurisdicional, mas a tutela efetiva no exercício dos direitos, bem como, o direito a um processo rápido.

Por sua vez, a Constituição Argentina de 1853, embora não mencione expressamente à garantia do acesso à Justiça, referindo-se apenas ao direito de “*peticionar a las autoridades*” (artigo 14) em capítulo reservado à declaração de direitos e garantias, a cláusula do acesso pode ser inferida do disposto pelo artigo 18 que enuncia inúmeros princípios processuais.

Desta feita, Danielle Annoni¹⁵⁶ destaca a relevância crucial conferida hoje ao acesso à Justiça, mormente em âmbito internacional, lecionando que:

Não é de admirar, dessa forma, que o direito ao acesso à justiça tenha adquirido particular importância ao longo das últimas décadas, deixando simplesmente de fazer parte do rol dos direitos reconhecidos como essenciais ao homem, mas sim, passando a ser reconhecido como o mais fundamental deles, no sentido de que torna possível sua materialização. (...) Isso porque a maior ameaça aos direitos do homem reside, essencialmente, na incapacidade do Estado em assegurar sua efetiva realização. Essa incapacidade, revelada pela ausência de mecanismos de materialização dos direitos reconhecidos, traduz-se na negação do próprio Estado, constituído como democrático e de Direito.

¹⁵⁵ Art. 24 – 1: *Todas las personas tienen derecho a obtener La tutela efectiva de los jueces y tribunales en El ejercicio de sus derechos e inetereses legítimos, sin que, em ningún caso, pueda producirse indefensión. 2: asinismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por La ley, a La defensa y La asistencia al letrado, a ser informados de La acusación formulada contra ellos, a um proceso público sin dilaciones indebidas y com todas lãs garantias, a utilizar los médios de prueba pertinenets para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesar culpables u a la presunción de inocência.* Consoante consulta no livro CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 92.

¹⁵⁶ ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 114.

Neste esteio, o acesso à Justiça na ordem internacional, não deve ser vislumbrado apenas sob o prisma do buscar o acesso a uma ordem jurídica interna, mas principalmente, a possibilidade daqueles que têm seus direitos fundamentais violados, e o seu Estado mantêm-se inerte quanto aos seus reclames, socorrer-se das cortes internacionais.

A proteção dos direitos humanos não deve ficar adstrita a proteção exercida pelo próprio Estado, ou seja, não se devendo reduzir à competência nacional exclusiva ou jurisdição doméstica única, revelando um legítimo interesse internacional. Nesta senda, a partir desta concepção internacionalista tem-se duas inovações relevantes: a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção de direitos humanos; b) cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional.

O sistema global de proteção dos direitos humanos¹⁵⁷, ocorre no âmbito das Nações Unidas, instrumentos normativos de alcance geral e instrumentos de alcance específico, como as convenções que versam sobre tortura, violência contra a mulher, discriminação racial, violação dos direitos das crianças, dentre outras. No entanto, ao lado do sistema global de proteção, tem-se sistemas normativos regionais de proteção dos direitos humanos, que buscam a internacionalização dos direitos humanos, nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África.

Interessante trazer a baila disposição do art. 29¹⁵⁸ da Convenção Americana de Direitos Humanos, sobre a primazia da efetivação dos direitos humanos, na qual, a Convenção deve ser interpretada de forma extensiva, com o propósito de preservar os direitos humanos e os mecanismos ávidos à sua efetivação.

Uma vez que o Estado adota o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa então, a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo em que os direitos fundamentais são respeitados em

¹⁵⁷ Mister agora, esclarecer que o uso da expressão direitos humanos, refere-se à defesa dos direitos fundamentais na ordem internacional, sendo semelhante os seus significados conceituais.

¹⁵⁸ Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de outubro de 2010.

seu território. Verifica-se, destarte, um consentimento do órgão estatal para o exercício de um controle e fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instruções nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente.

A proteção dos direitos humanos no âmbito internacional é de natureza complementar ou coadjuvante da que oferece o direito interno dos Estados, ou seja, não se pretende retirar a competência dos Estados para a proteção dos direitos dos cidadãos, no entanto, na ausência de amparo ou de proteção aquém da necessária, podendo, portanto, o sistema interamericano atuar com o propósito comum de proteger um dado direito que o Estado não garantiu, ou preservou menos do que deveria.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos tem sua origem histórica com a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá – 1948), aprovada na 9ª Conferência Interamericana, ocasião em que também se celebrou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos é composto principalmente por quatro diplomas normativos: a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); b) a Carta das Organizações dos Estados Americanos (1948); c) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – 1969) e; d) Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto de San Salvador – 1988).

A obrigação geral de respeito aos direitos humanos é implementada por dois sistemas distintos de responsabilização dos Estados Americanos violadores desses direitos. O primeiro sistema é o da Organização dos Estados Americanos (OEA), que utiliza os preceitos primários da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O segundo sistema, mais completo e complexo, é o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, que têm por integrantes apenas uma parte dos Estados Americanos, em razão da coexistência dos dois sistemas.

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratando-se a Convenção Americana¹⁵⁹ de um tratado multilateral, dos quais dos 35 (trinta e cinco) Estados-membros da Organização dos Estados

¹⁵⁹ A Convenção Americana foi assinada em San José, Costa Rica em 1969, entrando em vigor em julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado, no entanto, países como Estados Unidos e Canadá ainda não ratificaram a Convenção.

Americanos (OEA), 25 (vinte e cinco) Estados ratificaram a Convenção¹⁶⁰, confirmando, portanto, a competência da Corte Interamericana para processar casos de violação dos direitos humanos.

O Brasil subscreveu a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, entrando em vigor a partir do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, que determinou o integral cumprimento dos direitos disciplinados no Pacto de San José da Costa Rica.

A Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos, destacando-se o direito à personalidade jurídica, à vida, a não ser submetido à escravidão, à liberdade, a um julgamento justo, à compensação em caso de erro do judiciário, à privacidade, à liberdade de consciência e religião, à liberdade de pensamento e expressão, à resposta, à liberdade de associação, ao nome, à nacionalidade, à liberdade de movimento e residência, de participar do governo, à igualdade perante a lei, à proteção judicial, enfim, são 82 (oitenta e dois) artigos, que traduzem um sistema de proteção integral de direitos humanos.

Nesta senda, a Convenção Americana estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia, sendo este integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão tem competência para investigar toda comunicação que contenha denúncias de violações de direitos humanos, de acordo com o procedimento disposto no artigo 44 e seguintes da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

A principal função da Comissão Americana é promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, cabendo fazer recomendações aos governos dos Estados-partes provendo a adoção de medidas adequadas à proteção destes direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; requisitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; submeter um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Outrossim, pode-se afirmar que uma das principais funções da Comissão é examinar as petições encaminhadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda entidade não-governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção por Estado que dela faça parte, nesta senda, não tem o indivíduo o acesso direto à Corte, mas

¹⁶⁰ Argentina, Honduras, Barbados, Jamaica, Bolívia, México, Brasil, Nicarágua, Chile, Panamá, Colômbia, Paraguai, Costa Rica, Peru, El Salvador, República Dominicana, Equador, Suriname, Guatemala, Trinidad e Tobago, Granada, Uruguai, Venezuela e Dominica.

poderá dar início ao procedimento de processamento internacional do Estado com a apresentação de petição à Comissão (artigo 44 da Convenção Americana¹⁶¹).

O indivíduo ainda não tem capacidade postulatória direta à Corte Interamericana, como ocorre no sistema europeu, deve outrossim, peticionar à Comissão.

De seu turno, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial autônoma, não sendo órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), mas sim da Convenção Americana, podendo ser provocada apenas pela Comissão Interamericana e pelos Estados-partes, não havendo a legitimação do indivíduo, conforme artigo 61 da Convenção¹⁶².

O caso só pode ser submetido à Corte, se o Estado-parte reconhecer, mediante declaração expressa e específica, a competência da Corte. O Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo 89, de 03 de dezembro de 1998, sendo que 21 (vinte e um) Estados¹⁶³ já reconheceram esta competência.

No plano consultivo, qualquer membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à prestação dos direitos humanos nos Estados americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais.

Sobre a competência contenciosa da Corte, essa sempre se manifestará sobre o julgamento dos casos de violação aos direitos humanos trazidos pela Comissão, ou seja, no plano contencioso a competência da Corte para o julgamento de casos é limitada aos Estados-partes da Convenção que a reconheçam expressamente. Se realmente a Corte reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado, podendo ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima.

¹⁶¹ Art. 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de outubro de 2010.

¹⁶² Art. 61.

1. Somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

Sua competência encontra-se definida no art. 33 da Convenção Americana, podendo ser acionada por qualquer país-membro da OEA para interpretar norma relativa a tratados de direitos humanos no sistema interamericano.

Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de outubro de 2010.

¹⁶³ Argentina, Honduras, Bolívia, México, Brasil, Nicarágua, Chile, Panamá, Colômbia, Paraguai, Costa Rica, Peru, El Salvador, República Dominicana, Equador, Suriname, Guatemala, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

3.4 DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Extenso é o leque de direitos esculpidos na Carta Magna de 1988 e reputados como direitos fundamentais, direitos estes que são tidos como normas autoaplicáveis e que servem para resguardar a integridade física e psíquica dos cidadãos brasileiros, tutelando assim, a efetiva dignidade da pessoa humana, como corolário da formação do cidadão, ou melhor, não se pode sequer afirmar que os direitos fundamentais são jungidos apenas aos cidadãos, ao revés, são extensíveis a toda e qualquer pessoa que resida no território nacional, brasileiro ou não.

Neste sentir, o artigo 5º da Constituição Federal prevê dentre os direitos fundamentais o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à intimidade, dentre outros, dos quais, não adiantaria um rol tão extenso de direitos fundamentais, sem que se fale em acesso à Justiça.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁶⁴ ao analisar o acesso à Justiça bem ressalta que:

[...] é mais o que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter. Seja porque a lei veda a satisfação voluntária de dadas pretensões (v.g., anulação de casamento), seja porque a pessoa de quem se poderia esperar a satisfação não satisfaz (inadimplemento), quem não vier a juízo ou não puder fazê-lo renunciará àquilo a que aspira.

Ousado talvez seja dizer, que o acesso à Justiça é o direito dos direitos, ou o mais fundamental dos direitos, no entanto, o que adiantaria ter todo um acervo de normas de caráter material, sem que existissem mecanismos para sua efetivação, sem que os indivíduos pudessem buscar a efetivação de seus direitos, solucionando eventuais conflitos de interesses, pondo fim aos atos que violam preceitos normativos que lhes são outorgados.

Boaventura de Sousa Santos¹⁶⁵ afirma que o “*direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais*”.

Em igual sentido, Mauro Vasni Paroski¹⁶⁶ destaca:

O acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 334/335.

¹⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O social e o Político na pós-modernidade*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999, p. 167.

¹⁶⁶ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008, p. 138.

quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais da jurisdição.

Valiosa ainda é a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁶⁷:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. 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.

Destarte, não se pode falar em exercício ou em manutenção de direitos, sem que se pudesse oportunizar o efetivo acesso à Justiça, não só falando-se em provocação do Poder Judiciário, mas também, de meios extrajudiciais para solução de conflitos.

Com clarividência dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)*”.

O denominado “princípio da inafastabilidade da jurisdição”¹⁶⁸ traz como premissa a possibilidade que todas as pessoas têm de resguardarem seus interesses, fazendo cessar lesões aos seus direitos, significando o rompimento de barreiras e a introdução de mecanismos de facilitação não somente ao ingresso em juízo, mas também de fornecimento de meios suficientes ao desenvolvimento do procedimento, com a redução de custas, duração razoável do processo e, mormente, paridade de meios de defendê-los, ou seja, isonomia no âmbito processual.

Não adiantaria o efetivo acesso à Justiça, quando se digladiam de um lado uma pessoa dita pobre que, por exemplo, recebe por mês importância igual ao salário mínimo e que não possui condições de custear as despesas processuais, nem tampouco contratar um advogado e do outro lado, grande empresa ou pessoas com abastados recursos financeiros, ou na melhor acepção de Mauro Cappelletti e Bryant Garth litigante “*habitual*”, profundo conhecedor das normas, ciente de que ainda hoje, o mais forte consegue sobrepujar o mais fraco.

O acesso à Justiça, não significa apenas a oferta de mecanismos para se propor a demanda, mas acima de tudo, a busca a uma ordem jurídica justa, propor e defender-se nas

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 42.

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 360, bem afirma que a garantia de ingresso em juízo consiste em garantir às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas (universalização da jurisdição).

demandas promovidas contra si, igualdade de condições endoprocessuais, e ao final, ter direito a uma decisão judicial pautados sob preceitos fundamentais e devidamente motivada.

Neste sentido, cumpre destacar o entendimento de José Cichocki Neto¹⁶⁹:

Sob essa ótica, o acesso à justiça não implica somente na existência de um ordenamento jurídico regulador das atividades individuais e sociais mas, concomitantemente, na distribuição legislativa justa dos direitos e faculdades substanciais. Assim, no conceito de acesso à justiça, compreende-se toda atividade jurídica desde a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação, com justiça. É exatamente nesse sentido mais amplo que deve ser tomada a expressão “acesso à justiça”.

Sob igual premissa, interessante o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco¹⁷⁰, cujos mesmos afirmaram:

Acesso à justiça não se identifica, pois, como mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. [...] O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias.

A luta pelo acesso à Justiça torna-se cada vez mais difícil, quanto mais pobre seja a pessoa. Observam-se obstáculos não só de ordem financeira, mas também, decorrentes da própria ausência de conhecimento dos mais humildes.

Neste sentido, valiosa a contribuição de José Herval Sampaio Júnior¹⁷¹ “*Primeiro é essencial que se extirpe do mundo jurídico a compreensão de que o acesso à justiça se limita tão-somente ao direito de uma sentença, mesmo de mérito*”.

E ainda arremata o mesmo “*Tem-se que verdadeiramente permitir à população acesso à justiça no sentido de dotar o cidadão mais pobre, que é a maioria esmagadora quem mais necessita da Justiça e quem menos tem acesso de meios que lhe permitam levar suas angústias a esse Poder*”¹⁷².

¹⁶⁹ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63.

¹⁷⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33.

¹⁷¹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional. Nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008, p. 122.

¹⁷² Op. Cit., p. 122.

Em igual sentido, enfatiza José Cichocki Neto¹⁷³ que “*Indubitavelmente, a pobreza, ainda, constitui fator de maior gravame ao acesso à Justiça*”.

E o mesmo conclui seu raciocínio afirmando que “*(...) é hipocrisia acreditar que o modelo nacional satisfaz plenamente as exigências da justiça. A determinação constitucional, insculpida no inciso LXXIV não passa, ainda, de mera esperança de realização efetiva*”¹⁷⁴.

Cumprido destacar ainda, o entendimento de Ivan Lira de Carvalho¹⁷⁵ cujo este destaca:

Embora a justiça total seja uma utopia, é perfeitamente possível o atingimento da "ordem jurídica justa", desde que vencidas as principais barreiras que impedem o acesso à justiça: as econômicas, as sociais, as culturais e as jurídicas. As classes economicamente mais desfavorecidas têm menos chances de conseguir uma tutela jurisdicional eficiente [...].

Não se pode negar que muitos são os direitos mitigados, e poucos são aqueles que buscam a tutela jurisdicional do Estado, no afã de garantir os seus interesses, seja porque não têm conhecimento ou porque não dispõem de recursos financeiros para custear as despesas processuais e os honorários advocatícios.

É neste diapasão que surge a Defensoria Pública como órgão imbuído de efetivar o acesso à Justiça, servindo de fomento à efetivação da dignidade da pessoa humana e como meio eficaz de exercício da cidadania.

O acesso à Justiça não pode ser trazido como fundamento de que todas as demandas da sociedade devam ser apresentadas ao Judiciário, mas, sobretudo, que não vivemos mais sob o prisma da lei do mais forte, Lei de Talião, na qual a justiça era imposta pelo mais forte ao mais fraco, não se podendo haver a imposição de vontades, e sim, podendo-se ainda basear em normas de autocomposição dos conflitos, onde se verifica a cessão de interesses por ambos os conflitantes, primando por uma solução mais célere do conflito.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁷⁶ afirmam:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de

¹⁷³ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 115.

¹⁷⁴ Op. Cit., p. 116.

¹⁷⁵ CARVALHO, Ivan Lira de. *A internet e o acesso à justiça*. 2008. Artigo consultado no site www.gontijo-familia.adv.br, em 07 de setembro de 2011.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 08.

vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por novas sociedades modernas, pressupõe o efetivo acesso.

Destarte, o acesso à Justiça guarda consonância com a efetivação de direitos, sejam fundamentais ou não. A busca por aquilo que lhe é devido é valor inerente ao ser humano, o inconformismo diante da injustiça reflete mola propulsora a que o indivíduo busque o Estado para suplantar aquela injustiça.

Rudolf Von Ihering¹⁷⁷ citando Immanuel Kant em sua obra *“A Luta pelo Direito”*, instiga o indivíduo a lutar pelos seus direitos, em não se conformar, face a eventual injusto perpetrado contra si, estabelecendo então a máxima que *“Não deixeis impunemente calcar o vosso direito aos pés de outrem”*.

E ainda arremata Rudolf Von Ihering¹⁷⁸, na aludida obra:

Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, em sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que alguém esteja decidido a mantê-lo com firmeza.

O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.

Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender.

A espada sem balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que manejar a balança.

O direito é um trabalho interessante, não somente dos poderes públicos mas ainda de uma nação inteira.

Ainda sobre premissas do século XIX, Rudolf Von Ihering já vislumbrava que o indivíduo não era obrigado a aceitar a imposição de uma ordem injusta, conformando-se com todos os abusos ou mitigações de seus direitos. Ao indivíduo, cabia lutar, defender com todas as forças os seus direitos então violados, e dentro do Estado Democrático de Direito, onde a autotutela é medida excepcional, cabe ao Judiciário então, zelar pela devida aplicação da lei, resolvendo os conflitos de interesses, dando a cada caso a solução que se repute justa, efetivando o acesso a uma ordem jurídica justa.

Boaventura de Sousa Santos¹⁷⁹ explica ainda que *“Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores”*.

¹⁷⁷ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 15.

¹⁷⁸ Op. Cit., p. 15.

¹⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O social e o Político na pós-modernidade*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999, p. 167.

Artur Cortez Bonifácio¹⁸⁰ bem destaca a extensão do conceito de acesso à Justiça, ressaltando que:

Dar acesso à Justiça, a nosso pensar, é mais do que conceder a oportunidade de bater às suas portas. Falamos de um acesso-garantia, segundo o qual o Estado, por um lado, assegura o devido processo legal ao cidadão, e por outro, disponibiliza meios estruturais e econômicos que conforme um processo materialmente justo, que legitime o sacrifício de direitos fundamentais como a vida, a propriedade e a liberdade [...].

A ausência de instrumentos aptos a fomentar a buscar por uma ordem jurídica justa transformariam os preceitos constitucionais em mera folha de papel, conforme concepção Lassaliana. Neste esteio, afirma-se, pois, que o acesso à Justiça, é o mais fundamental dos direitos, posto que visa garantir mecanismos ávidos à satisfação de preceitos fundamentais, resguardando-se, portanto, os ditames consagrados na Magna Carta.

3.5 DAS SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA OS PROBLEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA – ANÁLISE DAS TRÊS ONDAS EVOLUTIVAS, POR MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH

Quando se fala em acesso à Justiça, é imprescindível proceder a uma análise do pensamento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra “Acesso à Justiça”, em cuja esta se verifica uma análise do tema proposto, mediante um estudo da realidade social sob a ótica mundial, prevendo direitos como os metaindividuais e a instituição da Defensoria Pública, como soluções ao problema do acesso à Justiça.

Analisando as ondas evolutivas de Cappelletti e Garth, Bento Herculano Duarte Neto¹⁸¹ destaca as premissas básicas retiradas de seus fundamentos: a gratuidade judiciária, a coletivização das ações e a aceleração processual.

Destarte, ao criar as chamadas ondas do acesso à Justiça, Cappelletti e Garth inspiraram-se em posicionamentos que emergiram a partir de 1965, consistindo a primeira onda em uma análise da assistência judiciária, a segunda onda, por sua vez, trata da representação jurídica dos interesses difusos, mormente no que concerne ao direito ambiental e do consumidor, e por último, a terceira onda fora denominada de enfoque de acesso à Justiça, na qual além de incluir os posicionamentos anteriores, trata de forma bastante

¹⁸⁰ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição – Garantia Constitucional*. São Paulo: Método, 2004, P. 167.

¹⁸¹ DUARTE NETO, Bento Herculano. *Princípios de direito processual civil*. Disponível em www.videolivriaria.com.br. Acessado em 12 de junho de 2011.

específicas mecanismos para se resguardar o acesso a uma ordem jurídica mais justa, célere e eficaz.

3.5.1 Primeira Onda - Assistência Judiciária aos Pobres

A primeira onda consiste em propiciar serviços jurídicos aos pobres, sendo que na maior parte dos Estados contemporâneos o acesso ao judiciário só é possível por intermédio de advogado, dotando este de capacidade postulatória. Assim, para que se ingresse com demanda judicial, necessária se faz a presença de um advogado. No Brasil, dentro da atual ordem normativa, são exceções à regra da necessidade de advogado para se propor uma demanda o remédio heroico do *Habeas Corpus* e a propositura de ações no Juizado Especial Cível quando o valor da causa não exceda a 20 (vinte) salários-mínimos.

Além dos advogados, detêm capacidade postulatória também os Defensores Públicos, reconhecidos no artigo 134¹⁸² da Constituição Federal, e que são imbuídos da defesa dos denominados hipossuficientes.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁸³ afirmaram outrora que "*Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais*".

O direito de acesso fora então reconhecido, no entanto, não foram propiciados mecanismos para sua efetivação, na qual, de início eram designados advogados particulares para prestar essa assistência gratuita, sem qualquer remuneração ou contraprestação (*monus honorificum*), destarte, os advogados então designados, não se dedicavam à defesa dos menos favorecidos, preferindo exercer suas atividades laborativas em favor dos que podiam pagar os altos honorários, mesmo assim, os causídicos que ainda participavam deste programa, estabeleciam rígidos critérios para aqueles que desejassem aproveitar-se deste benefício.

Ainda sobre a primeira onda, a então chamada onda da assistência judiciária, com a evolução dos tempos, surgiram sistemas tentando efetivar esta assistência, na qual destaque-se de início o *Sistema Judicare*, cujo mesmo fora implantado na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e na então Alemanha Oriental. Tal sistema tinha por finalidade proporcionar aos

¹⁸² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 23 de abril de 2011.

¹⁸³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 32.

litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado, sendo ideal que a sucumbência fosse de logo repassada ao Estado e não ao cliente.

Na Inglaterra, verificada a sua inviabilidade financeira, poderia o cliente escolher seu advogado em uma lista de profissionais que concordaram em prestar esses serviços. A lista era extensa, pois que a remuneração, custeada pelo Estado para a assistência dada pelo advogado é suficiente para atrair muitos profissionais. As críticas apontadas a esse sistema são no sentido do rigorismo nos critérios utilizados para se verificar quem realmente necessita desta assistência, assim como a não atuação em determinados tribunais especiais, nos quais muitos dos novos direitos devem ser pleiteados.

O sistema francês, de seu turno, era pouco mais amplo que o britânico, prevendo a possibilidade de acesso não só aos ditos pobres, mas também àqueles que estivessem um pouco acima da linha da pobreza, trazendo para esta verificação critérios objetivos, tal como a renda *per capita* de cada membro da família, ressaltando-se ainda que, a partir de 1972, a assistência pode ser deferida para um caso particularmente importante, independentemente, dos rendimentos do litigante, apontando-se como maior problema do sistema francês, que as formas de remuneração aos advogados são consideradas insuficientes.

O *Sistema Judicare* auxilia os pobres a identificarem seus problemas e entenderem melhor seus direitos, ao revés, inibe os menos favorecidos a buscar a tutela do Estado, que se sentem intimidados em ingressar no escritório de advogado particular, no entanto, o pobre era tido como indivíduo, como pessoa que deve ter seus direitos tutelados.

Ademais, afirmava-se que eram inegáveis as desvantagens dos hipossuficientes face aos litigantes organizacionais, não sendo ainda tutelados os direitos coletivos ou de grupos, e sim, o *Sistema Judicare* protege apenas os remédios individuais.

Ainda na primeira onda, criou-se o sistema dos advogados remunerados pelos cofres públicos, os serviços jurídicos deveriam ser prestados por escritórios da vizinhança, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe.

Afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁸⁴, que ao contrário do *judicare*, o sistema dos advogados remunerados pelos cofres públicos visa esclarecer aos menos favorecidos, acerca de seus novos direitos e que, a partir de então, passassem a desejar defender seus interesses. Tinha o propósito educativo-instrutivo, que tencionava *a priori*, esclarecer o cidadão sobre quais seriam os seus direitos, para só então, proporcionar o efetivo

ingresso de eventual demanda judicial. Ademais, os escritórios dos advogados eram menores, localizados em bairros mais populares, de modo a facilitar o contato e minimizar as barreiras de classe, proporcionando ao hipossuficiente, que não permanecesse o receio de ir a bairros ou escritórios de advocacia suntuosos.

Neste sistema, os causídicos tentavam auxiliar os mais pobres de forma mais eficiente, inclusive na esfera extrajudicial, tutelando-se também os interesses coletivos. Afronta-se a barreira ao acesso à Justiça por intermédio de discussões sobre as excessivas custas, e a desinformação jurídica dos mais humildes, apoiando ainda a tutela de direitos difusos ou de classes das pessoas. Tais escritórios reúnem advogados em uma equipe, podendo agregar as vantagens dos litigantes organizacionais.

O sistema dos advogados remunerados pelos cofres públicos, de origem norte-americana, converge em direção aos interesses dos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos, criando uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe.

Poder-se-ia falar em combinação de modelos, a Suécia e a província Canadense de Quebec, por exemplo, foram os primeiros a oferecer a possibilidade de escolha entre advogados particulares pagos pelos cofres públicos ou por advogados servidores públicos.

O pensamento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁸⁵ destaca-se face a sua atualidade dentro da ordem jurídica pátria. Mesmo diante de uma obra escrita há mais de 30 (trinta) anos, as premissas tecidas pelos mesmos, encontram verdadeira consonância com os problemas assistenciais brasileiros, destacando-se ainda que:

Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária. Como consequência, as barreiras ao acesso à justiça começaram a ceder. Os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de esperar que as atuais experiências sirvam para eliminar barreiras.

Em segundo lugar, mesmo presumindo que haja advogado em número suficiente, no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços. Isso faz necessárias grandes dotações orçamentais, o que é o problema básico dos sistemas de assistência judiciária. A assistência judiciária baseia-se no fornecimento de serviços jurídicos relativamente caros, através de advogados que normalmente utilizam o sistema jurídico formal. Para obter os serviços de um profissional altamente treinado, é preciso pagar caro, sejam honorários atendidos pelo cliente ou pelo Estado. Em economias de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 80.

¹⁸⁵ Op. Cit., p. 47.

interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos. Tendo em vista o alto custo dos advogados, não é surpreendente que até agora muito poucas sociedades tenham sequer tentado alcançar a meta de prover um profissional para todas as pessoas para quem essa despesa represente um peso econômico excessivo.

E arrematam ainda:

[...] a assistência judiciária não pode, mesmo quando perfeita, solucionar o problema das pequenas causas individuais. Isso não é de surpreender, pois mesmo aqueles que estão habilitadas a pagar pelos serviços de um advogado, muitas vezes não podem, economicamente propor uma pequena causa. Logo, os advogados pagos pelo governo também não se dão ao luxo de levar adiante esses casos.

Finalmente, o modelo dos advogados de equipe dirige-se à necessidade de reivindicar os interesses difusos dos pobres, enquanto classe, ao passo que outros importantes interesses difusos, tais como os dos consumidores ou dos defensores do meio ambiente enquanto ignorados.

Mesmo em 1978, Cappelletti e Garth já visualizavam os novos caminhos trilhados para o efetivo acesso à Justiça, tendo ainda na primeira onda, vislumbrado que a justiça para os mais pobres era jungida às ações de família e as defesas criminais. Ora, pois, é bem verdade, que em sua grande maioria os hipossuficientes procuram o Poder Judiciário em busca de soluções para demandas como alimentos ou investigações de paternidade, olvidando-se de demandas como as que garantem os direitos dos consumidores. Justiça ainda para os mais carentes envolvia aqueles que cometiam atos delituosos, e precisavam de que fosse exercida sua defesa em processos criminais.

Com a evolução e difusão do conhecimento, as pessoas ditas pobres passaram a ter mais noção de seus direitos em face das relações de consumo, relações trabalhistas, direitos em face do Estado (previdenciário, administrativo ou tributário), buscando a prestação jurisdicional já com uma ideia primitiva daquilo que a lei efetivamente o assegura.

Noutro pórtico, cumpre destacar a grande quantidade de advogados que militam no Estado Brasileiro, cobrando honorários advocatícios considerados elevados, para os padrões da maioria da população brasileira, revelando-se difícil para aquele que ganha um salário mínimo, e deste retira toda a sua subsistência e de sua família, pagar os honorários do profissional da advocacia¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Conforme Resolução nº 05/2010, restou fixada a Tabela de Honorários Advocatícios da Seccional do Rio Grande do Norte, da Ordem dos Advogados do Brasil. Desta forma, cumpre destacar alguns valores, que podem ser cobrados pelos advogados, no exercício de seu mister. Consulta verbal R\$ 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco reais), consulta escrita R\$ 765,00 (setecentos e sessenta e cinco reais), Ação de Alimentos R\$ 3.060,00 (três mil e sessenta reais), Ação de Investigação de Paternidade R\$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais), Ação de Guarda R\$ 2.040,00 (dois mil e quarenta reais), Reclamação Trabalhista de Procedimento Sumário R\$ 2.040,00 (dois mil e quarenta reais), Ação de Usucapião R\$ 7.650,00 (sete mil seiscentos e cinquenta reais), Ação de Reintegração/Manutenção de Posse R\$ 3.825,00 (três mil oitocentos e vinte e cinco reais). Tais valores

E neste sentido, categóricos foram Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁸⁷ ao afirmarem que “*Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros*”.

Nesta senda, mister então destacar a atuação da Defensoria Pública, cuja esta, no exercício de seu *mister*, realiza verdadeiro diálogo com o acesso à Justiça, propiciando àquele que não pode custear os altos honorários advocatícios, não só a propositura de demandas judiciais, mas principalmente, orientação jurídica, permitindo ao indivíduo o conhecimento de seus direitos. Ademais, a atuação do Órgão Defensorial, caminha no sentido de realizar acordos extraprocessuais, refletindo não só em uma maior celeridade na oferta de uma ordem jurídica justa, mas também, contribuindo para a redução da quantidade de processos em curso no Judiciário pátrio.

A atuação da Defensoria Pública proporciona ao cidadão, até então carente de instrumentos para a tutela de seus direitos, a paridade de armas, a igualdade material até então mitigada, tentando amenizar ou extirpar as consequências nefastas advindas a partir da violação de direitos.

Sobre as demandas de pequeno valor, parte desta problemática já fora solucionada, com a instituição dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84) tendo sido posteriormente substituído pelos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099/95¹⁸⁸) que dispõe sobre a possibilidade de se ingressar com demandas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, sem a presença de advogado, em igual sentido, determina a Lei nº 10.259/2001¹⁸⁹ que instituiu os Juizados Especiais Federais, que também permite a propositura de demanda sem a assistência de advogado até 20 (vinte) salários mínimos.

Nesta esteira, não se pode dizer que o problema do acesso dos menos favorecidos para fins de resolução de pequenas demandas, fora solucionado com a implementação dos juizados especiais cíveis, no entanto, com este tipo de atitude, verifica-se uma maior facilidade dos pobres em tentar resolver conflitos de pequenos valores. Ademais, o procedimento dos juizados especiais, prevê de logo a realização de audiência conciliatória, na

representam o piso, ou seja, o valor mínimo que pode ser cobrado pelo causídico. Informações obtidas no site <http://www.oab-rn.org.br/novo/navegacao/tabeladehonorarios.php>, acessado em 18 de maio de 2011.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 18.

¹⁸⁸ Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 18 de maio de 2011.

¹⁸⁹ Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 18 de maio de 2011.

presença de conciliadores, podendo já conferir solução àquela lide, que outrora iria exigir a contratação de um advogado, a concessão de prazo de defesa para o demandado, para só então tentar-se a conciliação.

Louvável a atitude do legislador, em ter criado os juizados especiais, calcados em princípios como informalidade, oralidade e celeridade, sendo ferramenta incontestada para auxiliar no acesso à Justiça.

No entanto, mesmo já criadas as Defensorias Públicas (Federal e Estaduais), necessário ainda o aparelhamento das mesmas, permitindo aos hipossuficientes a verdadeira efetivação da assistência judiciária.

3.5.2 Segunda Onda – Representação dos Interesses Difusos

Ainda na primeira onda, Cappelletti e Garth já introduzem as primeiras noções dos interesses difusos e a tutela destes, contanto, passam a sua análise mais profunda a partir da Segunda Onda, que comumente denominou de Representação dos Interesses Difusos, assim chamados os direitos coletivos ou grupais, tendo informado os autores que até então o processo civil tradicional não concebia a proteção de direitos difusos, sendo visto apenas como solução de conflitos entre dois indivíduos.

Chamou-se este movimento para tutela dos interesses transindividuais/metaindividuais¹⁹⁰ como litígios de “direito público”, em face da importância dos assuntos a serem discutidos, sendo tema de políticas públicas, envolvendo grupos de pessoas. Necessitou-se adaptar conceitos até então engessados, como a legitimidade ativa e a citação, àquela nova realidade, uma vez que em certos casos, impossível seria trazer a juízo todas as pessoas, todos os membros do grupo ou daquela coletividade, por exemplo, demandas que envolvam danos ambientais. Neste sentido, necessário era que houvesse um representante legal, que pudesse agir em benefício daquela coletividade.

Da mesma forma, também era necessária a adaptação de conceitos processuais como efeitos da sentença e o seu trânsito em julgado, fazendo com que a decisão fosse realmente efetiva, atingindo todos os interessados.

¹⁹⁰ Permanece ainda uma certa celeuma quanto a nomenclatura dos sobreditos direitos coletivos. Prefere MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, denomina-los Direitos Transindividuais, conquanto é possível ainda verificar a utilização do termo Direitos Metaindividuais. No presente trabalho, para a superação dos objetivos então propostos, não guarda relevância a nomenclatura a ser utilizada, servindo ambas para designar os Direitos Coletivos em seu sentido lato.

A criação americana do *class action* permite que em dada situação a ação vincule os membros de uma classe, a despeito do fato destes não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo, arrematando Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁹¹:

A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.

Interessante destacar, o modelo de tutela dos interesses metaindividuais, proposto pela França em 1973, conhecido por lei *Royer*, atribuindo legitimação ativa às associações de consumidores quando haja fatos que direta ou indiretamente prejudiquem os interesses coletivos dos consumidores, criando ainda mecanismos de controle para a tutela de tais direitos, sendo tais mecanismos gerenciados pelo Ministério Público, tendo também instituído instrumentos para a defesa dos interesses ambientais (1976).

A *class action* americana, permite que apenas um litigante defenda o interesse de toda uma classe de pessoas, evitando os custos de se criar uma organização permanente, bem como a instituição do advogado do interesse público (1970) constitui um esforço a mais para conferir aos interesses difusos as vantagens com que contam os grupos permanentes.

No que concerne aos direitos ditos difusos, o processo civil verifica diversos mecanismos para a tutela de tais interesses, denotando a relevância dos mesmos, sendo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90¹⁹²) vislumbra três tipos de interesses transindividuais, classificando-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Interessante colecionar o pensamento de Kazuo Watanabe¹⁹³:

Dentro dessa linha de pensamento, o acesso à justiça e seus correspondentes instrumentos processuais deverão ser importantes mais pela sua virtualidade, do que pela sua potencialidade de uso, pela sua virtualidade, do que pela sua efetiva utilização. A só existência de mecanismos processuais mais eficazes e mais

¹⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 51.

¹⁹² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 25 de maio de 2011.

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 791.

ajustados a natureza dos conflitos a serem solvidos deverá fazer com que, juntamente com o conjunto de medidas antes enumeradas, a ova mentalidade tão almejada seja efetivamente uma realidade, fazendo com que, ao invés do paternalismo do Estado, tenhamos uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa enfim, uma sociedade em que os mecanismos informais e não oficiais de solução dos conflitos de interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁹⁴ com bastante maestria lecionam ainda que:

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.

Enfatizam ainda Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁹⁵:

A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos.

Prudente destacar o magistério de Hugo Nigro Mazzilli¹⁹⁶ que, ao diferenciar os aludidos interesses ditos metaindividuais, ensina:

Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligados pela mesma relação jurídica básica. Os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum.

Destarte, dentre os mecanismos utilizados para a defesa dos interesses metaindividuais, pode-se destacar a ação civil pública, cuja esta encontra previsão na Lei nº 7.347/85¹⁹⁷, tendo a Defensoria Pública legitimidade para a defesa dos interesses

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 26.

¹⁹⁵ Op. Cit., p. 48.

¹⁹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

¹⁹⁷ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) (...)

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). (...)

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 25 de maio de 2011.

transindividuais concernentes às pessoas reputadas hipossuficientes, a partir da alteração trazida pela Lei nº 11.448/2007.

No entanto, infelizmente a constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007 vem sendo questionada mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3943, promovida pelo CONAMP – Confederação Nacional dos Membros do Ministério Público. Consiste esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, em verdadeiro retrocesso à nova ordem processualística, na qual, pretende-se mitigar a tutela dos interesses dos menos favorecidos, ressaltando-se que, em verdade, não pretende a Defensoria Pública se auto afirmar, mas sim, o legislador efetivamente imbuído no propósito de proporcionar um efetivo acesso à Justiça, legitimou o Órgão Defensorial para tanto, evitando-se excessivas demandas individuais, ou melhor, evitando que os direitos dos mais desvalidos, postos em verdadeiro ostracismo, passassem a ser lembrados e reconhecidos pelo poder judicante.

Por fim, Mauro Cappelletti e Bryant Garth denominaram como terceira onda o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, chamando-a de novo enfoque de acesso à Justiça, consistindo em um movimento mundial por um direito e uma justiça mais acessíveis.

3.5.3 – Terceira Onda – Do Acesso à Representação em Juízo a uma concepção mais Ampla de Acesso à Justiça. Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça

A terceira onda traça novas premissas ao acesso à Justiça, ou seja, novos instrumentos ou meios de facilitar a luta pela efetivação de uma justiça universal, ou melhor, de uma justiça para todos. Esta universalização pode ser alcançada mediante políticas públicas simples, como uma maior conscientização dos cidadãos quanto aos seus direitos, a implementação de mecanismos de solução de conflitos extrajudiciais, a conciliação como meio de ofertar uma eficaz solução para o conflito de interesses.

Desta feita, com o fito de esclarecer a terceira onda evolutiva, Mauro Cappelletti¹⁹⁸ enumera os seguintes fins:

- a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça que, em outro lugar, definimos como “coexistencial” quer dizer, baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios e equidade social distributiva, onde seja importante manter situações complexas e

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 389/390.

duradouras de relações entre indivíduos e grupos [...]; c) o de submeter a atividade pública a formas frequentemente novas e de qualquer maneira mais acessíveis de controle, e mais, em geral, de criar formas de justiça acessíveis e quanto mais descentralizadas e “participatórias”, com a participação, em particular, de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação ou controvérsia.

Verifica-se então uma tendência de se destacarem os mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos; mediação, conciliação, arbitragem, apresentam-se como a nova tônica para a efetivação do acesso à Justiça; celeridade, oralidade, eficiência, servem também como referenciais ao modelo de verdadeira justiça justa.

É inconteste que os preceitos colecionados nas outras duas primeiras ondas, constituíram em fatores relevantes para o acesso à Justiça, tendo profetizado Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁹⁹ que “*Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos*”.

Desta feita, verificou-se um aumento da consciência dos cidadãos, que passaram a ter noção da gama de direitos que os rodeia e dos mecanismos necessários à sua efetivação.

Interessante ainda o fato de que a problemática do acesso à Justiça envolve os três poderes na qual o Executivo, tenta propiciar estrutura às Defensorias Públicas, realizar campanhas de consciência dos direitos; o Legislativo passou a elaborar leis que têm por escopo facilitar o acesso à Justiça e o Judiciário aplicando premissas como a informalidade e celeridade do processo, a consciência de que a conciliação é meio eficaz à solução de conflitos, bem como alguns tribunais tentando manter-se em pauta zero, fazendo com que demandas que demorariam anos para serem solucionadas, obtenham seu desfecho de forma mais rápida.

Ainda segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁰⁰:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

(...) Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimentos, mudanças nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 67.

²⁰⁰ Op. Cit., p. 67.

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil ou menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que provar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que frequentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despendirão para solucioná-los. (...) Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.

É neste caminho que vêm sendo trilhadas as novas percepções do processo civil, facilitando o modo de proposição das demandas, citando-se, por exemplo, a instituição dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais (Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001), a desnecessidade de se autenticar todas as cópias dos documentos que instruem a petição inicial, bem como a inexigibilidade de autenticação de assinatura nos instrumentos procuratórios (artigo 225 do Código Civil e 365 do Código de Processo Civil²⁰¹), as alterações no procedimento de execução (Leis nº 10.352 e 10.358/2001), demonstram as novas tendências para um processo judicial mais célere e efetivo, constituindo verdadeiras representações do que Cappelletti e Garth denominaram de terceira nova onda, consistindo tais premissas em verdadeiros corolários à efetivação do direito.

A conciliação, hodiernamente, é vista como forma eficaz de solucionar os conflitos de interesses, seja extra ou endoprocessual, denotando uma maior consciência das partes de que mesmo abdicando de parcela mínima do seu direito, consegue então resolver a lide, verificando-se então a prestação de uma verdadeira justiça.

Neste sentido, na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil²⁰², a conciliação é destacada como forma eficaz de solução de conflitos, posto que é obtida mediante a atuação das próprias partes:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que,

²⁰¹ Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 25 de maio de 2011.

Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais: (..)

IV - as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 25 de maio de 2011.

²⁰² Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 25 de maio de 2011.

ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação.”

Não se pode aqui, olvidar de discorrer sobre a Defensoria Pública, cujos profissionais dedicam-se ao auxílio dos hipossuficientes, propiciando a estes o acesso à Justiça tanto na esfera judicial como extrajudicial, membros de uma carreira que ainda se inicia e que ainda não é sequer conhecida pelos próprios profissionais do direito, tampouco, das pessoas mais desvalidas.

Os Defensores Públicos hoje, são tidos como os primos pobres das carreiras jurídicas, fazendo com que muitos de seus membros prefiram tentar outras carreiras jurídicas, abandonando tão importante mister. Outrossim, caminha a carreira Defensorial a largos passos, rumo a sua consolidação, solidificando seu espaço no meio jurídico, como elemento essencial à administração da justiça e efetivação do Estado Democrático de Direito.

Por fim, Bento Herculano Duarte Neto²⁰³ analisando as três ondas evolutivas de Cappelletti e Garth bem destaca que:

[...] a legislação deve cuidar de possibilitar um real acesso à Justiça, corrigindo desigualdades e distorções, pois pessoas e organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Primeiro elas podem pagar para litigar; depois suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades em mão de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa, a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Assim, instrumentos como a lei que regulamentou o benefício da justiça gratuita e a que criou a Ação Civil Pública devem ser prestigiados, pois inerentes a um processo judicial mais acessível e democrático.

As ondas evolutivas visam pois traduzir o processo em premissas como a facilidade de acesso e a celeridade da prestação de uma verdadeira justiça, culminando com a oferta aos cidadãos que tiveram seus direitos violados soluções aos seus conflitos, de modo eficaz e de forma pontual, posto que a demora na prestação de tutela jurisdicional, traduz uma real injustiça.

Acesso à Justiça não significa apenas ingressar com uma demanda, mas principalmente, ofertar tratamento isonômico e paridade de armas aos litigantes, para que o Magistrado possa agir de forma imparcial na resolução da lide, bem como, que esta solução

²⁰³ DUARTE NETO, Bento Herculano. *Princípios de direito processual civil*. Disponível no site www.videolivrraria.com.br. Acessado em 10 de junho de 2011.

jurídica seja oferta em tempo oportuno, fazendo com que o direito pretendido não seja mitigado pelo simples decurso do lapso temporal.

3.6 DOS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

Incontestemente para resolver um dado problema, mister a identificação de sua origem, para só então vislumbrar os meios para solucioná-lo. No que concerne ao acesso à Justiça, muitos são os obstáculos, sendo necessário, portanto, identificá-los, para só então, conseguir soluções para a superação.

O acesso à Justiça apresenta dificuldades que não se limitam ao sistema interno, estruturado pela ordem jurídica para a solução dos conflitos de interesses, objetivando a restauração de direitos (quando eventualmente lesados) ou simplesmente a prevenção de lesões (quando ameaçados), ou, em alguns casos, para possibilitar o exercício de determinados direitos.

Este acesso pode ser mitigado por fatores políticos, sociais, econômicos, éticos, dentre outros, deve-se pensar *a priori* na garantia do todo, da coletividade, para só então pensar-se em garantias individuais, na qual, conclui-se, destarte que os direitos fundamentais não são absolutos, vislumbrando-se uma ponderação de valores para a atenção de um fim maior, que seria o bem comum.

José Cichocki Neto²⁰⁴ ao analisar o acesso à Justiça como direito fundamental, destaca a necessidade de se superar as limitações a este acesso, vez que se mitigando este, estar-se-ia violando a verdadeira dignidade da pessoa humana:

Justiça não se confunde com legalidade. Por isso, o acesso à ordem jurídica justa funda-se na dignidade da pessoa humana; e, as limitações ao acesso são todas aquelas que agredem essa dignidade. No campo das decisões jurisdicionais o processo é, assim, um instrumento ético à revelação da Justiça. Sob esse prisma, não de ser definidas as dimensões do acesso à justiça no ordenamento jurídico nacional e as responsabilidades do Poder Judiciário e, dos seus órgãos, nesse novo enfoque.

O Juiz Moderno, não pode mais ser confundido com aquele pequeno burguês, com sede de poder, que em determinado momento de sua vida, tenciona passar em concurso público apenas para ter o poder (poder mandar soltar e prender quem bem entenda), e receber altos vencimentos.

Nas palavras de Paulo César dos Santos Bezerra²⁰⁵:

²⁰⁴ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 55.

[...] o novo juiz deve-se soltar das amarras. Há de recuperar a capacidade de indignação. Indignação diante da exclusão social de milhões de semelhantes, diante da persistência dos preconceitos e discriminações, diante do uso criminoso dos míseros recursos comunitários, fruto de coleta a que acorrem os menos capacitados, enquanto os afortunados a ela se subtraem. Capacidade de indignação diante das vistosas práticas de injustiças com os quais se partilha uma existência de paradoxos. [...] Já não há mais lugar para juízes trancados em suas salas-celas. A fim de bem julgar, procurando, na medida do possível, fazer justiça, o juiz precisa estar em dia com a cultura, entendida esta em seu sentido mais amplo, ou seja, como o conjunto de bens e valores constituídos pela sociedade de sua época. Deve-se colocar o juiz em sintonia com os sentimentos e aspirações do povo, auscultando-lhes as opiniões, para que suas decisões reflitam tanto quanto possível, os valores consagrados pela ética em vigor no seio do povo, a qual ele deve interpretar e fazer valer no exercício da soberania estatal que lhe compete.

E ainda arremata Boaventura de Sousa Santos²⁰⁶ “*As novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular*”.

A partir de uma concepção do Estado Social, a sociedade adquiriu consciência da insuficiência de um estado de direito meramente formal, em que eram esculpidas apenas as garantias individuais no texto constitucional, sem contudo, oferecer mecanismos eficientes e adequados à realização dos mesmos, devendo o Magistrado ser também este instrumento, passando não mais a vislumbrar o processo como um emaranhado complexo de documentos, e sim, como forma de fornecer ao indivíduo uma solução ao seu direito mitigado.

Destarte, hodiernamente, não se admite mais a percepção de direitos aparentes, ou seja, letras mortas da lei, mas sim, direitos substancialmente realizáveis, e esta realização perpassa justamente pela necessidade dos instrumentos fomentadores do acesso à Justiça.

Ainda a partir da análise dos preceitos do Estado Social, as novas questões sociais passaram a exigir o regramento para a tutela de novos interesses, difusos e coletivos, cedendo o individual parte de seu lugar ao coletivo, exigindo-se então, novas posturas governamentais. O Estado então inerte, defensivo, passou a ser protetivo, devendo efetivar os direitos fundamentais, também, mediante a implementação de políticas públicas.

Destarte, prudente sejam destacados fatores que dificultam o acesso à Justiça, tentando conferir soluções aos mesmos.

²⁰⁵ BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 207.

²⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O social e o Político na pós-modernidade*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999, p. 180.

3.6.1 Obstáculos Econômicos

Os obstáculos mais latentes ao acesso à Justiça remontam à ordem econômico-financeira. A ordem econômica brasileira denota uma grande diferença na distribuição das riquezas onde poucos são os detentores da maior parte dos recursos, e muitos são os que vivem abaixo da linha da pobreza.

Nesta senda, bem destaca Boaventura de Sousa Santos²⁰⁷ que a problemática sobre o acesso à Justiça perpassa não apenas às dificuldades econômicas, mas sim, permeiam ainda limitações de ordem social e cultural, denotando não só os poucos recursos financeiros que dispõem os mais pobres, mas também, o desconhecimento de seus direitos, a falta de acesso a advogados, a distância aos fóruns, dentre outros fatores.

Ivan Lira de Carvalho²⁰⁸ bem destaca os obstáculos econômicos, enfatizando:

Com efeito, a movimentação da máquina judiciária é inexplicavelmente cara. A expressão inexplicavelmente é... explicável! Em um sistema processual deveras burocratizado, com a supremacia dos atos assentados em papel, o Judiciário brasileiro em nada difere, por exemplo, do seu congêneres Executivo: monopólio estatal para a atividade de ambos; servidores com remuneração incompatível com as suas responsabilidades e permanentemente atravessando deficiência de treinamento, só para exemplificar as mazelas que atingem aos dois. Só que a prestação das atividades que estão a cargo do Executivo (educação e transporte, v.g.) sai infinitamente mais barata para o particular do que o ingresso em juízo para a realização de uma simples cobrança ou para a expedição de um mero alvará. Os fatos – como las cartas - não mentem jamais! Custas, honorários advocatícios e outras despesas fazem a diferença.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE²⁰⁹, no seu último censo demográfico, em 2010, tendo estabelecido como mediana quanto aos rendimentos das famílias brasileiras a importância de R\$ 465,00 (Quatrocentos e sessenta e cinco reais), e 28,2% dos arranjos familiares estavam abaixo deste limite. Os valores dos rendimentos medianos nas Regiões Nordeste e Sudeste são bastante desiguais: R\$ 277,00 (duzentos e setenta e sete reais) contra R\$ 533,00 (quinhentos e trinta e três reais)²¹⁰.

Ainda tomando-se como diapasão o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, do conjunto de famílias brasileiras, mais de 75%, alegou ter algum

²⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O social e o Político na pós-modernidade*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999, p. 170.

²⁰⁸ CARVALHO, Ivan Lira de. *A internet e o acesso à justiça*. 2008. Artigo consultado no site www.gontijo-familia.adv.br, em 07 de setembro de 2011.

²⁰⁹ Consulta no site www.ibge.gov.br/censo2010, em 26 de maio de 2011.

²¹⁰ Dados obtidos mediante análise da síntese dos indicadores sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ano 2010, disponível no site www.ibge.gov.br/censo2010, acessado em 26 de maio de 2011.

nível de dificuldade, conquanto próximo de 25% informaram ter facilidade em sobreviver com a renda que percebiam, dos quais, no conjunto de famílias que alegaram ter muita dificuldade, 64,2% viviam com até três salários mínimos de renda mensal familiar, o que demonstra, de fato, que aquelas com menores níveis de renda são as que mais alegaram ou que tiveram maior percepção das dificuldades em chegar ao fim do mês com tal patamar de renda.

As desigualdades na distribuição da renda, apesar de ainda muito presentes no Brasil, têm mostrado uma tendência de redução que vem se consolidando, sendo dados do censo 2010. Ao calcular a razão entre a renda familiar per capita dos 20% mais ricos em relação aos 20% mais pobres para o período de 2001 a 2009, a razão passa de 24,3% para 17,8%, representando um ganho de mais de 6 pontos percentuais na redução da desigualdade na distribuição das riquezas.

A expansão recente de programas de transferência de renda focalizados na população mais pobre, como o Bolsa Família, o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), entre outros programas assistenciais de âmbitos estadual e municipal, vem contribuindo para uma redistribuição interna entre as diversas partes componentes do rendimento familiar total. Passou-se a observar, um aumento significativo das chamadas “outras fontes” em detrimento dos rendimentos de trabalho e de aposentadoria e pensões. Para o total das famílias, os rendimentos de “outras fontes” representavam 5,0% do total de rendimento familiar; os rendimentos do trabalho correspondiam a 76,2%; e os rendimentos de aposentadoria e pensão, a 18,8%. Para as famílias com rendimento familiar per capita de até ¼ de salário mínimo, os rendimentos de “outras fontes” representavam 28,0%, em 2009, do total da renda familiar, ao passo que, em 1999, essa participação era de apenas 4,4%.

Mesmo diante de um “progresso” na distribuição das riquezas, o nível salarial da região Nordeste ainda é de menos da metade do salário mínimo, tornando claro o obstáculo econômico ao acesso à Justiça.

O primeiro obstáculo de ordem econômica remonta-se às custas processuais e como bem orientam Mauro Cappelletti e Bryant Garth²¹¹:

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona prédios e outros recursos necessários aos

²¹¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

As custas envolvem não só as despesas processuais, mas também honorários advocatícios e periciais, bem como produção de outras eventuais provas²¹².

Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõem ao vencido os ônus da sucumbência. Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado. A penalidade para o vencido em países que adotam a sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes²¹³.

O alto custo do processo como óbice ao acesso à Justiça atinge sobretudo as classes economicamente menos favorecidas, sendo que a primeira onda renovatória de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tentou identificar esta problemática, ofertando soluções pontuais à sua resolução.

A Constituição Federal de 1988, com o fim de facilitar o acesso à Justiça, determinou em seu artigo 5º, inciso LXXIV esculpido como direito fundamental que “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”.

²¹² A título ilustrativo, cumpre informar que no Estado do Rio Grande do Norte, para se ingressar com uma demanda simples, as custas iniciais nas causas até R\$ 3.000,00 (Três mil reais) giram em torno de R\$ 68,20 (Sessenta e oito reais e vinte centavos), no vizinho Estado do Ceará nas causas que variam entre R\$ 50,00 (Cinquenta reais) e R\$ 4.200,00 (Quatro mil e duzentos reais) as custas iniciais variam entre R\$ 24,84 (Vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos) e R\$ 610,99 (Seiscentos e dez reais e noventa e nove centavos), informações obtidas nos sites www.tjrn.jus.br e www.tjce.jus.br, acessados em 26 de maio de 2011.

²¹³ A sucumbência encontra previsão no artigo 20 do Código de Processo Civil, cujo dispositivo delimita critérios para fixação dos honorários advocatícios, bem como, as despesas que devem ser custeadas pelas partes, mormente a vencida.

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 10/76)

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

a) o grau de zelo do profissional; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

b) o lugar de prestação do serviço; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 26 de maio de 2011.

José Carlos Barbosa Moreira²¹⁴, grande mestre processualista, ao discorrer sobre o acesso à Justiça de forma integral, afirma:

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo “judiciário”, mas passa a compreender tudo que seja “jurídico”. A mudança do adjetivo qualificador da “assistência”, reforçada pelo acréscimo “integral”, importa notável ampliação 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 jurídicos.

Prudente ainda, destacar a diferença havida entre assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita.

A assistência judiciária consiste em um benefício estatal, na qual será exercida defesa técnica gratuita dos interesses da pessoa assistida perante o Poder Judiciário. Apesar de oferecido pelo Estado, tal serviço pode ser exercido por particulares, desde que em convênio com o Poder Público ou por determinação judicial. Já a assistência jurídica integral abrange não só o patrocínio judicial como também o extrajudicial. Isto é, através deste benefício, o Estado é incumbido não apenas de propiciar a defesa gratuita em juízo, como também prestar-lhe orientação jurídica gratuita e assistência extrajudicial.

O benefício da assistência jurídica, portanto, é mais amplo que o da assistência judiciária, sendo, destarte, o gênero. De seu turno, a justiça gratuita implica a gratuidade de custas e despesas, tanto judiciais, como extrajudiciais, atinentes a um processo judicial²¹⁵.

Neste sentido, destaque-se ainda a Lei nº 1.060/50²¹⁶, que dispõe sobre a gratuidade judiciária, sendo esta conferida a todas as pessoas que são ditas pobres na acepção legal, que

²¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: Evolução no ordenamento de nosso tempo*. Revista AJURIS nº 55, Porto Alegre: AJURIS, 1998, p. 72.

²¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie e OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. 4a Ed. Salvador: Juspodivm, 2010, P. 15.

²¹⁶ Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. - 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.

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

I - das taxas judiciárias e dos selos;

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

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

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

não tenham condições de custear despesas processuais em detrimento de sua subsistência ou de sua família.

Para Francisco Glauber Pessoa Alves²¹⁷ “*se existe um diploma normativo infraconstitucional no nosso direito que por excelência materializa a busca da igualdade entre os litigantes judiciais, sem dúvida é a Lei nº 1.060/50*”.

Cumprir lembrar também, que as causas que envolvem pequenas quantias, além de poderem ser contempladas pela Lei nº 1.060/50, as ações poderão ser propostas nos Juizados Especiais Cíveis (Leis nº 9.099/95²¹⁸ e 10.259/2001), cujas estas não preveem a cobrança de custas e emolumentos, exceto em fase recursal.

Deve-se ainda destacar o relevante papel da Defensoria Pública, como instituição imbuída de proporcionar aos hipossuficientes, ou seja, àqueles que não tem condições de contratar advogado, de ingressar com demanda em juízo, ou, comumente, tentar promover a solução do conflitos de forma extraprocessual.

Tenta-se, aos poucos, propiciar meios de redução ou isenção total destas custas, conferindo benefício direto aos mais humildes, sendo necessárias medidas que propiciem a isonomia material e não apenas formal de todas as pessoas, independentemente, de sua condição social e de sua capacidade econômica.

Cumprir ainda trazer a lume, como obstáculo de ordem econômica, a relativa autonomia financeira do Poder Judiciário, que consoante o artigo 99, § 1º da Constituição Federal²¹⁹, o Judiciário no momento de optar e decidir suas prioridades de investimentos e gastos fica dependendo da aceitação do Executivo e do Legislativo²²⁰.

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001)

Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal. (Incluído pela Lei nº 7.288, de 1984)

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 27 de maio de 2011.

²¹⁷ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o direito processual civil*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001, p. 47.

²¹⁸ Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita.

Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 27 de maio de 2011.

²¹⁹ Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

Desta feita, o referido dispositivo não concede plena autonomia financeira ao Poder Judiciário, e conforme entendimento de José Cichocki Neto²²¹, o Executivo e o Legislativo nem sempre são dotados de sensibilidade para as necessidades da Administração da Justiça, notadamente, em razão do fato de que a atividade judicante não ofereça retorno aos cofres públicos e nem dividendos políticos aos dirigentes do Poder.

Noutro pórtico, cumpre destacar que é possível verificar em certos Tribunais, a má administração das verbas destinadas, mediante a construção de fóruns ou tribunais suntuosos, destacando-se ainda a burocracia no trâmite processual.

Como forma de solucionar a extrema burocracia processual, a quantidade exorbitante de papéis, petições e documentos que instruem os fólios processuais, verifica-se um crescente movimento de virtualização da justiça, na qual, beneficia a agilização dos serviços.

Prudente ainda destacar medidas outras, com o propósito de conferir maior efetividade à atuação do Poder Judiciário, tais como: provimento dos cargos de servidores mediante concurso público, maior rigor na fiscalização dos serviços jurisdicionais, a conciliação como forma de solução dos conflitos, relatórios estatísticos demonstrando o crescente progresso nos números dos Tribunais.

Outrossim, as condições de trabalhos de alguns juízes e serventuários em certas comarcas são incompatíveis com a relevância social de suas funções, faltando-lhes equipamentos e materiais básicos para desempenharem seus serviços, utilizando-se de instalações inadequadas e precárias.

É possível encontrar, dentro de um mesmo Tribunal, prédios de fóruns suntuosos, repletos de adornos, e com o seu quadro funcional completo, e ao revés, prédios bastante depreciados, com pequeno número de serventuários, e dispendo de pouco material de expediente. Esta descrição reflete um pouco da realidade de pequenas comarcas, onde a estrutura é precária, formada por servidores comumente cedidos pela Prefeitura, pessoas com baixo preparo, e onde o material de expediente é escasso, sendo por muitas vezes adquiridos pelos próprios Juízes ou servidores.

§ 1º - Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 27 de maio de 2011.

²²⁰ Importante destacar o pontual entendimento de DUARTE NETO, Bento Herculano. Princípios do processo civil. Disponível no site www.videolivriaria.com.br, acessado em 12 de junho de 2011 bem destaca, “*Um Poder Judiciário que se ajoelhe perante o Poder Executivo, sendo este um poder político, não poderá ser o guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos, ficando ele sujeito ao arbítrio e a injustiça*”.

3.6.2 Obstáculos Sociais

A barreira social de acesso à Justiça é percebida, sobretudo, nas camadas mais pobres da sociedade, que em nosso país é a grande maioria da população, pois normalmente o grau de pobreza está atrelado ao grau de pouca educação e informação das pessoas.

Boaventura de Sousa Santos²²² realiza uma análise do que ele denomina a Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça, enfatizando a difícil tarefa de se efetivar o acesso a uma ordem jurídica justa aos pobres, destacando:

Dois factores parecem explicar esta desconfiança ou esta resignação: por um lado, experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reacção compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre os serviços advocatícios prestados às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos); por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais. Em terceiro e último lugar, verifica-se que o reconhecimento do problema como problema jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para resolver não são suficientes para que a iniciativa seja de facto tomada. Quanto mais baixo é o estrato sócio-económico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.

As pessoas economicamente desfavorecidas têm dificuldade em reconhecer os direitos tradicionais e os novos, e, quando os reconhecem, muitas vezes estão sem informação dos instrumentos para reivindicação, ou desacreditam no Judiciário como espaço para efetivação dos seus direitos – descrédito que se acentua principalmente quando a outra parte que as lesa são grandes conglomerados econômicos ou o próprio Estado na sua função administrativa ou legislativa.

Verificam-se litigantes habituais, mormente em demandas que envolvem direito do consumidor ou direito do trabalho, na qual, instituições financeiras, grandes empresas de departamento, planos de saúde, empresas de telefonia, dentre outras, simplesmente limitam os direitos dos cidadãos que, por vezes, preferem permanecer inertes, ao invés de litigar contra entes que possuem forte e preparada assessoria jurídica, com o escopo de enfrentá-los em verdadeira guerra judicial.

Aduz Mauro Vasni Paroski²²³:

²²¹ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 113.

²²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O social e o Político na pós-modernidade*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999, 170.

Reitere-se que a população pobre é a que mais sofre quando se torna necessária uma demanda como única opção que lhe resta para fazer valer seus direitos lesados ou ameaçados de lesão, o que mais se grava quando se trata de litigar contra grandes empresas e conglomerados financeiros, hipótese muito frequente no âmbito de direito do consumidor e direito do trabalho.

Esta omissão estatal não se coaduna com o Estado de Direito, que pressupõe o reconhecimento e a concretização do princípio da isonomia, expressamente declarado pela Constituição da República Brasileira, de modo que os pobres devem ter as mesmas oportunidades que os ricos para ingressarem em juízo postulando tutela jurisdicional aos seus direitos, o que importa em reconhecer a necessidade de adoção de medidas que garantam a igualdade material e não apenas formal, de todas as pessoas.

O espaço social em que as classes menos favorecidas convivem não oferece serviços de consultoria jurídica nem ocasiona, normalmente, a convivência com profissionais da área jurídica que lhes permitam esclarecimentos sobre possíveis direitos e mecanismos para a reclamação destes.

3.6.3 Obstáculos Funcionais

A burocracia existente na organização dos trabalhos forenses é mais uma das barreiras de acesso à Justiça, estando ligada não a matéria jurídica, mas organizacional.

A outrora necessidade de se autenticarem todos os documentos que instruíam a exordial/contestação, a necessidade de intimação pessoal das partes de todos os atos processuais, a necessidade de sempre as causas de menor valor serem propostas por advogados, consistiam em burocracia desnecessária à efetivação deste acesso. Hoje, a celeridade, a oralidade, a informatização dos procedimentos, constituem verdadeiros veículos que chancelam o acesso e o trâmite de um processo mais facilitado, denotando uma mudança na concepção do legislador, na edição de novas leis instrumentais, que tornam o processo mais enxuto e menos burocrático ao cidadão.

A burocracia cartorária vem cedendo lugar as processos virtuais, onde tanto as peças processuais quanto os documentos, repousam em arquivos imateriais, abertos e manuseados com o simples clique em um computador. Intimações são realizadas em regra via e-mail,

²²³ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008, p. 225.

assim como os operadores do direito atuam em suas salas ou escritórios, sem a necessidade de se dirigirem aos fóruns.

É bem verdade, que a realidade dos processos virtuais ainda não é refletida em todos os setores do Judiciário Brasileiro, no entanto, tem-se um processo pautado pela instrumentalidade das formas, onde o rigorismo quanto ao respeito do formalismo exacerbado, cede lugar a atos que mesmo não obedecendo aos preceitos processuais, pode ser reputados válidos pelo simples fato de que atingiram a sua finalidade. Ressalte-se ainda, que em regra, verifica-se a desnecessidade de se autenticar os documentos²²⁴ e a unidade de audiência em dados procedimentos, traduzem o novo espírito do legislador, de conferir verdadeira efetividade ao processo, culminando com a distribuição de uma real justiça.

Antes de ingressarem com alguma demanda judicial, muitos são os que desistem por descrédito de que algum dia longínquo, seu processo será julgado. A celeridade do processo é hoje uma das maiores preocupações, no afã de que direitos fiquem perdidos pela demora na prestação jurisdicional do Estado.

Bem enfatiza Ivan Lira de Carvalho²²⁵ *“A prestação jurisdicional é cara e lenta, o que a torna – por si só - insuficiente e ineficaz. A lerdeza crônica que assola os mecanismos de concessão da tutela jurídica é a mais solerte negação da própria justiça”*.

Dispõe a Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, enfatizando que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

A razoável duração do processo, a despeito de ser garantia constitucional, não é necessariamente sinônimo de processo rápido, até pela diversidade de opinião que pode suscitar quanto ao tempo que deve ser considerado para a conceituação dessa celeridade processual. Não é desarrazoado, certamente, admitir restrições a algumas garantias

²²⁴ Código Civil - Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Código de Processo Civil - Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais:

IV - as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 01 de junho de 2011.

²²⁵ CARVALHO, Ivan Lira de. *A internet e o acesso à justiça*. 2008. Artigo consultado no site www.gontijo-familia.adv.br, em 07 de setembro de 2011.

processuais em benefício de um bem maior, mas jamais será legítima sua supressão ou mesmo limitação de modo a torná-las inócuas, gerando decisões injustas e o descrédito do próprio judiciário.

Não raras são as hipóteses em que nos deparamos com processos que perderam seu objeto pela demora na prestação jurisdicional do Estado, pela efetiva lentidão de proferir uma sentença, ou até mesmo em proferir decisão de natureza liminar ou de antecipação de tutela.

Interessante que não se pode exigir que o processo tramite em velocidade relâmpago, deixando o juiz de apreciar fundamentos jurídicos relevantes, afirmando E. D. M. Aragão consoante Mauro Vasni Paroski²²⁶ “*O processo oscila entre os ideais de rapidez e de certeza e para conciliá-los, de modo que a lentidão não comprometa a eficácia da sentença final, a lei arma os figurantes da relação processual de uma série de meios diversos*”.

O problema do excesso de demandas vem aos poucos tentando ser solucionado, com a instituição de leis que tentam transferir para o âmbito extrajudicial, demandas que até então eram judiciais, como a Lei nº 9.307/96, que institui a arbitragem e a mediação, na qual podem as partes livremente escolher um árbitro para que ofereça solução aos seus conflitos, consistindo tal sentença em título executivo judicial.

Destaque-se ainda a Lei nº 11.441/2007, que permitiu aos cartórios a realização de divórcios, separações e inventários consensuais, desde que não haja menores ou incapazes envolvidos, não precisando que os magistrados julguem tais demandas.

Ademais, a Lei nº 11.790/2008 prevê a possibilidade de se realizar acentos de nascimentos tardios, no âmbito do próprio cartório, apenas na presença de 02 (Duas) testemunhas, sem a necessidade de se ingressar com medida judicial.

Por sua vez, os direitos metaindividuais envolvem por sua natureza, interesse de uma coletividade ou grupo de pessoas, na qual, consoante classificação disposta no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81²²⁷ e outrora trazida neste estudo, podem ser relacionados como direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

²²⁶ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008, p. 274.

²²⁷ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 01 de junho de 2011.

Tais direitos são em sua maioria tutelados mediante Ação Civil Pública, consoante disposição da Lei nº 7.347/85, cuja mesma traz ainda o rol de legitimados à sua propositura.

Verifica-se, hodiernamente, por meio da Lei nº 11.418/2007 a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a tutela de tais direitos, possibilitando àqueles que outrora viam seus direitos violados e preferiam ficar calados, em face da dificuldade de buscar a tutela jurisdicional, terem em seu favor, provimento judicial que produz, em regra, efeito *erga omnes*.

Neste sentido, interessante o que nos esclarecem Mauro Cappelletti e Bryant Garth²²⁸:

Ainda que tenhamos relacionado à capacitação pessoal, é temerário personalizá-las excessivamente. Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter um divórcio, dificilmente inventariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil “mobilizar” as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.

O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.

O modelo de processo contemplado pela lei se justifica pela sua origem, que vem de uma época de valorização exacerbada do individualismo em nome da liberdade individual. Quando o que se deve resolver é uma situação em que direitos e deveres da coletividade ou de expressiva parte dela estão sob ameaça de lesão ou já foram lesados, mostra-se absolutamente necessário modificar o enfoque, até mesmo quebrando paradigmas, abandonando-se a concepção tradicional de modo a tornar o processo jurisdicional compatível com a tutela dos direitos metaindividuais.

O problema da tutela dos direitos metaindividuais vem aos poucos caminhando rumo a uma solução prática, podendo inclusive, um Defensor Público ingressar com tal medida, evitando que o menos favorecido seja compelido a conviver com este problema, em face de sua inação.

3.6.4 Obstáculos Políticos

O Poder Jurisdicional deve ser visto como garantidor das liberdades. Tem-se pois, uma autolimitação do Estado, imposta por ele mesmo, quando seu poder confronta com as liberdades. Neste sentido, cumpre destacar o entendimento de José Cichocki Neto²²⁹:

O problema político centra-se, então, no equilíbrio desses fatores – poder e liberdade – como medida que compete ao Estado definir, para a concessão de maior ou menor possibilidade de realização da ordem jurídica, mediante mecanismos de acesso à Justiça. Nessa relação poder-liberdades, os mais eficientes instrumentos de proteção, sem dúvida são o “habeas corpus”, o mandado de segurança, individual e coletivo, a ação popular, o mandado de injunção, o “habeas data” e as ações civis públicas.

Afora tais mecanismos de garantia e equilíbrio entre os poderes, tem-se como exigência política atual que se instituem órgãos de controle das atividades exercidas pelo Judiciário, no entanto, esta atividade de controle deveria ser restrita apenas a questões administrativas e funcionais, permanecendo invioláveis as decisões de caráter jurisdicional.

Neste sentido, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004²³⁰, fora criado o Conselho Nacional de Justiça como órgão imbuído de fiscalizar o exercício da atividade judicante, tendo sido regulamentado no artigo 103-A da Constituição Federal.

Ainda sobre a necessidade de se instituir um órgão de fiscalização da atividade jurisdicional do Estado, José Cichocki Neto²³¹ escreve com bastante precisão que:

A criação de um conselho ou de uma entidade, formada por elementos representativos da sociedade e do próprio Estado, com atribuições de monitoramento administrativo e funcional do Judiciário e capaz de influir decisivamente nas questões dessas naturezas, constituiria uma solução para minorar substancialmente aqueles fatores negativos do acesso à justiça. Isso, de forma alguma implicaria numa “*capitis diminutio*” do Judiciário, pois manter-se-ia intangível nos atos de decisão sobre questões jurisdicionais. [...] Na verdade, a submissão a esse controle externo não constitui nada mais que uma exigência da própria, na qual o Poder deve se curvar ao povo do qual, em suma, provém seu império.

Necessária então, a instituição de órgão de fiscalização da atividade do Judiciário, o mesmo poder-se-ia falar sobre a necessidade de se instituírem órgãos de fiscalização do

²²⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 24

²²⁹ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 101.

²³⁰ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 26 de maio de 2011.

²³¹ Op. Cit., p. 103.

Executivo e do Legislativo. Outrossim, o Conselho Nacional de Justiça, em sua atividade fiscalizatória, não poderia extrapolar no sentido de alterar ou intervir nas decisões judiciais, mantendo-se a autonomia e o livre convencimento dos membros do Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça²³² funciona como freio a arbítrios e abusos perpetrados por membros do Poder Judiciário, e como meio de prover uma melhor distribuição da justiça, outrossim, consoante outrora referido, o aludido órgão deverá atuar de forma a não intervir da atividade judicante dos Magistrados, de forma a não tolher o livre convencimento peculiar do membro do Poder Judiciário, sem que haja, destarte, interferência direta no *meritum* das decisões judiciais.

3.6.5 Obstáculos Culturais

No que concerne aos obstáculos culturais, cumpre de início destacar a descrença da população no Judiciário, sendo esta em regra ocasionada pelo baixo grau de eficiência do mesmo²³³, desconhecimento dos direitos pela população e dos mecanismos necessários às suas reivindicações, refletindo-se, portanto, na legitimidade desse poder frente à sociedade.

Luiz Fux, Ministro do Supremo Tribunal Federal, e presidente da Comissão de Juristas que elaboram o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil²³⁴, afirmou em suas razões para o mesmo Anteprojeto:

É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.

²³² Em que pese não ser objeto do presente trabalho de dissertação, não se pode olvidar de comentar decisão do Supremo Tribunal Federal (08 de fevereiro de 2012), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4638), ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contra pontos da Resolução 135 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que uniformizou as normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. Na análise de um dos dispositivos mais polêmicos (artigo 12 da Resolução 135), os ministros decidiram, por maioria de votos, que o CNJ pode iniciar investigação contra magistrados independentemente da atuação da corregedoria do tribunal, sem necessidade de fundamentar a decisão. Em relação ao Artigo 14, parágrafos 3º, 7º, 8º e 9º; artigo 17, cabeça e incisos IV e V; e artigo 20, parágrafo 3º, por maioria de votos, os ministros negaram referendo à liminar neste ponto e reconheceram a competência do Conselho Nacional de Justiça para regulamentar a instauração e instrução de processo disciplinar contra juízes. O tribunal local terá prazo de 140 dias para concluir o processo administrativo, prazo que poderá ser prorrogado por motivo justificado. O magistrado que não apresentar defesa no prazo estipulado poderá ser declarado revel e sua defesa então será assumida por um defensor dativo. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 17 de fevereiro de 2012.

²³³ Este baixo grau de eficiência, decorre não apenas da demora na prestação jurisdicional, mas também da necessidade recorrente de sempre ser proposta demanda de natureza executória, com os consequentes meios de excussão obrigatória de bens, para que os vencidos nas demandas cumpram as determinações emanadas pelos órgãos Jurisdicionais.

²³⁴ Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 28 de maio de 2011.

Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito?

Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos?

Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? (...)

Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos.

Sob o ecoar dessas exigências decantadas pelas declarações universais dos direitos fundamentais do homem, e pelas aspirações das ruas, lançou-se a comissão nesse singular desafio, ciente de que todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome de nossa gente é exercido. (...)

O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça.

De outro pórtico, algumas pessoas com menos instrução, visualizam o Poder Judiciário como *ultima ratio* para todos os seus problemas, quando este fato não conduz a verdade. Infelizmente, não se pode conceber toda uma ordem processual para a solução de questão de baixa importância, onde o simples diálogo entre as partes seria a solução mais viável. Ademais, comum é se verificar a extensa demora no processo, ou notícias veiculadas nos meios de comunicação, envolvendo corrupção, extorsão de pessoas que trabalham com a prestação jurisdicional, fatores estes que contribuem para o descrédito do Poder Judiciário.

Ademais, em regra permanece certa dificuldade das classes menos favorecidas econômica e culturalmente em reconhecer direitos tradicionais, ou seja, demandas cujo objeto versa sobre direito de vizinhança, família, sucessão, locação, posse, etc., denotando-se um maior obstáculo quanto aos chamados novos direitos (consumidor, meio ambiente, biodireito), pois a sociedade em geral desconhece a existência daqueles e seus instrumentos de efetivação.

A formação liberal individualista dos operadores do direito é considerada uma barreira ao acesso à Justiça, uma vez que eles têm dificuldade em reconhecer a existência de novas formas de conflitos sociais decorrentes de uma sociedade de massa e que exigem formas de defesa coletiva.

Verifica-se então uma nova onda, no sentido de serem propostas demandas coletivas, atingindo um maior número de pessoas, irradiando reflexos sobre a sociedade. As ações coletivas sejam elas ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança coletivo, surgem como mecanismos eficazes à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, na qual, anteriormente, eram violados e deixavam de ser tutelados posto que não

havia interesse do particular em contratar um advogado para então, defender um direito que irradiava reflexo indireto ao mesmo.

É sabido, ainda, que o Estado-Administração é um dos maiores consumidores da justiça, em especial nas demandas previdenciárias e fiscais, e que recorre de todas as decisões judiciais, sob o manto da defesa do erário público e do princípio da moralidade pública.

O Estado é o litigante mais habitual, servindo de grande aparato jurídico para proteger os seus direitos. Constantes são as demandas de natureza previdenciária, administrativa e tributária, onde o Estado tenta através de sua Advocacia Geral da União ou Procuradorias Estaduais e Municipais, mitigar o direito das partes, direito às vezes incontestável, mas que mesmo assim, normalmente o Estado não transaciona.

3.6.6 Obstáculos Psicológicos

Muitas pessoas deixam de reivindicar direitos por temerem represálias da outra parte e por desacreditarem na efetividade da atuação do Judiciário, preferindo, muitas vezes, “queixar-se” com representantes de organismos religiosos ou associações de bairros, ou até mesmo a própria força policial.

Paulo César Santos Bezerra²³⁵ destaca a mudança de postura envolvendo o indivíduo, que outrora temia ao ser ameaçado de ser processado, e hoje, ao revés, quem teme são aqueles que têm os seus direitos lesados, e sabem que enfrentarão um longo e tortuoso caminho processual, para ver a sua pretensão ser satisfeita, destarte destaca o autor:

Essa mudança de postura, de “eu te processo”, que assusta o causador do dano, que, nos países de primeiro mundo, logo se preocupam em compor o lesado, para “vá procurar seus direitos” que, nos países que maltratam o direito do cidadão, assusta o lesado que sabe que percorrerá longo e demorado calvário, além de enfrentar despesas, para ver restabelecidos seus direitos, já foi detectada.

A arquitetura imponente dos tribunais, salas de audiência e juízes com feições intimidatórias, e a inexistente familiaridade com os serviços judiciais postos à disposição, também constituem obstáculos psicológicos que constituem barreiras ao acesso à Justiça.

²³⁵ BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 186.

3.6.7 Obstáculos Éticos:

O alto de grau de corrupção existente em todas as esferas da nossa sociedade, e em especial nas funções públicas, dificulta o acesso à Justiça, no momento em que os litigantes desacreditam no conteúdo justo das decisões proferidos pelo Judiciário.

O pagamento de propina ou caixinha para que réus economicamente favorecidos não sejam citados ou intimados de atos processuais é um exemplo que diariamente ocorre no submundo do Judiciário.

Ademais, Paulo César Santos Bezerra²³⁶, bem destaca:

[...] que o desrespeito aos direitos, as dificuldades de busca e da efetivação dos mesmos e da conseqüente falta de acesso à Justiça, independem da existência de uma carta de direitos, tornando-se uma questão social relevante e uma questão ética no que diz respeito não somente à criação de mecanismos jurídicos mas, também, de sua efetivação. É, enfim, um problema ético-social.

Não basta então, a extensa gama de mecanismos legislativos que garantem os direitos da sociedade, se diversos são limites impostos à busca ou tutela destes direitos. Ademais, como se não fossem suficientes tais limitações, merece ainda destaque o instinto natural do homem pelo aumento de sua riqueza, aumento de sua renda, quando então, os meios de comunicação noticiam vendas de decisões por Juízes, ou membros do Ministério Público recebendo valores em troca de seu silêncio, advogados que cobram valores extorsivos ou ficam com importâncias que pertencem a seus assistidos. Tais fatores contribuem muito para uma Justiça ineficaz e desacreditada, que não conduz ao verdadeiro acesso à ordem Jurídica Justa.

Analisando ainda o conceito de acesso à Justiça e os obstáculos apresentados ao seu enfrentamento, Ivan Lira de Carvalho²³⁷ bem destaca que o acesso à Justiça não se resume apenas ao simples ingressar com uma demanda, mas sim, a obtenção de um provimento jurídico justo conduzido mediante ideais isonômicos, e a conseqüente obtenção de uma verdadeira ordem jurídica justa. A partir desta concepção as classes menos favorecidas enfrentariam as principais barreiras que impedem este acesso, sejam elas econômicas, denotando-se as altas despesas processuais e os elevados honorários advocatícios, fatores

²³⁶ BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97.

²³⁷ CARVALHO, Ivan Lira de. *A internet e o acesso à justiça*. 2008. Artigo consultado no site www.gontijo-familia.adv.br, em 07 de setembro de 2011.

sociais, consistente no próprio receio ou temor de se ingressar com demanda Judicial, bem como os culturais, decorrentes do próprio medo do cidadão de guerrear por seus direitos.

Mister, nesta senda, não só a isenção de custas ou disponibilidade de Defensores Públicos, imprescindível a realização de uma verdadeira educação “jurídica” da população, para que passem a pensar melhor os seus direitos, reconhecendo-os, e principalmente, conscientizando-os dos mecanismos existentes para se resguardar as premissas violadas.

4 RELEVÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Quando se fala em acesso à Justiça, não se pode olvidar em mencionar a Defensoria Pública como ferramenta capaz de possibilitar aos ditos hipossuficientes, de vindicarem os seus direitos outrora violados, seja de forma judicial ou extrajudicial, proporcionando pois, um efetivo acesso à uma ordem jurídica justa.

A Defensoria Pública é carreira ainda em ascensão, obrigada ainda a conviver diariamente com um misto de indiferença e desconhecimento, o primeiro posto que as demais carreiras jurídicas, bem como, membros do Executivo, Legislativo e Judiciário, vislumbram no Defensor um profissional não tão bem qualificado, que ali se encontra para defender direitos pequenos ou de pouca monta ou relevância social, tutelando ainda pelos interesses dos menos favorecidos, pessoas estas pequenas aos olhos da sociedade, e que não merecem qualquer atenção ou crédito.

Persiste ainda a concepção de que toda prestação de serviço oferecida pelo Estado, seja na saúde, educação, ou outra área, seria de baixa qualidade, ofertada por profissionais não tão bem qualificados, e mediante o uso de equipamentos ou estruturas defasadas.

Por segundo, os Defensores são desconhecidos até por outros profissionais da área jurídica, que por muitas vezes esquecem os direitos e prerrogativas inerentes ao Órgão Defensorial, devendo ser lembrados a todo momento, e se são os Defensores esquecidos inclusive por membros das demais carreiras jurídicas, não se pode olvidar também, que não são sequer conhecidos pelos mais desvalidos, que simplesmente desconhecem que existem profissionais habilitados à sua defesa nas esferas judiciais e extrajudiciais, sendo esta assistência integralmente gratuita.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, o ser humano trava constante luta pela manutenção de uma qualidade de vida, calcada no bem-estar social. A lei não pode mais ser vista sob um enfoque estático, destinada apenas a manter o *status quo*, deverá acima de tudo exercer uma função transformadora, contribuindo para a formação da nova realidade social.

Neste sentido, Cléber Francisco Alves²³⁸, bem destaca a necessidade de uma atuação de efetivar os direitos então positivados:

²³⁸ ALVES, Cléber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: Retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004, p. 23/24.

De nada adianta assegurar a observância do processo democrático na fase de produção do Direito se as autoridades encarregadas de interpretá-lo e de executá-lo não estiverem comprometidas com a realização da vontade popular, presumidamente latente no preceito estabelecido pela norma jurídica.

E ainda discorre o supra mencionado autor²³⁹:

[...] enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo não compreenderem a necessidade urgente de dotar a Defensoria Pública de condições materiais e humanas e de instrumentos adequados para que possa cumprir sua missão constitucional de viabilizar o acesso à justiça àqueles desprovidos de recursos econômicos, que são efetivamente a maioria do povo brasileiro.

[...] Especialmente as populações mais pobres, aqueles excluídos e privados das mais elementares comodidades da civilização contemporânea, têm no Judiciário (cujo acesso se dará, naturalmente, através da Defensoria Pública) a última esperança de ver atendidas suas expectativas de reconhecimento e efetividade de direitos e exercício da cidadania.

O Órgão Defensorial em seu mister constitucional, é reconhecido como instituição essencial a atividade jurisdicional do Estado, tutelando os interesses dos hipossuficientes, na qual, parte-se da premissa de que a jurisdição é inafastável, devendo ser acessível a todos, independente de sua condição social.

Nas exatas palavras de Juan E. Méndez conforme citado por Cléber Francisco Alves²⁴⁰:

[...] uma justiça acessível aos não-privilegiados é provavelmente a chave para a necessidade mais urgente nas nossas democracias do final do século: o desafio da inclusão. A não ser que consigamos resolver os problemas da marginalização e exclusão, os regimes que criamos e consolidamos não merecerão o adjetivo de “democráticos”. [...] a não ser que alcancemos acesso geral e universal, o direito à justiça continuará a ser um privilégio e não um direito.

Deve-se partir a um longo processo de consolidação da Defensoria Pública, visualizando esta instituição não só como instrumento para propiciar o acesso ao Poder Judiciário, mas sim, como meio de consolidação da democracia, da voz popular, do povo podendo lutar e usufruir de seus direitos.

4.1 HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

O berço da assistência judiciária no Brasil encontra-se nas Ordenações Filipinas, decretadas pelo Governo de Filipe III da Espanha, então Filipe II, governando Portugal e

²³⁹ Op. Cit., p. 29.

²⁴⁰ ALVES, Cléber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: Retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004, p. 31.

Brasil. Tais ordenações regeram o Brasil por mais de dois séculos e vigorou entre nós até 1916.

Joaquim Nabuco contribuiu para uma melhor assistência, propondo em 1870, que o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros se encarregasse de ofertar consultas às pessoas pobres, como também, defendê-las em processos judiciais.

De início, pode-se depreender a criação da Defensoria Pública para o final do século XIX, quando a Câmara Municipal da Corte do Rio de Janeiro criou o cargo de Advogado dos Pobres, sendo que os vencimentos destes eram pagos pela administração pública. A sua principal função era defender os réus pobres nos processos criminais, tendo sido este cargo extinto em 1884 e, a partir deste ano, o patrocínio dos mais desvalidos passou a ser exercido pelos advogados privados.

Em 1897, editou-se o Decreto Federal nº 2.457, do Distrito Federal, proporcionando aos pobres a assistência judicial nas esferas cíveis e criminais.

Com o Decreto nº 22.478 de 1933, a assistência judiciária aos pobres ficou a cargo da Ordem dos Advogados do Brasil, instituição criada em 1930. De acordo com o decreto, deveria ser designado um defensor (advogado) para aqueles que não tinham condições de custear um advogado, passando então a proporcionar a sua defesa até o fim do processo, sob pena de censura e multa.

A partir da Constituição de 1934, excetuando-se a de 1937, todas as demais constituições trouxeram dispositivos prevendo a assistência judiciária aos necessitados como dever do Estado. No entanto, em nenhuma delas, até então, havia a previsão de um órgão imbuído, diretamente, desta atribuição até o surgimento da Defensoria Pública na Magna Carta de 1988.

A referida Carta Constitucional de 1934, em seu artigo 113²⁴¹, estabeleceu que a assistência jurídica dos pobres seria obrigação da União e dos Estados, os quais deveriam criar órgãos especiais para esta finalidade, e em assim sendo, em 1935 no Estado de São Paulo, seguido por outras unidades da federação como Rio Grande do Sul e Minas Gerais, fora criado um serviço de assistência judiciária contando com advogados pagos pelo erário público.

²⁴¹ Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 01 de junho de 2011.

A Constituição de 1937 não trouxe qualquer menção no que concerne a prestação da assistência judiciária. A Constituição de 1946, ao revés, enunciou expressamente o dever de assistência, mediante disposição no artigo 141, § 35²⁴². Em função desse dispositivo, vários Estados-Membros criaram seus núcleos de assistência, como, por exemplo, o Estado de São Paulo (1947), Distrito Federal (1948), em que o cargo de Defensor Público era o início da carreira de Ministério Público.

Marco importante fora a edição da Lei nº 1.060, de 1950, que confere ampla assistência aos que se declararem pobres, não tendo como arcar com custas e despesas processuais, sem prejuízo próprio ou de sua família.

No ano de 1954, no Estado do Rio de Janeiro, criou-se no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça os seis primeiros cargos de Defensor Público, os quais eram isolados e de provimento efetivo. No Distrito Federal – então Rio de Janeiro – e Territórios, através da Lei Federal nº 3.434, de 1958, implementaram-se os serviços de assistência judiciária, sendo prestados por Defensores Públicos ocupantes da classe inicial da carreira do Ministério Público Federal.

Em 1962, no Rio de Janeiro, institucionalizou-se a assistência judiciária, cabendo aos Defensores Públicos o patrocínio gratuito em favor dos necessitados, tanto nos processos criminais como nos cíveis.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça em seu artigo 134²⁴³, sendo sua atribuição a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. Ressalte-se ainda, que a atuação da Defensoria Pública, não encontra limite apenas endoprocessual, sendo seu mister mais amplo, traduzindo-se na tutela extraprocessual dos direitos, bem como, na orientação jurídica dos que dela necessitem.

Comentando a essencialidade do mister Defensorial, tendo por diapasão o primado transcrito no artigo 134, Paulo Galliez destaca²⁴⁴:

Ao contrário do que possa parecer, dos artigos 133 a 135 da Constituição federal não nivelam a atuação dos Defensores Públicos aos advogados. Lendo-se atentamente aqueles dispositivos, observa-se que enquanto o advogado é tido apenas como

²⁴² Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 01 de junho de 2011.

²⁴³ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 01 de junho de 2011.

²⁴⁴ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

indispensável à administração da justiça (artigo 133), a defensoria Pública é, por sua vez, Instituição essencial à função jurisdicional do Estado (artigo 134).

Segundo o princípio constitucional em destaque, a Defensoria Pública, como instituição, é, antes de tudo, imprescindível à função jurisdicional do Estado, isto é, por intermédio dos Defensores Públicos exerce atividade essencial junto aos Magistrados, os quais, em razão de seu ofício, estão investidos do poder de jurisdição.

A atividade essencial que o Defensor Público exerce junto aos Magistrados diz respeito, primordialmente, à garantia de defesa quando estabelecida a relação processual civil e penal, em estrito cumprimento ao princípio do contraditório, estendendo-se ainda à esfera administrativa, tudo em obediência à garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94²⁴⁵) enuncia ainda que o mister Defensorial, pautar-se-á nas premissas traçadas nesta lei, afirmando tratar-se de atividade advocatícia, a função exercida pela Defensoria Pública.

Outrossim, cumpre discordar de tal afirmação, não tendo a Defensoria Pública, qualquer ingerência direta da Ordem dos Advogados do Brasil, é bom lembrar ainda, que mesmo ainda sendo necessário que o Defensor Público mantenha sua inscrição junto ao quadro desta categoria de classe, goza o Órgão Defensorial de autonomia administrativa e financeira, possuindo regulamentação própria, conforme Leis Complementares nº 80/1994 e nº 132/2009.

Analisando o artigo 3º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, opina Paulo Galliez²⁴⁶:

Em relação aos Defensores Públicos, esse controle é de evidente inconstitucionalidade, pois, segundo dispositivo contido no artigo 134, parágrafo único, da Constituição Federal, é vedado expressamente a esses profissionais o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Ora, nada mais absurdo do que equiparar o exercício da advocacia com a atividade institucional praticada pela Defensoria Pública, não só pela proibição constitucional, que é de clareza meridiana, como também pelo modo por meio do qual o advogado deve exercer sua função, isto é, fazendo prova do mandato.

O Defensor Público, ao contrário, postula e defende seus assistidos (e não clientes!) por prerrogativa constitucional, sem necessidade alguma de apresentação de mandato, pois este na realidade lhe é conferido pelo próprio Estado, no ato de sua nomeação e posse. Além disso, o Defensor Público, patrocina interesses de determinada classe social que se acha alijada do mercado privativo da advocacia, justamente para permitir o acesso de todos à justiça, sem distinção de qualquer natureza. Trata-se do princípio da igualdade de todos perante a lei, baluarte da democracia e do progresso social.

²⁴⁵ Art. 3º. O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

§ 1º. Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 01 de junho de 2011.

²⁴⁶ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 43.

E arremata o referido autor:

O que pretende a Ordem dos Advogados do Brasil, de forma insofismável, é centralizar o controle externo de todas as instituições integradas por profissionais do direito investidos em cargo público, tanto que, no malsinado § 1º do artigo 3º, do Estatuto, deixa claro, de modo unilateral e arbitrário, que a sujeição ao Estatuto é imperiosa, além do regime próprio a que se subordinam.

Pelo que se pode concluir não há dúvida alguma quanto à inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º, do novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que obriga os defensores públicos a se inscreverem naquele órgão, sendo, portanto, ilegal e abusiva qualquer exigência nesse sentido, merecedora de proteção judicial, considerando que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

Mesmo que recebam a denominação comum de “advogados dos pobres”, os Defensores Públicos não são advogados, não podendo sequer exercer a advocacia afora do exercício de suas funções regulares.

Os Defensores Públicos gozam de privilégios e prerrogativas decorrentes do seu cargo, tendo sua carreira, regulamentação própria pelas Leis Complementares nº 80/1994 e nº 132/2009, que dispõem sobre a Defensoria Pública da União e prescrevem normas gerais para sua organização nos Estados. Baseado em tais diplomas legais, a Defensoria Pública do Estado do Ceará editou a Lei Complementar nº 06/1997 e a Defensoria Pública do Rio Grande do Norte teve a sua organização a partir da edição da Lei Complementar Estadual nº 251/2003.

4.2 UMA ANÁLISE DA DEFENSORIA PÚBLICA SOB O PRISMA DO DIREITO COMPARADO

A preocupação de assegurar a defesa dos pobres em Juízo encontra suas origens na Antiguidade Clássica, antes mesmo da Era Cristã, representando um dever moral e meritório do homem piedoso. Destarte, este dever moral cedeu lugar a uma obrigação jurídica, ou seja, um dever honorífico, impondo-se, legalmente, aos advogados o patrocínio das causas dos pobres²⁴⁷.

Esta premissa fora adotada em nações como Inglaterra, Bélgica, Holanda, França, Alemanha e Itália.

²⁴⁷ Santo Ivo, patrono dos advogados, tornou-se santo precisamente porque, apesar de insigne advogado, defendia os pobres (e dele se dizia, justamente, que foi *advocatus sed non latro, res Miranda populo!...*) – (advogado, mas não ladrão, coisa admirada pelo povo).

A partir da concepção do Estado Social (*Welfare State*), passou-se a dar um novo enfoque a questão assistencial, instituindo-se na Inglaterra um sistema mais avançado de acesso à Justiça, mediante os serviços do *legal advice* (consultoria extrajudicial) e *legal aid* (patrocínio judicial), prestados por profissionais liberais, devidamente remunerados pelo Estado.

Conquanto no Brasil a assistência jurídica será em regra prestada pela Defensoria Pública, a Lei nº 1.060/50²⁴⁸ determina que nas cidades onde não exista Defensor Público, a Ordem dos Advogados do Brasil procederá a designação de um advogado para o exercício deste mister, e não havendo seccional da Ordem nesta cidade, caberá ao Magistrado fazê-lo.

Interessante ainda, esclarecer que a Lei nº 8.906/94²⁴⁹ garante ao advogado que preste serviços ao juridicamente necessitado, tem direito a ser remunerado pelo Estado. Neste caso, o referido *munus* é obrigatório²⁵⁰, ressalvadas as hipóteses previstas na Lei nº 1.060/50²⁵¹. Ademais, o advogado que dispuser a patrocinar o beneficiário da assistência judiciária, não havendo impedimento da Defensoria Pública, o causídico fica impedido de cobrar de seu assistido os honorários correspondentes, e também não poderá exigir do Estado tal pagamento.

²⁴⁸ Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados, nos termos da lei. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 7.510, de 04.07.1986, DOU 07.07.1986, DOU 07.07.1986)

Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento, dentro do prazo de 72 (setenta e duas) horas.

§ 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas seções estaduais ou subseções municipais.

§ 3º. Nos municípios em que não existem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

²⁴⁹ Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º. O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

²⁵⁰ Art. 34. Constitui infração disciplinar:

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

²⁵¹ Art. 15. São motivos para a recusa do mandato pelo advogado designado ou nomeado:

1º. estar impedido de exercer a advocacia;

2º. ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual;

3º. ter necessidade de se ausentar da sede do juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis;

4º. já haver manifestado, por escrito, sua opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear;

5º. haver dado à parte contrária parecer escrito sobre a contenda.

Parágrafo único. A recusa será solicitada ao juiz, que, de plano, a concederá, temporária ou definitivamente, ou a denegará. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

Hodiernamente, é comum em algumas cidades brasileiras, a assistência jurídica ser exercida por advogados pagos pelas Prefeituras, entretanto, tais profissionais não pertencem a carreira da Defensoria Pública, não gozando das prerrogativas legais conferidas aos Defensores.

Na França a defesa dos direitos dos hipossuficientes é feita por advogados, livremente escolhidos pelo beneficiário, sendo que essa escolha pode ocorrer mesmo antes do deferimento da assistência judiciária (artigo 25 da Lei nº 91-647, de 10 de julho de 1991). Se a parte não tiver efetuado a escolha, o *Bureau d'aide juridictionnelle* (estabelecido na sede de cada tribunal de “*grande instance*”) notificará o presidente da Ordem dos Advogados ou o presidente do organismo profissional correspondente, para que designe advogado ou o oficial público ou ministerial encarregado de prestar a assistência devida.

Esses profissionais são reembolsados pelo Estado, reembolso esse que será eventualmente complementado pelo pagamento suplementar, a cargo do assistido, em caso de ajuda judiciária parcial (artigo 35 da Lei nº 91-647, de 10 de julho de 1991). É também facultado que tal cobrança seja feita da parte adversária sucumbente que não tenha sido beneficiária da assistência judiciária (artigo 37 da Lei nº 91-647, de 10 de julho de 1991).

Por sua vez, na Suécia subsiste um sistema misto, na qual, a parte que necessitar de assistência judiciária ou jurídica em geral, poderá indicar um advogado particular, um advogado vinculado a instituição pública de assistência judiciária – defensor público – ou uma empresa jurídica particular, ou ainda qualquer outra pessoa que julgar habilitada para lhe dar assistência, que será nomeada pela Comissão. Em certos casos referentes às liberdades pessoais e direito de ir e vir, a nomeação do defensor será feita mesmo sem requerimento do interessado. Aquele que efetuar a prestação do serviço terá sempre direito a ser remunerado razoavelmente pelo trabalho, tempo e outras despesas, honorários esses que serão fixados pela própria Corte que apreciou o caso patrocinado, ou pela Comissão de Assistência Jurídica Pública, nas situações que não forem a juízo.

Conforme artigo de autoria de Theodoro J. Lidz²⁵², sob o título “*The Defender Services Program for the United States Federal Courts*”, o autor destaca a missão dos serviços dos Defensores Públicos no sistema Norte-Americano, que seria de assegurar os direitos garantidos pela Sexta Emenda e pela “*Criminal Justice Act*”, e outras legislações que garantem os direitos dos cidadãos, para aqueles que “não podem se dar ao luxo” de contratar advogado. Destarte, caberia ao serviço Defensorial: a) manter a credibilidade no compromisso

²⁵² O texto na íntegra é encontrado na obra de Cléber Francisco Alves e Marília Gonçalves Pimenta, *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública*, p. 139/142.

de que a nação deve garantir a igualdade de todos; b) assegurar o bom funcionamento de preceitos constitucionais, tais como o contraditório, que garantam a plena aplicação da lei.

A Sexta Emenda a Constituição Norte-Americana, garante ao acusado em processo criminal, o direito de ser defendido por advogado/defensor, e em 1964 o “*Criminal Justice Act*”, passou a reconhecer e determinar uma compensação aos advogados que representavam os hipossuficientes, no entanto, tal remuneração de início não era alta. Em 1970, passou-se a determinar o surgimento de determinadas organizações advocatícias em determinados distritos judiciais federais, na qual, anualmente não menos de 200 (duzentos) profissionais, se inscreviam para compor tais organizações.

Hoje, existem 73 (setenta e três) organizações federais de defesa, empregando mais de 2.400 (duas mil e quatrocentas) pessoas e atuando em 83 (oitenta e três) dos 94 (noventa e quatro) distritos judiciais federais. Há dois tipos de organizações federais de defesa, a organização pública federal de defesa – composta por servidores federais, e a organização comunitária de defesa – organização de advogados sem fins lucrativos, recebendo subsídio estatal. Juntas, totalizam mais de 10 mil defensores/advogados representando a maioria dos indivíduos que são acusados nas cortes federais norte-americanas.

Por sua vez, o sistema Argentino é destacado por Silvina Manes em seu artigo “*Los sistemas de Defensa Publica em La Argentina: Uma Breve Vision Critica*”²⁵³, cuja mesma ressalta que a Constituição Argentina consagra expressamente, com absoluta amplitude, o direito de defesa da pessoa, instituindo destarte, o Ministério Público da Defesa, sendo órgão federal, mas coexistindo com outros sistemas de defesa pública, organizados nas províncias Argentinas.

A maior diferença apontada entre o sistema federal de defesa e os sistemas adotados nas províncias, implica na necessidade de unificar critérios básicos que deveriam reger as estruturas destas instituições, reconhecendo suas autonomias, e de acordo com o artigo 120 da Constituição Argentina, deve-se resguardar a independência do sistema de defesa pública (não pertencer a nenhum poder Estatal, imunidades e intangibilidade de remuneração), autonomia funcional e financeira (orçamento próprio).

E culmina a mesma, destacando que a defesa é um direito de todos os cidadãos, mas também uma obrigação do Estado, afirmando ainda que todas as províncias platinas deveriam resguardar sistemas de defesas públicas, e inobstante este fato, não se pode excluir a

²⁵³ O texto na íntegra é encontrado na obra ALVES, Cléber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: Retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004, p. 143/156.

consciência de que todos os advogados e os demais operadores do direito, devem prover de forma efetiva, o acesso à Justiça.

4.3 NATUREZA JURÍDICA E PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública encontra-se hoje em patamar constitucional, encontrando sua definição legal no art. 134 da Constituição Federal.

Ao exercer o seu *munus*, o Órgão Defensorial envolve duas atividades basilares: a) a de consultoria, e b) a de representação, esta inerente tanto a esfera judicial e extrajudicial. No exercício do seu mister, cabe a Defensoria Pública a defesa dos interesses jurídicos dos seus tutelados, podendo ser consultiva ou postulatória, de ordem preventiva ou consistente na provocação da atuação de qualquer dos poderes do Estado, mormente, Judiciário.

Goza ainda a Defensoria Pública de autonomia funcional e administrativa, tendo sido estas reforçadas após a Emenda Constitucional nº 45/2004, fixando-se, ainda, sua competência para proposta orçamentária, conforme artigo 134, § 2º²⁵⁴, gerando uma importante desvinculação do Poder Executivo, garantido uma maior independência funcional na atuação do Defensor.

No que concerne a necessidade do Defensor Público estar inscrito perante a Ordem dos Advogados do Brasil, e pagar a anuidade desta entidade profissional, tal obrigação não se coaduna propriamente com o *mister* defensorial, *primus* porque a capacidade postulatória²⁵⁵ do Defensor Público é inerente ao cargo que exerce, *secundus* o Defensor Público não recebe honorários advocatícios, sendo estes revertidos a um fundo financeiro institucional, *tercius* o Defensor Público é proibido de exercer a atividade advocatícia fora de sua atividade institucional, não o podendo fazer nem em causa própria.

²⁵⁴ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

²⁵⁵ Capacidade postulatória também discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4636, discutida à fl. 169 desta dissertação.

Sobre o pagamento de anuidade da Ordem dos Advogados do Brasil, interessante é a ponderação de Paulo Galliez²⁵⁶:

O ingresso na carreira, como se sabe, só é possível mediante a realização de concurso público e provas e títulos, sendo vedado, a partir daí o exercício da advocacia. Por outro lado, a atuação do Defensor Público decorre de munus público sendo-lhe dispensado, por isso mesmo, comprovar inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, por ser indiferente a qualificação de “advogado” para assim agir, pois a prática profissional de seus atos está respaldada em mandato constitucional.

A Defensoria Pública tem como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, consoante disposição do artigo 3º da Lei Complementar Federal n.º 80/1994²⁵⁷.

O princípio da unidade significa que a Defensoria Pública é um todo orgânico formado por idênticos aspectos estruturais (mesma direção, mesmos fundamentos e mesmas finalidades). Destarte, impossível a existência de instituições públicas concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada Defensoria Pública.

O princípio da indivisibilidade dispõe que a Defensoria Pública é um todo orgânico, não admite rupturas e fracionamentos, possibilitando que seus membros, substituam uns aos outros sem qualquer prejuízo para a atuação institucional e validade processual. No entanto, este princípio somente se aplica às defensorias de cada unidade da federação, ou seja, no que concerne ao princípio da unidade, seus membros devem estar sob uma mesma direção no âmbito na federação e, no que concerne ao princípio da indivisibilidade, podem se substituir uns defensores pelos outros apenas dentro do mesmo Estado.

No que concerne ao princípio da independência funcional, a Defensoria Pública deve gozar de plena autonomia para atuar livremente, livre de qualquer ingerência de outro organismo estatal, e inclusive do próprio Poder Executivo, ao qual se encontra vinculado por força da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

A subordinação a que estão sujeitos os membros da Defensoria é apenas administrativa e não hierárquica, ou seja, os Defensores Públicos, no uso de suas funções institucionais, estão sujeitos apenas aos ditames legais, e à sua própria convicção e não a ordens de quem quer que seja. No entanto, no plano administrativo, estão os Defensores

²⁵⁶ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 16.

²⁵⁷ Art. 3º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

Públicos sujeitos aos atos e decisões de direção, organização e fiscalização dos Órgãos Superiores da Defensoria Pública.

No afã de esclarecer a independência funcional, prudente mencionar o magistério de Hely Lopes Meirelles *apud* Paulo Galliez²⁵⁸ “*Atuam com plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais*”.

Destarte os princípios institucionais da Defensoria Pública assemelham-se com os primados norteadores do Ministério Público, tendo como objetivo fortalecer o Defensor Público no exercício de seu *mister* e enaltecer a instituição. Não se pode falar em uma instituição forte, capaz de tutelar os interesses da maioria menos favorecida, se existisse qualquer subordinação hierárquica do Defensor em face do Executivo ou Judiciário, se houvesse tal subordinação, não poderíamos falar nas inúmeras demandas propostas pela Defensoria face aos governos dos Estados e da União, ou então, da possibilidade de interposição de recursos, se os Defensores fossem subordinados ao Judiciário, tendo que acatar as decisões dos juízes.

Assim como os Magistrados julgam de acordo com o seu livre convencimento, deve o Defensor agir dentro dos limites do seu próprio convencimento, gozando de sua independência funcional, não sendo compelido no seu agir, pode-se até tomar por diapasão o disposto no artigo 28²⁵⁹ do Código de Processo Penal, na qual, não entendendo o Promotor de Justiça pelo oferecimento da denúncia, os autos do Inquérito Policial serão remetidos ao Procurador Geral de Justiça, que por sua vez oferecerá ele próprio a denúncia ou remeterá os autos para outro Promotor de Justiça fazê-lo, e nunca obrigar o Promotor original a fazê-lo, preservando a sua independência funcional.

²⁵⁸ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 16.

²⁵⁹ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

4.4 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

O quadro estrutural da Defensoria Pública é formado pela Defensoria da União, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Estados, conforme previsto na Lei Complementar Federal nº 80/1994²⁶⁰.

Cada uma destas Defensorias guarda unidade própria e indivisibilidade entre seus membros, mas não entre as mesmas, sendo que cada qual possui sua autonomia administrativa e organizacional, sendo seus membros aprovados mediante concurso público de provas e títulos.

Ao revés do que vem acontecendo em alguns Municípios, a Lei Complementar Federal nº 80/1994, não previu a instituição de Defensoria Pública Municipal, bem como, face a simetria com a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, que encontram previsão constitucional apenas nas esferas Federal e Estadual, não se pode admitir a instituição absurda de Defensorias Públicas Municipais. Não se pretende com este argumento, afirmar que a assistência judiciária seria atribuição exclusiva do Órgão Defensorial, e sim, evitar que sejam utilizados os símbolos, garantias e prerrogativas dos Defensores Públicos por pessoas que não fazem parte do quadro funcional da instituição.

A Defensoria Pública da União tem por atribuição a defesa dos hipossuficientes no âmbito federal, trabalhista, eleitoral, militar, junto aos Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União, localizando-se em regra nas capitais dos Estados. Noutro pórtico, face a grande quantidade de pessoas que necessitam dos préstimos do Defensor Público Federal, verifica-se a crescente instalação desta instituição em outras cidades de grande porte nos Estados da Federação.

Ademais, sobre a atuação do Defensor Público Federal, merece destaque a relevância do mesmo nas demandas de natureza previdenciária, na qual, na seara da Justiça Federal, é crescente o número de demandas propostas, com o fito de revisar ou implantar benefícios previdenciários ou assistenciais, ressaltando-se ainda de oportuno, que nas comarcas que não for sede da Justiça Federal, deverá o Defensor Público Estadual, em atenção ao disposto no

²⁶⁰ Art. 2º A Defensoria Pública abrange:

I - a Defensoria Pública da União;

II - a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

III - as Defensorias Públicas dos Estados. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

artigo 109, § 3º²⁶¹ da Constituição Federal, atender e propor a demanda de natureza previdenciária.

A Defensoria Pública da União organiza-se, consoante o disposto no artigo 5º da Lei Complementar Federal nº 80/1994²⁶².

De seu turno, a Defensoria Pública do Distrito Federal, em que pese ser organizada pela União, consoante artigo 21 inciso XIII da Constituição Federal²⁶³, tem por dever a atuação dentro do Distrito Federal nas causas que não sejam de âmbito federal ou trabalhista, ou seja, atribuição semelhante a das Defensorias Públicas Estaduais.

No âmbito estadual, as Defensorias Públicas em regra, organizam-se com os seguintes órgãos: a Defensoria Pública-Geral do Estado, a Subdefensoria Pública-Geral do Estado, o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado, a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado e como órgãos de atuação os Defensores Públicos Estaduais.

Destaque-se ainda, as funções institucionais, dentre as quais promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses; patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; patrocinar ação civil; patrocinar defesa em ação penal; patrocinar defesa em ação civil e reconvir; atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei; exercer a defesa da criança e do adolescente; atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais; assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes; atuar junto aos Juizados Especiais; patrocinar os

²⁶¹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

²⁶² Art. 5º A Defensoria Pública da União compreende:

I - órgãos de administração superior:

- a) a Defensoria Pública-Geral da União;
- b) a Subdefensoria Pública-Geral da União;
- c) o Conselho Superior da Defensoria Pública da União;
- d) a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública da União;

II - órgãos de atuação:

- a) as Defensorias Públicas da União nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios;
- b) os Núcleos da Defensoria Pública da União;

III - órgãos de execução:

- a) os Defensores Públicos Federais nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios (Alteração da Lei Complementar nº 132/2009). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

²⁶³ Art. 21. Compete à União: (...)

XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

direitos e interesses do consumidor lesado, dentre outros, consoante disposição do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994²⁶⁴, podendo cada Estado Membro, restringir ou ampliar estas funções, no qual destaca-se no Estado do Rio Grande do Norte, a Lei Complementar nº 251 de 2003²⁶⁵ prevê em seu artigo 3º, inciso XII, que caberá ao Defensor Público promover, junto aos cartórios competentes, o assentamento de registro civil de nascimento e óbito de necessitados. Já no Estado do Ceará, consoante Lei Complementar nº 06/1997²⁶⁶, é atribuição do Defensor Público a defesa dos praças da Polícia Militar, perante a Justiça Castrense Estadual.

Merece ainda destaque, a possibilidade da Defensoria Pública tutelar os interesses não só de pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas podem buscar a assistência

²⁶⁴ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;

II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;

III - patrocinar ação civil;

IV - patrocinar defesa em ação penal;

V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir;

VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;

VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;

VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;

X - atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;

XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado;

§ 1º (VETADO)

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

§ 3º (VETADO) Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

²⁶⁵ Art. 3º São funções institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que lhes sejam correlatas:

I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;

II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;

III - patrocinar defesa em ação penal;

IV - patrocinar ação civil;

V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir;

VI - atuar como Curador Especial de necessitados, nos casos previstos em lei;

VII - exercer a defesa da criança e do adolescente, nos casos previstos em Lei;

VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;

X - atuar junto aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais;

XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor necessitado lesado;

XII - promover, junto aos cartórios competentes, o assentamento de registro civil de nascimento e óbito de necessitados.

Parágrafo único. As funções institucionais da Defensoria Pública do Estado serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

²⁶⁶ Art. 3º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...)

XIII - defender os praças da Polícia Militar, perante a Justiça Militar do Estado; (...).Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 05 de junho de 2011.

judiciária, uma vez que o artigo 134 da Carta Política não traz qualquer restrição, desde que comprovada a sua condição de hipossuficiência. Neste sentido, escreve Sérgio Luiz Junkes²⁶⁷:

Em termos genéricos, dentre as pessoas jurídicas merecedoras de assistência jurídica podem ser alinhadas aquelas, desprovidas de patrimônio, ou com patrimônio inalienável ou reduzido, as que tenham fins filantrópicos, assistenciais ou que sejam reconhecidas de utilidade pública. Nesse último caso, segundo Marcacini, tais pessoas jurídicas além de suprirem funções em que o desempenho do Estado é insatisfatório, não têm como obter recursos para financiar uma demanda judicial. Em contrapartida, conforme Marcacini, deve ser vedada, via de regra, a concessão do benefício às pessoas jurídicas que tenham fins lucrativos, muito embora deficitárias, quando os seus sócios reúnam condições ou de investir mais capital na sociedade ou, então, de arcar somente com os ônus processuais. Também, em princípio, deve se negar a assistência jurídica às sociedades sem fins lucrativos, quando estas sirvam aos seus associados, como no caso de clubes e associações esportivas. Nesse caso, o benefício só seria justificável se os seus associados não pudessem de alguma forma custear o valor das despesas processuais e honorários advocatícios, através do acréscimo correspondente nas contribuições ou mensalidades cobradas pela sociedade, ou então, por meio da instituição de alguma taxa social. De qualquer maneira, conforme Marcacini, só diante de um caso concreto é que se poderá aferir a impossibilidade de a pessoa jurídica litigar em juízo, a menos que gratuitamente. Verificada essa impossibilidade, deverá ser concedida a assistência jurídica à sociedade postulante.

Cumprido destacar no entanto, que encontra-se em curso perante o Supremo Tribunal Federal²⁶⁸, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4636²⁶⁹, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 80/1994 e 132/2009, que permitem à Defensoria Pública atuar em favor de pessoas jurídicas, bem como determinando a capacidade postulatória do Defensor Público a partir de sua investidura no cargo²⁷⁰.

Neste esteio entende a aludida entidade de classe que a Defensoria Pública ao defender pessoas jurídicas, extrapolaria seu mister constitucional, conforme artigo 134, que determina a defesa dos “necessitados”, conquanto que pessoas jurídicas não se enquadrariam neste conceito.

²⁶⁷ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 83.

²⁶⁸ A referida ação ainda encontra-se em curso perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido protocolizada em 01 de agosto de 2011, sendo o relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

²⁶⁹ Disponível no site www.stf.jus.br, consulta realizada em 20 de agosto de 2011.

²⁷⁰ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (...)

§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009). Consulta realizada no site www.planalto.jus.br, em 20 de agosto de 2011.

Bem como, os Defensores Públicos em sua essência seriam advogados, devendo-se manter vinculados a Ordem dos Advogados do Brasil, pagando suas anuidades.

Cumpre, com todo respeito, discordar do entendimento resgatado da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, posto que pessoas jurídicas podem se encontrar em situações de vulnerabilidade, quando não possuem qualquer dinheiro em caixa, sendo seu capital social sequer integralizado, ademais, pessoas jurídicas que apresentem dificuldades, apresentam como regra sócios ou administradores com iguais dificuldades, não podendo contratar advogados para representa-los juridicamente. Prudente ainda lembrar, que existem também pessoas jurídicas filantrópicas, ou seja, que não detêm o lucro como finalidade.

Conquanto, no que concerne à discussão sobre a manutenção do Defensor Público, como membro da Ordem dos Advogados do Brasil, assim como outras carreiras jurídicas que também detêm capacidade postulatória, esta capacidade decorre da posse no cargo de Defensor, na qual, a função advocatícia exercida é exclusiva no exercício de seu mister constitucional²⁷¹.

Destarte, não se há como negar a possibilidade de se prestar assistência judiciária às pessoas jurídicas, desde que comprovada a impossibilidade desta de custear honorários advocatícios, face a inexistência de óbices legais para tanto.

A título informativo, e para melhor verificar como está organizada a Defensoria Pública no Brasil, o Ministério da Justiça já realizou 03 (três) diagnósticos que retratam a situação desta instituição. O último diagnóstico é datado de 2009, e contou com a contribuição direta de diversos Defensores Públicos do país, que responderam a questionários sobre a situação real do Órgão Defensorial.

²⁷¹ Relevante destacar que o parecer da Advocacia Geral da União nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, é no sentido de que não haveria inconstitucionalidade. O parecer assinado pelo advogado-geral substituto, Fernando Luiz Albuquerque e Faria, destaca que a prestação de assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública “se relaciona à situação econômica, e não à natureza do interessado”. Ainda de acordo com o parecer, a prestação de assistência a pessoas jurídicas justifica-se na medida em que tais entidades, criadas com ou sem fins lucrativos, podem não ter condições econômicas de custear um processo. A Advocacia-Geral lembrou ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de suas turmas, já se pronunciou pelo reconhecimento do direito a assistência judiciária gratuita das pessoas jurídicas, desde que comprovada a insuficiência de recursos. A Advocacia Geral da União pondera, no entanto, que artigo 133 da Constituição Federal não exige que a advocacia seja atividade privativa daqueles que possuam inscrição na OAB, pois o mandamento constitucional estabelece, apenas, que “o advogado é sujeito indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”. Assim, a Lei Complementar 132/09, ao modificar a Lei Complementar 80/94, estabelecendo que a capacidade postulatória dos defensores públicos decorre da nomeação e posse, revogou a norma que incluía os membros da Defensoria Pública dentre os que deveriam ter inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, com a obrigação de contribuir para a entidade.

Analisando o Terceiro Diagnóstico²⁷², verifica-se que até julho de 2009, estavam na ativa no Brasil 4.515 (quatro mil quinhentos e quinze)²⁷³ Defensores Públicos, totalizando uma média de 32.044 (trinta e dois mil e quarenta e quatro) cidadãos²⁷⁴ por Defensor Público.

4.5 DIREITOS, PRERROGATIVAS, OBRIGAÇÕES E GARANTIAS INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Consoante disposição do artigo 43 da Lei Complementar nº 80/1994²⁷⁵, são garantias dos Defensores Públicos: a) a independência funcional no desempenho de suas atribuições; b) a inamovibilidade; c) a irredutibilidade de vencimentos; d) a estabilidade.

A independência funcional, também erigida à condição de princípio institucional, é também garantia do Defensor Público, permitindo a este que atue de acordo com sua convicção, não sendo subordinado hierarquicamente a nenhum outro órgão, nem tampouco ao Defensor Público-Geral. Goza de autonomia para atuar, livre de qualquer ingerência, seja da própria instituição ou de qualquer outro organismo estatal, estando sujeito apenas à sua consciência e aos ditames da lei.

A inamovibilidade significa que o Defensor Público só poderá ser removido do órgão em que é titular para outro da Defensoria Pública, por ato voluntário. Esta garantia tem por escopo fortalecer a independência funcional do Defensor, uma vez que, mesmo contrariando interesses de terceiros, por mais poderosos que sejam estes, terá a certeza que ingerências alheias não o impedirão de continuar o seu trabalho no órgão em que é titular. Ainda consoante disposição da Lei Complementar nº 80/1994²⁷⁶, a remoção compulsória do

²⁷² III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, publicação do Ministério da Justiça, Brasília/DF, 2009. Consulta realizada no site www.defensoria.ce.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁷³ Destaque-se que os Estados do Amapá Paraná e Rio Grande do Norte, não enviaram os seus números.

²⁷⁴ Considerou-se como público alvo da Defensoria Pública, as pessoas maiores de 10 (dez) anos com renda até 03 (três) salários mínimos. III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, publicação do Ministério da Justiça, Brasília/DF, 2009. Consulta realizada no site www.defensoria.ce.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁷⁵ Art. 43. São garantias dos membros da Defensoria Pública da União:

I - a independência funcional no desempenho de suas atribuições;

II - a inamovibilidade;

III - a irredutibilidade de vencimentos;

IV - a estabilidade. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁷⁶ Art. 50. Constituem infrações disciplinares, além de outras definidas em Lei Complementar, a violação dos deveres funcionais e vedações contidas nesta Lei Complementar, bem como a prática de crime contra a Administração Pública ou ato de improbidade administrativa.

§ 1º Os membros da Defensoria Pública da União são passíveis das seguintes sanções: (...)

III - remoção compulsória; (...)

§ 4º A remoção compulsória será aplicada sempre que a falta praticada, pela sua gravidade e repercussão, tornar incompatível a permanência do faltoso no órgão de atuação de sua lotação.

Art. 56. São atribuições do Defensor Público-Geral: (...)

Defensor Público só pode ocorrer como punição disciplinar, após prévio parecer do Conselho Superior, exarado após processo administrativo disciplinar, assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Por sua vez, a irredutibilidade de subsídio proíbe a redução da retribuição pecuniária legalmente prevista para o cargo de Defensor Público. O Defensor recebe na forma do artigo 135 da Constituição Federal²⁷⁷ subsídio, sendo este pago em única parcela como forma de remuneração, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, abono, adicional, prêmio, verba de representação ou outra qualquer forma de remuneração.

Por fim, no que concerne a estabilidade esta é conferida ao Defensor Público o direito de, após 03 (Três) anos de efetivo serviço, só poder perder o cargo excepcionalmente em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou ao término de processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa. Esta garantia difere da vitaliciedade, adquirida após 02 (Dois) anos do exercício do cargo, conferida aos membros da Magistratura e do Ministério Público, que condiciona a perda do cargo unicamente à prolação de sentença judicial transitada em julgado, consoante disposições dos artigos 95 e 128 da Constituição Federal²⁷⁸.

Merece atenção ainda, o fato de que em havendo Defensor Público na Comarca, caberá a este a defesa no Código de Processo Penal²⁷⁹, daqueles que não puderem, ou não

XVII - aplicar a pena de remoção compulsória, aprovada pelo voto de dois terços do Conselho Superior, aos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁷⁷ Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁷⁸ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; (...).

Art. 128. O Ministério Público abrange:

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

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁷⁹ Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

venham a constituir advogado. Não se trata de tentativa da Defensoria Pública de tomar para si, de forma exclusiva, o ônus da defesa, mas sim, o exercício direto de sua função institucional. No mesmo sentido, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994²⁸⁰) determina que a atuação do advogado, nas comarcas que tenham Defensor Público, e na defesa dos hipossuficientes será supletiva.

O entendimento aplicado no âmbito interno das Defensorias Públicas, é de que mesmo o réu tendo condições de contratar advogado e pagar seus honorários advocatícios, terá direito a ser defendido por Defensor Público caso não constitua advogado próprio, outrossim, poderá ser obrigado ao final, caso seja condenado, a pagar as custas e despesas processuais, bem como os honorários do Defensor Público²⁸¹.

Neste sentido, cumpre destacar o magistério de Sérgio Luiz Junkes²⁸², tendo o mesmo afirmado:

Segundo dispõe o art. 263 do Código de Processo Penal, o juiz deverá nomear defensor ao réu que não indica advogado em processo criminal. Todavia, não poderá o juiz nomear defensor dativo ao réu, a não ser no caso de impossibilidade de atuação da Defensoria Pública. Tal conclusão decorre da independência funcional erigida como princípio institucional e como garantia do Defensor Público. Isso porque, se fosse permitido ao juiz nomear ao seu alvedrio um defensor dativo, mesmo existindo a Defensoria Pública, também poderia fazê-lo não só na hipótese do art. 263 do Código de Processo Penal, mas também, toda vez que um Defensor Público criasse alguma dificuldade ao Juiz. Exemplos dessa situação poderiam ocorrer no caso de o Defensor Público recorrer de decisões interlocutórias, postular anulação de atos processuais, representar o Juiz perante o seu órgão disciplinar etc. O § 1º, do art. 22 da Lei 8.906, de 04.07.1994, estabelece que a atuação do advogado privado em relação aos necessitados é supletiva. Em outros termos, o advogado só deve patrocinar o interesse dos necessitados no caso de impossibilidade da Defensoria Pública local e mediante remuneração. Ou seja, essa Lei não fala em impossibilidade do Defensor Público lotado em determinado órgão, mas sim, em impossibilidade da Defensoria Pública. Esse fato, segundo Santos, significa que só ao Defensor Público-Geral é que cabe pronunciar-se sobre essa impossibilidade e sobre a consequente nomeação de advogado dativo em detrimento da atuação da Defensoria Pública implica invasão da sua autonomia, uma vez que àquela, segundo mandamento constitucional, cabe a defesa do interesse dos necessitados.

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁸⁰ Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º. O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁸¹ O Defensor Público não recebe os honorários decorrentes da sucumbência. O referido valor é destinado a um fundo de reaparelhamento e reestruturação da Defensoria Pública.

²⁸² JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 98.

Cumpra destacar que infelizmente, alguns despachos de Magistrados, contêm ainda a advertência de que o acusado que se mantiver inerte, ou seja, que não constitua advogado para realizar a sua defesa, ser-lhe-á imposta a “pena” de passar a ser assistido pela Defensoria Pública, ou no corriqueiro despacho, “indique o réu seu advogado, sob pena de ser nomeado Defensor Público”.

Ledo engano aos Magistrados que ainda assim agem, quando não vislumbram nos Defensores Públicos profissionais competentes e capacitados, devendo ser respeitadas suas prerrogativas, assegurando-lhes igual tratamento conferido também aos membros do Ministério Público e Advogados.

Dentre as prerrogativas dos Defensores Públicos podem ser listadas consoante artigo 44 da Lei Complementar nº 80/1994²⁸³, merecendo atenção a alteração na Lei nº 7.210/1984 (Lei das Execuções Penais) realizada pela Lei nº 12.313/2009²⁸⁴, que não se trata apenas de

²⁸³ Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos;

II - não ser preso, senão por ordem judicial escrita, salvo em flagrante, caso em que a autoridade fará imediata comunicação ao Defensor Público-Geral;

III - ser recolhido a prisão especial ou a sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e, após sentença condenatória transitada em julgado, ser recolhido em dependência separada, no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena;

IV - usar vestes talares e as insígnias privativas da Defensoria Pública;

V - (VETADO)

VI - ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, ressalvadas as vedações legais;

VII – comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus assistidos, ainda quando esses se acharem presos ou detidos, mesmo incommunicáveis, tendo livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento;

VIII – examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos;

IX - manifestar-se em autos administrativos ou judiciais por meio de cota;

X - requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais;

XII - deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu proceder;

XIII - ter o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça;

XIV - ser ouvido como testemunha, em qualquer processo ou procedimento, em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade competente;

Parágrafo único. Quando, no curso de investigação policial, houver indício de prática de infração penal por membro da Defensoria Pública da União, a autoridade policial, civil ou militar, comunicará, imediatamente, o fato ao Defensor Público-Geral, que designará membro da Defensoria Pública para acompanhar a apuração. .
Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁸⁴ Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

prerrogativa da Defensoria Pública, mas sim, principalmente em garantia às pessoas que se encontram presas em estabelecimentos prisionais brasileiros, devendo ser garantido ao Defensor Público local apropriado ao seu atendimento.

Sobre o prazo em dobro, mister destacar que vem se tentando questionar esta prerrogativa baseada no princípio da paridade de armas, na qual, membros do Ministério Público e advogados, não possuem tal prazo diferenciado para agir, outrossim, deve-se lembrar que acima das prerrogativas defensorias, encontra-se o princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como, a assistência jurídica integral, na qual, tratam-se de direitos fundamentais devendo ser garantido todos os instrumentos hábeis ao seu exercício. Repise-se ainda o fato, de que o número de Defensores Públicos no Brasil ainda é muito pequeno, comparado com a grande gama de pessoas que necessitam de seus préstimos, fazendo com que, um único Defensor Público seja responsável na maioria das vezes por mais de uma vara, ou quiçá, mais de uma Comarca.

É bem verdade que o Órgão Defensorial hoje no Brasil, é uma instituição que na grande maioria, ou até na totalidade dos Estados, encontra-se ainda em fase embrionária, montando estrutura física, realizando concursos, enfim, alcançando seus espaços gradativamente, e nada mais justo que, enquanto prevaleçam tais condições, possa a Defensoria usufruir da prerrogativa do prazo em dobro, posto que, tem-se por primado constitucional o direito a liberdade, sendo corolário da ampla defesa e o contraditório, assegurados pela defesa técnica, esta realizada em sua maioria para os hipossuficientes pelo Defensor Público.

O prazo em dobro não poderia ser aplicado a processos que tenham ritos céleres como o Juizado Especial, bem como tais prazos não seriam estendidos a defensores dativos ou núcleos de prática jurídica, consoante aplicação do artigo 16 da Lei nº 1.060/50, e sobre esta matéria já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região²⁸⁵:

Os Advogados, patronos de demandantes beneficiários da justiça gratuita, não se equiparam aos integrantes da defensoria pública mantida pelo estado, para efeito das prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal, na forma da lei 1.060/50 – precedentes do STJ e deste tribunal – agravo improvido. (TRF 5ª região – AGTR 2007.05.00.093635-0 – (84179/PE) – 3ª t. – Rel. Vladimir Souza Carvalho – DJE 18.11.2008 – p. 274)

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. . Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 10 de junho de 2011.

²⁸⁵ Consulta realizada no site www.trf5.jus.br, em 10 de junho de 2011.

No entanto, em sentido diverso já decidiu o Supremo Tribunal Federal quanto aos procuradores dos Estados no exercício de assistência judiciária *“aos procuradores dos Estados no exercício de assistência judiciária é reconhecida a prerrogativa do recebimento de intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, porquanto investidos na função de defensor público”* (Informativo 251 – Supremo Tribunal Federal²⁸⁶).

No que atine aos advogados dativos, encontram-se sob prismas diferentes em relação aos procuradores dos Estados no exercício de assistência judiciária, uma vez que estes possuem vínculo estatal e aqueles não. Quanto às prerrogativas processuais dos defensores dativos, o Supremo Tribunal Federal afirmou *“Não se estendem aos defensores dativos as prerrogativas processuais da intimação pessoal e do prazo em dobro asseguradas aos defensores públicos em geral e aos profissionais que atuam nas causas patrocinadas pelos serviços estaduais de assistência judiciária”* (Informativo 219 – Supremo Tribunal Federal²⁸⁷).

Interessante ainda colecionar outro julgado do Supremo Tribunal Federal, que ratifica a aplicação da prerrogativa do prazo em dobro à Defensoria Pública:

EMENTA: - Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro. (Habeas Corpus 70.514)²⁸⁸.

²⁸⁶ Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 11 de junho de 2011.

²⁸⁷ Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 11 de junho de 2011.

²⁸⁸ Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 11 de junho de 2011.

No que concerne ao prazo diferenciado para manifestação da Defensoria Pública, interessante o posicionamento do Desembargador Synésio de Aquino *apud* Paulo Galliez²⁸⁹:

Se o Defensor Público deixar de ser intimado pessoalmente dos atos processuais, será prejudicada não somente a instituição, mas, sobretudo, o assistido, voltando a ser, como era em épocas remotas, o Código de Processo Civil dos potentados, e o Processo Penal, dos pobres. Não podemos permitir ou admitir que tal ocorra [...]. O ideal de igualdade na distribuição da justiça e isonomia de condições entre ricos e pobres somente poderá continuar a existir, em nosso Estado, se os membros da Defensoria Pública não forem cerceados em suas prerrogativas e afastadas as dificuldades ao desempenho de suas notas funções.

Paulo Galliez²⁹⁰ no afã de justificar as prerrogativas inerentes aos Defensores Públicos discorre justamente sobre o excesso de atribuições, aduzindo:

Além do exercício cumulativo do cargo, que por vezes se impõe, acrescentam-se ainda as dificuldades de ordem material, tais como instalações deficientes e falta de pessoal de apoio, cujas falhas conduzem a uma limitação significativa de trabalho, aliada ao esgotamento físico e mental que daí resultam. Nesse passo, é de se salientar que uma das questões mais tormentosas na atuação do Defensor Público, do ponto de vista processual, é o acompanhamento das ações judiciais junto aos cartórios, a fim de ter ciência dos atos que vier a praticar.

O prazo em dobro não constitui violação à paridade de armas, e sim, serve como garantia a uma igualdade material ou substancial, em consonância com a igualdade formal inculpada na Magna Carta, ou seja, uma tentativa de tentar trazer para o processo uma igualdade que não existe na realidade social, onde o pobre situa-se na base da pirâmide das castas sociais, sendo constantemente preterido em seus direitos.

Destaque-se ainda, que o Defensor Público no exercício de seu mister funcional, não necessita de instrumento procuratório, estando tal prerrogativa prevista nas Leis Orgânicas de cada Defensoria, bem como encontrando-se disposta da Lei nº 1.060/50, em seu artigo 16, parágrafo único²⁹¹. É bom ressaltar, que a desnecessidade de instrumento procuratório, é

²⁸⁹ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 19.

²⁹⁰ Op. Cit., p. 29.

²⁹¹ Art. 16. Se o advogado, ao comparecer em juízo, não exibir o instrumento de mandato outorgado pelo assistido, o juiz determinará que se exarem na ata da audiência os termos da referida outorga.

Parágrafo único. O instrumento de mandato não será exigido, quando a parte for representada em juízo por advogado integrante de entidade de direito público incumbida, na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita, ressalvados:

a) os atos previstos no artigo 38 do Código de Processo Civil;

b) o requerimento de abertura de inquérito por crime de ação privada, a proposição de ação penal privada ou o oferecimento de representação por crime de ação pública condicionada. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 6.248, de 08.10.1975, DOU 09.10.1975)

Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e

apenas para a procuração *ad juditia*, ou seja, limitada aos atos do processo, salvo as ressalvas legais do artigo 38 do Código de Processo Civil, bem como, para a propositura de queixa-crime nos casos de ação penal privada.

Neste sentido, bem destaca Marília Gonçalves Pimenta²⁹²:

Quanto à desnecessidade de mandato outorgado ao Defensor Público, tal prerrogativa deriva do fato de que a natureza jurídica da representação do assistido em juízo decorre de lei e da investidura do agente no cargo, e não da outorga de mandato. É um liame de natureza pública estatutária. É óbvio que esse vínculo não envolve as questões que exigem poderes especiais e, nesse caso, a parte assistida deverá assinar a inicial juntamente com o Defensor.

Consoante ainda o artigo 128, inciso I da Lei Complementar nº 80/1994, os Defensores Públicos têm direito a intimação pessoal, sendo esta prerrogativa estendida aos defensores dativos, por força da Lei nº 9.271/96, cuja esta incluiu o § 4º do artigo 370 do Código de Processo Penal²⁹³.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os defensores dativos não gozam da prerrogativa do prazo em dobro, outrossim, em relação a intimação pessoal em matéria penal, dependerá o exercício desta prerrogativa do momento do ato. Se a intimação se deu antes da Lei nº 9.271/96, que incluiu o § 4º do artigo 370 do Código de Processo Penal, não há a prerrogativa da intimação pessoal, contudo, se a intimação está sendo realizada após o advento da referida lei, o advogado dativo deve ser intimado pessoalmente.

Prudente destarte, colecionar julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DEFENSOR DATIVO. INTIMAÇÃO PESSOAL. ATO PROCESSUAL ANTERIOR À LEI 9.271/96. NÃO OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A intimação pessoal do defensor dativo só passou a ser obrigatória com o advento da Lei 9.271 de 17.4.1996, que deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 370 do Código de Processo Penal. Se o ato processual tido como nulo (julgamento da apelação) é anterior à referida lei, não há se falar em nulidade. 2. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus 89.710 SP).

firmar compromisso. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, DOU 14.12.1994, com efeitos a partir de sessenta dias após a data de sua publicação).

Parágrafo único. A procuração pode ser assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 11.419, de 19.12.2006, DOU 20.12.2006, com efeitos a partir de 90 (noventa) dias da publicação). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

²⁹² ALVES, Cléber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: Retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004, p. 118.

²⁹³ Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996) (...)

§ 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal. (Incluído pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INTIMAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. ART. 370, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. I - A partir da edição da Lei 9.271/96, que incluiu o parágrafo 4º ao art. 370 do CPP, os defensores nomeados, dentre os quais se inclui o defensor dativo, passaram também a possuir a prerrogativa da intimação pessoal. II - A condenação do impetrante-paciente ocorreu em data anterior à publicação da Lei 9.271/96, o que, pela aplicação do princípio do tempus regit actum, exclui a obrigatoriedade da intimação do defensor dativo. III - Ordem denegada. (Habeas Corpus 89.315)²⁹⁴.

Em conformidade com os princípios da celeridade, isonomia e especialidade, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais junto ao Conselho da Justiça Federal entendeu que o prazo em dobro para a Defensoria Pública não se aplica ao rito dos juizados especiais.

Prudente ainda destacar que em sede de Lei Complementar Estadual nº 06/1997²⁹⁵, que regulamenta a Defensoria Pública no Estado do Ceará, restou prevista a necessidade de que nas sedes dos fóruns, tribunais, delegacias, presídios, devem ter salas privativas para os Defensores Públicos, salas estas condignas e permanentes, só podendo ser removidos com anuência do Defensor Público-Geral, assim como destaca ainda que o Defensor não pode ser constrangido, por qualquer modo ou forma, a agir em desconformidade com a sua consciência ético-profissional.

O Defensor Público goza ainda do direito de recusar o patrocínio de uma ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, mantendo o seu livre convencimento, no entanto, deverá comunicar ao Defensor Público-Geral, os motivos para tal recusa²⁹⁶.

Infelizmente, alguns cidadãos vislumbram a tutela jurisdicional do Estado, como única *ratio* para a solução dos seus problemas. É comum encontrar pessoas que buscam a Defensoria Pública para solucionar problemas simples, resolvendo conflitos familiares ou de vizinhança, olvidando sempre da necessidade de tentar conciliar de forma extrajudicial, mantendo latente o instinto de beligerância.

²⁹⁴ Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 14 de junho de 2011.

²⁹⁵ Art. 64. São prerrogativas do membro da Defensoria Pública, dentre outras que lhe sejam conferidas por lei, ou que forem inerentes ao seu cargo, as seguintes: (...)

V - ter nos edifícios dos fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios do Estado, salas privativas, condignas e permanentes, das quais somente poderá ser removido com a prévia anuência do Defensor Público-Geral; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

²⁹⁶ Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: (...)

XII - deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu proceder; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

Neste sentido, claro é o entendimento de José Herval Sampaio Júnior²⁹⁷ “*A fundamentação material pela argumentação em cada caso concreto, dados os valores constitucionais que campeiam todo o agir estatal, não coloca a jurisdição como atividade que solucionará todos os problemas sociais*”.

No que concerne aos deveres dos Defensores Públicos, dispõe o artigo 45 da Lei Complementar Federal nº 80/1994²⁹⁸, que devem residir na localidade onde exercem suas funções; desempenhar, com zelo e presteza, os serviços a seu cargo; representar ao Defensor Público-Geral sobre as irregularidades de que tiver ciência, em razão do cargo; prestar informações aos órgãos de administração superior da Defensoria Pública da União, quando solicitadas; atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença; declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos, remetendo cópia à Corregedoria-Geral.

Além dos deveres, verificam-se as proibições impostas aos Defensores Públicos conforme artigo 46 da Lei Complementar nº 80/1994²⁹⁹. Assim, não devem exercer a advocacia fora das atribuições institucionais; requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão; receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; exercer o

²⁹⁷ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional. Nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008, p. 83.

²⁹⁸ Art. 45. São deveres dos membros da Defensoria Pública da União:

- I - residir na localidade onde exercem suas funções;
 - II - desempenhar, com zelo e presteza, os serviços a seu cargo;
 - III - representar ao Defensor Público-Geral sobre as irregularidades de que tiver ciência, em razão do cargo;
 - IV - prestar informações aos órgãos de administração superior da Defensoria Pública da União, quando solicitadas;
 - V - atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença;
 - VI - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;
 - VII - interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos, remetendo cópia à Corregedoria-Geral.
- Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

²⁹⁹ Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado:

- I - exercer a advocacia fora das atribuições institucionais;
 - II - requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão;
 - III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;
 - IV - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;
 - V - exercer atividade político-partidária, enquanto atuar junto à justiça eleitoral.
- Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; exercer atividade político-partidária, enquanto atuar junto à justiça eleitoral.

Têm-se ainda por dever precípua do Defensor Público ter conduta irrepreensível na sua vida pública e particular, tratando com urbanidade os Magistrados, Membros do Ministério Público, Advogados, serventuários, partes e testemunhas, mantendo sigilo quantos aos casos que lhe forem expostos, mormente, os que tramitam em segredo de justiça.

Impende ainda destacar as obrigações previstas na Lei Complementar nº 80/1994, em seu artigo 47³⁰⁰, na qual é defeso ao Defensor Público exercer suas funções em processos ou procedimentos, em que seja parte ou, de qualquer forma, interessado; em que haja atuado como representante da parte, perito, Juiz, membro do Ministério Público, Autoridade Policial, Escrivão de Polícia, Auxiliar de Justiça ou prestado depoimento como testemunha; em que for interessado cônjuge ou companheiro, parente consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral, até o terceiro grau; no qual haja postulado como advogado de qualquer das pessoas mencionadas no inciso anterior; em que qualquer das pessoas mencionadas no inciso III (da Lei Complementar nº 80/1994) funcione ou haja funcionado como Magistrado, membro do Ministério Público, Autoridade Policial, Escrivão de Polícia ou Auxiliar de Justiça; em que houver dado à parte contrária parecer verbal ou escrito sobre o objeto da demanda; em outras hipóteses previstas em lei.

4.6 DO PÚBLICO ALVO DA DEFENSORIA PÚBLICA – DOS CRITÉRIOS PARA ATENDIMENTO

Verifica-se certa omissão da Lei Complementar Federal nº 80/1994, que dispõe sobre a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios, e traz normas gerais para sua organização nos Estados, quando então, deixou de traçar os critérios

³⁰⁰ Art. 47. Ao membro da Defensoria Pública da União é defeso exercer suas funções em processo ou procedimento:

I - em que seja parte ou, de qualquer forma, interessado;

II - em que haja atuado como representante da parte, perito, Juiz, membro do Ministério Público, Autoridade Policial, Escrivão de Polícia, Auxiliar de Justiça ou prestado depoimento como testemunha;

III - em que for interessado cônjuge ou companheiro, parente consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;

IV - no qual haja postulado como advogado de qualquer das pessoas mencionadas no inciso anterior;

V - em que qualquer das pessoas mencionadas no inciso III funcione ou haja funcionado como Magistrado, membro do Ministério Público, Autoridade Policial, Escrivão de Polícia ou Auxiliar de Justiça;

VI - em que houver dado à parte contrária parecer verbal ou escrito sobre o objeto da demanda;

VII - em outras hipóteses previstas em lei. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

que devem nortear o conceito do hipossuficiente, especificando então o público alvo da assistência jurídica pela Defensoria Pública.

A Lei Complementar Estadual nº 06/1997³⁰¹ que regulamenta a Defensoria Pública do Ceará, não trouxe critério objetivo para selecionar seus assistidos, restando ao Defensor, de acordo com sua consciência, equidade e bom-senso, verificar a necessidade, ou hipossuficiência daquele que buscou a assistência da Defensoria (critério subjetivo).

No entanto, no Estado do Rio Grande do Norte, a Lei Complementar nº 251/2003³⁰² estabeleceu critérios objetivos para o atendimento da Defensoria Pública, especificando esta garantia para aquele que perceba renda mensal inferior a 02 (dois) salários mínimos, ou pertença à entidade familiar cuja média de renda "per capita" ou mensal não ultrapasse a metade do valor referido anteriormente.

Destarte, o que seria melhor? Critério subjetivo, deixando a apuração da condição de insuficiência de recursos a ser analisada pelo Defensor? Ou a criação de critérios objetivos, com a fixação de parâmetros rígidos para se verificar o público alvo da Defensoria Pública?

O Terceiro Diagnóstico da Defensoria Pública, realizado pelo Ministério da Justiça e apresentado em 2009, enuncia a clientela em potencial da instituição, ou seja, a população acima de 10 (dez) anos de idade e que recebe até 3 (três) salários mínimos. No entanto, cada Defensoria Pública apresenta seus critérios específicos, para que uma pessoa possa ser atendida. Do ponto de vista abstrato, os critérios possíveis de aplicação são: renda, patrimônio pessoal, patrimônio familiar, valor da causa, natureza da causa, valor e natureza da causa.

Em verdade, interessante talvez não se vincular absolutamente a critério objetivo, a uma fixação rígida de um determinado valor para que a pessoa seja ou não atendida pela defensoria pública.

Não existe uma definição legal para pobreza. Tanto é verdade, que a lei nº 1.060/50, define o necessitado como *“todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as*

³⁰¹ Art. 2º. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe prestar gratuita e integral assistência jurídica, judicial e extrajudicial, aos necessitados, compreendendo a orientação, postulação e defesa de seus direitos e interesses, em todos os graus e instâncias, compreendido entre estes, o juízo das pequenas causas, na forma do inciso LXXIV, do Art. 5º, da Constituição Federal.

§ 1º. Considera-se juridicamente necessitado, o declaradamente pobre na forma da lei.

§ 2º. À Defensoria Pública é conferido o direito de apurar o estado de carência dos seus assistidos. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

³⁰² Art. 4º Considera-se necessitado, para os fins desta Lei, aquele cuja insuficiência de recursos não lhe permita arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, especialmente nos seguintes casos:

I - tenha renda pessoal mensal inferior a dois salários mínimos;

II - pertença à entidade familiar cuja média de renda "per capita" ou mensal não ultrapasse a metade do valor referido no inciso anterior. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

A versão eletrônica do dicionário Aurélio, define pobreza como sendo “*Estado ou qualidade de pobre. Falta do necessário à vida; penúria, escassez. A classe dos pobres*”.

Não se chega a um consenso do que seja pobreza, de qual seria o melhor critério para a definição de hipossuficiência, no entanto, mais correto seria um misto de critério objetivo com flexibilidade e análise casuística, verificando-se cada circunstância peculiar.

Pode acontecer de, por exemplo, uma pessoa com renda superior a 03 (Três) salários mínimos, ter quantidade excessiva de dívidas que remontem a 70% de patrimônio, fazendo-se necessário o auxílio da Defensoria Pública para o exercício da assistência judiciária, se eventualmente venha a necessitar. Para se aferir a hipossuficiência é comum a utilização de mais de um critério objetivo, bem como da própria subjetividade na análise

De acordo com as respostas, verificam-se que 15 (quinze) Defensorias Públicas adotam, exclusivamente ou não, o critério da renda percebida, 10 (dez) trazem critérios de natureza subjetiva (calcado, principalmente, na avaliação do Defensor Público), e apenas 1 (um) adota o critério do valor da causa.

Comparado aos diagnósticos anteriores, verifica-se uma tendência a fixarem em até 3 (três) salários mínimos, o critério de renda para ser atendido pela Defensoria Pública. com relação a renda familiar, percebe-se um percentual maior de unidades da federação que adotaram até 3 (três) salários mínimos, além disso, 8,7% deles adotarem a renda familiar de até 5 (cinco) salários mínimos.

Deve-se observar que, em determinados casos, a prestação do serviço da Defensoria Pública não depende da insuficiência econômica do assistido. Assim, por exemplo, na defesa criminal, será nomeado Defensor Público ao acusado, caso não constitua advogado. Igualmente nos casos de exercício da curadoria especial não importa a condição econômica da parte defendida, posto que lhe deve ser assegurado o direito de defesa. Nessas hipóteses, caso a parte patrocinada pela Defensoria tenha condições de pagar advogado, deverá efetuar o pagamento em favor da instituição.

Em face dos princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, é assegurada a defesa técnica a qualquer acusado criminalmente, independente de sua condição social, e desta forma, o Defensor Público que outrora era

imbuído no *mister* de defender apenas os hipossuficientes, passa a ser responsável por resguardar a defesa técnica, nos termos do artigo 261 do Código de Processo Penal³⁰³.

Em sentido semelhante, o Defensor Público é imbuído também da função de curador especial do réu revel citado por edital, e ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele, conforme disposição do artigo 9º do Código de Processo Civil³⁰⁴.

Nestas hipóteses a Defensoria Pública deverá atuar independente de ser em benefício de pessoa necessitada.

Neste sentido, correto realmente que se proceda a esta análise, no sentido de realmente proporcionar a assistência jurídica integral. Melhor seria, proceder a um prévio estudo da situação econômica dos assistidos, ou comumente denominado perfil socioeconômico, verificando-se inclusive sua situação familiar, análise da renda mensal, se possui dependentes financeiros, casa própria ou paga aluguel, se é proprietário de automóvel ou se o mesmo é financiado, se paga plano de saúde, se paga mensalidade de universidade ou escola, as dívidas que contraiu, dentre outros critérios, no afã de proceder a uma melhor análise da situação econômica do assistido, não se vinculando a estritos limites objetivos de renda.

Desta forma, defende-se inclusive a necessidade de que sejam colocados à disposição do Defensor Público, profissional da área do Serviço Social, que melhor apuraria esta situação de hipossuficiência, evitando abusos por aqueles que podem contratar advogados, ou injustiças ao recusar-se um atendimento.

Dentro do quadro das Funções Essenciais à Justiça encontra-se a Defensoria Pública como instituição essencial à garantia da democracia, dos direitos dos mais pobres, mais humildes, dos hipossuficientes. O acesso à Justiça deve ser visto não só como a propositura de demandas judiciais, mas, mormente, como forma de garantia de uma vida digna, de uma existência humana calcada em valores mínimos. Este é o compromisso do Defensor Público, que clama diuturnamente por melhores condições de trabalho, estrutura material e pessoal,

³⁰³ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

³⁰⁴ Art. 9º O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

melhorias salariais, e ao revés, o Estado aparentemente não se preocupa em melhorar as condições dos que protegem os mais desvalidos.

5 O ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO UM DIREITO FUNDAMENTAL: EFETIVAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA

É incontestado a grande quantidade de direitos fundamentais existentes dentro do ordenamento jurídico pátrio, e bem como, dos primados fundamentais que mesmo não estando positivados, servem de alicerce a uma existência digna. Outrossim, incontestado é o fato de que a efetivação de tais direitos, representa uma necessidade constante do ser humano, posto que o Estado, deve não só assegurar que estes direitos fundamentais não sejam violados, mas também, proporcionar mecanismos para que sejam os mesmos garantidos (direitos prestacionais), e prestados efetivamente.

Deve o Estado assegurar os direitos de defesa, seja contra o próprio agir estatal, mas também contra ações de particulares, e ofertar ao cidadão por meio de suas políticas públicas elementos que garantam um mínimo existencial.

Desta forma, de nada adiantaria a positivação de tais direitos fundamentais, ou a declaração de que os mesmos são invioláveis ou de aplicação direta e imediata, se, face a omissão do Estado, ou a violação direta de tais normativos fundamentais, não existissem mecanismos que propiciassem ao cidadão o efetivo acesso à uma ordem jurídica justa.

O acesso à Justiça vislumbra-se hoje como alicerce dos direitos fundamentais, é pois corolário do Estado Democrático de Direito, na qual, a partir dele o Judiciário é acionado para corrigir as violações aos direitos, ou simplesmente, instigar a atuação do Executivo e do Legislativo na realização de suas atividades.

Discussões como direito a vida do feto anencefálico e a dignidade da gestante, pesquisa com células tronco e o início da vida humana, liberdade de escolha da orientação sexual e a dignidade da pessoa humana, refletem a atuação do Judiciário de forma a mostrar a sociedade a praticidade dos direitos fundamentais, e como os mesmos fazem partes das relações intersubjetivas de todos os seres humanos, e não se pode olvidar de mencionar ainda, as constantes decisões judiciais que refletem atuação direta nas políticas públicas estatais, tais como, fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde, o direito a uma matrícula em uma escola, o direito a uma moradia digna, dentre outros.

Os direitos fundamentais são como as estrelas do universo, que só são vistas aos olhos humanos por meio de lunetas, ou outros mecanismos que proporcionem a sua visualização, pode-se até saber que existem, mas não são vistos; de igual forma são os direitos fundamentais, que existem dentro ou fora o ordenamento jurídico brasileiro, outrossim, só se percebe a existência dos mesmos, e a necessidade de se efetivá-los, a partir do momento em

que são violados, e o acesso à Justiça representa os instrumentos hábeis para que sejam visualizados.

Neste sentido, o retrato da sociedade brasileira, reflete uma grande quantidade de pessoas pobres, na qual, consoante dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no seu último Censo no ano de 2010, a mediana quanto aos rendimentos das famílias brasileiras seria a importância de R\$ 465,00 (Quatrocentos e sessenta e cinco reais), e 28,2% dos arranjos familiares estavam abaixo deste limite. Os valores dos rendimentos medianos nas Regiões Nordeste e Sudeste são bastante desiguais: R\$ 277,00 (duzentos e setenta e sete reais) contra R\$ 533,00 (quinhentos e trinta e três reais)³⁰⁵.

Desta feita, a Defensoria Pública apresenta-se como instrumento essencial ao acesso à Justiça. Dentro de uma sociedade composta por uma extensa gama de pessoas pobres, que não podem custear os elevados honorários advocatícios, os Defensores Públicos funcionam como única *ratio*, para aqueles que têm os seus direitos violados, e que precisam da atuação do Judiciário para efetivá-los.

O Defensor Público acima de seu mister institucional de defender os interesses dos mais necessitados, exerce verdadeiro sacerdócio quando guerreia diuturnamente para tutelar os interesses daqueles que dentro de uma sociedade estratificada, tem sua voz calada e simplesmente são esquecidos ou ignorados pelo Estado, ente este que teria a função primordial de garantir os Direitos Fundamentais.

5.1 ACESSO À JUSTIÇA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UM DIÁLOGO EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A existência de castas sociais, a divisão entre ricos e pobres, a discrepância de tratamento para os menos abastados, é fato que se verifica ao longo de séculos. Os Estados, em sua maioria, simplesmente cerram os olhos a esta disparidade, e os mais pobres, mesmo diante de constantes violações de seus direitos, deparam-se com uma distribuição de Justiça elitizada, onde dentro de um processo judicial a igualdade é apenas formal.

O artigo 3º, inciso III³⁰⁶ da Constituição Federal traça como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização,

³⁰⁵ Dados obtidos mediante análise da síntese dos indicadores sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ano 2010, disponível no site www.ibge.gov.br, acessado em 17 de junho de 2011.

³⁰⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...).
Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 11 de junho de 2011.

reduzir as desigualdades sociais e regionais, desta forma, tal compromisso refere-se a necessidade do Estado de garantir uma melhor distribuição da riqueza, proporcionando aos menos abastados uma existência digna, garantindo-se o mínimo existencial. O fim desta marginalização, a efetivação de uma justiça distributiva, garantindo-se aos iguais tratamentos iguais e aos desiguais tratamentos desiguais.

Contextualmente, noções como a de desigualdade social, pobreza e dignidade da pessoa humana mostram-se ínsitas à teoria da justiça distributiva, surgindo elas como elementos instrumentais e relacionais, cuja consideração e compreensão se fazem primordiais.

Plauto Faraco de Azevedo³⁰⁷ analisa a Justiça Distributiva afirmando que esta diz respeito “à justiça ou injustiça das próprias leis que criam ou consagram certas formas de distribuição das rendas, riquezas, honras, posições e outros bens, entre os membros da comunidade”.

Assim, a pobreza pode ser definida como o estado ou qualidade de pobre, pela falta de recursos materiais que atendam às necessidades básicas para a existência humana. A desigualdade é a qualidade ou estado do que não convêm com um modelo ideal de equilíbrio econômico, social e político entre os pares de uma sociedade. Por fim, dignidade se traduz pela decência e pelo amor-próprio com que a criatura humana se encontra inserida na sociedade, observados, em todos os casos, os preceitos referendados por um Estado de Direito.

Assim nos ensina José Ingenieros³⁰⁸ “A pobreza impõe o arrolamento social; o indivíduo inscreve-se em um grêmio, mais ou menos diário, mais ou menos funcionário, contraindo deveres e sofrendo pressões denegridoras, que o impelem a ser domesticado”.

Destarte, a preocupação havida em torno dos componentes norteadores da distribuição de recursos em uma sociedade, não pode prescindir das noções de desigualdade e dignidade da pessoa humana, numa temática que a cada momento histórico se faz mais presente e atual, conforme objetiva esclarecer a matéria em apreciação.

Em consoante pensar, assim ajuíza Samuel Fleischacker³⁰⁹:

Até muito recentemente, as pessoas não reconheciam que a estrutura básica da distribuição de recursos em suas sociedades era uma questão de justiça, e tampouco

³⁰⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e Aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 07.

³⁰⁸ INGENIEROS, José. Tradutores Nélia Maria Padilha Von Tempski-Silka. *O Homem Mediocre: Pequeno ensaio de Moral e Ética dirigido aos jovens*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 101.

³⁰⁹ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 04.

consideravam que a justiça deveria exigir uma distribuição de recursos que satisfizesse as necessidades de todos.

Segundo o argumento exposto, a fixação de princípios para distribuição de riquezas no meio social nem sempre se apresentou como um diálogo em torno da justiça e, portanto, envolto de direitos a serem reconhecidos e efetivados pelo Estado.

Plauto Faraco de Azevedo³¹⁰ enfatiza o que se entende por justo, destacando que “*É matematicamente lógico que pessoas iguais recebam porções iguais de coisas a serem divididas, enquanto que pessoas desiguais recebam quinhões desiguais destas mesmas coisas, consistindo o justo em tratar desigualmente fatores desiguais*”.

Em verdade, o que se percebe, ao longo da história, é que, se por um lado às desigualdades sociais são condicionantes fortemente presentes desde os primórdios da humanidade, não se pode dizer o mesmo quanto à preocupação havida em torno da justiça distributiva, e o efetivo acesso à Justiça. Não de menos, se pouco se pensava em distribuir, bem menos se buscava uma justificativa para essa mesma distribuição.

Assim, às questões de justiça distributiva exsurtem com advento do pensamento inovador de Adam Smith e, seguidamente, de John Rawls, com a obra *Uma Teoria da Justiça*. Esta última alimenta hodiernamente a justiça distributiva nos moldes preconizados pela sociedade como ideal.

Para bem exemplificar essa situação, já promovendo sua ligação à realidade que se vivencia no Brasil, tome-se por referência a assertiva de Marcos Cézár de Freitas³¹¹, segundo a qual nosso país não é pobre, apenas encontra-se assombrado desde muito pela fantasmagórica figura da desigualdade social, mormente no aspecto de distribuição de rendas, aspecto este que, reitera-se, é apenas uma das facetas da desigualdade, embora seja a de maior importância, já que conduz a uma série de outras discrepâncias sociais.

John Rawls³¹² ao discorrer sobre as desigualdades é claro ao afirmar que:

A noção intuitiva aqui é que esta estrutura contém várias posições sociais e que homens nascidos em posições diferentes terão diferentes expectativas de vida, considerando-se tanto o sistema político, como as circunstâncias econômicas e sociais. De certa forma, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais do que os outros. Estas desigualdades são marcadas de forma especialmente profunda. Estas últimas são não somente difundidas, mas também afetam as oportunidades iniciais de cada homem em sua vida; ainda que não seja

³¹⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e Aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 27.

³¹¹ FREITAS, Marcos Cezar de (Org.) *Desigualdade social e diversidade cultural na infância e na juventude*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 17.

³¹² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 30.

possível justificá-las, através de um apelo às noções de mérito ou merecimento. São estas desigualdades, presumivelmente inevitáveis dentro da estrutura de qualquer sociedade, às quais os princípios de justiça social devem, em primeira instância, se aplicar. Estes princípios, então, regulam a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social. A justiça de uma estrutura social dependerá essencialmente da forma pela qual os direitos e deveres fundamentais forem designados, assim como da forma pela qual as oportunidades econômicas e as condições sociais forem atribuídas através dos vários setores da sociedade.

Desta forma, Marcos César de Freitas³¹³ analisando a distribuição de rendas e o produto interno dos países, bem destaca que o Brasil não é um país pobre, no entanto, intensa é a desigualdade na distribuição de rendas, enfatizado:

Os 170 milhões de brasileiros enumerados pelo Censo de 2000 geram um produto interno bruto anual (PIB) per capita de U\$2.129,00 (dados de 2000). Em comparação mundial, nosso nível de renda per capita situa-nos no terço superior dos países, que significa que ‘77% da população mundial vive em países com renda per capita inferior à do Brasil’. Face a intensa concentração de renda mundial, o Brasil situa-se em boa posição frente aos países em desenvolvimento. Portanto, o Brasil não é um país pobre, mas um país com intensa desigualdade na distribuição de renda, o que acarreta um pequeno número de ricos e um grande percentual de pobres. A proporção de pobres no país tem girado em torno de 30 a 50% nas décadas de 1980 a 1990, atingindo 57,1 milhões de pessoas (34%) em 2002.

Discorrer sobre pobreza se estende aquém de identificar o fenômeno sociológico que a envolve, suas consequências sociais e o fato que esta seja uma realidade social brasileira, ou quiçá, mundial. Perpassam os aspectos da caridade, generosidade, filantropia e distribuição de riquezas, ou como mais comumente referida, um mínimo existencial.

Ao longo da história, muitos foram os conceitos e premissas, traçadas por diversos pensadores, que visualizavam a pobreza, até mesmo como um mal social, e que esta seria até uma decorrência do mérito humano.

Destarte, poder-se-ia considerar que a noção de pobreza e sua tentativa de erradicação, estariam estreitamente relacionadas à verdadeira questão de justiça, à própria efetivação da dignidade humana, como primado ou fundamento da República Federativa do Brasil.

Durante muito tempo, acreditou-se que determinadas pessoas deveriam viver em estado de necessidade, que tais indivíduos não trabalhariam se não fosse assim, ou, que a pobreza delas fazia parte de um plano divino. Em assertiva a este pensar, arrazoa Bronislaw

³¹³ FREITAS, Marcos Cezar de (Org.) *Desigualdade social e diversidade cultural na infância e na juventude*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 17.

Geremek citado por Samuel Fleischecker³¹⁴, que “*Deus poderia ter feito todos os homens ricos, mas Ele quis que existissem pobres neste mundo, de modo que ricos fossem capazes de redimir seus próprios pecados*”.

Interessante que esta premissa, mesmo sendo invocada de ensinamentos bíblicos, coaduna-se um pouco com a realidade social brasileira, na qual, as pessoas que se encontram dentro dos referenciais de pobreza, vivem a partir de valores recebidos dos programas governamentais de geração de renda e olvidam que o trabalho é uma condição dignificante ao homem, contrária a ociosidade laboral, passando a viver dos poucos recursos que em nenhuma hipótese satisfazem as necessidades mínimas de dignidade.

John Rawls³¹⁵ ainda destaca que existem dois princípios que norteiam a justiça, cujo primeiro refletiria a liberdade, sendo esta igual a todos e mais extensa possível, e desta forma, o mesmo destaca como segundo princípio, a distribuição de renda e de bens, enaltecendo:

Quanto à distribuição de bens e rendas, ela não deve ser necessariamente igualitária, deverá sempre ser de forma a dar a maior vantagem possível para todos, sendo que, ao mesmo tempo, as posições das autoridades e dos órgãos de comando devem ser acessíveis a todos. Pode-se aplicar o segundo princípio, mantendo-se as posições abertas e, então sujeitas a esse tipo de pressão, organizando-se as desigualdades socioeconômicas para que sejam obtidas vantagens para todos.

Pobreza e riqueza relacionam-se com a quantidade de bens materiais que possuímos, até mesmo com a distribuição da propriedade, e uma possível intervenção estatal, para garantir esta distribuição da propriedade.

Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*³¹⁶, vislumbrava uma distribuição das riquezas, em consonância com o mérito, que as pessoas merecedoras fossem recompensadas de acordo com o que realmente mereciam, conquanto, uma noção moderna, dispõe que todos merecem determinados bens independentemente de méritos, na qual todos teriam direito a recursos básicos, e desta forma, Plauto Faraco de Azevedo³¹⁷ enfatiza consoante pensamento Aristotélico que:

[...] a justiça distributiva há de ter em conta o valor das pessoas – seu mérito. Neste repousa sua igualdade ou desigualdade, bem como o modo e a medida por que se desiguam e, por conseguinte, os bens a que farão jus na divisão que se realiza entre os membros da comunidade política.

³¹⁴ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 05.

³¹⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 68.

³¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 5ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2011.

³¹⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e Aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 28.

Hodiernamente, cabe ao Estado ditar as políticas públicas, estabelecendo sempre um mínimo existencial, podendo inclusive o Judiciário interferir para que sejam garantidos recursos mínimos à existência humana. Desta forma, não sealaria em mérito, mas em simplesmente o fato de que todo ser humano é detentor de direitos inerentes condição humana, independente de seu mérito, ou de ser rico ou pobre. A justiça distributiva deve sempre ter em mente, que em que pese as diferentes castas sociais, a todo ser humano é dado o direito de viver dentro de um mínimo de condições essenciais à sua existência. E neste sentido, constantes são os pronunciamentos judiciais no sentido de que pode o Poder Judiciário tutelar pela implementação de políticas públicas, exercendo funções que seriam do Executivo e do Legislativo.

Nesta esteira, interessante o ensinamento de Marcelo Novelino³¹⁸, cujo mesmo dispõe:

Não se deve perder de vista que a formulação e a implementação de políticas públicas é, em primeiro lugar, uma atribuição do Legislativo e do Executivo, cujos membros foram escolhidos para tal finalidade. Diante de demandas igualmente legítimas, cabe ao administrador optar por aquela que considera mais imprescindível no momento. Todavia, apesar de dependerem da opção política daqueles que foram investidos em seu mandato por meio do voto popular, as liberdades – seja de conformação legislativa, seja de execução de políticas públicas pelo executivo – não são absolutas. Por essa razão, se tais ‘Poderes’ agirem de modo irrazoável ou com a clara intenção de neutralizar a eficácia desses direitos, atingindo o ‘mínimo existencial’, torna-se necessária intervenção do judiciário, com o intuito de viabilizar a todos, o acesso aos bens cuja função lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Desse modo, na formulação e na execução das políticas públicas, o mínimo existencial – entendido como o conjunto de bens e utilidades básicas (saúde, moradia e educação fundamental) imprescindíveis para uma vida com dignidade – deverá servir de norte para se estabelecer os objetivos prioritários. Apenas depois de atendê-los é que deverá o Estado discutir, no tocante aos recursos remanescentes, quais são os outros direitos que estão a merecer atendimento.

O respeito à integridade física, a existência digna, deve ser sempre resguardado, independentemente de *status* social, surgindo o que outrora fora denominado de justiça comutativa ou justiça negativa, que consistia na prevenção de danos.

Justiniano afirmava que “*a justiça consiste em dar a cada um o que é seu*”, abrangendo não só a justiça comutativa, assim como a distributiva, em sua concepção Aristotélica.

³¹⁸ NOVELINO, Marcelo, Organizador. *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 15.

Na concepção moderna, aos pobres seriam inerentes os direitos basilares, tais como habitação, saúde, educação, alimentação, pelo simples fato de serem humanos. No entanto, o que de nada adiantaria a garantia de tais direitos fundamentais, se não pudessem ser resguardados aos pobres o efetivo acesso à Justiça. Mais e mais frequentes, são as ações judiciais que buscam o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde, que pretendem a vaga em escolas ou creches, prestação de alimentos aos que deles necessitam. Necessária, imprescindível é a atuação do Judiciário, como meio de efetivar os Direitos Fundamentais.

A justiça distributiva analisando-a de forma superficial correlaciona-se de certa forma, com a questão da distribuição da riqueza em si, com a possibilidade dos menos favorecidos poderem gozar de um mínimo, um básico existencial, sem que fosse em si, analisado mérito, mas tão somente a condição humana, efetivando-se a dignidade da pessoa humana.

Samuel Fleischacker³¹⁹ de maneira adequada discorre sobre estas premissas, e tenta definir um conceito moderno de justiça distributiva:

- 1 – Cada indivíduo merece respeito, e são devidos certos direitos e proteções;
- 2 – Uma certa parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem, sendo possível, a distribuição destas parcelas;
- 3 – Compete também ao Estado garantir que esta distribuição seja realizada.

Deste modo, as premissas outrora delineadas, não comungam em plenitude com a visão de Aristóteles, que ressaltava o critério do merecimento, baseado em qualidade ou desempenho, seguindo a tradição aristotélica, alguns pensadores pré-modernos idealizam que os pobres constituíam uma classe de pessoas imperfeitas, que nada mereceriam, mas que seriam ajudados apenas por questão de benevolência do doador.

Justiça, na concepção aristotélica constitui-se naquela situação de equilíbrio capaz de propiciar que cada qual não saia ganhando ou perdendo, no entanto, as pessoas não são iguais, todavia entre aqueles que estão na mesma posição de igualdade, não é admissível nenhuma diferença de tratamento.

Distinguiu Aristóteles a justiça em universal e particular, sendo a primeira um gênero em relação à segunda, consistindo aquela na modalidade de agir em prol do bem da

³¹⁹ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 114.

comunidade e com observância à lei, na qual esta representava o interesse público. De seu turno, a justiça particular, refere-se à aplicação entre as pessoas da sua proposta de justiça.

Sérgio Luiz Junkes³²⁰ no afã de explicar o pensamento aristotélico discorre:

(a) o pensamento de Aristóteles é finalístico, ou seja, tem como finalidade sempre a produção e preservação da felicidade da comunidade política. Há de se levar em conta que Aristóteles relaciona a felicidade à autossuficiência, ou seja, tornar a vida humana desejável e sem carências. Em outros termos, Aristóteles parecia situar esta felicidade em viver-se bem e dar-se bem com todos. A distribuição dos bens e encargos deve, pois, atuar e convergir para a realização desses elementos que compõem a felicidade da comunidade política; (b) a divisão dos recursos comuns deve levar em conta a contribuição dada individualmente. Independente da forma de governo, esse parece ser, por si só, um critério de merecimento a ser considerado na repartição das vantagens mencionadas. Permite a seguinte ilação: já que aquele que contribui mais apresenta maior mérito para efeitos de atribuição das vantagens também terão que oportunamente contribuir mais. Dessa forma a busca da felicidade comum não é uma responsabilidade só do governante, mas sim, de todos aqueles que compõem a comunidade, que devem se esforçar para que aquela se torne e mantenha-se autossuficiente.

Sendo a justiça uma virtude, tal se coaduna com a ideia de Aristóteles sobre essa última, de que deve ser operativa, atuante (c) qualquer que seja o mérito escolhido; nunca alguns deverão receber os bens em excesso, e outros, de forma insuficiente. Ou seja, eliminando-se os extremos, jamais deverá ser grande a distância dos que têm mais em relação aos que têm menos. Aí residiria o ponto de equilíbrio. Aliás, o exercício desta noção da justiça distributiva é também tarefa de cada membro da comunidade, pois, para Aristóteles, aquele que recebe vantagens em demasia comete injustiça. De se ressaltar que a prática da justiça – virtude que é – deve ser sempre exercida de forma voluntária e prazerosa.

Desta feita, a desigualdade social relaciona-se em sua estreiteza com conceitos como justiça distributiva, pobreza e riqueza, assim como, não se pode olvidar a própria abordagem da dignidade humana, onde os seres humanos, em sua essência, necessitam o mínimo, o básico para sobreviver.

O ordenamento jurídico, tomando por baliza os preceitos constitucionais, tenciona propiciar o fim da marginalização, a redução das desigualdades sociais, e verifica-se então, uma série de ajudas governamentais como bolsa-família, bolsa-escola, benefício assistencial, com o fito de propiciar ao cidadão mais pobre, subsídio para uma vida mais digna, para que possam comprar alimentos, roupas, custear uma moradia adequada, ou seja, fomentar o mínimo vital.

Platão, em sua obra *A República*, identificava a justiça como fundamental a todas as virtudes, entendendo-a como a ordem correta da alma, seria esta uma justiça universal, em contraposição a justiça particular.

Neste sentido, Sérgio Luiz Junkes³²¹ sobre Platão ensina:

³²⁰ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 26.

A absoluta, ou divina, é a justiça perfeita. É aquela que se apresenta reservada às almas para após a morte, ao além. Tem o caráter de retribuição: pagar o mal com o mal e recompensar o bem com o bem. A segunda modalidade é aquela justiça humana e palpável.

Platão situa a justiça humana como uma virtude indispensável à vida em comunidade. É ela que propicia a convivência harmônica e cooperativa entre os seres humanos em coletividade. Platão identifica esta justiça humana com o suprimento das necessidades recíprocas e a felicidade de todos. Para tanto, inspirando-se na essência daquela modalidade transcendente de justiça, propugna um modelo de Estado ideal, estruturando de forma tripartite. Tal qual a alma humana, as suas três partes ou classes correspondem às virtudes da temperança, da coragem e da prudência, e exerceriam atividades.

Justiça, para Platão, não é reduzir as desigualdades, sendo esta uma forma de produzir a harmonia social. A cidade ideal seria justa na medida em que cada um vive no seu nível social, vive com seus pares dentro de uma hierarquia social. Apresenta-se, portanto, a justiça como uma virtude superior, capaz de harmonizar as demais. Da mesma forma é a justiça a responsável por harmonizar o convívio das pessoas e das classes dentro da comunidade política.

Justiça, destarte, consistiria também em fazer cada qual o que lhe compete, na qual, uma dada comunidade não deve ser rica, nem pobre, a fim de evitar os males da ociosidade e da moleza.

De seu turno, Santo Agostinho consoante Samuel Fleischacker³²² afirmava que só poderia haver justiça em pessoas que se submetem a Deus, e que a cidade de Deus é diferente da cidade dos homens, sendo aquela mais merecedora que esta.

Santo Agostinho vislumbrava a justiça como uma experiência *post mortem*, através da qual Deus opera a separação entre bons e maus. Onde não há justiça, não poderia haver direito, e a justiça seria uma virtude de dar a cada um o que é seu, ou seja, a atribuição a cada um o que realmente lhe pertence, ou o que merece, na qual esse critério de merecimento era atribuído pelo direito, sendo este indispensável à paz e a ordem social. A riqueza, para Agostinho, deveria ser distribuída de acordo com a necessidade de cada um.

Ainda tomando por referência o livro de Samuel Fleischacker³²³ o mesmo enuncia o pensamento de Hugo Grócio que chega a confundir justiça distributiva com caridade e beneficência, na qual aquela seria uma virtude, não podendo ser imposta coercitivamente e que nem sequer seria parte da justiça propriamente dita.

³²¹ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23.

³²² FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 17/18.

³²³ Op. Cit., p.34.

Continua ainda, o dito pensador, que o mercado supriria a maior parte das necessidades dos pobres e que, se isso não fosse suficiente, a beneficência motivada pela piedade e compaixão.

No que concerne ao direito dos necessitados, Hugo Grócio afirmava que somente a Lei do Amor, e não a lei em sentido estrito, exige que uma pessoa rica se abstenha de tomar todas as “posses” de um devedor pobre, estabelecendo a obrigação de ajudar ativamente pessoas carentes.

Nas palavras de Samuel Fleischacker³²⁴:

A lei do amor pede que os ricos não empobrecam devedores pobres, mas a lei estrita, a lei coercitiva, não faz isso. De modo que o pobre não tem o direito de não ser pobre, não tem nenhum direito nem mesmo contra pessoas ricas que reclamariam para si ‘todas as modestas posse (do pobre)’; os pobres têm somente um direito, em casos extremos, o de usar aquilo de que necessitam para permanecer vivos.

Destaque-se que, a Lei do Amor, remonta-se inclusive novamente a ideia de garantia do básico, do mínimo existencial, de “*usar aquilo de que necessitam para permanecer vivos*”. No entanto, questiona-se o que seria o mínimo para mantê-los vivos, ou de que adiantaria essa garantia do mínimo existencial sem mecanismos para efetivar a tutela dos direitos.

Interessante ainda são os argumentos de David Hume³²⁵ quando o mesmo questiona o fato da impossibilidade de um pobre de não se apossar da propriedade de um homem rico, mesmo possuindo necessidades suas e de sua família, a propriedade, seria expressão das “posses” ou da riqueza de um cidadão.

Continua, ainda, o referido autor, que qualquer tentativa de estabelecer uma igualdade completa reduzirá toda a sociedade à pobreza, exigirá restrições à liberdade e destruirá toda a estrutura política que visa garantir a igualdade. De seu turno, Adam Smith³²⁶ enfatiza que os sistemas de propriedade privada sobrecarregam os pobres.

Tomás de Aquino³²⁷ emprestando-se um pouco da noção de Aristóteles, contrastando justiça comutativa e a distributiva, na qual a primeira serviria para a correção de erros e seguiria ditames de igualdade, conquanto a segunda seria inerente a distribuição de bens,

³²⁴ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 46.

³²⁵ Citado por FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 60.

³²⁶ Citado por Samuel Fleischacker, Op. Cit., p. 60.

³²⁷ Citado por Samuel Fleischacker, Op. Cit., p. 33.

avaliando-se o mérito, não havendo sugestão de que prover aos pobres seria uma questão de justiça distributiva.

Tenta ainda, Tomás de Aquino refutar duas posições teológicas basilares: a) a de que todas as coisas materiais pertencem somente a Deus, b) a de que Deus permite o uso de Suas coisas, quando muito, para a espécie humana no corpo coletivo, e não a pessoas individualmente consideradas. Tentava refutar aquelas noções outrora colecionadas de que o direito de propriedade constituía um apego a coisas materiais que não seria religiosamente permissível, afastando o homem de Deus, e que em verdade, não seriam pessoas preocupadas com a injustiça da divisão entre ricos e pobres.

Destarte, para Tomás de Aquino justiça implica a noção de igualdade, assim como a justiça legal refere-se não à distribuição dos bens aos particulares, mas, à comunidade de cada um para o bem comum. Seguir a justiça é fazer o que é reto, e justas são as leis quando visam ao bem comum, e três seriam as condições para viver bem: a) união de todos pela paz, b) que todos sejam dirigidos a fazer o bem e, c) atuação para que haja abundância suficiente dos bens necessários.

Em diversos trechos, a Bíblia nos remete a opressão do pobre pelo rico, chegando a dizer que “*É mais difícil um homem rico entrar no Reino do Céu do que um camelo passar pelo buraco de uma agulha*”³²⁸.

Jesus se cercou de pessoas pobres, e alguns de seus apóstolos viviam em comunidades que não faziam uso de propriedade privada. As desigualdades eram previstas e, portanto, condenadas. Onde pobres eram sacrificados ou subjugados por ricos, onde a benemerência e a caridade eram destacadas³²⁹. A lei Mosaica insistia na igualdade perante a Lei, afirmando que todos teriam direito à subsistência, mas não teriam o direito de serem tirados da pobreza.

A encíclica *Rerum Novarum* afirma que não é possível a elevação de todos ao mesmo nível na sociedade, disso resulta que as classes rica e pobre, ao contrário de se digladiarem entre si, necessitam uma da outra, pois não pode haver capital sem trabalho, e

³²⁸ Evangelho de São Marcos, Capítulo 10, Versículo 25.

³²⁹ Diversos são os trechos da Bíblia Sagrada, que enunciam a existência de ricos e pobres, e repudiam estas diferenças, podendo-se destacar:

[...] Repartia-se então a cada um deles conforme a sua necessidade (Atos dos Apóstolos, Capítulo 4, Versículo 35).

Se houver no meio de ti um pobre entre os teus irmãos, em uma de tuas cidades, na terra que te dá o Senhor, teu Deus, não endurecerás o teu coração e no fecharás a mão diante o teu irmão pobre; mas abrir-lhe-ás a mão e emprestar-lhe-ás segundo as necessidades de sua indigência (Deuteronômio, Capítulo 15, Versículos 7/8).

É repartir seu alimento com o esfaimado, dar abrigo aos infelizes sem asilo, vestir os maltrapilhos, em lugar de desviar-se de seu semelhante (Isaias, Capítulo 58, Versículo 7).

vice-versa. Reconhece ainda a existência da propriedade privada e a necessidade do Estado protegê-la, porém, as leis devem favorecer a que todos os integrantes da sociedade, tenham perspectiva de também se tornarem proprietários do solo, aproximando a distância entre ricos e pobres, entre opulência e miséria.

A igreja católica pré-moderna entendia a assistência aos pobres como uma obrigação de caridade ou misericórdia, e não como um ato de justiça, algo a que os pobres tivessem um direito. Por volta do século XVI, o Estado passou a competir com a Igreja pelo controle da assistência aos pobres.

Interessante destacar que na Inglaterra, a *Poor Law* em 1601 impunha penalidade às pessoas saudáveis que procuravam ajuda em vez de trabalhar, servia tanto como tentativa de ajudá-los como controlá-los.

Em suma a doutrina pré-moderna era a de que os pobres mereciam permanecer pobres, outrossim, a doutrina do século XVIII destacava que os pobres tinham o direito de sair da pobreza. No início até meados do século XVIII permanecia a ideia de existência de uma hierarquia social, na qual os pobres sempre estariam na posição inferior.

Para Immanuel Kant³³⁰ todos deveriam ser capazes de conquistar posição social por meio de talento, diligência e sorte, sendo a mobilidade social o desejo dos cidadãos franceses e norte-americanos.

Assim, quando há a distribuição de caridade para Kant, há uma tendência natural de que o doador seria melhor do que a pessoa que está sendo beneficiada, ou seja, haveria ajuda material, e degrado moral, ao revés, deve-se considerar cada ser humano como um fim em si mesmo, tendo todo direito a uma vida boa.

A caridade deveria ser vista como uma dívida de honra, e não como uma exibição de generosidade, na qual a moralidade nos igualaria a todos em uma posição de humanidade, sendo todos os seres humanos iguais para Kant, sendo dotados de um valor absoluto, e por esta razão um valor igual.

Ao contrário do que ensinou Aristóteles, Kant dizia que os seres humanos não valiam apenas por suas virtudes, e sim por sua condição humana, isso não exclui a possibilidade de que algumas pessoas que trabalhem muito, não sejam merecedoras de uma vida melhor, mas em seu nível fundamental todas as pessoas são iguais.

³³⁰ Conforme FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 104.

Por fim, prudente destacar a interessante premissa traçada por Kant, na qual se o objetivo da vida humana é levar nossos talentos até um nível possivelmente ilimitado de perfeição, então a obrigação de ajudar os pobres é potencialmente infinita.

Em meados do século XVIII enfatizavam a tentativa de ascensão das classes menos favorecidas, chegando inclusive a taxá-los como “escória do povo”.

Imperioso destacar o que disse Babeuf citado por Samuel Fleischacker³³¹, que “*todos os seres humanos têm um direito igual a toda riqueza*”.

No entanto, a noção de hierarquia social gradativamente entrava em declínio, atrelada a uma série de desenvolvimentos científicos e políticos, passou a ser possível a ideia de erradicação da pobreza, nascendo a noção moderna de justiça distributiva, na qual o Estado pode e deve tirar as pessoas da pobreza, não merecendo ninguém ser pobre, sendo tarefa do Estado fazer uma redistribuição da riqueza.

Jean-Jacques Rousseau³³² foi um dos precursores da noção de criação de programas políticos em benefício aos pobres, cabendo ao Estado retificar a desigualdade, tendo o mesmo afirmado que os seres humanos seriam diretamente responsáveis por quase toda a miséria humana, desta forma, se a sociedade causa a maioria dos males humanos, também deveria ser capaz de curá-los, na qual, somente quando o mal é infligido pela natureza ou por Deus é que se deve ter medo de nada conseguir fazer a respeito.

Para este mesmo promotor, um Estado bom, um Estado democrático de cidadãos conscientes pode superar praticamente todos os males, na qual, para que se chegue ao conceito moderno de justiça distributiva, tem-se a noção de que a redistribuição da propriedade seria um modo de minimizar ou erradicar a pobreza.

O Estado Brasileiro visualiza esta noção de prestacionismo/assistencialismo e fornece aos mais pobres auxílios de natureza pecuniária, outrossim, peca quando o assunto é a péssima distribuição de riquezas, ou a má qualidade de alguns dos serviços públicos essenciais, tais como, saúde, educação, segurança, dentre outros.

Justa seria a união de cidadãos que submetem as suas vontades particulares à vontade geral, a uma melhoria do Estado de modo geral, sem se preocupar com individualismos. Onde o cidadão, dentro de uma visão humanitária, preocupasse com a situação do próximo.

Ainda sobre os ensinamentos de Rousseau, Sérgio Luiz Junkes³³³:

³³¹ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 81.

³³² Conforme Samuel Fleischacker, Op. Cit., p. 120.

³³³ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 31.

Rousseau parte do pressuposto de que cada indivíduo, para conservar-se e prover as suas necessidades, tem de agregar-se a outros. Isso porém, não pode significar abdicar da liberdade, que é um valor ínsito e irrenunciável ao ser humano. De qualquer forma, para se regular este auxílio mútuo, é preciso, ordem, isto é, que seja até possível compelir, se necessário, as pessoas a que se coadunam de maneira solidária e pacífica e não só de acordo com os seus interesses e preferências. Essa força coativa, porém, para não macular a liberdade de cada um e para legitimar-se, isto é, ser aceita por todos, inclusive eventualmente o coagido, deve previamente assentar-se em convenções voluntariamente fixadas pela vontade geral dos componentes da associação política.

Jean-Jacques Rousseau, em sua obra *Discurso sobre a Origem da Desigualdade ou Segundo Discurso*, chegou a apresentar a propriedade como fonte da pobreza, não tendo afirmado que a propriedade ou a desigualdade que a acompanha seria injusta, na qual a justiça deveria ser aplicada no caso de violação da propriedade. Jamais propôs, portanto, o fim da propriedade e da desigualdade de riquezas, mas sim, medidas redistributivas visando evitar desigualdades excessivas; a riqueza geraria vaidade, e a desigualdade inveja e ódio. A relação humana ideal seria uma relação de igualdade, e não de hierarquia na qual a melhor forma para serem tomadas as decisões, é mediante o diálogo entre iguais e não na sabedoria de uma elite.

A noção de que a justiça criminal funcionaria exclusivamente para pobres, repousa ainda nos ideais de Rousseau, que afirmou que as pessoas ricas tendem a se safar de seus crimes, conquanto as pobres sejam desproporcionalmente visadas pela polícia, na qual ao mesmo tempo em que encontram dificuldade para mobilizar o sistema legal em benefício de seus próprios direitos.

Rousseau afirmava ainda que um sistema equitativo de justiça só poderia emergir em uma sociedade política democrática, na qual o próprio processo de elaboração de leis reflète a igualdade de todos os cidadãos.

A noção roussoniana de justiça consiste em cada um fazer a sua parte em prol do todo e que este todo, representado pela vontade geral, e em último plano pelo Estado – depositário daquela –, atue sob a égide do respeito à igualdade e à liberdade dos cidadãos e sempre, de maneira uniforme, de acordo com o interesse e o bem-estar coletivos.

Sob a égide do pensar de Samuel Fleischacker³³⁴, e valendo-se de suas palavras, em que tenta explicar os brilhantes entendimentos de Rousseau e afiança que:

Riqueza e pobreza em larga escala causarão ‘ódio mútuo entre os cidadãos’ e ‘indiferença à causa comum’. A desigualdade econômica é, por isso, um obstáculo à verdadeira democracia. ‘Proteger os pobres contra a tirania dos ricos’ é a mais importante das tarefas de governo, e já é tarde demais para fazer isso quando já há

³³⁴ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 90.

peças muito ricas e peças muito pobres. Muito melhor é, antes de mais nada, 'impedir a desigualdade extremas de fortunas', organizar a economia política da sociedade de maneira que ninguém venha a ser muito pobre.

Rousseau via o pobre como um cidadão, e não apenas como ser humano. Cidadão no sentido de visualizar a identidade política, no entanto, a cidadania é apenas uma parcela de direito e que a pobreza excessiva é um dano injustificável, independente dos efeitos sobre a cidadania.

Adam Smith em sua obra *A Riqueza das Nações*, destacava que a riqueza poderia ser dividida de três formas: a) por meio de uma transferência direta de propriedade dos ricos aos pobres, b) tributando-se os ricos com taxas mais elevadas que os pobres, ou c) empregando-se receitas fiscais, arrecadadas tanto de ricos como de pobres, para prover recursos públicos que beneficiarão sobretudo os pobres. Tem o Estado o dever de aliviar ou abolir a pobreza.

Até o final do século XVIII acreditava-se que Deus havia ordenado uma organização hierárquica da sociedade, com as pessoas verdadeiramente virtuosas ocupando as posições de riqueza e poder, a caridade, até então serviria como um meio de redenção, e não como meio de ascensão de classe social, devendo sempre haver pessoas pobres para que fossem cumpridos os planos divinos.

Após a Revolução Francesa surge a ideologia de que os pobres devem ter um direito legal a melhores condições econômicas, e não meramente o direito a sobreviver ao lado de uma reivindicação moral pela caridade das pessoas ricas.

Karl Marx³³⁵ de seu turno sustentava que antes da distribuição dos alimentos, roupas e moradias, é preciso que a terra, ferramentas ou outros bens de capital sejam. Aqueles que detêm o controle das terras ou de bens de capital terão um controle sobre a distribuição de bens de consumo que os que vivem do trabalho carecerão.

Destarte, o objetivo do socialismo consiste em humanizar tanto a produção como a distribuição, ou melhor, consiste e humanizar a atividade econômica. Marx refuta os direitos individuais, e afirmava ainda que os seres humanos deveriam pensar em termos universais (de gênero ou espécies, em vez de objetos particulares), e que as expressões humanas seriam melhores se não fossem isoladas, trazendo ainda a lume o imenso poder que a sociedade exerce sobre cada um de nós.

³³⁵ Conforme FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 140.

A justiça para John Rawls³³⁶ só deveria se ocupar na distribuição de bens primários, ou seja, bens necessários à busca de praticamente qualquer fim humano, deixando de lado a questão do que constitui bem humano supremo. Continua, ainda, John Rawls afirmando que a justiça distributiva seria uma oposição a justiça retributiva, na qual o preceito de necessidade é enfatizado e o mérito moral é ignorado.

Em Uma Teoria da Justiça, John Rawls³³⁷ editou os seguintes princípios norteadores da justa equidade:

- 1 – Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas iguais, compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.
- 2 – As desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que ambas: a) Sejam para o benefício máximo dos menos favorecidos, consistente com o princípio de poupança justa, e b) Estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades - Princípio da Diferença.

Destarte, tais princípios fornecem explicações compreensivas sobre quais bens devem ser distribuídos; que necessidades esses bens satisfazem; por que se devem favorecer as necessidades sobre a contribuição e, por fim, como se deve equilibrar a distribuição com a liberdade. Sendo tais ilações respondidas após, tentando complementar as contribuições traçadas por Rawls.

No entendimento ainda de Rawls a acumulação de riquezas, dentre outras coisas, deve ser restringida pelas exigências do justo valor da liberdade política, da justa igualdade das oportunidades e da estabilidade da sociedade.

A priori necessário definir quais bens devem ser distribuídos e em qual quantidade, na qual todos deveriam ter um quinhão igual de alguns bens e que não faz sentido almejar uma distribuição igual de alguns outros bens, talvez o melhor fosse a busca de uma igualdade mais estrita ou um mínimo garantido, ou no melhor dizer da doutrina moderna, um mínimo existencial.

Na contramão do pensamento aristotélico de que a justiça distributiva deve ser atribuída de acordo com o mérito de cada pessoa, John Rawls³³⁸ afirma que com o fito de se proporcionar uma autêntica igualdade de oportunidades, a sociedade terá que conceder maior

³³⁶ Apud FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 159.

³³⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 66.

³³⁸ Op. Cit., p. 96.

atenção aos que tiverem menos dons naturais e aos que nasceram nas posições sociais menos favorecidas.

E ainda arremata o referido pensador³³⁹:

Ninguém merece uma capacidade natural maior, nem tampouco um ponto de partida mais favorável na sociedade. Contudo isto não é motivo, sem dúvida, para ignorar e muito menos eliminar estas distinções. Antes, pelo contrário, o que é possível é configurar a estrutura básica de tal modo que estas contingências operem em favor dos menos afortunados. Vemo-nos assim conduzidos ao princípio da diferença, se quisermos esboçar o sistema social de tal modo que ninguém obtenha vantagens os prejuízos por conta o seu lugar arbitrário na distribuição dos dons naturais, ou ao seu ponto de partida na sociedade, sem ter dado ou recebido, em troca, as vantagens compensatórias.

No entanto, em crítica ao trabalho de Rawls, afirmou Amartya Sen citado por Samuel Fleischacker³⁴⁰:

Se as pessoas fossem basicamente muito semelhantes umas às outras, então uma lista de bens primários poderia ser uma forma bastante boa de avaliar vantagem. Mas, na realidade, as pessoas parecem ter necessidades muito diferentes, que variam com o estado de saúde, a longevidade, as condições climáticas, a localização da moradia, as condições de trabalho, o temperamento e até mesmo o tamanho do corpo (que afeta as exigências alimentares e de vestuário).

Ronald Dworkin leciona que o ideal seria um mundo no qual ninguém invejasse o pacote de recursos que qualquer outra pessoa possua ao longo de sua vida.

E desta forma, Ronald Dworkin³⁴¹ ainda discorre sobre a igualdade de oportunidade no mundo real, enaltecendo fatores como o livre arbítrio, a herança de riquezas e até a sorte:

No mundo real, porém, as pessoas não começam suas vidas em termos iguais; alguns partem com acentuadas vantagens de riqueza de família ou educação formal e informal. Outros sofrem porque sua raça é desprezada. A sorte desempenha um papel adicional, muitas vezes devastador, na decisão de quem obtém ou mantém empregos que todos desejam. Além dessas desigualdades inequívocas, as pessoas não são iguais em habilidade, inteligência ou outras capacidades inatas; pelo contrário, divergem muito, não por escolha própria, nas várias capacidades que o mercado tende a recompensar. Assim, algumas pessoas que estão totalmente dispostas, mesmo ansiosas, a fazer exatamente as mesmas escolhas de trabalho, consumo e economia que outras pessoas fazem, acabam com menos recursos, e nenhuma teoria plausível da igualdade pode aceitar isso como algo justo. Esse é o defeito do ideal fraudulentamente chamado de “igualdade de oportunidade”: fraudulento porque numa economia de mercado, as pessoas menos capazes de produzir o que as outras querem não têm igual oportunidade.

³³⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, 96/97.

³⁴⁰ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006, p. 172.

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 308.

Destarte, conclui-se que a justiça distributiva encontra estreito relacionamento com a questão da pobreza e desigualdades sociais, na qual acima de tudo, impera a dignidade humana, o que seria o mínimo necessário para se viver dignamente? Ou, o que seria viver dignamente?

Muitos foram os pensamentos e teorias lançadas para combater talvez o mal do século, quais sejam, as desigualdades sociais e a pobreza que afligem a sociedade.

Talvez não seja justo ou correto tentar tipificar quais os direitos básicos, quais as necessidades essenciais à vida humana. Na tentativa de tipificar, talvez cometa-se o pecado de esquecer algum direito, ou, incluir dentre eles, algo que teoricamente não seria relevante.

Na Carta Política de 1988 vislumbra-se a existência de princípios que corroboram o amplo acesso à Justiça, assim como o direito de defesa e proteção, e a garantia dos direitos de liberdade. Ao revés, na prática, instituições como a própria Defensoria Pública vêm tentando se estruturar, não recebendo dos governos, os apoios que necessitam para a defesa dos interesses dos menos favorecidos, nem tampouco, algumas de suas garantias são preservadas.

A Bíblia Sagrada, no livro do Êxodo, já profetizava que “*A justiça devida aos pobres não seja pervertida*”³⁴².

Hodiernamente, discute-se sobre a reserva do possível e o mínimo existencial, na qual, afirma o governo que só poderia agir dentre de suas possibilidades legais, mas que, no entanto, enfatizam os pensadores e jurisprudência moderna, que essa reserva deve garantir o mínimo existencial.

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e 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 desenvolvimento.

A ideia do mínimo existencial ou do núcleo da dignidade da pessoa humana procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, menor (minimizando o problema dos custos), mais preciso (procurando superar a imprecisão dos princípios) e, o mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado.

Sérgio Luiz Junkes³⁴³ ao discorrer sobre o mínimo existencial informa:

³⁴² Livro do Êxodo, Capítulo 23, Versículo 6.

³⁴³ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 45.

Para que esta cooperação social, por sua vez, seja possível e proveitosa, destaca-se como necessário: a) que todos os integrantes da sociedade sejam assegurados os meios e recursos necessários a uma existência digna; b) máximo aproveitamento dos talentos e potencialidades de cada integrante da sociedade; c) que a todos os integrantes da sociedade seja reservada a mesma e efetiva possibilidade de participação política; d) a existência de mecanismos para corrigir as desigualdades sociais.

Conclui ainda Sérgio Luiz Junkes³⁴⁴:

[...] colhe-se que para uma sociedade ser qualificada como “justa”, nela deve imperar a igualdade de todos os seus integrantes em liberdade, oportunidades e em dignidade. Além disso, entre os seus componentes deve haver um certo equilíbrio econômico, social e cultural. Essa noção proposta de justiça social admite as desigualdades e considera os méritos de cada um. Por esta razão é que não se insurge contra um partilhamento desigual das vantagens da vida em comunidade. Todavia, impõe limites. Isto é, este partilhamento, independente das diferenças e méritos de cada um, deve respeitar a liberdade, a dignidade da pessoa humana, oferecendo-lhe um caminho de oportunidades. Com efeito, a Justiça Social apresenta uma natureza dinâmica, uma vez que tende para uma homogeneização da sociedade, para uma situação de igualdade. Isto é, verte para uma situação em que todos estejam no mesmo plano de bem-estar, tanto no se que se refere ao aspecto econômico como em relação aos demais frutos e vantagens, em sentido amplo, oriundos da cooperação social.

Diante dessas considerações, a conclusão a que se chega, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, é a de que o Estado deve garantir as condições mínimas para que as pessoas possam se desenvolver e tenham chances reais de assegurar por si próprias sua dignidade. Esta é a ideia corrente de igualdade de chances ou igualdade de oportunidades, evitando-se de sobremaneira, as desigualdades sociais.

Justiça Distributiva consiste em um conceito generalizado, que tenciona ofertar a todos os cidadãos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, credo, igualdade de oportunidades, igualdade de condições, não se restringindo à questão meritória. Não se pode perquirir o porquê de fulano ter mais do que ciclano, apenas porque aquele merece.

Paulo Lopo Saraiva³⁴⁵ analisando a teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, idealizou a Teoria Tetradimensional do Direito, destacando a Justiça como uma nova dimensão desta feita, teleológica, e ressalta “*A justiça é a dimensão teleológica do Direito. Não há direito injusto. Há manifestação injusta do Direito, através de norma, de contrato, de convenção, de decreto, de medida provisória ou de ou de outros meios jurídicos*”.

³⁴⁴ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 46.

³⁴⁵ SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 221.

O direito deve se aperfeiçoar mediante a efetivação da Justiça, o fim último do direito é a efetivação da Justiça, na qual, esta manifestação injusta não se traduz apenas em normas ou contratos, mas também no *non facere* Estatal, consistente na omissão do Estado quando das garantias dos direitos, da impossibilidade do acesso à Justiça e da implementação de políticas públicas. O direito não é só obrigação do Estado-Legislador ao editar as leis, mas também, do Estado-Governo ou Estado-Administrador quando da efetivação dos ideais insculpidos na Magna Carta de 1988, ou seja, quando da oferta de uma verdadeira Justiça pautada em ideais como liberdade, igualdade, dignidade humana, dentre outros.

A Justiça não se traduz apenas na oferta de uma sentença, mas sim, da garantia de que os direitos fundamentais não serão mitigados ou violados, no entanto, infelizmente, o Poder Judiciário apresenta-se por diversas oportunidades como único caminho para esta Justiça.

Nesta senda, arremata ainda Paulo Lopo Saraiva³⁴⁶ “*Embora o esquema jurídico seja imantado pelo valor justiça, este só se realiza, como fim do Direito, quando ocorre a concretização da norma jurídica, da lei ou de outro ato normativo. De conseguinte, a justiça é a quarta dimensão do Direito, ou seja, a sua dimensão finalística*”.

Busca-se, enfim, um ideal de igualdade, onde todos podem desfrutar dos bens ofertados, onde o justo é que a riqueza e os meios de vida sejam acessíveis a todas as pessoas.

A realidade nos apresenta uma sociedade estratificada, na qual os mais pobres, buscam justamente esta Justiça Distributiva mediante atuação do Judiciário, onde este, toma para si função originariamente do Executivo, e o acesso à Justiça reflete justamente a ferramenta necessária a combater esta péssima distribuição dos recursos, ofertando o mínimo de igualdade na distribuição dos recursos sociais, na formalização dos direitos fundamentais, na execução das políticas públicas.

5.2 O ACESSO À JUSTIÇA E A BUSCA PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentro da análise do acesso à Justiça mister tecer considerações sobre o tênue liame que une a efetivação deste direito, com a consolidação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Verificando sua etimologia, *Dignus*, na língua latina, é adjetivo ligado ao verbo defectivo *decet* (é conveniente, é apropriado) e ao substantivo *decor* (decência, decoro). No

³⁴⁶ SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 79.

sentido qualificativo do que é conveniente ou apropriado, foi usado tanto para louvar quanto para depreciar: *dignus laude, dignus supplicio*. O substantivo *dignitas*, ao contrário, tinha sempre conotação positiva: significava mérito e indicava também cargo honorífico no Estado³⁴⁷.

Bem enfatiza Yara Maria Pereira Gurgel³⁴⁸ que o único requisito para se ter dignidade é a condição humana, não estando sujeito a condicionantes como moral, comportamentos ou crenças religiosas. Até aqueles que cometeram as maiores atrocidades possuem dignidade. Todos os seres humanos têm o direito de serem tratados dignamente.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana é a “*gênese do respeito ao ser humano e a fundamentação do conteúdo mínimo de existência digna*”.³⁴⁹

E mesmo discordando do pensamento de Yara Maria Gurgel Pereira³⁵⁰, permito-me repeti-lo, quando a mesma afirma que a dignidade é o princípio-guia e cláusula geral de tutela³⁵¹.

A dignidade da pessoa humana pode ser invocada a partir de preceitos bíblicos, na qual, no Novo Testamento verifica-se que o ser humano foi criado a imagem e semelhança de Deus³⁵², sendo este o fundamento do pensamento de Tomás de Aquino³⁵³.

Ingo Wolfgang Sarlet analisando o pensamento Kantiano afirma que o homem e de uma maneira geral, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. E desta forma, atribui-se a pessoa humana a qualidade peculiar de insubstituível. No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade, e desta forma, tudo que tem um preço poder-se-ia ser substituído por algo equivalente, conquanto, o que uma dignidade, não permite a troca por uma equivalente.

George Salomão Leite³⁵⁴ ainda analisando o pensamento Kantiano afirma que:

³⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.iea.usp.br/artigos>, acessado em maio de 2011.

³⁴⁸ GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação – Sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 31.

³⁴⁹ GURGEL, Yara Maria Pereira. Op. Cit., p. 33.

³⁵⁰ GURGEL, Yara Maria Pereira. Op. Cit., p. 34.

³⁵¹ O pensamento adotado neste trabalho monográfico é no sentido de conferir o título de princípio guia, de vetor axiológico dentro da ordem jurídica, ao acesso à Justiça, uma vez que, consoante outrora referido, o mesmo serve como forma de efetivação dos demais princípios, regras e valores preceituados na ordem jurídica pátria. Não se pode pensar em direito, se não houver mecanismo para efetivá-lo.

³⁵² BÍBLIA SAGRADA, Livro do Gênesis (capítulo 1, Versículo 26).

³⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34.

³⁵⁴ LEITE, George Salomão. *Dever e dignidade na fundamentação da metafísica dos costumes de Imanuel Kant*. In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel. Organizadores. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 490.

Deste modo, os seres humanos, porquanto racionais, são fins em si mesmos e têm valor absoluto e incondicionado. A eles Kant denomina pessoas, para estabelecer uma distinção elo que se compreende por coisas, ou seja, os seres irracionais cuja existência não repousa em nossa vontade, mas na natureza mesma e, por isso, tem um valor meramente relativo, como meio. [...] Tal preceito veda, portanto, a instrumentalização do ser humano e da humanidade. O ser humano nunca deve ser considerado um meio a serviço de um fim, mas ele próprio, ser racional, constitui um fim em si mesmo.

A dignidade humana para além de um valor é fundamento do Estado Brasileiro, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal³⁵⁵, espelhando direitos inerentes a uma vida digna, uma vida calcada em elementos mínimos. Ingo Wolfgang Sarlet citando Rosenfeld afirma que *“onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados”*³⁵⁶.

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, significa o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do poder político. Exprime a abertura da Constituinte à ideia de consagração de valores supremos, direitos sem os quais a sociedade não pode existir. Impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas.

Os grandes textos normativos, posteriores à Segunda Guerra Mundial, consagram a premissa da dignidade da pessoa. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, abre-se com a afirmação de que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”* (artigo 1º). A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, declara que *“todos os cidadãos têm a mesma dignidade social”* (artigo 3º). A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, proclama solenemente em seu artigo 1º: *“A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado”*. Analogamente, a Constituição Portuguesa de 1976 abre-se com a proclamação de que *“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”*. Para a Constituição Espanhola de 1978, *“a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social”* (artigo 10).

³⁵⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

O pensamento de Celso Riberto Bastos³⁵⁷ converge justamente no sentido de que mesmo que a dignidade apresente um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico.

Não se pretende aqui afirmar, que a intervenção do Poder Judiciário apresenta-se como forma de pôr fim as desigualdades sociais ou a pobreza, no entanto, vivencia-se, hoje, um modelo social onde o Estado-Juiz passou a avocar para si a obrigação de fornecer direitos mínimos, resguardar a aplicação de políticas públicas, exemplo saúde e educação.

A dignidade humana vem constantemente sendo mitigada, mormente, às castas sociais pobres, saúde, educação, saneamento básico, segurança, deveriam ser direito de todos, direitos mínimos de uma existência digna. Diuturnamente tais direitos são maculados. Comum hoje demandas que pleiteiam o fornecimento de medicação, tratamentos de saúde, matrículas em escolas, e desta feita, inegável a necessidade de acesso à Justiça.

A própria violação de um direito fundamental, consiste em violação da dignidade humana, e nas exatas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha a dignidade da pessoa consiste no “*coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana*”³⁵⁸.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³⁵⁹ ao discorrerem sobre o princípio em comento, enfatizam que se identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Trata-se, pois, de respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade guarda relação tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”.

Repise-se que não se pretende transformar o Judiciário em meio para solução de todas as mazelas, todos os problemas e conflitos existentes. Conquanto, não se pode negar

³⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 133.

³⁵⁸ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 164.

³⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*.

que a função Jurisdicional do Estado, ganhou sobrelevada importância, com a necessária efetivação dos Direitos Fundamentais, mormente como paradigma para uma existência humana digna.

Dignidade da Pessoa Humana não se “resume” a um princípio, acima de tudo é um valor, um modo de vida. Viver de acordo com as premissas da Dignidade da Pessoa Humana, significa uma vida dentro do mínimo de razoabilidade, seja quanto a alimentação, saúde, moradia, educação, lazer, segurança, ou qualquer outro fator que se analise.

Novamente, o acesso à Justiça não se resume a um simples protocolar de uma ação, ou a sentença de um Juiz, trata-se de invocar o Estado (neste caso o Estado-Juiz) para que consagre as premissas da Magna Carta, proporcionando um viver dentro dos parâmetros da dignidade, condizentes a todo ser humano.

5.3 ACESSO À JUSTIÇA COMO COROLÁRIO À IGUALDADE MATERIAL

É premissa esculpida na Magna Carta, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Outrossim, este primado, em que pese a sua grande carga de importância, é diuturnamente mitigado, seja de forma clara, mediante atos de violência física, ou na surdina, de forma sub-reptícia, trazendo consigo a falsa percepção de que todos tem o mesmo tratamento dentro de uma sociedade.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁰ “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”.

Discriminar infelizmente tornou-se comum na sociedade vigente, seja esta em decorrência de sexo, raça, cor, opção sexual, credo, aparência física, e o Estado em sua grande parte, prefere manter-se inerte, optando por uma cegueira que lhe convém.

Pontual é o entendimento de Friedrich August Von Hayek³⁶¹, cujo este afirma: “A pobreza, no sentido relativo, continuará existindo, é claro, em toda sociedade que não seja completamente igualitária: havendo desigualdade, sempre haverá alguém no patamar mais baixo da sociedade”.

Antes de ser uma norma positivada, a igualdade conserva sua carga principiológica ganhando grande relevância dentro do ordenamento pátrio, consoante enfatiza Paulo

³⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 09.

³⁶¹ HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Visão, 1985, p. 166.

Bonavides³⁶² “*Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa*”.

Desta forma, analisando o princípio da igualdade, Francisco Glauber Pessoa Alves³⁶³ em sua dissertação de mestrado, enfatiza que “*Cremos que o princípio jurídico da igualdade é omnivalente. Acreditamos que os relacionamentos sociais dentro de uma coletividade tentam, sempre que possível, dar igual tratamento aos indivíduos*”.

No entanto, a igualdade também é garantida com o tratamento desigual dos indivíduos, tentando equilibrar uma balança que já em seu nascedouro fora concebida pendendo mais para um lado, gerando o desequilíbrio dentro de uma dada relação, venha a favorecer um sujeito em detrimento de outro. Exemplificando, no Código de Defesa do Consumidor³⁶⁴, é prevista a inversão do ônus da prova, para garantir ao consumidor paridade de arma em uma dada situação em que é parte mais fraca, se comparada com o fornecedor/distribuidor do produto/serviço. Vislumbra-se então tratamento desigual, com o fito de equilibrar uma balança concebida de forma a favorecer grandes empresas/conglomerados industriais/comerciais.

Consoante ainda o trabalho dissertativo de Francisco Glauber Pessoa Alves³⁶⁵, os primeiros a falarem em igualdade foram os gregos. Antifon e Alcidas, sofistas, já a defendiam. Inegável, porém, que o maior expoente do mundo helênico, no que tange à defesa da igualdade, foi Aristóteles (384 a 322 a.C.). A democracia ateniense, pelo menos nele, ligava fundamentalmente a ideia de justiça à de igualdade. Os gregos colocavam essa balança, com os dois pratos, mas sem o fiel no meio, na mão esquerda da deusa Diké, filha de Zeus e Themis, em cuja mão direita estava uma espada e que, estando em pé e tendo os olhos bem abertos, dizia (declarava solenemente) existir o justo quando os dois pratos estavam em equilíbrio (ison, donde a palavra isonomia). Daí, para a língua vulgar dos gregos, o justo (o direito) significar o que era visto como igual (igualdade).

Ainda assim, são pertinentes as palavras de Aristóteles³⁶⁶ “*Portanto, parece que o justo é igual, e é, mas não para todas as pessoas; apenas para as que são iguais. O desigual*

³⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 259.

³⁶³ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o direito processual civil*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001, p. 29.

³⁶⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...). Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 18 de junho de 2011.

³⁶⁵ Op. Cit., p. 32.

³⁶⁶ ARISTÓTELES. *Política*. 5ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 226.

também parece justo, e é, mas não para todos; apenas para os desiguais. Cometemos erros terríveis ao negligenciar esse 'para quem' quando decidimos o que é justo".

As primeiras expressões legislativas do princípio da igualdade foram dadas já no início da Idade Contemporânea pela Carta Revolucionária Francesa e pela Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, mais notadamente nesta, que dispunha: "*Nós temos presentes em si mesmas as verdades seguintes: todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade*"³⁶⁷.

A Revolução Francesa foi como por todos sabido, de preponderância burguesa. A acepção feudal de burguesia, que primeiramente enquadrava os ricos comerciantes, à margem das grandes decisões por não descenderem de "berço nobre", alargou-se com o decorrer do tempo. Tal conjuntura histórica relegava a riqueza advinda das atividades comerciais — no início tímidas, mas que cresceram à medida que o feudalismo foi se defenestrando — a um plano secundário.

Permeava a ideia de que a riqueza era a terra (e a quase totalidade dela pertencia aos nobres) e a maior virtude era ter nascido em berço esplêndido (a nobreza). Com o tempo tal situação somente se agravou. Agregaram-se à burguesia outros tipos de pessoas que não aquelas pertencentes à clássica tripartição em senhores feudais, servos e burgueses. De fato, somaram-se à massa os trabalhadores, oriundos da então incipiente indústria, e os socialmente excluídos (sem trabalho, terra para plantar e morar, comércio ou berço nobre).

Este caldo de interesses contrários fez eclodir a Revolução Francesa, que teve a sua índole mais forte no combate à nobreza. Nesse passo é que surgiu o princípio da igualdade na França, como uma repulsa ao sistema que dividia as pessoas em nobres e não-nobres (muitos desses miseráveis). Havia, assim, um predominante caráter individualista. Imberbe no seu nascedouro encontrava supedâneo em uma principiologia igualitária de ordem absolutamente formal, no sentido de igualdade perante a lei.

Neste sentido, por bem invocar novamente a análise das gerações dos direitos fundamentais (outrora elucidadas no primeiro capítulo deste trabalho), na qual, a segunda geração, que talhou o século XX, constatam-se os direitos sociais, cujo arrimo inegável é o princípio jurídico da igualdade.

A igualdade então é tida como base da democracia, sendo fundamento para o sufrágio universal, a extensão do direito de voto a todos os cidadãos ou pelo menos à maioria.

³⁶⁷ Texto retirado do livro de COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

Vislumbra-se a isonomia como expressão de ideário de justiça, e os gregos mostraram o alto grau de brilhantismo intelectual de seus filósofos, porque pela igualdade se busca, em suma, dar aquilo que é devido a quem de direito.

O ser humano, desde as mais primitivas sociedades, busca aquilo que é seu (e também às vezes o que bem sabe não ser, nascendo aí os conflitos de valores), isso significa que sempre ansiou por justiça. Permite-se dizer, sem maior receio de equívoco, que esta é e sempre foi a sua razão de vida.

José Afonso da Silva³⁶⁸ ao analisar o princípio da igualdade, consoante previsto na Constituição Federal, afirma que os efeitos deste princípio se irradiam tanto aos aplicadores da lei, como aos legisladores:

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá a expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.

Robert Alexy³⁶⁹ bem analisa o princípio da igualdade e sua influência no legislador. A Constituição Alemã em seu artigo 3º, § 1º³⁷⁰ estabelece a igualdade de todos perante a lei, sendo esta compreendida como igualdade na aplicação do direito, e por definição, esta só vincularia os órgãos de aplicação do direito e não o legislador. No seu conteúdo, esse dever é simples, limitando-se a exigir que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas.

Destarte, verificar-se-ia um reforço de vinculação dos órgãos de aplicação do direito às normas criadas pelo legislador, sem estabelecer qualquer requisito substancial para essas normas, ou seja, sem vincular o legislador. E arremata Robert Alexy³⁷¹ “*O legislador pode discriminar como bem lhe aprouver; desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito*”.

É dado então ao legislador, em atenção a premissa de garantir esta igualdade, editar normas discriminatórias, sempre em consonância com os preceitos ditos fundamentais, sendo

³⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 196/197.

³⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393/394.

³⁷⁰ Art. 3º, § 1º da Constituição Alemã – Todos são iguais perante a lei.

³⁷¹ Op. Cit., p. 395.

esta a posição do Tribunal Constitucional Alemão de que a igualdade não se resume a aplicação da lei, mas também a sua criação.

E desta feita, ainda arremata Robert Alexy³⁷²:

Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas. O legislador não apenas pode estabelecer o serviço militar somente para adultos, penas somente para os criminosos, impostos baseados no nível de renda, assistência social somente para os necessitados e condenações somente para os cidadãos distinguidos; ele tem o dever de assim proceder, se não quiser criar normas incompatíveis com sua finalidade (por exemplo: serviço militar para crianças), normas sem sentido (por exemplo: pena para todos), normas injustas (por exemplo: imposto per capita). A igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências.

Consoante outrora referido, a própria igualdade deve ser pensada pelo legislador, quando da confecção de preceitos normativos que venham a favorecer certas minorias, no sentido de dirimir ou reduzir diferenças reais, como por exemplo, a inversão do ônus da prova no direito do consumidor, as normas que resguardam crianças e adolescentes como prioridades absolutas, as que garantam preferência de atendimento aos idosos, as que resguardam as mulheres contra violência doméstica, as que asseguram cotas raciais ou sociais (aos provenientes de escolas públicas), configuram exemplos de normas que trazem tratamento diferenciado, discriminatório, mas ao final, tencionam trazer a realidade uma igualdade efetiva de condições e de oportunidades.

Não se pode falar em igualdade absoluta, todo ser humano por sua natureza é diferente em suas características, dotado de suas peculiaridades próprias, seja sua cor, sexo, inteligência, beleza, cultura, condição de riqueza, devendo tais diferenças serem relativizadas, exigindo pois tratamento diferenciado não só pelo próprio legislador, mas também do Executivo quando da adoção de políticas públicas e do Judiciário na condução do regular andamento da marcha processual. Não se pretende com este argumento, fomentar a ausência de imparcialidade do julgador, quando da prolação de seu julgado, deve sim, o Magistrado ser totalmente imparcial, analisando os fatos consoante delineados nos fólios processuais, no entanto, tais diferenças devem ser vislumbradas sob o prisma de consagrar a paridade de armas, facilitar o contraditório e a ampla defesa.

³⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.

Claro é Robert Alexy³⁷³ ao afirmar de forma categórica “*A isso se soma o fato de que a igualização de todos, em todos os aspectos, seria, mesmo que possível, indesejável*”.

Rui Barbosa³⁷⁴, em sua *Oração dos Moços* (1921), para quem a:

[...] regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Robert Alexy³⁷⁵ então destaca em sua obra que mesmo ciente de que todas as pessoas não são iguais, e que precisam ter tratamento diferenciado, mesmo assim, deve-se precaver na concessão deste tratamento diversificado, para evitar discriminações ilícitas, é bem verdade que “*o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente*”, e a tentativa de traduzir esta premissa clássica, o referido pensador alemão, traça 09 (nove) enunciados que tentar delimitar o significado de tal premissa: 1) o igual desigualmente, 2) o substancialmente igual desigualmente, 3) o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual, 4) uma igualdade substancial está presente nos casos em que um tratamento desigual for necessariamente arbitrário, 5) o igual não pode ser tratado arbitrariamente de forma desigual, 6) tratamento arbitrariamente desiguais são proibidos, 7) se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório, 8) se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então é obrigatório um tratamento desigual, 9) se não houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.

Precisas as considerações de Alexy, mormente quando ele traz a lume, os três últimos enunciados, que dispõem sobre os tratamentos diversificados como medidas de exceção, devendo ser adotadas quando houver medida suficiente para tanto, e que as medidas arbitrariamente desiguais, que não sejam adotadas dentro de um limite de razoabilidade, são proibidas.

Antes de prosseguir, contudo, é necessário que sejam fixados os sentidos formal e material do princípio da igualdade. O primeiro se reporta àquela igualdade securitizada

³⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 397.

³⁷⁴ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martins Claret, 2010, p. 39.

³⁷⁵ Op. Cit., p. 401/411.

somente pelo texto legal, em uma igualação normativa. O segundo trilha o caminho da efetiva igualação ou “desigualação” dos entes, para que se atinja uma situação real de isonomia.

O princípio da igualdade tem sua raiz axiológica no sentimento comum do que seja tratamento igual e desigual, na exata medida em que a igualação ou a “desigualação” estejam amparadas em razões reputadas relevantes. Atine-se que a essência do princípio é assegurar a consecução da justiça, no que os gregos antes, como hoje, estavam certos.

Luciana Camponez Pereira Morales³⁷⁶ ao analisar o acesso à Justiça sob o prisma da igualdade bem destaca este valor como um direito fundamental, informando:

O princípio da igualdade como direito fundamental significa que todos devem ser iguais não apenas perante à lei (igualdade formal), mas sim que as leis devem buscar diminuir as desigualdades sociais e econômicas. Cada um tem direito de não ser discriminado nas suas diferenças, sem que haja uma motivação justificável, bem como de ter as mesmas oportunidades, bens e serviços.

Não é suficiente a igualdade formal, ou seja, aquela adstrita a letra fria da lei, mas sim, que esta igualdade seja materializada, trazida para o seio da sociedade. Aquela igualdade outrora prevista no Estado Liberal, onde as primeiras Cartas Políticas passaram a positivar a igualdade, mas sim, a concepção do Estado Social, trouxe a ideia de um Estado do Bem Estar Social, de um Estado garantidor de direitos sociais, onde a igualdade então prevista na folha de papel deveria ser trazida para a realidade, oportunidades iguais, direitos iguais, uma realidade social e econômica justa, uma verdadeira justiça distributiva. E neste sentido, Luciana Camponez Pereira Morales³⁷⁷ bem enfatiza que:

[...] a ideia de igualdade material opõe-se diretamente ao combate retórico das desigualdades sociais e econômicas cristalizando no princípio da igualdade perante a lei, buscado a criação de condições concretas para o exercício de direitos. [...] O valor igualdade material não é absoluto, comportando exceções, dependendo de uma motivação ou justificativa razoável para permitir tratamento diferenciado, o que não se permite é discriminar situações, coisas ou pessoas de forma gratuita ou injustificada.

O acesso à Justiça guarda profunda ligação com a igualdade, posto que uma vez que se busca não só uma igualdade formal, mas acima de tudo, igualdade material, e esta é representada de sobremaneira por valores sociais e econômicos, a busca por uma ordem jurídica justa, configura em verdadeiro caminho em busca dessa igualdade.

³⁷⁶ MORALES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 87.

³⁷⁷ Op. Cit., p. 88.

Deve o Estado primar sempre por garantir esta igualdade, e neste sentido, o acesso à Justiça reflete-se em instrumento para garantir esta premissa, consoante entendimento de Artur Cortez Bonifácio³⁷⁸:

Dessa forma, a atuação dos poderes públicos deve estar voltada para assegurar a isonomia, sob todas as letras, no tratamento aqueles que procuram a justiça, até porque, é uma prerrogativa constitucional do cidadão. Ter acesso à justiça, por tudo, é ser bem sucedido na demanda e transformar o êxito em efetiva realidade. A realidade fática, a despeito das iniciativas já referidas, revela um tratamento desigual, como demonstrado no início deste tópico. De fato, se o Estado começasse a cumprir sua parte, acolhendo os mandamentos constitucionais do processo e sendo mais acessível na via administrativa, vale dizer, se imbuindo dos ideais de participação democrática, estaria cumprindo o dever de fazer justiça social, por evitar que o cidadão – o mais pobre em particular – recorresse ao Poder Judiciário em condições culturais, econômicas e técnicas desfavoráveis.

Cumpre destacar o voto do Ministro Celso de Mello, quando em julgamento do Pretório Excelsior bem destacou:

Princípio da igualdade e finalidades. STF – o princípio da isonomia, que se reveste de auto aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera uma fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por este elaborado e produzido eiva de inconstitucionalidade (Pleno – Mandado de Injunção nº 58/DF)³⁷⁹.

A luta da Defensoria Pública para que todos efetivamente tenham acesso à Justiça, é uma luta clara por esta igualdade material, para que todos os necessitados, pobres, hipossuficientes, possam usar o Judiciário como fonte de garantia de direitos então previstos no ordenamento jurídico, mas que só são disponibilizados aos detentores das riquezas. Faltam aos mais pobres saúde, educação, moradia, alimentação, e infelizmente o Judiciário é tido hoje como *ultima ratio* daqueles a que tudo falta. Não se pretende fomentar a noção de que o Judiciário é a solução de todos os problemas da vida, como o messias que veio pra conduzir o

³⁷⁸ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição – Garantia Constitucional*. São Paulo: Método, 2004, p. 168/169.

³⁷⁹ Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 20 de junho de 2011.

ser humano à terra prometida (sem problemas, sem desigualdade, sem fome, sem miséria), mas sim, o Poder Jurisdicional toma para si a árdua missão de tentar minimizar tais problemas, reduzindo as fronteiras, os abismos da desigualdade.

Consoante o pensamento do belga François Ost³⁸⁰, cujo este em seu artigo denominado “*Júpter, Hércules, Hermes. Tres modelos de Juez*”, que de início contrapôs o Juiz Júpiter do Estado Liberal, ao Juiz Hércules do Estado Social, cujo aquele, desencadeando os ideais de Montesquieu, o Juiz era apenas a *bouche de La loi* (a boca da lei), na qual, os juízes não seriam mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não poderiam moderar nem sua força nem seu rigor, por seu turno, a figura hercúlea reflete o juiz como um engenheiro social, sua posição torna-se mais ativa, embora ainda acima e equidistante das partes. Nesse modelo o juiz é quem diz o direito, é um juiz prestacionista e paternalista, tal qual o Estado Social.

E com esta premissa, a hercúlea função do juiz moderno, é a defesa e a proteção dos direitos fundamentais, não como outrora concebido no Estado Social, mas sim, dentro de um Estado Democrático de Direito, em que previstos os direitos fundamentais na Carta Magna, estes devem ser efetivamente implementados, garantidos e resguardados, para só então, evitar as grandes desigualdades.

Robert Alexy³⁸¹ diferencia a igualdade jurídica e a fática, enaltecendo que:

De acordo com a compreensão relacionada a atos, os necessitados e os não-necessitados são tratados não de forma desigual, mas igual, já que a vantagem da assistência judiciária gratuita é recusada a ambos da mesma forma. Pode-se dizer, na esteira de uma terminologia bastante difundida, que ambos foram tratados de forma juridicamente igual. Já segundo a compreensão relacionada a consequências, necessitados e não-necessitados não são tratados de forma igual, mas desigual, já que a não-garantia da assistência judiciária gratuita impede o necessitado, mas não o não-necessitado, “de se utilizar de uma via judicial prevista pela lei, apenas porque não dispõe dos meios necessários para tanto”.

A luta pelo acesso à Justiça, não reflete apenas o simples ingressar como ação judicial, mas acima de tudo nas exatas palavras de Humberto Ávila³⁸² “*O processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação*

³⁸⁰ Citado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Karol Araújo Durço, no artigo *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*, publicado na obra DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial*. 2ª Série. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 363/391.

³⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 342.

³⁸² Artigo *O que é “Devido processo legal”?*, publicado na obra DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial*. 2ª Série. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 353/362.

reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade, ou da incidência de regras”.

A igualdade fática, ou igualdade material, consiste numa melhor distribuição das riquezas, no exercício de uma verdadeira justiça distributiva³⁸³, e aqueles que buscam esta igualdade material ou fática, tem que se conformar com os tratamentos diferenciados dados pelo legislador, aos grupos menos favorecidos³⁸⁴.

Boaventura de Souza Santos³⁸⁵ expõe seu pensamento de forma clara:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza as desigualdades.

Reportando-se a igualdade dentro da temática do acesso à Justiça, cumpre destacar o disposto no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal que repassa ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, sendo esta assistência inerente não só aos préstimos de um Defensor Público, mas também, extensivo à dispensa de custas e despesas processuais.

Se existe um diploma normativo infraconstitucional no direito pátrio que por excelência materializa a busca da igualdade entre os litigantes judiciais, sem dúvida é a Lei nº. 1.060/50. Ao lado de uma securitização do acesso à Justiça, visa também resguardar os litigantes hipossuficientes, pondo-os em pé de igualdade com todos os demais.

Desta forma, afirmou Maurício Antônio Ribeiro Lopes³⁸⁶:

[...] princípio da isonomia exige, portanto, para sua existência efetiva, a assistência judiciária, raciocínio este que encontra a sua estruturação na consideração dos fins do Estado, cujo principal, segundo Kant, ‘é a tutela do direito e a garantia da liberdade’.

³⁸³ Nas extas palavras de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, “(...) uma teoria da igualdade fática é, entre outras coisas, um programa para a distribuição dos bens socialmente disponíveis”, p. 425.

³⁸⁴ Ainda conforme pensamento de Robert Alexy, Op. Cit., “*Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica*”, p. 417.

³⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Souza *apud* PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas*. LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel. Organizadores. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 196.

³⁸⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro Lopes. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 69.

A isonomia apresenta-se como fator chave também na distribuição da justiça, de forma a trazer às partes oportunidades equânimes dentro da sistemática processual, permitindo que os mais pobres, face a lei n.º. 1.060/50, possam propor suas demandas, sem se preocuparem com as altas despesas processuais.

A igualdade constitui ainda pressuposto para a dignidade da pessoa humana, não podendo os seres humanos se sujeitarem a tratamentos discriminatórios e arbitrários, propiciando a igualdade de oportunidades. Neste sentido, valiosa a contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet³⁸⁷:

De acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (com base ou no em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos. Todavia, apenas um tratamento desigual e cunho arbitrário (discriminatório) no âmbito de um sistema prestacional estabelecido poderá dar margem a um direito subjetivo não-autônomo e, portanto, derivado. A partir de uma compreensão do postulado da proibição de arbítrio à luz do princípio do Estado Social de Direito, o direito geral de igualdade adquiriu um conteúdo material, no sentido de que um tratamento discriminatório em favor de determinado grupo, apenas se justifica se para tanto houver um motivo justo, que, por sua vez, deve ser aferido com base nos parâmetros fornecidos pelo princípio do Estado Social.

Tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, apresentasse então como parâmetro ao que se entende como isonomia, igualdade, devendo esta premissa ser aplicada não só ao Judiciário, mas também aos demais poderes. Executivo e Legislativo no exercício de suas funções devem zelar para que a balança da justiça que outrora pende para um lado, volte novamente a se equilibrar. A edição de leis, que *a priori*, parecem ser discriminatórias, posto que tratam de forma diferente pessoas iguais, constituem em verdadeira forma de equilibrar uma diferença social.

A igualdade formal deve ser espelho para a igualdade material. Ninguém é igual a ninguém. Os seres humanos por sua natureza são diferentes em suas características, se iguais fossem, não haveria bens suficientes para satisfazê-los.

A igualdade então destacada refere-se principalmente a necessidade de uma justiça distributiva, de que as pessoas mais pobres, possam usar a atividade jurisdicional do Estado, de forma equivalente aos mais ricos, possam propor e defender-se nas demandas processuais, além do que, o próprio Poder Judiciário serve como instrumento para o verdadeiro exercício das garantias constitucionais. Os direitos fundamentais são constantemente prestados

³⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 301/302.

mediante o exercício da atividade judicante, face a clara omissão do Estado-Administrador, em prover direitos basilares, como saúde, educação, moradia, alimentação, dentre outros.

Dentro da temática concernente a justiça distributiva, Ronald Dworkin³⁸⁸ bem tratou sobre a igualdade distributiva sob suas premissas: a primeira que refletiria a igualdade de bem-estar, determinava que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas na medida de suas necessidades de bem-estar (o que realmente precisam para viver bem), a segunda perspectiva, aborda a igualdade de recursos afirmando que se trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos.

E Ronald Dworkin³⁸⁹ ainda exemplifica a sua teoria, analisando a situação de um homem, que razoavelmente abastado tenha filhos, um dos quais é cego, outro é um playboy com preferências dispendiosas, um terceiro tem pretensões políticas com aspirações dispendiosas, outro é um poeta com necessidades humildes, e o último é um escritor que trabalha com material caro. Se fôssemos aplicar a teoria da igualdade de bem-estar, analisando a diferença entre os filhos, não poderia o pai deixá-los frações iguais, posto que cada filho para viver bem, seriam necessárias frações diversas. Conquanto, se aplicada a teoria da igualdade de recursos, sua meta seria a divisão igualitária de riquezas.

Pode-se afirmar que a sociedade brasileira, vive uma realidade que não apresenta igualdade de bem-estar, nem tampouco igualdade de recursos, na concepção Dworkiana.

O acesso à Justiça apresenta-se então, como meio essencial na luta pela Igualdade Material, na busca constante de que a igualdade então bem preconizada pelo legislador constituinte passe a ser exercida, e que a justiça distributiva seja feita não em razão do mérito, mas sim face a simples condição de todos sermos humanos.

O direito ao acesso, visa então trazer para a realidade uma compensação face a ausência de igualdade distributiva, se não estamos diante de igualdade de bem-estar (claramente vivemos em uma sociedade onde uns vivem de forma suntuosa, ou outros não possuem sequer os recursos mais basilares), nem tampouco diante de igualdade de recursos (a distribuição de riquezas é feita de forma absurdamente desigual), tenta o Judiciário, quando então provocado, reduzir tais desigualdades, trazendo para a realidade factual, a verdadeira igualdade material, prevista pelo legislador constituinte, e inerente à condição humana.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 04/05.

³⁸⁹ Op. Cit., 2011, p. 05.

5.4 RELEVÂNCIA DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, E SUA FUNÇÃO COMO CURADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – UM DIÁLOGO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Chegado ao cerne deste trabalho, verifica-se a essencialidade do acesso à Justiça, apresentando este como direito fundamental, quiçá, o mais fundamental dos direitos. Ingo Wolfgang Sarlet³⁹⁰ destacando o pensamento de Günter Dürig para cujo este, o sistema de direitos bem destaca aqueles que seriam fundamentais, isento de lacunas, e baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, esta dignidade é concretizada nos diversos direitos fundamentais específicos, tais como a liberdade, a igualdade, bem como *“diante da previsão de uma garantia fundamental de proteção judiciária, possibilitando o acesso à Justiça e à efetivação de todos os direitos fundamentais”*.

Eis então a ordem jurídica ideal, onde os direitos fundamentais previstos, em regra já fossem cumpridos e resguardados pelo Estado, sem a necessária intervenção da autoridade judicante, outrossim, face as constantes violações ou mitigações, necessário pois efetivar os mecanismos para se invocar o Poder Judiciário, mecanismos para a efetivação do acesso à Justiça, mormente mediante a atuação da Defensoria Pública.

Não se trata de coincidência, mas sim, decorrência lógica da má distribuição das riquezas, os mais pobres são sempre os que têm menos acesso aos elementos que compõem o mínimo existencial, aos fatores que conduzem a uma existência digna, sendo então, imprescindível a atividade jurisdicional, para que então o Estado-Juiz tome para si a função outrora outorgada ao Estado-Administrador, promovendo então os direitos fundamentais mitigados ou violados, e este acesso, só é possível face a atuação da Defensoria Pública.

Não se pretende apresentar a instituição Defensorial como tábua da salvação para todas as pessoas pobres, outrossim, o cartão de visitas deste órgão ao tutelar os direitos dos menos favorecidos, é a busca incansável de uma ordem jurídica justa, que outrora se apresentava muito distante, e que hoje é tida como uma porta já então aberta.

Mauro Cappelletti então pensou ser o acesso à Justiça, o mais fundamental dos direitos, posto que, dentro de um Estado Democrático de Direito, erguido sobre pilares como soberania, império das leis, e garantia dos direitos individuais. O acesso é o caminho

³⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 70.

perseguido para a efetivação destas normas. Márcio Thomaz Bastos³⁹¹, no Segundo Diagnóstico da Defensoria Pública, afirmou com bastante percuciência:

A luta por modificações legislativas é o primeiro passo para a efetivação de direitos. O grande desafio com o qual me deparei em minha gestão no Ministério da Justiça foi justamente o de transformar o Brasil de um país de leis em um país de instituições. As instituições sólidas são os instrumentos que as democracias têm para se realizar enquanto tais. E as democracias, para abandonarem o rótulo de democracias formais, se tornando verdadeiras democracias de massas, devem construir instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos previstos nas constituições democraticamente escritas.

Para poder superar a democracia meramente formal, um dos pontos centrais a serem enfrentados é a questão do acesso à Justiça. Para o ilustre jurista italiano Mauro Cappelletti o acesso à Justiça pode ser definido como “o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos humanos”.

É bem verdade que o acesso à Justiça, mesmo sendo resguardado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIV, tendo o legislador constituinte afirmado de forma veemente que será resguardada a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, referida assistência, na prática, vem sendo bastante mitigada.

Para que se ingresse com demanda judicial, em regra, necessária a presença de advogado, e nada mais justo, que este advogado cobre pelo exercício regular de sua atividade laborativa, não tendo a obrigação de trabalhar graciosamente. Outrossim, em uma sociedade, onde, a média salarial na Região Nordeste seria de R\$ 277,00 (duzentos e setenta e sete reais) e na Região Sudeste seria de R\$ 533,00 (quinhentos e trinta e três reais)³⁹², muitos não podem efetivamente custear tais honorários.

Neste sentido, surge no cenário jurídico a Defensoria Pública, cujos membros exercem a nobre função de no âmbito judicial e extrajudicial oferecerem assistência jurídica àqueles que não podem custear os pesados honorários advocatícios.

Novamente, Márcio Thomaz Bastos³⁹³ destacou que:

Não há dúvidas de que todas as instituições do mundo jurídico têm um papel relevante na construção do acesso à Justiça. No entanto, é certo que, quanto a isso, a Defensoria Pública tem um papel diferenciado. A Defensoria é a instituição que tem por objetivo a concretização do acesso à Justiça, ou pelo menos do acesso ao judiciário, sendo, portanto, vital neste processo de efetivação de Direitos.

³⁹¹ *Segundo Diagnóstico da Defensoria Pública*, publicado em 2006, p. 09. Consulta realizada no site www.defensoria.ce.gov.br, em 03 de junho de 2011.

³⁹² Consoante dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Censo 2010, consultado no endereço eletrônico www.ibge.gov.br.

No entanto, interessante que grande é a quantidade de pessoas, que diuturnamente se socorrem dos préstimos da Defensoria Pública, mostrando-se esta instituição, ser essencial à administração da justiça, sendo muito esquecida pelos políticos que administram esta República Federativa, na qual, poucos são os Defensores Públicos, pouca ou quase inexistente estrutura material, poucos ou quase inexistência de serventuários de apoio que trabalham nas Defensorias, e se comparados com as demais carreiras jurídicas, baixos são os salários dos Defensores Públicos.

Assim, a realidade é bem diferente das fórmulas políticas, pois no Brasil a Justiça é direito de poucos. Não temos em nosso País um Judiciário ao alcance de todos. Não obstante as tentativas de criação dos Juizados Especiais, criados pela Lei nº. 9.099/95 e 10.259/2001, para atender as causas de menor complexidade e os crimes de menor potencial ofensivo, da previsão da Defensoria Pública, de mudanças na legislação para garantir processos mais céleres e meios extrajudiciais de solução de conflitos, a Justiça ainda continua sendo inacessível para a grande maioria da população brasileira.

O Defensor Público apresenta-se então como os olhos, ouvidos e voz de milhões de pessoas que vivem na pobreza. Eles não têm a quem recorrer, e a última porta é a da Defensoria Pública.

É importante realçar que o direito ao acesso à Justiça não deve ficar restrito ao simples protocolar de uma petição no fórum, mas deve ampliar-se além das fronteiras do Judiciário, estendendo-se pela educação em direitos humanos e assessoria jurídica às comunidades. A efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição está relacionada ao grau de conhecimento destes pelos cidadãos. No Brasil, onde grande parte da população sobrevive de maneira precária, em situações que beiram ao sub-humano, é imprescindível uma postura que vá ao encontro à situação vivenciada, buscando resgatar a cidadania em muitos dos casos nunca experimentada.

Em uma sociedade desigual e excludente como a nossa, é necessário que se estabeleça uma política pública de acesso à Justiça, onde faça com que a norma saia do plano abstrato para a concretude da realidade, pois, boa parte do contingente populacional não conhece e nem dispõe dos mais básicos direitos, proliferando o baixo nível de conhecimento jurídico e político, acirrando a convivência em comunidade e transformando os grandes aglomerados urbanos em verdadeiros barris de pólvora prestes a explodir.

³⁹³ *Segundo Diagnóstico da Defensoria Pública*, publicado em 2006, p. 09. Consulta realizada no site www.defensoria.ce.gov.br, em 03 de junho de 2011.

Vivencia-se uma sociedade em que o respeito foi relegado a segundo plano, políticos (administradores públicos) desrespeitam a população, os próprios indivíduos se desrespeitam mutuamente, fazendo-se imprescindível a intervenção de um Poder, capaz de retomar os conceitos mínimos de tolerância/respeito, nem que seja este imposto.

Dada a grande importância do acesso à Justiça no âmbito da garantia de uma ordem jurídica justa, a Organização dos Estados Americanos³⁹⁴, destacou ser o acesso à Justiça um direito humano fundamental, figurando como meio que possibilita restabelecer o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados, e salienta, ao mesmo tempo, que o acesso à Justiça não se esgota com o ingresso das pessoas nas instâncias judiciais, mas que se estende ao longo de todo o processo, o qual deve ser instruído segundo os princípios que sustentam o Estado de Direito, como o julgamento justo, e se prolonga até a execução da sentença, e destaca o trabalho realizado pelos Defensores Públicos, em diversos países americanos, na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos, especificamente os serviços de assistência jurídica gratuita que possibilitam o fácil e oportuno acesso de todas as pessoas à justiça, sobretudo daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade³⁹⁵.

Quando a Defensoria Pública foi criada pela Constituição Federal de 1988, o artigo 134 significou um importante avanço na opção política de universalizar a justiça, ficando enquadrada ao espírito cidadão e adequada à noção de Estado Democrático de Direito. Desta forma, tal postura legislativa indicou a vontade de se estabelecer um caminho diferente, colocando o acesso à Justiça no mesmo patamar de outros direitos igualmente importantes como, educação, saúde, moradia, alimentação, e outros.

³⁹⁴ Quadragésima Reunião, de 05 a 07 de junho de 2011, reunidos em San Salvador, El Salvador. Consulta realizada no site www.defensoria.ce.gov.br, em 22 de junho de 2011.

³⁹⁵ Prudente, então, destacar algumas das resoluções tomadas pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos:

1. Afirmar que o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados.
2. Apoiar o trabalho que vêm desenvolvendo os defensores públicos oficiais dos Estados do Hemisfério, que constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do acesso à justiça e à consolidação da democracia.
3. Afirmar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade.
4. Recomendar aos Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os defensores públicos oficiais gozem de independência e autonomia funcional.
5. Incentivar os Estados membros que ainda não disponham da instituição da defensoria pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos.
6. Instar os Estados a que promovam oportunidades de cooperação internacional para o intercâmbio de experiências e boas práticas na matéria.
7. Incentivar os Estados e os órgãos do Sistema Interamericano a que promovam a celebração de convênios para a oferta de capacitação e formação dos defensores públicos oficiais.

Consulta realizada no site www.defensoria.ce.gov.br, em 22 de junho de 2011.

José Herval Sampaio Júnior³⁹⁶ bem destaca a essencialidade da Defensoria Pública:

[...] tem-se que verdadeiramente permitir à população acesso à justiça no sentido de dotar o cidadão mais pobre, que é a maioria esmagadora quem mais necessita da Justiça e quem menos tem acesso de meios que lhe permitam levar suas angústias a esse Poder.

Para tanto, a primeira coisa a fazer é de fato instituir em todo o País uma Defensoria Pública que atenda efetivamente a essas pessoas, permitindo que suas querelas não sejam resolvidas por meios espúrios, ou melhor, sem solução e muitas vezes demandando para atividades criminosas, o que emperra a Justiça do outro lado. Aí talvez resida o exemplo mais claro da inefetividade das normas constitucionais, pois esse direito fundamental é previsto expressamente e infelizmente a maioria esmagadora da população não sabe o que é Justiça.

E ainda culmina o referido autor:

Essa figura (Defensor Público), inclusive para mim infelizmente, parece ser personagem de ficção, pois tenho quase dez anos de magistratura e nos Estados em que trabalhei essa figura é meramente simbólica. A previsão da assistência jurídica integral aos necessitados tem que sair do papel a fim de que a isonomia seja assegurada.

A existência de uma Defensoria Pública forte e reconhecida parece ser uma utopia. A Magna Carta de 1988 já ganha contornos de extrema maturidade após quase 23 (vinte e três) anos de existência, e mesmo assim, direitos fundamentais como a assistência jurídica integral, ou o acesso a uma ordem jurídica justa, parecem longe de serem consolidados.

Dentro das carreiras jurídicas, a Defensoria Pública ainda engatinha, com a esperança de crescer e andar ereta, rumo à efetivação do direito fundamental de acesso à Justiça aos mais necessitados, como forma primordial de efetivamente garantir a igualdade material.

De forma bastante elucidativa Maria Tereza Sadek³⁹⁷ destaca:

Uma Defensoria Pública atuante é peça imprescindível para a garantia efetiva de acesso à Justiça. Sem uma instituição desta natureza, todo e qualquer preceito de igualdade de todos perante a lei não passa de letra morta, ou de reiteração de duas realidades: a formal e a realmente existente.

Esta constatação mais geral ganha especial relevo em um país que ostenta fortes indícios de desigualdades cumulativas, na renda, na educação, no desfrute dos bens sociais. Do desempenho da Defensoria Pública pode depender o rompimento de múltiplas exclusões, concretizando-se a igualdade legal e os mecanismos de inclusão social.

Desta forma, os esforços no sentido de contribuir para a criação e a implementação de políticas públicas que visem à institucionalização e o fortalecimento das Defensorias Públicas devem ser valorizados.

³⁹⁶ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional. Nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008, p. 123.

³⁹⁷ SADEK, Maria Tereza. *A defensoria pública no sistema de justiça brasileiro*. Consulta realizada no site www.google.com.br/artigosacadêmicos, em abril de 2009, p. 21.

Portanto, a Defensoria Pública deve rejeitar o papel conferido há décadas aos serviços de assistência judiciária, de agentes meramente assistencialistas que realizavam trabalho paternalista e mantenedor do *status quo*. Na qualidade de agentes políticos devem rejeitar igualmente a pecha de advogados do governo de plantão, e que estariam de forma constante à disposição dos Juízes, mas sim, como instrumentos havidos a resguardar os direitos violados ou mitigados dos cidadãos.

Para tanto, deve assumir o novo perfil constitucional para ela elaborado, indo ao encontro do povo, prevenindo os conflitos e abortando a violência no seu nascedouro, através de ações que favoreçam a promoção dos direitos humanos e a organização comunitária, transformando a demanda pelo esclarecimento e pela organização popular, instituindo uma verdadeira cultura de paz através do diálogo e da mediação que possibilita o respeito ao outro, cidadão de direitos e deveres.

Mesmo não estando ainda ocupando lugar de destaque dentre as instituições, incontestemente é o crescimento da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro, impulsionado pela premente necessidade de se proporcionar a assistência jurídica prevista como direito fundamental na Carta Magna de 1988.

Nos últimos anos, os instrumentos legislativos vêm enaltecendo a atuação do Órgão Defensorial, consolidando novas atribuições, a exemplo da Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada reforma do judiciário, destacando-se o artigo que dispõe sobre a autonomia funcional e administrativa, bem como iniciativa de proposta orçamentária³⁹⁸.

A Lei nº 11.340/2006³⁹⁹ (Lei Maria da Penha), bem destaca a necessidade de intervenção da Defensoria Pública, mormente como órgão imbuído de fornecer a assistência jurídica integral à mulher em situação de violência.

Também é reflexo destes novos influxos a Lei nº 11.448/2007 que modificou a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), para conferir legitimidade à Defensoria Pública para

³⁹⁸ Art. 134 A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de junho de 2011.

³⁹⁹ Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de junho de 2011.

propor Ação Civil Pública em defesa dos direitos coletivos. Tal reforma legislativa, já era reflexo dos entendimentos jurisprudenciais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁰.

No entanto, a referida lei hoje é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 3943, tendo por Relatora a Ministra Carmem Lúcia, proposta pela CONAMP – Confederação Nacional dos Membros do Ministério Público.

Argumentou a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público que a referida norma, ao atribuir legitimação à Defensoria Pública para a ação civil pública, estaria afetando a atribuição do *Parquet*, impedindo-lhe de exercer plenamente as atividades que a Constituição Federal lhe confere, nos termos do artigo 129. Afirma, ainda, que a Defensoria Pública tem como objetivo institucional atender aos necessitados que comprovem, individualmente, carência financeira, não havendo interesse em tutelar os direitos de uma coletividade, onde não se pode verificar a hipossuficiência dos favorecidos.

Destarte, pugnou a Associação, outrora postulante, a declaração da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347/85, na redação da Lei nº 11.488/2007, ou, alternativamente, sua interpretação conforme a Constituição Federal, para que, sem redução do texto seja excluída da referida legitimação a tutela dos interesses ou direitos difusos, uma vez que, por disposição legal, seus titulares são pessoas indeterminadas, cuja individualização e identificação é impossível, impossibilitando a aferição de sua carência financeira.

Ada Pellegrini Grinover, em parecer⁴⁰¹ solicitado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, então *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, bem destacou que “o verdadeiro intuito da requerente, ao

⁴⁰⁰ PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO NO JULGADO – INEXISTÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES – CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA – MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO – INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO – I. O NUDECON Órgão especializado, vinculado à defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II. No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “estado promover, na forma da Lei, a defesa do consumidor”. III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso Especial provido. (STJ – RESP 200301163609 – (555111 RJ) – 3ª T. – Rel. Min. Castro Filho – DJU 18.12.2006 – p. 363). Consulta realizada no site www.stj.jus.br, em 23 de junho de 2011.

⁴⁰¹ Conforme consulta realizada no site www.anadep.com.br, acessado em 23 de junho de 2011.

propor a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, é simplesmente o de evitar a concorrência da Defensoria Pública, como se no manejo de tão importante instrumento de acesso à justiça e de exercício da cidadania pudesse haver reserva de mercado”.

A Constituição Federal em seu artigo 129⁴⁰² não prevê exclusividade do *Parquet* para propositura de Ação Civil Pública, tendo sido claro o legislador ao permitir que outros órgãos ou entidades propusessem o referido *writ* constitucional.

A legitimação do Órgão Ministerial, não é, portanto, exclusiva, mas concorrente e autônoma, no sentido de que cada órgão ou entidade legitimados podem mover a demanda coletiva, independentemente da ordem de indicação.

Por outro lado, não se percebe como essa legitimação, concorrente e autônoma, poderia afetar aquela do Ministério Público, impedindo o *parquet* de exercer plenamente suas atividades, conforme alega a requerente em relação à Defensoria Pública. A inclusão desta no rol dos diversos legitimados em nada interfere com o pleno exercício das atribuições do Órgão Ministerial.

A ampliação da legitimação à ação civil pública representa poderoso instrumento de acesso à Justiça, sendo louvável que a iniciativa das demandas que objetivam tutelar interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos seja ampliada ao maior número possível de legitimados, a fim de que os chamados direitos fundamentais de terceira geração – os direitos de solidariedade – recebam efetiva e adequada tutela.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao analisarem as ondas que solidificaram o acesso à Justiça, e mais precisamente em sua segunda onda, discorreram sobre a tutela dos direitos difusos, na qual, imprescindível a tutela de tais direitos quando evitam dos menos favorecidos a ingressarem com demandas individuais, não tendo estes como custearem advogados ou pagarem custas processuais e, mesmo assim, continuam titulares de tais direitos.

Destarte, coaduna-se perfeitamente com os preceitos traçados na Constituição Cidadã de 1988, mormente, no que concerne à proclamação dos direitos fundamentais e as atribuições da Defensoria Pública, a possibilidade desta instituição, essencial à função jurisdicional do Estado, a possibilidade de defesa de direitos metaindividuais mediante ação civil pública, sejam tais direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

⁴⁰² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de junho de 2011.

Outra inovação legislativa que merece destaque, como forma de se garantir a primazia da liberdade, está erigida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Cidadã, bem como da ampla defesa, consoante artigo 5º, inciso LV, determinando-se que conforme a Lei nº 11.449/2007⁴⁰³, cuja esta veio para alterar o Código de Processo Penal, impõe a comunicação da prisão em flagrante à Defensoria Pública, caso o flagranteado informe não possuir advogado.

Mais além deste posicionamento, pondera Paulo Rangel⁴⁰⁴, que afirma:

[...] que a Defensoria Pública, tardiamente, ganha espaço no Código de Processo Penal, ou seja, é a primeira menção que se faz à Instituição da defensoria Pública no Código de Processo Penal, fato merecido para com uma instituição baluarte do Estado Democrático de Direito.

Impende ainda destacar que as leis que proporcionaram o início da reforma do Código de Processo Penal, Leis nº 11.689 e 11.690, de 2008, aos poucos, buscam introduzir a Defensoria Pública no cenário jurídico, demonstrando a necessidade desta instituição e corroborando seu fortalecimento, e destaque no novo sistema do direito brasileiro, sistemática esta galgada nos primados do Estado Democrático de Direito.

Merece destaque também a Lei nº 12.313/2010, que alterou a Lei nº 7.210/84 (Lei das Execuções Penais), para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública.

Desta feita, os assistidos da Defensoria Pública são pessoas originadas da pobreza, isto é, da classe socialmente oprimida. Por serem pobres, carecem do capital humano básico, padecendo, por isso, de fome, desnutrição e doenças, as quais prejudicam a sua capacidade laborativa.

Consoante relatório sobre o desenvolvimento mundial, realizado em 1990, pelo Banco Mundial, destacado por Paulo Galliez⁴⁰⁵ “*Os pobres têm menos acesso a bens e infra-estruturas públicos do que os demais grupos. Em geral, os governos não conseguem estender seus benefícios aos pobres, que são os que dispõem de menos serviços*”.

⁴⁰³ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

§ 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 22 de junho de 2011.

⁴⁰⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 709.

⁴⁰⁵ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 24.

A pobreza é fator que vem a mitigar o exercício não só do acesso à Justiça, mas sim, dos direitos fundamentais como um todo, sendo interessante destacar trecho da obra de Franz Kafka⁴⁰⁶, cujo mesmo relata a pequinesa de um camponês, face ao gigantismo dos obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais:

Diante da lei há um guarda. Um camponês apresenta-se diante deste guarda, e solicita que lhe permita entrar na lei. Mas o guarda responde que por enquanto não pode deixá-lo entrar. O homem reflete, e pergunta se mais tarde o deixarão entrar.

– E possível – disse o porteiro –, mas agora não.

A porta que dá para a Lei está aberta, como de costume; quando o guarda se põe de lado, o homem inclina-se para espiar. O guarda vê isso, ri-se e lhe diz:

– Se tão grande é o teu desejo, experimenta entrar apesar de minha proibição. Mas lembra-te de que sou poderoso. E sou somente o último dos guardas. Entre salão e salão existem guardas, cada qual mais poderoso do que o outro. Já o terceiro guarda é tão terrível que não posso suportar seu aspecto.

O camponês não havia previsto estas dificuldades; a Lei deveria ser sempre acessível para todos, pensa ele, mas ao observar o guarda, com seu abrigo de peles, seu nariz grande e como de águia, sua barba longa de tártaro, rala e negra, resolve que mais lhe convém esperar. O guarda dá-lhe um banquinho e permite-lhe sentar-se a um lado da porta. Ali espera dias e anos. Tenta infinitas vezes entrar e cansa o guarda com suas súplicas. Com freqüência o guarda mantém com ele breves palestras, faz-lhe perguntas sobre seu país, e sobre muitas outras coisas; mas são perguntas indiferentes, como as dos grandes senhores, e para terminar, sempre lhe repete que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que se abasteceu de muitas coisas para a viagem, sacrifica tudo, por mais valioso que seja, para subornar ao guarda. Este aceita tudo, com efeito, mas lhe diz:

– Aceito-o para que não julgues que tenhas omitido algum esforço.

Durante esses longos anos, o homem observa quase continuamente ao guarda:

esquece-se dos outros, e parece-lhe que este é o único obstáculo que o separa da Lei. Maldiz sua má sorte, durante os primeiros anos temerariamente e em voz alta; mais tarde, à medida que envelhece, apenas murmura para si. Retorna à infância, e como em sua longa contemplação do guarda, chegou a conhecer até as pulgas de seu abrigo de pele, também suplica a estas que o ajudem a convencer ao guarda. Finalmente, sua vista enfraquece-se, e já não sabe se realmente há menos luz, ou se apenas o enganam seus olhos. Mas em meio da obscuridade distingue um resplendor, que surge inextinguível da porta da Lei. Já lhe resta pouco tempo de vida. Antes de morrer, todas as experiências desses longos anos se confundem em sua mente em uma só pergunta, que até agora não formou. Faz sinais ao guarda para que aproxime, já que o rigor da morte endurece o seu corpo. O guarda vê-se obrigado a baixar-se muito para falar com ele, porque a disparidade de estruturas entre ambos aumentou bastante com o tempo, para detrimento do camponês.

– Que queres saber agora? – pergunta o guarda –. És insaciável.

– Todos se esforçam por chegar à Lei – diz o homem –; como é possível então que durante tantos anos ninguém mais do eu pretendesse entrar?

O guarda compreende que o homem está para morrer, e para que seus desfalecentes sentidos percebam suas palavras, diz-lhe junto ao ouvido com voz atoadora:

– Ninguém podia pretender isso, porque esta entrada era somente para ti. Agora vou fechá-la.

Desta forma, a situação de pobreza a que estão jungidos os assistidos da Defensoria não se restringe apenas ao aspecto jurídico, pois tal condição só tem sentido se verificada concomitantemente com a realidade econômica de cada um.

⁴⁰⁶ KAFKA, Franz. *Na colônia penal*. São Paulo: Editora Quadrinhos na Cia, 2011, p. 71/72.

A Defensoria Pública tem por missão a afirmação da cidadania pela realização dos direitos dos hipossuficientes, exigindo o reconhecimento da dignidade humana mesmo ao mais marginalizado, e acredita que a atuação articulada do sistema de justiça é capaz de propiciar eficácia à farta legislação que busca promover a igualdade social e diminuição da pobreza, contribuindo para a realização dos primados constitucionais, tão decantados, e em sua grande maioria, pouco efetivados.

Busca o Órgão Defensorial a efetivação da igualdade de tratamento, esta que por diversas oportunidades é vislumbrada apenas no seu aspecto meramente formal, posto que em verdade, a realidade social demonstra a existência de classes antagônicas, onde muitos têm pouco e poucos têm muito, em um país onde boa parte de seus cidadãos vivem a margem do mínimo existencial, do mínimo de condições essenciais à sobrevivência, um país de excluídos, onde a sociedade civil e os administradores públicos, parlamentares, esquecem os direitos e prerrogativas assegurado à todas a pessoas, repise-se as todas pessoas independentemente de condição social.

Em consonância com o pensamento de Ronald Dworkin, a sociedade brasileiro hoje não representa a igualdade distributiva, posto que não se vislumbra igualdade de bem-estar, nem tampouco igualdade de recursos. Serve a instituição Defensoria como modo de tentar equilibrar a realidade, de forma a fomentar aos mais pobres a luta por uma sonhada igualdade, ou um paliativo desta, trazendo uma vida dentro dos ditames do razoável/mínimo existencial.

A Defensoria Pública surge como forma de tutelar a defesa dos interesses da classe oprimida, e apesar do Estado admitir a necessidade de sua permanência na estrutura orgânica administrativa, age, por vezes, como se essa importância fosse secundária. Tal contradição explica-se pelo fato de no Estado haver prioridades que procuram atender a projetos imediatos da classe dominante.

A atividade Defensorial além de ilimitada, é essencial, posto que seus beneficiários representam a maioria significativa do povo brasileiro, sobrepondo-se a minoria que detém o poder econômico, além de permitir aos menos favorecidos o efetivo acesso à Justiça.

Destaque-se ainda, a qualidade dos serviços desempenhados pela Defensoria Pública, cujos membros, para ingressar nesta carreira, se submetem a difícil processo seletivo, mediante concurso público de provas e títulos, selecionando profissionais preparados, que possam efetivar na prática a igualdade das partes, formiguinhas incansáveis na tutela dos direitos dos menos favorecidos, que no dia-a-dia de suas atividades, no meio do anonimato, são personagens incansáveis e importantes na efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Celso de Mello, em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal afirmou, conforme destacado na obra de Paulo Galliez⁴⁰⁷:

No seio de uma sociedade fundada em bases democráticas e regida por importantes postulados de ordem republicana, nada pode justificar a exclusão de multidões de pessoas do acesso essencial à jurisdição do Estado.
A exclusão jurídica (...) representa um subproduto da exclusão social, que cumpre ser neutralizada e extirpada.

Continuou ainda o Ministro Celso de Mello⁴⁰⁸:

Não se pode desconhecer que o povo brasileiro ainda não tem acesso pleno ao Poder Judiciário, cumprindo dotar o Estado de uma organização formal e material que lhe permita proporcionar, efetivamente, aos necessitados, plena e integral assistência jurídica, para que os direitos e as liberdades não se convertam em proclamações inúteis ou em declarações meramente retóricas.
É preciso – sem prejuízo de outras medidas igualmente necessárias – instituir, consolidar e aparelhar, em todo o país, as Defensorias Públicas, cuja importância, nesse processo de construção da cidadania, reveste-se de elevado indiscutível.

A atuação da Defensoria Pública tem sempre que buscar a efetiva Justiça Social, tentando reduzir os desequilíbrios sociais, proporcionando a igualdade de seus assistidos no que se refere à igualdade, à dignidade e às oportunidades. Destarte, a existência e o fomento da Defensoria Pública são essenciais à jurisdição para que esta também possa estender-se aos interessados que não ostentam situação econômica suficiente para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

Sérgio Luiz Junkes⁴⁰⁹ no que concerne a efetivação da Justiça Social, destacou:

Cappelletti e Garth estabelecem duas finalidades básicas que o sistema jurídico de reivindicação de direitos e resolução de litígios deve cumprir: acesso igual e efetivo a todos e produção de resultados individual e socialmente juntos. Ou seja, esse sistema deve não apenas estruturar-se de acordo com os ditames da justiça social, mas também, servir como elo para a sua construção. A observância simultânea desses dois fatores representa o que denominam Cappelletti & Garth de acesso à justiça. A convergência entre eles se dá, principalmente, pela noção da dignidade e da liberdade. Ou seja, é corolário da justiça social que todos sejam iguais em dignidade e liberdade. Por outro lado, a reivindicação de direitos e resolução de litígios é identificada como direito fundamental e também como canal de participação na sociedade.
O estudo de Cappelletti & Garth marca essa evolução do conteúdo da expressão acesso à justiça, outrora identificado apenas como o acesso à tutela jurisdicional. Sob essa perspectiva, o acesso à justiça nos Estados Liberais dos séculos XVIII e XIX, consistia apenas em um direito “formal” de propor uma ação ou contestá-la. Correspondia, portanto, a uma igualdade formal entre às pessoas. Ou seja, todos

⁴⁰⁷ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 61.

⁴⁰⁸ Citado por GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 62.

⁴⁰⁹ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 108.

tinham acesso à proteção judicial, mas desde que cada qual arcasse com os custos. Porém, com a expansão daquelas sociedades em complexidade e tamanho, o caráter coletivo passou a imperar às ações e relacionamentos, e o direito passou a consagrar essa evolução.

O acesso à Justiça efetiva-se também pela paridade de armas, na qual dentro de um processo judicial, as diferenças sociais entre as partes, inclusive as inerentes à capacidade econômica de cada um, estranhas ao direito, portanto, não deveriam influir na solução do litígio. A decisão em um processo deve pautar-se no mérito jurídico, e não no poderio econômico, na qual, vence a demanda aquele que contrata os melhores advogados e pode despender maiores recursos dentro do processo.

A assistência judiciária inicia-se com a conscientização dos direitos aos menos favorecidos, cujos mesmos por falta de informação e compreensão, deixam de exercer suas prerrogativas e direitos, deixando de socorrer-se ao judiciário, também até por medo de adentrar nos recintos de tribunais e fóruns, e se depararem com a presença do Juiz, intimidando-se com a figura deste, bem como, a ausência de interesse (condições financeiras) em gastar, em dispor de recursos para defenderem interesses que não tidos por tradicionais, que não são diretamente de cada parte, individualmente, e sim de uma coletividade, como, por exemplo, meio ambiente.

Como outrora deduzido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth não se pode negar a existência dos litigantes habituais e os eventuais. Aqueles, normalmente grandes empresas e corporações, já tem assessoria jurídica consolidada, normalmente baseando suas defesas em argumentos evasivos e protelatórios, apresentando-se como vantagens dos litigantes habituais o fato de poderem planejar melhor seu litígio com base em maior experiência jurídica anterior, melhores relações informais com os membros do judiciário, os riscos das demandas são diluídos entre as hipóteses de diversos abusos quem cometem, bem como, têm a possibilidade de testar a viabilidade de algumas estratégias a fim de utilizá-las no futuro, melhorando a sua expectativa nos outros casos.

Interessante que o surgimento de conflitos de interesses, é tido como reflexo natural da sociedade, na qual, as necessidades humanas são infinitas e os bens necessários à sua satisfação são finitos. É consequência normal da vida em sociedade a eclosão de insatisfações, as quais estão ligadas à percepção de uma carência ou da ameaça de uma carência.

A vida social, todavia, seria difícil se esses estados de insatisfação se perpetuassem sob a forma de decepções permanentes e inafastáveis. Destarte, o Estado, através da legislação, define as condutas favoráveis (lícitas) e desfavoráveis (ilícitas) à vida em comunidade, cominando recompensas e castigos (sanções) correspondentes. Além do mais,

mediante a jurisdição, o ente estatal fixa os critérios para que os bens da vida e situações almejados sejam acessíveis. Assim sendo, evitam-se as condutas desagregadoras estimulando-se as agregadoras e distribuem-se os bens entre as pessoas, criando, destarte, um clima favorável à paz entre as pessoas, sem insatisfações.

Arremata Sérgio Luiz Junkes⁴¹⁰ sobre a atuação da Defensoria Pública:

A Defensoria Pública, portanto, atua em prol dos necessitados, possibilitando-lhes a provocação da jurisdição em busca da tutela dos seus interesses. Neste ponto, reside mais uma conexão entre a Defensoria Pública e o princípio da Justiça Social: o funcionamento da defensoria pública atende ao princípio justiça social na medida em que aquela instituição viabiliza o direito fundamental de ação em prol das pessoas necessitadas. Ao assim fazê-lo, a Defensoria Pública tanto promove a redução dos desequilíbrios sociais como promove a igualdade das pessoas assistidas em dignidade, liberdade e oportunidades. No caso, a promoção da dignidade decorre de a ação ser concebida constitucionalmente como direito fundamental da pessoa humana. A promoção da igualdade em liberdade resulta do fato de que a ação constitui-se em um canal de participação das pessoas nos destinos da comunidade. A promoção da igualdade em oportunidades refere-se à possibilidade de abertura de novos horizontes com a afirmação de direitos ou com a remoção de obstáculos que eventualmente estejam a restringi-los, como, por exemplo, os oriundos por preconceitos ou privilégios.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴¹¹ encerram sua obra *Acesso à Justiça* afirmando com extrema maestria:

A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente.

Essencial é a existência e atuação da Defensoria Pública, seja na orientação dos assistidos, fazendo com que entendam e passem a exercer seus direitos, bem como, na defesa judicial e extrajudicial, sendo esta hoje, bastante utilizada, como mecanismo necessário a desafogar o judiciário, prevenindo ou equacionando conflitos, conferindo soluções mais céleres, aos longos e demorados processos judiciais, sendo, portanto, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, em relação aos menos favorecidos economicamente.

⁴¹⁰ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 123.

⁴¹¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 165.

Vive-se hoje em uma sociedade, na qual a Constituição Federal consagra em plenitude, a dignidade da pessoa humana, buscando a eficácia dos direitos fundamentais, por meio do efetivo acesso à Justiça.

No entanto, em que pese a elevada hierarquia do substancial catálogo normativo de proteção aos direitos fundamentais, os grupos vulneráveis, ou seja, os economicamente desvalidos, ainda não conseguem exercitá-los com efetividade.

Argumenta o Estado, justificando sua inação, com construções doutrinárias, como o primado da “reserva do possível”, ou o caráter “programático” dos direitos sociais, tentando desviar a caminhada pela plena eficácia dos direitos fundamentais.

A República Federativa do Brasil é Estado Democrático de Direito, em razão de possibilitar a todos os cidadãos a participação nas decisões políticas fundamentais do país.

A interpretação dos direitos fundamentais deve ter como parâmetro esta faceta social do Estado brasileiro. Neste prisma, ganha relevância a busca pela concretização dos direitos sociais, por exemplo, educação, saúde, assistência social, reforçando, ainda, os argumentos interpretativos em favor do controle de políticas públicas, as quais deverão estar sintonizadas com as prioridades erigidas pelo Constituinte.

Cumprido ressaltar a necessidade de se efetivar o acesso à Justiça aos economicamente menos favorecidos, conferindo tratamento diferenciado aos seres humanos que necessitem de tratamento especial, em razão de suas condições peculiares, vê-se uma tendência, de criação e efetivação dos direitos das minorias, consagração de normas específicas a grupos vulneráveis como idosos, crianças, deficientes, dentre outros.

Incontestável é a deficiência estrutural da Defensoria Pública, na qual o Estado nega-se a investir de forma veemente nesta instituição, gerando grande discrepância com as demais carreiras jurídicas, discrepância, mormente, no aspecto orçamentário. A participação efetiva dos economicamente pobres no processo democrático brasileiro efetiva-se por intermédio da Defensoria Pública, ou seja, a concretude dos direitos fundamentais aos grupos vulneráveis é condição essencial da efetivação dos primados da democracia.

A assistência jurídica integral, preconizada na Magna Carta, alberga premissas que merecem ser destacadas. A primeira é que a assistência jurídica integral encontra-se esculpida como direito fundamental, o que o coloca no topo da ordem jurídica nacional, inclusive definida como cláusula pétrea, ou seja, que não pode ser modificada por emenda constitucional e tão somente, mediante novo instrumento constitucional, bem como, possui caráter vinculante e aplicabilidade imediata.

A segunda premissa é que a assistência jurídica integral é um primado, porque visa implementar o princípio da igualdade material e o exercício de uma justiça distributiva, posto que esta, em que pese estar definida em sede constitucional, é preterida no cotidiano jurídico, preterida de forma silenciosa e furtiva, quando a efetivação da verdadeira justiça, e prerrogativa dos mais ricos.

Destarte, o ideal para se efetivar o acesso à Justiça parte *a priori* sobre a efetivação de mecanismos de atuação extrajudicial, na qual além de uma maior celeridade, servem de economia para o Estado, bem como, a efetiva orientação dos assistidos, dos menos favorecidos, para que passem a entender e reivindicar seus direitos.

Em suma, a Defensoria Pública aparece hoje como efetivadora do acesso à Justiça, princípio este que além de estar decantado como direito fundamental, vem para resguardar os direitos fundamentais, e a Defensoria serve como forma de efetivação do acesso aos menos favorecidos, estes que embora sejam maioria, sendo colocados em segundo plano quando não exercem ou reivindicam seus direitos, sejam porque não os conhecem, ou porque simplesmente não possuem recursos financeiros para buscar a tutela jurisdicional do Estado. Espera-se, portanto, que a sociedade e os governantes abram seus olhos a atividade Defensorial, vislumbrando-o como tentou fazer o legislador constituinte, ou seja, como função essencial à administração da justiça, como efetivo guardião do povo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se, hodiernamente, em uma sociedade onde grande é a quantidade de direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal depara-se diuturnamente com discussões que permeiam preceitos fundamentais do ser humano, julgados que trazem a baila o abortamento de feto anencefálico, a união de casais homoafetivos, a pesquisa com células tronco, a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão dos que anseiam pela descriminalização da maconha, enfim, o cotidiano humano é repleto de direitos fundamentais.

O simples ato de existir, respirar, locomover-se, alimentar-se, estudar, conversar, que constituem no mais das vezes em atos mecânicos, os quais não se confere tamanha relevância, ao serem vislumbrados sobre o prisma jurídico-constitucional, ganham a importante feição de direitos fundamentais, traduzidos em elementos essenciais ao mínimo vital. Vida, direito de ir e vir, alimentos, educação, liberdade, saúde, são pequenas estrelas do grande universo que é o sistema dos direitos fundamentais.

Ousa a doutrina não listar os direitos fundamentais, sob pena que incorrer no severo pecado do esquecimento. Mas o consenso é que os mesmos têm caráter de essencialidade. Essencial é algo necessário, indispensável, e os direitos fundamentais são indispensáveis à concretude do primado da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

E dada a sua importância, a violação de preceitos fundamentais, configura verdadeira mutilação da Constituição Federal, motivo pelo qual, o Estado resguardou o acesso à Justiça não apenas como um dos direitos fundamentais, mas quiçá o mais fundamental, vez que configuram os mecanismos ávidos à efetivação dos mesmos, diante de violações não só do próprio Estado Garantidor, mas também de nossos irmãos humanos.

Nesta perspectiva, os mais pobres são os mais prejudicados diante da mitigação ou violação de direitos, vez que para aqueles que têm condições financeiras, a fome implica no simples se dirigir a um restaurante e saciá-la, a doença implica no simples ir a uma clínica ou hospital particular e medicar-se, a educação implica no simples ir a uma escola ou universidade particular e matricular-se. E para aqueles que não dispõem de recursos financeiros para tanto, o Estado apresenta-se como solução no fomento de medicação, assistência saúde, alimentação, educação, não por ato de piedade, mas por obra de justiça.

Não se fala apenas em justiça como sinônimo de Poder Judiciário, mas sim, como o ideal de Justiça Distributiva, não baseada em premissas de merecimento, mas sim, de que todo ser humano tem direitos, simplesmente por ser humano.

A partir da premissa de uma igualdade distributiva, vislumbra-se uma realidade onde não se respeita a igualdade de bem-estar (onde todos possam viver bem), nem tampouco a igualdade de recurso (flagrante é a diferença na distribuição das rendas).

Necessário ainda destacar que o acesso à Justiça exsurge também como forma de garantir uma existência digna, pautada em condições mínimas de sobrevivência, onde a cada cidadão seja garantido o mínimo de condições (saúde, educação, alimentação, vestuário, moradia, etc.), refletindo o que preconiza os ditames do Estado Democrático de Direito.

Destarte, inegável então a necessidade de resguardar o acesso à Justiça e seus instrumentos formalizadores, como essenciais a uma ordem jurídica justa, bem como, mediante ainda a consolidação de meios para que os mais pobres tenham acesso a esta ordem jurídica justa.

Diversos são os obstáculos ao acesso à Justiça, variando desde a impossibilidade financeira de se constituir advogado ou de pagar as custas processuais, a demora na prestação jurisdicional, a falta de conhecimento dos seus direitos pelas castas mais humildes, culminando pelo próprio descrédito da população quanto ao Poder Judiciário, no entanto, o pensamento do legislador infraconstitucional com o fito de resguardar o espírito da Magna Carta, é justamente de editar leis que facilitem a efetivação dos preceitos consolidados no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, leis como a nº 1.060/50 (Gratuidade Judicial), nº 9.099/95 e nº 10.259/2001 (Juizados Especiais Estaduais e Federais), servem como uma tentativa de apresentar o Poder Judiciário aos mais pobres.

É importante realçar que o direito ao acesso à Justiça não deve ficar restrito ao simples protocolar de uma petição no fórum, mas deve ampliar-se além das fronteiras do Judiciário, estendendo-se pela educação dos cidadãos, no sentido esclarecer-lhes seus direitos. A efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição está relacionada ao grau de conhecimento destes pelos cidadãos. No Brasil, onde grande parte da população sobrevive de maneira precária, em situações que beiram ao sub-humano, é imprescindível uma postura que siga de encontro à situação vivenciada, buscando resgatar a cidadania em muitos dos casos nunca experimentada.

Ademais, deve o processo caminhar de forma a ofertar uma prestação jurisdicional justa e célere, de modo que o direito pretendido não se perca com o decurso do tempo, não se esvaziando a esperança de muitos, de que diante de uma vida tão difícil, ao menos a Justiça pode socorrê-los.

Em uma sociedade desigual e excludente como a nossa, é necessário que se estabeleça uma política pública de acesso à Justiça, onde a norma saia do plano abstrato para

a concretude da realidade. Boa parte do contingente populacional não conhece e nem dispõe dos mais básicos direitos, proliferando o baixo nível de conhecimento jurídico e político, acirrando a convivência em comunidade e transformando os grandes aglomerados urbanos em verdadeiros campos de batalha, onde sobrevive o mais forte, e onde a justiça é apenas um ideal a ser concretizado.

Assim o operador do direito deve se adequar a um novo perfil, mais dinâmico e menos ritualista, capaz de buscar soluções inovadoras e menos dogmáticas, possuindo uma maior inserção no contexto social e político. Deve o acesso à Justiça manifestar-se como expressão dos direitos fundamentais, e ser entendido de maneira ampla, podendo ser exercido através de todos os meios legítimos, institucionais ou não, propensos à consolidação da cidadania, que, por sua vez, requer a ativa participação popular no processo decisório.

Quando a Defensoria Pública foi criada pela Constituição de 1988, o artigo 134 significou um importante avanço na opção política de universalizar a justiça, ficando enquadrada ao espírito cidadão e adequada à noção de Estado Democrático de Direito. Desta forma, tal postura legislativa indicou a vontade de se estabelecer um caminho diferente, colocando o acesso à Justiça no mesmo patamar de outros direitos igualmente importantes como, acesso à educação, à saúde, à moradia e outros.

Portanto, a Defensoria Pública deve rejeitar o papel conferido há décadas aos serviços de assistência judiciária, de agentes meramente assistencialistas que realizavam trabalho paternalista e mantenedor do *status quo*.

Para tanto, deve assumir o novo perfil constitucional para si traçado, atuando para povo, pelo o povo, e tendo por fim o povo, prevenindo os conflitos e abortando a violência na sua fonte, através de ações que favoreçam a promoção dos direitos fundamentais e a organização comunitária, transformando a demanda pelo esclarecimento e pela organização popular, instituindo uma verdadeira cultura de paz através do diálogo e da mediação que possibilita o respeito ao outro, cidadão de direitos e deveres.

A Defensoria Pública surge não como herói imbuído na difícil missão de acabar com as desigualdades sociais no Brasil, haja vista tal objetivo ainda hoje ser utópico, mas sim imbuído na nobre missão de advogar para aqueles que não têm como pagar, advogar para aqueles que não acreditam em melhores condições de vida, e que buscam o judiciário como *ultima ratio*, talvez por medo de se deparar face a face com um juiz, medo de ir ao fórum, ou simplesmente escondidos sob o manto do desconhecimento ou desinformação, mas de certo, permaneciam inertes enquanto seus direitos eram mitigados ou violados, e se escorriam ao encontro do lago do esquecimento e da injustiça.

A Defensoria Pública hoje ainda é vista com certa ressalva pelos Chefes do Poder Executivo, posto que ainda é comum que as Defensorias Públicas tenham pouca estrutura física e de pessoal, onde se verifica grande evasão de Defensores Públicos para outras carreiras, dificultando assim, o acesso à Justiça.

Inúmeros são os mecanismos que podem ser utilizados para facilitar o acesso à Justiça, para efetivar e concretizar o disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que garante a assistência jurídica gratuita e integral aos que dela necessitarem, outrossim, hodiernamente é que se pretende efetivar este primado constitucional, na qual, os governantes gradativamente passam a investir nos Órgãos Defensoriais, estruturando-os, no afã de que atendam e protejam os mais necessitados.

A Defensoria Pública é essencial em uma sociedade na qual em nada adiantaria um extenso leque de direitos, não adiantaria classificar tais direitos como fundamentais, cujos mesmos são essenciais à pessoa humana, se não existissem meios a sua satisfação, para tanto serve a Defensoria, e é assim que deve ser vista e respeitada por toda a sociedade.

Desta feita, a partir de uma melhor consolidação do acesso à Justiça, pode-se vislumbrar a efetivação dos preceitos da Justiça Distributiva, no sentido de tentar reduzir as desigualdades sociais, dar a cada um o que é seu, face a simples condição de ser humano e sujeito de direitos, e não calcado em premissas como merecimento. A igualdade também é objetivo a ser buscado, não a simples igualdade consoante prevista na Constituição Federal, mas sim, a igualdade real, ou seja, aquele vista no meio social.

O acesso à Justiça ou a Defensoria Pública, ou o próprio Poder Judiciário não podem ser vistos como o manto da salvação, no sentido de ser a solução para todos os problemas, mitigações ou violações de direitos fundamentais, no entanto, são caminhos, alternativas na luta pela consolidação dos direitos, na busca de um ideal de justiça, coroando as premissas de uma existência humana digna, primado do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4636. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 20 de agosto de 2011.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 17 de fevereiro de 2012.

Agravo de Instrumento nº 2007.05.00.093635-0. Consulta realizada no site www.trf5.jus.br, em 10 de junho de 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cléber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: Retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.

_____, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o direito processual civil*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001.

ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e Acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2009.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 17 de fevereiro de 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 5ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2011.

_____. *Política*. 5ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2010.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e Aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martins Claret, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Consulta realizada no site www.google.com.br/artigosacademicos, em abril de 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

BÍBLIA SAGRADA. 70 ed. São Paulo: Ave Maria.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *A constituição aberta*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição – Garantia Constitucional*. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL. Código Civil Brasileiro e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 30 de março de 2011.

_____. Código de Processo Civil Brasileiro e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 30 de março de 2011.

_____. Código de Processo Penal Brasileiro e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 02 de abril de 2011.

_____. Constituição Federal de 1824. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 10 de março de 2011.

_____. Constituição Federal de 1891. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 10 de março de 2011.

_____. Constituição Federal de 1934. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 10 de março de 2011.

_____. Constituição Federal de 1937. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 10 de março de 2011.

_____. Constituição Federal de 1946. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 10 de março de 2011.

_____. Constituição Federal de 1967. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 10 de novembro de 2010.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 01 de setembro de 2010.

_____. Lei Complementar do Estado do Ceará n° 60/97. Disponível em www.ceará.gov.br. Consulta realizada em 10 de fevereiro de 2011.

_____. Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Norte n° 251/2003. Disponível em www.rn.gov.br. Consulta realizada em 05 de abril de 2011.

_____. Lei Complementar Federal n° 80/94. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 10 de fevereiro de 2011.

_____. Lei Complementar Federal n° 132/2009. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 10 de fevereiro de 2011.

_____. Lei n° 1.060/50 e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 07 de outubro de 2010.

_____. Lei n° 7.347/85 e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 05 de abril de 2011.

_____. Lei n° 8.078/90 e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 03 de novembro de 2010.

_____. Lei n° 8.906/94 e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 08 de abril de 2011.

_____. Lei n° 9.099/95 e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 01 de maio de 2011.

_____. Lei n° 9.307/96 e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 05 de abril de 2011.

_____. Lei n° 10.259/2001 e suas alterações. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 01 de maio de 2011.

_____. Lei n° 11.441/2007. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 07 de maio de 2011.

_____. Lei n° 11.448/2007. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 07 de maio de 2011.

_____. Lei n° 11.790/2008. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 15 de maio de 2011.

_____. Lei n° 12.313/2009. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 01 de junho de 2011.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de indicadores sociais. Uma análise das condições de vida na população brasileira 2010. Consulta realizada no site www.ibge.br, em março de 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Primeiro Diagnóstico da Defensoria Pública. Brasília/DF. Disponível no site www.defensoria.ce.gov.br, acessado em 15 de janeiro de 2011.

_____. Segundo Diagnóstico da Defensoria Pública. Brasília/DF. Disponível no site www.defensoria.ce.gov.br, acessado em 15 de janeiro de 2011.

_____. Terceiro Diagnóstico da Defensoria Pública. Brasília/DF. Disponível no site www.defensoria.ce.gov.br, acessado em 15 de janeiro de 2011.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Ivan Lira de. *A internet e o acesso à justiça*. 2008. Artigo consultado no site www.gontijo-famialia.adv.br, em 07 de setembro de 2011.

CIANCI, Mirna. *O acesso à justiça e as reformas do CPC*. Coleção Direito e Processo. Coordenação Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2009.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.iea.usp.br/artigos>, acessado em maio de 2011.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Consulta realizada no site www.planalto.gov.br, em 15 de outubro de 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE VITTO, Renato Campos e CASTRO, André Luís Machado. *A defensoria pública como instrumento de consolidação da democracia*. Consulta realizada no site www.google.com.br/artigosacademicos, em abril de 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. 4a Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial*. 2ª Série. Salvador, Juspodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE NETO, Bento Herculano. *Princípios de direito processual civil*. Disponível no site www.videolivriaria.com.br. Acessado em 13 de junho de 2011.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARIAS, José Eduardo de (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Forense, 2006.

FONSECA, Carlos Simões. *Sincretismo processual e acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2009.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Da contribuição de Mauro Capelleti à realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FREITAS, Marcos Cezar de (Org.) *Desigualdade social e diversidade cultural na infância e na juventude*. São Paulo: Cortez, 2006.

FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves. *Defensoria pública e o acesso à justiça*. Consulta realizada no site www.google.com.br/artigosacadêmicos, em abril de 2009.

GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *A Defensoria Pública. O Estado e a Cidadania*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência judiciária no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES NETO, José Mário Wanderley, Coordenação. *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Juspodvm, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Consulta realizada no site www.mundojuridico.adv.br, 22 de janeiro de 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humano, princípio da igualdade e não discriminação – Sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

Habeas Corpus nº 70.514. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 11 de junho de 2011.

Habeas Corpus nº 70.514. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 11 de junho de 2011.

Habeas Corpus nº 89.315. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 14 de junho de 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Visão, 1985.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

Informativo 219 – Supremo Tribunal Federal. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 14 de junho de 2011.

INGENIEROS, José. Tradutores Nélia Maria Padilha Von Tempski-Silka. *O Homem Mediocre: Pequeno ensaio de Moral e Ética dirigido aos jovens*. Curitiba: Juruá, 2008.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006.

KAFKA, Franz. *Na colônia penal*. São Paulo: Editora Quadrinhos na Cia, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. José Cretella Jr e Agnes Cretella. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, César Barros. *A defensoria pública como instrumento de efetivação dos direitos humanos*. Consulta realizada no site www.google.com.br/artigosacademicos, em abril de 2009.

LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. Organizadores. *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel. Organizadores. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

LIMA, Francisco Gérson Marques de Lima. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

Mandado de Injunção nº 58/DF. Consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 20 de junho de 2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça – Um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da defensoria pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MORALES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: Evolução no ordenamento de nosso tempo*. Revista AJURIS nº 55, Porto Alegre: AJURIS, 1998.

NOVELINO, Marcelo, Organizador. *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____, Organizador. *Leituras complementares de direito constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2009.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: LTR, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8a ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

Recurso Especial 200301163609. Consulta realizada no site www.stj.jus.br, em 23 de junho de 2011.

ROCHA, Jorge Luís. *História da defensoria pública e da associação dos defensores públicos do estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SADEK, Maria Tereza. *A defensoria pública no sistema de justiça brasileiro*. Consulta realizada no site www.google.com.br/artigosacadêmicos, em abril de 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional. Nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O social e o Político na pós-modernidade*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002.

_____. *A tetradimensionalidade do direito*. Mossoró: Coleção Jurídica do Semi-Árido, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVARES, André Ramos, Coordenador. *Justiça constitucional. Pressupostos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Augusto e MARCACINI, Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.