

2

Premissas e Referenciais teóricos

2.1.

Estado de Direito, Consolidação Democrática e Acesso à Justiça

“(…) 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”.¹²

A ampla expansão dos regimes democráticos no mundo contemporâneo e o significativo consenso acerca de suas aptidões para responder aos anseios da vida humana em sociedade, de certo modo, endossam o pensamento daqueles que consideram os processos de implementação e consolidação da democracia como o “ponto-final” da história¹³. Tal sentimento traduz o que Canotilho denominou de “pretensão de universalidade” dessa forma de organização política que se tornou o paradigma ocidental do Estado de Direito.¹⁴

Haveria mesmo, no dizer de David Held¹⁵, um “apelo de democracia” que se justificaria não tanto por se considerar que ela se traduza numa “panacéia para todas as injustiças, males e perigos” inerentes à vida em sociedade. Num mundo marcado por concepções e convicções tão diferenciadas a respeito das noções de “bem comum” e “vida digna”, com amplas divergências nas respectivas raízes

¹² MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, Violência e Injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p.248.

¹³ Essa expressão aparece na obra “O fim da história e o último homem”, de Francis Fukuyama (Rio de Janeiro, Ed. Rocco, 1992), referindo-se à hegemonia obtida pela concepção política das democracias liberais associada ao regime econômico capitalista globalizado, após a queda do regime do “socialismo real”.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa, Gradiva, 1999, p. 20.

¹⁵ HELD, David. *Models of Democracy*. Stanford, Stanford University Press, 2 ed., 1996, p. 297.

culturais e religiosas, a idéia de democracia tem se revelado importante porque ela não representa apenas um valor entre vários, tais como liberdade, igualdade ou justiça, mas porque é [ou, porque seria, ela mesma,] o valor que pode estabelecer o vínculo e a mediação relativamente a confrontos sobre questões prescritivas e normativas muito polêmicas¹⁶. Ainda segundo Held, “a democracia não pressupõe acordo sobre valores distintos; ela propõe um modo de relacionar valores entre si e deixar a resolução dos conflitos de valores aberta aos participantes em processo público, sujeito apenas a certas normas de proteção ao próprio processo. Aí estão elementos que respaldam esse ‘*appeal*’”.¹⁷

A existência e a persistência de um regime democrático depende da existência de uma organização jurídico-política, que, denominamos de Estado, dotado de poder de coerção e supremacia jurídica sobre um determinado território. Melhor dizendo, o Estado juridicamente organizado, pelo menos nos moldes até aqui conhecidos pela humanidade, revela-se fundamental para o funcionamento da Democracia contemporânea.

De fato, a expressão “Estado” tem sido usada para designar uma forma de ordenamento político surgida na Europa medieval que, a partir do século XIX, passou a ser utilizada de modo quase que unívoco em todo o mundo. No decorrer do tempo, a idéia de Estado tem recebido a atribuição de adjetivações que lhe emprestam contornos e características bastante variáveis, conforme a configuração concreta que vem assumindo ao longo da história.

Dentre essas adjetivações, uma que alcançou efetivo reconhecimento e, de certo modo, uma dimensão de consenso universal é exatamente a idéia de Estado

¹⁶ Ver HELD, David, Ob. Cit. p. 298, *in verbis*: “The idea of democracy is important because it does not just represent one value among many, such as liberty, equality or justice, but it is the value that can link and mediate among competing prescriptive concerns. It is a guiding orientation that can help generate a basis for specifying relations between different normative concerns”.

¹⁷ No original: “Democracy does not presuppose agreement on diverse values; rather, it suggests a way of relating values to each other and of leaving the resolution of value conflicts open to participants in a public process, subject only to certain provisions protecting the shape and form of the process itself. In this lie further elements of its appeal”. Em entrevista que nos foi concedida em 13 de setembro de 2004 pelo Juiz Antonio Fullea, do Tribunal de Grande Instância de Montpellier, um dos principais interlocutores com quem interagimos durante o semestre que passamos na França realizando pesquisas para elaboração do presente estudo, essa mesma idéia acerca do regime democrático foi suscitada nos seguintes termos: “Moi, je dis toujours qu’est-ce que c’est que la démocratie. C’est un état qui ne se propose pas à éliminer les conflits, mais un état qui permet le conflit – je crois au conflit ! – d’exprimer le conflit, et il faut que l’État mette en place des procédures qui leur permettent de s’exprimer.” (A íntegra da entrevista está transcrita no anexo ao presente trabalho).

de Direito¹⁸, que se traduz numa espécie de expressão jurídica da democracia liberal moderna, diretamente ligada à idéia de constitucionalismo, assumindo a feição de mecanismo de limitação do poder, em confronto com o “Estado absoluto” que se caracterizava pela concentração do poder nas mãos do Príncipe, de cuja vontade singular emanava toda a produção da norma jurídica. A nova ordem social que se estabelecia no continente europeu, e as idéias emancipatórias que proliferavam na cultura dessas sociedades – durante o chamado “Século das Luzes” – resultaram na instauração de uma renovada concepção de organização política, onde passou a prevalecer a idéia de legalidade¹⁹, com os consectários de segurança jurídica que lhe são inerentes, diretamente vinculadas à idéia de legitimidade²⁰ haurida mediante os mecanismos de representação política da vontade popular.

As características básicas do Estado de Direito, na sua versão democrático-liberal, podem ser resumidas, segundo José Afonso da Silva, em três itens:

“a) submissão ao *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 Legislativo, Executivo e Judiciário; c) enunciado e garantia dos direitos individuais.”²¹

¹⁸ Como nos lembra Jacques Chevalier, “o termo ‘Estado de Direito’ é a tradução literal da palavra *Rechtsstaat*, que se tornou de uso corrente na doutrina jurídica alemã na segunda metade do século XIX: os primeiros teóricos foram o liberal R. Von Mohl e o conservador F.J. Stahl; a doutrina veio a se afirmar no fim do século XIX, com os escritos dos ‘juristas do Império’, Gerber, Ihering, Laband e Jellinek, antes de ser desenvolvida na França por R. Carré de Malberg. O objetivo buscado era o de ‘enquadrar e de limitar o poder do Estado pelo direito’”. (tradução livre de: CHEVALIER, Jacques. *L’État de droit*. Paris, Montcherstien, 3ª ed., 1999, p. 11).

¹⁹ “A existência deste conjunto de regras que se impõe às autoridades públicas dá corpo à noção de *Estado de Direito*; isto significa o Estado submetido ao Direito. A tradução técnica de Estado de Direito realiza-se no que os juristas denominam o *princípio da legalidade*. Esse princípio, que traduz inicialmente ‘conforme a lei’, deve ser compreendido do modo mais geral: ‘conforme o direito’. Isto significa que a autoridade pública deve agir em consonância com o direito, caracterizando-se pelo respeito estrito ao que define as suas atribuições, as regras de direito postas pelas autoridades que lhe são superiores, mas igualmente as regras que elas têm colocadas a elas mesmas. É um princípio capital: ele remete a um verdadeiro direito de cidadão: seu direito a que o Poder Público, a administração, respeite o direito”. (SOULIERS, Gerard. *Nos droits face à l’État*. Paris, Seuil, 1981. *Apud*: VIEIRA, José Ribas. *Estado de Direito e o acesso à Justiça: uma contribuição para o debate dos Direitos Humanos no Brasil*. In: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro. *Direitos Humanos – Um debate necessário*. São Paulo, Brasiliense, Vol. 2, 1989, p. 139.)

²⁰ Nas palavras de Jacques Chevalier, “*L’État de droit apparaît (...) comme indissociable d’un mode de légitimation ‘legal-rationnel’ (Max Weber), dans lequel l’autorité des gouvernants et plus généralement de l’ensemble des organes de l’État, est fondée sur un statut légal*” (CHEVALIER, Jacques. *Ob. Cit.*, p. 68).

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 24ª ed., 2005, p. 112. Norberto Bobbio, no verbete sobre “Estado Contemporâneo” constante do Dicionário de Política editado pela UnB, anota que “A estrutura do Estado de direito pode ser, assim, sistematizada como: 1) estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes; 2) estrutura

No contexto específico da América Latina, tal como ensina o Prof. José Ribas Vieira, o Estado de Direito originariamente veio no bojo do movimento liberal que coincidiu com a fundação da maioria dos Estados nacionais do continente. Há, segundo o mesmo autor, uma diferença fundamental entre países da América Latina e da Europa no tocante ao Estado de Direito, pois em algumas sociedades européias o Estado de Direito “transforma-se na própria consciência dos seus cidadãos”, enquanto que na América Latina “o Estado de Direito assume característica meramente formal e imposta de cima pelo poder político”.²²

O Estado de Direito, na sua versão liberal clássica, representou importante conquista na trajetória das instituições políticas da humanidade. Mas revelou-se insuficiente para assegurar o pleno atendimento dos novos anseios pela melhoria das condições de vida da população, em sua luta pela efetivação de padrões qualitativos de bem estar social geral.

Sob o impacto da chamada “questão social”²³, o Estado de Direito se distancia dos rígidos postulados absenteístas liberais e toma uma conotação intervencionista, assumindo o financiamento e administração de programas de seguro social, tudo isso sem jamais renunciar ao primado do Direito. Passa, assim, a receber um acréscimo em sua adjetivação, transformando-se em Estado Social de Direito, com o propósito de conciliar, num mesmo sistema, os elementos do modo de produção capitalista com o objetivo de assegurar o alcance de patamares mais elevados de bem estar social²⁴. Aqui também, em princípio, não se vislumbra

material do sistema jurídico: liberdade de concorrência no mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade; 3) estrutura social do sistema jurídico: a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora; 4) estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição do poder”.

²² Tal reflexão, segundo o mesmo autor, “é um passo importante para avaliar as estratégias de efetivar o Estado de Direito na América Latina como garantia dos Direitos do Homem” e não pode ser desconsiderada na análise acerca do processo de consolidação democrática, com suas marchas e contra-marchas, que vem se verificando nas últimas duas décadas em nosso continente. (Cf. VIEIRA, José Ribas. *Estado de Direito e o acesso à Justiça: uma contribuição para o debate dos Direitos Humanos no Brasil*. In: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro. “Direitos Humanos – Um debate necessário”. São Paulo, Brasiliense, Vol. 2, 1989, p. 140.)

²³ A chamada “questão social” configurou-se em razão do grave quadro de aviltamento da situação social e econômica das classes trabalhadoras, em especial no período que se sucedeu à Revolução Industrial. Essas classes se insurgiram contra o tratamento desumano a que estavam sendo submetidas e organizaram-se em movimentos de pressão social e política com o objetivo de conquistar a adoção de normas destinadas à proteção jurídica dos interesses dos trabalhadores. Tais normas tinham por destinatários tanto os empregadores quanto o próprio poder público.

²⁴ Segundo ensinamento de Paulo Bonavides, numa obra escrita originariamente já há quase meio século, e que é considerada clássica na literatura nacional a respeito desse tema, “quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da

uma incompatibilidade com a dimensão “democrática” que se via presente nas origens do Estado de Direito. Pelo contrário, a ampliação e efetivação de direitos civis e políticos para o âmbito dos direitos sociais e econômicos acabaram por contribuir, na maioria dos casos, para a consolidação e o avanço das instituições democráticas²⁵.

Entretanto também a expressão Estado Social de Direito não se revelou hábil a traduzir todas as aspirações mais dinâmicas e participativas das diversas sociedades, surgindo na segunda metade do século XX uma nova adjetivação que se espalhou pelos textos constitucionais de diversos países: a noção de “Estado Democrático de Direito”.²⁶

Se no Estado de Direito clássico, havia um evidente protagonismo do Poder Legislativo, que assegurava o primado da lei, concebida como produto da autonomia da vontade dos indivíduos que dispunham sobre as questões de interesse coletivo através de seus representantes eleitos para o Parlamento, no Estado Social de Direito esse protagonismo passou a ser exercido pelo Poder Executivo. Isto porque as ações de governo eram o instrumento primordial de realização concreta dos anseios de justiça social e igualdade material, assegurando condições de bem estar efetivo para a maioria da população.

No atual estágio do Estado Democrático de Direito, percebe-se que ocorre uma espécie de deslocamento das atenções para o Poder Judiciário, em torno do qual passa a gravitar a eficácia de importantes decisões politicamente relevantes, ocorrendo o fenômeno da “judicialização” da política e das relações sociais. O

previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social”. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 208).

²⁵ José Afonso da Silva, entretanto, ressalta a ambigüidade e insuficiência da concepção do Estado Social de Direito, na medida em que a palavra social comporta várias interpretações. Cita, como exemplo, o fato de que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Inglaterra de Churchill, a França, com a Quarta República e até o Brasil da era Vargas se intitulavam “Estados Sociais”. (cf. Ob. Cit. p. 116).

²⁶ A Constituição de 1988, sob inequívoca influência, sobretudo, da Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição Espanhola de 1978, adota expressamente essa noção de “Estado Democrático de Direito” para definir o formato de organização jurídico-política da República Brasileira (Cf. Art. 1º, da CF de 1988).

processo judicial, como nos lembra Guerra Filho²⁷ torna-se um instrumento privilegiado de “participação política e de exercício permanente da cidadania”. A concepção do princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, difere um pouco daquele clássico ponto de vista do Estado de Direito liberal: a lei não pode ser vista apenas num enfoque estático, de regramento e disciplina destinado a manter o *status quo*. Ela deve exercer também uma função transformadora, influenciando na realidade social.

O Estado de Direito apesar de todas as mutações que vem sofrendo em sua trajetória histórica, tem conservado como característica básica a observância do princípio da legalidade, e a supremacia da lei, como garantia máxima de segurança jurídica para todos os cidadãos. Num regime político que se pretenda democrático o processo de produção do Direito, ou seja, de elaboração e aprovação das normas jurídicas, deve cumprir certos requisitos que permitam reconhecer no produto final a expressão concreta da vontade do povo. Paralelamente, o Estado de Direito moderno gerado no seio das sociedades capitalistas ocidentais apresenta uma peculiaridade que o distingue das demais formas de organização política pretéritas, qual seja, a estruturação de um corpo de agentes e de instituições especificamente vinculados à tarefa da aplicação da lei. Consoante ensinam Eliane Junqueira e José Augusto Rodrigues,

“Esta configuração do Jurídico, enquanto instância estatal, deriva da separação própria ao Estado moderno entre o público e o privado, onde cabe ao Estado o monopólio do uso da força – isto é da coação – ao mesmo tempo em que legitima o seu uso ao norteá-lo, exclusivamente, por um corpo de normas dotadas de generalidade, objetividade e coerência, produzidas, supostamente, pela própria sociedade. Portanto, o Estado moderno retira a sua legitimidade do fato de apresentar-se à sociedade como uma instituição arbitral e neutra que garante e aplica de forma racional um determinado quadro legal. Dessa forma, o aparelho judicial, parte integrante do Estado, deve – para que possa produzir efeitos de legitimação do Estado em seu conjunto – recriar recorrentemente através de seu discurso e da prática, a sua separação e autonomia em relação à sociedade e ao Estado.”²⁸

De nada adiantará assegurar a observância do processo democrático na fase de produção do Direito se as autoridades encarregadas de interpretá-lo e de

²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ética e Democracia na Administração da Justiça*. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, EMERJ, Vol. 4, nº 14, pp. 153-161.

²⁸ JUNQUEIRA, Eliane Botelho & RODRIGUES, José Augusto de Souza. *A volta do paraíso: cidadania e violência*. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos Humanos – Um debate necessário**. São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 122.

executá-lo não estiverem comprometidas com a realização da vontade popular, presumidamente latente no preceito estabelecido pela norma jurídica, e sem as necessárias garantias de possibilidade real de acionamento do aparelho judiciário²⁹.

Com efeito, além da observância do princípio da legalidade e da supremacia da Lei, o Estado de Direito tanto na sua versão clássica, de cunho liberal, como na versão social, caracteriza-se pela divisão de poderes entre as autoridades públicas, segundo as funções típicas decorrentes da soberania estatal quais sejam: a Legislativa, a Executiva e a Judiciária. Historicamente, como já mencionado acima, tomando por base a trajetória do Estado de Direito no mundo ocidental, e paralelamente ao avanço das conquistas democráticas das garantias e direitos da cidadania, o papel predominante na concretização dos atributos inerentes ao regime democrático coube inicialmente desempenhado pelo Poder Legislativo. O Judiciário era concebido como um Poder estático, neutro, cuja atuação deveria primar pela descrição e distanciamento do calor dos embates entre as partes que lhe batiam às portas, limitando-se tão somente a uma interpretação literal e técnica da norma jurídica. Seu âmbito de interferência resumia-se quase que exclusivamente aos litígios privados de caráter individual, de aplicação dos princípios clássicos da quase irrestrita autonomia da vontade contratual e da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Nesse contexto, era praticamente nula a problemática do acesso dos mais pobres à justiça, pois ao Estado cabia apenas garantir a titularidade formal dos direitos.

Mais adiante, verificando-se que a mera produção de normas legislativas não se revelava suficiente para atender aos novos reclamos que se incorporavam à noção de cidadania, de superação dos postulados de igualdade e de justiça

²⁹A propósito dessa estreita vinculação entre Estado de Direito e garantia de acesso à Justiça, transcrevemos abaixo o que ensina Hélène Destrem, por sua vez embasada na lição de Duguít: “Comme l’écrivait Duguít, pour reconnaître un État de droit, il ne suffit pas d’y constater la consécration du principe de légalité, mais il faut encore ‘qu’il y ait des juridictions fortement organisées, composées d’hommes compétents et absolument indépendants du pouvoir politique, il faut que des décisions prises par les juridictions soient reconnues comme s’imposant également au respect des gouvernants et des gouvernés (...) Il faut en un mot que tous reconnaissent que l’État lui-même est lié par les décisions de ses tribunaux’. A quoi l’on pourrait ajouter : il faut enfin que l’instrument de l’aide juridictionnelle garantisse à tous l’accès effectif à ces tribunaux, car c’est la condition pour que les décisions de ces derniers adviennent, pour le bénéfice de tous les sujets de droit ». (Cf. DESTREM, Hélène. *La veuve, l’orphelin et l’aide juridictionnelle : de la gratuité du service public au service public de la gratuité*. In : KOUBI, Geneviève ; GUGLIELMI, Gilles J. *La gratuité, une question de droit ?*. Paris, L’Harmattan, 2003, p. 120).

meramente formal, para o alcance de estágios de melhoria na qualidade de vida, com a repartição de modo equânime da riqueza social, o protagonismo passou a ser exercido pelo Poder Executivo. Do “governo” se esperava que tomasse medidas concretas mediante programas e serviços bem estruturados, capazes de assegurar condições suficientes de qualidade de vida, especialmente no campo da saúde, educação e previdência social. Tal fase, que se caracteriza pela implantação de uma nova configuração do Estado de Direito, o chamado Estado Social de Direito que, no período posterior à II Guerra Mundial passou a ser designado de Estado do Bem Estar Social (do inglês *Welfare State*), ou Estado Providência (do francês *État Providence*), representa um significativo avanço na cultura política democrática³⁰, que certamente agregou uma dimensão substancial irrenunciável ao conceito contemporâneo de democracia.

Como já assinalamos acima, na trajetória de mutações sofridas pelo Estado de Direito, um novo quadro se desenhou nas décadas finais do século XX, com o aparecimento de uma outra expressão da organização política estatal agora denominada de Estado Democrático de Direito. Nesse horizonte, é que um papel de destaque passou a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, o que ocorreu simultaneamente com a eclosão de um movimento que teve amplo alcance internacional, de luta pela efetividade do “acesso à Justiça”.³¹ Assim, tem início uma nova demanda de intervenção do poder jurisdicional do Estado para complementar e adaptar os comandos normativos emanados do Poder Legislativo. É que em razão do dinamismo dos processos sociais e econômicos em função do qual o Estado devia agir, as normas jurídicas assumiram feições mais indefinidas,

³⁰ Tal assertiva não tem caráter inexorável, pois “se a rota afirmativa da igualdade, tal como sugerida por Marshall em sua análise sobre a formação da cidadania moderna, isto é, como resultado de uma progressão linear dos direitos – primeiro os civis, depois os políticos e, finalmente, os sociais –, descreve acertadamente o caminho percorrido em direção ao *Welfare State*, não confere, segundo a crítica de Habermas, fundamento ao tema da democracia. Pois, tanto os direitos à liberdade negativa – os direitos civis do primeiro momento da progressão de Marshall – como os de participação social ‘podem ser concedidos de forma paternalística’, uma vez que, ‘em princípio, o Estado de direito e o Estado social são possíveis sem que haja democracia’” (VIANNA, Luiz Werneck et alii. (Org.) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999, p.19).

³¹ Esse movimento mundial de “acesso à Justiça” foi objeto de estudo aprofundado no denominado “Projeto Florença”, durante os anos setenta do século XX, de que resultou, dentre outras, as seguintes obras: CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON, Earl. *Toward equal Justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milan, Giuffrè Editore, 1975, e CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Access to Justice and the Welfare State*. Anphen aan den Rijn, Sijthoff, 1981. No Brasil temos o livro “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,

ou indeterminadas, de cunho programático – ao invés de meramente dispositivo – exigindo um trabalho de interpretação de caráter mais construtivo e valorativo.

Nesse novo contexto, se intensificam e aprimoram-se algumas iniciativas por parte dos organismos estatais para ampliar o efetivo acesso dos mais carentes à prestação jurisdicional, aprofundando-se as medidas e políticas sociais que já vinham sendo adotadas nesse sentido dentro das diretrizes inerentes ao Estado do Bem-Estar Social, notadamente nos serviços de assistência judiciária gratuita. Esta é a fase que ficou conhecida como “primeira onda” do movimento mundial de acesso à Justiça, de acordo com a sistematização apresentada nos célebres estudos coordenados pelo jurista italiano Mauro Cappelletti.

Não se pode olvidar que na transformação da idéia de Estado de Direito para a nova realidade do Estado Social de Direito, mais tarde reconfigurado na acepção do Estado do Bem-Estar Social, teve importância decisiva a ‘inclusão’ efetiva das massas populares no cenário político através do sufrágio universal. Essa inclusão no *status* de cidadania efetiva impunha – e impõe! – a possibilidade de efetivo acesso à Justiça não meramente retórico ou formal, mas sim materialmente eficaz. A possibilidade de participação no processo de criação do Direito através da representação política no processo legislativo enquanto se fica afastado de sua aplicação por estar privado de representação judicial no procedimento jurisdicional representaria um inaceitável paradoxo³². Há, pois, um nexó indissociável entre a noção de cidadania e o tema do acesso à Justiça, o que será objeto de análise mais aprofundada na próxima seção deste capítulo.

publicado por Sergio Antonio Fabris Editor, em 1988, que apresenta uma síntese das idéias discutidas no referido “Projeto Florença”.

³² Em entrevista que nos foi concedida em 27 de fevereiro de 2004 pelo Juiz Earl Johnson Jr., do Tribunal de Apelação da Califórnia, que é conhecido mundialmente por ter sido um dos principais colaboradores de Mauro Cappelletti na execução da pesquisa sobre o Movimento Mundial de Acesso à Justiça (“Projeto Florença”), questionado sobre a contumácia dos Estados Unidos na recusa em reconhecer como efetivo direito dos cidadãos o de exigir do poder público a garantia da assistência judiciária em causas cíveis, o referido jurista trouxe à tona dentre seus argumentos exatamente essa vinculação entre o direito de acesso à Justiça e a efetividade do exercício dos direitos políticos: *“I have been writing that due process and equal protection of the law in the United States are constitutional principles that should require a constitutional right to counsel in civil cases. I’ve been arguing that for 35 years. No, you can not, for a number of reasons - constitutional reasons and political theory - you can not (have a true Democratic State of Law without government-provided lawyer/public defenders to represent poor people). It’s essential to a democratic society. Otherwise for people who can’t afford lawyers the right to vote is almost irrelevant because voting gets you some favorable legislation you can’t enforce it. The rights you have can’t be enforced. You are just wasting your vote. (...) Plus, I think it’s just as essential because that’s how you enforce the law that you voted to pass. But in so many other ways it’s –*

Nos últimos tempos, a fronteira entre a política e o direito vem se tornando cada vez menos nítida. Os mais recentes processos de expansão do princípio democrático, com a positivação de um espectro cada vez mais amplo de direitos fundamentais, vêm acarretando intensa institucionalização do direito na vida social e política, com a conseqüente redefinição das relações entre os Poderes, passando o Judiciário a assumir um protagonismo irrefutável.

“Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como no caso de países que admitem o controle abstrato de normas –, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando para trás as antigas fronteiras que separavam *o tempo passado*, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo”.³³

Esse fenômeno da judicialização da política e das relações sociais também se faz presente no cenário latino-americano, em que a maioria das sociedades do continente passou por processos de democratização recente. No confronto com as “antigas democracias”, algumas semelhanças se fazem notar, mas a ausência de alguns atributos relevantes revelam sua “incompletude”³⁴. No entanto, parece inequívoco que todas essas sociedades buscam alcançar o estágio de “consolidação democrática”³⁵. Embora esse seja um tema bastante polêmico – ao

how you can say – somebody has due process of law can't defend themselves and have no chance of winning.” (A íntegra da entrevista encontra-se no anexo deste trabalho).

³³ VIANNA, Luiz Werneck et alii. (Org.) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999, p. 22-23. Sobre esse “novo” papel do Judiciário, cabem referências a três importantes obras: o livro *“O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas”*, de Antoine Garapon (Rio de Janeiro, Revan, 1999), o livro *“Juizes Legisladores?”*, de Mauro Cappelletti (Porto Alegre, Sergio Fabris, 1993), e também o livro *“Laws Empire”*, de Ronald Dworkin (Cambridge, Harvard University Press, 1986). Igualmente importante, numa perspectiva comparatista entre os Estados Unidos e a França, cabe mencionar o livro *“Juger em Amérique et em France”*, de Antoine Garapon e Ionannis Papadopoulos (Paris, Odile Jacob, 2003).

³⁴ Ver O'DONNELL, Guillermo. *Uma outra institucionalização: América Latina e alhures*. **Lua Nova**. 1996, n° 37, p. 5-31. Em outro trabalho um pouco mais recente, esse mesmo autor retoma essa idéia da imprescindibilidade de certas instituições para o funcionamento do regime democrático: ver O'DONNELL, Guillermo. *Teoria Democrática e Política Comparada*. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. 1999, Vol. 42, n° 4, pp. 577-654.

³⁵ A definição do que se deva entender por “consolidação democrática”, como não poderia deixar de ser, é questão muito polêmica na teoria da democracia. O'Donnell reproduz o conceito de Juan Linz que a considera como a “situação em que nenhum dos atores políticos, partidos ou interesses organizados, forças ou instituições de peso supõe que há uma alternativa ao processo democrático para chegar ao poder e... [em que] nenhum grupo ou instituição pleiteia o direito de vetar a ação de governantes democraticamente eleitos.... Dizendo isso de forma mais simples, é preciso que a

qual Guillermo O'Donnel dedica todo seu artigo referenciado na nota anterior – parece-nos que um importante indicador que contribui inequivocamente para o alcance de um estágio de efetiva consolidação democrática é exatamente a presença de instituições sedimentadas e plenamente atuantes, capazes de garantir e preservar os direitos fundamentais de caráter civil, político e social. Para alcançarem efetividade – no caso das populações mais pobres – dependem de que sejam assegurados pelo Estado os mecanismos apropriados que viabilizem o acesso à Justiça quando houver lesão ou ameaça de lesão a tais direitos, constitucionalmente assegurados.

Portanto, diante dessa nova configuração dos papéis desempenhados pelos Poderes estatais – notadamente o protagonismo assumido pelo Judiciário – resulta uma repercussão direta no grau de qualificação dos regimes democráticos. A questão da possibilidade de acesso efetivo aos tribunais torna-se um diferencial importante para a caracterização de uma verdadeira democracia, devidamente consolidada. No caso das sociedades latino-americanas isto se torna ainda mais eloquente. Certamente haveria um considerável incremento no patamar de democratização nessas sociedades se o Poder Judiciário e os sistemas paralelos essenciais à administração da Justiça atingissem níveis de eficiência e funcionalidade mais elevados, de modo que a aplicação da lei não fosse apenas um privilégio dos integrantes dos estratos sociais mais bem aquinhoados economicamente.

Os processos de reforma e modernização do Judiciário revelam-se de importância crucial para o avanço das instituições democráticas. Todavia, parece-nos que um aspecto primordial desse processo de reforma tem sido ostensivamente negligenciado³⁶, fato que se revela ainda mais grave no plano latino-americano em geral e brasileiro em particular: a necessidade do aprimoramento e aparelhamento das instituições estatais encarregadas de prestar o

democracia seja considerada como *'the only game in town'*”.(Cf. O'DONNEL, Guillermo. *Uma outra institucionalização: América Latina e alhures*. **Lua Nova**. 1996, nº 37, p. 5-31).

³⁶ Como registra Jorge Correa Sutil, lamentavelmente, os pobres não tem sido considerados atores relevantes nesses processos de reformas do Judiciário ocorridos recentemente na América Latina. Em muitos casos, elas estão mais voltadas para a abertura do mercado do que para qualquer outro fator. Elas não estão sendo provocadas pelos grupos não-privilegiados e não tem esses grupos como alvos. Resta apenas a esperança de que alguns efeitos colaterais menos importantes possam beneficiar os grupos não-privilegiados. (SUTIL, Jorge Correa. *Reformas Judiciárias na América Latina: boas notícias para os não privilegiados* In: MÉNDEZ, Juan; O'DONNEL, Guillermo;

serviço de assistência jurídica e judiciária aos mais pobres, que são a maioria da população do continente³⁷. Uma atenção especial deve ser dada aos setores mais marginalizados dessas sociedades: as mulheres, as crianças, os presidiários, os povos indígenas, os negros, os sem-terra e os sem-teto, que enfrentam barreiras quase intransponíveis para acessar a Justiça.

As importantes medidas que vêm sendo tomadas ultimamente no Brasil, com vistas à reformulação do Judiciário, com a criação dos Juizados Especiais (para causas de menor complexidade), de simplificação e reforma das leis processuais e de democratização da justiça, não serão suficientes nem adequadas para viabilizar a efetiva aproximação das classes mais pobres à Justiça, enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo³⁸ não compreenderem a necessidade urgente de se implementar medidas e ações para tornar efetiva a norma constitucional que impõe ao poder público a obrigação de prestar “assistência jurídica integral e gratuita” aos necessitados. E, para cumprir esse preceito, torna-se imprescindível 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 dos que integram a sociedade brasileira. É realmente incrível como o Brasil pode alcançar um avançado estágio em termos de sofisticação da legislação processual civil, considerada das mais modernas do mundo – tendo sido expressivas as conquistas no que se refere à efetivação de medidas relacionadas às chamadas “segunda” e “terceira onda” do acesso à Justiça de que nos fala Mauro Cappelletti – sem que a intervenção estatal para garantir a eficácia na assistência judiciária tivesse sido plenamente cumprida.

É fundamental a mobilização da sociedade “para defesa de seus interesses

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, Violência e Injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina**. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p. 294).

³⁷ Na verdade esse não é um problema exclusivo das nossas sociedades periféricas. Como afirma Canotilho, nas sociedades contemporâneas que se auto-proclamam como Estado de Direito, o “direito de acesso ao direito” consiste num bem “escandalosamente distribuído de forma desigualitária”. (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*, p. 69)

³⁸ Um passo importante foi dado recentemente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, em que foi estabelecida a autonomia financeira das Defensorias Públicas estaduais. Mas ainda há muito o que fazer, não apenas no âmbito normativo legal e constitucional (por exemplo, a autonomia financeira da Defensoria Pública da União) e também no âmbito da destinação de dotações orçamentárias com o respectivo repasse dos recursos financeiros em patamares suficientes para a plena implementação e funcionamento dos serviços de assistência jurídica prestado pelas Defensorias Públicas.

e seus direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares”³⁹. Não se pode abdicar de nenhum desses recursos e instrumentos que a Constituição oferece para alcançarmos o estágio de uma verdadeira democracia, onde a cidadania plena seja uma realidade. Uma verdadeira democracia, segundo a lição de Aléxis de Tocqueville, tem como pressuposto elementar um estágio de “igualdade de condições” entre os cidadãos. Essa idéia conduz de modo incisivo ao reconhecimento da importância da “igualdade de armas” entre as partes litigantes num processo judicial, igualdade essa que deve ser garantida pelo poder público.

Nos últimos tempos, verifica-se um significativo aumento do interesse de muitos acadêmicos vinculados às denominadas ciências sociais e jurídicas pela questão do acesso à Justiça. A tendência tem sido de conceberem-se soluções e proposições que equacionam problemas conjunturais de funcionamento do Judiciário e aprimoramento dos instrumentos processuais, ligados a interesses difusos e coletivos. Esse enfoque muitas vezes negligencia um aspecto fundamental que é o de assegurar a defesa dos interesses individuais, inclusive aqueles de ordem patrimonial, escondendo – talvez sem a devida consciência – uma ofensa ao princípio da isonomia e ao princípio da autonomia, fundamental para o exercício da cidadania ativa.

Os integrantes dos estratos sociais de maior poder aquisitivo têm sempre à sua disposição as “armas” que lhes pareçam mais convenientes para lutar por seus direitos. Já os que pertencem às camadas menos favorecidas na distribuição da riqueza social ficam privados de tais prerrogativas e somente têm recebido uma certa atenção enquanto inseridos num contexto de alguma coletividade (consumidor, sem-terra, favelado, etc.), notadamente pela importante valorização do papel do Ministério Público, após a Constituição de 1988, que passou a atuar mais intensamente na defesa dos interesses coletivos e difusos, fora da área criminal tradicional⁴⁰. Mas, como enfatizado acima, isso não basta: no que tange

³⁹VIANNA, Luiz Werneck et alii. (Org.) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999, p 43.

⁴⁰ Sobre o novo papel do Ministério Público no Brasil, existem inúmeros trabalhos publicados, de pesquisas coordenadas pela Prof. Maria Tereza Sadek, da Universidade de São Paulo. Dentre essas obras podemos citar: SADEK, Maria Tereza (Org.). *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo, Sumaré/Idesp, 1997; SADEK, Maria Tereza (Org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. São

aos seus interesses individuais, os pobres são tratados como cidadãos de “segunda-classe”, visto que os serviços públicos de assistência jurídica são, na maioria das cidades brasileiras, extremamente precários ou até inexistentes. Sem Defensoria Pública, ficam – de fato – impossibilitados de “bater às portas” do Judiciário para reclamar seus direitos, especialmente aqueles de caráter individual e patrimonial. Inúmeras situações do cotidiano poderiam ser citadas como exemplo: defender-se contra um credor que lhe cobra uma dívida não devida, contra seu locador que quer despejá-lo injustamente, contra o ex-marido que não paga a pensão alimentícia, regularizar a situação do apartamento popular que herdou de seus pais, realizando o competente inventário, etc. Em nenhuma dessas situações o Ministério Público tem legitimidade para atuar, sendo imprescindível a representação por um Advogado ou um Defensor Público.

Também se ressentem os mais pobres da proteção de certos direitos ditos sociais de caráter difuso ou coletivo como saúde, educação, moradia, transportes, etc, que em muitos casos não são suficientemente resguardados apenas com a atuação do Ministério Público: freqüentemente dependem – para sua efetivação no caso concreto – do ajuizamento de ações individuais o que ocorrerá, por exemplo, exigindo-se do SUS o fornecimento de medicamentos necessários para sua sobrevivência; garantindo judicialmente a oferta de vagas na escola pública para seus filhos e outras medidas que somente poderão ser efetivadas através de advogado particular ou do Defensor Público regularmente admitido pelo Estado para o desempenho dessa função essencial à Justiça, como preconiza o Art. 134, da Constituição Federal.

As considerações até aqui desenvolvidas procuraram evidenciar que a consolidação do Estado Democrático de Direito, depende inexoravelmente do equacionamento desses graves problemas enfrentados pela grande maioria da população brasileira, relacionados ao (in)acesso à Justiça. A superação desse quadro depende, em grande medida, da mobilização da sociedade civil nacional, no sentido de um maior engajamento na conquista de uma cidadania plena, que somente será alcançada com a plena efetivação dos direitos fundamentais. Sendo

Paulo, Sumaré/Idesp, 2000. Também cabe mencionar, dentre outras, as teses de doutoramento apresentadas ao Departamento de Ciência Política da USP por Fábio Kerche (ano 2002) e Rogério Bastos Arantes (2000), versando sobre esse mesmo assunto.

assim, revela-se oportuna uma reflexão sobre outro importante aspecto a ser destacado como referencial teórico para o presente estudo que é justamente a possibilidade de se vislumbrar um certo paralelismo entre o processo de luta pela conquista da cidadania e a trajetória histórica do reconhecimento do direito de acesso à Justiça, como meio para garantir a efetividade dos direitos humanos.

2.2.

A luta pela Cidadania, o Movimento Mundial de Acesso à Justiça e a Efetividade dos Direitos Fundamentais

A noção primitiva de cidadania, nos remete à antiguidade clássica greco-romana – mais precisamente à modalidade de organização política que é conhecida como Cidades-Estado – em que todos os homens considerados livres eram chamados a participar diretamente do processo decisório e de gestão dessas sociedades, mediante votação de leis e exercício de funções públicas, especialmente a judiciária⁴¹. Assim, podemos dizer que nos primórdios das organizações jurisdicionais de nossas sociedades ocidentais, o acesso à Justiça era uma prerrogativa comum a todos os homens, que ostentavam o *status* de cidadãos, os quais detinham o poder de postulação e de defesa de seus próprios interesses nos mesmos foros onde exerciam o poder de julgar e de deliberar sobre as questões de interesse da comunidade. Cabia também aos que ostentavam a qualidade de cidadãos a defesa dos interesses dos outros indivíduos que lhes eram vinculados, sejam os seus familiares ou seus servos⁴². Essa noção primitiva

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Nova Cidadania*. **Lua Nova**. Nº 28/29. São Paulo, CEDEC, 1993, p. 85-86. Conforme nos lembra o mesmo autor, o conceito de homens livres era bastante restrito, excluindo-se não apenas os escravos, mas também as mulheres, os estrangeiros, os artesãos e comerciantes, porque – segundo argumento usado por Aristóteles – não teriam tempo suficiente para se dedicar aos negócios públicos.

⁴² Essa forma de dependência e vinculação jurídica se denominava de “patronato” na Roma antiga, em que os *pater familiae* membros da classe dos “patricios” tinham o encargo de proteção e defesa dos “clientes”. Isso é o que nos ensina Cappelletti, que diz que sob o sistema da “clientela” “*the weak and impoverished attached themselves to a powerful man, a patronus, and in return for certain services and political support the patron assisted them in many of their difficulties, notably in litigation*”. (Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON, Earl. Ob. Cit., p. 8). Com o crescimento da população, a complexidade da vida social e a multiplicação dos preceitos jurídicos, ocorreu um processo de especialização e profissionalização que resultou no surgimento da advocacia como atividade “profissional” própria, sujeita inclusive a regulamentação legal.

clássica de cidadania não subsistiu à derrocada do sistema jurídico-político greco-romano.

No período medieval o grau de participação dos indivíduos na vida pública decorria diretamente do respectivo *status* social que, como ensina o sociólogo inglês Thomas Humphrey Marshall, “também determinava que espécie de justiça ele podia esperar e onde poderia obtê-la”⁴³. A partir do século XI, na península Itálica, ressurgiu uma certa noção de cidadania similar à que vigorou na Antiguidade Clássica, mesmo assim reservada a uma minoria de integrantes da nascente classe burguesa⁴⁴. Entretanto, com o surgimento dos Estados Nacionais europeus e a unificação do poder político em torno do monarca, investido de poderes absolutos, não havia mais lugar para a idéia de cidadania entendida no sentido do direito de participar das deliberações políticas. Nesse contexto, os indivíduos eram considerados todos igualmente súditos e não cidadãos, ainda que subsistissem – chegando mesmo a se aprofundar ainda mais – as desigualdades de *status* social que interferiam diretamente na extensão dos direitos e prerrogativas que podiam ser invocados perante as instâncias judiciais.

As Grandes Revoluções Liberais que agitaram o panorama sócio-político europeu nos séculos XVII e XVIII, sob a influência das idéias iluministas de cunho jusnaturalista que pregavam a igualdade entre todos os seres humanos e afirmavam que a liberdade era um princípio intangível que deveria ser respeitado pelo Estado, trouxeram novos horizontes para a redefinição do conceito de cidadania. Um marco importante nessa trajetória foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Francesa em 27 de agosto de 1789. Surge daí a nítida distinção entre as categorias de “direitos civis”, atribuíveis a todos os seres humanos, de qualquer raça ou nação, independentemente de seu *status* social ou credo religioso, e os chamados “direitos políticos”, atribuíveis apenas aos cidadãos, que seriam aquelas pessoas a quem se reconhecia a possibilidade de participar da vida política de um determinado Estado. Em razão dessa distinção, o próprio conceito de cidadania

⁴³ MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967, p. 64.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ob. Cit., p. 87-88. Segundo explica o autor, “o grupo dos que tinham direitos políticos era composto por uma minoria burguesa (isto é, etimologicamente, dos habitantes dos burgos, tornados independentes dos domínios feudais), sob a qual labutava toda uma população de servos e trabalhadores manuais, destituídos de cidadania”.

poderia ser desdobrado em duas dimensões, uma de caráter universal e outra de caráter nacional⁴⁵.

Essa noção de cidadania vinculada exclusivamente à dimensão do exercício dos direitos de ordem política no âmbito de uma determinada sociedade nacional deitou raízes profundas na configuração do pensamento jurídico-político moderno e contemporâneo⁴⁶. Todavia isso não impediu o surgimento de uma concepção mais ampla da noção de cidadania, abrangendo não apenas o direito igualitário de participação na vida política, mas também um conceito lato que corresponde à idéia de que todos sejam admitidos como “membros integrais de uma comunidade”.⁴⁷ Assim, de acordo com o ensinamento do já referido sociólogo inglês Thomas Humphrey Marshall, no famoso texto que se tornou referência para os estudos dessa matéria⁴⁸, o conceito de cidadania deveria ser compreendido como integrado por três elementos: civil, político e social. O elemento civil seria composto dos “direitos necessários à liberdade individual” abrangendo o direito de ir e vir, liberdade religiosa, liberdade de pensamento, direito de propriedade, direito de celebrar contratos e o direito à justiça. A respeito desse último, esclarece o autor que:

“(…) o direito à justiça (...) difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça.”⁴⁹

⁴⁵ Essa idéia é apresentada por Fábio Comparato que ensina: “Todo homem é, doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade; mas somente os nacionais são titulares de direitos políticos. (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ob. Cit. p. 89).

⁴⁶ Um sinal eloqüente dessa assertiva é o fato de que no âmbito específico do direito constitucional brasileiro, a idéia de cidadania ainda está circunscrita ao exercício dos direitos e obrigações vinculados à participação na vida política. Assim, como ensina José Afonso da Silva, “cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências” (SILVA, José Afonso. Ob. Cit. p. 346).

⁴⁷ MARSHALL, T. H. Ob. Cit., p. 76. Neste livro editado no Brasil, acha-se publicado, no capítulo III, o conteúdo das célebres conferências proferidas pelo autor em Cambridge, no ano de 1949, sobre o tema “Cidadania e Classe Social”.

⁴⁸ Vale notar, porém, que o texto de Marshall recebeu e ainda recebe fortes críticas que apontam para seu caráter de certo modo reducionista, que traduziria a expressão de um evolucionismo histórico ingênuo. Segundo Jean Leca, “*l’analyse de Marshall ignore les ruptures qui ont marqué le passage des monarchies oligarchiques aux communautés politiques modernes et les tendances contradictoires qui opposent les dynamiques des appartenances politiques, religieuses, ethniques et de classe, ce dont témoignent aussi bien les révolutions française, soviétique et nationalistes que les tensions religieuses et ethniques qui traversent la grande majorité des États contemporains.*” (Cf. o verbete « Citoyen », na obra *Dictionnaire Constitutionnel*, organizado por Olivier Duhamel e Yves Mény, publicado em Paris, no ano de 1992, pela PUF).

⁴⁹ MARSHALL, T. H. Ob. Cit., p. 63.

Prosseguindo na explicitação dos elementos que integram a noção de cidadania nos tempos contemporâneos, Marshall ensina que a dimensão política consiste exatamente na idéia já consagrada correspondente ao direito de participação no exercício do poder político, mediante o exercício do direito de votar e ser votado para as funções governamentais, tanto a legislativa quanto a executiva. Finalmente, no que toca ao chamado elemento social, abrange o direito a um mínimo bem-estar econômico e segurança pessoal, e de participar da “herança social” desfrutando de um padrão de vida civilizado coerente com os padrões sócio-econômicos que prevalecem na sociedade. Não se pretende, como se infere do pensamento do autor, um igualitarismo radical, mas sim o respeito a parâmetros mínimos de igualdade sócio-econômica, necessários para que se possa configurar a noção plena de cidadania.

Essa concepção de cidadania de Marshall estava marcada decididamente pelo contexto histórico em que foi elaborada: em pleno período de culminância do regime do chamado *Welfare State* – ou Estado do Bem Estar Social – na Inglaterra. Isso significa afirmar que a análise de Marshall levou em conta especificamente a trajetória das instituições jurídico-políticas das sociedades industriais européias, em que a luta pela afirmação da cidadania nesse sentido mais amplo se verificou em três fases históricas sucessivas bem demarcadas. A conquista dos direitos civis, primeiro dos elementos integrantes do conceito de cidadania, segundo Marshall, se consolidou principalmente no século XVIII, embora alguns deles, como o direito de *Habeas Corpus* já tivessem sido garantidos em tempos pretéritos na Inglaterra. Essas conquistas dos direitos civis em última análise foram decisivas para a configuração da chamada *Rule of Law* própria do mundo anglo-saxão, que corresponde à idéia de Estado de Direito na Europa continental.

O protagonismo das instituições judiciárias inglesas foi decisivo nessa fase de afirmação dos direitos civis, segundo Marshall⁵⁰. Esse fato permite visualizar um evidente paralelismo com a trajetória específica do direito de acesso igualitário à Justiça, ao menos em termos formais. Tanto nas sociedades européias quanto nos Estados Unidos, que viveram em plenitude essa fase do

⁵⁰ “Este feito do século XVIII (...) foi em grande parte o trabalho dos tribunais, tanto em sua labuta diária quanto numa série de processos famosos em alguns dos quais lutavam contra o Parlamento em defesa dos direitos individuais”. (Cf. MARSHALL, T. H. Ob. Cit., p. 66).

reconhecimento da igualdade de todos os indivíduos em termos de direitos civis, há registro de inúmeras iniciativas voltadas para a eliminação dos entraves formais que se traduzissem em discriminação ou em favorecimento no acesso aos tribunais. Todavia, como era próprio da conjuntura ideológica subjacente às instituições político-jurídicas dessa época, ainda não se esperava do Estado nenhuma medida de cunho pró-ativo para facilitar as condições de efetividade no acesso à Justiça. Bastava a postura negativa, no sentido de remover os obstáculos eventualmente existentes e de não criar quaisquer outros empecilhos formais radicados em qualificações decorrentes do *status* pessoal dos jurisdicionados.

Nessa fase, não se cogita ainda da criação de serviços de assistência judiciária estatal como instrumento assegurador da efetiva isonomia no acesso à Justiça. O patrocínio em Juízo dos interesses das pessoas desprovidas de meios econômicos para contratar advogados dependia exclusivamente da ação caritativa e humanitária dos profissionais jurídicos, não se traduzindo em obrigação jurídica oponível ao poder público. A idéia era de que cada um estava capacitado a proteger o seu próprio interesse. O máximo que o Estado poderia admitir era a dispensa do pagamento de taxas judiciais⁵¹. Essa prática de permitir o processamento de ações judiciais *in forma pauperis*, ou seja, com dispensa do pagamento de taxas judiciais, era inclusive bem antiga na Inglaterra⁵² - e, em certa medida, foi recepcionada do direito inglês pelo direito norte-americano – aplicando-se estritamente nos casos de pessoas muito pobres. Na França, logo após a Revolução de 1789, para implementar a igualdade civil efetiva no acesso à prestação jurisdicional, o governo foi mais adiante e decidiu estabelecer gratuidade universal para o serviço estatal de prestação jurisdicional, abolindo a

⁵¹ Assim, de acordo com Marshall, um passo significativo nesse processo de consolidação dos direitos civis foi o desenvolvimento da Justiça Gratuita, “segundo a qual uma fração dos membros mais pobres da comunidade podiam mover uma ação *in forma pauperis*, praticamente livre de qualquer despesa, sendo assistida pelos serviços voluntários e gratuitos prestados por advogados”. Mas, como destaca mais adiante o mesmo autor, “o serviço suplementar de assistência judiciária gratuita foi, até pouco tempo, prestado por organizações voluntárias sem receber nenhuma subvenção”. (Cf. MARSHALL, T. H. Ob. Cit., p. 83).

⁵² Em 1495 o Rei Henrique VII estabeleceu uma Lei denominada *In forma pauperis Act* que, além de dispensar o pagamento das taxas devidas aos juizes, também previa a possibilidade de designação de advogados para patrocinar gratuitamente os interesses das pessoas pobres. Para uma visão mais detalhada acerca da evolução dessa matéria no direito inglês antigo, ver o artigo *Poverty and Civil Litigation*, escrito por John MacArthur Maguire, publicado no Volume XXXVI, Número 4, da *Harvard Law Review*, em fevereiro de 1923.

cobrança de taxas judiciárias⁵³. O Brasil, como teremos oportunidade de ver mais adiante, também herdou alguns antigos preceitos do direito português assegurando isenção de taxas e custas judiciais. Mas tais medidas ainda não chegaram a ser suficientes para aproximar a grande massa da população do exercício dos seus direitos civis, por intermédio do Judiciário.

Prosseguindo na análise da evolução do conceito de cidadania, segundo o referencial teórico do pensamento de T. H. Marshall, este autor aponta que a universalização do segundo elemento componente desse conceito, ou seja, dos direitos políticos, teria ocorrido somente durante o século XIX, quando se iniciou um processo de ampliação do direito de sufrágio. Com efeito, o direito de voto ficava anteriormente restrito a uma pequena parcela da população adulta masculina. Essa realidade era comum na grande maioria das sociedades européias e, como não poderia deixar de ser, também nas sociedades recém emancipadas do continente americano, onde vigorava o instituto do voto censitário, que se traduzia num privilégio das classes economicamente mais abastadas. Na sociedade norte-americana o cenário era um pouco diferente posto que o contexto sócio-econômico resultante das suas especificidades históricas permitiu a existência de um certo estágio de “igualdade de condições” – expressão cunhada por Aléxis de Tocqueville – entre os cidadãos, ressalvada naturalmente a situação dos que estavam sujeitos ao regime da escravidão

No caso específico da Inglaterra, que foi o paradigma tomado por Marshall, durante todo o século XIX paulatinamente foram sendo ampliados os direitos de participação política do povo inglês. Outrossim, a partir de 1883 foram adotadas medidas com o propósito de “limitar os gastos com eleições em geral a fim de que candidatos de recursos desiguais pudessem competir em igualdade de condições”⁵⁴. Mas o processo de expansão dos direitos políticos somente culminou já no século XX, com a lei eleitoral de 1918 que estabeleceu o princípio do sufrágio universal.

Enquanto se avançava na adoção de medidas concretas destinadas a ampliar a noção de cidadania política, durante o transcurso do século XIX, e início

⁵³ Segundo uma Lei aprovada pela Assembléia Nacional em agosto de 1790 a prestação jurisdicional estatal passava a ser gratuita (*les juges rendront gratuitement la justice*). Essa lei também abolia todos os privilégios em matéria de jurisdição e estabelecia a igualdade de todos perante os tribunais franceses.

⁵⁴ MARSHALL, T. H. Ob. Cit, p. 81.

do século XX, também no campo específico do acesso à Justiça algumas iniciativas foram tomadas no sentido de tornar mais efetiva a possibilidade de participação igualitária dos cidadãos na obtenção dos serviços judiciários. Assim, em muitos países foram sendo aprovadas legislações que transformavam em obrigação jurídica, de caráter coercitivo, o antigo dever humanitário e caritativo dos profissionais jurídicos de patrocínio gratuito dos interesses dos economicamente necessitados em Juízo. O Estado ainda não reconhecia como obrigação do poder público arcar com o ônus de subsidiar os serviços de assistência judiciária, mas já admitia que a questão não podia ficar inteiramente deixada à “boa-vontade” dos profissionais jurídicos. Em contrapartida ao direito que o Estado concedia aos advogados de desempenho de suas atividades perante os órgãos judiciais passou a exigir deles, não mais como ato de liberalidade, mas como cumprimento de uma obrigação legal, a defesa em Juízo das pessoas desprovidas de recursos para custear tais despesas. Desse modo, ao menos em tese, assim como todo cidadão tinha as iguais possibilidades de participar, através do voto, da vida pública, também tinha teoricamente iguais possibilidades de fazer valer seus direitos civis perante os órgãos judiciais. E isso se fazia sem mudança significativa na postura absenteísta do papel do Estado, visto que o exercício do direito de voto e do direito de obter assistência judiciária gratuita, tal como concebido nessa etapa, representava um custo praticamente irrisório para os cofres públicos.

A principal referência que bem ilustra esse paralelismo que estamos procurando traçar – ao menos sob o aspecto cronológico – entre as conquistas vinculadas à expansão do conceito de cidadania política na ótica do pensamento de Marshall e o direito de assistência judiciária gratuita, que é corolário da igualdade no acesso à Justiça, foi a criação, no ano de 1851, do *Code de l'Assistance Judiciaire* pela França, em que se estabelecia a obrigatoriedade dos advogados de atuar gratuitamente na defesa dos interesses das pessoas pobres, tanto na esfera cível quanto criminal. Outros países da Europa continental adotaram normas similares ao paradigma francês. Na Inglaterra, no final do século XIX, mais precisamente no ano de 1883 também foram aprovadas leis que ampliavam significativamente o alcance do antigo estatuto datado de 1495, que regulava a gratuidade de justiça (ou seja, o *In Forma Pauperis Act* já acima referido). Também nos Estados Unidos, uma lei aprovada em 1892 conferia aos

tribunais federais a autorização para designar, compulsoriamente, advogados para representar gratuitamente pessoas pobres nos casos considerados mais sérios. No contexto brasileiro, somente em 1930⁵⁵ o antigo dever moral dos advogados de patrocinar os interesses dos pobres foi convertido em obrigação jurídica, sancionada pelo Estado. Fato é, segundo Cappelletti, que em todos esses casos o resultado final era mais ou menos o mesmo: o sistema dependia da designação de advogados particulares para representar gratuitamente as pessoas que se enquadravam em certos parâmetros de necessidade econômica⁵⁶.

Voltando à trajetória histórica de consolidação dos elementos integrantes do conceito de cidadania, de acordo com o pensamento de Marshall, verifica-se que a luta dos integrantes dos estratos sociais subalternos não se esgotou na conquista dos direitos civis e dos direitos políticos. Uma vez alcançado o direito de voto, paulatinamente as massas foram fazendo deste direito o uso que mais lhes convinha promovendo de forma democrática as mudanças na legislação de modo a avançar na conquista dos chamados “direitos sociais”.⁵⁷ Assim, uma vez assegurada juridicamente a igualdade civil e política, o próximo passo seria o de lutar para encurtar as distâncias no padrão sócio-econômico que separavam as classes trabalhadoras das elites, permitindo uma efetiva democratização da sociedade em todos os seus planos. Esse desiderato foi alcançado, de modo bastante significativo nos países da Europa Ocidental durante o período áureo do chamado *Welfare State*, ou Estado do Bem Estar Social, em meados do século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, embora já desde o final do século XIX, paralelamente ao avanço dos direitos políticos, alguns desses direitos sociais⁵⁸ estavam sendo conquistados nos albores da configuração do, então,

⁵⁵ O que se deu com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, cuja regulamentação ocorreu através do Decreto nº 20.784, de 14/12/1931.

⁵⁶ No original: “*The end result was much the same: the system depended on the assignment to represent gratuitously persons who met a given standard of need*”. (Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON, Earl. *Toward equal Justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milan, Giuffrè Editore, 1975, p. 21).

⁵⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit. p. 213.

⁵⁸ Marshall menciona que um dos direitos ditos “sociais”, que é o direito à educação, no caso da Inglaterra, teria sido consolidado bem antes do momento histórico de conquista dos demais direitos sociais, sendo certo que a elevação do nível de instrução do povo fora decisiva mesmo para a consolidação dos direitos políticos. De fato, como ensina o Prof. Leonardo Greco, a educação básica deve ter primazia nas prioridades estatais, pois através da educação é que se infundirá “a consciência dos seus direitos e também dos seus deveres sociais, bem como dos valores humanos fundamentais que devem ser por todos respeitados na vida em sociedade”. (Cf. o artigo “Acesso à Justiça”, publicado no número 1, da Revista Jurídica da Unirondon, em 2001).

denominado Estado Social de Direito que depois veio a atingir sua plenitude com a nova configuração do Estado Providência/Estado do Bem Estar Social.

Retomando o paralelismo que estamos procurando traçar com relação às mutações do direito de acesso à Justiça em geral, e da assistência judiciária em especial, no caso da experiência inglesa, é fato que somente no período de culminância dos direitos sociais, em pleno Estado do Bem-Estar Social, esse direito atingiu avançado estágio de consolidação. Assim, do mesmo modo que o Estado passou a garantir a todas as pessoas um patamar mínimo de bens e serviços considerados essenciais, dentre os quais se pode enumerar: alimentação, vestuário, educação, assistência médica, moradia, que podiam ser fornecidos *in natura* ou mediante pagamento de renda mínima que tornasse possível o custeio desses itens, também passou a incluir entre os serviços garantidos à população um “serviço social destinado a fornecer o direito civil do cidadão de decidir seus litígios num tribunal de justiça”⁵⁹.

Isto significa que o Estado assumia a responsabilidade de assegurar, às expensas dos cofres públicos, um sistema de serviços destinados a garantir a “igualdade de armas” imprescindível para que todos os cidadãos pudessem resguardar seus interesses nos litígios judiciais, além de proporcionar assistência jurídica extrajudicial com o objetivo de facilitar o conhecimento dos direitos para permitir seu pleno exercício, inclusive de modo a prevenir conflitos que poderiam surgir da ignorância ou má compreensão dos direitos. Na Inglaterra, esse direito de acesso à Justiça assumido como dever do Estado foi consagrado com a aprovação do *Legal Aid and Advice Bill*, do ano de 1949. Na França, embora o Estado Providência tenha atingido seu pico durante as décadas dos anos cinquenta e sessenta do século passado, esse direito de assistência judiciária somente veio a ser estabelecido como dever do Estado um pouco tardiamente, no ano de 1972; e mesmo assim de uma maneira parcial, como se verá mais adiante. Nos Estados Unidos apenas em 1964 foi reconhecido pela Suprema Corte o direito de assistência jurídica, estritamente em casos criminais sérios. Até o presente, como veremos oportunamente, ainda não se alcançou no direito norte-americano o reconhecimento da obrigação do Estado de prestar assistência jurídica integral em

⁵⁹ MARSHALL, T. H. Ob. Cit, p. 89.

causas de natureza cível em geral⁶⁰. No caso do Brasil, embora aparentemente se possa admitir um estágio de vanguarda nessa matéria, visto que já na Constituição de 1934 foi estabelecida a obrigação dos Estados e da União de prestar o serviço de assistência judiciária, o que foi repetido nas Cartas de 1946 e de 1967, somente em 1988 foi definida a forma oficial mediante a qual o poder público deve se desincumbir da prestação desse serviço de assistência jurídica integral (ou seja, não apenas judiciária, mas também extrajudicial, como se detalhará oportunamente), com a previsão da criação das Defensorias Públicas dos Estados e da União. Apesar disso, ainda estamos muito longe do pleno cumprimento dessa meta estabelecida na Constituição⁶¹.

Cremos ser possível e oportuno, neste passo, seguindo mais ou menos a mesma metodologia de cunho historicista adotada nos estudos de Marshall que serviram de fio condutor para a análise até aqui deduzida, traçar também um paralelo entre o esquema de “gerações” de direitos proposto por Norberto Bobbio, as “ondas” do acesso à Justiça na visão de Cappelletti, e os “elementos” integrantes do conceito de cidadania, segundo Marshall. Isto nos permitirá uma análise crítica acerca de como esses percursos se verificaram nas três sociedades

⁶⁰ Embora a maioria dos autores cite como relevante na história dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos a implantação do programa de *Legal Aid*, vinculado às ações da chamada *War on Poverty* iniciada em 1965 durante o governo do Presidente Johnson, através do *Office of Economic Opportunities*, o fato é que tais ações jamais foram assumidas como um dever do Estado ao qual correspondesse um verdadeiro “direito” do cidadão de receber a assistência jurídica e judiciária de que necessitasse, mediante patrocínio gratuito de um advogado em causas cíveis e similares (notadamente em causas de família, questões do consumidor, ações de despejo, etc). Como tivemos oportunidade de verificar durante estágio de pesquisas realizado nos Estados Unidos entre outubro de 2003 e março de 2004, o ordenamento jurídico norte-americano ainda não reconhece que todo cidadão, especialmente os que não dispõem de recursos econômicos para contratar um advogado, tenha direito de contar com a assistência gratuita de profissional jurídico cuja remuneração seja custeada pelos cofres públicos. Em pleno século XXI, o princípio que subsiste é o de que a assistência judiciária é questão de ordem caritativa, sendo que as ações governamentais nessa área têm caráter mais de serviço de natureza assistencialista do que propriamente do cumprimento de um dever estatal exigível juridicamente pelos respectivos destinatários. Isto será melhor aprofundado no capítulo próprio que é parte integrante deste trabalho.

⁶¹ Como lembra Eliane Junqueira, “a análise das primeiras produções brasileiras (sobre o tema do acesso à Justiça, nos anos 80) revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64”. (JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. **Revista Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, Centro de Pesquisa e Documentação

estudadas neste trabalho⁶².

Assim, a luta pelos chamados direitos de primeira geração, que abrange a conquista da cidadania civil e política na perspectiva de Marshall, poderia ser situada numa fase prévia à chamada “primeira onda” do acesso à Justiça, a qual, de acordo com Cappelletti, somente se manifestou efetivamente no contexto das conquistas da cidadania social, vinculada aos chamados direitos de segunda geração, segundo o esquema apresentado por Bobbio, os quais, por sua vez estariam ligados à consolidação do Estado Social de Direito, cuja culminância se deu no Estado do Bem-Estar Social do período posterior à Segunda Guerra Mundial.

Essa constatação nos leva a questionar a verdadeira natureza do direito de acesso à Justiça e de seu corolário que é o direito de assistência jurídica gratuita (tanto judicial quanto extrajudicial). Seria correto enquadrar-se tal direito no rol dos chamados direitos civis, de primeira geração, ou no elenco dos direitos sociais, ditos de segunda geração? Na trajetória de construção da cidadania inglesa, relatada por Marshall, ao menos cronologicamente contata-se que tal direito só se tornou efetivo no contexto da afirmação dos direitos sociais, em pleno apogeu do *Welfare State*. Daí se poderia, à primeira vista, concluir que se trata propriamente de um direito social. Alejandro Garro, porém, afirma que, para as democracias liberais modernas, “o acesso à Justiça é um direito fundamental que pode ser caracterizado como um direito civil e político, por um lado, ou como um direito social e econômico, por outro”.⁶³ Entre nós no Brasil, José Murilo de Carvalho insere o acesso à Justiça dentro da categoria dos direitos civis, e não dos

de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas, vol. 9, nº 18, 1996, pp. 389-402).

⁶² Ao traçarmos esse paralelo, não queremos assumir uma postura de ingenuidade metodológica que ignore a advertência de que os paradigmas adotados por esses três autores estão radicalmente ligados a realidades específicas do contexto dos países europeus que lhes serviram de referência para seus estudos. Assim, temos presente, como enfatiza Luciana Gross Siqueira Cunha, que no caso brasileiro, os três movimentos (ou ondas) de acesso à Justiça se sobrepõem, acompanhando o desenvolvimento e o efetivo exercício da cidadania. (Cf. CUNHA, Luciana Gross Siqueira Cunha. *O Acesso à Justiça e a Assistência Judiciária em São Paulo*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof. Dra. Maria Tereza Sadek, em novembro de 1999, p. 24). Também temos presente as críticas lançadas à concepção de gerações de direitos proposta por Bobbio, na medida em que não há propriamente uma sucessão de etapas estanques, mas a incorporação de novos direitos sem que isso implique em abrir mão dos “antigos” direitos.

⁶³ GARRO, Alejandro M. *Acesso à Justiça para os pobres na América Latina*. In: MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, Violência e Injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p. 308.

direitos sociais.⁶⁴

Na nossa opinião, o direito de acesso à Justiça, incluída especialmente a assistência judiciária gratuita para os necessitados, se traduz num direito de caráter primordialmente civil – e não propriamente um direito social – indispensável mesmo ao exercício pleno da prerrogativa fundamental da liberdade humana e do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos. Isto porque, na medida em que o Estado assumiu o monopólio da prestação jurisdicional e criou para desempenhar essa função todo um aparato burocrático dotado de extrema complexidade e sofisticação, passa a ter a obrigação de assegurar a cada pessoa a possibilidade real e efetiva de não ser prejudicado na defesa de seus direitos e interesses legítimos em razão da insuficiência de recursos econômicos para custear as despesas inerentes ao acionamento dessa máquina estatal. Do contrário, o Estado estaria favorecendo indevida discriminação entre as pessoas, na medida em que os mais ricos poderiam violar impunemente os direitos fundamentais dos mais pobres, na certeza de que estes estariam impossibilitados de exercer a autotutela dos seus interesses⁶⁵ assim como estariam impedidos de obter a prestação jurisdicional estatal adequada para reparar tais violações de direitos por incapacidade de arcar com as despesas necessárias para um enfrentamento justo e equânime diante do tribunal, com a garantia de “igualdade de armas”⁶⁶.

Voltando à linha de raciocínio acima indicada, no sentido de traçar um paralelismo entre as “ondas” do movimento mundial de acesso à Justiça e as “gerações” dos direitos fundamentais, no que se refere especificamente à denominada segunda onda do acesso à Justiça, parece-nos que deve ser associada à idéia dos direitos de terceira geração. Torna-se necessário, porém, buscar novos

⁶⁴ Isto se denota, por exemplo, na seguinte afirmação registrada numa das obras mais recentes do autor: “A falta de garantia dos **direitos civis** se verifica sobretudo no que se refere à segurança individual, à integridade física, ao **acesso à justiça**.” (Cf. CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil – o longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2004, p. 211).

⁶⁵ Considerando-se que a lei penal considera crime o chamado “exercício arbitrário das próprias razões”, conforme dispõe o Art. 345 do Código Penal.

⁶⁶ Disso resulta que a obrigação do Estado de prestar um serviço de assistência judiciária efetivo não está sujeita à contingenciamentos orçamentários cabíveis com relação a outras atividades estatais, que podem oscilar de acordo com as possibilidades econômicas circunstanciais. Do mesmo modo que o Estado não pode alegar insuficiência de recursos para eximir-se da obrigação de garantir o funcionamento do Poder Judiciário, ou do sistema de segurança pública, também não pode deixar de prestar a assistência jurídica integral, de modo efetivo e não apenas superficial. Não se trata, como muitos concebem, de mais um serviço assistencialista ou de caráter social, cuja expansão ou retração pode vir a ocorrer em consequência das limitações orçamentárias e das prioridades de um programa de governo.

referenciais teóricos posteriores à obra de Marshall para prosseguir na articulação que estamos procurando fazer entre a noção de cidadania e o direito de acesso à Justiça. Com efeito, em que pese sua utilidade para a reflexão teórica até aqui desenvolvida, a concepção de cidadania apresentada por Marshall, marcadamente influenciada pelo contexto histórico do Estado do Bem Estar Social europeu, não mais se revela suficiente para dar conta de uma realidade sócio-jurídica que está em processo permanente de construção e mudança. Hoje se fala em uma “nova cidadania” que abrange não apenas os direitos civis, políticos e sociais tradicionais, mas também toda uma gama de expectativas decorrentes da complexidade que caracteriza as relações sociais no mundo atual, notadamente no que diz respeito aos chamados interesses difusos e coletivos, de caráter meta-individual, não mais identificados apenas com uma determinada classe social.

Esse novo conceito de cidadania está diretamente ligado à eclosão dos movimentos sociais que vêm proliferando nas últimas décadas os quais, por sua vez, expressam o surgimento de uma nova concepção da categoria denominada “sociedade civil” que, nesse contexto, deve ser entendida como uma outra dimensão da vida pública, paralelamente à sociedade política e ao mercado. Tal fenômeno coincide também com a crise do modelo intervencionista do Estado do Bem-Estar Social, especialmente durante os anos setenta e oitenta do século XX. Diante de agudas crises orçamentárias e fiscais, a função providencial do Estado passou a ser vigorosamente atacada pelas correntes teóricas neoliberais que pregavam uma retração do papel interventivo do governo no campo econômico e na garantia de bem estar social para os cidadãos. Alguns autores, como o francês Pierre Rosanvallon⁶⁷, argumentaram que a crise do Estado Providência não era propriamente um problema de ordem econômico-financeira. Era sobretudo um problema social, de repensar o papel do Estado e de restabelecer vínculos de solidariedade social. Isto se daria exatamente através da redefinição das fronteiras entre o Estado e a sociedade civil, passando pela intermediação dos grupos e segmentos organizados que deveriam assumir um protagonismo nesse novo cenário que se descortinava. Como diz Lizt Vieira, tendo em vista que o neoliberalismo propôs a transferência para o mercado de questões sociais antes sob a tutela do Estado e considerando-se que o mercado, por sua própria natureza,

prioriza a obtenção de lucros e não a distribuição de renda ou a boa qualidade na prestação de serviços sociais, resta à sociedade civil a tarefa de equacionar o encaminhamento de tais problemas⁶⁸.

Assim, um novo “elemento” passou a ser incorporado ao conceito de cidadania. Tal elemento corresponde exatamente à luta pelos direitos de caráter difuso e coletivo por intermédio dos novos movimentos sociais acima mencionados, em que o papel da sociedade civil passa a ter um grande destaque.

Uma visão bastante lúcida acerca desse novo quadro de mutação da idéia de cidadania vinculada às lutas travadas pelos novos movimentos sociais é apresentada por Boaventura de Sousa Santos:

“Os protagonistas dessas lutas não são as classes sociais, ao contrário do que se deu com o duo marshalliano cidadania-classe social no período do capitalismo organizado; são grupos sociais, ora maiores, ora menores que classes, com contornos mais ou menos definidos em vista de interesses coletivos por vezes muito localizados mas potencialmente universalizáveis. As formas de opressão e de exclusão contra as quais lutam não podem, em geral, ser abolidas com a mera concessão de direitos, como é típico da cidadania; exigem uma reconversão global dos processos de socialização e de inculcação cultural e dos modelos de desenvolvimento, ou exigem transformações concretas imediatas e locais (por exemplo, o encerramento de uma central nuclear, a construção de uma creche ou escola, a proibição de publicidade televisiva violenta), exigências que, em ambos os casos, extravasam da mera concessão de direitos abstratos e universais. Por último os Novos Movimentos Sociais ocorrem no marco da sociedade civil e não no marco do Estado e em relação ao Estado mantêm uma distância calculada, simétrica da que mantêm em relação aos partidos e aos sindicatos tradicionais.”⁶⁹

O “novo” conceito de cidadania que se descortina implica na luta pela efetividade desses direitos meta-individuais que, todavia, não perdem o caráter de direitos fundamentais. Estamos falando do direito à terra e à moradia, do direito ao meio ambiente, do direito do consumidor, além dos direitos das mulheres, das crianças, dos idosos, das minorias étnicas etc, associados aos chamados direitos de “terceira geração” e que por sua vez normalmente costumam ser vinculados à “segunda onda” do movimento mundial de acesso à Justiça. Para a defesa desses interesses difusos e coletivos tornou-se necessário romper certos paradigmas jurídicos, especialmente do direito processual, que estavam muito presos à

⁶⁷ ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*. Goiânia, Editora da UFG/Brasília, Editora da UnB, 1997.

⁶⁸ VIEIRA, Lizt. *Cidadania e Sociedade Civil no Espaço Público Democrático*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUC-Rio/Departamento de Direito, Nº 11, 1997.

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5ª ed. São Paulo, Cortez, 1999, p. 261.

concepção individualista dos direitos ⁷⁰. A emergência desses novos atores coletivos trouxe uma contribuição fundamental e decisiva para ampliar o acesso à Justiça, inspirando uma nova consciência de efetiva possibilidade de participação no processo de construção da própria cidadania, em que a sociedade civil em muitos casos se substitui ao papel que antes era reservado ao Estado.

Se é fato, como já referido acima, e conforme será melhor explicitado no capítulo seguinte, que os Estados Unidos encontram-se num estágio relativamente precário relativamente à consolidação da chamada “primeira onda” do acesso à Justiça, na medida em que ali ainda não se reconhece a assistência judiciária em causas cíveis como um direito do cidadão, no que se refere à defesa e garantia dos interesses difusos e coletivos é preciso destacar que os norte-americanos foram os pioneiros.⁷¹ O movimento de “reforma do direito” ⁷², que provocou sensíveis transformações na sociedade norte-americana bem como o surgimento das chamadas *public interest law firm*⁷³, modalidades de escritórios jurídicos voltadas especificamente para a prestação de serviços jurídicos em favor de grupos cujos direitos estivessem sendo afetados tanto por parte da administração pública quanto por parte de grupos econômicos hegemônicos no mercado.

No caso da França, todavia, o quadro é bastante diverso⁷⁴. A existência de

⁷⁰ “No sistema do direito liberal-individualista, essa espécie de interesse raramente era protegida, pelo fato de que (...) a sociedade da época comportava sempre relações entre pessoas determinadas, titulares de interesses próprios. Com o advento das sociedades de massas, máxima na era pós-industrial em que vivemos, o relacionamento transindividual, tendo por objeto bens ou interesses não ligados a pessoas determinadas passou ao primeiro plano. Daí a necessidade de se remodelar o sistema jurídico, no que diz respeito aos mecanismos de proteção a essa espécie de interesses, com a revisão do tradicional princípio da legitimidade do exercício de pretensões e ações judiciais.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ob. Cit., p. 96)

⁷¹ Como lembram Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos, “*Vers la fin des années 1960 et le début des années 1970, se produisit aux États-Unis une petite révolution juridique qui changea profondément et durablement à la fois la structure du procès et la fonction de juger. Ce phénomène fut baptisé « droit d'intérêt public » (public interest law) ou « contentieux de droit public » (public law litigation). Les cours fédérales ont été progressivement appelées, non plus seulement à trancher des controverses classiques (contractuelles et extracontractuelles) entre particuliers, mais à gérer en profondeur de lourdes actions collectives ou à superviser les réformes structurelles de certaines administrations*». (GARAPON, Antoine & PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juger en Amérique et en France*. Paris, Odile Jacob, 2003, p. 230).

⁷² Sobre o movimento de « reforma do direito » e sua correlação com os chamados “novos movimentos sociais”, vale conferir o trabalho de Joel F. Handler, sob o título “*Social Movements and the Legal System: A theoretical perspective*”, publicado no livro “*Inovations in the Legal Services*”, que foi organizado por Erhard Blankenburg no ano de 1980.

⁷³ No mesmo livro referido na nota anterior, vale conferir o trabalho sob o título “*Legal Services and the Administrative State: Public Interest Law to Public Advocacy*”, de autoria dos professores David M. Trubek, Louise G. Trubek e Jonathan Becker.

⁷⁴ Conforme consta do artigo *Droit d'accès à la justice*, escrito por Marie-Anne Frison-Roche e publicado na coletânea “*Libertés et Droits Fondamentaux*” (organizadores: Rémy Cabrillac,

um direito administrativo consolidado e autônomo, inclusive com uma instância judicial própria, não deixa muito espaço para que os particulares se substituam aos agentes públicos na defesa dos interesses difusos e coletivos. Igualmente, a presença de um Ministério Público orgânico, altamente envolvido no aparelho judiciário do Estado, desestimula a abertura de novas frentes de legitimidade para o patrocínio de questões meta-individuais, as quais tradicionalmente têm como guardião o *Parquet*. Isso não quer dizer que as associações e os novos movimentos sociais estejam ausentes do cenário da esfera pública francesa. Muito pelo contrário. Entretanto, sua presença se faz notar de modo mais forte no campo extrajudicial, através de associações comunitárias de vizinhança e de apoio às famílias e aos jovens, associações de consumidores, as associações de defesa dos interesses das vítimas, associações de defesa dos imigrantes, etc.

Quanto ao Brasil, mais uma vez se verifica uma situação paradoxal: desde 1965, em pleno regime político autoritário, de graves restrições ao exercício dos direitos políticos e civis, sem nenhuma mobilização possível de movimentos sociais reivindicatórios, havia sido criada a ação popular⁷⁵ que se traduz num mecanismo de vanguarda, sob a perspectiva jurídico processual, para a defesa de interesses difusos e coletivos, colocando o Brasil, ao menos sob o aspecto normativo, na dianteira da chamada “segunda onda” do acesso à Justiça. Igualmente, ainda antes de plenamente consumado o processo de transição democrática e o total restabelecimento dos direitos civis e políticos, no ano de 1985, foi criado um novo, e ainda mais sofisticado, instrumento de defesa dos direitos difusos e coletivos, qual seja, a Ação Civil Pública⁷⁶. É verdade que

Marie-Anne Frison-Roche e Thierry Revet, pela Editora Dalloz, de Paris) o Direito francês não possui ainda as chamadas *class actions* que permitem que uma pessoa ou grupo acione a justiça na defesa de interesses coletivos ou difusos de todos os membros da classe que representam. Em textual: “*D’autres techniques pourraient être insérées en droit français pour permettre à chacun d’obtenir par le juge son dû ; on songe alors principalement à la ‘class action’, pour l’instant exclu du droit français, qui permettait à une personne de saisir un juge au nom d’une catégorie des personnes, celles-ci pouvant par la suite demander le bénéfice du jugement globalement obtenu* » (o trecho transcrito se encontra na página 430, da 10ª edição, do ano de 2004).

⁷⁵ A ação popular é disciplinada pela Lei nº 4.717, de 29/06/1965, e pode ser manejada por qualquer cidadão para impugnar e obter a declaração de nulidade de atos lesivos aos interesses públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

⁷⁶ A ação civil pública foi criada pela Lei nº 7347, de 25/07/1985, e se destina à reparação de danos morais e patrimoniais contra o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Diferentemente da ação popular, não se atribuiu legitimidade ao cidadão, individualmente considerado, para propositura da ação civil pública. Somente as entidades associativas da sociedade civil organizada têm essa prerrogativa, assim como o Ministério Público. A respeito do

quando da criação da Ação Civil Pública, na década dos oitenta, sob os ares da Nova República, já se podia identificar na sociedade brasileira o vigoroso florescimento dos novos movimentos sociais acima referidos, cujas sementes tinham origem na luta contra as violações dos direitos humanos durante o regime militar. Resultaram da mobilização de setores diversos da sociedade civil, notadamente as Igrejas, a Ordem dos Advogados do Brasil, os sindicatos, etc. Entretanto, não se pode afirmar de modo peremptório que essas conquistas de vanguarda da legislação processual com vistas a ampliar a garantia do acesso à Justiça tenham sido fruto direto de mobilização da sociedade civil e dos novos movimentos sociais que configuram a “nova cidadania” acima mencionada. Isso vem confirmar a tese de autores, como José Murilo de Carvalho, no sentido de que no Brasil o processo de construção da cidadania se dá “de cima para baixo”⁷⁷.

De certo modo, ainda em sintonia com a idéia da chamada nova cidadania, e vinculada ao protagonismo dos novos movimentos sociais muitos dos quais assumiram configuração jurídica formal através da criação das entidades estruturadas sob a forma de “organizações não governamentais”, podemos vislumbrar um nexos ao menos parcial com a chamada “terceira onda” do movimento mundial de acesso à Justiça. É que o foco principal – embora não exclusivo⁷⁸ – dessa terceira onda estaria voltado para as instâncias não judiciais de solução de conflitos, ou seja, fora da estrutura formal e tradicional do Estado.

reconhecimento das virtudes do modelo brasileiro de *class action*, denominação norte-americana que equivale às nossas ações civis públicas, vale conferir o artigo “*Class Action in Brazil – A Model for Civil Law Countries*”, escrito por Antonio Gidi e publicado no “*American Journal of Comparative Law*”, na edição da Primavera (*Spring*) de 2003.

⁷⁷ Conforme anota o Prof. Leonardo Greco, esse fato de que, no Brasil, o protagonismo na defesa dos interesses difusos e coletivos não vem sendo desempenhado pela própria sociedade civil, mas pelo Estado, através de um órgão próprio para esse fim, que é o Ministério Público, consiste num “resquício de paternalismo estatal, que com frequência tem desbordado para a defesa de interesses políticos e de interesses polêmicos, sem respeito ao princípio da subsidiariedade que deve ditar a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas”. E arremata, “tão antidemocrático quanto privar o mais fraco do acesso ao direito é transformar o Ministério Público em juiz do bem e do mal”. (anotações extraídas do artigo “Acesso à Justiça”, já referido acima).

⁷⁸ Além do fomento aos meios alternativos de solução de conflitos, a chamada terceira onda do movimento mundial de acesso à Justiça também propõe um “novo enfoque” para a questão, mediante providências variadas que incluem a simplificação de procedimentos, mudanças na estrutura de tribunais ou criação de novas modalidades de órgãos jurisdicionais, incremento do uso de pessoas leigas, tanto como juízes quanto como advogados ou defensores, reforma do direito substantivo tornando-o menos complexo e mais justo com o objetivo de evitar certos litígios ou facilitar sua solução. Nas três sociedades pesquisadas durante os trabalhos preparatórios para essa tese foram constatadas importantes ações e medidas concretas voltadas para a efetivação dessa terceira onda do acesso à Justiça. Não foi possível um estudo mais detalhado a respeito desse tema pois do contrário nos desviaríamos do foco que havíamos previamente delimitado.

Nesse campo, a atuação da sociedade civil parece indispensável para o alcance de resultados efetivos. Esta é uma realidade bastante difundida na França, onde existe uma vasta rede de entidades da sociedade civil⁷⁹ atuando em parceria com o poder público, especialmente no campo da assistência jurídica extrajudicial e na promoção de meios alternativos para solução de conflitos⁸⁰. Também nos Estados Unidos, a presença da sociedade civil é muito significativa nessa área, embora também seja grande o peso das entidades estatais que procuram suprir, por esta via, a falta de reconhecimento formal do direito à assistência judiciária gratuita em causas cíveis. No caso particular do Brasil, há ainda muita resistência para a expansão desses meios alternativos, em parte devido a um corporativismo das profissões jurídicas, mas também em parte devido à falta de seriedade de muitos projetos – como certas iniciativas de criação de “tribunais” e “varas” (sic!) arbitrais – que escondem fins escusos e interesses distorcidos.

Para concluir essa reflexão que buscava traçar um paralelo entre a idéia de cidadania e a questão do acesso à Justiça na busca de efetividade dos direitos fundamentais, não podemos deixar de mencionar a realidade contemporânea em que desponta uma idéia de cidadania que transcende os limites do Estado-Nação. Essa realidade se faz presente de modo inequívoco no contexto do continente Europeu, onde já se configura uma categoria denominada de cidadania europeia.

Pelo mundo afora, fala-se em cidadania planetária, cidadania pós-nacional,

⁷⁹ Dentre essas entidades da sociedade civil podemos destacar as chamadas *Boutiques de Droit*, cuja existência remonta ao início dos anos oitenta do século XX. No anexo deste trabalho consta um relatório da visita de observação que fizemos numa das *Boutiques de Droit*, da Cidade de Lyon. Há uma vasta bibliografia a respeito dessas entidades, dentre as quais podemos destacar as seguintes obras: BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. *Boutiques de droit de Lyon – mise en place d'un dispositif d'information juridique, d'aide aux victimes et de médiation a Lyon*. Lyon, Glysi/Université de Lyon, 1991. BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation – un nouveau mode de régulation sociale*. HdD – *Histoires de Développement*. No . 20, 1992. BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. *Les boutiques de droit; l'autre médiation*. *Archives de politique criminelle*. Paris, Editions Pedone, No 14, 1992. Dentre as organizações criadas mais recentemente, destaca-se a *Association Droits d'Urgence*, fundada por Jean-Luc Bedos, que se caracteriza pela estratégia de “ir ao encontro” dos destinatários de seus serviços onde normalmente se encontra a população mais pobre. Ou seja, não funcionam em sedes fixas, mas atuam diretamente em hospitais, dispensários e abrigos de população de rua, e postos de serviços sociais em geral, asilos de idosos, estabelecimentos penitenciários, etc, dando plantões de orientação e assessoria jurídica integral e encaminhando as pessoas necessitadas para os órgãos encarregados do atendimento específico de seu problema. Sobre o funcionamento da Associação *Droits d'Urgence*, ver o artigo escrito por Jean-Luc Bedos, publicado na *Revue Juridique des Barreaux* (Número 50, Jan./Mar. – 1998), sob o título *Présentation de l'Association Droits d'Urgence*.

⁸⁰ Para uma descrição desse novo cenário da Justiça na França, vale conferir o que diz Antoine Garapon, no seu livro “O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas”, já referido, especialmente quando discorre sobre “as novas formas de justiça” (pp. 226-241).

cidadania global, dentre outros adjetivos equivalentes. As pessoas físicas despontam como sujeitos de direito internacional, admitindo-se inclusive sua legitimidade para, individualmente, acionar organismos integrantes do sistema internacional de direitos humanos⁸¹. Diante desse quadro, não se pode deixar de admitir que um novo desafio se apresenta também para a problemática do acesso à Justiça, agora no patamar das instâncias internacionais. Inúmeras questões estão surgindo a esse respeito, com vistas a garantir efetividade na prestação jurisdicional de competência desses organismos do sistema internacional de justiça. Por exemplo, podemos mencionar as discussões que vêm sendo travadas no âmbito do Tribunal Penal Internacional para definir a estruturação dos serviços de assistência judiciária perante aquele órgão.⁸² Igualmente cabe menção às discussões no âmbito da Conferência de Haia, versando sobre o problema da prestação e da cobrança de alimentos quando o credor e o devedor estão em países distintos: nesse tipo de caso, a garantia de assistência jurídica gratuita é fundamental pois quem depende de verba alimentícia para subsistência certamente não poderá arcar com despesas processuais e advocatícias.⁸³

Há necessidade urgente de se regulamentar o exercício do direito de assistência judiciária gratuita em âmbito internacional, para evitar que a insuficiência de recursos financeiros seja uma barreira que acarrete tratamento desigual no julgamento das questões de interesse das pessoas mais pobres. O problema da estruturação de serviços de assistência jurídica perante as instâncias internacionais, particularmente no caso europeu⁸⁴, tem sido estudado intensamente nos últimos tempos e representa mais um horizonte de desafios a ser enfrentado

⁸¹ A Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 22 de novembro de 1969, no seu art. 44 admite expressamente que qualquer pessoa apresente à Comissão Interamericana de Direitos do Homem petições que contenham denúncias ou queixas de violação dos preceitos nela contidos. Também a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 04 de novembro de 1950, já continha dispositivo similar, no Art. 25.

⁸² Sobre o assunto, vale conferir o artigo da advogada peruana Carolina Loayza Tamayo, sob o título “*La institucionalización de la defensa en la corte penal internacional: el colegio de abogados penal internacional*”, publicado em “*Pena y Estado – Revista latino americana de política criminal*”, editada em Buenos Aires pelo “Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales” (Ano 5, Número 5, 2002).

⁸³ Esse problema foi mencionado expressamente pela Prof. Nádia de Araújo durante nosso exame de qualificação para o doutorado, e está posto no artigo que foi publicado pela autora na Revista Trimestral de Direito Civil, sob o título “Prestação e cobrança de alimentos no direito internacional privado” (Ano 5, Vol. 19, jul./set. de 2004).

⁸⁴ Cf. HARLOW, Carol. “*Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union*”. In: ALSTON, Philipp *et alii* (org.). **The EU and Human Rights**. Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 187-213.

nessa trajetória de mutações que vem sofrendo o tema da cidadania e do acesso à Justiça.

2.3.

Os Diferentes Modelos de Estruturação dos serviços de Assistência Jurídica para os Pobres⁸⁵

Para encerrar este capítulo cuja finalidade é a de apresentar alguns referenciais teóricos necessários para a melhor compreensão do tema que é objeto deste trabalho, cremos ser importante discorrer sobre os diferentes modelos que têm sido adotados para a estruturação dos serviços de assistência jurídica nos últimos tempos, nas sociedades ocidentais. Tais modelos podem ser classificados em quatro categorias:

- 1) os sistemas que funcionam com advogados autônomos, os quais atuam sem receber contraprestação pecuniária dos cofres públicos, a título *pro bono*, em regime assistencial-caritativo;
- 2) os sistemas que funcionam com advogados assalariados, que trabalham normalmente em regime de dedicação exclusiva, cuja remuneração

⁸⁵ Cabe aqui uma breve reflexão sobre a idéia polimorfa que está por trás do vocábulo “pobre”. De fato essa palavra comporta sentidos múltiplos. Nesta sua característica polissêmica, a palavra “pobre”, segundo Sophie Dion-Loye, comportaria pelo menos dois elementos distintos: um elemento fixo e um elemento variável. Assim, na linguagem corrente, variável conforme o momento histórico e a latitude geográfica, “o pobre” corresponde à pessoa infeliz, envergonhada, explorada, miserável, em contraste com o homem feliz, admirável, importante, ou rico. Todavia, para além dessa imagem que integra a parte variável da idéia subjacente à palavra, estes qualificativos todos têm um ponto comum fixo: servem para designar ou distinguir aquele a quem falta o necessário. Os dicionários normalmente indicam esta definição de pobre: “aquele que não possui o necessário para viver, ou que possui o estritamente necessário”. Há quem adote como sinônimas as expressões “pobre” e “indigente”. Entretanto, para os fins deste estudo, não adotamos tal sinonímia. Creemos que a melhor alternativa é adotar um conceito que corresponde à definição jurídica de “necessitado”: o pobre, no contexto dos sistemas destinados a assegurar a igualdade de todos no acesso à Justiça, é todo aquele que não possui recursos financeiros disponíveis para arcar com despesas referentes a taxas e emolumentos de qualquer natureza cobrados pelo poder público para acionamento do aparelho jurisdicional do Estado e também para pagar despesas com serviços profissionais jurídicos necessários ao pleno exercício dos direitos. Enfim, para um aprofundamento sobre este assunto, vale conferir excelente trabalho escrito por Sophie Dion-Loye, publicado na coleção “*Que sais-je?*”, da PUF, sob o título “*Les pauvres et le Droit*”. Em especial, cabe destacar o capítulo primeiro desse livro, em que a autora procura responder à pergunta: “*Qu’est-ce que la pauvreté?*”, discorrendo sobre perspectivas diversas possíveis de serem aplicadas à definição de pobreza.

provém direta ou indiretamente dos cofres públicos, também denominado de “*Staff Model*”;

- 3) os sistemas que funcionam com advogados autônomos, que atuam como profissionais liberais e que são remunerados na base do caso-a-caso pelos cofres públicos, também denominado de “*Judicare*”; e
- 4) os sistemas mistos ou híbridos que adotam diversas modalidades de combinações possíveis entre os modelos básicos acima mencionados.

Há quem sustente, com o abalizado respaldo de Mauro Cappelletti, a existência de um vínculo entre a estruturação e o desenvolvimento dos três últimos modelos acima indicados com a chamada primeira onda do movimento mundial do acesso à Justiça, que cronologicamente é situada no período da década dos anos sessenta do século XX. Todavia, o próprio Cappelletti reconhece que alguns traços peculiares, especialmente do segundo e do terceiro modelos acima mencionados, já estavam presentes em sistemas de assistência judiciária subsidiados pelos cofres públicos cuja existência antecedeu bastante o surgimento da primeira onda do acesso à Justiça.

Assim, historicamente, ainda na fase em que os serviços de assistência judiciária eram prestados sob o impulso de preceitos de cunho moral, como expressão de um sentimento de caridade ou de solidariedade, sem qualquer participação financeira do Estado, de acordo com o primeiro modelo acima mencionado, já se esboçavam os contornos dos outros três modelos de prestação de assistência judiciária acima mencionados cuja consolidação somente veio a ocorrer mais recentemente. Como veremos mais adiante no capítulo referente ao sistema norte-americano, já desde meados do século XIX – paralelamente à atuação individual dos advogados autônomos no patrocínio judicial de pessoas pobres a título *pro bono* – começou a se estruturar também uma outra forma de prestação de serviços jurídicos baseada na criação de Escritórios de Assistência Legal, financiados majoritariamente por recursos arrecadados pela comunidade local, às vezes com esporádicas contribuições dos entes governamentais, em que era comum a contratação de advogados para trabalhar como assalariados, sob regime de dedicação exclusiva. Essa prática também passou a ser adotada nos Estados Unidos no início do século XX para a organização de serviços financiados pelo próprio poder público, voltados para a prestação de assistência judiciária especificamente em causas criminais, que desde então já recebiam a

denominação de Defensorias Públicas.

Também no caso brasileiro, como se verá oportunamente, há registro de criação de órgãos públicos ainda no final do século XIX e na primeira metade do século XX, que são verdadeiros protótipos das atuais Defensorias Públicas, em que advogados assalariados pelos cofres públicos prestavam serviços de assistência judiciária às pessoas carentes de recursos econômicos.

Feitas essas observações, passemos agora a uma breve descrição das principais características dos modelos acima mencionados, especificamente aqueles em que há uma participação financeira dos cofres públicos para seu funcionamento.

O modelo denominado *Judicare*, embora seja normalmente associado ao sistema em vigor na Inglaterra após o ano de 1949, na verdade tem suas origens remotas na Alemanha que, desde 1919, passou a reconhecer aos advogados que fossem designados para assumir o patrocínio dos interesses das pessoas pobres o direito de cobrar do Estado o reembolso dos gastos realizados na prestação dos serviços. Poucos anos depois, em 1923, passou a ser prevista a possibilidade não apenas de reembolso das despesas, mas também o direito de receber uma remuneração pelo serviço prestado. O sistema alemão de assistência judiciária foi descaracterizado durante o período nazista, mas com a reestruturação das instituições do Estado Democrático de Direito após a Segunda Guerra passou por um processo de aprimoramento ainda maior, especialmente no que se refere à expansão do universo de cidadãos beneficiários desse serviço estatal, não mais restrito apenas aos considerados indigentes.

Para melhor compreensão sobre o funcionamento do modelo do *Judicare*, transcrevemos a seguir a descrição apresentada por Cappelletti e Garht:

“Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe”.⁸⁶

Normalmente, nos sistemas que adotam esse modelo, há um órgão público com atribuição para deliberar, caso a caso, sobre o atendimento dos requisitos

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1988, p. 35.

legais para fruição do direito de assistência judiciária, no que se refere à condição econômico-financeira do requerente e ao mérito da causa a ser proposta. Uma vez deferido o pedido, o beneficiário normalmente tem a possibilidade de escolher o profissional que assumirá o patrocínio de seus interesses, dentre os advogados legalmente habilitados que se disponham a participar do programa, e se submetam às regras próprias, fixadas pelo poder público, especialmente aquelas que se referem à forma de pagamento dos serviços a serem prestados. Ao final da prestação dos serviços, o advogado recebe uma remuneração que é paga com recursos do tesouro público.

Esse modelo até muito recentemente era predominante em vários países da Europa, especialmente na parte setentrional do continente, inclusive a França. Atingiu seu apogeu no período áureo do *Welfare State*, época em que os programas adotados por esses países alcançavam não apenas as populações mais pobres, mas também uma boa parte da classe média. Nos últimos tempos, especialmente com a crise de financiamento do Estado do Bem Estar Social, os sistemas europeus de *Judicare* foram sofrendo alterações, não apenas no que se refere à redução do universo de beneficiários, mas também à implantação paralela de novos programas que funcionam de acordo com o modelo de advogados assalariados, passando assim a assumir feições de sistemas mistos. Outrossim, para suprir as necessidades de assistência jurídica, sobretudo da classe média que deixou de ser atendida nesses programas oficiais, tem se expandido de modo progressivo o mercado de seguros jurídicos.⁸⁷

O outro modelo de prestação de assistência jurídica, em que predominam os advogados assalariados pelos cofres públicos, trabalhando em regime de dedicação exclusiva, costuma ser denominado de *Salaried Staff Model*. Normalmente é associado ao sistema que foi sendo estruturado ao longo dos anos nos Estados Unidos, e que alcançou grande notoriedade em âmbito mundial durante os anos sessenta do século XX. Esse modelo se desdobra em duas sub-modalidades. Na primeira delas, o próprio poder público opta pela criação de

⁸⁷ Para uma visão acerca do impacto da crise do Estado-Providência no sistema europeu de assistência jurídica, conferir o artigo “*Aide Juridique: des avancées sporadiques*”, de autoria do professor holandês Erhard Blankenburg, publicado na Revista “*Droit et Société*” (Ano 1996, Nº 34, pp. 613-633). Também merecem referência os trabalhos publicados no livro “*The transformation of Legal Aid – Comparative and Historical Studies*”, editado por Francis Regan, Alan Paterson, Tâmara Goriely e Don Fleming pela Oxford University Press, em 1999.

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

Enquadram-se nesse categoria os denominados *Neighborhood Law Offices*, experiências inovadoras de grande sucesso implantadas nos Estados Unidos nos anos sessenta. A proposta desse tipo de programa é de proporcionar uma atenção integral às pessoas de baixa renda, consideradas não apenas individualmente, mas, sobretudo, coletivamente enquanto grupo social cujos problemas jurídicos normalmente estão associados a aspectos conjunturais os mais variados que não podem ser desconsiderados.

Esse modelo tem predominado nos países do continente americano, embora tanto nos Estados Unidos, como em muitos dos países latino-americanos⁸⁸, os governos somente reconheçam como obrigação constitucional o dever de prestar assistência judiciária apenas em causas criminais, o que é feito através das Defensorias Públicas. No que se refere à assistência judiciária nas causas cíveis, embora existam alguns programas que contam com financiamento público para determinados serviços jurídicos, ainda se revela de grande importância nesses países a atuação em caráter honorífico, *pro bono publico*, dos profissionais liberais que exercem a advocacia. Tal quadro resulta, na prática, na configuração de sistemas que devem ser classificados como mistos ou combinados.

Com essa breve exposição sobre os principais modelos de prestação de assistência jurídica em favor daqueles que não dispõem de recursos econômicos suficientes para buscar esses serviços junto aos profissionais liberais da advocacia

⁸⁸ Para uma visão panorâmica sobre as Defensorias Públicas no continente americano, conferir o número especial da « Revista Defensa Publica », editado no ano de 2003 pela « Asociación Costarricense de la Defensa Publica », contendo os anais do Primeiro Congresso Interamericano de Defensorias Públicas, ocorrido em San José da Costa Rica entre 23 e 26 de outubro de 2002.

privada, podemos passar agora ao estudo mais detalhado dos três sistemas que foram objeto das pesquisas realizadas durante o curso de Doutorado em Ciências Jurídicas.