

A Exclusão Legal da População Carente

Alexandre Lobão Rocha



Políticas Públicas
Direitos Fundamentais

© by Alexandre Lobão Rocha – 2009

FICHA TÉCNICA

Revisão e Composição

O Autor

Programação Visual

Flávio Lopes da Silva

Arte de Capa

Michelle Cunha

Supervisão

Victor Tagore

Impressão

Thesaurus Editora

ISBN: 978-85-7062-839-8

R672e Rocha, Alexandre Lobão
A exclusão legal da população carente / Alexandre
Lobão Rocha. – Brasília : Thesaurus, 2009.
192 p.

1. Assistência judiciária 2. Defensoria pública 3. Assistência jurídica gratuita 4. Políticas públicas 5. Direitos fundamentais

CDU 347.921.8

CDD 341.46218

Todos os direitos em língua portuguesa, no Brasil, reservados de acordo com a lei. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, incluindo fotocópia, gravação ou informação computadorizada, sem permissão por escrito do Autor. **THESAURUS EDITORA DE BRASÍLIA LTDA.** SIG Quadra 8, lote 2356 - CEP 70610-400 - Brasília, DF. Fone: (61) 3344-3738 - Fax: (61) 3344-2353 * End. Eletrônico: editor@thesaurus.com.br *Página na Internet: www.thesaurus.com.br

Composto e impresso no Brasil
Printed in Brazil

Meus agradecimentos ao Professor Doutor Frederico Augusto Barbosa da Silva pela orientação crítica, e aos Professores Doutores Luiz Eduardo Abreu e René Marc da Costa Silva pelas críticas e sugestões apresentadas durante a elaboração da dissertação de mestrado da qual resultou este livro.

Se o jurista limita a sua atividade como jurista ao direito emanado do Estado, isso traz como consequência [...] que ele se converte em seu instrumento, o que pode conduzi-lo, quando o Estado revista uma forma de governo tirânica e injusta, a converte-se num servidor da tirania.

Angel Latorre

SUMÁRIO

Introdução.....	11
CAPÍTULO 1	
Em Busca do Direito de Assistência.....	17
1.1 O Procedimento de Busca.....	17
1.2 Uma contextualização histórica da evolução dos direitos humanos.....	19
1.3 O Estado do Bem-Estar Social: tensão e crise na relação Estado/mercado e suas repercussões no campo dos direitos humanos.....	40
1.4 Regimes políticos e ações governamentais.....	48
1.5 O direito de assistência segundo uma tipologia dos direitos fundamentais.....	52
CAPÍTULO 2	
Identificando os Modelos de Assistência.....	57
2.1 Uma releitura da tipologia clássica.....	57
2.2 O tipo de modelo privado e seus subtipos.....	62
2.2.1 O subtipo “pro bono”.....	62
2.2.2 O subtipo de clínicas jurídicas das faculdades de Direito.....	65
2.2.3 O subtipo das organizações não-governamentais.....	69
2.2.4 O subtipo de “seguro social”.....	71
2.3 O tipo de modelo público e seus subtipos.....	73
2.3.1 O subtipo “judicare”.....	73
2.3.2 O subtipo público-estatal.....	76
2.3.3 O subtipo misto.....	80
2.4 Os tipos de modelo na América Latina.....	81
2.5 A necessidade da busca de alternativas.....	87

CAPÍTULO 3

A Assistência Jurídica Gratuita no Brasil	91
3.1 Do surgimento à institucionalização	91
3.2 A constitucionalização	100
3.3 As instituições.....	110
3.4 Uma visão crítica do subtipo público-estatal brasileiro.....	116
3.4.1 A Defensoria Pública da União.....	116
3.4.2 A Defensoria Pública nos Estados	125
3.5 Os subtipos de modelo privado “pro bono” e de clínicas jurídicas	129
3.6 Perspectivas	132

CAPÍTULO 4

Em Busca de Alternativas	139
4.1 Uma necessidade estratégica	139
4.2 A Constituição e o sistema de instituições essenciais à Justiça	140
4.3 A alternativa de expansão do tipo público-estatal de assistência jurídica gratuita pela sua defesa como direito subjetivo do administrado	154
4.4 A alternativa de expansão das clínicas jurídicas das faculdades de Direito	158
4.5 As alternativas do Terceiro Setor	166
Conclusão	185
Referências.....	189

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como ponto de partida a concepção de que o Direito é um fenômeno eminentemente político, na medida em que serve de instrumento para as forças políticas que atuam na definição da estrutura e organização básicas do Estado, bem como dos regimes políticos que regem as relações entre Estado e sociedade. Em consequência, a instrumentalização política do Direito rege essas relações, integra as ações de governo e revela o processo de escolha das prioridades no campo das políticas públicas, onde está incluída a efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito de acesso à Justiça.

A experiência adquirida ao longo de trinta e cinco anos atuando no Poder Judiciário Federal, cerca de vinte deles no campo da política pública de assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado brasileiro, despertou a indagação sobre os mecanismos de realização do direito fundamental de acesso à Justiça da população carente e sua potencial importância como instrumento de inserção social da massa de necessitados que vive, de fato, em situação de exclusão legal. Foi possível observar que, apesar da sucessão de governos e dos marcos regulatórios estabelecidos pela Constituição de 1988 – a primeira em nossa História a institucionalizar o modelo público-estatal de assistência – e pela Lei Complementar nº 80/94 – que definiu as regras de organização e funcionamento da Defensoria Pública nos planos federal e estadual – as transformações institucionais continuaram a ocorrer muito lentamente, sendo que, até o momento, muitas delas sequer saíram do plano programático legal, salvo casos isolados no plano

estadual. À alternância de governos, com filiações político-ideológicas distintas, e às inovações normativas introduzidas no ordenamento jurídico, não corresponderam ações governamentais que, ao menos efetivamente, aumentassem de forma significativa a capacidade de cobertura do serviço¹ e acelerassem o processo de democratização do acesso à Justiça da população carente. Além disso, o público alvo, constituído pela maioria da população brasileira, permanece à margem das mudanças pretendidas. Assim, o modelo público-estatal brasileiro estaria condenado a jamais ser implementado na sua plenitude, em decorrência das nossas peculiaridades regionais, como a extensão territorial, a imensidão do público alvo e sua incipiente capacidade de mobilização, seu desconhecimento ou sua baixa capacidade de adesão às regras institucionais, sua desconfiança quanto aos serviços públicos em geral, a descontinuidade dos programas de ação governamental, as disputas corporativas institucionais e ideológicas sempre presentes na arena pública estatal, as tensões implícitas na relação Estado/mercado agravadas pelo ambiente de crise fiscal e de escassez de recursos para financiar as políticas públicas, além de outros fatores que se foram desvelando com o aprofundamento das indagações.

Tornou-se imperioso investigar e discutir as causas subjacentes a esse quadro problemático, que contribui para a manutenção da exclusão legal num país onde o Estado Social de Direito é expressamente preconizado na Constituição, em fundamentos e princípios como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa (arts. 1º e 3º). Chegou-se, então, à elaboração da hipótese segundo a qual a efetivação dos direitos fundamentais dependeria do desenrolar de um processo de lutas e conflitos de classe condicionados por fatores sociais, políticos e culturais regionais que seriam determinantes para o

1. Segundo informação do Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, o Brasil tem um déficit de seis mil Defensores. Cf. entrevista publicada no jornal “Correio Braziliense”, *Sem chance de defesa*, 12 ago. 2008.

seu reconhecimento em situações de ruptura ou acomodação institucional. Portanto, na esfera macropolítica, o processo conflituoso atuaria na concepção do modelo de Estado e do regime político; e, na esfera micropolítica, repercutiria na concepção dos modelos de assistência à população carente, na medida em que os modelos são institucionalizados de acordo com o modelo de Estado e o regime político local. Assim, a verificação da hipótese passou a depender do exame das circunstâncias políticas presentes na construção dos direitos fundamentais nos países centrais, inclusive do direito de assistência, onde os modelos disponíveis foram gestados e, a partir dali, assimilados e adaptados pelos países periféricos como o Brasil. Estavam postas as premissas para uma proposta de diagnóstico e de exame de alternativas.

O recurso ao método narrativo histórico-descritivo foi inicialmente indispensável, já que a hipótese formulada demandava a incursão na História dos países centrais para identificar os momentos em que as lutas sociais e os conflitos de interesses resultaram em transformações políticas institucionais envolvendo a construção dos direitos fundamentais. Esse procedimento metodológico se desdobra ao ser associado a bases teórico-doutrinárias escolhidas no acervo da bibliografia comparada, particularmente daquela dedicada ao tema da assistência e pesquisada durante a elaboração do texto, inclusive no campo do direito comparado, daí extraindo ferramentas conceituais e tipológicas que viabilizassem a pretensão de chegar a uma análise de cunho científico do objeto de estudo, sem perder de vista o lado pragmático sustentado pela referida experiência empírica no campo.

No primeiro capítulo deste trabalho, o leitor é convidado a participar de uma busca para a localização do direito de assistência, numa viagem que se inicia pela sua contextualização em episódios ilustrativos da história da evolução dos direitos humanos, realizando a proposta de focalizá-los como produto de lutas sociais que levam a situações de ruptura e acomodação política, segundo os

referidos fatores regionais, e são ainda condicionadas pela relação Estado/mercado. Introduce-se uma tipologia dos modelos de Estado, onde se destaca o papel do Estado do Bem-Estar Social, tendo por pressuposto sua concepção como fórmula política de absorção pacífica dessas lutas e confrontos, trazendo-as para o interior da esfera pública institucional. Também é introduzida uma tipologia de regimes políticos, em razão de sua decisiva influência nas ações governamentais de implementação de políticas públicas, bem como uma tipologia dos direitos fundamentais, onde a nota de fundamentalidade é associada à possibilidade de defesa coativa de alguns desses direitos. Como se disse, pretende-se que esse instrumental auxilie na busca iniciada com a localização do direito de assistência na categoria dos direitos fundamentais, e daí à sua incorporação à base normativa constitucional dos Estados modernos.

No segundo capítulo, a viagem se reinicia para, então, visualizar as formas de realização da assistência por intermédio de modelos desenvolvidos nos países centrais, dos quais herdaram traços culturais e políticos circunstanciais. Identifica-se um processo evolutivo não linear, que tem início com ações privadas caritativas e que se desenvolvem e diversificam até gerar a caridade financiada pelos cofres públicos. Busca-se, então, estabelecer uma tipologia dos modelos de assistência que têm em vista o critério da fonte de financiamento, e a partir daí as variações são catalogadas como subtipos ou espécies dos tipos privado ou público, e analisadas separadamente. Nessa abordagem é utilizado o instrumental teórico atinente aos modelos de Estado e aos regimes políticos, tal como prenunciado no primeiro capítulo, pois se é fato que são determinantes no processo de absorção das lutas e conflitos pela estrutura institucional do Estado, condicionariam, portanto, a institucionalização da assistência. A mesma metodologia é empregada para traçar um breve panorama do serviço na América Latina. Ao final, diante da identificação dos tipos de modelo, anuncia-se a necessidade da busca de alternativas.

No terceiro capítulo, chega-se ao percurso brasileiro da busca pela assistência, retomando o recurso inicial da narrativa recorrente aos episódios históricos e atos legislativos relacionados à construção desse direito entre nós, e tendo como pano de fundo o jogo das forças políticas atuantes na conformação do modelo de Estado e no centro do regime político brasileiros. Examina-se a incorporação da assistência pelo ordenamento constitucional e suas instituições de execução, para, em seguida, iniciar o exercício crítico do subtipo público-estatal, prioritariamente adotado, e dos subtipos privados mais difundidos. O capítulo terceiro se encerra com a tentativa de traçar um quadro das perspectivas institucionais para o subtipo público-estatal, com base em decisões judiciais e iniciativas legislativas recentes e em tramitação no Congresso Nacional.

Finalmente, no quarto capítulo, verificadas as oscilações paradoxais na implementação do direito de assistência como parte das políticas públicas estatais, o itinerário de busca se desdobra no exame de alternativas identificadas dentro e fora da esfera pública, e que estão disponíveis no ordenamento jurídico infraconstitucional. Explora-se a possibilidade de expansão do subtipo público-estatal pela defesa coativa do direito de assistência, discute-se a expansão do subtipo privado das clínicas jurídicas das faculdades de Direito e do Terceiro Setor, tendo em vista a importância estratégica da efetivação desse direito para a democratização do acesso à Justiça e para a inserção social da maior parte do nosso tecido social pela via da arena pública do Poder Judiciário.

CAPÍTULO 1

EM BUSCA DO DIREITO DE ASSISTÊNCIA

1.1. O PROCEDIMENTO DE BUSCA

Este capítulo tem por objeto buscar a contextualização do direito de assistência jurídica sob quatro perspectivas desenvolvidas em ordem sucessiva, partindo de um contexto de referências macropolíticas da história dos direitos até chegar um contexto micropolítico da sua institucionalização no ordenamento jurídico do Estado. Assim, na primeira parte, procura-se focalizá-lo como produto das lutas sociais que marcaram a construção dos sucessivos modelos de Estado absolutista e liberal, e, portanto, como fenômeno que integra o contexto histórico da evolução dos direitos humanos na sua ampla acepção. A segunda tem em vista a assimilação dessas lutas e dos direitos daí resultantes pela relação Estado/mercado, geradora das tensões que influenciarão particularmente o modelo de organização do Estado do Bem-Estar Social e que, no seu interior, fomentarão a chamada crise fiscal ou de financiamento dos serviços públicos, especialmente daqueles atinentes à provisão de algumas categorias de direitos. Na terceira parte é introduzida uma tipologia de regimes políticos que tem em vista a análise das ações governamentais no campo das políticas públicas, de forma a tentar estabelecer uma relação entre tipo de regime, escolha política e ações institucionais direcionadas à implementação de direitos. E, finalmente, na quarta parte o direi-

to de assistência é localizado como tipo de direito fundamental expressamente previsto no ordenamento jurídico, que demanda realização por intermédio de modelos.

Esse exercício de busca, por sua vez, pretende fornecer elementos que permitam perceber que os modelos de realização desse direito são instrumentos de políticas públicas e por isso mesmo não estão imunes às ações ideologicamente orientadas, já que, ao viabilizarem o direito maior de acesso à Justiça, poderão ou não funcionar como um poderoso mecanismo de inserção social, expandindo ou não a base de participação democrática no regime político. Daí a importância de tentar estabelecer instrumentos de análise desses modelos de assistência, particularmente do adotado no Brasil, sua efetividade, perspectivas e eventuais alternativas.

Em síntese, a narrativa começa por associar o desenvolvimento dos direitos humanos às lutas sociais no interior das sociedades de origem, que, por sua vez, repercutem na construção de modelos de organização estatal e estão presentes na configuração dos regimes políticos e respectivas ações governamentais, para, então, chegar-se a uma tipologia de direitos fundamentais incorporados à ordem jurídica estatal, onde é situado o direito de assistência jurídica.

É importante realçar que, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, as expressões “assistência judiciária” e “assistência jurídica” serão eventualmente empregadas como sinônimos, embora historicamente tenham adquirido diferentes significados à medida que o próprio direito de assistência se desenvolve. Tendo em vista a relação entre uma e outra expressões, a “assistência jurídica” corresponde a uma etapa mais recente e tem conotação muito mais ampla, abrangendo toda e qualquer assistência relacionada ao campo do Direito, alcançando até mesmo as instâncias administrativas do Estado, enquanto que a “assistência judiciária” adquiriu conotação mais restrita para referir a assistência prestada apenas no âmbito das instâncias do Poder Judiciário. Portanto,

a assistência judiciária é hoje espécie da assistência jurídica. O mesmo ocorreu com o emprego das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, que aqui representam momentos da evolução genérica dos direitos do homem no contexto dos modelos de Estado e das relações entre este e o mercado. Se nos modelos absolutista e liberal as lutas tinham em vista a conquista e a universalização de direitos humanos de primeira geração – como o direito à vida, à liberdade e à propriedade –, no modelo do Bem-Estar elas se expandiram para afirmar os direitos humanos fundamentais, avançando gradativamente em múltiplas direções para institucionalizar direitos políticos, sociais e culturais no ordenamento jurídico, influenciando a formulação de um amplo conceito de democracia, não obstante os episódios de retrocesso.

1.2 UMA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Parte-se da premissa de que o exercício de busca de uma contextualização histórica dos direitos humanos só parece exequível se admitido o conflito de interesses como elemento imanente às relações numa sociedade de classes, onde, em última instância, o Estado serve de arena ao jogo político pela conquista de espaço no exercício do poder. Em conseqüência, esse conflito se transfere e integra as relações políticas entre sociedade e Estado na medida em que este é apropriado pelos estratos sociais mais organizados que se tornam dominantes. Sob este enfoque, é a referência a episódios determinados dessas relações políticas conflituosas que dão suporte fático à narrativa da evolução dos direitos humanos, revelando sua origem e transformações segundo fatores socio-culturais e circunstâncias políticas regionais, condicionantes das situações de ruptura ou acomodação, prevalentes nesses momentos históricos das relações entre sociedade e Estado. Assim,