

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 128
outubro/dezembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

A garantia fundamental de acesso do pobre à justiça

ALEXANDRE LOBÃO ROCHA

A liberdade de Prometeu significa o desaparecimento de todas as tiranias, e a ressurreição de Jesus, a morte de todos os dogmas. Um é a justiça humana e o outro a aspiração imortal para a justiça absoluta.

Guerra Junqueiro

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Indicadores históricos. 3. A assistência judiciária gratuita no Brasil. 4. A constitucionalização da assistência judiciária. 5. A assistência judiciária na Constituição de 1988. 6. A problemática da definição do destinatário da assistência jurídica gratuita. 7. Conclusão.

1. Introdução

Ao reunir alguns apontamentos sobre a garantia fundamental da assistência judiciária gratuita, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, buscávamos a síntese que captasse com precisão o impulso que sempre moveu o homem em direção ao ideal de justiça. E não foi sem surpresa que nos deparamos com o axioma acima, do Poeta e Deputado português Guerra Junqueiro que, com genialidade, traduz essa aspiração ao partir da aparente contraposição entre dois signos de nossa cultura para os revelar como manifestação de um mesmo desejo: a justiça.

De fato, seja do ponto de vista histórico-científico ou místico-religioso, é inevitável a constatação de que essa aspiração permeia ideologias e cultos como o objetivo a ser alcançado, a razão última implícita em todos os grandes movimentos da humanidade. Por isso mesmo, essa busca perene se sobrepõe inextricavelmente ao imobilismo das posturas dogmáticas e ao obscurantismo das tiranias que se

Alexandre Lobão Rocha é Membro da Defensoria Pública da União.

apresentam como obstáculos transitórios na caminhada rumo ao aperfeiçoamento social.

Interessa-nos aqui o enfoque sócio-jurídico do tema, na sua acepção mais ampla, isto é, enquanto questionamento sobre o nível de desenvolvimento de uma nação a ser avaliado do ponto de vista da democratização de seu aparato judiciário, sob a ótica do acesso do povo à justiça.

É comum incorrer no erro de aferir o grau de evolução de uma sociedade considerando exclusivamente fatores de ordem econômica, tais como o acesso a tecnologias sofisticadas ou a certos bens de consumo.

As facilidades proporcionadas pelo avanço tecnológico, principalmente na área da atividade produtiva, contribuíram para a difusão dessa visão unilateral e, portanto, distorcida, que relega a um plano secundário os indicadores sociais. Ignora-se que a conquista tecnológica é útil na medida em que, pelo menos em tese, deve trazer a redução do tempo empregado no trabalho em benefício do lazer. Essa evolução tem nítidas repercussões no complexo das relações sociais e deu origem a novos conflitos de interesses.

A defasagem na relação entre conquista tecnológica/benefício social é visível mesmo nas sociedades economicamente mais desenvolvidas, pois não houve a indispensável modernização da máquina do Estado no compasso das novas expectativas da sociedade.

Uma das conseqüências desse fato é a sobrecarga e o descrédito do aparato judiciário. O problema se agrava e toma proporções calamitosas nos países menos desenvolvidos, particularmente na faixa intermediária denominada de "Terceiro Mundo" onde o acesso à justiça está ainda mais restrito às camadas favorecidas da população. Nestes, o aparato judiciário apresenta nítidos sinais de esgotamento, sendo alvo de crescente preocupação. Se o Poder Judiciário não tem como cumprir sua finalidade precípua de garantir a solução pacífica dos diversos conflitos de interesses, há o comprometimento de toda a estrutura do Estado pelo aumento da marginalização das camadas mais pobres, e o conseqüente recrudescimento da violência e das taxas de criminalidade.

As estatísticas dos grandes centros urbanos constituem o sintoma mais visível da relação paradoxal que ali se estabeleceu. A deficiência dos mecanismos de Estado provoca a busca de soluções alternativas pela sociedade.

Por exemplo, a "solução" encontrada pela "classe média" ao procurar os denominados "condomínios fechados" para fugir da violência crescente, provocando o surgimento de uma indústria imobiliária e de segurança. Ou ainda, o desenvolvimento das organizações internacionais de narcotraficantes, fortemente armadas, que transformaram as áreas periféricas miseráveis dos grandes centros em verdadeiras unidades autônomas, valendo-se da própria deficiência do Estado para excluí-lo.

A democratização do acesso à justiça, como garantia fundamental e instrumento de aperfeiçoamento social, aliada à reestruturação do Poder Judiciário, não mais podem ser postergadas sob pena de tornar irreversível o colapso do Estado democrático frente às expectativas da nação.

É a sociedade quem determina a dinâmica dessa busca de justiça de acordo com suas necessidades. Por esta razão, o mais seguro indicador de desenvolvimento de um povo é o seu nível de acesso ao aparato judiciário do Estado na medida em que quanto maior o acesso à justiça maior também será a perspectiva de paz social.

De nada adiantará desviar a discussão de seu eixo principal – acesso à justiça/reestruturação do Judiciário – reduzindo-a à simples proposição de um "controle externo do Judiciário" que, por ser um aspecto superficial do problema, jamais evitará o agravamento da crise entre a sociedade e o Estado.

2. Indicadores históricos

Impossível fixar com precisão quando teria surgido o primeiro esboço da assistência judiciária pública como instrumento de defesa do cidadão carente, já que sua origem se perde no tempo. Contudo, é importante lembrar alguns referenciais históricos para que se tenha uma idéia da dimensão temporal do problema.

É certo que as disputas territoriais tiveram papel preponderante na formação das sociedades tribais, condicionando a aglutinação de indivíduos com o mínimo de hierarquia e organização política. "Em cada tribo existia geralmente um chefe supremo, que era um chefe guerreiro e que, em tempo de paz, distribuía a justiça segundo um direito costumeiro. Entretanto, devia este chefe, relativamente a casos que representassem certa gravidade, solicitar instruções do conselho de anciãos, isto é, dos chefes de famílias mais numerosas e influentes" (Gaetano Mosca e Gaston Bouthoul, in *História*

das Doutrinas Políticas, 4ª ed., Zahar Editores, 1975, p. 16).

Sem dúvida, à classe política dirigente, composta pelos chefes militares, incumbia a distribuição de justiça dentro de um processo extremamente rudimentar. Quando admitida, a defesa era exercida pelo próprio indivíduo. Raramente, e conforme o caso, permitia-se o auxílio de representante de sua família ou clã.

Os historiadores do tema convergem ao apontar o Código de Hamurabi (Babilônia – séc. XXI a.C.) como o primeiro registro documental da preocupação com o princípio da equidade para ao menos tentar evitar a discriminação nos julgamentos. Eis a fórmula prescrita pelo próprio imperador:

...“para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça.” (Jayme de Atavila, in *Origem dos Direitos dos Povos*, 3ª ed., Melhoramentos, p. 43).

Outros registros remontam à fundação de Roma (séc. VIII a.C.). Ao tratar de sua organização institucional, Rômulo atribuiu a denominação de “patronos” aos poderosos do povo, a quem caberia a “proteção” dos menos favorecidos, que chamou de “clientes”. “Os patronos explicavam as leis aos seus clientes, defendiam-nos em juízo, aconselhavam-nos e os ajudavam em tudo. Em troca os clientes mostravam seu devotamento não apenas honrando seus patrões, mas até mesmo auxiliando-os no pagamento de dívidas” (Plutarco, in *Vidas Paralelas*, 1ª ed., Paumape, 1991, v. I, p. 64).

Em Atenas, durante longo tempo prevaleceram as famigeradas *Leis de Draco*, que praticamente nenhuma oportunidade de defesa asseguravam aos que considerava criminosos, prevendo a pena de morte para quase todas as faltas. Consta que, em meio a uma discussão sobre as razões que o teriam levado a esse extremo, o jurisperito Draco respondeu: “As faltas pequenas, julguei que mereciam esse castigo; para as grandes, não encontrei castigo maior”.

Coube a Sólon (séc. VI/VII a.C.), legislador considerado um dos “Sete Sábios da Grécia”, abolir as *Leis de Draco*, instituindo o julgamento popular, onde os magistrados apenas presidiam e o povo manifestava sua decisão através de seixos brancos ou negros.

Evidentemente, essa profunda mudança constituiu um marco na evolução do direito de defesa. Porém, a preocupação com o acesso e a distribuição da justiça sempre permaneceu na pauta dos debates entre os filósofos. Ao tomar conhecimento das reformas de Sólon, o filósofo Anacársis vaticinou: “As leis são como teias de aranha: segurarão os mais fracos e os pequenos que se deixarão apanhar, mas serão despedaçadas pelos fortes e poderosos” (Plutarco, ob. cit., p. 174).

A partir desse período, há registros seguros do pagamento de certas quantias pelos litigantes aos magistrados, com a finalidade de manutenção dos juízos. Todos aqueles que recorriam a esse serviço do Estado estavam obrigados ao recolhimento de taxas. Não raro, a condenação criminal vinha acompanhada de pena pecuniária ou de prestação de serviços ao ofendido. No âmbito do Direito Civil, o acesso era restrito aos que dispunham de meios para litigar em juízo.

Com o advento do movimento cristão, inicia-se a primeira grande revolução na cultura ocidental, que provocou radicais transformações institucionais por onde se difundiu. Sua doutrina, nascida como produto da opressão vivida pelas camadas excluídas, preconizava a busca de justiça plena, ameaçando principalmente a hegemonia do Império Romano.

O tempo se encarregou de demonstrar a irresistível força da doutrina cristã. E foi sob essa influência que o Imperador Constantino (séc. III/IV d.C.) promulgou o “Edito de Milão”, passando a tolerar o cristianismo em todo o Império Romano. Nessas circunstâncias históricas, Constantino teria sido o primeiro a determinar que os pobres estavam isentos do pagamento de custas e seriam defendidos gratuitamente. Suas causas deveriam ser levadas em primeira instância perante o próprio imperador. Aqui, reconhecidamente, surge o embrião da assistência judiciária gratuita com a finalidade de garantir ao pobre o acesso à justiça. Note-se, porém, que a isenção do pagamento de taxas – hoje denominada justiça gratuita – foi a primeira medida. Posteriormente, adveio a assistência judiciária gratuita.

Mas a consolidação do Direito Romano somente veio a ocorrer com Justiniano (séc. V/VI d.C.). São famosos o “Digesto” ou “Pandectas” e as suas “Institutas”, verdadeiro manual do direito vigente com a fina-

lidade de facilitar aos jovens o aprendizado jurídico, como parte da sua estratégia de manter a unidade do Império Romano. O acervo passou à *Idade Média com a denominação de "Corpus Iuris Civilis"*. E foi Justiniano quem incorporou definitivamente ao Direito Romano a prática de dar advogado às partes que não o tivessem, transformando a assistência judiciária em um *dever do Estado*. Este, o marco fundamental do instituto assimilado gradativamente pelo direito europeu.

O crescimento do cristianismo como doutrina religiosa há muito vinha provocando o inevitável confronto entre o poder e a autoridade da Igreja com os dos chefes de estados, centralizando as discussões político-institucionais.

A extinção do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) coincide com o adensamento dos movimentos bárbaros que varrem a Europa, levando ao caos o que se chamou de civilização antiga.

Assim, durante o período a que se convencionou chamar de *"Idade Média"*, praticamente nenhuma evolução significativa se registrou desde Justiniano.

Contudo, é na Inglaterra feudal, do século XIII que surge a *"Magna Carta"*, verdadeira linha divisória na história dos direitos e garantias individuais e, portanto, do acesso à justiça. Embora aparentemente não tenha estreita relação com o estudo específico da assistência judiciária gratuita, a *"Magna Carta"* já antecipava a fórmula do que se tornou o principal instrumento de defesa do cidadão: o *habeas corpus*. No seu art. 39 preconizava:

"Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país".

É claro que o preceito visava estabelecer limites aos poderes monárquicos, principalmente no que se refere à nobreza. Mas, sem dúvida, não tardou a ganhar amplitude, instrumentalizando a fórmula inicial de acesso à justiça.

Em geral, durante longo tempo a construção do direito europeu se deu a partir de notórias influências do legado romano e do pensamento cristão.

Só no século XVIII, com a deflagração do

movimento humanista em reação à tirania do absolutismo, ocorrem as transformações sócio-econômicas que virão a marcar definitivamente o pensamento político-filosófico ocidental, proporcionando condições para o surgimento do estado moderno.

As idéias de Locke, Rousseau, Montesquieu e outros filósofos europeus ganharam força mundial. O movimento libertário tornou-se irreversível pela sua rápida propagação, vindo a gerar a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia – ex-colônia inglesa – em 12 de janeiro de 1776, que precedeu a independência americana, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, reconhecida pela Assembléia Constituinte francesa em 27 de agosto de 1789.

A Declaração de Virgínia é precursora no que diz respeito a dar dimensão "constitucional" ao direito de defesa nos processos criminais, sob inspiração dos textos de Thomas Jefferson e John Adams.

A Carta de Direitos, elaborada a partir de conceitos emitidos também por Thomas Jefferson e James Madison, é outro documento de grande relevância histórica por ter originado as dez primeiras emendas à Constituição americana de 1787, publicadas em 1791. Note-se que propositadamente destacamos não a Constituição de 1787, mas a Carta de Direitos, porque as alterações substanciais que introduziu foram a condição imposta por vários estados independentes para aderir à federação.

Importa aqui lembrar o quinto preceito da Carta de Direitos por assegurar, constitucionalmente, um dos fundamentos pertinentes ao acesso à justiça e à assistência judiciária:

"V – direito a julgamento público e rápido por júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tenha sido cometido, com direito a provas de defesa e assistência de um advogado;"

É incontestável o papel da Revolução Francesa como marco na evolução dos direitos humanos. Porém, a assimilação da assistência judiciária como garantia fundamental de acesso à justiça só ocorreu ali em 1791, ou seja, posteriormente à Constituição americana.

Em 22 de janeiro de 1851, foi publicado na França o primeiro Código de Assistência Judiciária que oficializou essa denominação ao serviço público de assistência jurídica ao cidadão.

3. A assistência judiciária gratuita no Brasil

No que diz respeito a precedentes históricos mais próximos da realidade brasileira, as Ordenações do Reino foram inicialmente nossa principal fonte de todo o direito. Essas compilações de leis vigentes em Portugal, publicadas nos séculos XV, XVI e XVII, tinham nítida inspiração no Direito Canônico dada a influência da Igreja no reino português. A série tem início com a promulgação das Ordenações Afonsinas, precisamente em 1446, durante o reinado de D. Afonso V. Seguem-se-lhes as Ordenações Manuelinas, organizadas por ordem de D. Manuel I e publicadas em edição definitiva no ano de 1521. Sua aplicação foi estendida ao Brasil até 1532, quando ocorreu a divisão do nosso território em capitanias, fato que demandou a adaptação de vários de seus dispositivos através das “cartas de doação” e dos “forais”.

Por último, vieram as Ordenações Filipinas, que constituem um capítulo à parte não só porque editadas à época em que Portugal estava sob o reinado espanhol, iniciado com Felipe II (1581), mas principalmente por terem introduzido profundas transformações na organização da justiça, disciplinando o processo civil e criminal. Promulgadas em 1603, já quando Felipe III ocupava o trono, tiveram vigência mesmo após a queda do domínio espanhol, adquirindo características essencialmente portuguesas, assimiladas dos procedimentos consuetudinários, com a Lei de Confirmação de 1643. São de fundamental importância para a compreensão histórica do Direito Civil brasileiro, pois somente foram substituídas em 1917 pelo Código Civil brasileiro.

Logo no seu início (Livro I, Título I), ao dispor sobre os requisitos para o cargo de Regedor da Casa de Suplicação – “o maior Tribunal de Justiça de nossos Reinos” – é perceptível alguma preocupação com o acesso e o tratamento dos necessitados quando recomenda:

...“deve temperar a severidade, que seu cargo pede, com paciência e brandura no ouvir as partes, que os homens de baixo estado, e pessoas miseráveis achem nele fácil e gracioso atendimento, com que sem péjo o vejam, e lhe requeiram sua justiça, para que suas causas se não percam ao desamparo, mas hajam bom e breve despacho”.

No seu Título LXII, encontramos disposições regulamentadoras da atividade dos “solicitadores” e “prelados”, incumbindo-lhes agir em defesa dos recolhidos a hospitais e albergarias.

Porém, é no Terceiro Livro das Ordenações, Título XXVIII, que há expressa referência à assistência judiciária aos “miseráveis”:

“1. E os Clérigos e Religiosos não vão às audiências para advogar, nem procurar por outrem, salvo se por si, ou pelos seus, ou por aqueles, por quem de Direito o podem fazer, assim como por suas Igrejas, e pelas pessoas miseráveis, e por seus pais, ou mães, ou outros ascendentes, ou irmãos”...

Constata-se que, por força da evidente inspiração do Direito Canônico a que nos reportamos, excepcionalmente reconhecia-se aos membros da Igreja Católica a representação dos necessitados em juízo.

Embora se trate de um capítulo à parte na história do Direito, a Legislação Penal Militar contém registros de antecedentes formais na atuação de advogados perante os chamados “Conselhos de Guerra”. Já o Decreto de 5 de outubro de 1778 permitia aos “delinquentes militares”, em tempo de paz, nomear advogado para sua defesa, desde o ato de interrogatório.

Tais precedentes portugueses tiveram ampla aplicação no Brasil mesmo após a Proclamação da Independência, que não trouxe consigo alteração significativa no quadro existente. Até mesmo a Constituinte de 1823 ignorou o problema.

Todavia, serão fatores de ordem econômica que virão a ter influência decisiva em todo o plano institucional do País. Trata-se da questão escravagista sobre que se assentava toda a economia do império português.

A Revolução Industrial, protagonizada pela Inglaterra, demandava transformações de mercado incompatíveis com a realidade portuguesa. Cresciam as pressões internacionais no sentido da substituição do trabalho escravo, que sustentava a produção agromineral das colônias, alimentado pelo intenso tráfico de mão-de-obra de origem africana.

É nesse contexto que vem a destacar-se a atuação do *Instituto dos Advogados do Brasil* como força engajada no movimento abolicionista. É reconhecido o papel de seus presidentes – Carvalho Moreira, Silveira da Mota, Urbano Pessoa, Perdigão Malheiros, Nabuco de Araújo

e Saldanha Marinho – na defesa dos negros escravizados.

Mas, coube ao estadista Nabuco de Araújo (pai de Joaquim Nabuco), ex-Deputado e Senador, Presidente de São Paulo e ex-Ministro da Justiça, lugar de destaque na discussão e proposição de soluções para a questão da assistência judiciária aos pobres. Foi dele a iniciativa de criar um “conselho” do Instituto dos Advogados, no Rio de Janeiro (1870), com o propósito de garantir a assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais.

Merece registro, ainda, o trabalho desenvolvido por José Joaquim Peçanha Póvoas, no Rio de Janeiro, ao propor centenas de ações contra os exploradores da prostituição escrava.

Naturalmente, o imenso contingente de escravos, na expectativa de adquirir cidadania, viria a constituir nova massa de clientes a demandar prestação jurisdicional.

Sem dúvida, o movimento abolicionista foi um dos principais ingredientes políticos que resultaram na Proclamação da República.

Nessas circunstâncias, surge o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, outorgado pelo Governo Provisório da República, que, ao tratar da organização da Justiça do Distrito Federal, instituiu oficialmente a assistência judiciária gratuita no Brasil, ao estabelecer:

“Art. 175 – Os curadores geraes se encarregarão da defesa dos presos pobres, à requisição do presidente do Jury ou da camara criminal.

Art. 176 – O Ministro da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos necessários.”

Contudo, a implementação da assistência judiciária só aconteceu mais de seis anos depois, quando o Vice-Presidente da República Manoel Vitorino Pereira, e o Ministro da Justiça Amaro Cavalcanti fizeram publicar o Decreto nº 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, organizando a nova instituição no então Distrito Federal. Dentre as inovações trazidas, o Decreto procurou estabelecer parâmetros para o conceito de “pobre” como destinatário do novo serviço público:

“Art. 1º – É instituída no Distrito Federal a Assistência Judiciária, para o

patrocínio gratuito dos pobres que forem litigantes no cível ou no crime, como autores ou réos, ou em qualquer outra qualidade.

Art. 2º – Considera-se pobre, para os fins desta instituição, toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família.”

A partir da edição do Decreto nº 2.457, várias unidades da federação passaram a seguir os princípios básicos ali introduzidos, que subsistiram por cerca de vinte anos.

Com o advento do Código Civil, em 1916, houve verdadeira revolução legislativa que repercutiu decisivamente no âmbito do direito processual, à época também remetido à esfera de competência dos estados. Em consequência, os códigos estaduais sofreram modificações substanciais buscando compatibilidade com a nova lei. O momento de intenso debate nos foros locais proporcionou condições para o aperfeiçoamento e difusão da assistência judiciária gratuita, que foi gradativamente assimilada pelas legislações regionais.

A exceção, por pioneirismo, está no Código de Processo do Estado da Bahia, de 1915, que dedicou capítulo especial ao tema: *Da Representação Judicial das Pessoas Pobres* (arts. 38 a 43). Coube ao ilustre Professor Eduardo Espinola a autoria do projeto que serviu de paradigma aos demais legisladores estaduais.

Importante realçar que, apesar de se ter estruturado regionalmente, a instituição chegou a patrocinar causas em nível federal.

A propósito, em 30 de outubro de 1920 é publicado o Decreto nº 14.450, que tratava da organização judiciária e do processo militar em todo o País, dividindo-o em circunscrições e trazendo uma inovação: a assistência judiciária gratuita militar com atuação exclusiva no plano federal. Eis o que assegurava:-

“Art. 183 – Para cada uma das circunscrições a que se refere o art. 1º, o Governo nomeará um advogado incumbido de patrocinar as causas em que forem réos praças de pret ...

Paragrapho unico – Os advogados assim constituídos perceberão a gratificação fixada na tabela anexa.”

Esses advogados, a quem incumbia assistir

à camada mais baixa da hierarquia militar – as denominadas “praças de pret” – nos processos penais militares, com remuneração fixada em lei, pagos pela União, constituíram o embrião da assistência judiciária gratuita no plano federal.

Note-se, porém, que, em qualquer caso, o direito de acesso à justiça, embora viesse ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, permanecia restrito à legislação ordinária. Ainda não havia seu reconhecimento como garantia constitucional.

4. A constitucionalização da assistência judiciária

Tanto a primeira Constituição brasileira – Imperial de 1824 – como a segunda – Republicana de 1891 – omitiram-se sobre a matéria que, nos países mais avançados, rapidamente evoluía para o *status* de garantia fundamental.

Já enfatizamos que, antes da Proclamação da República, o Instituto dos Advogados exerceu o papel de catalizador de forças, obrigando o primeiro governo republicano a legislar sobre a assistência judiciária.

As transformações resultantes da Proclamação da República operaram-se lentamente e de forma tumultuada em razão do jogo de forças que disputava a hegemonia pelo poder.

A década de 20, em especial, foi marcada por momentos de grande turbulência político-institucional, resultantes do confronto entre essas forças políticas predominantes no cenário nacional: a velha oligarquia dos “coronéis”, que detinha o poder de fato; os militares influenciados pelo “tenentismo” de 1922; e os movimentos revolucionários de orientação esquerdista, emblematicamente representados pela figura de Luís Carlos Prestes.

Em meio a esse clima, a 18 de outubro de 1930, criou-se a *Ordem dos Advogados do Brasil* que, a exemplo do que ocorrera com o Instituto dos Advogados, assumiu o patrocínio dos necessitados como uma obrigação profissional, agora sujeitando o infrator à pena de multa. A nova instituição classista engajava-se assim na luta pela supremacia dos direitos individuais, que estava na base da discussão sobre os destinos do País.

Com a Revolução de 1930, em 11 de novembro, Getúlio Vargas instaura o Governo Provisório da Segunda República, priorizando o que chamou de “questão social”, e logo marca eleições para a Assembléia Consti-

tuinte. Derrotada a Revolução Constitucionalista de 1932, realizam-se as eleições em 3 de maio de 1933. A 16 de julho de 1934 é promulgada a terceira constituição brasileira, ou a segunda da República.

Finalmente, a assistência judiciária é erigida em garantia constitucional, nos termos preconizados pela Carta de 1934, que no seu Título III, Capítulo II, ao dispor *Dos Direitos e Garantias Individuais*, estatuiu:

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

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

Sem dúvida, a conquista é um marco na história da assistência judiciária no Brasil, mas, sobretudo, tem ainda maior significação por se incorporar ao conjunto dos direitos de cidadania.

Observe-se também que a norma constitucional refletiu a preocupação de expandir o conceito de assistência judiciária, muitas vezes alvo de interpretação equivocadamente restrita, pois entendido como simples isenção do pagamento das custas processuais.

Porém, novos acontecimentos políticos decorrentes da radicalização ideológica levaram o país a outro período conturbado. Surgiu a Ação Integralista Brasileira, partido político de orientação fascista chefiado por Plínio Salgado, e reorganizou-se o Partido Comunista, liderado por Luís Carlos Prestes. Getúlio Vargas promove um golpe de estado, dissolvendo a Câmara e o Senado, e revogando a Constituição de 1934.

É decretada a Constituição de 1937 que instaura o “Estado Novo”. O poder passa a concentrar-se nas mãos do Chefe do Executivo, que governa através de decretos-leis. O regime é de exceção e, assim, conseqüentemente, são impostas inúmeras restrições às liberdades individuais. A conquista de 1934 é banida do texto constitucional.

Somente com o fim da Segunda Guerra Mundial ressurgem os movimentos pela redemocratização, obrigando Getúlio Vargas a convocar eleições para 2 de dezembro de 1945. Contudo, Vargas perdera a credibilidade e, em 29 de outubro

daquele ano, é deposto pelas Forças Armadas. É eleito o General Eurico Gaspar Dutra, ex-Ministro da Guerra de Vargas.

Em 2 de fevereiro de 1946 instala-se a Assembléia Nacional Constituinte que, a partir das Cartas de 1891 e 1934, em 19 de setembro de 1946 promulga a nova Constituição. A assistência judiciária aos necessitados volta a integrar definitivamente o elenco dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 141, § 35: "O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.").

A rigor, a retrospectiva da história brasileira revela que sempre se alternaram breves períodos de normalidade democrática com situações de perturbação institucional.

Assim, não obstante em 1964 ocorra outro golpe de estado, promovido por um Comando Militar Revolucionário e com apoio de setores conservadores da sociedade, foi mantida a garantia constitucional da assistência judiciária na Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967 (art. 150, § 32: "Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.").

A característica marcante desse período foi o exercício do poder através da edição dos chamados atos institucionais e dos velhos decretos-leis. Em 13 de dezembro de 1968 é "editado" o Ato Institucional nº 5, que, ao impor diversas restrições aos direitos e liberdades individuais, rompe decisivamente a ordem constitucional, dando novo rumo ao regime militar.

A 31 de agosto de 1969, o Marechal Arthur da Costa e Silva é afastado da Presidência pelo Ato Institucional nº 12, substituído por uma junta militar composta pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Daí advém a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que, por seu conteúdo, é na verdade outra constituição. Ainda assim, permaneceu a assistência judiciária gratuita como uma das poucas garantias asseguradas ao cidadão.

Dezoito anos depois, em 27 de novembro de 1985, é promulgada a Emenda Constitucional nº 26, convocando a Assembléia Nacional Constituinte que, a 5 de outubro de 1988, entrega ao país sua atual Constituição.

5. A assistência judiciária na Constituição de 1988

Perscrutar o passado pode permitir a melhor compreensão do presente e a antevisão do futuro. Assim, a História está repleta de exemplos demonstrativos de que, após um período

de regime de exceção, segue-se um natural período de euforia e ansiedade pelo resgate das liberdades cerceadas.

Destarte, é inevitável recordar, em paralelismo, o que aconteceu ao fim do Estado Novo e à Constituinte de 1946, e ao término do Regime Militar e à Constituinte de 1988. Guardadas as circunstâncias de um e outro momento históricos, a tônica das Assembléias Constituintes foi a busca de consolidação da democracia como opção política a que se pretende dar perenidade, porquanto, em tese, seria produto do exercício da cidadania plena.

Talvez essa seja a explicação para o que se denominou de "Constituição Cidadã". Essa preocupação está presente na própria estrutura organizacional do texto constitucional de 1988, pois pela primeira vez o seu Título I, que sempre fora reservado à "organização nacional" ou "federal", cuidou *Dos Princípios Fundamentais* a serem cultivados e preservados, além de presidirem todas as ações de Estado. Também pela primeira vez, empregou-se a expressão "Estado Democrático de Direito" complementando a definição da forma de governo republicana, tal como se fez inserir no texto do artigo 1º:

"Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
 - II - a cidadania;
 - III - a dignidade da pessoa humana;
 - IV e V - omissis."
- (Grifamos).

Dentro dessa perspectiva, ao longo do texto constitucional constata-se essa preocupação quase obsessiva com a afirmação da cidadania como delimitadora do papel do Estado.

Os direitos e garantias individuais, antes um capítulo que sempre integrara o título *Da Declaração de Direitos*, foi trazido para o pórtico da Constituição dando nome ao seu Título II, além de ter sido alterado significativamente para *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*.

Percebe-se com nitidez os avanços assimilados pela Carta de 1988 que, sem sombra de dúvida, pode ser considerada uma das mais completas do mundo na matéria.

Mantido dentre os direitos e garantias

fundamentais, o instituto da assistência judiciária ganhou nova definição que lhe ampliou consideravelmente o alcance:

“Art. 5º – *omissis*.”

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Antes o texto constitucional falava em *assistência judiciária*, compreendendo, portanto, apenas a assistência jurídica gratuita em Juízo, exclusivamente no âmbito de ações judiciais. Agora, incumbe ao Estado prestar *assistência jurídica integral* aos necessitados, ou seja, essa assistência passa a ter muito maior abrangência, extrapolando os limites das ações judiciais, pois onde quer que se faça necessária a presença de um advogado, o cidadão comprovadamente necessitado terá direito de invocar a assistência do Estado.

E foi pretendendo dar eficácia a essa garantia fundamental que a Constituição, no seu Título IV, Capítulo IV, ao tratar *Das Funções Essenciais à Justiça*, incluiu a Defensoria Pública:

“Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, foi sancionada a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que “organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados e dá outras providências”.

Indiscutivelmente, este é um marco na história brasileira da evolução dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, já que a assistência jurídica ao necessitado finalmente é atribuída a uma instituição pública a partir do nível federal e com preceitos orientadores para sua organi-

zação regional.

Em 1º de dezembro de 1994, nomeado pelo Presidente da República Itamar Franco e tendo como Ministro da Justiça o Dr. Alexandre Dupeyrat, tomou posse, com mandato de dois anos (art. 6º, da Lei Complementar nº 80/94), o primeiro Defensor Público Geral da União, Dr. Antonio Jurandy Porto Rosa, escolhido dentre os advogados de ofício do quadro da Justiça Militar. Curioso notar que esses advogados de ofício, juntamente com aqueles que atuam junto ao Tribunal Marítimo, são os primeiros integrantes da Defensoria Pública da União precisamente porque já exerciam suas funções em nível federal, depois de aprovados em concurso público de provas e títulos, e por isso foram aproveitados.

6. *A problemática da definição do destinatário da assistência jurídica gratuita*

Desde os primórdios da assistência judiciária gratuita, hoje assistência jurídica, esteve presente o problema de definição de quais seriam os beneficiários do instituto, isto é, da clientela da Defensoria Pública, pois obviamente, como se trata de um serviço público gratuito, sua prestação deve restringir-se àqueles que efetivamente não possam suportar os custos da contratação de um advogado particular.

Em última análise, a garantia constitucional visa assegurar o acesso indiscriminado à justiça, ou seja, independentemente da condição econômica do cidadão, buscando dar eficácia ao princípio de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, da CF).

Assim, permitir que aquele que tem condições de pagar um profissional venha a beneficiar-se desse serviço público gratuito é colaborar para o seu enriquecimento ilícito (Lei nº 8.429/92).

Inicialmente, era o “pobre” o destinatário da norma. O termo, extremamente vago e sujeito a subjetivismos, dava margem a inúmeras controvérsias que desembocavam nos tribunais, pois cabia ao juiz a última palavra sobre a concessão da assistência. Posteriormente, tendo em vista a interpretação jurisprudencial, percebeu-se a necessidade de ampliar o alcance do instituto, substituindo-se o “pobre” por “necessitado”, este entendido como toda pessoa impossibilitada de suportar as custas do processo sem sacrificar sua própria manutenção ou de sua família (Decreto nº 2.457, de 8.2.1897, supracitado).

Mas, até então, o legislador tinha em vista precipuamente a isenção das custas processuais, não obstante o papel desempenhado pelas defensorias públicas nos estados.

Mais de meio século se passou, desde o Decreto nº 2.457, até que viesse a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, procurando definir a condição de "necessitado" como aquele cuja situação econômica não lhe permita arcar com as custas do processo e com os *honorários de advogado*, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, tal como se extrai do seu art. 2º, parágrafo único.

A mesma lei prevê que o pedido de assistência deve ser endereçado ao juiz da ação, instruído com um *atestado de pobreza*, a quem cabe decidir sobre a concessão do benefício.

Salvo pequenas alterações não-substanciais, é ainda a Lei nº 1.060/50 que regula a matéria, dando margem a intensa polêmica não só entre os estudiosos e profissionais do ramo, como nos tribunais, principalmente depois da edição da Lei Complementar nº 80/94, que organizou a Defensoria Pública.

Ora, não é difícil perceber as transformações experimentadas pelo País ao longo de quarenta e cinco anos, bastando lembrar que a população praticamente triplicou (éramos cerca de 52 milhões em 1950). A exigência de um simples *atestado de pobreza*, fornecido pela *autoridade policial*, é por si só inidônea para comprovação da condição de *necessitado*.

Ademais, a Lei Complementar nº 80/94 estabeleceu como princípio norteador da atividade da Defensoria Pública a *independência funcional*, nos termos dos seus arts. 3º e 43, inciso I, *derrogando* a Lei nº 1.060/50 quando determina que o interessado em obter a assistência jurídica gratuita deve requerê-la ao *juízo competente*.

Portanto, urge que o legislador corrija essa situação anacrônica, editando um novo diploma sintonizado com a nossa realidade sócio-econômica, dirimindo as divergências de entendimento que começam a se propagar pelos tribunais e, acima de tudo, esclarecendo o destinatário desse serviço público gratuito.

7. Conclusão

Segundo dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – o Brasil tem hoje cerca de 12% de sua população constituída de "pobres indigentes", o que significa 16,6 milhões de pessoas! Esse número assustador se multiplica calamitosamente se tivermos em vista que a clientela potencial das defensorias públicas é composta pela faixa da população que

não pode arcar com as despesas de contratação de um advogado.

Recorde-se mais que as questões do menor, da população carcerária, das pequenas causas, do consumidor lesado, além de outras, também deveriam passar pela Defensoria Pública, pois estão incluídas entre suas funções institucionais (art. 4º, da LC nº 80/94).

Sem embargo das iniciativas governamentais para tentar reverter esse quadro de falência do Poder Judiciário, como por exemplo a recente edição da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais para pequenas causas, até agora não se conseguiu implantar a Defensoria Pública, com seus quadros, infra-estrutura e remuneração condizentes com as demais funções essenciais à justiça, o que repercute diretamente nos estados da Federação, comprometendo toda a estrutura judiciária.

Essa realidade atesta que, no Brasil do fim do segundo milênio, o direito fundamental de acesso do pobre à justiça foi apenas proclamado. Para torná-lo efetivo basta vontade política.

Enquanto o crime organizado e a violência vão tomando conta dos grandes centros urbanos e particularmente das penitenciárias e delegacias abarrotadas, o Estado se omite mesmo tendo à mão um instrumento de amplo alcance social, como as defensorias públicas, que podem ser um aliado eficaz na reversão dessa perspectiva sombria.

Ignora-se a bem sucedida experiência americana de opção pelo "advogado público" como agente de combate à pobreza – *Legal Services Corporation* – já a caminho de sua disseminação através dos "escritórios de vizinhança", localizados em centros comunitários de contato direto com a clientela necessitada.

São decorridos mais de sete anos da promulgação da "Constituição Cidadã" sem que o Estado tenha assumido o pragmatismo indispensável à viabilização da cidadania plena, principal alicerce do regime democrático. O sentimento de frustração e descrédito prolifera nas camadas mais pobres, motivando a solução marginal de conflitos de interesses. Corremos o risco de, ao despertarmos para a nossa dura realidade, termos perdido um tempo irre recuperável.

Dois mil anos depois, a sentença de Ovídio soa com surpreendente atualidade: *Cura pauperibus clausa est* ("O tribunal está fechado para os pobres").

Bibliografia

- ATAVILA, Jayme de. *Origens dos Direitos dos Povos*, 3ª ed., Melhoramentos.
- CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*, 11ª. ed., Atlas, São Paulo, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*, Fabris, Porto Alegre, 1988.
- CRUZ, Guilherme Braga da. *História do Direito Português*, Coimbra, 1955.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia Annotado*, Livraria Catilina.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português*, 2ª ed., Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991.
- JUNQUEIRO, Guerra. *A Velhice do Padre Eterno*, Publicações Europa – América, Portugal, 1995.
- MEHESZ, Cornel Zoltan. “Los Defensores en el Litigio Romano”, revista jurídica argentina *La Ley* (abr./jun. 1962), v. 106.
- MESSITE, Peter. *Assistência Judiciária no Brasil: Uma Pequena História*, Revista dos Tribunais, 1968.
- PLUTARCO. *Vidas Paralelas*, Ed. Paumape, São Paulo, 1991.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, 2ª. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- THOMAZ, Manoel Fernandes. *Repertório Geral, ou, Índice Alfabético das Leis Extravagantes do Reino de Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1843.