



# **ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA**

**José Eduardo Faria**

**Lisboa, 18, 19 e 20 de Dezembro de 2003**

**Reitoria e Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa**

## **Congresso da Justiça**

(Lisboa, 18-21 de dezembro de 2003)

GT Justiça e Cidadania

José Eduardo Faria (USP)

O futuro, dizia Niklas Luhmann, um dos mais instigantes e polêmicos pensadores sociais da segunda metade do século 20, não pode nunca ser pensado como passado. Por isso, no que diz respeito às ações sociais, o grande desafio é saber decidir. E, no que se refere ao conhecimento, é saber descrever.

É exatamente isso o que fazem os integrantes do grupo de trabalho sobre Justiça e Cidadania. Voltados à ação e encarando o tema basicamente do ângulo de sua militância profissional, alguns afirmam não ser digno que “os honorários se transformem em esmolas e muito menos os advogados em pedintes”. Em outra perspectiva, conscientes de que a descrição –o primeiro passo para a crítica– pressupõe a observação, há entre os membros do grupo quem trate discuta o tema à luz do cenário mais amplo das transformações sócio-econômicas e político-institucionais contemporâneas.

Os quatro trabalhos apresentados a este encontro, no âmbito deste campo temático, sobre o acesso à Justiça como condição de afirmação da cidadania, movem-se assim constantemente sobre esses dois planos - o mais imediato, preocupado com questões práticas e problemas operativos; e o plano mais analítico, com uma visão de prazo mais longo e sensibilidade interdisciplinar. Por isso, apesar de terem sido escritos com propósitos distintos, são trabalhos complementares, não podendo cada um ser examinado sem referência aos demais.

1. Nos dois afirmativos e incisivos textos relativos às questões mais práticas, o denominador comum é, seguramente, a tensão entre a proteção dos cidadãos economicamente carentes e o desenvolvimento da advocacia como “profissão livre”, em cujo âmbito não se cobra um “preço” por um serviço prestado, mas se recebe “honorários”, ou seja “dívida de honra”. Nos outros dois textos, o denominador comum é a tensão entre a Justiça como serviço público essencial e o acesso ao direito e aos tribunais como condição de legitimidade das instituições político-governamentais e de efetividade dos direitos sociais. Vejamos, resumidamente, cada um desses dois conjuntos de trabalhos.

1.1. No primeiro caso, a ênfase recai sobre o exercício da profissão pelos advogados e sua remuneração. Até a aprovação das leis que hoje disciplinam a assim chamada advocacia “pro-bono”, o operador do direito nada recebia ao se dedicar aos clientes economicamente hipo-suficientes, atendendo-os “no recato e descrição de seus escritórios”. Mas, graças a esse comportamento, indiretamente ganhava a fama que, mais tarde, poderia ser convertida em capital simbólico, propiciando tanto aumento de clientela como a cobrança de honorários a preços acima dos da média do mercado de serviços advocatícios.

Com o passar do tempo, no entanto, o número de advogados cresceu e, após o advento da legislação em vigor, as nomeações oficiosas desfiguraram-se progressivamente. Ou seja, elas passaram a ser disputadas não mais como investimento de jovens profissionais para sucesso futuro, porém por simples razão de sobrevivência, tal a saturação do mercado.

Daí, por um lado, a advertência para o risco de uma “contínua e desagrada banalização da defesa oficiosa”. E, por outro, as queixas de que “a advocacia livre e independente” teria decido lugar para uma situação de total desprestígio, com “pessoas mal servidas, advogados proletarizados e Estado sem dinheiro”.

Além disso, diante da tendência do Estado de condicionar o pagamento dos serviços de assistência jurídica a determinadas regras, até porque tem de prestar contas da maneira como aplica os investimentos públicos, ao depender desse auxílio financeiro os advogados perderiam a dignidade, a independência e a firmeza.

1.2. No segundo conjunto de trabalhos, a ênfase recai sobre a efetividade da cidadania como valor material; mais precisamente, às crescentes dificuldades hoje enfrentadas para se levar o Estado-nação a implementar o modelo da regulação social e a por em prática os princípios republicanos da comunidade e solidariedade herdados dos tempos em que a social-democracia, os governos reformistas e suas respectivas políticas de inspiração “keynesiana” para tentar garantir o pleno emprego eram hegemônicas.

A análise parte da contradição entre um mercado que se globalizou, integrando-se sistemicamente na perspectiva de uma “economia-mundo”, e uma concepção de Estado “soberano”. Ou seja, aquele Estado cuja arquitetura institucional começou a ser forjada com a Paz de Westfália, no século 17, chegando ao século 20 dotado de poder de mando incontrastável nos limites de um território (e, por consequência, dotado do monopólio na elaboração de normas e imposição de comportamentos para todos seus habitantes.

Diante da crescente complexidade econômica, levando à universalização da concorrência, à concentração do poder econômico e ao aprofundamento das desigualdades materiais, os tribunais foram convertidos em “área privilegiada de luta”. E, com o aprofundamento da contradição entre mercado globalizado e Estado territorializado, a “efetivação de direitos”, principalmente os de terceira geração, como os interesses difusos e a proteção ao consumo, meio ambiente e patrimônio histórico, em determinados momentos se converteu em “entrave à afirmação dos valores coletivos e comunitários”, no âmbito da União Européia.

No entanto, a explosão da litigiosidade e a corrida aos tribunais esbarram em importantes e conhecidas limitações estruturais (Santos: 1995). Uma delas é a insuficiência de recursos humanos devidamente preparados para lidar não apenas com a sobrecarga de trabalho, mas, também e acima de tudo, com o ineditismo e o caráter algumas vezes interdisciplinar e outras vezes “aporético” dos novos conflitos levados a apreciação judicial. A outra é a insuficiência de recursos financeiros, decorrente da assim chamada “crise fiscal” do Estado.

2. É a luz dessa crise que o leitor dos dois conjuntos de textos apresentados a este seminário pode discutir, ainda que de maneira apressada e pouco sistemática, o tema da Justiça e da Cidadania, com especialmente ênfase aos problemas (a) do “apoio judiciário a quem não tenha meios para suportar os custos com a utilização do sistema (via patrocínio ou custos processuais)”, (b) da ação afirmativa ou da “discriminação positiva dos desfavorecidos economicamente, e (c) da eficácia na afectação de recursos, sob a máxima de que é inadmissível a existência de beneficiários do apoio judiciário que não estejam nas condições dele usufruírem, consumindo meios por natureza escassos”.

2.1. A mencionada “crise fiscal” se torna particularmente visível no momento em que as despesas sociais destinadas a legitimar um determinado padrão econômico, mediante a busca de harmonia social e lealdade a um modo específico de produção, em troca de programas de bem-estar, passam a crescer mais rapidamente do que os meios de financia-la.

Sem condições de aumentar a dívida pública, com dificuldades crescentes de crédito, com flagrante incapacidade de gerar poupança compulsória e pressionado por grupos de interesse e movimentos sociais de todos os tipos, os governos já não conseguem mais executar políticas de inspiração “keynesiana” (Faria: 2001). Com isso, vêm comprometida sua capacidade de regular a economia, de manter a

negociação coletiva dentro de limites compatíveis com os níveis de crescimento, de promover transferência de renda no interior da sociedade e de implementar decisões de caráter distributivo.

Por causa da propensão das despesas de se expandir numa velocidade acima do suportável pela estrutura econômica, o Estado perde o poder de investimento. E, como conseqüência, se por um lado ele continua sendo objeto das mais contraditórias pressões setoriais na composição de seu orçamento, por outro o desequilíbrio orçamentário conjugado com o aumento do déficit público se converte em foco de pressão inflacionária sem que, no entanto, os diferentes indivíduos, grupos e classes em conflito sejam efetivamente atendidos em seus objetivos concretos.

2.2. No campo econômico, a reação se dá pela ênfase à assim chamada disciplina ou "responsabilidade fiscal", hoje tão apregoada pelos economistas de formação neoclássica, difundida pelo discurso "neoliberal" e institucionalizada pelo "Consenso de Washington", a opinião prevalecente nos organismos multilaterais e no "hard core" das instituições financeiras privadas. Ela se expressa, entre outras medidas, sob a forma de cortes drásticos de gastos governamentais, elevação da carga tributária e manutenção a qualquer preço da austeridade monetária, além da revogação de monopólios públicos, alienação de empresas estatais e privatização de serviços essenciais.

2.3. No campo legal, por sua vez, essa reação se expressa, pelo fenômeno da "desjuridificação". Ou seja, pela adoção de estratégias de desconstitucionalização de direitos, "flexibilização" da legislação laboral e enxugamento da legislação social. À medida que o direito público vai sendo "enxugado" e o direito privado revalorizado sob a forma de modelos contratuais novos e muito mais plásticos do que aqueles herdados do Código Civil francês de 1804 e do Código Civil alemão de 1899, a "desjuridificação" abre assim caminho para que tudo no que for livremente

negociado por cidadãos, grupos de interesse, sindicatos, movimentos sociais e organizações empresariais, independentemente das diferenças econômicas entre si, prevaleça sobre o estatuído ou legislado.

Ao lado desse processo, que ao “enxugar” direito constitucional revoga conquistas democráticas do passado ao mesmo tempo em que substitui a figura do cidadão portador de direitos subjetivos públicos pela do consumidor, dotado de autonomia da vontade e com acesso ao mercado condicionado apenas por seu poder aquisitivo, no campo específico do Poder Judiciário as mudanças também são significativas. A crescente ênfase aos mecanismos extra-jurisdicionais de resolução de conflitos, por exemplo, como é o caso das práticas e estratégias de mediação, conciliação e arbitragem, na prática acaba levando a uma progressiva ruptura do monopólio dos tribunais.

3. A partir daqui, passo a destacar três pontos que julgo pertinentes para alimentar o debate sobre o apoio jurídico aos carentes e a efetividade da cidadania como valor material.

3.1. O primeiro deles é de caráter político e diz respeito à sua manutenção no atual contexto político-jurídico de desregulamentação, integração econômica e flexibilização organizacional. Mesmo que os governos venham a invocar “disciplina fiscal” para tentar restringi-los ao máximo, como tem ocorrido no Brasil, onde as defensorias públicas não têm orçamento para se constituir e as autoridades governamentais estimulam o “voluntariado” a assumir essa tarefa, a empreitada é difícil e tem feições paradoxais.

Como a história recente dos países semi-periféricos revela, determinadas despesas sociais, quando efetivamente realizadas, tendem a se converter em “direitos adquiridos” que acabam não podendo ser suprimidos sem o risco de grandes tensões para a sustentação dos governos. Paradoxalmente, contudo, sua

continuidade pouco acrescenta à legitimidade do Estado, enquanto sua eventual redução, revogação formal ou supressão tácita, mediante a tentativa de transferir para o mercado ou para o Terceiro Setor os gastos públicos considerados excessivos, constituiria uma inevitável fonte de perda de legitimidade.

Por isso, o grande risco que tem sido enfrentado pelos críticos mais contundentes da advocacia oficiosa, em países como o Brasil, a título de exemplo, é o de acabar servindo de bucha para canhão alheio. Ou seja, de se converterem em inocentes úteis ou em dóceis cordeiros para governos empenhados em cortar despesas públicas a qualquer preço, em nome da “responsabilidade fiscal”. Evidentemente, eles não perderiam a oportunidade de acolher cândida e docemente as pressões corporativas dos organismos representativos dos advogados para por fim ao “patrocínio oficioso” sustentado por recursos públicos, conscientes de que a conta pelo desgaste político dessa iniciativa junto à sociedade seria paga por elas, e não pelo governo.

3.2. Associado ao primeiro, o segundo ponto é de natureza moral e diz respeito à antiga e conhecida tensão entre a advocacia como prática de defesa dos direitos fundamentais e das liberdades públicas e como profissão “liberal”. Tradicionalmente, a “retórica cidadã”, aquela que enfatiza a atuação do operador do direito como imprescindível à plenitude do regime democrático, sempre foi decisiva para assegurar legitimidade às corporações de advogados. Muitas vezes, contudo, o discurso acaba encobrendo práticas inequivocamente mesquinhas, ainda que compreensíveis, quando examinadas à luz da expansão do número de faculdades de direito e, por conseqüência, da saturação do mercado de trabalho.

Veja-se, a título de exemplo, o ocorrido com o advento da advocacia voluntária no Brasil, onde é mais conhecida como “advocacia pro bono”. Constituída inicialmente por 35 bem sucedidos profissionais brasileiros (entre cerca de 500 mil com inscrição profissional), os mais respeitados do mercado e seguramente os

mais caros, em menos de um ano de atuação o grupo passou a atender gratuitamente 70 organizações não-governamentais (ONGs). Entre os argumentos invocados para justificar a opção pelo voluntariado, esses profissionais afirmam que o trabalho “pro bono” ajuda a recrutar e reter jovens advogados competentes, é decisivo para reduzir a insatisfação reinante nos grandes escritórios, envolve os voluntários nas grandes questões sociais e mantém a confiança da opinião pública tanto na integridade moral do sistema judicial quanto na própria prática da advocacia.

Mesmo assim, desde o início a iniciativa contou com a oposição da maioria esmagadora da corporação, a qual jamais escondeu o receio de perder mercado de trabalho – inclusive aquele representado pela população com poucas condições financeiras de pagá-lo. Embora absolutamente infundadas, pois os advogados “pro bono” atuam na defesa dos interesses das maiores corporações estrangeiras que operam no País, as acusações mais recorrentes foram no sentido de que eles estariam utilizando a atividade voluntária para ... captar clientela, fazer “publicidade imoderada” e promover concorrência desleal.

Na dinâmica do debate, as acusações desviaram o foco do problema da desfiguração do “patrocínio oficioso” e da conversão da pobreza em mercado cativo de trabalho para advogados medíocres e sem clientela. No caso específico do Estado de São Paulo, onde há quase uma centena de escolas de direito e um número de advogados maior do que o existente em toda a França, a seção estadual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) firmou com o governo paulista um convênio para que profissionais pagos pelo Estado atuem em favor da população carente. Ao todo, 40 mil profissionais atuam com base nesse convênio, muitos dos quais dependendo exclusivamente dele para fechar as contas domésticas no final do mês. /

Por ilação lógica, não há como se negar o óbvio: numa situação-limite, a eventual expansão da advocacia “pro bono” poderia reduzir, na mesma proporção, o número de advogados atualmente vinculados a esse convênio. Dito de outro modo: quanto maior for o número de profissionais bem sucedidos dispostos a dedicar parte de seu tempo trabalhando para causas sociais, menor será a necessidade de o governo estadual remunerar os advogados oficiosos (conhecidos no Brasil como “dativos”). Não por acaso, (a) a advocacia “pro bono” até hoje está circunscrita somente a ONGs, não podendo servir a pessoas físicas, (b) o índice de confiabilidade dos advogados, nos levantamentos de institutos independentes, vem declinando, e (c) informalmente, algumas autoridades estaduais vêm reclamando dos gastos decorrentes do convênio firmado com a OAB e manifestando sua simpatia pela advocacia voluntária.

3.3. O terceiro ponto diz respeito à natureza e ao alcance da função social da assistência judiciária gratuita, tendo em vista seu público-alvo. Pelo que dizem os trabalhos aqui resenhados e pelo que foi afirmado até o momento, a clientela desse tipo de advocacia é formada por pobres. E uma das questões mais recorrentes, neste campo, diz respeito às formas de triagem capazes de identificar a real condição sócio-econômica dos demandantes desses serviços. Mas, com isenção e espírito caritativo à parte, a assistência jurídica gratuita não se limita exclusivamente ao campo processual. Do mesmo modo, os necessitados não são apenas os economicamente desprovidos ou hipo-suficientes, mas todos aqueles que necessitam de tutela jurídica, como é o caso do réu revel no processo-crime ou o do pequeno litigante nos novos conflitos decorrentes da complexidade social.

Admitida a tese de que o poder circula em distintas esferas da sociedade, o que por sua vez exige o reconhecimento de diferentes instâncias de juridicidade, é preciso reconhecer a abertura para a tutela de todos esses direitos – o direito doméstico, o direito costumeiro, o direito da produção, o direito territorial e o

direito sistêmico (Santos: 2000). É justamente por isso que a posição de classe ou pobreza não pode ser tomada como critério exclusivo de definição de prioridades da assistência legal gratuita e do patrocínio oficioso, se nos situarmos no âmbito de uma tipologia mais abrangente de serviços legais para carentes (Campilongo: 2000).

Se as relações de poder e as violações de direitos se estendem por diversas, fragmentadas e inter cruzadas esferas de sociedade, é preciso reconhecer a correlata diversificação dos mecanismos de acesso à Justiça. Não só a Justiça estatal, mas, igualmente, as práticas informais e alternativas de juridicidade. Com isso, ao modelo tradicional de patrocínio oficioso –individualista, paternalista e assistencialista- pode ser contraposto um modelo voltado à defesa de interesses coletivos, que não se esgota nos conflitos interindividuais e que faz do trabalho jurídico uma estratégia de esclarecimento e organização popular para a defesa de seus interesses, quer no jogo das relações de mercado quer na disputa por direitos, serviços e benefícios públicos.

4. Como o objetivo desta comunicação, a pedido de seus organizadores, foi apenas e tão somente o de alimentar o debate sobre o apoio jurídico aos carentes e sobre a efetividade da cidadania como valor material, os argumentos e as provocações aqui apresentadas pecam, evidentemente, por generalizações apressadas, simplificadoras e injustas. Mas, ainda que o mundo do direito responda com lentidão às transformações sociais, econômicas, políticas e culturais contemporâneas, é preciso reafirmar que a assistência judicial gratuita, os serviços legais populares e o patrocínio oficioso, com todos seus problemas, dilemas e desafios, são fundamentais para resgatar tanto a dignidade quanto a eficácia do direito na construção de uma sociedade mais eqüitativa.

O Relator,

José Eduardo Faria

### **Bibliografia**

CAMPILONGO, Celso (2000) - "Assistência jurídica e advocacia popular", in *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo, Max Limnonad editor.

FARIA, José Eduardo (2001) - *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros editor.

SANTOS, Boaventura (1995) - "A sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça", in *Pela Mão de Alice: o social e o político na modernidade*, São Paulo, Cortez Editora.

SANTOS, Boaventura (1995) - "On modes of production of social power and law", in *Toward a New Common Sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, New York/London, Routledge.