

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Marina de Oliveira Guedes

O ACESSO À JUSTIÇA PENAL FACE À CARÊNCIA DE
RECURSOS FINANCEIROS:
UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O MODELO PORTUGUÊS E O
BRASILEIRO

VOLUME I

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2019

1 2 9 0



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

MARINA DE OLIVEIRA GUEDES

**O ACESSO À JUSTIÇA PENAL FACE À CARÊNCIA DE RECURSOS
FINANCEIROS: Uma Análise Comparada entre o Modelo Português e o Brasileiro**

THE ACCESS TO CRIMINAL JUSTICE FACING THE LACK OF FINANCIAL
RESOURCES: A Comparative Analysis between the Portuguese and the Brazilian Model

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos.

Coimbra
2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por toda a luz que me guia pelas estradas da vida, agradeço também a Ele, por ter tantas pessoas a quem agradecer.

Aos meus pais, Paulo e Vanessa, a minha eterna gratidão pelo apoio incondicional que me permitiu ir em busca dos meus sonhos, vocês foram essenciais para a conclusão dessa jornada. Obrigada por tanto amor que vocês não cansam de oferecer e por sempre acreditarem em mim.

Ao meu irmão, Paulinho, por estar sempre ao meu lado. Mesmo com a distância, saiba que você sempre faz parte das minhas orações.

À minha avó Marina (*in memoriam*), antes de partir, você me ensinou a coragem das estrelas. Obrigada por ser o meu maior exemplo de perseverança. Sinto o seu amor por mim todos os dias.

A todos os meus familiares, que sempre se alegram por cada conquista minha. Obrigada por me incentivar a crescer a cada dia mais.

Aos amigos de longas datas e aqueles que conheci durante a jornada em Coimbra, em especial à Maryana Linhares. Obrigada pelos incríveis momentos e aprendizados compartilhados.

A todos os professores que participaram da minha formação, desde a época do colégio até o mestrado. Agradeço, especialmente, à Professora Doutora Cláudia Cruz Santos, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por ter aceitado me orientar nesta dissertação, obrigada pela disponibilidade em atender as minhas indagações.

E, finalmente, muito obrigada à Universidade de Coimbra, que me encantou com a sua história, tradição e beleza. Guardarei sempre comigo os dias de aulas que me proporcionaram a busca pelo conhecimento e contribuíram para a minha formação pessoal e profissional. Foi uma honra viver a vida acadêmica nesta Instituição.

A Deus, por tanta luz.

Aos meus pais, por todo amor e compreensão.

RESUMO

Tendo em vista que a busca por um direito justo constitui uma necessidade humana, sobretudo quando se está em jogo a liberdade do indivíduo, e os grandes desafios enfrentados pela classe menos favorecida no acesso à justiça, o presente trabalho dedica-se à análise do acesso à justiça penal face à carência de recursos financeiros, realizando uma análise comparada entre o modelo português e brasileiro, a fim de questionar se a implementação do sistema brasileiro em Portugal seria uma medida favorável ao acesso à justiça no país. Para proporcionar um melhor entendimento sobre o assunto e chegar à resposta do referido questionamento, será estudada a evolução da expressão acesso à justiça, a qual ganhou um sentido abrangente, não podendo ser resumida ao acesso ao judiciário e sim ao acesso à uma ordem jurídica justa e acessível igualmente a todos. Além disso, será estudado o acesso à justiça como um direito humano fundamental básico, destacando a sua relevância como instrumento para a concretização de outros direitos, enfatizando, dentre os diversos obstáculos para a sua concretização, a grande repercussão da carência de recursos financeiros, a qual traz desafios não apenas na seara econômica, irradiando também nas áreas social, cultural e psicológica. Apesar do acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros ser um problema humano que ultrapassa as fronteiras das nações, cada ordenamento jurídico apresenta soluções distintas, surgindo diferentes sistemas de acesso à justiça ao longo da história, os quais serão caracterizados para, posteriormente, identificar qual deles é seguido por Portugal e pelo Brasil. Além disso, será realizado um estudo da evolução histórica do acesso à justiça nestes países e uma análise comparativa atual, como fonte de contribuição na busca por soluções para uma maior efetivação deste direito, visando a construção de um sistema jurídico penal mais humano e eficaz.

PALAVRAS - CHAVE: Acesso. Justiça penal. Carência financeira. Análise comparada.

ABSTRACT

Considering that the search for a just law is a human need, especially when the individual's freedom is at stake, and the major challenges faced by the less favored class in access to justice, the present work aims to analyse the access to criminal justice in the face of the lack of financial resources, performing a comparative analysis between the Portuguese and the Brazilian models, in order to question if the implementation of the Brazilian system in Portugal would be a favorable measure to the access to justice in the country. In order to provide a better understanding on the subject and to achieve the answer to the aforementioned question, the evolution of the expression access to justice will be studied, which has gained a broad meaning and can not be summarized as access to the judiciary, but rather as access to a fair legal order and equally accessible to everyone. In addition, the access to justice will be studied as a fundamental human right, highlighting its relevance as an instrument for the realization of other rights, emphasizing, among the various obstacles to its implementation, the great repercussion of the lack of financial resources, which poses challenges not only in the economic sphere, but also in the social, cultural and psychological areas. Although access to justice to those who have no enough financial resources is a human problem that goes beyond the borders of nations, each legal system presents different solutions, resulting in different systems of access to justice throughout history, which will be characterized to later identify which is followed by Portugal and Brazil. In addition, a study will be carried out on the historical evolution of access to justice in these countries and a current comparative analysis as a source of contribution in the search for solutions to a greater effectiveness of this right, aiming at building a more humane and effective criminal legal system.

KEYWORDS: *Access. Criminal justice. Financial shortage. Comparative analysis.*

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	2
RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
ÍNDICE.....	6
INTRODUÇÃO.....	8
1. A EVOLUÇÃO DO SENTIDO DA EXPRESSÃO “ACESSO À JUSTIÇA”.....	10
2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.....	15
2.1 Os Instrumentos Internacionais que tratam sobre o Acesso à Justiça.....	17
3. O ACESSO À JUSTIÇA PENAL FACE À CARÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS.....	20
4. OS PRINCIPAIS SISTEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA	
4.1 O Sistema Caritativo ou Advocacia <i>Pro Bono</i>	24
4.2 O Sistema <i>Judicare</i>	25
4.3 O Sistema Público ou Defensorial Público.....	26
4.4 Os Sistemas Híbridos.....	27
5. O ACESSO À JUSTIÇA NO MODELO PORTUGUÊS	
5.1 A Evolução do Acesso à Justiça em Portugal.....	28
5.2 Uma Análise da Constituição da República Portuguesa de 1976 e suas revisões de 1982, 1992 e 1997.....	31
5.3 O Regime Jurídico de Acesso à Justiça na Legislação Infraconstitucional.....	35
5.4 O Defensor Oficioso.....	40
5.5 Os Critérios para a Concessão do Apoio Judiciário no Direito Português.....	42

5.6 As Dificuldades para o Acesso à Justiça aos Carentes de Recursos Financeiros em Portugal.....	44
6. O ACESSO À JUSTIÇA NO MODELO BRASILEIRO	
6.1 A Evolução do Acesso à Justiça no Brasil.....	46
6.2 A Constituição Federal de 1988 e o Acesso à Justiça.....	51
6.3 Os Juizados Especiais.....	53
6.3.1 Breve Histórico.....	53
6.3.2 Os Princípios dos Juizados Especiais no Acesso à Justiça Penal.....	55
6.4 O Advogado Dativo.....	56
6.5 Os Núcleos de Prática Jurídica.....	57
6.6 A Defensoria Pública.....	58
6.6.1 O Papel da Defensoria Pública na Educação em Direitos.....	63
6.6.2 O Papel da Defensoria Pública na Defesa dos Direitos e Interesses Difusos e Coletivos.....	65
6.7 Os Critérios para a Concessão da Gratuidade da Justiça.....	67
6.8 As Dificuldades para o Acesso à Justiça aos Carentes de Recursos Financeiros no Brasil.....	68
7. A IMPLEMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM PORTUGAL: UMA MEDIDA FAVORÁVEL AO ACESSO À JUSTIÇA?.....	70
CONCLUSÃO.....	81
BIBLIOGRAFIA.....	84

INTRODUÇÃO¹

Assim como os conflitos entre os homens, as diversas questões relacionadas ao acesso à justiça não são exclusivas da sociedade contemporânea, há bastante tempo já havia uma preocupação pela resolução justa dos litígios, sendo a busca por um direito justo não apenas um dos grandes anseios humanos, mas uma necessidade concreta das sociedades, sobretudo quando se está em jogo a liberdade do indivíduo. Dessa forma, o assunto aqui tratado é digno de grande atenção dos pesquisadores e operadores da área jurídica e a sua discussão bastante pertinente, tanto pela sua relevância social, quanto jurídica².

Assim, tendo em vista a importância do acesso à justiça e os grandes obstáculos enfrentados pela classe menos favorecida para concretizá-lo, a presente dissertação propõe-se a analisar o acesso à justiça penal face à carência de recursos financeiros, fazendo um comparativo entre o modelo português e o brasileiro, a fim de questionar se a implementação da defensoria pública, tal como é adotada no sistema brasileiro, seria uma medida favorável ao acesso à justiça em Portugal.

Percebe-se que, apesar do acesso à justiça ser uma questão vivenciada universalmente, cada ordenamento jurídico traz soluções distintas para efetivá-lo, na medida em que diversas são as suas realidades e prioridades. Entretanto, por tratar-se de um problema humano, é possível a utilização do estudo comparado, a partir da análise de outras ordens jurídicas como fonte de contribuição. Não há dúvidas de que a justiça penal, a qual encontra-se em constante mudança, precisa ser aprimorada, adequando-se da melhor forma à sociedade e seus desafios para que possa cumprir com suas finalidades, na busca da edificação de um sistema jurídico mais humano e eficaz³.

¹ O presente trabalho está redigido sob a observância das regras gramaticais e ortográficas do português brasileiro. Não obstante, as citações de fragmentos dos textos que integram a bibliografia da pesquisa encontram-se transcritos na grafia original.

² Conforme pontua Boaventura Sousa Santos, “por reunir as tensões e disjunções entre justiça procedimental e justiça material, o acesso à justiça é uma janela analítica privilegiada para se discutir a reinvenção das bases teóricas, práticas e políticas de um repensar radical do direito”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2014, p. 9.

³ “O funcionamento eficaz e o aperfeiçoamento constante da tutela jurisdicional dos direitos são sinais de civilização jurídica”. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4ª ed. Coimbra Editora, 2008, p. 320.

A fim de cumprir com os objetivos propostos, o estudo iniciará com uma análise sobre a evolução do sentido da expressão “acesso à justiça”, demonstrando a sua variabilidade no tempo e no espaço, até a sua complexa concepção atual, a qual não está limitada a um mero acesso ao poder judiciário, abrangendo o acesso a uma ordem jurídica justa, capacitada em dar respostas adequadas e eficazes às demandas, atendendo as garantias processuais e acessível de forma igual a todos.

Posteriormente, irá ser abordado o acesso à justiça como um direito humano fundamental básico, deixando nítido o seu caráter instrumental na concretização de outros direitos, sendo analisados os diversos documentos internacionais que tratam sobre o tema, os quais reforçam a proteção deste direito humano no campo interno, junto com a legislação de cada país e proporcionam sua proteção no âmbito internacional, ultrapassando os limites dos Estados.

Mais adiante, será analisado o acesso à justiça face à carência de recursos financeiros e os grandes obstáculos encontrados pela classe desfavorecida na efetivação deste direito, os quais vão além do aspecto econômico, irradiando nos âmbitos social, cultural e psicológico, como uma decorrência lógica.

Em seguida, será visto que, apesar de ser um direito humano fundamental de caráter universal, cada país adota um modelo de acesso à justiça. Dessa forma, serão caracterizados os principais sistemas de acesso à justiça desenvolvidos ao longo da história, sendo denominados de caritativo, *judicare* e defensorial público, além dos sistemas híbridos, surgidos a partir da combinação destes.

Logo após, será realizada uma análise entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro no acesso à justiça, desde as suas evoluções históricas, até suas situações atuais, enquadrando-os nos sistemas de acesso à justiça mundialmente desenvolvidos e enfatizando a função de Advogado Oficioso em Portugal e a de Defensor Público no Brasil para, posteriormente, responder a indagação se a implementação da Defensoria Pública em Portugal, seria uma solução favorável ao acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros no país.

Por fim, para alcançar os objetivos propostos na presente pesquisa, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica, enriquecida com o estudo da legislação e jurisprudência, assim como os diversos entendimentos doutrinários sobre o tema.

1. A EVOLUÇÃO DO SENTIDO DA EXPRESSÃO “ACESSO À JUSTIÇA”

O sentido da expressão “acesso à justiça” é bastante denso e relaciona-se ao contexto social e histórico no qual está inserido, admitindo-se diversas acepções, as quais foram modificadas, gradativamente, de forma que seus significados variam no tempo e no espaço, devido à interferência de elementos de natureza política, sociológica, religiosa e filosófica⁴.

Apesar de não se saber uma data precisa de quando surgiu este direito, na Antiguidade Oriental, a teocracia representava uma grande preponderância nas sociedades, de forma que as decisões políticas eram relacionadas com a vontade de seres considerados superiores. Nesta época, o acesso à justiça estava ligado à realização de preceitos religiosos⁵.

Já na Grécia Antiga, a justiça estava relacionada com a noção de igualdade. De acordo com Aristóteles: “Se, então, o injusto é o iníquo (desigual), o justo é o igual”⁶. Considerada o berço da democracia, na Grécia, todo cidadão grego possuía o direito de acessar à justiça⁷.

Durante a Idade Média, marcada pela supremacia da Igreja Católica e pelos Estados Absolutistas, surgiu o direito natural, o qual defendia a presença de uma lei divina, anterior e superior à legislação proveniente das organizações sociais, a qual visava uma ordem sócio jurídica justa para os seres humanos, caracterizada pela igualdade e liberdade⁸.

Nessa época, o designado “Direito Canônico” buscou disseminar a doutrina do “amor ao próximo” no ordenamento jurídico, de modo que os advogados não cobrassem honorários aos carentes de recursos financeiros e que os magistrados não cobrassem as custas processuais⁹, o que incentivou a assistência jurídica aos pobres em diversos países.

⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 223.

⁵ CICHOCKI NETO, José. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2009.

⁶ Segundo o pensamento do referido filósofo, a igualdade refere-se à ausência de privilégios ou soberania entre ricos e pobres. ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Atlas, 2012, p. 141.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 20.

⁸ RABENHORST, Eduardo R. Dignidade humana e moralidade democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

⁹ OLIVEIRA, Simone dos Santos. Defensoria pública brasileira: sua história. Revista de Direito Público. Londrina, v. 2, n. 2, maio/ago. 2007, p. 65 e HORTA, Jesus. O Código de Direito Canônico e o Ecumenismo. São Paulo: Loyola, 2003, p. 44.

Posteriormente, com o surgimento dos Estados liberais, a vontade popular passa a ter uma maior relevância no poder político e a atuação estatal restringia-se basicamente à proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, não requerendo grandes prestações de serviços por sua parte e sim um “não fazer” para que a liberdade fosse respeitada.

Nesse período de mínima intervenção estatal, o sentido de acesso à justiça estava restrito ao mero acesso aos tribunais, de modo que o cidadão pudesse ter o direito de ingressar em juízo para defender sua pretensão, entretanto, não havia prestação positiva estatal no sentido de garantir tal direito¹⁰, o que constituía um grande entrave ao acesso à justiça, sobretudo aos carentes de recursos financeiros¹¹, de forma que o Estado assegurava apenas uma igualdade formal perante a lei e não uma igualdade material, o que desencadeou uma concepção extremamente individualista sobre o acesso à justiça.

Felizmente, no século XX, há uma mudança desse cenário, sendo superada a ideia de que a lesividade aos direitos se restringia ao plano individual. Foi a partir desta época, que passou a haver um dever de agir do Estado para efetivar o acesso à justiça¹², tanto no que diz respeito aos direitos individuais já existentes, quanto aos direitos sociais emergentes¹³.

Quando o proletariado, enquanto nova classe social, surgiu e ganhou força, passou-se a exigir uma atuação estatal positiva, visando garantir não apenas a liberdade, mas a igualdade, ou seja, os direitos ligados à segunda geração de direitos fundamentais, sendo necessário um Estado prestador de serviços públicos.

Foi neste contexto que houve uma maior conscientização de que a vinculação do acesso à justiça apenas à igualdade assegurada nas leis internas é capaz de gerar uma série de experiências catastróficas, como ocorreu nos regimes nazista e fascista, os quais demonstraram o quanto um regime jurídico interno pautado na igualdade apenas entre

¹⁰ Conforme Mauro Cappelletti e Bryant Garth, nesse período, a ideia era de que, apesar do acesso à justiça pudesse ser considerado como um direito natural, estes direitos não necessitavam da proteção do Estado para sua efetivação. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 9.

¹¹ No período liberal, aspectos como as diferenças entre os litigantes para o acesso à justiça não eram sequer encarados como um problema, sendo o estudo do referido acesso reduzido ao caráter formalista e indiferente à real situação da população. CHAYES. The Role of Judge in Public Law Litigation. In: Harvard Law Review, v. 89, 1976, p. 1041-1048.

¹² Nessa época, passou a existir um Estado positivo ou prestacional, também denominado de Estado do bem-estar social.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

indivíduos de mesma etnia, classe social ou ideologia política foi capaz de violar gravemente os direitos humanos¹⁴.

Destarte, formou-se a consciência de que o acesso à justiça não objetiva o mero acesso aos órgãos encarregados da prestação jurisdicional e sim o acesso a uma ordem jurídica justa, por meio de um processo com as devidas garantias, apto a produzir resultados justos não apenas no plano individual, mas também no social, ocorrendo uma valorização do caráter coletivo, tendo em vista que “para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à justiça”¹⁵.

Assim, sendo o acesso à justiça crescentemente reconhecido, sua evolução possibilitou que, no contexto atual, considerar este direito como um mero acesso ao poder judiciário uma interpretação extremamente restrita e ultrapassada¹⁶.

Entretanto, não constitui tarefa fácil definir o acesso à justiça, uma vez que envolve diversos meios e aspectos que se destinam a um fim comum: a solução de litígios através de um sistema que propicie resultados justos a todos. De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth esta expressão:

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹⁷.

Assim, forma-se a ideia de uma justiça eficaz, capacitada em dar respostas adequadas às demandas e acessível a todos os que dela precisarem, uma justiça apta a atender uma sociedade em constante mudança, abrangendo tanto o direito de ação, quanto de defesa,

¹⁴ O Holocausto descaracterizou toda a estrutura básica do direito, que é a proteção do ser humano, virando uma arma contra ele, uma vez que as atrocidades lá cometidas encontravam respaldo nas leis internas. Dessa forma, foi no contexto pós II Guerra Mundial, que se buscou o afastamento de um positivismo exacerbado, em que havia a separação entre o direito e a justiça, buscado conceder importância aos princípios e aproximar o direito, a moral e a ética.

Não foi em vão que a Declaração Universal de Direitos Humanos considerou, em seu Preâmbulo, que “o desconhecimento e o menosprezo dos direitos humanos originaram atos de barbárie ultrajantes para a consciência da humanidade”.

¹⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.

¹⁶ É este sentido restrito que muitas vezes está enraizado na visão leiga e distorcida em relação ao acesso à justiça, tido como a mera oportunidade de acesso ao judiciário.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

tendo em vista que “o Direito não é apenas um conjunto de injunções jurídicas providas ou não de sanção. No seu conceito reentra também a solução dos casos jurídicos no duplo sentido de decisões *correctas e justas*”¹⁸.

Dessa forma, o acesso à justiça abrange o acesso a uma ordem jurídica justa¹⁹, devendo se estender ao longo de todo o processo, inclusive na execução da sentença, buscando a efetividade da justiça, e não apenas uma mera conclusão formal do processo²⁰.

Ademais, engloba o acesso a uma justiça organizada de forma adequada, com instrumentos processuais apropriados à complexidade das controvérsias, sobretudo nos casos em que o judiciário precisa ter uma atitude diferenciada no sentido de dar uma resposta mais célere devido à lesividade do direito ou sua iminência²¹.

Portanto, a compreensão do acesso à justiça também está ligada ao direito a cada pessoa, de forma individual ou como parte da coletividade de, além de provocar a jurisdição, ter seu direito de defesa e suas garantias processuais asseguradas.

Destarte, devem ser considerados tantos os aspectos quantitativos, como a prestação jurisdicional de forma célere e acessível a todos, quanto os aspectos qualitativos, de forma que o processo resulte em uma decisão adequada e justa. Tais aspectos caminham de forma conjunta, uma vez que por mais justa e adequada que seja uma decisão judicial, pode tornar-se ineficaz quando proferida tardiamente, inviabilizando o acesso à justiça²². Da mesma forma, de nada adianta uma decisão proferida de forma célere, quando injusta.

Para se falar em uma integralidade no acesso à justiça é preciso ir muito além do que garantir este direito a todos os que dele precisarem, é preciso garantir que todas as

¹⁸ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 187.

¹⁹ Conforme Karl Engisch, o justo configura o valor fundamental do direito, de forma que “o direito justo faz parte do sentido do mundo”. ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 12.

²⁰ E para isso, o Estado deve assumir tanto prestações positivas, quanto negativas, estas últimas no sentido de não colocar óbices ao acesso à justiça.

²¹ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça. In: MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²² Percebe-se, assim, a necessidade de que o poder judiciário disponha de mecanismos capazes de efetuar a devida prestação jurisdicional no menor tempo possível, uma vez que o julgamento moroso perde, progressivamente, o seu propósito, que é assegurar o direito pretendido, podendo comprometer a execução. LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 292.

garantias inerentes ao devido processo legal sejam respeitadas, incluindo a participação das partes de forma igual na formação do convencimento do responsável por decidir a causa²³.

Nota-se que a efetivação do acesso à justiça é uma missão complexa, a qual contempla o cumprimento do direito, com o fim de obter uma pacificação com justiça, bem como a participação ativa dos envolvidos na relação jurídica, sendo necessário considerar a realidade que rodeia o processo e não apenas o aspecto técnico da tramitação processual²⁴, com o fim de não proporcionar apenas a igualdade formal perante a lei, mas, sobretudo, a igualdade material, sendo o referido direito um instrumento de extrema importância para a diminuição das disparidades socioeconômicas.

Portanto, o acesso à justiça possui um conteúdo amplo que abrange uma série de outros direitos. Para a formação desta atual concepção de acesso à justiça, foi de grande importância a contribuição da dupla Mauro Cappelletti e Bryan Garth, os quais, movidos pelo interesse a um efetivo acesso à justiça, buscaram por soluções práticas, iniciadas em 1965, criando ondas renovatórias, sendo estas um conjunto de ideias e forças que alteram os sistemas processuais em diversos países, de forma a modificar a estrutura processual e física do judiciário.

A primeira onda renovatória refere-se a uma adequada representação daqueles que não possuem condições financeiras suficientes para o acesso à justiça, sendo esta a questão que será tratada na presente pesquisa.

Já a segunda onda buscava uma maior representatividade na defesa dos interesses difusos e coletivos. E, por fim, a terceira e mais recente, a qual concede um novo enfoque ao acesso à justiça e, além de incluir os movimentos anteriores, busca enfrentar os obstáculos de maneira mais articulada e compreensiva, com uma maior racionalização e simplificação do processo na busca de sua efetividade com o fim de proporcionar uma prestação jurisdicional de qualidade, a partir de alterações dos procedimentos e estruturas dos tribunais, bem como da utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios, abrindo a possibilidade para variadas experiências de resolução de conflitos²⁵.

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20ª. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33-34.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 12ª. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 71.

2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O acesso à justiça é direito humano basilar, pois é através dele que se torna possível o acesso a todos os outros direitos, sendo extremamente relevante para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Conforme o entendimento de Cappelletti e Garth: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁶.

Nota-se, portanto, que o acesso à justiça constitui “um direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”²⁷, de forma que “titularidade dos direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação”²⁸.

Assim, o acesso à justiça pode ser visualizado como o “direito a ter direitos”, é “o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados”²⁹. Isto porque detém um caráter instrumental, o qual permite que outros direitos sejam concretizados.

Sem a efetivação do direito ao acesso à justiça, toda a regulamentação nacional e internacional que visam assegurar os direitos humanos teriam apenas uma finalidade simbólica e sem eficácia, já que não existiria meio adequado para combater suas violações.

Ademais, o acesso à justiça constitui um “um direito natural da pessoa humana e um direito fundamental de todas as pessoas (físicas e jurídicas)”³⁰, abrangendo a todos, independentemente da nacionalidade, ficando clara a universalidade deste direito³¹.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p.12.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade, 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 167.

²⁸ Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH. Acesso à Justiça, Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 11.

²⁹ Resolução da Assembleia Geral nº 2656. OEA: São Salvador, 2011. Disponível em: http://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf. Acesso em 04.12.2018.

³⁰ BEZERRA, Paulo. O acesso aos Direitos e à Justiça: um direito fundamental. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXXXI. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005, p. 788.

³¹ Não é à toa que, conforme a ONU, “o conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza”. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

Conforme a afirmação do preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”³². Em que pese a discussão existente sobre a universalidade dos direitos humanos, com a existência de algumas teorias que visam relativizar tal característica, como a do relativismo cultural, o acesso à justiça é uma preocupação inerente a toda a comunidade internacional, não estando restrito a determinado país³³.

Assim, torna-se relevante a discussão do acesso à justiça em um plano global, tendo em vista que os Direitos Humanos se encontram em uma fase marcada pela globalização e internacionalização, pretendendo-se levar suas discussões a um plano internacional, de modo a fazer com que os Estados se comprometam com a efetivação de tais direitos, criando obrigações recíprocas entre eles e estabelecendo mecanismos internacionais de proteção. Dessa forma, há uma cooperação e vigilância mútua com a finalidade de evitar violações de Direitos Humanos³⁴.

Tanto é que a resistência do Estado em privar o acesso à justiça, seja por meio de ação ou omissão, causando dano ao indivíduo, ocasiona sua responsabilidade internacional, uma vez que “a relutância dos poderes do Estado em tomar medidas positivas para dar plena vigência aos Tratados de Direitos Humanos é injustificável, e contribui à configuração de um ilícito internacional imputável ao Estado em questão”³⁵.

A partir do momento em que o Estado assume o monopólio da função jurisdicional³⁶, vedando aos particulares fazerem justiça com as próprias mãos, em um

³² Convenção Americana de Direitos Humanos. OEA: San Jose, 1969.

³³ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 70.

³⁴ Esta é a denominada 4ª geração ou dimensão dos direitos humanos, marcada pela sua atual fase de internacionalização, a qual buscou uma nova organização da sociedade internacional, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que com as atrocidades lá cometidas, a comunidade internacional compreende que o mero ato de positivizar direitos é insuficiente e percebe a necessidade dos estados se vigiarem reciprocamente, maximizando o plano internacional.

³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 347.

³⁶ Percebe-se, entretanto, a existência de exceções quanto a este monopólio da jurisdição, por meio do desenvolvimento de procedimentos jurisdicionais alternativos, com uma tendência de valorização da autonomia da vontade privada e a criação de mecanismos como a arbitragem, a mediação e a conciliação, os quais almejam alcançar a celeridade, a informalização e uma melhor efetividade na resolução do conflito, possibilitando um diálogo entre as partes.

regime de autotutela ou autodefesa, ele assume, na mesma proporção, o dever de garantir o acesso à justiça e, para tanto, torna-se necessária uma série de prestações estatais.

Entretanto, apesar de todas essas evidências sobre a relevância do acesso à justiça, este direito ainda não é um tema prioritário na agenda pública, além de que, o ensino jurídico, as pesquisas e as práticas jurídicas não têm concedido a devida importância ao tema³⁷.

2.1. OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS QUE TRATAM SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos podem ser utilizados tanto no campo interno, o qual, em conjunto com o direito pátrio, conferem um arcabouço protetivo maior à proteção de direitos, reforçando a possibilidade de reivindicar a tutela estatal, quanto no campo externo, o qual permite uma proteção internacional desses direitos, responsabilizando os Estados nos casos de violação, tendo em vista que “a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”³⁸.

O primeiro documento internacional que reconheceu o direito ao acesso à justiça de forma efetiva foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual buscou revitalizar o lema da Revolução Francesa, reconhecendo a importância da igualdade, liberdade e fraternidade. Seu artigo 8º dispõe que: “Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”³⁹.

Além disso, o artigo 10º da referida declaração determina que: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

Mais tarde, surgiu o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o qual, possuindo força vinculante no âmbito do direito internacional, buscou incorporar os

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 40.

³⁹ Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH). ONU: Paris, 1948. Disponível em: <https://www.pcp.pt/actpol/temas/dhumanos/declaracao.html>. Acesso em 25 de novembro de 2018.

direitos constantes na Declaração Universal. Em relação ao acesso à justiça, o seu artigo 14º aborda o direito a um julgamento justo, considerando todas as pessoas iguais perante os tribunais e as cortes de justiça, a garantia de um tribunal competente, independente e imparcial, a presunção de inocência, a razoável duração do processo e a vedação ao *bis in idem*, bem como a garantia de assistência por um defensor gratuito àqueles que não possuírem recursos financeiros suficientes para remunerá-lo.

Já em relação aos Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos, os quais atualmente se dividem em três: Europeu, Interamericano e Africano, sendo elaborados com o intuito de conceder uma maior relevância a esses direitos, tais sistemas são “acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissos na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais”⁴⁰, assumindo a tarefa de responsabilizar os Estados pela violação de direitos humanos.

No que se refere ao Sistema Regional Europeu, verifica-se que, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, em seu artigo 6º, reconheceu o direito a um processo equitativo, compreendendo o acesso à justiça como um direito de todos, englobando a razoável duração do processo, o julgamento por um tribunal independente e imparcial, bem como o princípio da presunção de inocência e o direito de defender-se a si próprio ou ter assistência de um defensor de sua escolha, e, no caso de não possuir recursos financeiros suficientes para remunerá-lo, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem.

Verifica-se que já houve condenação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos por violação ao artigo 6.1, da referida Convenção, no caso *Golder vs. Reino Unido*, sendo defendida a ideia de um processo equitativo e de que o direito de acesso aos tribunais faz parte do enunciado do mencionado artigo, não sendo uma interpretação extensiva tendente a impor novas obrigações aos Estados partes.

Já no que se refere ao Sistema Regional Interamericano, verifica-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, preceitua diversas garantias judiciais, as quais servem de fundamento para verificar eventuais

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 51.

violações de direitos humanos. De acordo com o artigo 8º, parágrafo 1º, da referida convenção:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Além disso, o parágrafo 2º, do mencionado dispositivo traz uma série de garantias judiciais mínimas, tais como o juízo natural e imparcial, a presunção de inocência, a assistência de um tradutor quando o acusado não compreender ou não falar o idioma do juízo, a ampla defesa, a não autoincriminação, a possibilidade de recorrer das decisões, bem como o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, nos casos em que o acusado não se defender ou não nomear defensor no prazo legal.

Ademais, o artigo 25, da referida convenção reforça a garantia do direito ao recurso perante juízes e tribunais competentes, no intuito de conceder proteção contra atos que ofendam os direitos fundamentais, inclusive nos casos em que a ofensa seja realizada por pessoas que atuem no exercício de funções oficiais.

No âmbito do Sistema Interamericano, destaca-se o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, o qual, dentre outros aspectos, tratou sobre o acesso à justiça, sendo a primeira condenação formal do país no mencionado sistema, o qual abordou o tema sobre maus tratos e violações dos direitos humanos de pessoas com deficiência de saúde mental, tendo a sentença conhecido também a violação dos direitos às garantias e proteções judiciais, uma vez que entendeu-se que o Estado não tomou as medidas cabíveis para punir os responsáveis pelos tratamentos degradantes que resultaram no óbito de Ximenes Lopes poucos dias após sua internação em manicômio, verificando-se a ausência do devido processo legal⁴¹.

Portanto, verifica-se que houve condenação do Brasil no que diz respeito ao tema acesso à justiça, devido à ausência das investigações devidas e de punição dos médicos responsáveis pelo homicídio, sendo determinado, na sentença, uma obrigação de fazer ao

⁴¹ No caso, verifica-se que, antes de peticionar perante a Comissão Interamericana de direitos humanos, a família de Ximenes Lopes procurou a justiça brasileira, mas não foi possível a condenação dos responsáveis pela morte devido à carência de provas.

país, no sentido de garantir, em prazo razoável, que o processo doméstico destinado a investigar e punir os responsáveis pelos fatos seja regularmente desenvolvido.

Diante do exposto, é possível afirmar que esses instrumentos internacionais visam uma sólida promoção e proteção do direito humano ao acesso à justiça além dos limites dos Estados.

3. O ACESSO À JUSTIÇA PENAL FACE À CARÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS

Para que haja a efetividade do direito humano fundamental ao acesso à justiça, é necessário que sejam eliminados diversos obstáculos que impedem a sua efetivação, dentre eles chama atenção o alto custo das despesas que envolvem uma demanda, como o pagamento das custas processuais⁴² e honorários advocatícios, além dos possíveis gastos com preparo recursal, perícias e ônus de sucumbência⁴³.

Não há como negar que “a resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas”⁴⁴, sobretudo no que se refere aos honorários advocatícios, responsáveis, em geral, por grande parte das despesas⁴⁵.

Assim, um dos maiores entraves para o acesso à justiça refere-se à carência de condições econômicas, sendo nítida a repercussão da pobreza na efetivação dos Direitos Humanos, existindo vários obstáculos não apenas de ordem econômica, mas também social,

⁴² As custas processuais não podem desprezar a situação econômica do indivíduo. É o que afirma Nicolás Rodríguez García: “Sin embargo, las costas procesales no pueden ni deben suponer, en un Estado Social de Derecho, un límite para el acceso a la jurisdicción, una barrera infranqueable para quien, por carecer de recursos económicos, se vea impedido de instar la dispensa de la tutela judicial efectiva, ante los órganos jurisdiccionales, en defensa de sus derechos e intereses legítimos”. GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Justicia Gratuita: un imperativo constitucional*, Editora Comares, Granada, 2000, p. 2.

⁴³ Além disso, nos países em que se adota o princípio da sucumbência, como a Austrália, Bélgica e Inglaterra, os custos são cerca de duas vezes maiores para a parte vencida, a qual terá que reembolsar os honorários advocatícios gastos pela parte vencedora. Tal fato incentiva que a parte entre com uma ação apenas com a certeza de que irá vencer, situação difícil de ocorrer, tendo em vista as incertezas típicas do processo. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 15.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 15.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 18.

cultural e psicológica, os quais são inter-relacionados, para o acesso à justiça dos carentes de recursos financeiros.

Como decorrência lógica da realidade econômica, nas esferas sociais e culturais, percebe-se que os cidadãos de classes menos favorecidas geralmente possuem uma maior dificuldade em reconhecer um problema de ordem jurídica⁴⁶, devido à informação deficiente acerca de seus próprios direitos e obrigações, por conta dos baixos níveis de educação⁴⁷, a inacessibilidade da linguagem jurídica e a falta de orientação.

Percebe-se que a falta de educação e informação jurídica é um dos fatores que promove a exclusão social⁴⁸, pois é através delas que se torna possível o conhecimento dos direitos e, quando violados, os mecanismos adequados para sua reparação.

Ademais, também podem ser apontadas dificuldades no âmbito psicológico, devido, sobretudo, à falta de confiança e ao distanciamento sentido da classe desfavorecida em relação ao poder judiciário e ao formalismo lá existente, aos ambientes dos tribunais e escritórios de advocacia muitas vezes vistos como intimidadores e aos advogados⁴⁹, os quais geralmente sequer utilizam uma linguagem compreensível na comunicação com seus clientes.

Tais dificuldades vão contra a ideia de universalidade dos direitos humanos⁵⁰ e da criação de uma sociedade inclusiva. Afinal, que direito humano seria este que, por razões de ordem financeira, a parte não possui condições para exercê-lo? ⁵¹.

⁴⁶ A falta de uma educação jurídica adequada não é um problema exclusivo das classes menos favorecidas, entretanto, em geral, são mais acentuadas nestas.

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12^a. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

⁴⁸ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008, p. 219.

⁴⁹ Esse distanciamento pode ser sentido em maior ou menor grau dependendo da causa, pessoas e até das instituições envolvidas. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 24.

⁵⁰ Dentro da ideia de universalidade dos direitos humanos, há a ideia da construção de uma sociedade pautada na igualdade e na ponderação dos interesses de todos e não apenas de alguns.

⁵¹ Conforme Celso de Melo, Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o acesso à justiça “assiste a toda e qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam”.

BRASIL. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 25/03/2014, no Embargo de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212 PR. (Relator: Min. CELSO DE MELLO). Retirado de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em 13 de junho de 2019.

Questiona-se ainda: “como dar ao hipossuficiente o que é seu, se ele tem ainda dificuldade de ter acesso a essa Justiça a que, por essência e definição, compete dar-lhe o que lhe cabe?”⁵².

Se alguém pretende exercer um direito, mas, devido à sua condição econômica, é impossibilitado de pagar a assistência jurídica e arcar com as custas processuais, acaba sendo discriminado e colocado em uma condição de desigualdade perante a lei.

Garantir o acesso à justiça aos que apresentam carência de recursos financeiros é uma forma de utilizar o direito a favor da inclusão social⁵³. É uma maneira de garantir que o poder financeiro não venha a criar uma situação de manifesta desigualdade.

Logo, fica clara a dependência da classe menos favorecida de uma atuação estatal para que possa usufruir de seu direito de acesso à justiça. Atualmente, deixar o acesso à justiça à cargo unicamente do carente de recurso financeiro e sua própria sorte, como ocorria durante a vigência do Estado Liberal, representa um grande absurdo.

No Processo Penal, em regra, há uma relação verticalizada entre o Estado e o particular. Dessa forma, quando o Estado atua contra o carente de recurso financeiro e não fornece os meios para uma defesa minimamente adequada, há uma potencialização de sua hipossuficiência, surgindo uma manifesta desigualdade.

Portanto, é preciso que haja uma paridade de armas entre os litigantes no processo judicial, com o fim de que a parte desfavorecida economicamente não seja colocada em uma situação de desigualdade em relação à outra parte que possui mais condições financeiras para investir em profissionais e em provas, por exemplo, o que faz com que consiga expor seus argumentos de forma mais eficiente.

Os resultados do processo precisam estar de acordo com os méritos jurídicos das partes, sem a interferência de diferenças alheias ao direito⁵⁴, de modo a haver um equilíbrio

⁵² DEVISATE, Rogério dos Reis. Acesso à Justiça - Problema de Essência: A Defensoria Pública como a Solução Constitucional para os Hipossuficientes. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Organizador) – Acesso à Justiça, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 275.

⁵³ Conforme Cristina Queiroz, a inclusão na sociedade constitui um dos elementos para uma existência condigna. QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 114.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 15.

de forças entre a acusação e a defesa, a fim de possibilitar uma igualdade de oportunidades na contribuição para a formação do convencimento do juiz.

A partir do momento que o acesso à justiça é negado ou colocado distante das necessidades sociais, sobretudo dos segmentos sociais carentes, abre-se a possibilidade da comunidade, ao buscar meios de sobrevivência, instituir regras próprias, criando meios peculiares para solucionar seus conflitos paralelos ao direito.

Levando em consideração todas essas dificuldades dos carentes de recursos financeiros acessarem à justiça, foi desenvolvido um estudo no âmbito da ONU, resultando no relatório elaborado pela Comissão do Empoderamento Legal do Pobre, sendo uma grande iniciativa global com ênfase na relação existente entre exclusão, pobreza e direito, intitulado “*Making the Law Work for Everyone*”.

A partir desse Empoderamento Legal objetiva-se a proteção do pobre no sentido deste ser capaz de usufruir da lei e fazer valer os seus direitos e interesses, buscando soluções práticas, com uma série de sugestões, como a criação ou fortalecimento de sistemas de solução alternativa de conflitos, campanhas para esclarecimento legal dos pobres, fortalecimento dos sistemas de ajuda legal e ampliação dos quadros legais, mediante a participação de estudantes de direito, bem como a reforma nas instituições públicas com o fim de retirar os obstáculos legais e administrativos que impedem o acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros, uma vez que, conforme o referido relatório:

[...] Reforming the law on paper is not enough to change how the poor experience it day to day. Even the best laws are mere paper tigers if poor people cannot use the justice system to give them teeth. Even the best regulations do not help the poor if the institutions enforcing them are ineffective, corrupt, or captured by elites⁵⁵.

Perante este impasse para o acesso à justiça, verifica-se que os operadores do direito não ficaram indiferentes. Embora ainda existam muitas barreiras a serem enfrentadas, foram encontradas diversas soluções com a finalidade de efetivar o acesso à justiça aos economicamente desfavorecidos, surgindo diferentes sistemas de acesso à justiça ao longo da história, conforme será exposto a seguir.

⁵⁵ *Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor. Making the Law Work for Everyone*, Vol. I, p. 31-32, 2008. Disponível em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf. Acesso em 23 de maio de 2019.

4. OS PRINCIPAIS SISTEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Apesar do acesso à justiça ser um Direito Humano fundamental, possuindo a característica de ser universal, os meios utilizados para garantir esse direito variam conforme o tempo e o ordenamento jurídico de cada país, na medida em que diversas são as suas realidades e necessidades.

Há uma grande discussão na doutrina acerca de qual modelo de acesso à justiça seria o mais eficaz. Entretanto, para chegar a uma conclusão sobre qual modelo é o mais adequado e eficiente é necessário analisar o contexto vivenciado no país, tendo em vista que todos eles apresentam os seus aspectos positivos e negativos.

Aqui será realizada uma caracterização dos principais modelos desenvolvidos pelos Estados no acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros ao longo da história, a fim de identificar, posteriormente, quais os modelos seguidos por Portugal e pelo Brasil.

Os três principais sistemas são: Caritativo, *Judicare* e Público, além dos sistemas híbridos de acesso à justiça.

4.1. O SISTEMA CARITATIVO OU ADVOCACIA *PRO BONO*

É o modelo pelo qual os serviços são prestados por advogados sem que recebam uma contraprestação pecuniária pelo serviço prestado, movidos pelo sentimento de caridade e/ou pela consciência do dever público e moral da profissão.

Este sistema vigorou no início da evolução do acesso à justiça em diversos países em que o acesso à justiça aos economicamente desfavorecidos era gratuito, devido também à simplicidade pela qual se resolvia os conflitos na época⁵⁶.

Além disso, devido à grande influência da Igreja Católica e a sua doutrina de caridade, a prestação dos serviços advocatícios, bem como os custos decorrentes da demanda não deveriam ser cobrados aos pobres.

⁵⁶ MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle T. Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, 20-21.

Entretanto, verificou-se a grande limitação deste sistema no acesso à justiça aos mais necessitados, tendencialmente deixados para segundo plano, pois os advogados tinham que dividir suas causas com a de seus clientes⁵⁷, uma vez que “em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita”. Dessa forma, o ônus de prestar os serviços advocatícios recaía, sobretudo, aos iniciantes na advocacia, nos seus primeiros anos de exercício da profissão⁵⁸.

Assim, criou-se a consciência da importância de desenvolver um sistema de acesso à justiça em que os advogados recebessem uma contraprestação pecuniária pelo serviço prestado aos menos favorecidos.

4.2. O SISTEMA *JUDICARE*

A visão de uma assistência judiciária prestada como um dever moral da profissão, apesar de suas claras limitações, vigorou por muitos anos, até que na Alemanha, durante o regime socialdemocrata, determinou-se a obrigação do Estado remunerar os advogados que prestassem a referida assistência, surgindo o sistema *judicare*.

Neste sistema, o Estado arca com a garantia remuneratória aos profissionais que apoiem o acesso à justiça àqueles que não possuam condições financeiras suficientes para arcar com as despesas. Entretanto, não há a criação de um serviço público nacional de proteção jurídica. Tal modelo foi adotado por boa parte dos países da Europa Ocidental, como a Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Portugal.

Assim, advogados particulares são pagos pelo Estado nos casos de carência de recursos financeiros da parte, tendo como finalidade proporcionar a esses litigantes “a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado”⁵⁹.

Apesar de representar uma importante mudança de paradigma, trazendo a assistência judiciária como um direito subjetivo e exigível face ao Estado, verifica-se

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 32.

⁵⁸ ALVES, Cleber Francisco. Justiça para todos! Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 146.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 35.

limitações neste modelo, uma vez que apesar de romper a barreira inerente ao custo, o fato de tratar os carentes de recursos financeiros como clientes regulares não traz soluções no sentido remover obstáculos causadas por outras situações e problemas vivenciados corriqueiramente pela classe desfavorecida, deixando apenas a cargo do pobre a papel de reconhecer seus direitos e ir em busca de um advogado⁶⁰, existindo uma perigosa lacuna no que diz respeito à promoção de uma educação jurídica a esta classe.

Além disso, a busca por advogado em escritório particular pode ser uma tarefa intimidadora para a classe menos favorecida. “Sem dúvida, em sociedades em que os ricos e os pobres vivem separados, pode haver barreiras tanto geográficas quanto culturais entre os pobres e o advogado”⁶¹.

Enfim, este sistema encara o pobre apenas como indivíduo, deixando de lado sua situação enquanto classe⁶², a qual sofre com diversos obstáculos de índole econômica, social, cultural e psicológica para o acesso à justiça e, portanto, necessita de uma maior proteção para litigar em paridade de armas com aqueles provenientes de classes mais favorecidas ou até mesmo contra o Estado.

4.3. O SISTEMA PÚBLICO OU DEFENSORIAL PÚBLICO

Inspirado no *Salaried Staff Model* estadunidense⁶³, o qual serviu como exemplo para o desenvolvimento da assistência jurídica aos pobres em grande parte dos países do continente americano, nesse sistema “existem profissionais do direito que atuam

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 38.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 38.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 38.

⁶³ A partir do convencimento da ineficácia do sistema *judicare*, este modelo se enquadra em um contexto social de “guerra contra a pobreza”, trazendo instrumentos importantes para redução das desigualdades sociais, indo além da preocupação com o pobre enquanto indivíduo, na busca de combater seus problemas jurídicos enquanto classe. Ademais, buscou desfazer as barreiras geográficas, de forma que a localização dos escritórios encarregados de prestar a assistência jurídica fossem próximos de onde residisse o maior número de potenciais assistidos, além disso, buscou minimizar os óbices psicológicos, de forma que esses escritórios possuíssem características informais e tendencialmente acolhedoras.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 13ª. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 172 e CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 38-40.

exclusivamente na assistência jurídica e, por isso, são remunerados como servidores públicos”⁶⁴.

Esse sistema tem como característica a prestação não apenas de assistência judiciária, mas também jurídica⁶⁵, de maneira prévia e informativa, atuando dentro e fora dos tribunais, com “grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para obtê-los”⁶⁶.

Dessa forma, esse modelo apresenta grandes vantagens se comparado ao sistema *judicare* anteriormente exposto, uma vez que é bastante empenhado na criação de defensores aptos a lidar com os problemas típicos da classe menos favorecida, considerando não apenas a situação individual do pobre, mas sua situação enquanto classe, criando uma categoria de profissionais experientes para lidar com essas circunstâncias⁶⁷.

Entretanto, apesar dos diversos pontos positivos apresentados, este sistema também é limitado, uma vez que deixa uma lacuna para o acesso à justiça nas circunstâncias em que não é possível o atendimento pelo serviço público.

4.4. OS SISTEMAS HÍBRIDOS

Ao perceber as limitações de cada um dos modelos básicos de acesso à justiça, alguns países resolveram combinar os principais sistemas desenvolvidos, adotando um sistema misto ou híbrido de acesso à justiça, ainda que um modelo prepondere sobre o outro.

Tais sistemas híbridos iniciaram na Suécia e na Província canadense de Quebec e, ao perceberem seus benefícios, outros países também resolveram seguir, como a Holanda, Austrália, a Grã-Bretanha e o Brasil⁶⁸.

⁶⁴ REIS, Gustavo Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. Comentários à Lei da Defensoria Pública. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

⁶⁵ A assistência jurídica é mais ampla que a assistência judiciária, uma vez que, além da representação por profissional em juízo, envolve atividades direcionadas à consultoria, bem como à educação e orientação jurídica

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 42.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 40-41.

⁶⁸ O Brasil, como regra, adota o sistema defensorial público, entretanto, nos locais não abrangidos pelo serviço público, a assistência jurídica é prestada por advogado dativo, o qual recebe uma contraprestação pecuniária dos cofres públicos pelo serviço prestado, vigorando, nestes casos, o modelo *judicare*. Percebe-se, portanto, que os sistemas se complementam a fim de proporcionar um acesso à justiça mais amplo.

Após analisados os principais sistemas de acesso à justiça, irá ser feita uma análise pormenorizada em relação aos modelos desenvolvidos por Portugal e pelo Brasil.

5. O ACESSO À JUSTIÇA NO MODELO PORTUGUÊS

5.1. A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA EM PORTUGAL

Para compreender bem como ocorre atualmente o acesso à justiça em Portugal, é necessário entender como se deu a evolução deste direito no país.

Apesar do acesso da população desfavorecida aos tribunais já ser previsto em algumas normas de direito antigo, antes mesmo da criação das Constituições portuguesas, como nas Ordenações Afonsinas e Filipinas e alguns alvarás e regimentos do século XVII e XVIII⁶⁹, ainda não era elevado ao patamar de direito fundamental. Já neste período, os ideais da revolução francesa, sobretudo no que diz respeito à gratuidade da justiça, constituíram grandes contribuições para o acesso à justiça em terras portuguesas.

A Constituição Portuguesa de 1838, a qual concedeu um título específico aos direitos fundamentais, trouxe o direito de petição, dispondo em seu artigo 15º que os interesses particulares poderiam ser objeto de queixa ou de petição. Há quem entenda que este foi o precursor mais remoto do direito ao acesso aos tribunais⁷⁰, entretanto, ainda não era possível vislumbrar o direito ao acesso à justiça.

Além disso, foram várias as tentativas registradas para a Organização do Instituto de Assistência Judiciária no país. Em 1860, a iniciativa coube a Martens Ferrão, o qual criou uma proposta de lei para a assistência judiciária civil e comercial perante os tribunais de primeira instância. Já em 1883, tal proposta coube a Júlio de Vilhena. Posteriormente, em 1887, Veiga Beirão fez uma proposta criando a Ordem dos Advogados e dando aos Conselhos Disciplinares a competência para decidir pela concessão ou não da mencionada

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa (Director Científico). João Pedroso (coord.), Catarina Trincão e João Paulo Dias. O Acesso ao Direito ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 163.

⁷⁰ MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. As constituições portuguesas: de 1822 ao texto actual da Constituição. 2.ª edição. Lisboa: Petrony, 1992, p. 169.

assistência. Mais adiante, em 4 de abril de 1897, também foi criada proposta semelhante à Câmara dos Deputados por António de Azevedo Castelo Branco.

Entretanto, a assistência jurídica aos pobres ainda era encarada como um dever ligado à honra da profissão de advogado, sem a obrigatoriedade de uma contraprestação pecuniária por parte do Estado⁷¹, situação que começou a ser modificada em 1896, quando foi definido na tabela de emolumentos e salários judiciais que o defensor nomeado oficiosamente em processo criminal receberia remuneração por meio dos emolumentos atribuídos pelo juiz na sentença⁷².

Posteriormente, em 4 de abril de 1899, inspirada em projetos já apresentados e que não foram levados adiante, foi apresentada proposta de Lei da Assistência Judiciária pelo Ministro da Justiça da época, José Maria de Alpoim, a qual foi convertida na primeira lei portuguesa que trata sobre o acesso à justiça datada de 31 de julho de 1899 e completada, posteriormente, pelo regulamento de 1 de agosto do mesmo ano⁷³.

Mais adiante, com a implantação da república em 1910, foi aprovada nova Constituição em 1911, a qual manteve o direito de petição previsto na Constituição de 1838 e trouxe, pela primeira vez, o direito ao contraditório, em seu artigo 20, n.º 3.

Naquele tempo, o regime criado passou a integrar um Estatuto Judiciário⁷⁴ aprovado pelo Decreto nº 13.809 de 1927, posteriormente alterado pelo Decreto nº 15.334, de 1928, o qual foi editado pelo Decreto-lei nº 33.548, no ano de 1944, quando foi conferida uma estruturação autônoma à assistência judiciária, a qual passou a contemplar tanto o patrocínio gratuito, quanto a dispensa do pagamento de custas para os carentes de recursos financeiros.

A assistência judiciária encontrava-se prevista nos artigos 814º e seguintes do referido Estatuto e, para sua concessão, era necessária uma documentação considerada

⁷¹ Nesta época, vigorava o modelo *pro bono*, o qual já foi analisado anteriormente.

⁷² Conforme o artigo 27º, da Tabela de Emolumentos e Salários Judiciais de 1896.

⁷³ Mais tarde, o regime de assistência judiciária presente nesta lei, passou a constituir o Estatuto Judiciário, o qual foi aprovado em 1927.

⁷⁴ O mencionado Estatuto Judiciário refere-se a uma iniciativa codificadora do sistema judicial português, tratando, sobretudo, sobre o estatuto das magistraturas judiciais e do Ministério Público, a organização da Ordem dos Advogados e da Câmara dos Solicitadores e acerca do exercício da profissão de solicitadores à assistência judiciária.

dispendiosa, tendo em vista que estava abrangida por uma tabela de imposto de selo⁷⁵, inviabilizando o acesso à justiça aos mais necessitados.

Entretanto, tendo em vista à grande instabilidade política e social, a primeira república não perdurou por muito tempo, ocorrendo um golpe militar em 28 de maio de 1926, sendo aprovada, em 1933, uma nova Constituição com caráter tendencialmente limitador dos direitos fundamentais. Neste período, verifica-se que o direito de petição foi mantido no artigo 8º, nº 18, podendo ser exercido junto dos órgãos de soberania ou quaisquer autoridades em defesa dos direitos do indivíduo ou do interesse geral, entretanto, representava somente uma norma escrita, sendo impossível de ser concretizada devido às características do próprio Estado, inexistindo dependência e parcialidade ao poder judicial.

Algumas décadas depois, já ao final do período autoritário, foi publicada a Lei nº 7/70, de 09 de junho, a qual tratou sobre a assistência judiciária, destacando em sua Base I, nº 1, que “a assistência judiciária compreende a dispensa, total ou parcial, de preparos e do prévio pagamento de custas, e bem assim o patrocínio officioso”⁷⁶. Além disso, a referida lei, em sua Base II, nº 1, buscou assegurar o acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros, determinando que: “têm direito à assistência todos aqueles que se encontrem em situação económica que lhes não permita custear as despesas normais do pleito”.

Em 18 de novembro do mesmo ano, foi publicado o Regulamento de Assistência Judiciária nos Tribunais Ordinários, por meio do Decreto nº 562/70⁷⁷, o qual regulamentou o denominado pedido de assistência judiciária, estabelecendo o processo que deveria seguir.

Posteriormente, como resultado de um longo processo de resistência do povo português, surgiu uma revolução que derrubou o regime autoritário, sendo aprovada uma nova Constituição em 1976.

Diante do exposto, é possível concluir que, desde as ordenações, sempre foram criadas disposições tendentes a proteger os litigantes carentes de recursos financeiros,

⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa (Director Científico). João Pedroso (coord.), Catarina Trincão e João Paulo Dias. O Acesso ao Direito ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 164.

⁷⁶ Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/33081/lei-7-70-de-9-de-junho>. Acessado em 15 de novembro de 2018.

⁷⁷ Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/12746/decreto-562-70-de-18-de-novembro>. Acessado em 01 de novembro de 2018.

evoluindo ao longo do tempo através da proteção constitucional e infraconstitucional sobre o tema, entretanto, a assistência jurídica sempre se mostrou insuficiente para atender às necessidades dos economicamente desfavorecidos.

Nos tópicos seguintes, irá ser tratada de forma mais detalhada a evolução ocorrida no direito de acesso à justiça tanto no âmbito Constitucional, com a Constituição de 1976 e suas respectivas revisões, bem como no contexto infraconstitucional até os dias atuais.

5.2. UMA ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976 E SUAS REVISÕES EM 1982, 1992 e 1997

Inicialmente, a preocupação do legislador em relação ao acesso à justiça encontrava-se bastante limitada, estando centrada em questões relacionadas com a magistratura, situação que só mudou, de fato, a partir da Constituição de 1976, a qual marcou um período democrático-social.

Originada em um contexto de aversão ao passado próximo, em que vigorava um regime antidemocrático, esta Constituição possui uma grande preocupação pelos direitos fundamentais e pela divisão de poderes, buscando o desenvolvimento da democracia e da igualdade⁷⁸.

Assim, a Constituição da República Portuguesa de 1976, a qual se encontra vigente, apesar de suas revisões, é considerada uma das mais progressistas da Europa, além de consagrar os princípios materiais mais importantes do processo penal e as garantias de defesa do arguido, sendo denominada também por constituição processual penal⁷⁹.

Inspirada no artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁰, esta Constituição consagrou expressamente o direito de acesso aos tribunais no artigo 20º, sob a epígrafe “Defesa dos direitos”, sendo vedada a denegação do acesso à justiça devido à

⁷⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição portuguesa anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 15.

⁷⁹ CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 515; ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Direito Constitucional aplicado. In AA. VV., Que futuro para o Direito Processual Penal, 2009.

⁸⁰ Conforme o artigo 8º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “toda a pessoa tem direito ao recurso efectivo às jurisdições nacionais competentes contra actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

insuficiência de recursos financeiros⁸¹. Foi assim que o acesso à justiça passou a ser reconhecido como um direito fundamental em Portugal.

O mencionado artigo constitucional possui uma grande conexão com o princípio da igualdade disposto no artigo 13º, do mesmo diploma⁸². A partir da interpretação conjunta desses artigos, alguns autores passaram a entender que eles conduziam a uma “socialização da advocacia”, sendo papel do Estado, devido à sua natureza social, criar um “serviço nacional de proteção jurídica”⁸³. Entretanto, conforme será visto a seguir, não foi este o caminho trilhado por Portugal.

O artigo 20º da Constituição da República Portuguesa sofreu diversas modificações. A primeira delas ocorreu com a revisão constitucional de 1982, a qual modificou a epígrafe para “Acesso ao direito e aos tribunais” e trouxe uma subdivisão ao artigo. No número 1 passou a ser previsto o direito de acesso ao direito, o qual abrangia o direito à informação e à proteção jurídica, enquanto o número 2 trazia o direito de acesso aos tribunais, referindo-se à impossibilidade de denegação da justiça por insuficiência de recursos econômicos.

Sobre este aspecto, verifica-se que na mencionada norma há dois direitos conexos, uma vez que o conhecimento do direito é condição para o seu exercício, entretanto são distintos, pois enquanto o direito de acesso ao direito engloba o direito à informação e à proteção jurídica, o direito de acesso aos tribunais constitui instrumento de defesa dos direitos e interesses legítimos⁸⁴.

Dessa forma, percebe-se que houve uma evolução estatal no sentido de ampliar o acesso à justiça, uma vez que a compreensão deste acesso estava restrita ao acesso aos tribunais, ou seja como uma mera garantia de acesso à via judiciária para a defesa de direitos.

⁸¹ Constituição da República Portuguesa. Imprensa Nacional – Casa da Moeda – Lisboa 1976. Artigo 20, 1- “A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. O referido artigo está inserido no capítulo dos direitos e deveres fundamentais.

⁸² Conforme o Artigo 13º, da Constituição da República Portuguesa: “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei; 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

⁸³ Como, por exemplo, o entendimento de Adélio Pereira André. ANDRÉ, Adélio Pereira. Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais. Lisboa: Livros Horizonte, 1980, p. 224-225.

⁸⁴ Canotilho, Gomes J. J. e Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa. 2ª edição, revista e ampliada. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 168.

Com o objetivo de garantir o disposto na Constituição, a Ordem dos Advogados, através do Decreto-Lei nº 84/84, de 16 de março de 1984, aprovou em seu Estatuto um artigo que estabelecia os deveres do advogado, o qual incluía o dever de: “colaborar no acesso ao direito e aceitar nomeações oficiosas nas condições fixadas na lei e pela Ordem dos Advogados”⁸⁵.

Insta salientar que, apesar de todo o progresso na legislação constitucional e infraconstitucional no sentido de garantir o acesso à justiça, sempre foi bastante criticado o abismo existente entre a teoria e a realidade, merecendo destaque, nesta época, a falta de uma remuneração adequada ou até mesmo a completa ausência desta aos profissionais que exercessem a defesa oficiosa, conforme demonstra o entendimento exposto pelo Partido Comunista Português (PCP) na criação do projeto de lei n.º427/III, em 1985:

[...] O direito de acesso ao direito é ainda para milhões de portugueses um dos direitos mais ignorados, sinal inequívoco do crescente fosso entre a ampla consagração constitucional dos direitos fundamentais e a sua realização prática. [...] O sistema de assistência judiciária e defesa oficiosa em processo penal ainda vigente é inofismavelmente lacunoso, incompleto e substancialmente ineficaz, assente todo ele na retrógrada concepção segundo a qual os advogados devem prestar, a título gratuito ou com muita problemática remuneração, os serviços jurídicos de que carecem os cidadãos que não os possam pagar. [...] O Estado não pode adiar por mais tempo o cumprimento do seu dever de organizar as estruturas jurídicas e técnicas que alterem as diversas facetas deste quadro injusto e obsoleto, garantindo plenamente aquilo a que a Constituição neste domínio quis que fosse reconhecido a todos⁸⁶.

Em 1992, houve uma nova revisão constitucional, a qual também trouxe um progresso no acesso à justiça, sendo abrangidos novos direitos. O artigo 20º, denominado “Acesso ao direito e aos tribunais” passou a prevê-lo no nº 2 que “todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário”. Assim, o artigo 20º passou a contemplar diversos direitos distintos, mas conexos: o direito de acesso ao direito, o direito de acesso aos tribunais, o direito à informação e consulta jurídicas e o direito ao patrocínio judiciário⁸⁷. Ao dividir o direito de acesso à justiça em várias subespécies, buscou-se conceder uma maior importância às suas diversas vertentes.

⁸⁵ Conforme o artigo 78º, alínea “d”, Estatuto da Ordem dos Advogados (revogado). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=43&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=. Acesso em 01 de novembro de 2018.

⁸⁶ Diário da Assembleia da República, II série, n.º 31, de 17/01/1987, p. 1550.

⁸⁷ CANOTILHO, Gomes J. J. e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. 2ª edição, revista e ampliada. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 168-169.

Por fim, em 1997, ocorreu a última alteração constitucional em relação ao tema, na qual a epígrafe do artigo 20º da Constituição da República Portuguesa foi alterada, passando a ser denominada de “Acesso ao Direito e Tutela Jurisdicional Efetiva”, enfatizando, além dos direitos já garantidos anteriormente, o direito da parte ser acompanhada por advogado, bem como o direito ao proferimento de decisões em prazo razoável, com a existência de mecanismos céleres para a defesa de direitos, bem como o direito a um processo equitativo e à adequada proteção do segredo de justiça.

Verifica-se que a redação atual buscou trazer mais garantias. Entretanto, insta salientar que o entendimento pautado no Tribunal Constitucional é o de que o artigo 20º da Constituição não impõe a gratuidade do acesso aos tribunais⁸⁸, de forma que:

O que será vedado ao legislador é o estabelecimento de regras de onde resulte que os encargos que hão-de ser suportados por quem acorre aos órgãos jurisdicionais possam, na prática, constituir um entrave inultrapassável ou um acentuadamente grave ou inoportável sacrifício para desfrutarem de tal direito⁸⁹.

Dessa forma, tendo em vista que não há uma previsão de gratuidade absoluta nos serviços de justiça, os seus encargos terão que levar em consideração o nível de incapacidade dos economicamente desfavorecidos.

Assim, o apoio judiciário em Portugal deve ser encarado como:

Um remédio, uma solução a utilizar, de forma excepcional, apenas pelos cidadãos economicamente carenciados ou desfavorecidos, e não de forma indiscriminada pela generalidade dos cidadãos, o que não deixa de implicar necessariamente, que também o sistema das custas judiciais tenha de ser um sistema proporcional e justo e não torne insuportável ou inacessível para a generalidade das pessoas o acesso aos tribunais⁹⁰.

⁸⁸PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 374/2009. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/1896315/details/maximized?print_preview=print-preview. Acesso em 10 de novembro de 2018. Neste mesmo sentido: Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 391/2007.

⁸⁹ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 255/2007, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 25 de Maio de 2007. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/1568658/acordao-255-2007-de-25-de-maio>. Acesso em 10 de maio de 2019.

⁹⁰ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 255/2007, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 25 de Maio de 2007. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/1568658/acordao-255-2007-de-25-de-maio>. Acesso em 10 de maio de 2019.

5.3. O REGIME JURÍDICO DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A assistência judiciária foi introduzida em Portugal através da Lei nº 7/70, de 09 de junho, conjugada com o Decreto Legislativo nº 572/70, os quais, devido à ineficiência do sistema e às diversas críticas apontadas, foram reformados posteriormente pelo Decreto Legislativo 387-B/87, de 29 de dezembro, conjugado com o Decreto Legislativo 391/88, de 26 de outubro, que sofreram alteração com o advento da Lei nº 46/96, de 3 de setembro.

A Lei nº 7/70, de 09 de junho, foi criada com o objetivo de propiciar uma ampliação no acesso à justiça, trazendo diversas regulamentações no âmbito da assistência judiciária, como a dispensa total ou parcial das custas processuais e do pagamento de honorários aos advogados, sendo remunerados pelo Estado.

Conforme a mencionada lei, a insuficiência econômica do requerente deveria ser demonstrada por meio de prova documental, exceto nos casos em que haja presunção estabelecida em lei ou regulamento⁹¹. Cumpre salientar que, anteriormente, as formas de provar a insuficiência de recursos econômicos eram mais limitadas.

Posteriormente, o Decreto Legislativo 387-B/87, de 29 de dezembro, conjugado com o Decreto Legislativo 391/88 realizaram uma reforma na Lei nº 7/70, trazendo, como uma grande inovação, a possibilidade de, em regra, o requerente de apoio judiciário escolher o advogado para lhe representar⁹², o qual só poderá recusar a representação por meio de um pedido de escusa fundamentada. Além disso, trouxe a possibilidade de ser formulado pedido para substituir o patrono, desde que devidamente justificado.

Ademais, até dezembro de 1987, o defensor ou patrono oficioso só recebia remuneração do Estado caso perdesse a ação, situação que foi eliminada, tendo em vista que o Estado passou a garantir o pagamento das remunerações também no caso do patrocinado ter ganho a causa, mas ser desprovido de condições para o pagamento do honorário do advogado, tendo o Estado assumido um papel de garantidor de uma remuneração adequada

⁹¹ Conforme dispõe a Base III, 1, da Lei 7/70, de 9 de junho.

⁹² Entretanto, em algumas situações não era possível a escolha do patrono pelo requerente, como no caso de solicitação de nomeação de patrono na causa em que o requerente já possuísse patrocínio e nos casos de já ter sido previamente consultado advogado, advogado estagiário ou solicitador, desde que não ocorresse alteração substancial dos fatos ou da lei.

aos profissionais intervenientes no sistema de acesso à justiça⁹³, ao menos formalmente, conforme será visto posteriormente.

Sobre tal aspecto, o Decreto-lei nº 391/88, de 26 de outubro, passou a conter uma tabela, na qual eram determinados os valores máximos e mínimos a título de honorários, levando em consideração as diversas circunstâncias da causa, sendo elas: “o tempo gasto, o volume e a complexidade do trabalho produzido, os actos ou diligências realizadas, bem como o valor constante da nota de honorários apresentada”⁹⁴.

Entretanto, apesar de todo o progresso alcançado na legislação, ainda existiam grandes críticas em relação à prática, sobretudo no que diz respeito às baixas remunerações previstas nas tabelas, situação que se agravou quando boa parte dos juízes passaram a não aplicar as tabelas legais.

Ademais, o Decreto nº 387-B/87 trouxe várias inovações sobre a informação jurídica, trazendo diversos meios viabilizadores desta informação, com diversas formas de comunicação capazes de tornar o direito mais conhecido, objetivando possibilitar um melhor exercício dos direitos e deveres e aproximando o direito da vida da sociedade⁹⁵. No quadro de informação jurídica criou, ainda, serviços de acolhimentos junto aos tribunais e dos serviços judiciários⁹⁶.

Ainda, o referido decreto ampliou o benefício do apoio judiciário e da consulta jurídica para estrangeiros e apátridas com residência habitual em Portugal, na medida em que também fosse atribuído aos portugueses por meio das leis dos outros Estados⁹⁷.

Outro progresso proposto pelo Decreto nº 387-B/87, encontra-se previsto em seus artigos 11º ao 14º e 55º e diz respeito à consulta jurídica. Com o fim de concretizar esta forma de proteção jurídica, foi prevista a criação e funcionamento dos gabinetes de consulta jurídica gratuita por todo o país, os quais constituíram uma inovação de grande importância no acesso à justiça, uma vez que lá se realizam consultas jurídicas, diligências extrajudiciais e até negociação, mediação, conciliação, além de mecanismos informais de conciliação ampliando o referido direito para além dos tribunais.

⁹³ Conforme os artigos 1º a 3º, do Decreto-Lei nº 387-B/87, de 29 de dezembro.

⁹⁴ Conforme o artigo 12º, do Decreto-Lei nº 391/88, de 26 de outubro.

⁹⁵ Conforme o artigo 4º, do mencionado Decreto.

⁹⁶ Conforme o artigo 5º, do mencionado Decreto.

⁹⁷ Conforme o artigo 7º, do mencionado Decreto.

Além disso, o Decreto-Lei n° 387-B/87 concedeu uma maior maleabilidade quanto aos meios de prova para comprovar a insuficiência de recursos econômicos, passando a haver, em regra, uma livre admissibilidade, além de ampliar o rol de situações presuntivas de carência econômica⁹⁸, podendo esta insuficiência ser comprovada por qualquer meio idôneo⁹⁹.

Quanto à isenção tributária também foi possível verificar um progresso, uma vez que houve uma ampliação da isenção objetiva ou processual dos impostos, emolumentos ou taxas em relação aos atos praticados no contexto do apoio judiciário¹⁰⁰.

Mais adiante, com a advento da Lei n° 46/96, de 03 de setembro, a qual alterou Decreto-Lei n° 387-B/87, de 29 de dezembro, e o Decreto-Lei n° 391/88, de 26 de outubro referentes ao acesso ao direito e aos tribunais, houve a ampliação da proteção jurídica, englobando além dos estrangeiros e apátridas que residam de forma habitual em Portugal, aqueles que tenham requerido a concessão de asilo no país¹⁰¹.

Posteriormente, o regime de acesso à justiça sofreu alteração por meio da Lei n° 30-E/2000, de 20 de dezembro, a qual determinou que seria da competência dos serviços da Segurança Social a apreciação dos pedidos referentes à concessão de apoio judiciário, como uma forma de diminuir a excessiva carga administrativa dos tribunais, transferindo o processo para um serviço que possui melhores informações acerca da realidade socioeconômica do requerente.

Além disso, a referida lei, expressamente revogada pela Lei n° 34/2004, de 29/07, buscou estabelecer garantias para uma justa e pontual remuneração dos defensores oficiais.

Atualmente, o regime jurídico de acesso à justiça em Portugal encontra-se regulamentado pela Lei n° 34/2004, de 29 de julho, denominada Lei do Apoio Judiciário¹⁰², com alterações introduzidas pela Lei n° 47/2007 de 28 de agosto, sendo alterada

⁹⁸ Conforme artigo 20º, do referido Decreto.

⁹⁹ Conforme artigo 19º, do referido Decreto.

¹⁰⁰ Conforme versam os artigos 40º e 53º, do mencionado Decreto.

¹⁰¹ Conforme artigo 7º, 2, da Lei n.º 46/96.

¹⁰² Conforme versa o artigo 1º, da referida Lei, a qual, além de alterar o regime de acesso ao direito e aos tribunais, transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n° 2003/8/CE, do Conselho, de 27 de janeiro, que trata sobre a melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços por meio do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios.

recentemente pela Lei nº 40/2018, de 08 de agosto e pelo Decreto-Lei nº 120/2018, de 27 de dezembro.

A Lei nº 34/2004, de 29 de julho, visou contemplar um sistema de acesso à justiça que busque a eliminação dos obstáculos decorrentes das condições sociais, culturais ou ligados à insuficiência de recursos econômicos para o acesso à justiça, desenvolvendo para tal ações e mecanismos sistematizados de informação e proteção jurídica¹⁰³.

Este diploma trouxe uma grande mudança no regime de acesso à justiça, trazendo um maior rigor e objetividade no procedimento para concessão da proteção jurídica, visando corrigir as disparidades referentes aos resultados na apreciação dos requerimentos apresentados para que o benefício seja concedido aos que efetivamente necessitam, na medida da respectiva necessidade, bem como tornar o regime jurídico de acesso à justiça compatível com os recursos financeiros do país.

Entretanto, este critério objetivo fixo previsto no art. 8º-A da Lei nº 34/2004 para avaliação do direito ao apoio judiciário foi alvo de diversas críticas devido à limitação do acesso ao serviço, diante de um simulador disponibilizado pelo órgão de seguridade social português.

No que se refere à informação jurídica, a mencionada lei estabeleceu que é obrigação do Estado “realizar, de modo permanente e planeado, acções tendentes a tornar conhecido o direito e o ordenamento legal, através de publicação e de outras formas de comunicação, com vista a proporcionar um melhor exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos¹⁰⁴”. Verifica-se aqui uma busca, por meio das diversas formas de comunicação, para tornar o direito e o ordenamento jurídico mais conhecido.

Já quanto ao dever de proteção jurídica, percebe-se que pode ser manifestado de duas formas: por meio da consulta jurídica ou através do apoio judiciário¹⁰⁵.

A consulta jurídica pode ser prestada nos próprios escritórios dos advogados que estejam filiados ao sistema de acesso ao direito ou nos gabinetes de consulta jurídica, devendo buscar abranger todo o território nacional¹⁰⁶.

¹⁰³ Conforme versa o artigo 1º, da referida lei.

¹⁰⁴ Art. 4º, nº 1, da Lei do Apoio Judiciário

¹⁰⁵ Art. 6º, nº 1, da Lei do Apoio Judiciário.

¹⁰⁶ Art. 15º, nº 1 e 2, da Lei do Apoio Judiciário.

Já o apoio judiciário abrange diversas vertentes, como a dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo, a nomeação e pagamento da compensação de patrono, o pagamento da compensação de defensor oficioso, o pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo, a nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono, o pagamento faseado da compensação de defensor oficioso, bem como a atribuição de agente de execução¹⁰⁷.

Posteriormente, a Lei nº 47/2007 trouxe alterações com o objetivo de reforçar o acesso ao direito e aos tribunais. Dessa forma, a referida lei simplificou a caracterização de insuficiência económica introduzida pela Lei nº 34/2004, referindo, de forma expressa, quais os elementos objetivos relacionados ao requerente e ao agregado familiar que devem ser ponderados para o cálculo dos rendimentos relevantes para decidir sobre o cabimento da proteção jurídica, sendo também alvo de diversas críticas, conforme será demonstrado.

Mais adiante, foi feita a segunda alteração na Lei nº 34/2004, por meio da Lei n.º 40/2018, de 8 de agosto, responsável por determinar a atualização anual dos honorários dos serviços jurídicos prestados pelos advogados no âmbito do apoio judiciário.

E, por fim, foi feita mais uma alteração na Lei 34/2004, através do Decreto-Lei nº 120/2018, o qual buscou estabelecer “regras uniformes para a determinação dos rendimentos e composição do agregado familiar, necessárias para a verificação da situação de insuficiência económica”¹⁰⁸.

Diante do exposto, na evolução do acesso à justiça, verifica-se que houve uma passagem do regime de assistência judiciária para o de apoio judiciário, buscando-se uma ampliação deste direito.

Ademais, percebe-se que o sistema de acesso à justiça adotado por Portugal é o *judicare*¹⁰⁹, de modo que o Estado optou pela não criação de um serviço nacional de proteção jurídica e sim pelo estabelecimento de garantia remuneratória aos profissionais do foro que apoiem o acesso à justiça¹¹⁰, dentre eles os denominados defensores oficiosos.

¹⁰⁷ Artigo 16º, nº 1, da Lei do Apoio Judiciário.

¹⁰⁸ Conforme o artigo 1º, nº 1, do Decreto-Lei nº 120/2018.

¹⁰⁹ Conforme a leitura conjugada do artigo 20, nº 1 e 2, da Constituição e dos artigos 2º, nº 1 e 3º, nº 2, da atual Lei do Apoio Judiciário.

¹¹⁰ COSTA, Salvador da. O Apoio Judiciário. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

Assim, há uma responsabilização compartilhada do Estado e das entidades representativas das profissões forenses, designadamente a Ordem dos Advogados e a Câmara dos Solicitadores no sentido de garantir o acesso à justiça, assumindo o Estado o dever de garantir uma remuneração adequada aos profissionais intervenientes.

5.4. O DEFENSOR OFICIOSO

No processo Penal, há a obrigatoriedade de assistência por defensor para a realização de diversos atos processuais¹¹¹. Dessa forma, quando deduzida acusação contra ao arguido, é obrigatória a nomeação de defensor, caso este não possua advogado constituído, nem defensor nomeado. Neste caso, o arguido ficará obrigado a pagar os honorários do defensor oficioso, caso seja condenado, exceto se for lhe concedido o apoio judiciário¹¹².

Apesar da Lei do Apoio Judiciário prevê diversos participantes no acesso ao direito, como advogados, advogados estagiário e solicitadores¹¹³, apenas o advogado pode ser defensor oficioso em processo penal. Conforme o artigo 1º, nº 10 da mencionada lei: “os casos em que o processo penal determinar que o arguido seja assistido por defensor, esta função é obrigatoriamente exercida por advogado, nos termos da lei”.

Cabe salientar que o Estado não contrata diretamente os advogados para a prestação de assistência jurídica, tampouco há servidores públicos designados para desempenhar esta função. É através da intermediação da Ordem dos Advogados que se faz uma seleção para a indicação destes profissionais.

Assim, “o procedimento tendente à nomeação do patrono ao requerente do apoio judiciário na modalidade de patrocínio judiciário passa em regra por três fases, uma

¹¹¹ Conforme o artigo 64, 1 e 2, do Código de Processo Penal Português: 1- É obrigatória a assistência do defensor: a) Nos interrogatórios de arguido detido ou preso; b) Nos interrogatórios feitos por autoridade judiciária; c) No debate instrutório e na audiência; d) Em qualquer acto processual, à excepção da constituição de arguido, sempre que o arguido for cego, surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída; e) Nos recursos ordinários ou extraordinários; f) Nos casos a que se referem os artigos 271.º e 294.º; g) Na audiência de julgamento realizada na ausência do arguido; h) Nos demais casos que a lei determinar. 2 - Fora dos casos previstos no número anterior pode ser nomeado defensor ao arguido, a pedido do tribunal ou do arguido, sempre que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade ou a conveniência de o arguido ser assistido.

¹¹² Conforme artigo 64, 3 e 4, do Código de Processo Penal Português.

¹¹³ Conforme o artigo 45, nº 1, al. b, da Lei do Apoio Judiciário.

consubstanciada no pedido, outra na decisão administrativa de concessão daquele apoio a e terceira da competência da Ordem dos Advogados¹¹⁴”.

O dever de cooperação da Ordem dos Advogados e da Câmara de Solicitadores no acesso à justiça, além de previsto na Lei de Apoio Judiciário, está determinado nos estatutos inerentes a estas entidades. Assim, como um meio de dar efetividade ao direito fundamental pautado no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa constitui dever dos advogados aceitar o patrocínio oficioso que lhes seja imposto, exceto quando existir motivo justificado para a recusa¹¹⁵.

Ademais, conforme o artigo 32º, 3, da Constituição da República Portuguesa, o qual trata sobre as garantias de processo criminal, “o arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória”.

O direito de escolher o defensor consagrado constitucionalmente leva em consideração a relação de confiança existente entre o profissional e o arguido. Entretanto, no âmbito do apoio judiciário, isso nem sempre é possível, uma vez que, apesar do requerente deste apoio poder indicar seu defensor, a entidade que nomeia (Ordem dos Advogados) pode não aceitar esta indicação. E o Estado apenas arcará com o pagamento dos profissionais, sejam advogados, advogados estagiários ou solicitadores que tenham sido nomeados mediante este procedimento, o qual inclui a participação da referida entidade.

Ademais, é possível a substituição do defensor nomeado, a requerimento do arguido e desde que exista uma justa causa¹¹⁶.

¹¹⁴ COSTA, Salvador da. O Apoio Judiciário. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 208.

¹¹⁵ Conforme o artigo 66º, 2, do Código de Processo Penal Português, “O defensor nomeado pode ser dispensado do patrocínio se alegar causa que o tribunal julgue justa”.

¹¹⁶ Conforme o artigo 66º, 3, do Código de Processo Penal Português.

5.5. OS CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DO APOIO JUDICIÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS

O pedido de apoio judiciário deve ser realizado no serviço de atendimento ao público da segurança social, cabendo a decisão sobre a proteção jurídica “ao dirigente máximo dos serviços de segurança social da área de residência ou sede do requerente”¹¹⁷.

O 7º, da Lei n.º 34/2004 traz um rol daqueles que têm direito à proteção jurídica, englobando “os cidadãos nacionais e da União Europeia, bem como os estrangeiros e os apátridas com título de residência válido num Estado membro da União Europeia, que demonstrem estar em situação de insuficiência económica”¹¹⁸, assim como os estrangeiros sem título de residência válido num Estado membro da União Europeia, “na medida em que ele seja atribuído aos portugueses pelas leis dos respectivos Estados”¹¹⁹.

São excluídos desse rol “as pessoas colectivas com fins lucrativos e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada”¹²⁰, sendo passível de tal proteção, apenas na modalidade de apoio judiciário, “as pessoas colectivas sem fins lucrativos”¹²¹, desde que demonstrem estar em situação de insuficiência económica.

Ademais, também são afastados da proteção jurídica as “pessoas que alienaram ou oneraram todos ou parte dos seus bens para se colocarem em condições de o obter”¹²².

Sabendo quem são os possíveis legitimados a requerer a proteção jurídica, agora cabe entender o que seria a situação de insuficiência económica, sendo esta condição essencial para o deferimento da proteção jurídica.

Conforme o artigo 8º, nº 1 da Lei nº 34/2004, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 47/2007, “se encontra em situação de insuficiência económica aquele, que tendo em conta fatores de natureza económica e a respectiva capacidade contributiva, não tem condições objetivas para suportar pontualmente os custos do processo”.

¹¹⁷ Conforme o artigo 20, nº 1, da Lei nº 34/2004.

¹¹⁸ Artigo 7º, nº 1, da Lei nº 34/2004.

¹¹⁹ Artigo 7º, nº 2, da Lei nº 34/2004.

¹²⁰ Artigo 7º, nº 3, da Lei nº 34/2004.

¹²¹ Artigo 7º, nº 4, da Lei nº 34/2004.

¹²² Artigo 7º, nº 5, da Lei nº 34/2004.

É importante destacar que:

O conceito de insuficiência económica é um conceito relativo, não podendo ser dissociado do valor das custas [...] A incapacidade económica que justifica a concessão de apoio judiciário deve, concretamente, ser aferida tendo em conta os custos concretos de cada acção e a disponibilidade da parte que o solicita, não estando excluído que seja concedido, em maior ou menor medida, se o valor da causa assim o justificar¹²³.

Para a apreciação da insuficiência económica, o artigo 8º-A, da Lei nº 34/2004, introduzido pela Lei nº 47/2007, de 28/08 e posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 120/2018, de 27/12, traz, de forma expressa, quais os elementos objetivos relacionados ao requerente e ao agregado familiar que devem ser ponderados para o cálculo dos rendimentos relevantes para decidir sobre o cabimento da protecção jurídica, sendo alvo de diversas críticas devido à excessiva rigidez em relação aos critérios responsáveis por averiguar a insuficiência económica, adotando um cálculo matemático para qualificar a situação e desconsiderando a realidade familiar do requerente no caso concreto.

Entretanto, a própria lei já determinou que:

Se, perante um caso concreto, o dirigente máximo dos serviços de segurança social competente para a decisão sobre a concessão de protecção jurídica entender que a aplicação dos critérios previstos nos números anteriores conduz a uma manifesta negação do acesso ao direito e aos tribunais pode, por despacho especialmente fundamentado e sem possibilidade de delegação, decidir de forma diversa daquela que resulta da aplicação dos referidos critérios¹²⁴.

Nesta apreciação de insuficiência económica, será verificado se a gratuidade de justiça será concedida total ou parcialmente, ou até mesmo se os custos decorrentes do processo podem ser parcelados de forma que o requerente o suporte, tudo isso de acordo com o nível de insuficiência económica averiguado no caso¹²⁵.

¹²³ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2005, p. 181 e Salvador da Costa, Apoio Judiciário, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, p. 56

¹²⁴ Artigo 8º- A, nº 8, da Lei do Apoio Judiciário.

¹²⁵ Conforme interpretação do artigo 8º- A, da Lei do Apoio Judiciário.

5.6. AS DIFICULDADES PARA O ACESSO À JUSTIÇA AOS CARENTES DE RECURSOS FINANCEIROS EM PORTUGAL

O artigo 20º da Constituição da República Portuguesa visa garantir o direito fundamental de acesso à justiça, remetendo à lei a concretização de suas diversas vertentes, como o direito à informação, consulta jurídica e patrocínio judiciário.

Entretanto, “é incontestável que esse direito só terá um mínimo de substância na medida em que abranja a possibilidade de recurso, em condições acessíveis, a serviços públicos (ou de responsabilidade pública) de informação jurídica e de patrocínio jurídico, sob pena de não passar de um «direito fundamental formal»”¹²⁶.

Sobre este aspecto, percebe-se que, apesar das diversas reformas com a pretensão de ampliar e facilitar o acesso à justiça em Portugal, o avanço da legislação não foi acompanhado pelo avanço na efetivação prática do acesso à justiça, estando muitos direitos inerentes a este acesso limitados ao seu aspecto formal.

Uma das grandes mudanças dessa reforma foi a atribuição da atividade de avaliação do direito à concessão do apoio judiciário aos órgãos de seguridade social. Entretanto, na prática, a intenção do legislador em facilitar o acesso à justiça não foi atendida, uma vez que não trouxe uma otimização do procedimento, gerando até uma maior morosidade, além de ter aumentado o custeio dos serviços.

Tendo em vista esta questão, diversas vozes na doutrina são contrárias à referida mudança, como Salvador Costa, o qual possui o entendimento de que, apesar desta mudança na legislação ter ocorrido com o objetivo de diminuir a carga de processos nos tribunais e agilizar o processo de decisão acerca dos pedidos de apoio judiciário, não foi o que ocorreu na prática, pois não houve qualquer avanço, seja na celeridade ou na justiça da decisão, apenas aumentando os custos do sistema¹²⁷.

Outro aspecto bastante criticado é em relação à rigidez do artigo 8º-A da Lei nº 34/2004, o que ocasiona uma limitação no acesso à justiça, devido ao rigor na averiguação

¹²⁶ CANOTILHO, Gomes J. J.; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 163.

¹²⁷ COSTA, Salvador da. O Apoio Judiciário. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

para o deferimento do benefício e aos diversos documentos requisitados para tal, o que pode desestimular pessoas pobres e leigas a buscarem o judiciário.

Além disso, no rol dos legitimados do artigo 7º, da Lei n.º 34/2004 estão excluídos do direito à proteção jurídica as pessoas coletivas com fins lucrativos e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada, verificando-se uma limitação ao acesso à justiça a estas entidades, caso estejam em situação de insuficiência de recursos financeiros, o que vai de encontro com a ideia do acesso à justiça como direito humano fundamental de todas as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas.

Ademais, em relação ao âmbito da informação e consulta jurídica, nota-se uma evidente falta de efetividade em relação aos gabinetes de consulta jurídica. Apesar da intenção do legislador ser a criação desses gabinetes de forma gradual por todo o território nacional, sua criação foi reduzida e ocorreu em um ritmo mais lento do que o esperado. Além disso, a insuficiência de recursos financeiros, humanos e logísticos levaram ao funcionamento ineficaz de uns e até ao fechamento de outros.

Sobre tal aspecto, percebe-se que houve uma falha do Estado em não garantir as condições necessárias e remuneração adequada dos advogados prestadores desse serviço, como também uma omissão por parte da Ordem dos Advogados, a qual não conseguiu mobilizar os advogados e incentivar o funcionamento dos referidos gabinetes.

Ademais, a remuneração concedida aos advogados oficiosos é considerada inferior às normais no mercado de advocacia, além de ser recebida apenas no final do processo, indo de encontro com o que está previsto na lei.

Isso traz diversas consequências negativas ao acesso à justiça dos carentes de recursos financeiros, pois os advogados, tendo que atuar nas causas destes e nas de seus clientes, tendem a privilegiar estes últimos, pois são os que trazem as causas em que provavelmente irão receber uma maior remuneração e não terão, necessariamente, que esperar o final do processo para tal.

Ainda sobre este aspecto, o advogado pode proceder de forma a adiantar o processo para que chegue logo ao seu término, mesmo que não seja favorável ao beneficiado pelo apoio judiciário, como uma forma de abreviar o tempo para o recebimento da sua remuneração pelos serviços prestados.

Além disso, há uma grande dificuldade no controle de qualidade do patrocínio judiciário, uma vez que não há um órgão público encarregado de prestar tal serviço, o qual é prestado por profissionais liberais¹²⁸.

6. O ACESSO À JUSTIÇA NO MODELO BRASILEIRO

6.1. A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Apesar da relevância do acesso à justiça, não é possível identificar, com precisão, quando ele surgiu no Brasil, tendo a sua evolução ocorrido gradualmente, junto com as transformações sociais.

No início da colonização portuguesa no Brasil, a defesa jurídica dos desprovidos de recursos financeiros era considerada um ato de caridade. Assim, havia um costume de que os advogados possuíam a atribuição de patrocinar, de forma gratuita, os pobres que os solicitassem, questão que se explicava como um dever moral da profissão. Sobre tal aspecto, há notícias de que os advogados realmente patrocinavam questões criminais¹²⁹.

No século XIX, apesar da Constituição de 1824 não fazer sequer menção ao acesso à justiça, tal matéria foi tratada no âmbito infraconstitucional, entretanto, ainda era considerado insuficiente para efetivar o referido acesso, fato que gerou a preocupação de vários juristas, como Nabuco de Araújo, Ministro da Justiça do Império, o qual, durante o seu período na presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, colocou em destaque a questão do acesso à justiça aos desprovidos de recursos econômicos e, pela primeira vez no Brasil, apresentou medidas concretas em busca de uma solução, estabelecendo uma prática entre os membros da Ordem dos Advogados no sentido de serem concedidas consultas gratuitas aos pobres que os fossem procurar¹³⁰. Tais medidas encontravam um grande apoio por parte dos abolicionistas, uma vez que percebiam nessa prática uma forma de garantir a justiça para os escravos a serem libertos¹³¹.

¹²⁸ COSTA, Salvador da. *O Apoio Judiciário*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 29.

¹²⁹ RAMALHO, Joaquim Ignacio. *Praxe Brasileira*. São Paulo: Editora Ypiranga, 1869.

¹³⁰ NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Vol. II, 5ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 1017.

¹³¹ MESSITTE, Peter. *Assistência Judiciária no Brasil: Uma pequena História*. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1968, p. 401.

Dessa forma, os membros do Instituto dos Advogados Brasileiros agiam fundamentados em um sentimento de caridade, conscientes do dever público que possuíam ao desempenhar a profissão de advogado. Assim, em 1870, vigorava o sistema *pro bono* ou caritativo, em que os serviços eram prestados pelos advogados sem uma contraprestação pecuniária, tratando-se de um dever honorífico da profissão¹³².

Todavia, a ausência de fomento financeiro, junto com a necessidade de os advogados terem que dividir o seu tempo entre as causas trazidas por seus clientes e aquelas em que eram designados para efetuar em defesa dos pobres, fazia com que estas últimas fossem deixadas para segundo plano.

Logo, o trabalho realizado pela Ordem dos Advogados na defesa dos pobres foi considerado insatisfatório, o que gerou a consciência da necessidade de criação de uma lei que garantisse o acesso à justiça aos menos favorecidos¹³³, bem como a expectativa da criação de um órgão público responsável por essa tarefa¹³⁴, mesmo diante dos custos que poderia originar.

Destarte, por iniciativa da Câmara Municipal da Corte, houve a criação do cargo denominado de “advogado dos pobres”, o qual possuía a incumbência oficial de defender os réus pobres em processos criminais, mediante o recebimento de remuneração pelos cofres

¹³² MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira. Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado, 2ª Ed. Rio de Janeiro, Líber Júris, 1984, p. 84.

¹³³ Cabe salientar que o próprio Nabuco de Araújo, responsável por estabelecer a prática entre os membros da Ordem dos Advogados no sentido de serem concedidas consultas gratuitas aos pobres, tinha a consciência da relevância do programa por ele implementado, assim como da necessidade de criação de uma lei para garantir o acesso à justiça aos que apresentassem insuficiência de recursos financeiros. De acordo com o que foi registrado em ata da reunião de 05 de novembro de 1866, do IAB, em que o Presidente Nabuco de Araújo teve aceita sua proposta pioneira de implantar um serviço de assistência judiciária a cargo do Instituto dos Advogados, ele declarou que “a medida proposta não é completa, porque para sê-lo, depende ela do Poder Legislativo. Sem dúvida a assistência judiciária não consiste somente no patrocínio do advogado; mas, e principalmente, na isenção das custas e dos impostos em que as demandas importam. Mas se não se pode tudo, faz-se o que é possível. No estado atual da nossa legislação, e atendendo-se às despesas que uma demanda custa, pode-se dizer, sem medo de errar que a igualdade perante a lei não é senão uma palavra vã. Que importa ter o direito, se não é possível mantê-lo? Se um outro pode vir privar-nos dele? Que importa ter uma reclamação justa, se não podemos apresentá-la e segui-la por falta de dinheiro? A lei é, pois, para quem tem dinheiro, para quem pode suportar as despesas das demandas [...]”. NABUCO, Joaquim. Um Estadista do Império. Vol. II, 5ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 1017.

¹³⁴ CHIATETTI, Daniel. Breve histórico do desenvolvimento institucional da assistência jurídica no Brasil, em Boletim de Reunião das Instituições Públicas de Assistência Jurídica dos Países de Língua Portuguesa, n. 1, Brasília, 2012, p. 16.

públicos, sendo este considerado por alguns como o primeiro cargo de Defensor Público na história do Brasil, entretanto, foi extinto em 1884.

Enfim, o acesso à justiça passou a ter status constitucional a partir da Constituição de 1934, a qual, com sua nítida preocupação com as questões sociais, trouxe várias inovações em relação ao tema, sobretudo o direito à gratuidade da justiça e à assistência judiciária¹³⁵. Foi a partir da vigência de tal constituição que, de fato, a assistência judiciária passou a ser prestada por advogados remunerados pelos cofres públicos, por meio da criação de órgãos destinados para tal. Neste período, para o requerente ter direito ao benefício era exigida sua comprovação de rendimentos expedida pelo Serviço de Assistência Social local¹³⁶.

Entretanto, infelizmente, o mencionado acesso ainda não tinha sido efetivado perante o povo brasileiro, devido, sobretudo, aos movimentos políticos e governamentais que tinham interesse em coibi-lo. Contudo, foi a partir da mencionada Constituição que o acesso à justiça passou a ser tratado em todas as outras Constituições seguintes, com exceção da Constituição de 1937, a qual entrou em vigor no contexto de um regime antidemocrático implementado no país.

Posteriormente, a Constituição de 1946, reconhecida por seu caráter social¹³⁷, previa o direito à assistência judiciária aos desprovidos de recursos financeiros em seu artigo 141, §35º, *in verbis*: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência jurídica aos necessitados”. Além disso, trouxe um grande progresso ao prevê, dentre os direitos e garantias fundamentais, a inafastabilidade do controle judicial¹³⁸.

Todavia, apesar de consagrar os referidos direitos como fundamentais, não determinava o modelo de assistência judiciária que deveria ser adotado. Logo, nesta ordem jurídica implementada com a Constituição de 1946, foi criada a Lei 1.060 de 1950,¹³⁹ a qual representou um grande marco ao tratar sobre a gratuidade da justiça no Brasil, ainda vigente,

¹³⁵ Conforme o artigo 113, nº 32, da referida Constituição: “[...] A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

¹³⁶ De acordo com o artigo 72, da Constituição Federal de 1934.

¹³⁷ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, 7ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 355-358.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil, editora da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique: Porto, 2003, p. 418.

¹³⁹ A mencionada lei, responsável estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, teve o mérito de unificar o tratamento da matéria em um só documento, antes tratada de forma dispersa em vários códigos.

apesar de já ter sofrido alterações substanciais em seu texto, sobretudo pelo Código de Processo Civil de 2015.

A partir da análise da referida lei, percebe-se que foi adotado um modelo misto ou híbrido de prestação de assistência jurídica, em que, preferencialmente, o Estado deve oferecer o serviço, por meio de defensores, os quais recebem remuneração em troca do serviço prestado à população, sendo este modelo denominado defensorial público¹⁴⁰.

No entanto, nos locais em que não for possível o funcionamento do serviço público, vigora o modelo *judicare*, no qual a assistência jurídica é prestada por advogado¹⁴¹, sendo este indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Já nos municípios em que não houver as subseções desta ordem, caberá ao próprio juiz a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado, podendo a sua recusa ocasionar o pagamento de multa, tendo preferência para defender a causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar a tarefa¹⁴².

Ainda sobre a lei 1.060/50, percebe-se que esta estabeleceu que o direito à assistência judiciária e à gratuidade da justiça podem ser concedidas ao autor e réu, em causas de qualquer natureza e a qualquer tempo, podendo os benefícios da assistência jurídica ser estendidos por todos os atos do processo, em todas as instâncias, até a decisão final do litígio¹⁴³, fazendo jus a este benefício quem não puder arcar com os custos do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, sendo analisada individualmente a situação de carência de recursos financeiros do postulante, bem como os custos inerentes à demanda.

Em que pese todos esses avanços, verifica-se que a promessa constitucional não foi cumprida, uma vez que “não havia uma uniformidade na organização dos serviços de prestação e assistência judiciária: ora atribuído às Procuradorias do Estados, ora ao

¹⁴⁰ Mais detalhes sobre este modelo são encontrados no tópico destinado aos principais sistemas de acesso à justiça já mencionado na presente dissertação.

¹⁴¹ Atualmente, tais advogados são denominados de advogados dativos, os quais serão analisados de forma mais detalhada posteriormente.

¹⁴² Conforme artigo 5º, da Lei 1.060/50.

¹⁴³ Conforme o art. 9º, da Lei 1.060/50.

Ministério Público, ora à um órgão específico, ora inserto na estrutura de Secretarias de Justiça¹⁴⁴”.

Dessa forma, quando o necessitado precisava litigar contra o Estado, deixava o ente público em uma manifesta incompatibilidade funcional, pois possuía a atribuição de formular uma demanda contra o próprio ente da federação que também tinha o papel de defender, fato que gerou um grande obstáculo no acesso do pobre à justiça, pois acabava sendo muito difícil litigar contra o Estado¹⁴⁵.

Assim, progressivamente, a ideia de que o serviço público de assistência judiciária deveria ser estruturado em carreira independente, tal como ocorre atualmente, foi ganhando força, com o propósito de efetivar o acesso do pobre à justiça.

Em 1980, foram intensificados os movimentos sociais de acesso à justiça, trazendo várias alterações legislativas com o intuito de ampliá-lo, como a lei 7.244 de 1984, responsável pela criação dos juizados das pequenas causas, o qual será analisado em momento oportuno.

A partir da análise histórica realizada, é possível notar uma progressiva evolução do ordenamento jurídico brasileiro na proteção do acesso à justiça, tornando-se um direito fundamental pautado na constituição e não apenas uma questão de caridade ou moral, como já foi encarado ao longo da história. Isto é, partiu-se de um paradigma liberal, no qual não havia grandes intervenções estatais, para outro mais social, sendo estabelecidas obrigações estatais para garantir este direito.

Ademais, percebe-se que, apesar do histórico de assistência judiciária no Brasil já ser elogiado por vários juristas internacionais, desde 1968, como Peter Messite¹⁴⁶, sempre

¹⁴⁴ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 234.

¹⁴⁵ DA SILVA, José Fontenele Teixeira. A defesa do cidadão e o Estado-Membro, em Revista da Defensoria Pública, n. 5, Rio de Janeiro, 1991, p. 179 e ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 235.

¹⁴⁶ Segundo o referido autor: “A história da assistência judiciária no Brasil é admirável por si mesma. Basta apenas comparar a lei brasileira sobre assistência judiciária com a lei norte-americana sobre o assunto para ver como a lei brasileira é adiantada. Ao litigante pobre nos Estados Unidos só é garantido um defensor em casos criminais sérios. Nada de isenção de custas, nenhuma garantia quanto a casos cíveis, nem sequer um defensor em casos criminais que não são sérios”. MESSITTE, Peter. Assistência Judiciária no Brasil: Uma pequena História. In: Revista Forense. Rio de Janeiro, 1968, p. 410.

foi nítida a desarmonia existente entre a teoria, isto é, o que está pautado no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional e a sua efetivação na prática.

6.2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988, atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro, foi bastante influenciada por movimentos sociais, sendo considerada uma das mais completas ao tratar sobre direitos e garantias fundamentais, razão pela qual foi denominada “Constituição Cidadã”.

O acesso à justiça trata-se de um direito humano retratado expressamente na constituição brasileira, ou seja, trata-se de um direito humano de fundamentalidade tanto formal, quanto material¹⁴⁷.

Esta Constituição trouxe consideráveis avanços, pois foi além de conceder a faculdade de acesso aos tribunais, buscando a realização de uma atividade jurisdicional justa. Para tanto, foram consagrados diversos princípios no artigo 5º, o qual trata sobre os direitos e garantias fundamentais, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e ampla defesa, o juiz natural, a assistência jurídica, integral e gratuita aos necessitados da tutela jurisdicional¹⁴⁸, bem como o direito à razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O direito fundamental de acesso à justiça constitui também um princípio constitucional e está previsto expressamente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça à direito”, o qual trata sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantindo a tutela estatal mediante o exercício do direito de ação.

Por meio deste dispositivo, ao mesmo tempo em que foi concedido ao poder judiciário o monopólio da jurisdição, foi dado ao indivíduo o direito de reivindicar seus direitos, provocando o poder judiciário, tendo em vista a proibição, em regra, da autodefesa.

¹⁴⁷ “A fundamentalidade dos direitos humanos pode ser formal, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo não expresso – é indispensável para a promoção da dignidade humana”. RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos, 6ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 30.

¹⁴⁸ CICHOCKI NETO, J. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2009, p. 95.

Dessa forma, o Estado deve assegurar o acesso ao judiciário, tendo o dever de solucionar as lides que são levadas à sua apreciação, buscando a pacificação social.

Ademais, a Constituição de 1988 também buscou garantir a assistência jurídica e gratuita aos necessitados, dispondo em seu artigo 5^a, LXXIV que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Vale ressaltar que com a expressão “integral”, “os necessitados fazem jus à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos”¹⁴⁹.

Dessa forma, o benefício da justiça gratuita abrange tanto a questão da dispensa de despesas decorrentes da relação jurídica processual, quanto o direito de custeio, por parte do Estado, do profissional encarregado de prestar a assistência jurídica.

Tal preocupação constitucional na efetivação do acesso à justiça a todos, independentemente da classe social, está em perfeita consonância com os objetivos fundamentais do Estado em erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, bem como em construir uma sociedade justa, ambos pautados no artigo 3^o, da Constituição e com o princípio da igualdade¹⁵⁰ disposto no *caput* do artigo 5^o, do mencionado dispositivo.

Portanto, ao estabelecer que será o poder público o encarregado de prestar a referida assistência, por meio de órgãos criados para este fim, percebe-se que o modelo adotado pela atual Constituição brasileira foi o defensorial público, com a presença do sistema *judicare* atuando de forma subsidiária¹⁵¹.

Além disso, com a finalidade de ampliar o acesso à justiça, a Carta Magna também proporcionou a criação dos juizados especiais para as causas de menor complexidade e crimes de menor potencial ofensivo, bem como a reorganização da Defensoria Pública, sendo a primeira vez que esta apareceu em âmbito federal, uma vez que, na área estadual, já tinha surgido na Constituição Estadual do Rio de Janeiro em 1975.

¹⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de nosso tempo. In: Revista de Processo, 1992, p. 130.

¹⁵⁰ O princípio da igualdade visa assegurar não apenas a igualdade formal, mas a igualdade material, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de forma a proporcionar as mesmas oportunidades às partes integrantes do processo, o que só é possível através do acesso à justiça. SOARES, Ricardo Maurício Freire. Devido Processo Legal: uma visão pós-moderna. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 74.

¹⁵¹ O sistema *judicare* é representado no Brasil por meio da figura do advogado dativo, o qual será analisado posteriormente.

Nos tópicos subsequentes irá ser feita uma análise acerca das várias formas de acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros existentes no Brasil.

6.3. OS JUIZADOS ESPECIAIS

6.3.1. BREVE HISTÓRICO

O primeiro sistema que buscou simplificar o acesso à justiça ao povo ocorreu na Inglaterra, em 1846. Era a denominada *County Courts*, que tinha como objetivo a aproximação da justiça de zonas onde não existissem órgãos jurisdicionais organizados, possibilitando que as pessoas pudessem buscar suas pretensões de forma mais rápida e deformalizada.

Dessa forma, criou-se na Inglaterra uma estrutura bastante semelhante à justiça itinerante nos dias atuais, a fim de que justiça pudesse alcançar o conflito em áreas não atendidas, tornando o acesso à justiça mais abrangente.

Posteriormente, em 1934, foi criado, nos Estados Unidos, o instituto do *Poor Man's Court*, sendo este o primeiro país a entender que as causas de menores valores deveriam ter uma tramitação mais simplificada. Inicialmente, pleitos de até US\$ 50 (cinquenta dólares) eram levados para a denominada “corte do homem pobre”, a fim de que tais litígios pudessem ter uma resolução mais rápida. Tal sistema foi transformado em vários outros modelos subsequentes até chegar no atual.

Além disso, na China, buscou-se a solução dos litígios de forma pré-jurisdicional por meio do juiz leigo de bairro. Assim, litígios de pequena monta, antes de irem à justiça, passavam por uma audiência de conciliação com o fim de solucionar a questão antes mesmo de ir ao judiciário.

Já no Brasil, o surgimento dos juzizados especiais está ligado à preocupação em ampliar o acesso à justiça face à crise do poder judiciário e a excessiva quantidade de processos levados à sua apreciação.

Dessa forma, os juzizados especiais surgiram a partir de uma experiência realizada pelo juiz Tanger Jardim, do estado do Rio Grande do Sul, o qual estava incomodado com a grande quantidade de processos acumulados na vara em que atuava e resolveu criar uma regra de que nos processos de até 20 (vinte) salários mínimos, deveria haver uma audiência

de conciliação prévia em que se buscava uma solução consensual entre as partes e, apenas na hipótese de não ser obtido resultado satisfatório, é que o processo seria instruído.

Ocorre que houve um grande sucesso nesta experiência, sendo propagada a ideia pelo Tribunal de Justiça gaúcho e homenageado, posteriormente, pela Lei 7.244/84, a qual tratava sobre os juizados especiais de pequenas causas.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 positiva a criação dos juizados em seu artigo 98, I¹⁵², utilizando o critério qualitativo/material, isto é, além do pequeno valor da causa, esta não pode gerar uma instrução complicada, tendo em vista os princípios da simplicidade, celeridade, informalidade e economia processual típicos dos procedimentos do juizado.

Com a finalidade de dar efetividade e aplicabilidade ao referido dispositivo constitucional e disciplinar o funcionamento dos juizados especiais, o legislador infraconstitucional precisou criar órgãos e procedimentos jurisdicionais diferenciados. Dessa forma, foram criadas a Lei nº 9.099/95 (responsável por regulamentar os juizados especiais em âmbito estadual), a Lei nº 10.259/01¹⁵³ (responsável por regulamentar os juizados em âmbito federal), bem como a Lei nº 11.313/2006, a qual trouxe alterações em ambos os dispositivos mencionados.

Em relação ao âmbito criminal, o Juizado Especial Criminal tem competência para conciliação, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo¹⁵⁴, conforme o artigo 60 da lei nº 9.099/95.

¹⁵² Art. 98, da Constituição da República Brasileira: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: “I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

¹⁵³ A referida lei é bastante resumida e supre suas lacunas, naquilo que não for conflitante, na lei 9.099/95, a qual trata sobre os juizados de forma mais abrangente.

¹⁵⁴ Conforme o art. 61, da Lei 9099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

6.3.2. OS PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS NO ACESSO À JUSTIÇA PENAL

Com o fim de alcançar os objetivos pelos quais foram criados no que diz respeito à facilitação e simplificação do acesso à justiça, os juzizados especiais são regidos por diversos princípios: Celeridade e Economia Processual, os quais visam evitar técnicas e procedimentos protelatórios, assim como a Informalidade, Oralidade e Simplicidade¹⁵⁵.

Além disso, a atuação nos juzizados deve ser guiada pela busca da autocomposição, devendo sempre viabilizar a possibilidade de que as partes cheguem a uma conciliação ou transação, privilegiando-se uma solução consensual em detrimento de uma decisão de mérito. Isto é, deve-se objetivar, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade¹⁵⁶.

Conforme o princípio da oralidade, é possível que, em diversos momentos processuais que no procedimento comum demandam a forma escrita, no juzizado sejam realizados através de manifestações orais. Entretanto, Isso não significa que todo o trâmite processual será falado e sem documentação.

Além disso, há uma concentração dos atos processuais em uma só audiência, no sentido de facilitar a oralidade e a imediatidade entre o juiz e a fonte de prova oral. Destaca-se também os princípios da informalidade e simplicidade, os quais demonstram que, em sede de juzizado, há uma deformalização do processo, de forma que este valorize os seus objetivos e não a forma propriamente dita¹⁵⁷.

Como reflexo de tal informalidade na prática, há a existência de mutirões de audiência, em que vários casos são julgados no mesmo dia pela judiciário, por meio de tentativas de conciliações e transações e, não as obtendo, julgamentos imediatos.

Nos juzizados especiais criminais, assim como ocorre no procedimento criminal comum, há a necessidade de representação por advogado, sendo designado defensor público na ausência deste¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Conforme disposto no artigo 2º, da Lei 9.099/95.

¹⁵⁶ Conforme versa o artigo 62, da Lei 9.099/95.

¹⁵⁷ Tanto é que “Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo” (conforme artigo 13, §1º, da Lei 9099/95).

¹⁵⁸ Conforme o artigo 68, da Lei 9099/95.

Ademais, pode-se afirmar que os juizados especiais representam um acesso à justiça simplificado e bem-sucedido no Brasil, sendo uma ferramenta na facilitação do acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros, tendo em vista que o acesso à primeira instância do juizado não gera custas e tampouco sucumbência, exceto se constatada a litigância de má fé¹⁵⁹. Entretanto, este cenário muda no caso de interposição de recurso, uma vez que, para ter acesso à segunda instância, se faz necessário arcar com as custas e sucumbência¹⁶⁰.

No entanto, assim como no procedimento comum, sendo comprovada a situação de insuficiência de recursos financeiros¹⁶¹, há o direito à gratuidade da justiça, independentemente da instância a ser percorrida.

6.4. O ADVOGADO DATIVO

A Constituição Federal Brasileira garante que o Estado prestará assistência jurídica e gratuita aos pobres¹⁶² e o Código de Processo Penal dispõe que ninguém poderá ser processado ou julgado sem defensor¹⁶³, de modo que não é admissível um processo criminal sem um advogado constituído, um defensor público ou um defensor dativo para atuar em defesa do acusado, constituindo nulidade absoluta a ausência de defesa¹⁶⁴.

Dessa forma, a figura do advogado ou defensor dativo surge para que o acesso à justiça seja garantido, mesmo nos casos em que não for possível a prestação do serviço de assistência jurídica pela Defensoria Pública, ou seja, em lugares ou situações que não são abrangidos por seu atendimento, concretizando-se, assim, o sistema híbrido de acesso à justiça, conforme já exposto anteriormente.

Assim, caberá ao juiz nomear o defensor dativo, caso o acusado esteja desprovido de defensor, sendo resguardada a possibilidade de o acusado escolher e contratar outro advogado de sua confiança¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Conforme determina o artigo 54, da Lei 9099/95.

¹⁶⁰ Conforme artigo 55, da Lei 9099/95.

¹⁶¹ A condição sócio econômica pode ser comprovada por laudo técnico de assistente social, constatação de oficial de justiça ou oitiva de testemunha, sem prejuízo de outros meios, conforme enunciado nº 50 do FONAJEF. Além disso, presume-se com direito à gratuidade quem é isento de pagar imposto de renda.

¹⁶² De acordo com o 5ª, LXXIV, da Constituição da República Brasileira de 1988.

¹⁶³ Conforme o art. 261, do Código de Processo Penal Brasileiro: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

¹⁶⁴ De acordo com a Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶⁵ Conforme o art. 263, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Apesar do defensor dativo não possuir uma relação empregatícia com o Estado, não possuindo os direitos inerentes aos servidores públicos, seus honorários são pagos pelos cofres públicos. Entretanto, caso não seja comprovado o estado de pobreza do acusado, este será obrigado a pagar os honorários do defensor, os quais serão arbitrados pelo juiz¹⁶⁶.

6.5. OS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA

Em que pese serem conhecidos tradicionalmente por seu caráter pedagógico, uma vez que são obrigatórios nos cursos de direito no Brasil, possibilitando o contato dos estudantes do curso com questões práticas, os núcleos de prática jurídica também possuem um papel relevante no que diz respeito à concretização do acesso à justiça, uma vez que desenvolvem atividades jurídicas de atendimento gratuito ao público.

Tais núcleos foram inseridos no âmbito das faculdades de direito por meio da Portaria n° 1.886, de 30 de dezembro de 1994¹⁶⁷, do Ministério da Educação, cabendo aos estudantes desenvolver atividades práticas, como a “redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, vistas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociações coletivas, arbitragens e conciliação¹⁶⁸”, sendo tais atividades supervisionadas e orientadas pelo núcleo de práticas jurídicas¹⁶⁹.

Percebe-se, portanto, que é bastante pertinente o papel desses núcleos, uma vez que, além de proporcionar o contato dos estudantes com a realidade e as questões enfrentadas cotidianamente pelos advogados, melhorando a qualidade de ensino e a preparação profissional prática, também representam uma forma de responsabilidade social das instituições de ensino superior no sentido de oferecer assistência jurídica aos carentes de recursos financeiros, sendo uma forma de “fazer a educação superior interagir com a sociedade de tal forma que a qualidade acadêmica ganhe relevância social¹⁷⁰”.

¹⁶⁶ Conforme o parágrafo único, do art. 263, do Código de Processo Penal Brasileiro.

¹⁶⁷ A referida portaria é responsável por fixar as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico.

¹⁶⁸ Art. 11°, da Portaria n° 1.886, de 30 de dezembro de 1994.

¹⁶⁹ Art. 10°, da Portaria n° 1.886, de 30 de dezembro de 1994.

¹⁷⁰ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Ensino do direito, núcleos de prática jurídica e de assessoria jurídica. In: *Veredas do Direito*. v.3 – n. 6. jul-dez de 2006, p. 129 - 130. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/81/60>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

6.6. A DEFENSORIA PÚBLICA

Tendo em vista o grande desequilíbrio existente na justiça penal brasileira, sobretudo para os réus carentes de recursos financeiros, tornou-se cada vez mais visível a necessidade da criação da Defensoria Pública, com prerrogativas e garantias semelhantes ao Ministério Público, o qual já se encontrava bastante aparelhado¹⁷¹.

Após um longo caminho para sua afirmação e constitucionalização, surgiu a Defensoria Pública, considerada uma instituição permanente e essencial ao funcionamento jurisdicional do Estado, sendo um instrumento de extrema importância para que este assegure o acesso à justiça.

Sendo assim, atualmente, a principal atribuição desta instituição é a prestação de assistência jurídica integral e gratuita ao necessitado, promovendo sua defesa em todos os graus, tanto no âmbito judicial, quanto no extrajudicial, englobando também a orientação e o aconselhamento jurídico¹⁷² e a solução extrajudicial dos litígios, visando a resolução dos conflitos de interesses através da mediação, conciliação, arbitragem, entre outras técnicas de composição e administração de controvérsias¹⁷³, além de desenvolver atividades de educação em direitos¹⁷⁴, sendo nítido o relevante serviço jurídico-social prestado pelos defensores públicos.

Ademais, constituem objetivos da Defensoria Pública: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades, a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e efetividade dos direitos humanos, bem como a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório¹⁷⁵.

¹⁷¹ Além disso, percebe-se que, para corrigir tal disparidade, também foi relevante que a Defensoria Pública fosse dotada de profissionais tão qualificados quanto os do Ministério Público. Sobre este aspecto, percebe-se que, felizmente, já há uma equidade nos dias atuais, uma vez que os profissionais que ingressam no concurso para a Defensoria Pública possuem nível de qualificação equivalente aos do Ministério Público, tendo ambos que passar por concurso de provas e títulos com níveis semelhantes de dificuldade para o ingresso na carreira.

¹⁷² Conforme o art. 5º, LXXIV, combinado com o art. 134, ambos da Constituição da República Brasileira.

¹⁷³ Art. 4º, II, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, responsável por organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

¹⁷⁴ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 246-247.

¹⁷⁵ Art. 3º-A, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

Assim, é evidente a posição de destaque que este órgão ocupa, sendo considerado um modelo de Defensoria Pública, isto é, um dos sistemas de garantia de igualdade aos carentes de recursos financeiros no acesso à justiça mais desenvolvidos, com sua fundamentação pautada nos dispositivos constitucionais e nas leis.

Conforme o artigo 134, da Constituição da República Brasileira:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Esse papel de promover o acesso à justiça já previsto na Constituição foi ampliado com a Lei Complementar 132/09, organizando-se diversas atribuições, como a promoção da defesa coletiva dos necessitados, a atuação nos processos relativos à execução penal, bem como a difusão e a conscientização sobre direitos humanos e defesa desses direitos, sobretudo aqueles relacionados às minorias e grupos vulneráveis.

No âmbito penal, a Defensoria Pública é responsável tanto pela defesa do arguido, quanto pelo acompanhamento da execução da pena de prisão, caso venha a ocorrer a condenação, prestando assistência jurídica a todos os que a ela recorram ou não possuam advogado constituído, independentemente da insuficiência de recursos econômicos, tendo em vista que aqui se trata do relevante direito à liberdade, além do direito fundamental à ampla defesa, a qual deve ser exercida com a mesma dignidade e capacidade técnica que a acusação¹⁷⁶.

Dessa forma, constitui uma das funções institucionais da Defensoria Pública, “acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado”¹⁷⁷

Verifica-se aqui que a circunstância de privação de liberdade frente à não constituição de advogado, por si só, já justifica a atuação da Defensoria, independentemente

¹⁷⁶ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 250. Sobre a questão da igualdade entre a defesa e a acusação, percebe-se que, no âmbito constitucional a defensoria é tratada no mesmo patamar que o Ministério Público e a magistratura judicial, devendo os defensores terem o mesmo tratamento dado aos outros titulares de cargos essenciais à justiça, conforme prevê o artigo 128º, XIII, da Constituição da República Brasileira, bem como o art. 128º, XIII, da Lei Complementar nº 80/94.

¹⁷⁷ Artigo 4º, XIV, da Lei Complementar 80/94.

da situação financeira do indivíduo, como uma forma de “reequilibrar a relação Estado-acusador *versus* indiciado”¹⁷⁸.

Além disso, caberá à referida entidade oferecer resposta à acusação, caso, após citado, o acusado não constituir advogado¹⁷⁹, mesmo diante da situação de suficiência econômica.

Sobre tal aspecto, a diferença está apenas naquele que será responsável pelo pagamento. Dessa forma, quando a situação econômica do cidadão for insuficiente, o Estado será o responsável por arcar com o pagamento. Entretanto, caso exista condições econômicas que permitam pagar as despesas do processo, haverá duas situações distintas: caso o réu seja absolvido, tais despesas serão asseguradas pelo Estado, por outro lado, caso o réu seja condenado, este terá que proceder o pagamento¹⁸⁰.

É este o entendimento corroborado na jurisprudência pátria brasileira, a qual dispõe que, mesmo que beneficiário da assistência judiciária, sendo o réu condenado, deverá arcar com as custas decorrentes de sua sucumbência, exceto se acatado o pedido de isenção devido à insuficiência de recursos financeiros pelo juízo das execuções penais:

A condenação do réu ao pagamento das custas processuais é uma consequência natural da sentença penal condenatória, conforme imposto pelo art. 804 do Código de Processo Penal, devendo o pedido de isenção ser decidido pelo juízo das execuções penais, competente para o caso¹⁸¹.

Ademais, para que as atividades da Defensoria consigam alcançar seus objetivos, foram instituídos garantias e princípios aos defensores, por meio da Lei Complementar nº

¹⁷⁸ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Ob. Cit. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 259.

¹⁷⁹ Art. 396-A, § 2º, do Código de Processo Penal Brasileiro.

¹⁸⁰ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Ob. Cit. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 373.

¹⁸¹ BRASIL. Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 08/05/2014, na Apelação Criminal 20130310240583 DF 0023598-51.2013.8.07.0003. (Relator: Nilsoni de Freitas, 3º turma criminal). Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119539350/apelacao-criminal-apr-20130310240583-df-0023598-5120138070003?ref=serp>. Acesso em 11 de junho de 2019.

Corroborando este entendimento, o Código de Processo Civil Brasileiro, o qual é responsável por regulamentar, em boa parte, a gratuidade da justiça, dispõe em seu artigo 98, §2º que: “a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência” e seu §3º, do mesmo dispositivo, disciplina que: “vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”.

80, de 12 de janeiro de 1994¹⁸², são eles: a independência funcional no desempenho das atribuições, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade¹⁸³, que não foram estabelecidas em vão e sim para que os defensores possam atuar livre de pressões externas, sendo preservada a qualidade da sua atuação na defesa criminal.

Merece ser destacado aqui a garantia da independência funcional no exercício das atribuições do defensor consagrada no art. 43º, inciso I, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, bem como no art. 134º, §2º, da Constituição da República Brasileira.

Segundo este princípio, cada Defensoria Pública possui autonomia funcional e administrativa, sendo cada órgão seu independente no exercício das suas funções. Além disso, dentro dos limites legais, o membro da Defensoria Pública tem a liberdade de agir conforme sua convicção, sem qualquer interferência do poder judicial ou da própria instituição, estando suscetível apenas à ação disciplinar desta nos casos em que ocorra violação de deveres profissionais.

Em síntese, o Defensor Público tem total liberdade para atuar processualmente da forma que considerar mais adequada, não estando subordinado a qualquer poder hierárquico. Dessa forma, objetiva-se impedir a influência de circunstâncias externas no exercício da função¹⁸⁴.

Além disso, com o intuito de garantir a qualidade do serviço prestado, há uma dedicação exclusiva de seus membros, sendo vedado aos defensores públicos exercer atividades de advogado fora das suas atribuições institucionais, justamente para que estes concedam prioridade ao seu papel, não tendo que dividir seu trabalho com as causas privadas¹⁸⁵.

¹⁸² Lei responsável por organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal, dos Territórios e por prescrever normas gerais para sua organização nos estados.

¹⁸³ Com a garantia da estabilidade, uma vez estabilizado no serviço público, só haverá a possibilidade de afastamento do Defensor Público de forma justificada e mediante sentença judicial transitada em julgado ou procedimento administrativo que lhe garanta a ampla defesa, conforme artigo 41, da Constituição da República Brasileira.

¹⁸⁴ ESTEVES, Diogo e SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública, editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 305; LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 606.

¹⁸⁵ ANTUNES, Maria João. SANTOS, Cláudia Cruz., AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Ob. Cit. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 253.

Assim, verifica-se que são previstas várias prerrogativas e garantias para que o defensor público exerça os seus compromissos na defesa criminal, de forma efetiva em benefício do assistido e livre de qualquer pressão.

Por fim, para ingressar na carreira de defensor público, além do ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil, é necessária a aprovação em concurso público de provas e títulos. E, após o ingresso na carreira, é preciso que o defensor realize cursos para sua melhor capacitação profissional. Ou seja, são necessários uma série de requisitos para averiguar a capacidade informacional e técnica do profissional e assegurar a qualidade na prestação do serviço¹⁸⁶.

Na prática forense, já foram implementadas diversas defensorias no Brasil¹⁸⁷, sendo a importância deste órgão reconhecida pela jurisprudência pátria, conforme ilustrado no julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.

[...]

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas¹⁸⁸.

¹⁸⁶ ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 377 e 378.

Inclusive, nota-se que, com o intuito de melhorar essa qualidade na prestação do serviço, algumas Defensorias Públicas Estaduais, como a de São Paulo, já contam em seu corpo de funcionários, além de defensores públicos, com uma equipe multidisciplinar constituída por psicólogos e assistentes sociais.

¹⁸⁷ A Defensoria Pública abrange a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como as Defensorias Públicas dos Estados, conforme o artigo 2º, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

¹⁸⁸ BRASIL. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 01/12/2005, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.903 PB. (Relator: Min. CELSO DE MELLO). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735256/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2903-pb>. Acesso em 13 de junho de 2019.

6.6.1. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EDUCAÇÃO EM DIREITOS

Conforme pontua Jorge Miranda: “A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efectivar ou quando eles são violados ou restringidos”¹⁸⁹.

A importância da educação e conscientização em direitos como um meio de acesso à justiça é amplamente reconhecida na doutrina internacionalmente. Conforme Natália Gherardi, os mecanismos para garantir o acesso à justiça devem incluir “medidas tendientes a eliminar las barreras de aducción, language y distancia geográfica, y a assegurar la existência de profesionales que brinden um servicio de calidad”¹⁹⁰.

A consciência de seus direitos faz com que o indivíduo deixe de ser mero expectador social. Entretanto, grande parte da população brasileira ainda é desconhecadora de seus direitos, assim como dos meios a serem utilizados no caso de violação destes. Essa ausência de informação adequada é uma das grandes causas de afastamento do poder judiciário, de modo que a sua procura passa a ser uma tarefa desconhecida e até mesmo intimidadora para muitos. Além disso, a inacessibilidade da linguagem jurídica faz com que muitas questões neste âmbito passem despercebidas ou não possuam a clareza adequada.

Assim, a educação jurídica aos menos favorecidos se faz necessária tanto no momento extrajudicial, no que se refere ao direito à informação e conscientização acerca de seus direitos, assim como no curso do processo, tornando a assistência judiciária gratuita um dever público¹⁹¹, tendo em vista a importância do defensor para o auxílio do cidadão, essencial para decifrar as leis e os procedimentos judiciais, os quais são de extrema complexidade para aqueles que não possuem um bom nível de conhecimento jurídico.

Embora a ausência de uma educação jurídica adequada atinja a toda a população, são os carentes de recursos econômicos os mais afetados, devido, principalmente, aos baixos

¹⁸⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, tomo IV, p. 317.

¹⁹⁰ GHERARDI, Natalia. Acceso a la justicia como garantia de igualdad. Editora Biblos, Argentina, 2006, p. 11.

¹⁹¹ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça. In: Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

níveis de educação¹⁹², que contribuem para uma falta de conhecimento adequado sobre seus direitos¹⁹³.

Todavia, a Defensoria Pública vem lutando contra essa situação e, por seus membros tratarem no cotidiano de suas profissões com causas em defesa dos necessitados, já possuem o conhecimento dos problemas mais comuns que assolam essa classe, o que facilita o papel da instituição nesta atribuição de educação em direitos, uma vez que é possível utilizar a informação jurídica aos carentes de recursos financeiros acerca de seus direitos e obrigações para prevenir conflitos e, havendo lesão a direito, o conhecimento sobre os meios possíveis para reivindicá-lo.

Em relação a este aspecto, percebe-se que além de previsto constitucionalmente o papel da Defensoria Pública em promover a orientação jurídica¹⁹⁴, a legislação infraconstitucional também prevê uma série de dispositivos que trazem os diversos objetivos dessa instituição em prestar a referida orientação, como no sentido de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”¹⁹⁵, sendo os núcleos de Direitos Humanos inerentes às Defensorias Públicas essenciais para a efetivação desses direitos em inúmeras comunidades periféricas e grupos sociais minoritários.

Nota-se que a atuação da Defensoria Pública não abrange apenas os carentes de recursos econômicos, mas também as carências decorrentes da vulnerabilidade dos indivíduos decorrentes das relações sociais, constituindo como um de seus papéis “atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar da vítima”¹⁹⁶.

¹⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

¹⁹³ Conforme já analisado no presente estudo, a carência de recursos financeiros causa dificuldades em diversos âmbitos para o acesso à justiça, dentre elas nas áreas sociais e culturais, nas quais a falta de uma educação jurídica adequada é bastante nítida.

¹⁹⁴ Conforme artigo 134, da Constituição da República Brasileira.

¹⁹⁵ Conforme o artigo 4º, III, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, responsável por organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescrever normas gerais para sua organização nos Estados, além de dá outras providências.

¹⁹⁶ Conforme o artigo 4º, XVIII, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

6.6.2. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Tendo a visão coletiva e social do processo ganhado força, caminhando de forma conjunta com a visão individual já existente, a Constituição brasileira já determinou a incumbência da Defensoria Pública na proteção dos direitos individuais e coletivos¹⁹⁷, além disso, a Lei nº 11.448 de 2007 incluiu a Defensoria Pública no rol dos legitimados para promover ação civil pública, alterando o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a matéria.

Dessa forma, não há dúvidas que constitui uma das funções institucionais da Defensoria Pública a promoção de “ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”¹⁹⁸.

Reforçando essa ideia, também constitui uma das importantes funções da referida instituição, a promoção da “mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”¹⁹⁹, além de “exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”²⁰⁰.

Sobre esta questão, a jurisprudência pátria vem consolidando o entendimento acerca da legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública que vise tutelar direitos difusos e coletivos, mesmo que pessoas não enquadradas no conceito de necessitadas também se beneficiem da sua atuação, conforme demonstrado abaixo:

[...] Embora inevitável considerar que pessoas não enquadradas no conceito de hipossuficientes acabem se beneficiando da atuação da Defensoria Pública nessas demandas, revela-se mais harmônico com o espírito da nossa Constituição e do Estado Democrático de Direito em que vivemos admitir esta situação do que aceitar que cidadãos de baixa renda resultem alijados do processo de cumprimento da garantia constitucional

¹⁹⁷ Conforme artigo 134, *caput*, da Constituição da República Brasileira.

¹⁹⁸ Segundo o artigo nº 4, VII, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009.

¹⁹⁹ Segundo o artigo nº 4, X, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009.

²⁰⁰ Segundo o artigo nº 4, XI, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009.

de assistência jurídica integral, a ser prestado pelo Estado, conforme preconizado em nossa Carta Magna²⁰¹.

Esta legitimidade concedida à Defensoria é de extrema importância para transpor a barreira da organização ou reunião para reivindicar interesses difusos, na qual apesar da existência de várias partes interessadas e com razões adequadas para reivindicá-los, estas podem estar dispersas, não possuírem as informações necessárias ou até mesmo não terem a capacidade de articularem uma estratégia em comum, o que dificulta que esse interesse seja unificado e expresso²⁰².

Um exemplo de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro em face do estado do Rio de Janeiro, ocorreu após as visitas periódicas em estabelecimentos prisionais, em que se teve a notícia de que eram ministrados medicamentos com efeito laxante a pessoas flagradas com corpos estranhos dentro do sistema digestivo, sem o consentimento destas, formulando, assim a:

Pretensão de que a secretaria de estado de administração penitenciária (seap) se abstenha de administrar remédios com efeito laxante a pessoas flagradas com objetos estranhos em seu aparelho digestivo, a não ser com autorização escrita da pessoa ou nos casos de iminente risco de morte, em conformidade com declaração médica escrita após a realização dos exames necessários²⁰³.

Diante do exposto, percebe-se que é de grande importância este papel da Defensoria na ampliação do acesso à justiça, considerando não apenas o carente de recursos financeiros de forma individual, mas preocupando-se com seus problemas enquanto classe merecedora de uma proteção abrangente quanto aos seus direitos e interesses.

²⁰¹ BRASIL. Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 31/10/2012, na Apelação Cível 0025146-57.2009.4.01.3300. (Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, 5º turma). Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22663510/apelacao-civel-ac-19046-ba-20093300019046-5-trf1?ref=serp>. Acesso em 12 de junho de 2019.

²⁰² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 27.

²⁰³ BRASIL. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 19/09/2017, na Apelação 0307104-11.2013.8.19.0001. (Relator: Juarez Fernandes Folhes, 19ª Câmara Cível). Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/517033321/apelacao-apl-3071041120138190001-rio-de-janeiro-capital-14-vara-faz-publica>. Acesso em 15 de junho de 2019.

6.7. OS CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Conforme o 5^a, LXXIV, da Constituição Federal brasileira: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

De acordo com interpretação mais recente, para a concessão da gratuidade da justiça²⁰⁴, o requerente precisa comprovar que as despesas decorrentes do processo, como o pagamento das custas e honorários advocatícios ocasionarão dificuldades para seu próprio sustento ou de sua família²⁰⁵.

Cabe à Defensoria Pública e aos órgãos do Poder Judiciário a realização desta análise, a qual não significa apenas verificar apenas se a parte é assalariada ou não, e sim averiguar se o salário recebido suporta as despesas processuais.

Percebe-se, portanto, que há uma flexibilização do conceito de necessitado, de modo que a carência de recursos financeiros para fins de concessão da gratuidade de justiça não constitui, necessariamente, sinônimo de miserabilidade.

Em tese, tratando-se de pessoa natural, presume-se como verdadeira a alegação de insuficiência de recursos financeiros²⁰⁶, de forma que o juiz só pode indeferir o pedido se houver elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais nos autos e após conceder a oportunidade para que a parte comprove o preenchimento dos requisitos²⁰⁷.

Contudo, na prática da Defensoria Pública Federal, inicialmente, verifica-se se a renda familiar total dos que habitam a residência do requerente é de até três salários mínimos. Caso seja preenchido este requisito, o requerente fará jus à gratuidade da justiça.

Entretanto, caso a mencionada renda seja superior, não quer dizer que o requerente não terá direito à referida gratuidade, uma vez que irá ser averiguada as circunstâncias econômicas deste, como, por exemplo, se há gastos com questões permanentes e essenciais,

²⁰⁴ Insta salientar que, conforme o Código de Processo Civil Brasileiro, responsável por regular, em grande parte, a matéria referente à gratuidade da justiça, tendo revogado diversas disposições da Lei 1.060 de 1950, a gratuidade da justiça compreende tanto os gastos com as taxas ou custas judiciais, quanto em relação aos honorários advocatícios, dentre outros aspectos, conforme versa o artigo 98, do mencionado dispositivo legal.

²⁰⁵ Conforme o artigo 98, caput, do Código de Processo Civil Brasileiro, “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

²⁰⁶ Conforme artigo 99, § 3º, do Código de Processo Civil Brasileiro.

²⁰⁷ Conforme artigo 99, § 2º, do Código de Processo Civil Brasileiro.

como saúde, educação, transporte e moradia que o deixe numa situação em que as despesas da demanda prejudique o sustento próprio ou da família.

Já nas Defensorias Públicas Estaduais, verifica-se uma variação dos critérios conforme o estado, mas prevalecendo a ponderação feita pela interpretação aqui exposta.

Além disso, cabe salientar que, desde que preenchidos os requisitos que comprovem a insuficiência de recursos financeiros, tem direito à gratuidade da justiça tanto as pessoas físicas, quanto as jurídicas, brasileira ou estrangeira²⁰⁸.

Por fim, conforme o nível de carência econômica do requerente, a gratuidade da justiça poderá ser integral, abrangendo todos os atos processuais ou proporcional, englobando apenas alguns desses atos, ou até mesmo constituir apenas em uma redução do percentual das despesas processuais que o beneficiário tiver que arcar durante o procedimento²⁰⁹.

6.8. AS DIFICULDADES PARA O ACESSO À JUSTIÇA AOS CARENTES DE RECURSOS FINANCEIROS NO BRASIL

Em um país com dimensões continentais e mercado historicamente por profundas desigualdades sociais como o Brasil²¹⁰, o acesso à justiça, apesar de previsto amplamente na Constituição e nas leis, ainda encontra muitos desafios para sua plena efetivação, como a lentidão para a pacificação de conflitos, o alto custo da prestação jurisdicional, a carência de investimento por parte do poder público, bem como a falta de conhecimento adequado sobre direitos e obrigações por parte dos cidadãos²¹¹.

Não há como negar que a lei, enquanto direcionadora do processo em si e das condutas de seus aplicadores, sejam eles advogados, juízes, defensores, promotores ou outros serventuários, representa um papel inicial e fundamental para o acesso à justiça, devendo ser aplicada no meio social como um instrumento para eliminação das desigualdades e injustiças sociais.

²⁰⁸ Conforme artigo 98, do Código de Processo Civil Brasileiro.

²⁰⁹ Conforme artigo 98, §5^a, do Código de Processo Civil Brasileiro.

²¹⁰ País dominado pelas elites e com pouca participação popular.

²¹¹ Sobre a questão da carência em uma educação jurídica, insta salientar que uma das soluções possíveis para tal questão seria implementar uma educação em direitos e obrigações desde a formação escolar dos indivíduos, bem como o investimento em meios de comunicação aptos a promoverem a educação em direitos básicos.

Entretanto, verifica-se que os grandes problemas referentes à efetividade desse direito não são ligados à ausência de lei ou ao sistema de acesso à justiça adotado pelo Brasil, mas sim devido à carência de mecanismos para implementá-lo frente aos problemas existentes na prática, sendo patente a carência de investimento adequado nas instituições públicas responsáveis para a referida efetivação.

Apesar de já terem ocorrido diversas mudanças no sentido de efetivar o acesso à justiça, tanto no plano normativo, quanto no plano administrativo, como a implementação de varas e defensorias públicas de maneira crescente, percebe-se que ainda há muito o que se evoluir, sobretudo na prática.

Há uma grande distância entre o formal e o real. Por isso, é imprescindível que sejam criadas soluções para que o “ser” não se distancia do “dever ser” nesta complexa missão que é efetivar o acesso à justiça.

Em relação à Defensoria Pública, percebe-se que ainda há uma carência de recursos materiais e humanos para atender as demandas levadas à instituição, devido à falta de investimento adequado pelo poder público²¹². Percebe-se que as defensorias públicas se encontram sobrecarregadas, portanto, há uma necessidade de aumentar o número de defensores para um atendimento mais adequado e eficaz.

No IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil²¹³, concluiu-se que há uma menor proporção de Defensores Públicos, se comparado com o número de juízes e promotores, destacando que:

Em grande parte do Brasil, a população conta somente com o “estado-juiz” e com o “estado-acusação”, não dispondo de forma satisfatória dos serviços de “estado-defensor”, que promoveria a defesa dos interesses dessa parcela da população incapaz de contratar um advogado particular.

Como uma forma de compensar o excessivo número de processos e de assistidos pelos quais o defensor público atua, confere-se a esse servidor público a garantia da

²¹² Percebe-se que o investimento feito pelo poder público na defensoria é bastante desproporcional que o investimento feito no Ministério Público e no poder judiciário.

²¹³ Pesquisa elaborada no âmbito do projeto sobre o fortalecimento do Acesso à Justiça no Brasil, firmado entre o Ministério da Justiça, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e a Agência Brasileira de Cooperação.

IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, 2015, p 12. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/ivdiagndefenspublicav9.pdf/view>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

duplicação dos prazos e da intimação pessoal dos atos processuais²¹⁴, na busca de uma paridade no tratamento processual das partes.

Ademais, outro problema encontrado é que, no âmbito das defensorias públicas estaduais, já que cada estado é responsável por delimitar o valor da remuneração dos defensores, há uma falta de equilíbrio entre os estados da federação, sendo nítida a diferença salarial entre profissionais que exercem a mesma função.

Além disso, apesar de haver uma crescente implementação de defensorias no Brasil, ainda há a ausência desta instituição em algumas comarcas, sobretudo naquelas mais afastadas dos centros urbanos. Entretanto, esta questão pode ser resolvida com a figura do advogado dativo para proporcionar o acesso à justiça, conforme já explicado anteriormente, mesclando o modelo defensorial público com o *judicare*. Assim, fica nítida a importância do modelo híbrido de acesso à justiça, o qual reconhece a insuficiência dos modelos isolados e visa complementá-los a fim proporcionar um acesso à justiça mais abrangente.

7. A IMPLEMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM PORTUGAL: UMA MEDIDA FAVORÁVEL AO ACESSO À JUSTIÇA?

Conforme já demonstrado, apesar do acesso à justiça ser um Direito Humano, possuindo a característica de ser universal, os meios utilizados para garantir esse direito variam conforme o ordenamento jurídico de cada país²¹⁵.

É o que ocorre com o Brasil e Portugal, países que encontraram soluções diferentes para viabilizar o acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros. Neste estudo comparativo, percebe-se que é natural que as sociedades ofereçam respostas distintas, uma vez que distintas são as suas necessidades, história, prioridades, cultura e instrumentos para concretizar direitos.

Cumprido salientar que todos os sistemas isolados de acesso à justiça são passíveis de crítica. Entretanto, para a prestação de um acesso à justiça eficaz aos carentes de recursos

²¹⁴ Sendo tais garantias prerrogativas funcionais expressas no artigo 5º, da Lei 1.060/1950.

²¹⁵ Assim como todos os direitos, o acesso à justiça requer um conjunto de garantias que possibilitem o seu pleno exercício. Dessa forma, o Estado deve criar condições formais e materiais que garantam sua efetividade de forma igual para todos.

financeiros, percebe-se que, além de uma abstenção estatal no sentido de não impedir a concretização deste direito, se faz necessária, sobretudo, a sua atuação²¹⁶, de forma adequada para superar as diversas barreiras ao referido acesso, envolvendo um custo econômico considerável.

Para que ocorra o aprimoramento de um sistema jurídico, além de analisar o contexto em que está inserido, o que inclui a relação de custo-benefício dentro das peculiaridades vivenciadas por cada país, a pesquisa de outras ordens jurídicas também é uma fonte de grande contribuição, uma vez que se trata de um problema humano compartilhado.

Apesar da inserção da figura do defensor público em Portugal ser um assunto frequentemente mencionado, ainda não foram realizadas muitas discussões aprofundadas sobre a temática.

Todavia, é inegável o reconhecimento da importância do modelo de assistência jurídica exercido pela Defensoria Pública, o qual vem sendo discutido em diversos fóruns internacionais, sendo também perceptível o seu sucesso em terras brasileiras, apesar dos desafios ainda existentes²¹⁷. Agora, cabe analisar se este modelo representaria um progresso no acesso à justiça na realidade portuguesa.

Sobre a possibilidade de implementação da Defensoria Pública em Portugal, percebe-se que um dos principais opositores é a Ordem dos Advogados, sendo esta oposição encontrada também na doutrina.

Inicialmente, irão ser analisados os argumentos contrários à implementação da Defensoria e depois irão ser analisados os pontos favoráveis em relação à implementação desta instituição em Portugal, a fim de chegar a uma conclusão sobre o assunto.

²¹⁶ Devendo o Estado suportar os gastos necessários, já que “os custos de organização e funcionamento do aparelho material e humano da Justiça representam gastos necessários e inevitáveis, como acontece com todos os serviços públicos que o Estado desempenha”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Pensando os custos da justiça. In: DIAS, João Álvaro (Coordenador) – Os Custos da Justiça. Coimbra: Almedina, 2003, p. 515.

²¹⁷ Sobre esse aspecto, o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil reconheceu que já houve uma grande evolução no fortalecimento da Defensoria Pública no Brasil, afirmando que: “Mesmo diante de suas limitações, a instituição tem atuado e promovido a garantia de direitos à população, cumprindo o papel constitucionalmente atribuído a ela”. IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, 2015, p 12. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/ivdiagndefenspublicav9.pdf/view>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

Um dos principais pontos expostos por aqueles que são contra a instalação da Defensoria Pública em Portugal é em relação ao fato de tornar o advogado um funcionário público do Estado.

Entretanto aqui não se verifica uma questão negativa e sim um benefício trazido para a defesa, uma vez que possibilitaria uma equiparação e uma paridade de armas entre o órgão acusador (Ministério Público) e órgão defensor, no caso, a Defensoria Pública, contanto com profissionais tão intelectualmente e tecnicamente preparados, quanto aqueles que preenchem os quadros do Ministério Público, sendo assegurado pelo Estado uma formação adequada e de qualidade, assim como uma retribuição financeira condigna para ambos, tendo em vista que a proteção de inocentes e o respeito pelas garantias processuais penais, inclusive dos culpados, constituem funções tão importantes quanto o interesse público na punição dos culpados desenvolvida pela acusação.

Sobre este aspecto, não há como negar que a função de defesa é considerada uma verdadeira função pública na administração e funcionamento da justiça, tendo suas bases alicerçadas no direito processual penal, que é um direito público²¹⁸, sendo a função exercida pelo defensor não apenas de interesse do arguido, mas de toda a comunidade.

Conforme já exposto no presente estudo, para que exista o acesso à justiça no processo penal, é importante conceder a paridade de armas, de forma que as partes possam ter iguais oportunidades para contribuir com a formação do convencimento do juiz.

Dessa forma, da mesma forma que o Estado investe em órgão de acusação, também deve investir em órgão encarregado de defender, sobretudo em favor daqueles que não possuem recursos econômicos suficientes para pagar advogados e arcar com os custos decorrentes do processo, os quais enfrentam obstáculos não vivenciados pelas classes mais favorecidas no acesso à justiça.

Outro argumento encontrado contra a implementação da defensoria pública em Portugal diz respeito à quebra da relação de confiança existente na contratação do advogado para atuar na causa da parte.

²¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal. Primeiro Volume*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 472-472.

Porém, tendo em vista os papéis desempenhados pela Defensoria Pública, tal argumento não merece prosperar, uma vez que, por vivenciarem no cotidiano de suas profissões as questões inerentes aos carentes de recursos financeiros, os defensores públicos tendem a estabelecer uma relação de confiança com seus assistidos, através da experiência com seus problemas recorrentes, criando uma maior sensibilidade em relação a eles, além de utilizarem uma linguagem acessível, longe de um formalismo em excesso muitas vezes presente em escritórios de advocacia²¹⁹, o que faz com que diminua bastante o sentimento de intimidação que possa ocorrer por parte do carente de recursos financeiros e possibilita que estes profissionais tenham um conhecimento capaz de lidar de uma forma mais adequada com tais questões.

Corroborando com este entendimento, José Augusto Garcia de Sousa sustenta que: “Postulando a bem dos mais fracos, os defensores aproximam-se dos grupos cujos interesses restam frequentemente ignorados em outras instâncias decisórias, ganhando a instituição especial sensibilidade em relação a tais interesses”²²⁰.

Verifica-se, portanto, que a implementação da Defensoria Pública permitiu que seus membros, ao tratarem diariamente com causas na defesa dos necessitados, fossem, paulatinamente, identificando os problemas mais comuns que infligem esta classe, sendo esta uma das vantagens do modelo apontada, uma vez que muitos obstáculos para o acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros estão inter-relacionados²²¹.

Ademais, uma das questões que demonstra o quanto o modelo defensorial público é mais amplo que o modelo *judicare* português se refere às atividades na educação em direitos desenvolvidas pela Defensoria Pública, sobretudo na fase pré-processual e preventiva, constituindo um dos fatores mais relevantes no que diz respeito ao acesso do pobre à justiça, podendo ser desempenhadas de forma eficaz apenas por um grupo permanente de profissionais, instruídos sobre as questões jurídicas peculiares da população pobre e já envolvidos com as questões práticas sobre sua defesa, conhecendo a realidade e os principais problemas inerentes a esta classe, sendo contratados pelo Estado para tal, tendo que vista

²¹⁹ Não há como negar que um dos obstáculos ao acesso à justiça ainda hoje se deve à desconfiança, sobretudo da classe menos favorecida, nos advogados.

²²⁰ SOUSA, José Augusto Garcia de (Coordenador): A nova lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coordenador), p. 241.

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 29.

que não há sentido a contratação individual de profissionais para a promoção e conscientização de direitos, quando sua atuação é restrita a certa causa, como ocorre no modelo português²²².

Dessa forma, a defensoria pública também pode ser utilizada como instrumento na busca por soluções no sentido de minimizar os diversos efeitos da pobreza e da exclusão social²²³, indo além da busca por solucionar as demandas que lhes são levadas, atuando de maneira proativa na transformação social, de forma a promover, junto com seus assistidos, uma revolução “social pacífica e positiva de inserção do excluído de vida digna, em forma harmoniosa e pedagógica”²²⁴.

Além disso, no modelo defensorial público, além da preocupação em relação aos carentes de recursos financeiros enquanto indivíduos, preocupa-se com a realidade destes enquanto classe, a qual apresenta dificuldades semelhantes para o acesso à justiça, sendo, portanto, merecedora de uma proteção especial quanto aos seus direitos e interesses para que possam estar em igualdade de condições em relação àqueles que possuem recursos financeiros para acessar à justiça²²⁵.

Não é à toa que a Defensoria Pública é legitimada para promover a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, na medida em que o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes. Isso, sem dúvida, é um dos aspectos que torna

²²² ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 247.

²²³ CAROTTI, Andréa Sepúlveda Brito. Propostas para uma atuação estratégica da Defensoria Pública orientada à redução da pobreza. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coordenador) - Uma Nova Defensoria Pública Pedir Passagem: Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 78.

²²⁴ ROCHA, Amélia Soares da. Os direitos dos assistidos e a imprescindibilidade da democratização (interna e externa) da instituição. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coordenador) – Uma Nova Defensoria Pública Pedir Passagem: Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 120.

²²⁵ Conforme já ensinava Adriana Fagundes Burger e Amélia Soares da Rocha, apesar de entender que a instituição encarregada de prestar o acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros possuir nomenclatura variável nos países, sendo a Defensoria Pública apenas uma de suas variações: “*Hoy la mayor lucha es por hacer efectivos esos derechos y por la búsqueda de una realidad em que la dignidad sea una regla vivida y no solamente escrita. En ella, el primer desafío a ser superado es el del acceso a la justicia como obligación del Estado a través de una institución que tenga condiciones de superar los clásicos obstáculos ya difundidos por Cappelletti*”. BURGER, Adriana Fagundes; ROCHA, Amélia Soares da (Organizadoras) – *Cartografía del Acceso a la Justicia*. Porto Alegre: ADPERGS, 2012, p. 8.

o acesso à justiça mais abrangente, transpassando a barreira encontrada para a organização de indivíduos para reivindicar interesses difusos²²⁶.

Sobre este aspecto, percebe-se que há uma grande limitação no modelo *judicare*, uma vez que, apesar de ter criado mecanismos para combater os obstáculos inerentes ao custo, deixa de lado a situação dos carentes de recursos financeiros enquanto classe, a qual enfrenta problemas semelhantes, considerando apenas a sua situação individual²²⁷.

Não é que a situação individual do pobre deva ser desconsiderada, pois possui inegável importância, mas a sua situação enquanto classe também não pode ser negligenciada, como ocorre no sistema *judicare*.

Outro argumento invocado contra a instauração da Defensoria é que iria ser prejudicada a autonomia técnica do advogado, bem como sua independência face aos interesses externos e do Estado, sobretudo quando está em questão a liberdade do indivíduo.

Essa alegação também não merece prosperar, uma vez que, conforme exposto anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador já consagrou diversas garantias e princípios inerentes à Defensoria Pública, um deles é a o princípio da independência, autonomia funcional e administrativa, os quais possibilitam que a função do defensor esteja livre de pressões externas, tendo o defensor público, dentro dos limites legais, a liberdade de agir com base em sua convicção, buscando o que considerar mais adequado para uma defesa criminal efetiva, sem qualquer intervenção do Estado, da própria instituição ou do poder judicial, não estando submetido a qualquer poder hierárquico.

Em uma mínima análise prática, percebe-se que não há falta de autonomia à Defensoria Pública no Brasil, seja para contestar ordem judicial ou para litigar contra o poder executivo. Sobretudo no âmbito da Defensoria Pública da União, são inúmeras as demandas contra o próprio Estado, evidenciando que a existência de tal autonomia e independência não está pautada apenas na teoria, mas já é uma realidade bastante comum no exercício das funções dos defensores.

²²⁶ Conforme já demonstrado no tópico referente ao papel da defensoria pública na defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, do presente estudo.

²²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 35-38.

Apesar de custeada por recursos públicos, resta claro que não há subordinação entre a Defensoria e os poderes estatais, podendo exercer livremente suas funções, “inclusive contra as pessoas jurídicas de direito público”²²⁸.

Quanto a este aspecto, verifica-se que, tanto no sistema brasileiro, quanto no sistema português de acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros, a entidade responsável pelo pagamento dos defensores/advogados é o Estado. Ou seja, ao final, verifica-se uma mesma fonte de custeio, e não é pelo fato de ser o poder público o responsável que a autonomia técnica e a independência face aos interesses estatais externos serão restringidas, até porque aqui se cumpre um dos papéis fundamentais do Estado: proporcionar o amplo acesso à justiça.

Ademais, sobre a questão da qualidade do serviço prestado, verifica-se que para admissão na carreira de Defensor Público, além do ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil, é necessária a aprovação em concurso público de provas e títulos, assim como ocorre para o ingresso no Ministério Público²²⁹, o que, além de averiguar a capacidade informacional e técnica do profissional, também contribui para a independência funcional da instituição, refletindo na boa qualidade do serviço prestado, além de proporcionar uma equiparação entre o órgão acusador e o órgão defensor.

Além disso, sendo aprovado no concurso, é necessário que o defensor público participe de cursos oficiais para uma melhor preparação para carreira²³⁰. Enquanto que em Portugal, as atividades exercidas no acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros são realizadas pelos advogados, sendo apenas necessário o preenchimento das condições para inscrição na Ordem dos Advogados²³¹.

Mais, no sistema *judicare* adotado por Portugal, há uma grande dificuldade para o controle de qualidade do patrocínio judiciário, uma vez que não há um órgão público com essa responsabilidade, sendo prestada por profissionais liberais. Conforme adverte Salvador

²²⁸ Conforme art. 4, §2º, da Lei Complementar nº 80/1994.

²²⁹ Conforme artigo 134, § 1º, da Constituição da República Brasileira.

²³⁰ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 377 e 378.

²³¹ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 375.

Costa “o controlo da referida eficácia e qualidade não se configura nem fácil nem eficaz, dado que o serviço é prestado por profissionais liberais em mero regime de cooperação”²³².

Demonstrando a ausência de um controle adequado, verifica-se que já foram identificadas irregularidades no pagamento dos advogados nomeados para a defesa dos carentes de recursos econômicos, destacando a falta de uma fiscalização adequada neste procedimento²³³.

Esse controle já é mais fácil de ser realizado no sistema defensorial público, tendo em vista que cabe a um órgão público, em regra, a prestação do acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros.

Conforme já defendia Boaventura de Souza Santos, demonstrado a falta de eficácia do sistema *judicare* implementado em Portugal:

No Brasil está-se a realizar aquilo que eu propus em Portugal, mas que não foi possível concretizar devido, sobretudo, à oposição da Ordem dos Advogados: a criação de uma defensoria pública. A experiência comparada mostra-nos que, quando a assistência judiciária é entregue à Ordem dos Advogados, não funciona com eficácia. A razão é simples: a Ordem dos Advogados quer proteger o seu mercado, ou seja, reservar para a advocacia bem remunerada o desempenho profissional de qualidade. A lógica de mercado não lhe permite deslocar bons advogados para fazer assistência judiciária. Seria um contrassenso. Tem, por isso, que haver um outro sistema²³⁴.

Outro fato que merece destaque é em relação aos altos gastos destinados ao pagamento dos advogados nomeados em Portugal, sendo estes bem menores caso houvesse a Defensoria Pública. É o que afirmou o presidente do Supremo Tribunal de Justiça em março de 2011:

A implementação de um sistema nacional do defensor público (com uma preparação técnica adequada como a dos magistrados porque se trata de um sistema público) deva substituir o apoio judiciário, que, cada vez mais, se compraz em ocultar o excesso de advogados no mercado. Em 2010, o Estado gastou com o actual apoio judiciário 56.011.116 € [...]; se houvesse um quadro de 800 a 1000 defensores públicos, o Estado

²³² COSTA, Salvador da. O Apoio Judiciário. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 29.

²³³ PINHEIRO, Aline. Defesa dos Carentes - Portugueses rechaçam criação de Defensoria no país. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-06/advogados-portugueses-sao-criacao-defensoria-publica-pais>. Acesso em: 02 de dezembro de 2018; LIMA, Licínio. Defesas oficiosas sem fiscalização do Governo. In: In Verbis – Revista Digital da Cidadania e da Justiça. Disponível em: <http://www.inverbis.pt/2012/advogados/defesas-oficiosas-sem-fiscalizacao-governo>. Acesso em: 02 de novembro de 2018.

²³⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 50.

teria gasto de certeza bem menos com profissionais preparados especificamente para tal.²³⁵

Partilhando tal posicionamento, o presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, Orlando Afonso, considera que o modelo adotado por Portugal além de caro, é considerado insatisfatório, merecendo ser repensado, considerando a figura do defensor público destinado a exercer a defesa daqueles que não possuem recursos suficientes para pagar um bom advogado, sendo garantida uma formação apropriada e de qualidade desses profissionais pelo Estado²³⁶.

Portanto, é notório que, apesar dos valores gastos pelo Estado português parecerem um grande investimento no acesso à justiça, não é eficaz.

O pagamento ao advogado nomeado, na prática, só é realizado no final do processo. Ou seja, só é possível requerer a compensação pecuniária pelos serviços prestados quando a decisão que finalizar o processo transitar em julgado, o que significa que todo o trabalho é exercido sem o fornecimento de honorários. Ou seja, o advogado nomeado tem a obrigação de praticar todos os atos e respeitar os prazos, inclusive adiantando as despesas que surgirem, sabendo que só será pago ao final do processo²³⁷.

Essa realidade traz uma série de consequências negativas, uma vez que pode propiciar uma tendência do advogado em abreviar o processo, como uma forma de receber menos tardiamente a contraprestação pelo serviço prestado. Além disso, acaba gerando a propensão de deixar as referidas causas para segundo plano, ao ter que as dividir com as trazidas pelos outros clientes, nas quais é possível negociar o tempo para o recebimento dos honorários.

Tal fato não ocorre com a Defensoria Pública brasileira, uma vez que os defensores possuem uma remuneração fixa mensal, decorrente da garantia da irredutibilidade de vencimentos conferida a tais profissionais. Além disso, é vedado aos defensores exercer atividades de advogado fora das suas atribuições institucionais.

²³⁵ NASCIMENTO, Luís António Noronha do. Discurso proferido na Sessão Solene de Abertura do ano Judicial, em 16.06.2011. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/aberturanोजudicial/2011_pstj.pdf. Acessado em 05 de maio de 2018.

²³⁶ AFONSO, Orlando. Defensor Público. Correio da manhã. Versão eletrônica disponível em: <http://www.smppt.pt/?=12994>. Acessado em 05 de maio de 2019.

²³⁷ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia Cruz, AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. "Os novos atores da Justiça Penal". Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 395-396.

A junção das circunstâncias acima referidas favorece um acesso à justiça mais igualitário aos necessitados, uma vez que propiciam que os defensores tenham a mesma atenção e empenho em todos os processos que lá estejam, não existindo causas que ofereçam mais benefícios em detrimento de outras.

Portanto, o modelo defensorial público possui muitas vantagens, proporcionando uma maior eficácia do acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros, na medida em que promove um tratamento apto a dirimir os obstáculos encontrados pelas classes menos favorecidas no acesso à justiça, visando colocá-las em uma situação de igualdade em relação aos litigantes de classes com melhores condições econômicas e até mesmo contra o Estado, a fim de proporcionar uma paridade de armas²³⁸. Além de ser um grande instrumento para promoção dos direitos humanos²³⁹, oferecendo também benefícios em relação aos custos assumidos pelo Estado na concretização do acesso à justiça.

Há quem considere que as atribuições inerentes ao sistema defensorial público no acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros represente uma postura paternalista, entendendo que deve apenas ser concedida a representação por advogado custeado pelo Estado e isenções ou redução das custas decorrentes do processo quando não houver condições suficientes para arcar com essas despesas, com a ideia de que, dessa forma, teria o necessitado a mesma representação daquele que possuísse condições financeiras para tal. Entretanto, diante de todas as dificuldades já demonstradas neste estudo no o acesso à justiça inerente à classe desfavorecida economicamente, geralmente portadora dos indivíduos que mais necessitam da efetividade desse direito, não se mostra razoável compartilhar do referido entendimento, uma vez que todo o tratamento concedido aos carentes de recursos financeiros realizado pela Defensoria Pública são justificáveis para promover uma igualdade no plano material e não apenas formal no acesso à justiça.

²³⁸ “A defensoria tem inscrita no seu código genético uma pretensão de *efectiva* igualdade no exercício *efectivo* do direito de defesa pelo arguido”. ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. Os novos atores da Justiça Penal. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016, p. 9.

²³⁹ Constitui como uma das funções institucionais da Defensoria Pública: “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” (conforme artigo 4º, III, da Lei Complementar 80/94).

É certo que o Brasil, tendo em vista seu contexto econômico e social, necessita mais da Defensoria Pública que Portugal²⁴⁰. Entretanto, a partir da análise realizada, é possível concluir que a implementação da Defensoria Pública em Portugal seria uma solução favorável ao acesso à justiça, pois iria possibilitar a prestação de um serviço de maior qualidade, mais amplo e igualitário na concretização do acesso à justiça do que o exercido pelos advogados nomeados, além de ser uma opção menos onerosa aos cofres públicos.

Entretanto, a implementação do modelo defensorial público deveria ser complementada com o modelo *judicare* já existente, constituindo um modelo híbrido de acesso à justiça, tendo em vista as limitações existentes nos modelos isolados, sobretudo no processo de implementação no ordenamento jurídico de um país.

Dessa forma, como todo modelo de acesso à justiça necessita de um processo de implementação e adaptação à realidade vigente, haveria uma implementação gradual da defensoria pública no país, trabalhando junto com o modelo *judicare*. Após esse período de adaptação, deveria haver uma preponderância do modelo defensorial público, de modo que o modelo *judicare* passasse a ser utilizado subsidiariamente, isto é, nas situações ou lugares não abrangidos pelo atendimento da defensoria pública²⁴¹.

Além disso, não se pode esquecer que para que ocorra um adequado funcionamento da defensoria pública, é necessário que sejam concedidas garantias aos seus profissionais, aprovados mediante concurso público, como a irredutibilidade de remuneração, a estabilidade e a independência no desempenho das funções para que exerçam suas funções livres de pressões externas, a fim de cumprir da melhor forma o seu importante papel na efetivação do acesso à justiça aos carentes de recursos financeiros²⁴².

²⁴⁰ Reconhecendo a importância da Defensoria Pública e o seu fortalecimento em terras brasileiras, o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil dispôs que as “Defensorias Públicas merecem e devem ser fortalecidas em todos os aspectos para o bem da nossa democracia e, principalmente, da proteção dos direitos dos mais necessitados”. IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, 2015, p. 8. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/ivdiagndefenspublicav9.pdf/view>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

²⁴¹ É inegável que em um país com o território tão extenso quanto o Brasil, nem todos os locais conseguem ser atendidos pelo serviço da Defensoria Pública, apesar de que há um avanço progressivo em relação à abrangência de tal atendimento. Entretanto, não significa que o acusado ou o réu ou até mesmo o condenado irá ficar desamparado, uma vez que o próprio modelo misto de acesso à justiça adotado configurou a figura do Defensor Dativo para atuar justamente nas situações não contempladas pelo atendimento da Defensoria.

²⁴² Demonstrando a importância dessas garantias e prerrogativas inerentes à função de Defensor Público, Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle da Silva, afirmam que: “Não bastará, todavia, que o Estado crie, tão-só, o órgão específico, sem que garanta, institucionalmente, aos seus agentes as prerrogativas indispensáveis ao exercício pleno do múnus apartado de influências outras, ainda que os interesses em choque

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, percebe-se que o acesso à justiça, considerado um dos mais básicos direitos humanos, uma vez que constitui instrumento para concretização de outros direitos, não pode ser compreendido apenas como o acesso a um sistema de justiça ou ao direito de ação ou defesa puro e simples, mas sim como o acesso a uma ordem jurídica que traga resultados justos e eficazes, acessível de forma igual a todos e apta a promover a pacificação social.

Entretanto, alcançar tal finalidade não é tarefa fácil, uma vez que não basta sua previsão na legislação, envolve uma profunda análise da realidade como uma forma de adaptar corretamente os mecanismos para sua efetivação, dependendo diretamente do funcionamento do Estado e do seu investimento nesta seara, assim como da organização social²⁴³.

Dentre os diversos obstáculos para o acesso à justiça, o presente estudo preocupou-se com a questão da carência de recursos financeiros, a qual não traz entraves para o referido acesso apenas na seara econômica, irradiando também nas áreas cultural, social e até mesmo psicológica, estando estes obstáculos inter-relacionados, o que demonstra a necessidade de um tratamento diferenciado aos carentes de recursos financeiros para que possam superar as suas limitações e desvantagens no acesso à justiça e, assim, estar em paridade de armas com Estado ou até mesmo com outros litigantes de classes mais favorecidas, de modo a haver um equilíbrio entre a acusação e a defesa.

Na presente pesquisa, foram estudados os ordenamentos jurídicos português e o brasileiro na perspectiva do acesso à justiça face à carência de recursos financeiros e é inegável que os referidos países tiveram experiências históricas distintas, sem contar as realidades sociais e econômicas que são bastante diferenciadas, até os dias atuais. Contudo, apesar dos diversos desafios ainda existentes, é possível verificar que, em ambos os países,

sejam do próprio Estado”. MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle T. da. *Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 145.

²⁴³ Nos tempos atuais, o principal óbice para a efetivação dos direitos humanos não está relacionado à falta de previsão em leis ou tratados internacionais e sim em relação aos meios sobre como efetivar os direitos garantidos.

o referido acesso progrediu gradualmente ao longo do tempo, tendo a sociedade ganhado consciência da importância da sua implementação.

Ademais, foram feitas várias considerações acerca dos sistemas de acesso à justiça dos mencionados países, destacando a profissão de Advogado Oficioso em Portugal e de Defensor Público no Brasil, expondo os pontos negativos e positivos de cada modelo. Agora, cabe expor as conclusões que a referida análise permitiu chegar.

Constata-se que o referido acesso ainda precisa progredir em ambos os países, entretanto, em aspectos diferenciados, uma vez que se trata de diferentes modelos e realidades. Apesar de em ambos ser o Estado o responsável por arcar com as despesas e encargos do processo, nos casos em que houver carência de recursos financeiros para tal, verifica-se que o modelo brasileiro, da forma como é tratado tanto na legislação constitucional, quanto infraconstitucional, é o que proporciona um acesso à justiça mais igualitário e abrangente, o que falta no Brasil é uma efetivação maior das ideias inerentes ao modelo adotado, questão que encontra grandes obstáculos devido às peculiaridades do próprio país, marcado por grandes desigualdades sociais, além da sua grande extensão territorial e a falta de investimento adequado por parte do poder público. Portanto, apesar dos obstáculos ainda existentes no acesso à justiça, não se pode negar o êxito do modelo da defensoria pública na ampliação deste direito em terras brasileiras.

É certo que o Brasil, tendo em vista seu contexto econômico e social, necessita mais da Defensoria Pública que Portugal. Entretanto, a partir da análise realizada, conclui-se que a implementação da Defensoria Pública em Portugal, com uma configuração similar à Defensoria Pública brasileira, sobretudo com as garantias inerentes ao exercício da função de defensor público²⁴⁴, seria uma solução favorável ao acesso à justiça no país, pois além de ser uma opção menos onerosa aos cofres públicos, iria possibilitar a prestação de um serviço de maior qualidade que o prestado pelos advogados oficiosos, mais amplo e igualitário, preocupado não apenas com a situação individual dos carentes de recursos financeiros, mas com sua situação enquanto classe, a qual enfrenta obstáculos, os quais necessitam ser reparados para que possa existir uma isonomia material e não apenas formal no acesso à justiça penal, por meio da atuação de defensores aptos a lidar com os problemas recorrentes

²⁴⁴ Tais garantias, como a inamovibilidade e a autonomia funcional explicitada na presente pesquisa são essenciais para que os defensores públicos exerçam suas funções livres de pressões externas, objetivando a defesa plena do assistido.

dos carentes de recursos financeiros, encarregados de atuar não apenas no momento judicial, mas também no extrajudicial e preventivo, acompanhando desde o inquérito policial, até a execução das penas, além do importante papel na educação e conscientização em direitos, sendo este essencial no acesso à justiça, conforme demonstrado no presente estudo.

Entretanto, a implementação do modelo defensorial público deveria ser complementada com o modelo *judicare*, constituindo um modelo híbrido de acesso à justiça, tendo em vista as limitações existentes nos modelos isolados, sobretudo no processo de implementação no ordenamento jurídico de um país. Após o período de adaptação, deveria haver uma preponderância do modelo defensorial público, de modo que o modelo *judicare* passasse a ser utilizado subsidiariamente, isto é, nas situações ou lugares que não fosse possível o atendimento da defensoria pública, assim como ocorre no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, Orlando. **Defensor Público**. Correio da manhã. Versão eletrônica disponível em: //www.smmp.pt/?=12994. Acessado em 05 de maio de 2019.
- ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ALVIM, J. E. Carreiro. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ANDRÉ, Adélio Pereira. **Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais**. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.
- ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal. Direito Constitucional aplicado**. In AA. VV., Que futuro para o Direito Processual Penal, 2009.
- ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. Coord. **Os novos atores da Justiça Penal**. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Almedina, 2016.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- BEZERRA, Paulo. **O acesso aos Direitos e à Justiça: um direito fundamental**. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXXXI. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Porto: Editora da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique, 2003.
- BURGER, Adriana Fagundes; ROCHA, Amélia Soares da (Organizadoras) – *Cartografía del Acceso a la Justicia*. Porto Alegre: ADPERGS, 2012.
- CANOTILHO, Gomes J. J. e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- CANOTILHO, Gomes J. J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I, 4º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- CAROTTI, Andréa Sepúlveda Brito. **Propostas para uma atuação estratégica da Defensoria Pública orientada à redução da pobreza**. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coordenador) - Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem: Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

CHAYES. *The Role of Judge in Public Law Litigation*. In: Harvard Law Review, v. 89, 1976.

CHIATETTI, Daniel. **Breve histórico do desenvolvimento institucional da assistência jurídica no Brasil**. In: Boletim de Reunião das Instituições Públicas de Assistência Jurídica dos Países de Língua Portuguesa, n. 1, Brasília, 2012.

CICHOCKI NETO, J. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, Salvador da. **O Apoio Judiciário**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DEVISATE, Rogério dos Reis. **Acesso à Justiça - Problema de Essência: A Defensoria Pública como a Solução Constitucional para os Hipossuficientes**. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Organizador). *Acesso à Justiça*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESTEVES, Diogo, e SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Justicia Gratuita: un imperativo constitucional*. Editora Comares, Granada, 2000.

GHERARDI, Natalia. *Acceso a la justicia como garantia de igualdad*. Editora Biblos, Argentina, 2006.

HORTA, Jesus. *O Código de Direito Canônico e o Ecumenismo*. São Paulo: Loyola, 2003.

IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/ivdiagnodefenspublicav9.pdf/view>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LIMA, Licínio. **Defesas oficiosas sem fiscalização do Governo**. In: *In Verbis* – Revista Digital da Cidadania e da Justiça. Disponível em: <http://www.inverbis.pt/2012/advogados/defesas-oficiosas-sem-fiscalizacao-governo>. Acesso em: 02 de novembro de 2018.

MESSITTE, Peter. **Assistência Judiciária no Brasil: Uma pequena História**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro, 1968.

- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **As constituições portuguesas: de 1822 ao texto actual da Constituição**. 2.ª edição. Lisboa: Petrony 1992.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MORAES, Humberto Peña e SILVA, José Fontenelle Teixeira. **Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado**. Rio de Janeiro, Liber Júris, 2ª ed., 1984.
- MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **O acesso à justiça**. In: Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de nosso tempo**. In: Revista de Processo, 1992.
- NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império**. Vol. II, 5ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997
- NASCIMENTO, Luís António Noronha do. Discurso proferido na Sessão Solene de Abertura do Ano Judicial, em 16.06.2011. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/aberturanojudicial/2011_pstj.pdf. Acessado em 05 de novembro de 2018.
- OLIVEIRA, Simone dos Santos. **Defensoria pública brasileira: sua história**. Revista de Direito Público. Londrina, v. 2, n. 2. 2007.
- Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 10 de abril de 2019.
- PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.
- PINHEIRO, Aline. **Defesa dos Carentes - Portugueses rechaçam criação de Defensoria no país**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-06/advogados-portugueses-sao-criacao-defensoria-publica-pais>. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- RAMALHO, Joaquim Ignacio. **Praxe Brasileira**. São Paulo: Editora Ypiranga, 1869.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- RANGEL. **Teoria geral do processo**. 20º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

REIS, Gustavo Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor. Making the Law Work for Everyone, Vol. I, p. 31-32, 2008. Disponível em:

https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf. Acesso em 23 de maio de 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Director Científico), João Pedroso (coord.), Catarina Trincão e João Paulo Dias. **O Acesso ao Direito ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão**. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Fontenele Teixeira da. **A defesa do cidadão e o Estado-Membro**, em Revista da Defensoria Pública, n. 5, Rio de Janeiro, 1991.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido Processo Legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Juspodivm, 2008.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Ensino do direito, núcleos de prática jurídica e de assessoria jurídica**. In: Veredas do Direito. v.3 – n. 6. jul-dez de 2006, p. 129 - 130. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/81/60>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

SOUSA, José Augusto Garcia de (Coordenador): **A nova lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas**. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coordenador).

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TAVARES, José Albuquerque. **O Adversário Invisível: Reforma das Instituições e Crescimento Económico em Portugal**. In: DIAS, João Álvaro (Coordenador) – Os Custos da Justiça. Coimbra: Almedina, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Pensando os custos da justiça**. In: DIAS, João Álvaro (Coordenador) – Os Custos da Justiça. Coimbra: Almedina, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.