

MÍNIMO EXISTENCIAL, ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA: ALGUMAS APROXIMAÇÕES

MINIMUM EXISTENCIAL, ACCESS TO JUSTICE AND PUBLIC: SOME APPROACHES

*Ryldson Martins Ferreira**

RESUMO

O presente artigo estuda o acesso à Justiça como elemento do mínimo essencial e a Defensoria Pública como instituição responsável pela concretização desse direito fundamental. Inicialmente, vê-se como o mínimo existencial é tratado na doutrina e na Jurisprudência. Em seguida, analisa-se o tratamento dado à efetividade dos direitos sociais e sua evolução. No contexto atual, percebem-se quais são os entraves à efetividade dos direitos sociais, destacando-se, dentre estes, a reserva do possível, que, dada a sua relevância, foi objeto de discussão. Continuando, faz-se breve estudo do acesso à Justiça sob dois aspectos principais, quais sejam, o de que este é um direito fundamental, bem como o de que, para determinada doutrina, é considerado um elemento instrumental do mínimo existencial. Por fim, explicita-se o mister da Defensoria Pública como instituição responsável pela concretização do direito fundamental ao acesso à Justiça e, como consequência, responsável também pela efetividade dos direitos sociais.

Palavras-chave: Mínimo existencial. Acesso à Justiça. Defensoria Pública.

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (turma 7, biênio 2011-2013); pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Público pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió; graduado em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (Cesmac); professor da Sociedade de Ensino Superior do Nordeste (Seune) e da Faculdade Integrada Tiradentes (FITS); defensor público do Estado de Alagoas. Contato: ryldsonmf@hotmail.com

ABSTRACT

This paper studies the access to justice as an essential minimum and the Ombudsman as an institution responsible for implementation of this fundamental right. Initially, it is seen as the minimum existential is treated in doctrine and jurisprudence. Next, analyze the effectiveness of the treatment of social rights, and its evolution. In the present context, it is clear what are the barriers to the effectiveness of social rights, especially among these, the reserve for which, given its importance, was the subject of discussion. Further, it is brief study of access to justice under two mains aspects, namely, the that this is a fundamental right, as well as that for a given doctrine is considered an instrumental element of the existential minimum. Finally, explicitly if the mister of the Public Defender as the body responsible for implementing the fundamental right of access to justice and, therefore, also responsible for the effectiveness of social rights.

Keywords: Minimum existential. Access to Justice. Public Defender.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende examinar a relação existente entre o Mínimo Existencial, o acesso à Justiça e a Defensoria Pública, partindo dos estudos feitos por Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet e Ana Paula de Barcellos. O principal objetivo é explicar como a Defensoria Pública é capaz de assegurar o mínimo existencial por intermédio do acesso à Justiça.

Baseado nos estudos feitos por Ana Paula de Barcellos, este trabalho abordará o acesso à Justiça não apenas como um direito fundamental mas, sobretudo, como elemento do mínimo existencial, sob a ótica de que este é uma fração nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva.¹

Inicialmente, são feitas algumas considerações sobre o mínimo existencial, levando-se em conta que este é visto como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Constata-se como o mínimo existencial é discutido pela doutrina e jurisprudência pátria, considerando que ele surge na Alemanha e também qual tem sido a opinião da doutrina e da

jurisprudência germânica a respeito do tema. Observa-se que há limites ao mínimo existencial, destes advinda a chamada teoria da reserva do possível, por vezes invocada para a não implementação dos direitos fundamentais sociais. Faz-se uma análise, ainda, da judicialização da política, como limite do mínimo existencial, abordando-se as críticas em torno dela e constatando-se que, embora haja os que invoquem uma suposta ofensa ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes, atualmente tem prevalecido o entendimento de que a intervenção do Judiciário para assegurar a efetividade dos direitos sociais e a concretização do mínimo existencial se faz necessária.

É nesse sentido que se demonstra a relação entre a efetividade dos direitos sociais fundamentais e o mínimo existencial, verificando-se que, após a Constituição Federal de 1988, muito já foi feito. É dizer que houve uma evolução. Expõe-se, desse modo, a opinião da doutrina e da jurisprudência sobre a necessidade de superação da reserva do possível quando tal princípio entrar em conflito com o da dignidade da pessoa humana, destacando-se as diversas concepções existentes em torno da eficácia dos direitos sociais.

Em seguida, trata-se do acesso à Justiça como princípio constitucional, visando a possibilitar a todos, indistintamente, uma prestação jurisdicional adequada e igualitária. No mais, mencionam-se os entraves ao efetivo acesso à Justiça. Continuando, analisa-se a opinião de Ana Paula de Barcellos que, ao discorrer sobre o mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, considera que o acesso à Justiça figura como elemento instrumental e imprescindível da eficácia positiva reconhecida aos elementos materiais do mínimo.

Por fim, abordam-se alguns aspectos históricos da Defensoria Pública, destacando-se sua posição atual na Constituição, bem como a importância que essa Instituição assume em um país periférico, a exemplo do Brasil. Disso resulta a constatação das dificuldades encontradas e, por outro lado, a necessidade de uma melhor estrutura para que se garanta o acesso à Justiça.

Objetiva-se, com o presente estudo, contribuir para a superação das dificuldades enfrentadas quando se trata da efetividade dos direitos sociais fundamentais, sustentando a ideia de que uma instituição

que tem por finalidade assegurar o acesso à Justiça da população que mais necessita das prestações positivas do Estado merece ser bem estruturada para que se concretizem, efetivamente, referidos direitos fundamentais.

A pesquisa feita é de natureza bibliográfica. Na abordagem da matéria, utiliza-se o referencial teórico fornecido pela doutrina de Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet e Ana Paula de Barcellos, para tratar do mínimo existencial. Os demais temas abordados foram objeto de estudo na doutrina de Mauro Cappelletti, dentre outros. Faz-se ainda referência ao III Diagnóstico das Defensorias Públicas, bem como à recém-aprovada Resolução n.º 2.656/2011 da Organização dos Estados Americanos (OEA). Empregam-se os métodos dedutivo e histórico.

O MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial, tal como denominado pelo Direito brasileiro e no Direito alemão (*Existenzminimum*), ou mínimo social, no dizer de John Rawls, ou, ainda, direitos constitucionais mínimos, como propugnado pela doutrina e a jurisprudência americanas, faz parte do conceito de direitos fundamentais. Não possui um conteúdo específico, abrangendo todo e qualquer ramo do Direito (civil, penal, administrativo etc.), em seu núcleo essencial.

Como esclarece Ricardo Lobo Torres,² autor que se destaca no estudo, na pesquisa e na discussão sobre o mínimo existencial, esse seria um direito fundamental de dupla face. Assim, de um lado, compreenderia os direitos fundamentais originários ou da liberdade (ou direitos individuais, ou liberdades públicas, previstos no art. 5º da CF/88 e em textos internacionais); do outro, os direitos fundamentais sociais, ambos em sua dimensão mínima e irreduzível. Sob a ótica da efetividade, o mínimo existencial teria também a duplicidade do *status negativus* e do *status positivus libertatis*.

Assevera com muita propriedade o referido autor que “[...] o mínimo existencial não é valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais”. Esse conteúdo essencial corresponde ao núcleo intocável e irrestringível dos direitos funda-

mentais, constituindo, assim, um limite para a atuação dos poderes, ou seja, para a intervenção do Estado.

Ao tratar do conteúdo essencial do mínimo existencial, Sarlet³ salienta que o conteúdo e o alcance do mínimo existencial desdobram-se em um mínimo fisiológico (conteúdo essencial da garantia do mínimo) e em um mínimo sociocultural. O conteúdo essencial do mínimo existencial está fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana; o mínimo sociocultural tem por fundamento o Estado Social e o princípio da igualdade.

A interpretação do mínimo existencial como conjunto de garantias materiais para uma vida com dignidade é a que tem prevalecido na Alemanha, bem como na doutrina e jurisprudência comparada. Vale registrar a passagem em que Andreas Krell⁴ menciona que:

A Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um 'mínimo de existência' do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, LF).

Na jurisprudência pátria, pode-se citar como exemplo a emblemática decisão do ministro Celso de Mello,⁵ que reconheceu a possibilidade de controle de políticas públicas com vistas à implementação da garantia do mínimo existencial. Na decisão mencionada, esse ministro explicitou que:

[...] a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Para Sarlet,⁶ considerando que o direito fundamental ao mínimo existencial é decorrente da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, ele deverá ser reconhecido independentemente de expressa previsão constitucional.

É importante verificar que o mínimo existencial encontra limites. Além dos “limites dos limites”, está sujeito a limites fáticos, mormente de ordem financeira. São considerados “limites dos limites”: a reserva de lei (sobretudo a lei orçamentária), a reserva do possível, a judicialização da política.

A “reserva do possível” é uma expressão originária do Tribunal Constitucional da Alemanha, e pode ser compreendida como um limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações. De acordo com Ricardo Lobo Torres,⁷ “[...] equivale a ‘reserva democrática’, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador”.

Aduz, ainda, Ricardo Lobo⁸ que a expressão teve seu sentido modificado, fazendo referência à doutrina de Ingo Sarlet que a considerou “[...] ‘reserva do possível fática’, em contraste com a ‘reserva do orçamento’, que seria jurídica”. Esse entendimento foi propagado por outros doutrinadores, a exemplo de Ana Paula de Barcellos e Marcos Marselli, que estenderam a “reserva do possível” aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial.

Na decisão do STF alhures mencionada, percebe-se, também, que o conceito de “reserva do possível” foi alvo de equívocos. Em suma, arremata o autor sustentando que no Brasil a reserva do possível passou a ser reserva fática, acarretando o que ele denomina de “desinterpretação da reserva do possível”.

A judicialização da política vem a ser a interferência do Judiciário em questões políticas inerentes à elaboração legislativa, sobretudo na via do controle da constitucionalidade. Entre outros aspectos, tal atividade ofenderia, para alguns, o princípio democrático e o princípio da separação de poderes, o que aconteceria, sobretudo, nas leis orçamentárias.

Dentre as críticas, Fernando Facury Scaff⁹ anota:

O papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder legislativo, não é o de transformar ‘*discricionariade legislativa*’ em ‘*discricionariade judicial*’ mas o de dirimir os conflitos nos termos da lei. Proferir

sentenças aditivas¹⁰ sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. Esse não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo – é o ‘Limite do Orçamento’ de que falam os economistas, ou a ‘Reserva do Possível’ dos juristas.

Observa-se que a crítica que se faz leva em consideração que a definição do orçamento e a escolha das prioridades são consideradas decisões de conveniência, de oportunidade e não de princípio. Desse modo, essas decisões ficariam a cargo dos poderes incumbidos constitucionalmente de decidir sobre o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, é dizer, ficariam a cargo do Legislativo e do Executivo. Ademais, os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular.

Registre-se que esse não é o entendimento que prevalece na doutrina. Diante da omissão do legislador e da desídia do Poder Executivo, deve-se rever o princípio da separação de poderes em relação ao controle dos gastos públicos, bem como da prestação de serviços. Há doutrinadores, como Andreas J. Krell,¹¹ que defendem a iniciativa do Judiciário, salientando: “Alguns autores brasileiros acataram a argumentação da ‘reserva do possível’ negando de maneira categórica a competência dos juízes (não legitimados pelo voto) a dispor de medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”.

De há muito já havia discorrido Fernando Facury¹² sobre a opinião de Andreas Krell quanto à adoção da reserva do possível, salientando que “[...] segue em sua obra seminal criticando os adeptos da teoria e demonstrando razões de ordem política para sua não-observância”.

Nesse aspecto, observa-se que a doutrina e a jurisprudência têm admitido a intervenção do Judiciário em casos de omissões, notadamente em relação à efetividade dos direitos fundamentais sociais, o que será analisado no próximo tópico.

BREVE SÍNTESE SOBRE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

O “mínimo existencial” é considerado um critério material para assegurar a eficácia e efetividade dos direitos sociais.

Os direitos sociais implicam direitos a prestações materiais, assim considerados direitos positivos, bem como direitos de defesa, consistentes na não intervenção do Estado na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição.

Não se deve confundir direitos fundamentais com direitos sociais. Os primeiros são garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas. Os direitos sociais, por sua vez, estão sujeitos à reserva do possível (reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias) e, em alguns casos, não justificam a judicialização.

Todos os direitos sociais, como sustentado por Ingo W. Sarlet,¹³ são fundamentais (entendendo-se aqui por fundamentais todos os direitos reconhecidos e assegurados em uma Constituição), quer estejam positivados de modo explícito ou não, quer estejam previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos ou, ainda, espalhados pelo texto da Constituição, bem como situados em tratados internacionais assinados e incorporados por nosso país.

Desse modo, deve-se reconhecer que todos os direitos sociais estão protegidos contra supressões, quando da atividade exercida pelo poder constituinte reformador, de acordo com o que consta no art. 60, § 4º, IV da CF/88. Além do mais, deve-se reconhecer também a máxima eficácia e efetividade de todas as normas de direitos sociais previstas no texto constitucional, por força do disposto no art. 5º, § 1º da CF/88.

Sabe-se que a Alemanha foi o primeiro país a estabelecer uma noção do que seria um direito fundamental às condições materiais que assegurem uma vida com dignidade, o que se deu nos trabalhos preparatórios quando do processo constituinte, após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, por intermédio da doutrina, bem como no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial, como nos ensina Sarlet.¹⁴

Foi na doutrina do Pós-Guerra que se passou a reconhecer um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos, ganhando destaque Otto Bachof, ao considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Lei fundamental da Alemanha, não requer apenas a garantia da liberdade, exigindo também um mínimo de segurança social. Eis que, sem os recursos para uma existência digna, a referida dignidade restaria comprometida.¹⁵

Ao discorrer sobre a efetivação dos direitos sociais, Ricardo Lobo Torres¹⁶ destaca que no Brasil há duas fases distintas no plano da legislação, da doutrina e da jurisprudência: a primeira fase identifica-se com o advento da Constituição Federal de 1988; a segunda surge a partir das alterações constitucionais efetuadas no Governo Fernando Henrique, que tiveram sequência no Governo Lula.

A partir da Constituição Federal de 1988, vários direitos sociais foram enumerados nos arts. 6º e 7º e dispostos na seção denominada “Direitos Fundamentais”. Em razão da topografia constitucional, passou a preponderar a tese da assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, quer na doutrina quer na jurisprudência.

Registra-se que, inicialmente, nos anos 80, a doutrina brasileira defendia o primado dos direitos sociais e a sua plena efetividade. Tal cenário modifica-se nos anos 90, quando a tese da indivisibilidade dos direitos humanos (direitos fundamentais) passou a ser seguida, mormente no plano internacional, reconhecendo-se a possibilidade de convivência dos direitos sociais com os fundamentais.

Na jurisprudência, merece destaque a posição do STF que vedou a utilização do mandado de injunção para garantia dos direitos sociais.

Dentre as mudanças significativas ocorridas no Governo Fernando Henrique, podem ser enfatizadas as Emendas Constitucionais n.º 14/1996, n.º 29/2000, n.º 30/2000, n.º 31/2000 e n.º 42/2003. Na legislação ordinária, algumas leis aprovadas no Governo Lula também mudaram o cenário atual, tais como: Lei n.º 10.741/2003, n.º 10.835/2004, n.º 10.836/2004, dentre outras.

Na doutrina, ocorreu uma mudança radical, passando-se a adotar uma visão principiológica em que se destacam: a redução da *jusfun-*

damentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos da Justiça; a defesa da necessidade de políticas públicas pelo Legislativo e pela Administração; o equilíbrio entre os aspectos da liberdade e da Justiça; por fim, a possibilidade de o princípio da reserva do possível ser superado caso entre em contradição com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A título de exemplo, pode ser citado, na doutrina pátria, Sarlet¹⁷ que adota o seguinte entendimento:

[...] o mínimo existencial – compreendido como todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável, tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

Na jurisprudencial do STF, verifica-se, nesta segunda fase, que o problema do mínimo existencial só tem sido alvo de atenção incidentalmente. Nos demais tribunais brasileiros, ganha destaque a utilização da Ação Civil Pública na afirmação do mínimo existencial.

Paulo Caliendo¹⁸ aduz que a concretização de determinados direitos fundamentais sociais depende de uma prestação positiva do Estado, e a escassez de recursos vem a ser uma barreira para a satisfação de todos os beneficiários. Com base nisso, socorrendo-se da doutrina de George Marmelstein Lima, Paulo Caliendo cita as três teorias sobre a eficácia dos direitos a prestações. São elas:

[...] teoria da eficácia zero (‘o Judiciário não pode implementar direitos sociais’); teoria da eficácia mínima (‘o Judiciário somente pode agir negativamente’ ou, também sobre outra formulação, ‘o Judiciário somente pode agir para efetivar o mínimo existencial’) e teoria da efetividade máxima (‘o Judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de direitos fundamentais sociais’).

O indigitado autor também faz alusão ao fato de que, dentre os autores que defendem a máxima eficácia dos direitos sociais, pode-se inferir que existem diferentes concepções: a) a concepção absolutista, segundo a qual os direitos fundamentais sociais devem ser sempre

concretizados, independentemente das restrições orçamentárias, de considerações sobre o princípio da separação de poderes, entre outras questões; b) a concepção absolutista particular, que considera existirem direitos fundamentais sociais de hierarquia superior, derivados do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, tal como a saúde, que merecem prioridade, devendo ser alocados recursos de outras áreas não prioritárias para sua implementação;¹⁹ c) a concepção absolutista moderada, que defende a implementação, desde que observados os limites impostos pelos custos e as consequências da decisão.

É inquestionável que os direitos sociais a prestações possuem um “custo”, que é o fator que compromete sua eficácia e a efetividade, defendendo grande parte da doutrina que a efetiva implementação das prestações reclamadas não é possível sem a alocação de algum recurso. Além dos custos, ou disponibilidade de recursos, outro aspecto merece ser considerado, qual seja, a possibilidade jurídica de dispor dos recursos existentes. É a partir da consideração desses aspectos, que surge a “reserva do possível”.

Interessa frisar que essa constatação foi feita por Andreas Krell,²⁰ ao mencionar que J.J. Gomes Canotilho enxerga a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma reserva do possível, indicando sua relação de dependência aos recursos econômicos. Infere-se daí que a limitação dos recursos públicos acaba se tornando um limite fático à efetivação dos direitos sociais.

No entanto, como dito alhures, em alguns casos, por exemplo, na garantia do acesso ao direito à saúde, devem-se buscar mecanismos que superem essas barreiras que são impostas pelo Estado como justificativa para se recusar a implementar direitos fundamentais sociais.

Não há um consenso entre os autores de quais seriam os elementos do mínimo existencial. No entanto, em análise sistemática da Constituição Federal de 1988, Ana Paula de Barcellos²¹ aduz com propriedade que “[...] o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”.

Considerando o objetivo deste trabalho, será abordado no tópico seguinte apenas o acesso à Justiça, buscando demonstrar a importância que a Defensoria Pública assume na concretização desse direito fundamental.

DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O acesso à Justiça é um princípio constitucional consagrado nas Constituições brasileiras de 1934, 1946, 1967 e 1969. Isso revela a sua importância como garantia dos demais direitos fundamentais do cidadão. Ele está positivado em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Assim, podem ser citados: o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF/88), o princípio da assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV da CF/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV da CF/88), dentre outros.

Esses princípios caracterizam o acesso à Justiça como um preceito ou ordem maior que, na acepção de Bonavides,²² é “[...] a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”.

Ao reconhecer a dificuldade de se atribuir uma definição à expressão “acesso à Justiça”, a doutrina a identifica como uma condição fundamental de eficiência e validade de um sistema jurídico que vise a garantir direitos, devendo-se atribuir ao instituto a condição de direito fundamental básico do cidadão.

Esse é o entendimento de Mauro Cappelletti,²³ o qual leciona:

A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas 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 justos [...]. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de

mecanismos para sua reivindicação. O acesso à Justiça, pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Como direito fundamental constitucionalmente previsto, há que se ressaltar que deve possibilitar a todos os cidadãos uma prestação jurisdicional adequada e igualitária.

É a partir daí que surge a assistência judiciária gratuita, como um instrumento que possibilite a concretização do acesso, permitindo que o cidadão, hipossuficiente financeiramente, possa comparecer em juízo da mesma forma que os demais.

No entanto, embora devidamente abrigado no ordenamento jurídico nacional, o referido instituto não se concretiza de maneira integral, haja vista inúmeras barreiras existentes. Fernando Pagani Mattos²⁴ faz uma síntese de todos os entraves ao efetivo acesso à Justiça, destacando, dentre outros: a carência de recursos financeiros da população e o elevado custo do processo judicial; a morosidade da prestação jurisdicional; o desconhecimento, por parte do cidadão, sobretudo daqueles que carecem de recursos financeiros, dos seus direitos básicos, bem como dos instrumentos processuais postos à sua disposição; a conscientização em relação aos direitos difusos e coletivos; a escassez de instituições habilitadas para prestar assistência jurídica, como a Defensoria; e aspectos simbólicos, psicológicos e ideológicos vinculados à ideia de Justiça e de Poder Judiciário.

No Brasil, assim como em outros países periféricos, é alarmante o nível de desigualdade social, bem como repugnante a carência social e econômica que atinge grande parte da população. Esse seria um dos fatores que, como dito, servem de óbice à efetividade do acesso à Justiça.

Abstrai-se daí a necessidade de garantia de acesso aos direitos fundamentais sociais como forma de combater essas desigualdades. Nesse aspecto, a garantia de acesso à Justiça merece destaque. Eis que, em muitos casos, a implementação de alguns direitos fundamentais sociais depende da intervenção do Poder Judiciário. E, por mais triste que pareça, grande parte da população carente, na maioria das vezes, vê-se privada do acesso a alguns direitos fundamentais, por exemplo, o

direito fundamental à saúde, em função da falta de assistência jurídica que lhe permita a implementação de referido direito.

DO ACESSO À JUSTIÇA COMO ELEMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

De acordo com Ana Paula de Barcellos,²⁵ o princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui diversas formas de eficácia jurídica em suas várias faixas de extensão. Às faixas que compõem o seu núcleo, sobretudo às que se referem a condições essenciais de existência, seria possível identificar eficácia positiva ou simétrica. Daí a ilação de que o mínimo existencial, composto pelas condições materiais básicas para a existência, é uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, devendo a esta ser reconhecida eficácia jurídica positiva ou simétrica. Essa modalidade de eficácia é a mais adequada para o princípio. Essa conclusão é resultante do atual *status* jurídico que o princípio assume. Além de princípio fundante da ordem jurídica, também foi erigido à finalidade principal do Estado.

Continuando, observa-se que, para Barcellos,²⁶ uma Constituição democrática tem por fim realizar, pelo menos, dois objetivos: assegurar um consenso mínimo e garantir o pluralismo político. Esse consenso mínimo consiste na garantia de um mínimo de direitos aos indivíduos, os quais estão fora do alcance das deliberações políticas e da maioria. É aí onde “[...] reside a eficácia jurídica ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional”.²⁷

Questão intrigante é saber o que compõe esse conteúdo mínimo, ou melhor, que efeitos concretos o princípio objetiva produzir, de tal sorte que, caso não sejam realizados, seja possível exigir o seu cumprimento coativamente.

Assim é que Ana Paula de Barcellos²⁸ propõe que esse mínimo é composto de quatro elementos, sendo três materiais – a educação básica, a saúde básica e a assistência aos desamparados – e um instrumental – o acesso à Justiça.

Observa Ricardo Lobo²⁹ que: “Os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento,

têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis”. Com base nessa ilação é que se acentua a necessidade da existência de instituições, como a Defensoria Pública, assegurando aos menos afortunados a possibilidade de recorrer ao Judiciário para que lhes sejam implementados os direitos fundamentais sociais.

A DEFENSORIA PÚBLICA: DO NASCIMENTO À SUA IMPORTÂNCIA NA ATUALIDADE

No Brasil, desde o início da colonização portuguesa, a defesa das pessoas pobres perante os tribunais era considerada uma obra de caridade, com fortes traços religiosos, seguindo o modelo que se achava presente em toda a Europa durante a Idade Média.³⁰

Em meados do século XX, começaram a surgir as primeiras leis propriamente brasileiras. Entretanto, essas leis não eram suficientes para garantir o efetivo acesso dos pobres aos tribunais. Em 1870, Nabuco de Araújo ocupou a presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, pondo em relevo a questão dos pobres no processo legal e, pela primeira vez no Brasil, propôs medidas concretas para garantir o direito dos pobres de efetivo acesso à Justiça sugerindo que fosse criado, pelo Instituto dos Advogados no Rio de Janeiro, um Conselho para prestar assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais, dando consultas e encarregando da defesa dos seus direitos algum membro do Conselho ou do instituto, o que foi realmente implantado.³¹

Ainda durante o período imperial, paralelamente às iniciativas no âmbito da corporação de classe dos advogados, existem notícias da primeira manifestação do Poder Público no sentido de chamar para si o encargo de manter, à custa do erário, um agente investido do “múnus” específico para a defesa dos miseráveis. Essa foi uma iniciativa da Corte, que criou o cargo de “Advogado dos Pobres”, remunerado pelos cofres públicos, com atribuição oficial de defender os réus miseráveis nos processos criminais. Esse teria sido o primeiro defensor público da história do Brasil. Entretanto, o cargo foi extinto em 1884.

Baseado nos ensinamentos de Alves,³² pode-se fazer um apanhado histórico acerca do surgimento da instituição. No ano de 1897, a

Presidência da República baixou o Decreto nº 2.457, criando um serviço oficial de Assistência Judiciária para o Distrito Federal, totalmente custeado com recursos públicos. Ressalta-se que, na ocasião, a capital federal era a cidade do Rio de Janeiro.

A criação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930, trouxe novas perspectivas para o tema assistência judiciária, uma vez que o dever dos advogados de assumir o patrocínio gratuito das pessoas pobres em juízo deixa de ter caráter meramente moral e assume natureza jurídica cuja violação poderia gerar penalidades, desde a aplicação de multa até a eventual perda da licença para o exercício da profissão.

Com a Constituição promulgada em 1934, ficou estabelecido, como dever constitucional da União e dos Estados, o de prestar a assistência judiciária aos necessitados, prevendo-se a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de oferecer tal serviço, conforme o texto que constava em seu art. 113, XXXII: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, taxas, custas e selos”.

Entretanto, cabe ressaltar que, nos Estados onde não foi criado tal serviço, a assistência judiciária continuava a ser prestada como dever legal dos advogados particulares, sem qualquer contraprestação pecuniária dos cofres públicos.

A Constituição Federal de 1937 não fazia qualquer menção ao direito dos cidadãos de receberem a assistência judiciária, entretanto a Constituição de 1946 resgata o princípio estabelecido na Carta política de 1934. Porém, na prática, esse reconhecimento constitucional ainda não teve o mérito de modificar de modo significativo a situação real, permanecendo apenas como norma abstrata indicando o reconhecimento do dever do Estado no sentido de prover tal serviço público.

Um passo importante foi dado em 1950 com a aprovação da lei específica sobre a assistência judiciária às pessoas pobres, qual seja, a Lei nº 1.060, de 5 de outubro de 1950.

A crise política vivida pelo País na década de 1960 acarretou o advento de novo regime constitucional. O tema da assistência judiciária continuou sendo expressamente mencionado nas Constituições

Federais de 1967 e de 1969, embora com uma sutil mudança na redação do texto, limitando-se a estabelecer que seria concedida assistência judiciária aos necessitados “na forma da lei”, sem mencionar se o serviço seria prestado pelo poder público ou por advogados particulares.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 trouxe, pela primeira vez no País, a consagração da Defensoria Pública como órgão do Estado indispensável ao exercício da função jurisdicional, atribuindo-se-lhe não apenas o encargo de garantir o patrocínio em juízo dos interesses dos necessitados, mas também a prestação de assistência jurídica integral e gratuita. A entidade, que inicialmente era chamada de “Assistência Judiciária”, de acordo com a Carta Magna de 1988, passa a ser denominada Defensoria Pública, e seu âmbito de atuação é o mais amplo possível, abrangendo tanto as causas criminais como as não criminais de modo geral.

Apesar de a previsão Constitucional ser de 1988, em alguns Estados, a Defensoria só então foi criada, a exemplo do Estado de Santa Catarina, cuja lei que instituiu a Defensoria foi sancionada em 2 de agosto do corrente ano. Nos demais, a instituição enfrenta uma série de dificuldades que vão desde a falta de estrutura física até mesmo a carência de defensores públicos.

Tal situação foi constatada pelo III Diagnóstico das Defensorias Públicas, realizado pelo Ministério da Justiça, donde se obtém a informação de que o orçamento destinado às defensorias está muito aquém do estabelecido para outras Instituições, como o Ministério Público e o Judiciário, revelando, assim, uma despreocupação política em assegurar aos cidadãos hipossuficientes um efetivo acesso à Justiça.³³ Ademais, outro dado alarmante demonstra que a relação entre a quantidade de defensores na ativa e a população-alvo constitui um óbice ao atendimento da população. Em Estados como o Maranhão, por exemplo, no ano de 2008, a média era de um defensor para cada 104.978 habitantes.³⁴ Revela-se, dessa forma, humanamente impossível ao defensor atender a essa imensa quantidade de assistidos.

Portanto, não basta apenas potencializar os instrumentos processuais que estão à disposição da sociedade para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Na luta pela

defesa do Homem, bem como pela implementação e concretização dos seus direitos sociais fundamentais, algumas instituições são representativas do patamar de desenvolvimento alcançado. Entre essas, a Defensoria Pública exsurge como um marco da possibilidade de ser garantido ao cidadão hipossuficiente de recursos financeiros o acesso à Justiça e a busca por uma prestação jurisdicional isonômica. O princípio da igualdade entre as partes é densificado pela atuação institucional, fazendo com que uma pessoa não dependa de sua fortuna para ter seus direitos reconhecidos e que não se deixe de fazer Justiça em virtude da hipossuficiência de recursos do titular do direito.

Ressalte-se que, em 7 de junho de 2011, foi aprovada pela Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Resolução n.º 2656, intitulada: GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA: O PAPEL DOS DEFENSORES PÚBLICOS OFICIAIS. A Resolução constitui uma recomendação com peso político. Em sua introdução, recorda o tratamento internacional do direito ao acesso à Justiça, bem como do necessário papel do Estado na concretização da Assistência Judiciária, enumerando diversas Cartas de Direitos que proclamam regras sobre o tema, para terminar fazendo algumas recomendações aos Estados-Partes da OEA. Assim, o direito ao acesso à Justiça foi reconhecido como direito fundamental pela OEA e o trabalho dos defensores públicos foi considerado como essencial para concretizá-lo. Destacando-se a importância da assistência gratuita, recomendou-se aos Estados que já a possuem sua valorização e oferecimento para proteção dos defensores públicos. Por fim, a Resolução incentivou os Estados que ainda não possuem Defensoria Pública a criá-la.

Interessante é a constatação feita por Cíntia Robert,³⁵ ao discorrer sobre o acesso à Justiça e o acesso ao Direito. Para a indigitada autora:

Modernamente a doutrina se preocupa não só em ressaltar a importância do Princípio do Acesso à Justiça enquanto significante de acesso aos Tribunais, mas principalmente em sua segunda vertente, a do Acesso ao Direito.

No Acesso aos Tribunais vislumbra-se mais facilmente a figura do julgador pois será o Estado Juiz que dará a palavra final, resguardadas as devidas possibilidades recursais.

Quanto ao aspecto do Acesso ao Direito, quem será por ele responsável? A defensoria pública, órgão político do Estado, densificador da democracia e do Estado de Direito.

Nesse sentido, vale mencionar o que disse Jose Afonso da Silva:³⁶

É que o acesso à Justiça não é só uma questão jurídico-formal, mas é também e especialmente um problema econômico-social, de sorte que sua aplicação real depende da remoção de vários obstáculos de caráter material, para que os pobres possam gozar do princípio de uma Justiça igual para todos.

O acesso à Justiça faz parte do conteúdo essencial do mínimo existencial fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. Não assegurá-lo ao cidadão hipossuficiente de recursos financeiros constitui ofensa que atinge não apenas o princípio da isonomia, mas também a própria dignidade humana. Por isso, devem-se estruturar cada vez mais as defensorias públicas para que o conteúdo essencial do mínimo existencial, a que tem direito os menos afortunados, seja efetivamente alcançado, quando necessário, para tal, a intervenção judicial.

Não se pode olvidar que a Defensoria possui legitimidade para propor Ação Civil Pública e que, diuturnamente, diversas ações têm sido impetradas com vistas a garantir o direito à saúde daqueles que, em razão de sua hipossuficiência, não podem pagar por um plano de saúde privado.

CONCLUSÃO

Na introdução deste artigo, fez-se a apresentação do tema, bem como dos referenciais teóricos adotados para a pesquisa (Doutrina de Ricardo Lobo e Ingo Sarlet sobre o mínimo existencial e a reserva do possível, concepção de Ana Paula de Barcellos sobre o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana).

No primeiro capítulo, mostrou-se como o problema do mínimo existencial tem sido enfrentado na concepção de Ricardo Lobo Torres, que o vê como um direito de dupla face, que compreende os direitos

fundamentais originários bem como os direitos fundamentais sociais. Para a doutrina, o conteúdo essencial mínimo existencial está fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. A partir dessa ideia é que se defende que seja o mínimo existencial reconhecido independentemente de prévia previsão constitucional. Porém, constata-se que o mínimo existencial está sujeito a limites, dentre outros, destacando-se a reserva do possível.

No segundo capítulo, fez-se uma breve síntese sobre alguns aspectos da efetividade dos direitos sociais, demonstrando-se como o mínimo existencial pode ser considerado um critério material para assegurá-la. A par de considerações feitas à doutrina alemã, identificou-se o surgimento da defesa do direito subjetivo à garantia de recursos mínimos, com a noção do que seria um direito fundamental às condições materiais que assegurem uma vida com dignidade. Fazendo referência à doutrina pátria, constataram-se as diversas concepções existentes sobre a efetividade dos direitos sociais, bem como a posição atual da jurisprudência.

No terceiro capítulo, enfatizou-se que o acesso à Justiça deve não apenas ser considerado um direito fundamental, mas, para além disso, reconhecido como elemento instrumental do mínimo existencial, indispensável para assegurar a concretização dos demais elementos do conteúdo do mínimo.

Por fim, no terceiro capítulo, examinou-se de que modo a Defensoria Pública, no exercício do seu mister, pode, ao assegurar o acesso à Justiça, contribuir de forma incontestada para a efetividade dos direitos sociais. Disso resulta a relevância da instituição para judicializar determinadas demandas e, então, contribuir para a concretização de todos os elementos do mínimo existencial. Ressaltou-se, porém, que são diversas as dificuldades enfrentadas pela Instituição, o que revela, mais uma vez, a despreocupação política com a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

NOTAS

- 1 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 292.

- 2 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 315
- 3 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22.
- 4 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 61
- 5 A decisão referida foi prolatada nos autos da ADPF n.º 45, que não chegou a ter o seu mérito julgado, haja vista a edição da Lei n.º 10.777, de 24 de novembro 2003, que fora promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, culminando, assim, com a perda do objeto da ação.
- 6 SARLET, op. cit., p. 25.
- 7 TORRES, op. cit., p. 324.
- 8 TORRES, op. cit., p. 325.
- 9 SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.), **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 152.
- 10 É aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originariamente no orçamento do poder público demandado (SCAFF, 2010, p. 133).
- 11 KRELL, 2002, p. 52.
- 12 Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Socio-Jurídicas, Temas de Direito Econômico e Tributário**, EdiURI, ano V, n. 8, p. 150, jun. 2006.
- 13 SARLET, op. cit., p. 18.
- 14 SARLET, op. cit., p. 20.
- 15 BARCELLOS, op. cit., p. 20.
- 16 O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.), **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63.
- 17 SARLET, op. cit., p. 25.
- 18 CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 178.
- 19 Essa seria a posição adotada por Andreas Krell.
- 20 KRELL, op. cit., p. 51.
- 21 BARCELLOS, op. cit., p. 302.
- 22 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 254.
- 23 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 11-12.
- 24 MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 89.
- 25 BARCELLOS, op. cit., p. 291-292.
- 26 BARCELLOS, op. cit., p. 293-294.
- 27 BARCELLOS, op. cit., p. 296.
- 28 BARCELLOS, op. cit., p. 302.
- 29 TORRES, op. cit., p. 333.
- 30 ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 25.
- 31 ALVES, op. cit., p. 26.
- 32 ALVES, op. cit., p. 33.

- 33 III Diagnóstico Defensoria Pública do Brasil. Ministério da Justiça, Brasil. 2009. p. 85-86.
34 III Diagnóstico Defensoria Pública do Brasil. Ministério da Justiça, Brasil. 2009. p. 106-107.
35 ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida (2000). **Direitos humanos, acesso à Justiça: um olhar da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 181.
36 SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 25.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. **III diagnostico da Defensoria Pública do Brasil**. Brasília, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 254.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Socio-Jurídicas, Temas de Direito Econômico e Tributário**, EdiURI, ano V, n. 8, jun. 2006.

SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

Artigo recebido em: 12-9-2012

Aprovado em: 21-10-2013