

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

ACESSO À JUSTIÇA.

INSTRUMENTOS DO PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA
TUTELA JURISDICIONAL

São Paulo

2007

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

ACESSO À JUSTIÇA.
INSTRUMENTOS DO PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA
TUTELA JURISDICIONAL

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana
Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientadora: Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano

São Paulo
2007

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

ACESSO À JUSTIÇA.

INSTRUMENTOS DO PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA
TUTELA JURISDICIONAL

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana
Mackenzie como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Dircêo Torrecillas Ramos
Universidade de São Paulo

AGRADECIMENTOS

À força suprema sempre benevolente com meu destino.

Aos Professores Monica Herman Salem Caggiano e Cláudio Lembo pelo incentivo e conhecimento proporcionado.

À minha família Álvaro, Guilherme e Carolina pelo apoio na conquista deste objetivo, pelo carinho e paciência nas horas de ausência.

Aos meus pais Silvio e Lílian, sem os quais jamais teria esta oportunidade.

Aos meus sócios Evandro, Fernando e Leonardo que cruzaram minha vida e ajudaram a mudar meu destino, cada qual à sua maneira.

Aos meus amigos de profissão nas pessoas de Selma e Marcos, fiéis companheiros nesta caminhada.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie e seus funcionários.

“Veni, vidi, vici.”
Júlio César.

RESUMO

No Brasil, um grande contingente de brasileiros, na verdade toda a população entre uma extremamente minoritária elite sócio-econômica, a qual pode custear com recursos próprios eficientes serviços advocatícios, e uma majoritária e colossal massa popular, que pode recorrer à assistência judiciária pública, está excluído do acesso à justiça, pois se, por um lado, não dispõe do recurso ao amparo judiciário da Defensoria Pública (por ter renda mensal que atinge em torno de três salários mínimos), por outro, mediante a renda com que conta fica impossibilitado de arcar particularmente com o amparo do Judiciário de que venha a necessitar. Entretanto, o acesso à justiça constitui direito assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Enfatizamos aqui primeiramente o acesso ao advogado como condição *sine qua non* para o efetivo acesso à justiça e, para viabilizar o satisfatório atendimento desse enorme número de brasileiros que se acha à margem do amparo da justiça (e, conseqüentemente, o cumprimento da garantia constitucional), propomos o recurso ao chamado terceiro setor sob a supervisão ou regulamentação da própria Defensoria Pública.

Entendemos, nesse espírito, que a devida inclusão da totalidade dos brasileiros na esfera do amparo judiciário possibilitada pela associação do Estado com o terceiro setor, atendendo de fato a um direito constitucional, converterá indivíduos em cidadãos e concretizará a real democratização da Justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Terceiro setor e seu papel. Instrumentos de cooperação para o acesso à justiça. Democratização do acesso à justiça. O convênio como mecanismo assecuratório do acesso à justiça. Garantias para a tutela jurisdicional.

ABSTRACT

In Brazil, a quite expressive number of people - as a matter of fact all the population between the socioeconomic elite, which is able to pay the charges of competent lawyers with its own resources, and a huge popular bulk which relies on the public judicial assistance – does not have access to judicial support. It happens because of their monthly income (around three minimum salaries); due to their income they do not have the right for public assistance and on the other side no money enough for a private service. However, the admittance to justice is a guaranteed right in the Constitution of 1988.

First, we emphasize the access to a lawyer as sine qua non condition to make possible that all Brazilians would have a satisfactory customer support (and consequently, to fulfill the constitutional guarantee), we propose the resource so-called third sector under the supervision or regulation of the Public Defender itself.

We then understand that the inclusion of all Brazilian people in the range of the judicial support, which is made possible by the association between the State and the third sector, fulfilling the constitutional right, will turn individuals into citizens and will establish a real democratization of justice.

Key words: Access to justice. Third sector and its role in Society. Instruments of cooperation to make possible the access to justice. Access to justice and its democratic access. The agreement between the Third Sector and the Government as a mechanism to assure the access to justice. Guarantees for the jurisdictional protection.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DEMOCRACIA E DIREITO DE AÇÃO	21
2.1	DA DEMOCRACIA.....	21
2.1.1	Conceitos. Elementos	24
2.1.2	Princípios. Tipos	30
2.1.3	A Democracia política e outras democracias	33
2.1.4	Liberdade e igualdade, pressupostos da democracia	40
3	O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	44
3.1	A DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
3.2	DIREITO DE AÇÃO – DIREITO FUNDAMENTAL.....	50
3.3	DIREITO DE AÇÃO – UM DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO.....	53
3.4	DIREITO DE AÇÃO - EVOLUÇÃO DA DOCTRINA NO BRASIL	58
4	DO ACESSO À JUSTIÇA	61
4.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	61
4.2	DO ACESSO À JUSTIÇA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	63
4.2.1	A fórmula constitucional	67
4.2.2	O Poder Judiciário e a função do advogado	71
4.2.3	Da advocacia e da Defensoria Pública	76
4.2.4	A Assistência Judiciária no Estado de São Paulo	78
5	FATORES DE OBSTRUÇÃO DO JUDICIÁRIO	83
5.1	CUSTAS JUDICIAIS	83
5.2	POSSIBILIDADE DAS PARTES.....	84
5.3	COMPLEXIDADE DA DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS.....	86
6	TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL	88
6.1	TRATAMENTO LEGAL E AS SOLUÇÕES DETECTADAS NO DIREITO COMPARADO	90
6.1.1	Assistência judiciária gratuita	91
6.1.2	Sistema <i>judicare</i>	94

6.1.3	Sistema de advocacia assalariada pelo Estado - “Escritórios de Vizinhança”	96
6.1.4	Sistema híbrido	98
6.1.5	Representação dos interesses difusos	99
6.1.6	Prestação dos serviços jurídicos de forma alternativa	101
6.2	TRATAMENTO LEGAL E AS SOLUÇÕES ADOTADAS NO PANORAMA DO DIREITO BRASILEIRO	106
6.2.1	Juizados Especiais	107
6.2.2	Reforma processual	109
6.2.3	Conciliação e arbitragem extrajudicial	111
6.2.4	Assistência judiciária gratuita. Defensoria Pública	117
7	DOS CONVÊNIOS COM O TERCEIRO SETOR MECANISMO APTO A INCREMENTAR A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À CIDADANIA	120
7.1	TERCEIRO SETOR	120
7.1.1	Origem e conceito	121
7.1.2	Características principais	131
7.2	TRATAMENTO LEGAL LEGISLAÇÃO ESPECIAL	139
7.2.1	Associações	146
7.2.2	Fundações	148
8	FORMAS DE INTERAÇÃO ENTRE O TERCEIRO SETOR E O PODER PÚBLICO	153
8.1	CONVÊNIOS	154
8.2	PARCERIAS	158
8.3	CONTRATOS	161
9	MODELO ALTERNATIVO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA EM CONVÊNIO COM O TERCEIRO SETOR	166
10	CONCLUSÃO	171
	BIBLIOGRAFIA	176

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 coroa o início de uma nova fase para a Nação, a transição do Brasil para o Estado Social de Direito, momento propício para as práticas democráticas.

A democracia estabelece uma conexão com o desenvolvimento humano, e conseqüentemente, com os direitos humanos, constituindo o acesso à justiça um dos direitos essenciais que deverá ser garantido a todos de forma igualitária e efetiva.

Os instrumentos garantidores da verdadeira cidadania, entre eles o acesso à justiça, são e sempre serão, objeto de preocupação dos nossos pensadores, especialmente aqueles que se dedicam ao estudo da operação do Direito no seio da sociedade.¹

O tema deste trabalho pretende demonstrar que o acesso à justiça certamente está inserido no bloco que o Professor Cláudio Lembo denomina Direito à Inclusão Social, posto que o ferramental jurídico que viabiliza o correto pleito dos direitos da pessoa nada mais é do que o pleno reconhecimento da inserção social do cidadão em uma sociedade que pretende ser justa, igualitária e verdadeiramente democrática.

O acesso à justiça constitui a porta de entrada para a participação nos bens e serviços de uma sociedade. Somente com os direitos e garantias individuais e coletivos resguardados juridicamente é que haverá a possibilidade de inclusão

¹ “Se quer viver com mínima segurança social, uma sociedade não pode admitir em seu interior multidões de excluídos, condenados à inação, pela mera ocorrência de condições adversas em suas origens e existências. A partir desta constatação, captada todos os dias em qualquer grande cidade do continente, os juristas devem elaborar um novo elenco de direitos, que poderão se abrigar sob o amplo título comum de Direito à Inclusão Social”. LEMBO, Cláudio. O futuro da liberdade. São Paulo : Edições Loyola, 1999, p. 11.

social efetiva. Qualquer tentativa sem o respaldo da justiça naufragará, visto que não perdurará no tempo ou não será respeitada.²

O acesso à justiça³ se revela, certamente, como um dos pilares da democracia e elemento essencial à proteção dos direitos humanos.

A problemática inicia-se com a falta de conhecimento, da parte dos indivíduos, de seus direitos e continua com as dificuldades que encontram no exercício do inalienável direito de ação, meio pelo qual o cidadão⁴ poderá proteger seus direitos. É cediço que não há prática de cidadania sem o conhecimento prévio dos direitos fundamentais do homem, exercendo o advogado papel fundamental na condução do indivíduo ao acesso à justiça e conhecimento de seus direitos.⁵

O profissional da advocacia constitui o instrumento que materializa o direito de ação, de modo que o acesso à justiça será uma realidade a partir da garantia do acesso ao advogado.

O efetivo exercício do direito conduzirá o indivíduo à cidadania, condição que somente será alcançada com o pleno acesso à justiça⁶, representando o

² “A exclusão refere-se à marginalização de determinados indivíduos ou segmentos sociais em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento. Transformar estes indivíduos em participantes da sociedade implica seu reconhecimento como sujeitos de direitos e com possibilidades efetivas de reclamá-los, caso sejam desrespeitados.” LIVIANU, Roberto (Coord.). Justiça, cidadania e democracia. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado; Ministério Público Democrático, 2006, p.147.

³ Cappelletti descreve que “acesso à justiça” é o direito ao acesso à proteção judicial, que significa essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. O sistema jurídico possui duas finalidades básicas, meio pelo qual o indivíduo exige seus direitos e, através do Estado, busca resolvê-los. 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. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁴ Entendemos no âmbito do tema deste trabalho o *cidadão* não só como o indivíduo-membro da sociedade que *vota e pode ser votado*, mas aquele informado, ciente, atuante no meio social em que desempenha seu papel.

⁵ Segundo Guillermo O'Donnell o desenvolvimento humano converge no sentido da declaração dos direitos humanos, restando portanto natural que as conquistas humanas sejam garantidas e exigíveis. O'DONNELL, Guillermo; IAZZETA, Osvaldo; CULLEL, Jorge Vargas (Comp.) Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia en America Latina. 1ª ed. Rosario: Homo Sapiens, 2003, p.31

⁶ “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.(...) Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso

advogado o elo entre o cidadão e a justiça. A democratização do acesso ao profissional da advocacia levará à democratização do acesso à justiça e ao pleno exercício da cidadania.

Tendo em vista que o sistema de acesso ao advogado proporcionado pela Defensoria Pública do Estado é insuficiente frente à demanda que se impõe, será apontada neste estudo, uma forma alternativa de acesso a esse profissional, estabelecendo o elo entre o indivíduo e o exercício dos direitos.

O Brasil, na atualidade, vive uma democracia, e como tal, exige que os direitos sejam tutelados. O princípio da proteção judiciária, direito fundamental do acesso à justiça, encontra-se resguardado no artigo 5º XXXV da Constituição Federal.

O sistema jurídico provê basicamente o meio pelo qual o indivíduo exige seus direitos e busca resolvê-los através do Estado.

No presente estudo, ter-se-á por foco o direito constitucional ao acesso à justiça, um dos pilares da democracia e elemento essencial à proteção dos direitos humanos.⁷

“Por outro lado, ainda que em menor grau que no passado, é baixa a conscientização da população tanto sobre seus direitos como sobre os canais institucionais disponíveis para solução de seus litígios.”⁸

Será apontado como elemento “de condução” à justiça o advogado e indicada a forma alternativa de acesso a esse profissional, que se entende ser a conexão entre o indivíduo e o exercício dos direitos.

efetivo. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

⁷ “Assim, num Estado Democrático de Direito o acesso à Justiça é elevado à condição de direito fundamental do cidadão, devendo a prestação jurisdicional ser imparcial, célere e eficiente.” CAGGIANO, Monica Herman Salem (org). Reflexões em Direito Político e Econômico. Paulo do Amaral Souza. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 271.

⁸ SADEK, Maria Tereza (Org). Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 7.

A democracia representa terreno fértil para garantir o acesso à tutela jurisdicional. Estabelece uma importante ligação com o desenvolvimento humano, e conseqüentemente, com os direitos humanos, constituindo o acesso à justiça⁹ um dos direitos essenciais que deverá ser garantido a todos de forma igualitária e efetiva¹⁰. Por outro lado, para que os direitos não se tornem meramente formais, a democracia requer um sistema jurídico que resguarde e exija o cumprimento deles.

O direito de ação é um direito constitucionalmente garantido. Sua natureza, segundo concepção da maioria da doutrina, é a de um direito público subjetivo¹¹, cujo sujeito passivo é o Estado ou os entes públicos.¹²

Será por intermédio do direito de ação que o indivíduo ativará o poder judiciário na defesa dos interesses individuais ou coletivos.

Ante a natureza subjetiva da ação, notamos que a prestação jurisdicional deverá ser provocada pelo indivíduo, uma vez que o Estado é inerte. Somente após a provocação é que este cumpre sua obrigação de prestar a jurisdição.

O indivíduo tem o direito subjetivo de provocar o Estado, e, segundo Jellinek, é o poder da vontade dirigido para um bem ou interesse e tutelado pelo ordenamento jurídico. (Jellinek, 1912, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, p. 49).¹³

⁹ Acesso à justiça no sentido de acesso ao judiciário, poder do Estado incumbido de proteger os direitos e garantias individuais ou não.

¹⁰ “Lo que sigue es, entonces, teoría democrática com intención comparativa. Como tal, incluye una discusión teórica de algunos aspectos de la democracia y sus conexiones com el desarrollo humano y los derechos humanos.” O’DONNEL, Guilherme; IAZZETA, Osvaldo; CULLEL, Jorge Vargas (Comp.) *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la callidad de la democracia en America Latina*. 1ª ed. Rosario: Homo Sapiens, 2003, p. 28.

¹¹ A ilustre Professora Ada Pellegrini bem elucida o tema no Capítulo I do Título I de sua obra “As garantias constitucionais do direito de ação”, onde demonstra que por força das vigorosas construções germânicas, na metade do século passado, a orientação publicista do processo veio caracterizar o direito de ação como autônomo, independente do direito material a que visa instrumentalmente proteger, dando ensejo à evolução histórica do conceito de ação como direito público subjetivo. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais de ação*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

¹² “A única diferença entre os direitos públicos subjetivos e os privados consiste no sujeito passivo, que naqueles é representado pelo Estado ou pelos entes públicos”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais de ação*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 51.

¹³ *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais de ação*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 47 nota 8.

O direito de ação tem natureza pública e subjetiva: subjetiva porque cabe ao indivíduo a decisão de provocar a prestação jurisdicional e pública porque é o Estado quem tem a obrigação de prestar a jurisdição.

Os ensinamentos supracitados apontam que o direito de ação é concepção subjetiva, constituindo um direito à prestação jurisdicional devida pelo Estado. Ademais, a possibilidade de acionar o aparelho judiciário constitui um direito cívico.

O princípio da isonomia, ou seja, da igualdade perante a lei, está relacionado ao direito de ação, cujo princípio está associado à democracia. Somente os Estados que visam à prática da democracia apresentam campo fértil para o efetivo exercício do direito de ação.

Conseqüência lógica do princípio da igualdade jurídica é a garantia da assistência judiciária integral¹⁴, pois é o advogado quem proporcionará efetividade ao exercício do direito de ação; é ele que constituirá o vínculo entre o indivíduo e o judiciário, e normalmente entre a pessoa humana e a informação dos direitos e deveres.

É de se reiterar que, o advogado constitui o veículo que materializa o direito de ação, de modo que o acesso à justiça será uma realidade a partir da garantia da assistência judiciária integral.

O advogado, elemento essencial à administração da justiça, representa a mola propulsora do judiciário; proporciona acesso à justiça e transforma o direito meramente formal em direito efetivo. Pode-se dizer, então, que não existe nem acesso à justiça e nem justiça sem advogado.

Neste ponto chama-se à atenção para o fato de que a classe social mais elevada não enfrenta barreiras quanto ao acesso à justiça, sejam elas em

¹⁴ Necessidade do Estado ir além da isenção dos custos com o judiciário, o equilíbrio financeiro entre as partes é relevante, mas incapaz de igualar a capacidade de litigar das partes.

decorrência de aspectos financeiros ou quanto à disponibilidade de acesso a advogados.

Desta feita restam sem acesso à justiça as classes menos favorecidas, tanto sob o aspecto financeiro, quanto intelectual.

No caso brasileiro, apenas os indivíduos próximos da penúria financeira podem contar com o atendimento da Defensoria Pública; os demais acabam desamparados pelo ordenamento de assistência jurídica.

A prestação de assistência judiciária não apresenta excelência, em razão de sua limitação estrutural, e atende apenas às demandas individuais mínimas. Contudo, resta mesmo assim, uma faceta de acesso à justiça.

No caso dos indivíduos assalariados, que constituem a classe média baixa¹⁵, sequer esse atendimento mínimo ocorre, ficando essa faixa econômica praticamente alijada do direito de ação. Tal fato se dá em razão dessa parcela da sociedade se encontrar excluída da faixa de atendimento da assistência pública¹⁶. Mas mesmo excluída, não possui condições de arcar com a demanda, o que dificulta, sobremaneira, o acesso à justiça.

Por conta do exposto, para que o indivíduo tenha um acesso mínimo à justiça, este deverá estar situado num dos extremos sócio-econômicos da sociedade, o que exclui do atendimento do sistema judiciário grande parcela da população brasileira.

Na ânsia de atender a essa demanda verifica-se constituir caminho seguro o modelo alternativo proposto neste estudo, batizado inicialmente de “convênio de assistência jurídica”, ou simplesmente, “convênio jurídico” com o terceiro setor.

¹⁵ Tomemos por referência três salários mínimos, hoje (junho/07) no importe de R\$ 1.110,00 (um mil e cento e dez reais).

¹⁶ Parâmetro definido no “Manual do Advogado Inscrito no Convênio PGE/OAB-SP” para triagem do beneficiário da assistência judiciária, que via de regra deverá atender aqueles que recebam abaixo da faixa salarial de 3 (três) a 4 (quatro) salários mínimos.

O modelo de “convênio jurídico” com o terceiro setor não só atenderia a grande massa da população desamparada pela assistência judiciária gratuita, como também poderia, tanto sob o aspecto qualitativo quanto quantitativo, incrementar o atendimento daqueles que fazem jus à prestação advocatícia gratuita.

A prestação de serviços de assistência judiciária migraria da Defensoria Pública para as entidades do terceiro setor, por intermédio do estabelecimento de convênios entre as partes, restando à Defensoria o papel de ente regulador e fiscalizador da efetiva prestação dos serviços, e às entidades, o papel de executoras da prestação de assistência e provedores econômicos, retirando, assim, do Estado, o ônus financeiro e administrativo da assistência judiciária.

O “convênio jurídico” aponta o caminho da solução para democratizar o acesso à justiça, tendo em vista que poderá proporcionar às classes sociais excluídas a oportunidade de acessar a justiça. Fica patente que a implantação desse sistema favorece a socialização dos direitos.

Quanto ao custeio de tal convênio, a solução financeira poderá ser estabelecida por intermédio de 3 (três) sistemas distintos, conforme detalharemos ao longo do estudo. De momento, o indicaremos de forma sucinta.

Quanto às formas de custeio do convênio, constituem opções: 1) custeio integral pelo Estado¹⁷; 2) custeio diluído entre os membros componentes de um determinado grupo social que participa da entidade; 3) custeio suprido por doações ou patrocínio advindo de terceiros, tal como a iniciativa privada.

Importante salientar que o modelo proposto retira do Estado a função de gerenciar e prestar o atendimento judiciário gratuito fornecido aos grupos sociais excluídos, passando esta responsabilidade às entidades do terceiro setor.

Aponta-se as entidades do terceiro setor como os entes que melhor desempenhariam o papel de “fornecedores” da prestação jurídica porque constituem

¹⁷ Como exemplo, citamos o convênio estabelecido entre a Procuradoria Geral do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo.

entidades sem fins lucrativos, com condições plenas para administrar a prestação dos serviços, de forma a não permitir que esta seja mercantilizada ou desqualificada.

Assim, não se perderia de vista a excelência da prestação dos serviços jurídicos, bem como se elevaria a qualidade do trabalho, o grau de atendimento e se caminharia para a socialização dos direitos, fato que não ocorre no modelo atual adotado na assistência judiciária gratuita fornecida pelo Estado.

O modelo proposto preenche ainda outra lacuna do sistema atual, que diz respeito à defesa dos direitos difusos e coletivos, que passariam a ser, inclusive, realizados com especialização por grupo social representado pela entidade.

O modelo de “convênio jurídico”, que se entende constituir a melhor solução, é o sistema pelo qual o custo é diluído entre os vários indivíduos de um mesmo grupo social, representado pela entidade do terceiro setor, onde cada um contribui com um pouco a fim de que o conjunto tenha força política e financeira para cuidar dos casos individuais e coletivos deste grupo social de forma mais eficaz.

A importância do sistema de “convênio jurídico” é verificada, ao se debruçar nas soluções para dar acesso à justiça em países como a Suécia, a Inglaterra, os Estados Unidos e outros mais. Esse modelo constitui uma das soluções mais satisfatórias para a melhoria do acesso à justiça, ainda que, no passado, tenha sofrido severas críticas por parte de suas associações de classe de advogados. Contudo, com o passar do tempo, essas associações perceberam a importância do trabalho realizado por esses convênios, e mais, o quanto tornaram a justiça acessível.¹⁸

Em nosso ordenamento jurídico e principalmente por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, esse sistema de convênio ainda não se encontra

¹⁸ Informações coletadas no “Projeto de Florença”. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

regulamentado, embora haja possibilidade jurídica de realizá-lo (Lei Complementar nº 988/2006, artigos 7º § 2º e 19º XIII). Ressalta-se que tal fato deverá mudar em curto lapso temporal, tendo em vista a onda mundial no sentido dos convênios, que já comprovaram constituir a melhor solução para aqueles que realmente têm dificuldade para acessar a justiça.

Os argumentos trazidos especialmente pela Ordem dos Advogados do Brasil, para obstar o atendimento por via do “convênio jurídico”, são inconsistentes e não constituem verdadeiros entraves à adoção do sistema, pois conforme demonstraremos, essas críticas em geral são improcedentes. Essa afirmação é feita em razão desse modelo existir desde a década de 70 em países considerados modelos de atendimento e acesso à justiça. A presente argumentação será embasada em soluções já testadas e aprovadas em outros países, como a Suécia.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, administra atualmente um “convênio jurídico” custeado de forma integral pelo Estado, cuja prestação de serviços é exclusivamente direcionada aos menos favorecidos¹⁹, conforme um dos modelos citados anteriormente. A presente proposta é feita no sentido de alargar a assistência judiciária, atendendo a uma parcela maior da população, bem como, resguardando os interesses coletivos de forma eficaz. A prestação dos serviços jurídicos seria, então, realizada pelas entidades do terceiro setor por intermédio da assinatura de convênio com a Defensoria Pública, que teria por função regulamentar e fiscalizar a entidade bem como o serviço por ela prestado.

A crítica que se faz ao modelo de convênio firmado, de forma exclusiva, com a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, e Procuradoria do Geral do Estado de São Paulo, é realizada em razão do gerenciamento atual ser falho sob diversos aspectos, sendo que entre eles enumera-se: 1) a vigilância da qualidade dos serviços prestados; 2) a remuneração paga aos advogados que é muito inferior e incompatível com o volume de trabalho; 3) o atendimento é dado apenas em

¹⁹ Parâmetro definido no “Manual do Advogado Inscrito no Convênio PGE/OAB-SP” para triagem do beneficiário da assistência judiciária, que via de regra deverá atender aqueles que recebam abaixo da faixa salarial de 3 (três) a 4 (quatro) salários mínimos.

casos de interesse individual, restando as demandas coletivas sem guarida; 4) a resistência em questionar os interesses governamentais a favor da coletividade tendo em vista que o Estado é quem financia o sistema.

É de se ressaltar neste ponto as vantagens do gerenciamento realizado pelo terceiro setor na prestação dos serviços jurídicos: 1) independência política e financeira da entidade em relação ao Estado; 2) efetivação de uma vigilância mais próxima da qualidade dos serviços; 3) melhoria das condições de trabalho e de salário do advogado; 4) maior especialização por assunto; 5) aquisição de *expertise* de ajuizamento de escala e defesa dos interesses difusos e coletivos; 6) força política para que a pessoa exija seus direitos do Estado; 7) desenvolvimento de capacidade política para influenciar a lei em seu nascedouro, com vistas ao real atendimento das necessidades do grupo social representado.

A entidade do terceiro setor adquire as vantagens de litigante organizacional²⁰, tornando-se com isso altamente capacitada e especializada (artigo 5º XXI CF).

Visto que a entidade do terceiro setor não possui foco no lucro financeiro, não permitirá que a prestação do serviço jurídico se torne um meio de negócio empresarial puro, evitando com isso a mercantilização da advocacia, aviltamento dos honorários ou a decadência da qualidade do atendimento prestado, fatos estes todos temidos e criticados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Outro fator relevante que não pode ser esquecido nesta discussão é a posição importante que as entidades do terceiro setor desfrutam na interface entre os interesses da sociedade e do Estado, constituindo esses convênios mais um serviço a ser intermediado pelo terceiro setor.

Vivemos uma democracia, fundada numa Constituição progressista, comprometida com os valores da dignidade humana e justiça social, igualdade e solidariedade, liberdade e segurança, desenvolvimento e bem-estar. Contudo, a

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

concretização dessas bases constitucionais somente será possível mediante o efetivo exercício do direito e da cidadania.

O caminho a ser percorrido para que se concretize o efetivo exercício do direito e da cidadania é o pleno acesso à justiça, constituindo o advogado o elo entre o cidadão e a justiça. A democratização do acesso ao profissional da advocacia levará a democratização do acesso à justiça, ou à democracia jurisdicional.

2 DEMOCRACIA E DIREITO DE AÇÃO

2.1 DA DEMOCRACIA

A democracia é dinâmica, está sempre em transformação. A democracia dos antigos era direta e a moderna representativa.²¹ O exemplo mais expressivo da democracia direta é dos gregos antigos (Atenas), os criadores da própria democracia. Na Assembléia Popular, os cidadãos atenienses (homens detentores de um certo padrão mínimo de riqueza, excluindo mulheres, escravos, metecos [estrangeiros residentes] e estrangeiros visitantes) discutiam e deliberavam sobre todos os problemas do Estado e assuntos comuns em geral da sociedade ateniense.

A democracia representativa é um fenômeno moderno, historicamente vinculado à Guerra de Independência norte-americana e, mormente, à Revolução Francesa e à Assembléia Constituinte instaurada no desfecho dessa revolução (1789-1791), isso embora a concepção moderna de Estado remonte ao século XVI com Maquiavel. Os mais importantes teóricos da democracia moderna foram os iluministas franceses (Montesquieu, Rousseau, Voltaire). Entretanto, a prática oficial democrática moderna tem como pioneiros (com a diferença de uns poucos anos adiante dos franceses) os norte-americanos, com seu primeiro Presidente tomando posse em 1789 (George Washington). A Declaração de Independência é de 4 de julho de 1776 e a Constituição original dos Estados Unidos (composta de um preâmbulo e sete artigos) foi ratificada em 17 de setembro de 1787. Outros grandes homens atuantes na Guerra de Independência norte-americana e/ou na instalação e consolidação institucional da democracia moderna representativa foram Thomas Jefferson, Benjamin Franklin (também cientista, inventor e autor dos princípios que permitiram o uso da eletricidade) e o inglês Thomas Paine.

²¹ “A democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta* e *ativa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 289.

Existe diferença entre a democracia ideal, como concebida e a democracia real, na qual efetivamente vivemos, constituindo elemento essencial a visibilidade ou transparência do poder.

Norberto Bobbio considera como definição mínima de democracia a oposição a todas as formas de governos autocráticos, caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e mediante quais procedimentos, com previsão e facilitação da participação, a mais ampla possível, dos interessados.²²

O processo de democratização prevê o alargamento do direito ao voto, as decisões sendo tomadas pela maioria daqueles aos quais compete a decisão a ser tomada.

O Estado liberal é pressuposto do Estado democrático. Não há democracia sem regras. O poder cria direitos e o ordenamento jurídico limita o poder. O equilíbrio desta balança garantirá a democracia.

O pensador Norberto Bobbio entende que os protagonistas da vida política numa sociedade democrática são os grupos e não os indivíduos. O povo é dividido de fato em grupos contrapostos e correntes, com relativa autonomia diante do governo central.²³

O princípio inspirador da democracia é a liberdade, liberdade enquanto capacidade de participar da produção de leis de aplicação coletiva que contudo, incluam e não sacrifiquem os anseios da individualidade. A democracia moderna nasceu como método de legitimação e de controle das decisões políticas e do Governo.

²² BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 8ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 30.

²³ *Ibid.*

A função do ordenamento jurídico é promover o controle dos governantes e a proteção dos governados contra aqueles, sendo a justiça que, em última instância, resguardará a democracia.

O Estado de Direito garante o Estado democrático. É fato que sem a existência das leis e da justiça, atuando como Poder Judiciário, não há como resguardar a democracia.

Nesse cenário, a educação do indivíduo constitui importante componente para o fortalecimento da democracia. O indivíduo sem educação, e portanto, sem formação cidadã, não possui condições de identificar dentro da coletividade as pessoas que melhor representariam os desejos dessa coletividade.

Norberto Bobbio aponta como obstáculos à democracia: 1) a tecnocracia. As sociedades atuais são mais complexas, conseqüentemente seus problemas são mais complexos, exigindo assim técnicos para a solução das questões; contudo a democracia se baseia, dentre outras coisas, na possibilidade da participação de qualquer indivíduo como representante do grupo, e a tecnocracia impede a participação indistinta; 2) O segundo obstáculo à democracia é o crescimento do aparato burocrático. Com o crescimento da sociedade e de seus problemas, o Estado ampliou-se para fazer frente às novas necessidades sociais. Menciona-se ainda a passagem do Estado liberal para o Estado social; no primeiro somente eram garantidos os direitos individuais; já no segundo existe o alargamento das garantias, devendo o Estado nessas condições prestar inúmeros outros serviços visando a atender as novas exigências sociais. O inchaço do Estado levou-o à burocratização; 3) O baixo rendimento do sistema democrático constitui entrave à democracia; é a chamada “ingovernabilidade”. A democracia tem uma sociedade civil livre, pensante e que exige atitudes imediatas do governante. Contudo a resposta às questões chega de forma lenta e burocrática.²⁴

²⁴ BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Francis Fukuyama divide o movimento de criação e implementação da democracia em quatro etapas: a) a ideológica, que é instantânea e produz revoluções; b) a institucional, de médio prazo, que requer imaginação e consenso; c) a de mobilização da sociedade civil, mais complexa; d) a cultural, a da cultura democrática, a mais difícil, de mais longo prazo, mas a única capaz de assegurar estabilidade.²⁵

Não obstante as dificuldades internas enfrentadas pela democracia pode-se afirmar ser a melhor forma de organização social. As regras formais da democracia introduziram técnicas de convivência, destinadas a resolver os conflitos sociais sem o emprego da violência; A democracia assegura a renovação gradual da sociedade através do livre debate das idéias, da mudança das mentalidades e do modo de viver; a democracia é campo fértil para a fraternidade entre os indivíduos e desloca o confronto armado para o Judiciário, reprimindo assim a violência física.

Para que a democracia não pereça, a segurança jurídica tem que ser resguardada, constituindo o advogado elemento indispensável à vigilância e cobrança da segurança jurídica. A confiança na prestação jurisdicional leva à manutenção da democracia, enquanto o descrédito na justiça ante os olhos do povo conduzirá a sociedade à “justiça realizada pelas próprias mãos”, instituindo uma revolução, o caos social ou uma ditadura.

2.1.1 Conceitos. Elementos

Giovanni Sartori inquieta-se com a definição de democracia. Levanta inicialmente a questão de que uma definição pode ser estipulativa ou léxica. Na primeira, o orador anuncia seu entendimento com relação ao assunto, estipula o conceito; na segunda, o orador explica como a palavra é geralmente usada, isto é, o que as pessoas em geral querem dizer ao empregá-la.

²⁵ *Apud* FALCÃO Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 61/62.

No caso específico de democracia, Giovanni Sartori diz que “todos os termos que entram significativamente na(s) definição(ões) de democracia *foram modelados pela experiência* e refletem o que aprendemos enquanto experimentadores ao longo da história. Argumentativamente, há muitas democracias possíveis, isto é, logicamente concebíveis; mas não há muitas *historicamente possíveis*.”²⁶

Para Giovanni Sartori o significado central do termo democracia não é estipulativo ou arbitrário. Dadas as raízes e derivações históricas, palavras como democracia são relatos sintéticos que pretendem transmitir idéias sobre a forma pela qual devemos nos comportar com base em experiências vividas anteriormente.

Norberto Bobbio relata que na teoria contemporânea da democracia confluem três grandes tradições do pensamento político:²⁷

1. A teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de governo, segundo a qual a democracia, como governo dos muitos, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como governo de um só, e da aristocracia, como governo de poucos.

2. A teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania, em que o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do Príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior.

3. A teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de governo são essencialmente duas: a monarquia e a república; a antiga democracia nada mais é que uma forma de república (a outra sendo a aristocracia).

²⁶ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Vol II – As questões Clássicas. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 18.

Daí a origem do intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o governo genuinamente popular ser chamado de república, em lugar de democracia.

“A democracia é uma forma de governo do Estado. Nenhuma comunidade política, portanto, pode tornar-se democraticamente consolidada a não ser que ela seja, antes de mais nada, um Estado. (...) Para que uma democracia venha a se consolidar, primeiramente deve haver condições para o desenvolvimento de uma sociedade civil livre e ativa. Em segundo lugar, deve haver uma sociedade política relativamente autônoma e valorizada. Terceiro, deve haver o Estado de direito para assegurar as garantias legais relativas às liberdades dos cidadãos e à vida associativa independente. Quarto, deve existir uma burocracia estatal que possa ser utilizada pelo novo governo democrático. E por último, deve haver uma sociedade econômica institucionalizada.”²⁸

Juan J. Linz define, de forma simplificada, democracia como “uma forma de governo da vida em uma polis, na qual os cidadãos possuem direitos que são assegurados e protegidos.”²⁹

O autor supracitado afirma que a ideologia da democracia se ampara no compromisso intelectual com a cidadania e com as normas e procedimentos da contestação. Há respeito pelos direitos das minorias e está presente o Estado de direito e a valorização da individualidade.

Outras características da democracia segundo Juan J Linz são a participação do povo, que ocorre por meio de organizações autonomamente geradas na sociedade civil e pela competição de partidos políticos na sociedade

²⁷ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário Político. 12ª ed. Tradução Carmem C. Varriale. et.al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 319.

²⁸ LINZ, Juan J. A transição e consolidação da democracia – a experiência do sul da Europa e da América do Sul. Juan J. Linz, Alfred Stepan; Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 25.

²⁹ LINZ, Juan J. A transição e consolidação da democracia – a experiência do sul da Europa e da América do Sul. Juan J. Linz, Alfred Stepan; Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 29.

política garantidos por um sistema de leis, a alta participação dos cidadãos e os esforços difusos por parte do regime para induzir à boa cidadania.³⁰

Segundo Simone Goyard-Fabre, o termo “democracia”, por sua etimologia, designa o poder do povo, e assim, podia ser definida, *stricto sensu*, no início. Hoje as democracias são regimes nos quais, a vontade do povo é a fonte do poder.³¹

Para Arend Lijphart a definição mais básica e literal de democracia é o governo pelo povo ou, no caso da democracia representativa, o governo pelos representantes do povo – e, também, com base na famosa frase de Abraham Lincoln, segundo a qual democracia significa governo não apenas pelo povo, mas também *para* o povo, ou seja: governo de acordo com a preferência popular.³²

A democracia é um regime de governo voltado para a preferência popular, a decisão do governo sendo embasada em dois modelos, majoritário ou consensual. A importância do modelo adotado revela-se na medida em que imprima a característica governamental. O governo de consenso, a princípio, é mais democrático do que o majoritário e abrange garantias para uma parcela maior de grupos sociais.³³

O governo de consenso tende a evitar abusos, assegurando a inafastabilidade do Poder Judiciário e o acesso à justiça.

Segundo Arend Lijphart, no modelo democrático majoritário o governo é pela maioria, o poder político é concentrado nas mãos de uma pequena maioria, há

³⁰ *Idem ibidem*.

³¹ GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³² LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 17.

³³ “O sistema de grupos de interesse típico da democracia majoritária é um pluralismo competitivo e não-coordenado entre grupos independentes, em contraste com o sistema do corporativismo característico do modelo consensual, que é coordenado e orientado para o acordo.” LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 197.

concentração do poder, governos unipartidários de uma maioria simples, governos estáveis e com administração eficaz; este modelo é exclusivo, competitivo e combativo e apresenta predomínio do Poder Executivo. Já no modelo consensual, a vontade é do maior número de pessoas, ocorre a tentativa de compartilhar, dispersar e limitar o poder de várias maneiras e esse modelo caracteriza-se pela abrangência, negociação e concessão, governos de coalizões multipartidárias, busca a distribuição do poder e relação mais equilibrada entre Poder Executivo e Legislativo.³⁴

O modelo majoritário de democracia caracteriza-se pelo sistema bipartidário. O benefício deste sistema é que oferece aos eleitores uma clara escolha entre dois conjuntos alternativos de diretrizes públicas e a influência partidária é moderada, em razão da disputa eleitoral dos eleitores indecisos localizados no centro do espectro político. Por essa razão seus propugnadores sustentam diretrizes moderadas e centristas.³⁵

O sistema bipartidário, segundo a escola americana de pensadores, pode conduzir à moderação do pensamento partidário, ou, segundo a escola britânica, à competição partidária, no sentido de idéias opostas.

O modelo consensual é multipartidário, seu governo é de coalizão, normalmente frágil e de vida curta com gabinetes instáveis, em razão da dificuldade de satisfazer a todos os grupos divergentes que formam a maioria. Tal fragilidade conturba a implementação de políticas públicas; em contrapartida, garante a democracia política.

Robert A. Dahl (1971:3) em seu livro *Polyarchy* aponta oito critérios, com apoio dos cientistas políticos, para definir e avaliar a democracia:³⁶

1. o direito ao voto;

³⁴ *Idem ibidem*

³⁵ LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 86

³⁶ *Apud* LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 69.

2. o direito a ser eleito;
3. o direito dos líderes políticos de competirem por apoio e votos;
4. eleições livres e honestas;
5. liberdade de reunião;
6. liberdade de expressão;
7. fontes alternativas de informação;
8. instituições capazes de fazer com que as medidas do governo dependam do voto e de outras manifestações da vontade popular.

O modelo de democracia adotado poderá influenciar as garantias constitucionais, permitindo que o indivíduo tenha um maior ou menor acesso à justiça.

“No modelo consensual puro, a Constituição é rígida e protegida pela revisão judicial³⁷. O modelo majoritário puro caracteriza-se por uma constituição flexível e pela ausência de revisão judicial.”³⁸

Arend Lijphart comenta que a democracia majoritária é melhor no item efetividade do governo; já a democracia consensual é melhor no quesito da representatividade dos interesses das minorias e dos grupos sociais de forma mais precisa, representando o povo e seus interesses de maneira mais inclusiva.³⁹

O pesquisador supracitado refere-se à importância e à influência do modelo democrático adotado, no momento que demonstra que a democracia de consenso é voltada à cidadania e à inclusão social, tem maior probabilidade de constituir um estado de bem-estar, obtém resultado mais expressivo quanto à proteção do meio ambiente e é mais generosa em sua assistência econômica às nações em desenvolvimento.

³⁷ “O remédio normalmente proposto é dar aos tribunais, ou a um tribunal especial constitucional, o poder da revisão judicial- isto é, o poder de testar a constitucionalidade das leis aprovadas pela legislatura nacional.” LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 254.

³⁸ LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 247.

³⁹ LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 311.

O modelo democrático de consenso é terreno fértil para as garantias das liberdades individuais e, portanto, do efetivo exercício do acesso à justiça.

2.1.2 Princípios. Tipos

Na visão de Guillermo O'Donnell a democracia guarda conexão com o desenvolvimento humano e os direitos humanos. O desenvolvimento humano e os direitos humanos estão embasados no indivíduo como agente.⁴⁰

O desenvolvimento humano clama por direitos elementares a serem alcançados pelos indivíduos, tal como viver uma vida boa e saudável, ser socialmente reconhecido e desfrutar de uma vida decente e respeitável.

A conquista dos direitos elementares pode servir de base para medir tanto o desenvolvimento humano quanto o desenvolvimento da democracia.

O progresso do homem converge para a declaração dos direitos humanos, restando natural que estas conquistas sejam proclamadas, e, portanto, passem a ser garantidas e exigíveis.

Enquanto o desenvolvimento humano se concentra no contexto social, os direitos humanos se concentram na lei e na preservação do indivíduo face a agressão do Estado.

O problema que se apresenta é definir, ou ao menos, delimitar quais são os direitos humanos mínimos e básicos, aplicáveis a todo e qualquer indivíduo.

⁴⁰ O'DONNELL, Guillermo; IAZZETTA, Osvaldo; CULLEL, Jorge Vargas (Comp.) Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia en America Latina. 1ª ed. Rosário : Homo Sapiens, 2003, p. 28.

O Estado Democrático de Direito busca fixar em seu ordenamento jurídico as garantias individuais mínimas que deverão ser aplicáveis a todo indivíduo.

No dizer de Guillermo O'Donnell, o Estado apresenta três dimensões, sendo elas: 1) um conjunto de órgãos responsáveis pela proteção do bem comum e do interesse público; 2) um sistema legal que rege as relações sociais; 3) uma forma de identificação coletiva dos habitantes de um determinado espaço geográfico.⁴¹ Assinala-se que nem todo Estado apresenta todas as dimensões, alguns sequer as tendo medianamente.

Ainda, seguindo os ensinamentos de O'Donnell, o regime de um Estado é determinado pela forma como o governante chega ao poder, pelas instituições que conduzem o governante ao governo e pelos recursos e estratégias empregados para governar.

Democracia constitui um regime de governo. O Estado que se encontra sob a égide do regime democrático tem seus principais cargos do governo acessados por intermédio de eleições livres e são garantidas as liberdades políticas a todos sem exceção, tais como, liberdade de expressão, de associação e de informação.

Norberto Bobbio entende por definição mínima de democracia a atribuição a um número elevado de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, a existência de regras de procedimento como o da maioria e, por final, é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de escolher entre uma e outra. Para tanto, é necessário garantir os direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, dentre outros.⁴²

⁴¹ O'DONNELL, Guillermo; IAZZETTA, Osvaldo; CULLEL, Jorge Vargas (Comp.) Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia en America Latina. 1ª ed. Rosário : Homo Sapiens, 2003, p. 34.

⁴² BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira – São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 32.

O regime democrático é a principal fonte de legitimação das políticas públicas e conseqüentemente, de forma agregada, da credibilidade do Estado e de seu governo. Supõe-se que diante de eleições livres, a vontade da maioria esteja representada.

Em um regime democrático as eleições são livres, competitivas, igualitárias, decisivas e inclusivas. Tal regime não nega a representação às minorias. É a vontade da maioria respeitando-se a vontade da minoria. Aqueles que votam são os mesmos que podem ser votados. É o conceito original de cidadão.

Eleições livres e honestas são os componentes centrais do regime democrático, pois será por intermédio da eleição que o governante será conduzido ao governo.

Após essa digressão pelos conceitos de Estado, regime de governo e democracia, cumpre apontar que o Estado tem duas funções primordiais: a primeira é delimitar geograficamente os portadores de direitos e obrigações da cidadania política, e a segunda é compor um sistema legal que sancione e respalde esses direitos e obrigações em bases universais.⁴³

A garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana exige a preservação do regime democrático⁴⁴, razão pela qual é condição necessária da democracia a presença de um sistema jurídico que resguarde e exija o cumprimento dos direitos, pois sem esse instrumento jurídico os direitos se tornarão meramente formais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que “são vários os tipos de democracia que a doutrina distingue. Ou, em outras palavras, vários são os

⁴³ O'DONNELL, Guilherme; IAZZETTA, Osvaldo; CULLEL, Jorge Vargas (Comp.) Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia en America Latina. 1ª ed. Rosário : Homo Sapiens, 2003, p. 50-51.

⁴⁴ LEMBO, Cláudio. O futuro da liberdade. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

sistemas pelos quais se procura realizar o ideal de fazer coincidir, no máximo possível, os governantes e os governados. Isto para que todo ser humano continue livre no Estado, sujeitando-se a um poder de que também participe.”⁴⁵

Quanto aos tipos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho define que “desses tipos dois podem ser ditos puros: a chamada *democracia direta* e a denominada *democracia indireta*. Outro tipo é o misto como a designação sugere: *democracia semidireta*. Este último, no entanto, pode ser considerado modalidade da democracia indireta, especialmente da democracia representativa.”⁴⁶

2.1.3 A Democracia política e outras democracias

A democracia pode ser vista no sentido social e econômico, ou no sentido político.

Giovanni Sartori adverte que a fórmula da democracia liberal pressupõe *igualdade através da liberdade*, por meio da liberdade; não liberdade por meio da igualdade.⁴⁷

Pois bem, a democracia política inaugura o capítulo de Sartori que cuida dos diferentes padrões de democracia, a qual o autor acopla a denominação de democracia liberal.⁴⁸

O liberalismo reivindica a liberdade e a democracia a igualdade. Assim, a democracia liberal combina liberdade e igualdade.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 80.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81.

⁴⁷ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 173.

⁴⁸ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994.

Seguindo os estudos de Giovanni Sartori, a igualdade liberal pretende promover através da liberdade a aristocracia do mérito. Croce afirma que o liberalismo luta por uma democracia qualitativa. (Ética e Política, p. 288-89)⁴⁹

“A democracia preocupa-se com a coesão social e a uniformidade distributiva, o liberalismo estima a proeminência e a espontaneidade. (...) o liberalismo gira em torno do indivíduo e a democracia, em torno da sociedade.”⁵⁰

Giovanni Sartori aponta que o liberalismo é a técnica de limitar o poder do Estado. Já a democracia é a inserção do poder popular no Estado.

Enquanto o liberal se preocupa com a *forma* do Estado, o democrata está basicamente interessado no *conteúdo* das normas que emanam do Estado.⁵¹

Essa democracia carrega uma interação entre o componente liberal e o componente democrático, onde o primeiro ocupa-se com a política, com a iniciativa individual e com o Estado, enquanto o segundo componente preocupa-se com o bem-estar, a igualdade e a coesão social.⁵²

Rousseau arquiteta a democracia totalitária ao apresentar sua cidade ideal: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja todo membro seu, e onde o indivíduo, embora em uníssono com todos os outros, obedeça somente a si mesmo e continue livre como antes.”⁵³

Talmon, ao comentar a democracia totalitária conclui que:

⁴⁹ *Apud* SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 167.

⁵⁰ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 168.

⁵¹ *Ibid.* p. 168-169.

⁵² *Ibid.* p. 170.

⁵³ *Apud* SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo : Editora Ática, 1994, p. 250.

“A democracia totalitária logo evoluiu para uma forma de coerção e centralização, não por rejeitar os valores do individualismo liberal do século XVIII, mas por ter tido originalmente uma atitude perfeccionista demais em relação a eles (...) O homem não devia apenas ser liberado das restrições. Todas as tradições existentes, as instituições estabelecidas e os arranjos sociais deviam ser derrubados e refeitos, com o único propósito de assegurar ao homem a totalidade de seus direitos e liberdades, e libera-lo de toda dependência.”⁵⁴

Para Rousseau, a legislação deve ter por objetivo a liberdade e a igualdade, porque não há liberdade sem igualdade.

Novo conceito de democracia surge com o socialismo.

Nos dizeres de Norberto Bobbio, a democracia é elemento integrante e necessário ao socialismo. Integrante porque denota o reforço da base popular no Estado, necessário porque sem esse reforço não seria jamais alcançada a profunda transformação da sociedade pela qual o socialismo clama.⁵⁵

O filósofo do direito Norberto Bobbio observa que a democracia não constitui base para o socialismo porque o socialismo pretende a revolução das relações econômicas, busca a emancipação social e não o desenvolvimento das relações políticas, como pretende a democracia.

O processo de democratização do Estado na doutrina socialista é entendido de forma diferente da doutrina liberal. Para o socialismo o sufrágio universal é o ponto de partida da democratização, enquanto para o liberalismo é o ponto de chegada do processo democrático, segundo entendimento de Norberto Bobbio.⁵⁶

⁵⁴ *Apud* SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, nota 5, p. 291.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 12ª.ed. Tradução Carmem C. Varriale. et. al; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p.324.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 12ª.ed. Tradução Carmem C. Varriale. et. al; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 325.

Marx apresenta a democracia social, versão mais extrema de uma sociedade pura e simplesmente libertária. No Manifesto Comunista, define democracia como uma associação onde o livre desenvolvimento de cada um é a condição do livre desenvolvimento de todos.⁵⁷

Marx pretende com o comunismo o restabelecimento da liberdade plena e verdadeira que resulta do fim de toda a alienação.⁵⁸ O foco principal do comunismo não é a política, estando esta fadada à extinção natural no decurso do desenvolvimento socialista e transição para o comunismo.

“quando (...) as distinções de classe desaparecerem, e toda a produção estiver concentrada nas mãos dos indivíduos associados, o poder público perderá seu carácter político.”⁵⁹

A democracia comunista desenhada por Marx era uma democracia sem Estado, autogovernante e sem coerção, sem estruturas verticais, sem poder concentrado, sem conflito. Remonta à sociedade comunitária primitiva.

Giovanni Sartori comenta que “a boa sociedade marxiana é uma comunidade espontaneamente harmoniosa instituída pela plenitude econômica. Politicamente falando, a liberdade total é alcançada (pelo comunismo) com o desaparecimento da política. Economicamente falando, a liberdade total é alcançada (pelo comunismo) com a liberação de todas as restrições econômicas – e isso equivale a dizer que a solução está no desaparecimento da economia.”⁶⁰

Após 1945 surge uma “nova” forma democrática: a “democracia popular”, aplicada aos países do leste europeu sob controle soviético.

⁵⁷ *Apud* SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 252.

⁵⁸ Interpretação de Giovanni Sartori. *Ibid.* p. 253.

⁵⁹ *Apud* SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 253.

⁶⁰ *Ibid* p. 257.

As sociedades do leste europeu viviam sob o regime ditatorial tanto quanto o Estado Dirigente; no entanto, como 'democracias populares', diferiam do Estado Dirigente no sentido de que não impunham o unipartidarismo.

A "permissão" multipartidária pode ser entendida, segundo Giovanni Sartori, por dois motivos, a saber, primeiro porque a tomada violenta e revolucionária do poder dos países ocupados era desnecessária e taticamente pouco recomendável. Outro motivo se assenta no fato de que muitos países do leste europeu tiveram em seu passado uma experiência liberal democrática.

A tolerância de partidos-satélites pelo partido dominante era do interesse do Estado Dirigente, pois erigia uma aparência de democracia.

A partir de 1948 não foi mais permitido aos "partidos secundários" competir, de forma a fazer oposição ao partido do Governo; O multipartidarismo era apenas de fachada.

No dizer de Sartori, "na teoria soviética a 'democracia popular' é inferior ao 'socialismo', assim como o socialismo, por sua vez, é inferior ao comunismo" (quando plenamente realizado).⁶¹

Os países comunistas se consideram ditaduras democráticas em razão de serem ditaduras do proletariado. Segundo Engels e Lênin, uma ditadura é do proletariado quando não é uma ditadura do Estado.

"O que torna a ditadura do proletariado 'democrática' é, na verdade, o seguinte: uma "ditadura externa", empregando a violência contra a minoria dos antigos opressores, é uma 'democracia interna' para a maioria, para o próprio proletariado."⁶²

⁶¹ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 274.

⁶² Interpretação de Giovanni Sartori a respeito do entendimento de Lenin sobre democracia do proletariado. SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo : Editora Ática, 1994, p. 275.

Na realidade o que acabou por ocorrer no Estado Dirigente (Rússia) e no leste europeu, foi a instalação de uma ditadura pura e simples, com uma estrutura de governo que permitia o poder absoluto.

Por outro lado, o Professor Joaquim Falcão nos apresenta a teoria da democracia participativa proporcionada pelo terceiro setor. O terceiro setor promove a participação voluntária e organizada dos cidadãos no Estado.

Atuar no terceiro setor na concepção de Joaquim Falcão é trabalhar na *res publica*; é participar direta ou indiretamente do processo de decisão da *polis*; é o exercício pleno da cidadania, uma forma de consolidar e expandir a democracia.⁶³

A democracia é embasada em freios e contrapesos. Sob essa ótica é importante a existência do terceiro setor como forma de pressão ao oligopólio partidário.

Os partidos políticos e o governo se ocupam com as grandes questões, assuntos relacionados com o interesse da maioria. Já o terceiro setor faz o caminho inverso. É o equilíbrio entre o interesse da maioria *versus* minoria que possibilitará uma efetiva democracia ou, ao menos, uma democracia de “melhor qualidade”.

Na visão de Joaquim Falcão, o cenário atual aponta para a coexistência da democracia representativa proporcionada pelos partidos políticos com a democracia participativa promovida pelo terceiro setor.

O fato de um país ter adotado o modelo democrático não o transforma de plano num Estado composto de cidadãos participantes, livres e iguais.

A democracia representativa, na visão de Joaquim Falcão, resolveu *a priori* o problema da igualdade política. Contudo não deu cabo da desigualdade econômica, educacional e cultural. A democracia só se justifica e se legitima quando soluciona os problemas da convivência social.

⁶³ FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed., 2006.

Para Joaquim Falcão, a democracia encontra-se em transformação constituindo objetivo inicial o de romper com o monopólio eleitoral, ampliando as formas de representação popular na gestão do Estado, abrindo espaço para a atuação da sociedade civil e do terceiro setor.^{64]}

O cidadão, individualmente, é o agente direto da democracia representativa e o terceiro setor é o agente principal dessa nova “democracia participativa”.⁶⁵

Bertrand Russell afirma que a definição ocidental de democracia consiste na regra da maioria, faz valer o poder do povo. Para os comunistas, a democracia consiste nos interesses da maioria, é aquela que proporciona benefícios ao povo.⁶⁶

Giovanni Sartori conclui que “democracia – a única que se verificou existir até agora – compreende tanto o poder do povo quanto os benefícios para o povo, isto é, as duas pontas do dilema de Russell.”⁶⁷

⁶⁴ “Existem duas visões básicas da história da democracia: a visão seqüencial e a visão concomitante. A seqüencial divide a história da democracia em períodos sucessivos. Primeiro teria sido o período da democracia direta, todos os cidadãos reunidos e votando nas praças de Atenas, na Grécia. Seguiu-se o segundo período, a democracia representativa, o crescimento demográfico e a complexidade da vida social proibindo que cidadãos participassem diretamente das decisões públicas. Elegeram então representantes profissionais e especializados: políticos e funcionários públicos. Estaríamos agora entrando no terceiro período, o da democracia participativa, onde os cidadãos através de múltiplas e difusas entidades da sociedade civil, da sociedade civil organizada como se diz, encontram novo canal, mais amplo, para participar do processo decisório da sua *polis*.” Para Joaquim Falcão a democracia brasileira é concomitante pois contempla a democracia direta (plebiscito e referendo), a democracia representativa (eleições e constituição de um parlamento) e a democracia participativa (audiências públicas, conselhos, iniciativas legislativas populares etc), ou seja, a democracia no Brasil é o resultado da articulação entre a democracia direta, a representativa e a participativa. FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor, Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed., 2006, p. 59.

⁶⁵ “A democracia representativa nunca teve tanto sucesso e nunca foi tão insuficiente em lidar com os problemas comunitários, nacionais e globais. A solução não é conter a demanda social por democracia, mas ao contrário. Trata-se de aumentar a oferta. Inventar novos tipos de democracia. Praticar uma democracia concomitante: direta, representativa e participativa ao mesmo tempo. Para tanto é necessário romper com o monopólio hoje detido pela representação eleitoral como sendo a única legítima. Ao romper este monopólio, surge como ator principal, não apenas o eleitor, mas a sociedade civil.” FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed., 2006, p. 66.

⁶⁶ *Apud* SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 280.

⁶⁷ *Ibid* p. 283.

2.1.4 Liberdade e igualdade, pressupostos da democracia.

O foco da discussão aqui empreendida de liberdade diz respeito à liberdade política, não envolvendo especulações sobre a natureza da liberdade de forma genérica e filosófica. Isso, entretanto, não significa que dispensaremos o recurso à filosofia política.

Hobbes afirma que o indivíduo ocidental quando reclama liberdade significa que clama pela ausência de impedimentos externos, pela eliminação de restrições externas, pelo abrandamento de relações de coerção. A liberdade política é tipicamente liberdade *em relação a*, não liberdade *para* (Leviathan, Capítulo 14 e 21).⁶⁸

Giovanni Sartori traz como primeiro esclarecimento com relação ao assunto, que a liberdade política não é do tipo psicológico, intelectual, moral, social, econômico ou legal. Pressupõe estas liberdades e as promove, mas não é idêntica a elas.⁶⁹

O pensador supracitado, a partir da frase “sou livre”, separa a liberdade em três estágios: 1) *tenho a possibilidade de*, que corresponde à liberdade de permissão, esfera interna da liberdade; 2) *posso*, liberdade que representa capacidade e corresponde à esfera externa da liberdade; 3) *tenho o poder de*, é a liberdade de condição.

“Certos tipos de liberdade destinam-se basicamente a criar condições que permitam a liberdade. A liberdade política é deste tipo e, muito frequentemente, também a liberdade jurídica e a liberdade econômica.”⁷⁰

⁶⁸ Apud SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 64.

⁶⁹ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 60.

⁷⁰ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 62.

A liberdade política cria situações e condições para que a liberdade exista de fato. O efetivo acesso à justiça, enquanto liberdade política, que segundo a classificação de Giovanni Sartori, corresponderia à liberdade do *posso*, garantirá as demais liberdades do indivíduo.

Segundo Giovanni Sartori “temos liberdade política, isto é, temos um cidadão livre na medida em que são criadas condições que possibilitem ao seu poder menor resistir ao poder maior que, caso contrário, dominá-lo-ia ou, de qualquer forma, poderia dominá-lo com facilidade. (...) É liberdade *em relação a* porque é liberdade *para* o mais fraco.”⁷¹

Encontra-se nessa frase o espírito da democracia, governo do povo para o povo. O indivíduo goza de liberdade na medida em que tem capacidade de impor sua vontade ao Estado e o impede de tiranizá-lo.⁷²

Giovanni Sartori, aproveitando as idéias de liberdade de Clinton Rossiter, afirma que a liberdade completa implica em cinco traços diferentes, nomeadamente, a independência, a privacidade, a capacidade, a oportunidade e o poder; representando as três últimas liberdades (capacidade, oportunidade e poder) *condições* para se ter como conseqüência as duas primeiras (independência e privacidade).⁷³

⁷¹ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 65.

⁷² “Segundo a concepção liberal do Estado não pode existir Democracia senão onde forem reconhecidos alguns direitos fundamentais de liberdade que tornam possível uma participação política guiada por uma determinação da vontade autônoma de cada indivíduo.” BOBBIO, Norberto.; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução Carmem C. Varriale. et. al ; coord. trad. João Ferreira; rev geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12ª ed., 2004, p. 324.

⁷³ “Privacidade é escolher sem ser pressionado, voltando-se tranquilamente para si mesmo; capacidade é, entre outras coisas, uma ampliação das opções existentes; oportunidade é a entrada no leque de alternativas entre as quais escolher; e poder é, no contexto da liberdade, a condição equalizadora, a condição que contribui para uma *liberdade igual de escolha* efetiva.” SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 69.

As liberdades “condicionantes” correspondem ao direito subjetivo de ação do indivíduo e o acesso efetivo à justiça garantirá, conseqüentemente, as demais liberdades.⁷⁴

Giovanni Sartori alerta para o fato de que o problema da liberdade política está na existência de leis que contenham o poder, fato que explica a relação existente entre a liberdade política e a liberdade jurídica. A liberdade sob os auspícios da lei pode ser entendida de três formas: a forma grega, que já é uma interpretação legislativa, a forma romana, que se assemelha ao poder legal inglês e a forma liberal, que é o constitucionalismo.

Aliás, esse pensamento é detectado, ainda, no olhar de Locke. Afirmava esse filósofo que onde não há leis, não há liberdade. (*Rights of man*, parte II, cap 3, último parágrafo)⁷⁵

“Nossas liberdades são asseguradas por uma noção de legalidade que constitui um *limite* e uma restrição aos princípios democráticos puros. Kelsen, entre outros, compreendeu isso muito claramente ao observar que uma democracia ‘sem a autolimitação representada pelo princípio da legalidade destrói a si mesma.’”⁷⁶

Seguindo o pensamento de Giovanni Sartori, a liberdade em relação a advém do postulado da igualdade. “Ninguém tem o direito de mandar em mim” é a afirmação de que somos iguais em poder.

“É exatamente porque a força das circunstâncias sempre tende a destruir a igualdade que a força da legislação sempre deve tender a mantê-la” (Rousseau)⁷⁷

⁷⁴ “A capacidade de dirigir nossa própria vida tem muito pouca utilidade se formos impedidos de exercê-la.” SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 67.

⁷⁵ *Apud* SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 70.

⁷⁶ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 74.

⁷⁷ *Apud* SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 107.

A igualdade é um dos pilares da democracia. Os indivíduos devem ser tratados de forma igualitária e a legislação é que assegurará este tratamento. A isonomia carrega consigo a idéia de justiça.

Ao longo da história a igualdade sofreu uma progressão. Giovanni Sartori classifica a igualdade em quatro tipos: a igualdade jurídico-política; a igualdade social; a igualdade de oportunidade e a igualdade econômica.⁷⁸

A interpretação dessa igualdade, segundo critérios de justiça, é que igualdade jurídico-política representa os mesmos direitos legais e políticos para todos, isto é, o poder legalizado de resistir ao poder político. A igualdade social atribui a mesma importância social a todos e o poder de resistir à discriminação social. A igualdade de oportunidade nos proporciona as mesmas oportunidades de ascensão e o poder de fazer valer os próprios méritos. A igualdade econômica busca uma capacidade inicial adequada, para todos conquistarem a mesma qualificação e posição social dos demais. É a exclusão do poder econômico.⁷⁹

O regime democrático assenta na igualdade a garantia do sufrágio universal, elemento indispensável a sua existência. A igualdade dá sustentação ao direito ao voto, ao direito de ser eleito e ao direito dos líderes políticos de competirem por apoio e votos.

A este ponto é oportuno citar a advertência de Giovanni Sartori de que a participação igual não significa participação livre. É necessário que além da igualdade de participação haja a liberdade de escolha, do contrário deixaremos de ter uma democracia.

A democracia, para apresentar-se completa, necessita de igualdade e liberdade.

⁷⁸ SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 117.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 118.

3 O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Norberto Bobbio entende que quando os direitos do homem são considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado é um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.⁸⁰

3.1 A DOUTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fábio Konder Comparato, baseado na doutrina jurídica germânica (*Grundrechte*), afirma que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas. São os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais.⁸¹

“As expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”⁸²

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer. Nova Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 51.

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3ª ed. rev e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 393.

O reconhecimento dos direitos humanos, por intermédio das leis, é que traz segurança às relações sociais.

Canotilho considera que os direitos do homem somente podem ser considerados direitos fundamentais caso estejam previstos constitucionalmente, do contrário serão considerados meramente esperanças, aspirações, ideais, impulsos ou até mesmo por vezes retórica política.⁸³

Para Canotilho a importância da constitucionalização dos direitos do homem dá-se em razão da conseqüente proteção dos controles constitucionais. Uma vez que o direito passou a ser previsto constitucionalmente e com *status* de fundamental, será compreendido, interpretado e aplicado como normas jurídicas vinculativas.⁸⁴

Os direitos do homem, e portanto, os direitos fundamentais são desejáveis, devendo ser perseguidos e alcançados.⁸⁵

O fundamento dos direitos do homem deveria ser absoluto, irresistível no mundo das ações. Contudo, falar em fundamento absoluto não passa de uma ilusão alimentada durante os séculos, período em que prevaleceu o pensamento jusnaturalista; Essa ilusão não cabe mais nos dias atuais.

Norberto Bobbio critica o estado de natureza como ponto de partida dos direitos fundamentais tendo em vista que a lista dos direitos fundamentais encontra-se em contínua ampliação originada por uma complexa relação social.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra : Edições Almedina, 2003, p. 377.

⁸⁴ *Ibid.* p. 378.

⁸⁵ “Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.” COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos, 3ª ed. rev e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

“O fundamento de direitos – dos quais se sabe apenas que são condições para a realização de valores últimos – é o apelo a esses valores últimos”.⁸⁶

Os valores últimos não se justificam: são simplesmente assumidos.

Os direitos do homem são variáveis, modificam-se ao longo da história conforme a necessidade. Esta variação de acordo com a necessidade prova que não existe direito fundamental por natureza.

Para Norberto Bobbio, os direitos do homem são mal definidos, variáveis e heterogêneos.⁸⁷

O que existe é uma gama pequena de direitos fundamentais que não são negados em nenhuma circunstância ou a nenhuma categoria de pessoas. São direitos que não concorrem com outros.

O nascimento de direitos, de um direito fundamental, invariavelmente implicará na perda de algum outro direito. Uma categoria de pessoas passa a desfrutar de um direito, enquanto outra perde algum direito. Um clássico exemplo é o direito à liberdade com o fim da escravidão, o qual surge em detrimento do direito de propriedade do escravagista. Isso, de certa forma, justificaria porque um direito não pode ser fundamental e absoluto, pois se assim fosse impediria o surgimento de novos direitos.

Na hipótese da imutabilidade dos direitos fundamentais, os direitos sociais jamais surgiriam no ordenamento, pois estes existem em oposição ao direito de propriedade. No momento que se toma um fundamento como absoluto passa-se a defender posições conservadoras.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer. Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer. Nova Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 39.

O maior desafio que se defronta não é encontrar fundamentos ditos absolutos para que um direito seja proclamado fundamental. A grande dificuldade reside na implantação e efetivação desse direito.

Para Norberto Bobbio o problema não é filosófico e sim político; a grande questão não é justificar um direito fundamental, mas sim protegê-lo.⁸⁸

O fundamento dos valores pode originar-se de um dado objetivo e constante, pode ser considerado uma verdade evidente em si mesma, ou simplesmente aceito em um dado período histórico.

Com o advento da Declaração de 1948, a afirmação dos direitos ganha *status* de universal e positiva. Universal porque é dirigida a todos indistintamente e positiva porque efetivamente protegida até mesmo contra o Estado que a viole.

Norberto Bobbio classifica que os direitos do homem podem ser divididos em três gerações assim entendidas:⁸⁹

1ª Geração de direitos: afirma os direitos de liberdade, que limitam o poder do Estado e reservam para o indivíduo uma esfera de liberdade com relação ao Estado;

2ª Geração de direitos: proclama os direitos políticos, de modo que os membros da sociedade passam a interagir no poder político;

3ª Geração de direitos: é composta pelos direitos sociais como os do bem-estar social e prega a igualdade de forma plena e efetiva e não apenas a igualdade meramente formal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão é considerada o ponto de partida da proteção global dos direitos fundamentais.

⁸⁸ “Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer, Nova Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 45.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer, Nova Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52.

Para Norberto Bobbio o mais importante não é fundamentar os direitos e sim protegê-los, fato que vai além da simples proclamação dos direitos.

Os organismos internacionais buscam tutelar os direitos do homem por meio da promoção, do controle e da garantia desses direitos. A promoção busca implementar a tutela dos direitos onde estes não existem ou necessitam ser desenvolvidos. O controle verifica o grau de adoção das recomendações internacionais, realizado por intermédio de relatórios que cada Estado faz ou por meio de comunicados que outros Estados fazem para denunciar um Estado-membro que não cumpre as recomendações. A garantia é efetivada por organizações que exercem a tutela jurisdicional de forma internacional, substituindo a nacional onde esta for insuficiente ou inexistente.

Para Kant a Revolução Francesa aponta a disposição moral da humanidade em progredir. “O direito que tem um povo de não ser impedido, por outras forças, de dar a si mesmo uma Constituição civil que julga boa.”⁹⁰ Kant entende que a Constituição civil é a constituição que guarda harmonia com os direitos naturais dos homens. Para esse pensador o direito natural é o direito de obedecer apenas à lei por ele (homem) legislada e liberdade é o poder de legislar para si mesmo.

Ainda segundo Kant, o homem tem um direito inato e direitos adquiridos; o único direito de fato inato, ou seja, transmitido pela natureza, é a liberdade entendida como autonomia.

Para Norberto Bobbio, do ponto de vista da filosofia da história, os direitos do homem constituem um sinal premonitório de progresso moral da humanidade.⁹¹

⁹⁰ *Apud* BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer, Nova Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 69.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer, Nova Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 69.

Locke foi um dos principais inspiradores dos legisladores dos Direitos do Homem.

“Partindo de Locke, pode-se compreender como a doutrina dos direitos naturais pressupõe uma concepção individualista da sociedade e, portanto, do Estado, continuamente combatida pela bem mais sólida e antiga concepção organicista, segundo a qual a sociedade é um todo, e o todo está acima das partes.”⁹²

Na concepção individualista o indivíduo vem em primeiro plano e o Estado em segundo; o indivíduo inicialmente tem direitos e depois deveres. Já com relação ao Estado, a lógica é invertida: este terá primeiro deveres depois direitos.

Norberto Bobbio afirma que “o individualismo é a base filosófica da democracia: uma cabeça, um voto.”⁹³

Robert Alexy afirma que os direitos do homem são um ideal universal, contudo critica o individualismo. Em sua ótica, os direitos deveriam ser das criaturas e não do homem enquanto espécie, pois desta forma restariam garantidos direitos outros como os sociais, de Estado, povos, grupos, etc. Relata ainda que os direitos do homem distinguem-se de outros direitos pela combinação de cinco marcas: eles são direitos universais, morais fundamentais, preferenciais e abstratos.⁹⁴

É com o nascimento dos direitos públicos subjetivos, característicos do Estado de Direito, que o indivíduo passa a ter direitos e não somente deveres como no Estado despótico. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em oposição ao Estado, não somente os direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos.

⁹² *Ibid.* p. 76.

⁹³ *Ibid.* p. 77.

⁹⁴ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 16, 1999, p. 203/214.

Somente nesse ambiente de Estado de Direito, em um ambiente democrático, é que se encontra terra fértil para o desenvolvimento do direito de ação e, por consequência, do acesso à justiça.⁹⁵

Afinal de contas, a grande questão em torno dos direitos fundamentais não gira em torno de sua proclamação ou justificação e sim em torno de sua proteção e efetivação, que serão materializadas por intermédio do direito de ação.

3.2 DIREITO DE AÇÃO – DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de ação tem origem no direito natural de resistência.⁹⁶

No Estado de Direito a forma de resistir não é mais representada pelas lutas armadas. Essa resistência deslocou-se para as discussões judiciais.

O Estado Democrático de Direito proclama os direitos fundamentais do homem. Contudo, para que estes não se tornem direitos meramente formais há a necessidade de se constituir meios para garantir esses direitos subjetivos.

O chamado princípio da proteção judiciária, garantidor dos direitos do indivíduo, é encontrado na Constituição Pátria no seu artigo 5º, XXXV.

“Na lição de Mortati, constituição é o ato originário com que o Estado se coloca e determina não só a organização dos

⁹⁵ “A princípio, a enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são as bases das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional.” BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer, Nova Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 223.

⁹⁶ “Os direitos fundamentais recuperam o paradigma perdido – o paradigma liberal voltando a conceber-se, essencialmente, como *direitos de defesa*. Daí que o interesse do procedimento/processo, no âmbito dos direitos fundamentais, radique não na narratividade participativa típica do procedimento, mas no facto de os direitos fundamentais, concebidos como direitos de defesa, postularem *materialmente* (lado material) um espaço de auto-realização e de liberdade de decisão *procedimental/processualmente* garantido perante os poderes públicos(lado processual).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 74.

poderes supremos, como também os princípios fundamentais destinados a impregnar todas as instituições e a orientá-las para um funcionamento harmonioso.” (Mortati, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, tomo I, 1969, p. 54).⁹⁷

Sob uma ótica kelseniana⁹⁸ pode-se dizer que a Constituição é o fundamento de validade de todas as leis. Os diversos ramos do direito, inclusive o direito privado, nascem a partir da Constituição.

Essa orientação publicista reconheceu a todo o direito processual um aspecto de ramo autônomo do direito público.

Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, os direitos subjetivos que os indivíduos exercem em juízo são direitos públicos subjetivos, posto que neles se consubstanciam relações jurídicas em que figura, num dos pólos, o próprio Estado.⁹⁹

Ada Pellegrini Grinover fundamenta, ainda, que a função jurisdicional, própria do Estado, não pode estar subordinada a preceitos de ordem privada. A relação jurídica é autônoma, diversa da de direito material; a relação é triangular, tendo como sujeitos o autor, o réu e o juiz.

A citada doutrinadora define como direito processual o ramo do direito público constituído¹⁰⁰ pelas normas relativas à organização e funcionamento da atividade jurisdicional, que visa a atuação do direito objetivo, mediante a solução da lide, podendo assim, reintegrar a ordem jurídica violada ou solucionar controvérsia que poderia gerar lide.¹⁰¹

⁹⁷ *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 8.

⁹⁸ Baseado no pensamento positivista de Kelsen.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 10.

¹⁰⁰ “Todo o Direito Processual – como ramo do direito público – tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o código de processo civil. São Paulo: Bushatsky Editor, 1973, p. 4.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 11.

“Direito processual é expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei.”¹⁰²

O direito processual divide-se em dois grandes ramos, o civil e o penal, e, tendo em vista que constituem ramos do direito constitucional, alguns de seus princípios corresponderam a princípios constitucionais.

São elencados como princípios clássicos do direito processual a independência do juiz, a iniciativa da parte, a imparcialidade do juiz, a ampla defesa e o contraditório.

A presença dos princípios clássicos em um processo, talvez não seja suficiente para garantir um processo justo, pois para tanto é necessário existir não só a igualdade jurídica, como também a igualdade técnica e econômica.

Um processo justo é resultado não só do respeito dos princípios constitucionais, como também de uma garantia de igualdade fática entre os indivíduos que compõem a lide. A garantia das liberdades e princípios nem sempre representa garantia de justiça.

Para Cappelletti a norma constitucional exprime as idéias e valores supremos de uma determinada época, na medida em que se identificam com a história e, portanto, com a vida do homem.¹⁰³

A interpretação evolutiva das normas será realizada pelos Tribunais, servindo o processo de instrumento para operacionalizar as mudanças.

O processo é o meio pelo qual se garante a defesa dos direitos, a sustentação das razões do indivíduo e a produção de provas.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o código de processo civil. São Paulo: Bushatsky Editor, 1973, p. 12.

¹⁰³ CAPPELLETTI, *Diritto di Azione e di Difesa e Funzione Concretizzatrice della Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, p. 1284 e segs. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 15, nota 25.

Para Denti, não basta a previsão constitucional do direito de ação ou a proibição do legislador negar a tutela jurisdicional; é necessário haver a previsão, a descrição do que constituiria o direito de ação, visando assim a assegurar o concreto exercício do direito de ação (Denti, *Il Diritto di Azione e la Costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1964, p. 116).¹⁰⁴

O sistema do *due process of law* constitui meio eficaz para garantir a efetiva ocorrência da ampla defesa e do contraditório. A presença da ampla defesa e do contraditório é que traz a legalidade ao processo, e, cabe à instância superior a verificação do respeito a esses princípios.

O coroamento do Estado de Direito é a efetiva tutela dos direitos fundamentais do homem, realizada por intermédio de instrumentos processuais. A garantia do real acesso à justiça deve ser princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito pressupõe a garantia do acesso ao Poder Judiciário em casos de violação ou ameaça de violação a direitos do indivíduo, inclusive aquelas oriundas do próprio ente estatal. A garantia do acesso à justiça é direito fundamental do indivíduo. Aliados a essa garantia estão os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade material entre as partes no processo e da assistência jurídica gratuita e integral a todos os necessitados economicamente.

3.3 DIREITO DE AÇÃO – UM DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

O Estado de Direito é caracterizado pelos direitos públicos subjetivos, mediante os quais o homem passa a ter em face do Estado não só direitos privados, tal como anteriormente no Estado liberal, mas também públicos.

¹⁰⁴ *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 16.

O direito de ação é autônomo e independente do direito material e a ação colima, de forma instrumental, proteger o direito material.¹⁰⁵

Para José Joaquim Gomes Canotilho o procedimento é um sistema de regras e/ou princípios que visam a obtenção de um determinado resultado. A justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais, permite a presunção de que o resultado obtido, através da observância do *iter procedimental*, será adequado.¹⁰⁶

A ação é tida por parcela considerável da doutrina como direito público subjetivo. Dentre esses pensadores citamos Santi Romano, Biscaretti Di Ruffia, Crisafulli, Ráo e Jellinek, aos quais se somariam muitos outros.¹⁰⁷

Calamandrei atribui as divergências, quanto à natureza do direito de ação como direito público subjetivo, ao fato de os autores buscarem refletir as tendências político-filosóficas da época em que discorrem sobre o assunto.¹⁰⁸

O atual Estado de Direito se contrapõe ao Estado absolutista cujo poder é ilimitado. O Estado moderno reconhece aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos e seu poder é limitado pelas normas.

¹⁰⁵ “Sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticos com os próprios cidadãos.” BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação Celso Lafer, Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 223.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

¹⁰⁷ JELLINEK concilia a vontade, o interesse e a proteção jurídica, definindo direito subjetivo como poder da vontade, dirigido para um bem ou interesse e tutelado pelo ordenamento jurídico. Ráo define o direito subjetivo como poder de ação, cujo exercício depende do poder da vontade do respectivo titular. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 47, nota 8.

¹⁰⁸ Calamandrei conclui pela validade de todas as teorias, sendo impossível indicar a melhor entre elas, senão através daquela que melhor correspondesse à concepção política em que se baseiam o Estado e suas relações com os indivíduos, em determinado momento histórico. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 69, nota 1.

O direito de ação constitui um direito público subjetivo. Contudo, na visão dos positivistas defendida por Kelsen, o direito subjetivo não existe, a vontade individual não podendo se sobrepor ao Estado, vez que é o Estado quem cria, põe e modifica o direito. Para os jusnaturalistas, o direito público subjetivo nada mais é do que a concretização dos direitos fundamentais, anteriores e imanentes ao poder estatal.

Para Ada Pellegrini Grinover a natureza da ação é pública subjetiva, tendo em vista que é este o tratamento constitucional dado ao assunto. A Constituição não permite que o juiz *de officio* provoque o Judiciário a revelia da vontade da parte, sendo esta faculdade de instaurar o processo do indivíduo.¹⁰⁹

O Estado de Direito é limitado por um poder superior, o chamado poder constituinte; é através da Constituição que a vontade político-institucional do povo se manifestará; no dizer de Ada Pellegrini Grinover, o Estado passa a ser criatura e não criador de direitos.

Direitos cívicos designam os direitos públicos subjetivos dos indivíduos perante o Estado, sujeito passivo da obrigação de fazer.¹¹⁰ Entre os direitos cívicos aponta-se o direito de ação.

O direito de ação é garantido, no ordenamento jurídico, pelo processo. O processo constitui um conjunto de normas que regem a organização jurídica fundamental do Estado.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a previsão constitucional do direito de ação é garantia de que todos poderão exercê-lo, sendo o direito de ação público subjetivo e cívico.

¹⁰⁹ Para por em crise o caráter de direito público subjetivo reconhecido à ação, bastaria que o ordenamento impedisse ou limitasse o direito do indivíduo de provocar a atividade jurisdicional, para que neste caso se modificasse o conceito de ação. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 74.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 52.

A essa altura cumpre observar que, embora seja assegurado a todos o direito de provocar o Judiciário, essa provocação não constitui garantia de que o direito reclamado seja efetivamente tutelado pelo Estado. O Estado, ao ser provocado, tem a obrigação de prestar a jurisdição, o que não significa que o fará no sentido de tutelar o direito pleiteado, ou seja, o Estado tem a obrigação de prestar a jurisdição, o que, todavia, não coincide necessariamente com a ocorrência da justiça.

A Constituição deve garantir tanto o direito de ação quanto uma forma eficaz de tutela qualificada, voltada para a realização da justiça. O direito de ação está relacionado com o princípio da isonomia, da igualdade perante a lei, e, portanto, da igualdade perante o juiz.

O princípio da igualdade está ligado à democracia, cujo berço foi a França com o advento da Declaração de 1789. No início, essa igualdade era meramente formal, posto que não existiam garantias constitucionais para efetivar a igualdade. Mesmo com a ausência de garantias que efetivassem a igualdade, a simples proclamação do princípio constitucional da igualdade indica, ao menos, uma administração imparcial da justiça.

Dada a importância do tema, independentemente do reconhecimento do Estado, o direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana.¹¹¹ Os pressupostos são o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional público e a delimitação da competência exclusiva do Estado.

Nesse sentido, cita-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que em seu artigo XVIII prevê o direito cívico de ação, conforme segue:

“Toda pessoa pode recorrer aos Tribunais para fazer valer os seus direitos. Para isso, deve dispor de um processo simples e rápido, pelo qual a justiça a ampare contra atos

¹¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 95.

da autoridade que violem, com prejuízo seu, algum dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.”¹¹²

Essa igualdade reconhecida pela legislação fez com que o Judiciário passasse a tratar todos de forma igualitária. Contudo, deve-se levar em conta as desigualdades dos indivíduos em razão de raça, cor, situação financeira, dentre muitas outras questões que acabem por influir na capacidade de litigar das partes, produzindo desigualdade entre elas.

Segundo a Professora Ada Pellegrini Grinover a absoluta igualdade jurídica gerou a desigualdade econômica; e do primitivo e negativo conceito de igualdade formal clamou-se pela passagem para a igualdade real, em seu aspecto positivo.

Realiza ainda a citada professora a seguinte distinção:

“Na conceituação positiva da igualdade, é necessário distinguir duas tendências opostas: de um lado, os que se colocam num plano idealista, defendendo a igualdade absoluta (não só sob o prisma formal, como sob o material); do outro, os que seguem o conceito realista, agasalhando a idéia de uma igualdade proporcional. A concepção idealista da igualdade é representada pelos socialistas; a concepção realista procura a efetivação do princípio, sem o sacrifício da liberdade: por isso, defende a idéia da igualdade proporcional.”¹¹³

O direito de ação não deve ficar restrito a simples possibilidade de exigir a prestação jurisdicional. O ordenamento constitucional deve garantir, acima de tudo, a concreta e efetiva possibilidade da obtenção da tutela pretendida, a fim de que se caminhe rumo à justiça.

¹¹² Foi proposto pela delegação Mexicana, na Assembléia Geral das Nações Unidas, que este dispositivo fosse incluído na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que de fato foi acatado passando a figurar como artigo 8º.

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o código de processo civil. São Paulo: Bushatsky Editor, 1973, p. 27.

Os Tribunais têm que assegurar, além do direito à sentença, a tutela qualificada contra qualquer forma de retardamento da justiça. Devem ir além da mera possibilidade de se deduzir em juízo um direito; devem representar a efetividade da realização judicial do direito ou do interesse.

3.4 DIREITO DE AÇÃO - EVOLUÇÃO DA DOCTRINA NO BRASIL

Os princípios da isonomia e do juiz natural constituem tradição no ordenamento jurídico pátrio desde os primórdios da Independência.

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824 afirmava: “Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.”¹¹⁴

A Constituição de 1891 e a Carta de 1934 mantêm o princípio da isonomia e do juiz natural. Já a Constituição de 1937 omite o princípio do juiz natural, conservando o da isonomia.

A Constituição de 1946 restabelece a afirmação do princípio do juiz natural. A Carta de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969 mantêm o princípio da isonomia e do juiz natural.

Na tradição do direito brasileiro a igualdade perante a lei segue o modelo tradicional, como igualdade de direitos, ou igualdade civil.¹¹⁵

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 125.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o código de processo civil. São Paulo: Bushatsky Editor, 1973, p. 28.

Desta feita, Ada Pellegrini Grinover constata que é conseqüência lógica do princípio de igualdade jurídica a garantia de assistência judiciária, a qual tutela o efetivo exercício dessa igualdade perante os Tribunais.¹¹⁶

Somente o efetivo acesso à justiça poderá, de forma eficaz, garantir o exercício dos direitos e da cidadania, pelo que de nada adianta garantir no ordenamento constitucional a igualdade sem antes garantir aos “desiguais” a assistência judiciária, ou seja, o meio de exercer o direito de ação.

A temática da assistência judiciária até a Carta de 1934 era matéria de lei ordinária. Somente a partir da citada Carta que o direito à assistência passou a ser garantido constitucionalmente. A Constituição de 1937 omite o assunto, voltando a ser pauta na Constituição de 1946, na Constituição de 1967, na Emenda de 1969 e atualmente encontra previsão na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LXXIV.

É oportuno observar, que o tema relacionado à garantia de assistência judiciária gratuita será abordado de forma mais profunda nos capítulos que se seguirão, tendo em vista constituir o ponto central deste trabalho.

A proteção judiciária surge em nosso ordenamento na Carta do Império, que em seu artigo 179, inciso 12 afirma a independência do Poder Judiciário, determinando que nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos.

Contudo, ao longo de nossa história constitucional, aponta-se algum retrocesso quanto à previsão da inafastabilidade da proteção judiciária. As primeiras Constituições da República não previam de forma expressa a inafastabilidade do controle judiciário, sendo este considerado implícito como decorrência do princípio da separação dos Poderes, tendo sido também reconhecido pela doutrina e jurisprudência. O retrocesso do princípio da apreciação judiciária pode ser verificado a partir de 1930, com o início dos governos autoritários.

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 126.

A Constituição de 1934 impunha duas restrições ao princípio da proteção judiciária: no artigo 68 temos a proibição de apreciação das questões exclusivamente políticas e o artigo 18 das Disposições Transitórias afirmava a exclusão dos Atos do Governo Provisório e de seus efeitos, por parte de qualquer órgão judiciário. A Constituição de 1937 vem a limitar, ainda mais, o princípio da inafastabilidade do Judiciário.

Somente a Constituição de 1946 (artigo 141 § 4º) retoma a afirmação do princípio da proteção do Judiciário, inclusão esta mantida na redação da Constituição de 1967 (artigo 150 § 4º).

O princípio da tutela judiciária é preceito que acompanha o ordenamento jurídico brasileiro, com maior ou menor amplitude ao longo das Constituições, desde a Carta do Império até os dias atuais, pelo que o efetivo acesso à justiça sempre constituiu matéria a ser assegurada em nosso ordenamento.

4 DO ACESSO À JUSTIÇA

O problema do acesso à justiça é um tema presente no debate internacional. Não é uma preocupação restrita aos brasileiros; em verdade é um assunto recorrente no panorama mundial ante a complexidade da sociedade moderna de massa e globalizada, o que vem demandando atenção do legislador e do Poder Judiciário.

Na busca da solução desse problema foi organizado um estudo batizado como “Projeto de Florença” e este capítulo terá como fio condutor os debates e o relatório do “Projeto de Florença”, o qual discutiu o acesso à justiça em plataforma internacional, sob o comando de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ao longo do tempo, o conceito de acesso à justiça sofreu transformações importantes, tendo evoluído com a sociedade.

Iniciaremos pelo Estado Liberal de Direito, onde pontuamos o primado das leis, época em que surge a primeira geração de direitos, ditos individuais, em que o foco principal é o indivíduo, tendo como características a liberdade das pessoas frente ao Estado, a limitação do poder do Estado e a igualdade perante a lei.

A igualdade perante a lei, no Estado liberal, era meramente formal e não efetiva. Constituíam o direito ao acesso formal de socorrer-se do Judiciário com o intuito de propor ou contestar ações sem se preocupar inicialmente com o acesso à informação que conduziria ao acesso efetivo à justiça.

A primeira geração de direitos é considerada um direito natural que nasce com o homem e é anterior e superior ao Estado, subdividindo-se esses direitos em

civis e políticos. Os primeiros dizem respeito aos direitos à vida, à liberdade, à saúde, todos direitos privativos da pessoa. Os direitos políticos dizem respeito aos direitos do cidadão, tal como votar e ser votado.

Nos dizeres do mestre Cappelletti:

“A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.”¹¹⁷

Em certa medida, nos dias de hoje o problema da igualdade formal persiste, pois o desequilíbrio entre as partes, seja ele financeiro ou educacional, não chega a ser considerado um obstáculo ao acesso à justiça.

No Estado de Direito a discussão girava em torno da teoria do procedimento, em torno das leis em si, pouco importando a realidade e a efetiva situação do acesso ao sistema jurídico.

Assim, as Constituições liberais tinham por foco os direitos de primeira geração, essenciais para a ruptura do período medieval. Superada essa concepção de sociedade baseada em estamento, surgem novas demandas sociais e coletivas e com elas os direitos de segunda geração.

Ante o forte caráter social dos direitos de segunda geração, passou o Estado a intervir nas relações econômicas como garantidor da distribuição das riquezas, tendo em vista que, de nada adianta ter liberdade e direito à propriedade

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

privada sem que as mínimas condições econômicas sejam atendidas para que o indivíduo de fato possa exercer seus direitos.

O conceito de direitos individuais distancia-se das Constituições sociais, que passam a prever direitos coletivos tais como direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Surge uma preocupação com a efetividade do acesso à justiça, não bastando apenas a existência formal de direitos, tendo o Estado nesse momento um papel importante, pois sem a sua interferência não haverá segurança jurídica do gozo destes direitos.

Verifica-se que de nada adianta a proclamação de direitos sem mecanismos para exercê-los, e assim, o acesso à justiça acaba configurando um “direito humano fundamental”, pois representa a segurança de um sistema igualitário.

“A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a ‘justiça social’, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns.”¹¹⁸

4.2 DO ACESSO À JUSTIÇA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

“No Brasil, três momentos merecem destaque na implantação da assistência jurídica gratuita, apesar de não darem um pleno acesso à justiça à população de baixa renda. O primeiro, do período Imperial, caracterizado pela submissão do cidadão, que pagava suas custas rezando pelo rei. O segundo, no período Republicano, com o Decreto nº 1030, de 1890, do Distrito Federal e consolidado pela Constituição Federal de 1934 e o terceiro pela inclusão, na Constituição Federal de 1988, do artigo 5º inciso LXXIV.”¹¹⁹

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 93.

¹¹⁹ CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Acesso à Justiça e Cidadania. Chapecó: Argos, 2003, p. 76.

Localizamos na história o surgimento da assistência jurídica no Brasil nas Ordenações Filipinas que vigoraram até 1916. O Livro III, Título 84, § 10 dispunha que as causas civis e criminais dos miseráveis e dos indefesos em juízo seriam patrocinadas gratuitamente por advogados particulares: obrigação honorífica por parte do advogado de atender a quem necessitasse independentemente de remuneração.

Nessa época, o Decreto nº 1.030 de 1890 cria junto ao Ministério da Justiça uma Comissão para patrocinar os pobres gratuitamente. Posteriormente, o 1º Estatuto da Advocacia determina a obrigação dos advogados inscritos na OAB de atender sem remuneração os pobres.

A Constituição de 1934 em seu artigo 113, nº 32 prevê constitucionalmente a assistência jurídica entre os direitos e garantias individuais, passando a constituir obrigação do Estado o fornecimento da prestação de serviços advocatícios por intermédio de funcionários públicos.

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

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

A assistência jurídica na Constituição de 1937 perde a previsão constitucional, retornando somente ao ordenamento constitucional em 1946, tendo sido mantida na Constituição de 1967 (art 150 § 2º) e na Emenda Constitucional 1 de 17.10.1969 (artigo 153 § 32).

A assistência judiciária foi instituída e organizada pela Lei nº1.060/50. É prestada de forma individual aos necessitados, brasileiros ou não, desde que residentes no país, nas áreas da Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

A comprovação do estado de necessidade dá-se por declaração da própria parte no sentido de que não dispõe de meios financeiros suficientes para arcar com as despesas judiciais e com o pagamento de honorários ao advogado sem o prejuízo do sustento próprio e de sua família.

Art. 4º - A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Parágrafo primeiro - Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. (Lei nº1060/50)

A assistência é prestada até a decisão final, em todas as instâncias ou Tribunais, alcançando o subsídio de todas as despesas judiciais que se fizerem necessárias para o bom andamento do processo (Lei nº1060/50 art 3º), incluindo o custeio com os honorários advocatícios.

Embora essa Lei constitua um marco na busca do acesso à justiça, a crítica que se faz é que não determinou a forma e a estrutura pela qual a Defensoria Pública seria implantada e qual órgão seria responsável pela mesma, ou seja, deferiu-se o direito, mas não se determinou a forma de materializá-lo.

Nesse sentido a Professora Ada Pellegrini Grinover faz a afirmação de que é mister, portanto, que se proceda à reforma da Lei nº1060, quanto antes, a fim de assegurar a igualdade real das partes, no processo.¹²⁰

Tendo em vista a lacuna inicial quanto à existência de assistência judiciária mantida e organizada pelo Estado, a incumbência de indicar patrono gratuito recaía sobre a Ordem dos Advogados do Brasil ou cabia ao juiz da causa

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o código de processo civil. São Paulo: Bushatsky Editor, 1973, p. 61.

indicar o advogado que prestaria a assistência gratuita. Observa-se que o advogado nomeado não contava com uma forma específica para receber seus honorários.

Com o decorrer do tempo, a assistência judiciária foi tomando a conotação de obrigação do Estado. Com este progresso os entes federados foram se organizando adotando cada um uma forma de atendimento ao público necessitado de assistência.

A maior parte dos Estados optou pela prestação de assistência através da Procuradoria do Estado, bem como o Ministério Público passou também a atuar na prestação de assistência judiciária nos locais onde não houvesse órgão exercendo tal função, a partir da Lei nº40/81.

Somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que a assistência judiciária tornou-se um dever do Estado e o acesso à justiça um direito fundamental ao exercício da cidadania.

Outro avanço que a “Constituição Cidadã” trouxe foi alçar a assistência prestada para integral e gratuita, ou seja, passa a atender não só aos interesses individuais, mas também aos difusos e coletivos, bem como vai além do mero ajuizamento e defesa em ações, garantindo assim o efetivo exercício dos direitos e da cidadania.

“Isso porque, ao denominá-la assistência jurídica, o serviço jurídico gratuito não mais se restringe ao patrocínio gratuito da causa pelo advogado, mas compreende a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas aos atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos. Integram também esse rol os direitos à informação, orientação e consultorias jurídicas, bem como a utilização do método conciliatório pré-processual para a solução amigável dos conflitos intersubjetivos”¹²¹

¹²¹ CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Acesso à Justiça e Assistência Jurídica em São Paulo. In: Maria Tereza Sadek (org). Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 159.

Essa proposição constitucional pretende enfrentar não só os obstáculos financeiros ao acesso à justiça como também os culturais e sociais com o claro fito de proporcionar de fato acesso à justiça. A assistência deixa de ser meramente **judiciária**, ou seja, prover o quanto é necessário à demanda em si, e passa a ser assistência **jurídica integral e gratuita**, ou seja, alarga a cobertura para fora do âmbito dos Tribunais.

“Dada a abrangência do conceito de assistência jurídica, eis que a sua finalidade deve ser a de prestar auxílio, não somente curativo, mas também preventivo, ao cidadão, para educá-lo no exercício de seus direitos.¹²²”

4.2.1 A fórmula constitucional

A preocupação com o acesso à justiça é notada desde o preâmbulo da Constituição de 1988, *in verbis*:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

Verificamos que nosso ordenamento não pretende somente deferir e prever direitos e sim garantir o efetivo exercício destes.

Ensina-nos José Afonso da Silva que “‘Preâmbulo’ é a parte que precede o texto articulado das Constituições. É expressão solene de propósitos, uma

¹²² CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Acesso à Justiça e Cidadania. Chapecó: Argos, 2003, p. 95.

afirmação de princípios, uma síntese do pensamento que dominou a Assembléia Constituinte em seu trabalho de elaboração constitucional”. Os princípios valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais.¹²³

A justiça está na base do direito como seu valor fundamental e, como tal, caso os indivíduos não tenham acesso à justiça, não terão sequer acesso ao direito.

Nossa Constituição adotou o princípio da tripartição dos Poderes concebida por Montesquieu e representando o Judiciário o Poder responsável pela busca da justiça, cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição.

O princípio da proteção judiciária encontra-se previsto no artigo 5º XXXV da CF, também chamado “Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional”. É o direito fundamental do acesso à justiça.

A Constituição de 1988 ampliou o acesso ao Judiciário no momento em que previu a utilização deste para garantir não só os direitos pura e simplesmente, mas também prevenir a simples ameaça ou lesão aos mesmos.

O Judiciário aprecia a demanda e emite juízo de valor representado pelo julgamento.

“É preciso acrescentar, ainda, que o direito de acesso à Justiça, consubstanciado no dispositivo em comentário, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa. Não fora assim, aquela apreciação seria vazia de conteúdo valorativo.”¹²⁴

Percorrendo a topografia constitucional, encontramos a previsão da sucessão das leis no tempo e a segurança jurídica inseridas no artigo 5º XXXVI. Tais preceitos trazem estabilidade aos direitos subjetivos.

¹²³ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132.

O direito de ação e defesa surge consagrado na Constituição de 1988 no artigo 5º LV *in verbis*:

“- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa;”

O advogado é o instrumento pelo qual o indivíduo se capacitará a conhecer os seus direitos fundamentais, bem como fazer valer e garantir o exercício destes. A ampla defesa e o contraditório, que constituem pressupostos da realização de um processo justo, somente serão plenamente exercidos mediante a representação de um advogado. Verifica-se que o advogado é elemento essencial ao acesso à justiça, o grande desafio inicial sendo quebrar as barreiras do acesso a esse profissional a fim de que ele, por final, conduza ao efetivo exercício dos direitos.

Nossa Constituição em seu artigo 5º LXXIV prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos, sendo que esse artigo traz uma imposição constitucional, nomeadamente o Estado tem a obrigação de prestá-la e não a faculdade de fazê-lo.

A crítica que se faz é que embora o Estado tenha a obrigação de prestar assistência judiciária, não dá conta da demanda, inicialmente em razão da extensão geográfica e populacional do Brasil e posteriormente porque tal preceito pretende atender somente aos extremamente necessitados, restando uma grande parcela da população sem guarida, especialmente representada pelos trabalhadores de menores salários, ou seja, a classe média e média baixa; de fato, esses trabalhadores, embora empregados recebem parcos salários, não o suficiente para serem atendidos pela PAJ, mas baixos a ponto de não terem condições de constituir um advogado particular.

A assistência jurídica a ser prestada pelo Estado, da forma como é constitucionalmente determinada, deveria ser integral abrangendo todos os

aspectos jurídicos, tanto preventivos quanto de informação e não só os litigiosos, como ocorre, observando-se que mesmo o atendimento litigioso é parco.

O Estado tem a obrigação de prover o direito fundamental do indivíduo de ter acesso ao advogado, direito este dirigido a todos que não possuem recursos suficientes para tanto, a fim de que estes tenham o direito fundamental de acesso à justiça.

Embora o preceito constitucional cuide de um direito fundamental de todos, sua extensão de atendimento, como já comentamos, é limitada aos que comprovarem insuficiência de recursos financeiros conforme padrões definidos pela Lei nº 1060/1950, onde o necessitado é “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.”

No âmbito da Justiça do Trabalho temos a Lei nº 5.584/70 cujo artigo 14, § 1º institui as regras para fornecimento de assistência judiciária gratuita, que é devida a todo aquele que tiver remuneração igual ou inferior a dois salários mínimos, restando também assegurado o direito de assistência aos trabalhadores que recebem salário superior a dois mínimos, desde que comprovem que sua situação financeira não lhe permite custear a demanda em juízo sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

Essa lei prevê no *caput* do artigo 14 que o sindicato da categoria profissional do qual o trabalhador fizer parte prestará a assistência judiciária, ou seja, verificamos nesta previsão legal uma modalidade de “convênio jurídico”, estabelecido justamente para preencher a lacuna de atendimento ao trabalhador. Tal previsão deveria ser estendida aos demais ramos do direito e não somente restringir-se às questões trabalhistas.

Prova de que esses “convênios” administrados por entidades do terceiro setor de fato funcionam e levam ao efetivo exercício de direitos, é percebermos que as camadas mais simples da população se fazem valer do direito do trabalho em muito maior escala do que dos demais ramos do direito. Observamos ainda que tais

pessoas de fato têm consciência de seus direitos trabalhistas justamente porque são informadas por suas entidades de classe por intermédio de seus advogados que não só litigam pelos direitos dos sindicalizados, mas também, lhes concedem informação. (Lei nº 5.584/70 artigo 14 *caput*)

Essa faculdade conferida aos sindicatos de defender os interesses coletivos e individuais dos trabalhadores prevista na Lei nº 5.584/70 é reafirmada e recepcionada pelo artigo 9º, III da CF.

4.2.2 O Poder Judiciário e a função do advogado

Será por intermédio do Poder Judiciário, que tem por função compor os conflitos de interesses, que os indivíduos farão valer seus direitos.

Constituem princípios do Poder Judiciário o princípio do juiz natural, o princípio da independência dos juízes e tribunais e o princípio do devido processo legal, restando este último o instrumento de tutela do direito. Sem processo não há garantia dos direitos, vez que a composição processual dos litígios é a melhor solução para os conflitos de interesses sob a ótica da justiça.

Esse preceito assegura não só um processo, mas ainda que este ocorra no âmbito de ditames adequados e legais.

Para garantia da efetividade do acesso à justiça é preciso, além do respeito ao devido processo legal, que as partes litigantes se defrontem no Judiciário em condições de igualdade, de paridade jurídica e teórica: uma igualdade de fato para concorrerem em juízo. Este equilíbrio de condição para litigar pode em muito ser proporcionado pelo advogado.

O Judiciário é organizado de forma a prestar a jurisdição e colocá-la a serviço da cidadania. Para tanto não pode ser estático devendo para bem atender

aos seus fins progredir, desenvolver-se, de forma a acompanhar as necessidades da sociedade no mesmo compasso em que esta se modifica.

“Forjado no contexto do Estado Liberal, não conseguiu transformar-se para acompanhar as novas exigências históricas. Encastelado no espírito individualista, continua um Poder passivo, à espera de que os sedentos de Justiça lhe mendiguem a solução de seus casos.”¹²⁵

É prementemente necessário que o Poder Judiciário, ou ao menos a forma como este é acessado, mude sob pena da justiça ser meramente formal, e mais, as reformas devem ser implantadas com o objetivo central de favorecer o acesso à justiça, do contrário é melhor não realizá-las.

Na tentativa de aprimorar o Poder Judiciário foi elaborada uma reforma que se tornou a Emenda Constitucional 45/2004. Esta buscou basicamente a melhoria da condição do trabalho do Judiciário e pouco se caminhou no sentido de progresso do acesso à justiça.

O Poder Judiciário encontra-se previsto na Constituição de 1988 a partir do artigo 92, sendo que este elenca seus órgãos.

O advogado, bem como sua militância nos Tribunais, é reconhecidamente importante no auxílio e desenvolvimento do Judiciário. Tanto tal afirmativa é verdadeira que o artigo 94 da CF prevê que um quinto dos assentos nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios deverão ser preenchidos por advogados. A idéia subjacente é de mesclar operadores do direito com elementos de carreira do Judiciário, tendo em vista que o entrelaçamento do contraditório jurídico pode auxiliar visando a inovação.

O legislador procurou mesclar a Magistratura, o Ministério Público e o advogado com o intuito de conjugar as várias visões e facetas do Judiciário e a

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 502.

partir dessa mescla encontrar soluções para seu desenvolvimento e, com isso, melhorar o acesso à justiça.

Novamente verifica-se a importância da composição mista, com vistas ao progresso do Judiciário, com a criação do Conselho Nacional da Justiça, o qual tem a função de exercer o controle externo do Judiciário, observando que duas cadeiras obrigatoriamente serão preenchidas por advogados, enquanto as treze restantes serão ocupadas pelos diversos órgãos do Judiciário e por cidadãos de notável saber jurídico e ilibada reputação.

Outro órgão no qual a presença do advogado é imperativa são os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral. O advogado também tem assento na composição da Justiça Militar com duas cadeiras junto ao Superior Tribunal Militar.

O advogado é figura obrigatória na composição de todos os órgãos do Poder Judiciário. Tal fato consagra a importância do trabalho desenvolvido pela advocacia. O intuito do legislador foi no sentido do reconhecimento de que esse profissional em muito contribui para a mobilidade e progresso do Judiciário, o qual é estático e não opera se não for provocado, bem como apresenta certa resistência à mudança. O Judiciário não pode perder sua razão de ser; deve acompanhar as transformações sociais sempre na busca de perseguir a justiça e fomentar seu acesso.

“Nisso se acha a justificativa das funções essenciais à Justiça, compostas por todas aquelas atividades profissionais, públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da CF de 1988, discriminadamente: o advogado, o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, os procuradores dos Estados e do Distrito Federal (representação das unidades federadas) e os defensores públicos.”¹²⁶

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 593.

O Ministério Público, uma das carreiras que compõe o quadro do Judiciário, tem tido suas funções cada vez mais alargadas no organograma do Judiciário, arcando como função principal a proteção dos direitos indisponíveis e de interesses coletivos. É o guardião dos interesses da sociedade.

O *Parquet Bandeirante* é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo a ele a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (*caput* do artigo 127 da Constituição Federal de 1988).

Segundo o artigo 129 da atual Constituição Federal, o Ministério Público desempenha algumas funções como “advogado” da sociedade. Citamos como exemplos a titularidade da ação civil pública para tutelar interesse público, social, coletivo e difuso e a ação direta de inconstitucionalidade. A Lei Complementar nº 75/1993 no seu artigo 12 chama o Ministério Público de “procurador dos direitos do cidadão”, ou seja, o Ministério Público acaba por desempenhar por vezes o papel de advogado.

Menciona-se, contudo, a crítica feita por Calamandrei ao Ministério Público, que entende que o promotor é “advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.”¹²⁷

Assim, como anteriormente criticado, não representa o Ministério Público a melhor solução para a defesa dos interesses difusos e coletivos, vez que sua função primordial é ser titular da ação penal, e mais, quando desempenha outros papéis não o faz com o entusiasmo necessário.

Nesse sentido assevera ainda José Afonso da Silva que:

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 594.

“A função de defensor do povo não é compatível com a função do Ministério Público. Não se podem misturar num órgão funções tão díspares. Alguma coisa acabará ficando sacrificada, dando-se relevo àquelas atribuições que tenham mais visibilidade nos meios de comunicação. (...) A função de defensor do povo ou de provedor de justiça não é compatível com estruturas burocráticas, nem com investiduras vitalícias, porque deve ser desempenhada por órgão de confiança da representação popular com investidura a tempo certo.”¹²⁸

Neste aspecto o advogado de convênio mantido pelo terceiro setor terá a paixão e a especialização necessária para o assunto.

O artigo 130-A da Constituição Federal, trazido pela Emenda Constitucional 45/2004, prevê o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão composto de quatorze membros, sendo dois advogados. Novamente a advocacia possui representação garantida na constituição de mais este órgão do Judiciário, cuja função primordial é controlar a atuação administrativa e financeira do Ministério Público, bem como o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

A figura da Advocacia Pública surge na Constituição de 1934, estando nessa época ainda mesclada ao Ministério Público; sua função era de órgão de cooperação nas atividades governamentais. Somente mais tarde, com o desmembramento das atividades do Ministério Público, transferindo-se para a Justiça Estadual a competência penal e sobre os interesses privados indisponíveis, é que de fato podemos delimitar bem as funções da Advocacia Pública, pois restou ao Ministério Público Federal somente as funções de defesa dos interesses da União em juízo.

Primordialmente, a função da Advocacia Pública é defender os interesses patrimoniais da Fazenda Pública (União, Estado, Distrito Federal) representando-a judicial e extrajudicialmente, prestar consultoria jurídica e assessoramento ao Poder Executivo; devendo ainda contribuir para o aperfeiçoamento das instituições democráticas especialmente com relação ao Poder Judiciário, defender os direitos

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 601.

fundamentais e sociais e a proteger a estabilidade dos funcionários contra o nepotismo, de tal sorte a evitar as nomeações políticas resguardando a moralidade pública. (artigo 131 e 132 da Constituição Federal)

4.2.3 Da advocacia e da Defensoria Pública

“O advogado é um profissional habilitado para o exercício do *ius postulandi*.”¹²⁹

Tendo em vista a qualidade de porta-voz da sociedade perante a justiça o advogado teve sua profissão alçada à dignidade constitucional. Ele é considerado indispensável à administração da justiça. (artigo 133 da Constituição Federal).¹³⁰

O advogado é um dos elementos da administração democrática da Justiça; ele a persegue incansavelmente, sempre disposto a lutar contra a ditadura e o autoritarismo, peça chave para o efetivo exercício de direitos.

A advocacia é ofício que constitui um dos Poderes do Estado, cabendo-lhe inclusive a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

O advogado é indispensável à administração da Justiça tendo em vista que é de sua responsabilidade provocar o Poder Judiciário, órgão eminentemente estático. Por conseguinte, o advogado é o elemento técnico que promove o acesso à justiça.

Ante a qualidade de elemento constituinte do Poder Judiciário, a advocacia foi alçada a prestação de serviço público. Assim, prescreve o Artigo 69 do Estatuto da OAB: “no seu Ministério privado o advogado presta serviço público,

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 612.

¹³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269.

constituindo com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da justiça.”

A advocacia é regulada pela Lei nº 8.906 de 04/07/1994, a qual indica os direitos e deveres do advogado, bem como reconhece no artigo 2º que este é indispensável à administração da justiça, presta serviço público e exerce função social.

O artigo 6º da Lei nº 8.906/94 define que não existe hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, demonstrando que o advogado é elemento que constitui, de fato, a justiça.

Como já dito, o advogado constitui a mola propulsora da justiça; é elemento essencial ao acesso à justiça, representando a falta deste uma barreira intransponível rumo ao Judiciário. Os menos favorecidos, que não possuem condições para custear um profissional da advocacia, necessitam de alguma forma ter acesso a esse profissional sob pena de lhes ser negado o direito de justiça; A Defensoria Pública surge com o fito de preencher essa lacuna.

“A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º LXXIV.”¹³¹

A ausência de Defensoria Pública para atender aos impossibilitados financeiramente de constituir um advogado particular gera desequilíbrio entre os litigantes, conduzindo a situação a uma injustiça, vez que o menos favorecido ao enfrentar o mais afortunado não dispõe de condições de exercer seu direito de ação e de defesa constitucionalmente garantido.

“O direito de defesa representa um dos esteios do regime democrático que constitui um dos princípios constitucionais fundamentais. Todavia, pode ser frustrado por falta de recursos necessários ao seu exercício. Assim, reconhecendo ser, ao lado de um direito do indivíduo, um

¹³¹ *Caput* Artigo 134 da Constituição Federal de 1988

dever do Estado (art. 5º, LXXIV), tratou o constituinte de criar órgão próprio para cumpri-lo.¹³²

A Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios está organizada na Lei Complementar 80 de 12/01/1994, sendo certo que os Estados (entes federados) deverão de acordo com as regras gerais da supracitada Lei organizar sua defensoria em atendimento à obrigação constitucional contida no artigo 5º LXXIV da Constituição Federal.

O fornecimento de assistência judiciária gratuita e integral por parte do Estado é uma forma de igualar as condições dos desiguais perante a Justiça. Esta é uma obrigação estatal que faz parte do rol dos direitos individuais.

A Defensoria Pública Estadual é constitucionalmente prevista e sua implantação é obrigatória; ela tem autonomia funcional e administrativa concedida pela emenda 45/2004.

4.2.4 A Assistência Judiciária no Estado de São Paulo

A assistência jurídica em São Paulo surge com a Lei nº 2.497/35. Constituía um serviço caritativo prestado pelo Departamento de Assistência Social do Estado da Procuradoria do Serviço Social, passando em 1947 a ser atribuição do Departamento Jurídico do Estado, criado pela Lei nº 17.330/47 e subordinado à Secretaria de Justiça.

Em 1954 o Departamento Jurídico do Estado foi reorganizado criando-se a Procuradoria Geral do Estado – PGE (Lei nº 2829/54), sendo que uma das funções desse novo órgão era prestar assistência judiciária aos necessitados.

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269.

Em 1989 a Constituição do Estado de São Paulo previu em seu artigo 3º que o Estado prestará assistência jurídica, integral e gratuita, aos que declarem insuficiência de recursos, apresentando a Defensoria Pública em seu artigo 103 *caput* como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e à Justiça.

Muito embora o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual tenha previsto prazo de 180 dias contados da data da promulgação da Constituição Estadual para criar a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, esta somente veio a ser “legalizada” dezessete anos depois do previsto.

Durante essa ausência da Defensoria Pública a assistência judiciária ficou a cargo da Procuradoria Geral do Estado. Constatando-se ser esta insuficiente para atender a necessidade, foi instituído entre a PGE e a OAB/SP um convênio de prestação de assistência judiciária gratuita, no qual o advogado presta serviços jurídicos ao assistido e é remunerado pela Ordem dos Advogados do Brasil com verba repassada pela Procuradoria Geral do Estado segundo tabela previamente instituída entre esses parceiros.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo foi instituída somente em 2006 com a Lei Complementar nº 988 de 09/01/2006, restando assim cumprida a obrigação estadual de fornecer advogado aos menos favorecidos, com o que, o exercício do direito passa a ser real e deixa de ser, a princípio, meramente formal.

“Os direitos das pessoas constituem o principal núcleo de sustentação da convivência humana, pois exigem a mútua e recíproca prevalência daqueles valores essenciais ao desenvolvimento de cada cidadão e, por via de consequência, da própria sociedade.

Em nossa história, porém, os direitos das pessoas apresentavam-se, tradicionalmente, como meras declarações solenes, formais e sem efetividade. Verdadeiras leis do céu azul, como eram consideradas as disposições da nossa legislação, nos tempos monárquicos. Belas, mas distantes das pessoas.

A Lei Complementar nº 988, publicada no Diário Oficial do Estado no dia 10 de janeiro de 2006, remodela esta clássica visão dos direitos das pessoas, transmutando-os, de categoria de perfil meramente formal, em realidades concretas, pois exigíveis.¹³³

Define o artigo 2º da Lei Complementar nº 988/2006 que a Defensoria Pública do Estado é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado; tem por finalidade a tutela jurídica integral e gratuita, individual e coletiva, judicial e extrajudicial, dos necessitados, assim considerados na forma da lei.

O artigo 234 da Lei Complementar nº 988/2006 prevê forma suplementar de prestação de assistência judiciária gratuita aos cidadãos carentes por intermédio de convênio firmado com a OAB/SP.

O artigo supracitado vem corroborar a tese da proposta erigida no presente trabalho que é no sentido de demonstrar as vantagens da implantação de convênio jurídico administrado pelo terceiro setor, voltado ao atendimento da população que não possui condições de contratar advogado às suas expensas.

Não obstante a criação da Defensoria Pública Estadual, cobrindo-se assim a lacuna constitucional, o Estado entendeu por bem não extinguir o convênio com a OAB; muito pelo contrário, reconhece legalmente o sucesso da administração do convênio jurídico efetivado pelo terceiro setor no momento que institui um Título específico na Lei Complementar para cuidar do assunto. (Lei Complementar nº 988/2006, Título VI).

O convênio jurídico foi estabelecido inicialmente pela assinatura do Procurador Geral do Estado Adjunto devidamente autorizado pelo Governador do Estado de São Paulo no Processo nº FAJ nº 175/2002 entre a Procuradoria Geral e a OAB/SP, com o objeto de prestação de assistência jurídica integral e gratuita à população carente no Estado de São Paulo conforme plano de trabalho de fls.

¹³³ Lei da Defensoria Pública – São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. Apresentação de Cláudio Lembo.

182/183 do Processo FAJ nº 172/2002. Tal convênio foi assinado em 12/07/2002 e segundo cláusula 11ª teria vigência de sessenta meses a partir de 10/07/2003.

O critério utilizado pela Procuradoria para aferir a situação de beneficiário de assistência judiciária gratuita é a renda familiar, que não deve ser superior a três salários mínimos.

Verificamos que a Lei Complementar nº 988/2006, que instituiu a Defensoria Pública recepcionou o convênio jurídico entabulado entre a PGE e a OAB/SP, não existindo mais prazo de vigência para o convênio; de fato há um reconhecimento governamental de que o convênio de assistência jurídica entabulado com o terceiro setor é relevante e deve perdurar, mesmo que de forma suplementar, como no caso em espécie.

Segundo preceito constitucional, a assistência judiciária deverá ser integral, ou seja, conter não só a assistência dita “curativa”, isto é, defesa ou exigência de direitos no Judiciário, mas também conter aconselhamento jurídico, informação jurídica e atuação extrajudicial, restando tarefa muito ampla para ser devidamente cumprida por um único órgão.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo deverá não só atender o preceito constitucional contido no artigo 5º LXXIV, mas ainda alcançar a intenção constitucional de uma sociedade mais justa e igualitária, pois no desempenho de suas funções deverá buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalidade, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais. (Lei Complementar nº 988/2006, artigo 3º)

Verifica-se que a criação da Defensoria Pública não terá o condão de dar efetividade ao acesso à justiça. Será necessário que ela lance mão de convênios para o autêntico atendimento ao quanto previsto em lei e, mais uma vez, apontamos o terceiro setor como elemento verdadeiramente capaz de auxiliar a Defensoria Pública no atendimento da população em todas as suas necessidades.

Os supracitados convênios de assistência jurídica poderão ser instituídos pelo Defensor Público-Geral do Estado com base em suas atribuições previstas no artigo 19 XIII e com fundamento no artigo 7º *caput* e seu § 2º. (Lei Complementar nº 988/2006)

Artigo 7º - À Defensoria Pública do Estado são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, e subordinação ao disposto no artigo 99, § 2º, da Constituição Federal, cabendo-lhe especialmente:

§ 2º - Os atos de gestão da Defensoria Pública do Estado, inclusive no tocante a convênios, contratações e aquisições de bens e serviços, não podem ser condicionados à apreciação prévia de quaisquer órgãos do Poder Executivo.

Artigo 19 - São atribuições do Defensor Público-Geral do Estado, dentre outras:

XIII - firmar convênios com órgãos ou entidades, nacionais ou estrangeiras, visando à consecução das atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado.

Atualmente o único convênio nesse sentido é o firmado com a OAB/SP. Contudo, esta entidade não é capaz de dar conta do volume da necessidade de atendimento, e mais: sua atuação é eminentemente contenciosa na defesa e ajuizamento de ações, não atendendo ao quanto determinado na legislação vigente.

5 FATORES DE OBSTRUÇÃO DO JUDICIÁRIO

Uma vez que a pretensão é viabilizar o acesso à justiça, faz-se necessária a pontuação dos obstáculos encontrados no Judiciário, os quais serão demonstrados a partir das conclusões do “Projeto de Florença”. Este, em linhas gerais, elenca como elementos desfavoráveis ao Judiciário e ao acesso à justiça as custas judiciais, a possibilidade das partes e os problemas especialmente ligados aos interesses difusos.¹³⁴

5.1 CUSTAS JUDICIAIS

Na atualidade, os litígios são solucionados por intermédio da interferência do Estado, representado pelo Poder Judiciário. Para se ter acesso ao aparelho estatal solucionador das demandas existem custos e despesas de grande monta. Tais valores são destinados ao custeio do próprio Tribunal e das demais “ferramentas” necessárias para acessá-lo. E o advogado constitui, sem sombra de dúvida, na maioria dos casos, parcela significativa das despesas para o indivíduo que resolve litigar.

O custo envolvido na maioria dos sistemas judiciários mundiais é bastante dispendioso, representando o maior obstáculo do acesso à justiça. Necessário se faz observar, inclusive, que nos países que adotam o sistema da sucumbência, o problema cresce em demasia, vez que o litigante vencido arcará com todos os custos processuais, inclusive com os da parte contrária.

¹³⁴ Um estudo brasileiro coordenado por Maria Tereza Sadek aponta como obstáculos à ampliação e democratização do acesso à justiça a falta de informação, os altos custos do processo, a lentidão burocrática, o excesso de “formalismo” e as diferenças entre as partes. SADEK, Maria Tereza. Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Série de pesquisas nº 23, p. 94.

A problemática do custo processual agiganta-se ainda quando tratamos especialmente das causas de pequena monta, já que em muitos casos, o valor despendido na demanda será superior ao direito pretendido.

Outro fator que contribui com a “inflação” do custo judicial é o tempo gasto para a solução do litígio. É imperioso declarar que tal questão aprofunda, sobremaneira, a dita supremacia dos economicamente mais fortes sobre os menos favorecidos, sendo certo que por diversas vezes estes últimos acabam invariavelmente por desistir da demanda ou aceitam acordos inferiores ao direito pleiteado.

5.2 POSSIBILIDADE DAS PARTES

Quando tratamos dos obstáculos do acesso à justiça, é preciso mencionar que a possibilidade das partes certamente pode variar de acordo com os recursos financeiros disponíveis, o grau de informação (educação, cultura, cidadania) e a habitualidade em litigar no Poder Judiciário.

O desequilíbrio econômico entre as partes pode representar uma arma poderosa a favor de um dos pólos processuais, vez que o mais favorecido terá plena condição de exercer o seu direito ao custo e tempo necessários.

Outro ponto no qual a condição financeira determina a diferença é no tocante ao reconhecimento de um direito juridicamente exigível. Os mais abastados são melhor instruídos e têm acesso aos meios de informação atualizados. Vale ressaltar ainda o fato de que, nesse caso, a contratação de um profissional da advocacia para assessoria certamente não constituirá um obstáculo.

A barreira psicológica enfrentada pelos indivíduos, no sentido de temer a busca do Judiciário e de um advogado, é outro elemento ligado à condição financeira do indivíduo. Pessoas “simples”, de menor poder aquisitivo, sentem-se intimidadas em ambientes formais, postadas diante de autoridades judiciárias.

Necessário se faz ainda apontar a desconfiança latente contra a classe dos advogados, como condição que certamente tem o condão de afastar os indivíduos do uso dos serviços dos profissionais que operam o direito.

Infelizmente, os profissionais do foro não gozam, no momento, de uma boa percepção moral da opinião pública. Fato é que existem pessoas que muitas vezes preferem abster-se de exigir um direito a ter que assinar uma procuração e constituir um advogado, pois acham que serão ludibriadas a começar pelo seu patrono.

A capacidade financeira possibilita ainda a condição do indivíduo tornar-se um “litigante organizacional”¹³⁵. Aquele que tem habitualidade em litigar terá alguns diferenciais sobre a parte contrária. Entre essas vantagens, podemos citar a habitualidade com o ambiente do Poder Judiciário, a economia de escala, a oportunidade de desenvolver relações informais com o funcionalismo público, a diluição do risco, o teste de algumas “estratégias jurídicas” e o melhor planejamento do desenvolvimento do litígio em razão das experiências pretéritas, dentre outras mais.

Lamentavelmente, o melhor exemplo que podemos trazer do “litigante organizacional” é o próprio Estado brasileiro, sendo certo que este é, estatisticamente, o que mais consome o tempo do Poder Judiciário com demandas em que se vê envolvido.

¹³⁵ Aqui é preciso trazer a baila lição dos brilhantes professores Capelletti e Garth, em seu livro “Acesso à Justiça”, obra aqui já citada, que, ao conceituar “litigantes organizacionais”, assim nos dizem: “O professor Galanter desenvolveu distinção entre o que ele chama de litigantes eventuais e habituais, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre os indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco freqüentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. (...) os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar empresas no sentido de se tirarem vantagens de seus direitos, o que, com freqüência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial.” CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25/26.

5.3 COMPLEXIDADE DA DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS

A chamada “terceira geração de direitos”¹³⁶ que contém em seu bojo os direitos de solidariedade, carece de acessibilidade perante à Justiça em razão da dificuldade de organizar a coletividade para exigí-los.

Acerca desses direitos, necessário se faz mencionar brilhante passagem da extensa obra do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que assim nos ensina, *in verbis*:

“Esses direitos são difusos, na medida que não têm como titular pessoa singularizada, mas “todos” indivisamente. São direitos pertencentes a uma coletividade enquanto tal.”¹³⁷

O ilustre mestre Mauro Cappelletti fundamenta tal dificuldade de forma clara e explícita, como bem podemos ver:

“(...) é que, ou ninguém tem direito à corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.”¹³⁸

É de se concluir, portanto, que esses direitos dificilmente são deduzidos na Justiça, pois o Poder Judiciário, para agir, depende, em consagração a princípio de nosso direito processual, de provocação. Desse modo, o direito que é da

¹³⁶ Como conceituação de direitos de terceira geração, assim nos socorre o professor Ricardo Cunha Chimenti, em sua obra Curso de Direito Constitucional, *in literis*: “A fraternidade ou a solidariedade é o fundamento dos denominados direitos de terceira geração. Acima da proteção individual, encaram a necessidade de proteção do corpo social, do gênero humano. Neles se incluem a proteção ao meio ambiente, ao progresso, ao patrimônio comum da humanidade, à paz, à autodeterminação dos povos, à defesa do consumidor, à infância e juventude, à comunicação. A moderna doutrina os agrupa entre os direitos difusos e coletivos, cuja concretização só é possível se houver cooperação entre os povos, o que comprova que seu fundamento é a fraternidade ou a solidariedade.” CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando, ROSA, Marcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.

¹³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional, 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 306.

¹³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 26.

responsabilidade de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém, por vezes acaba sem os cuidados necessários para abarcar sua correta pretensão.

O Estado, embora tenha o poder-dever de resguardar esses direitos, em muitas ocasiões é falho. Por vezes, é, inclusive, o próprio violador deles. Dessa maneira, na maioria das oportunidades, cabe à sociedade civil a incumbência de organizar-se para promover a proteção dos direitos coletivos aqui tratados. Não seria necessário sublinhar que tal fato constitui, em nossa opinião, enorme obstáculo ao efetivo acesso à justiça.

6 TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL

O sistema judiciário encontra-se em crise e o terceiro setor em muito pode contribuir para a sua melhoria.

A principal característica do Estado de direito, enquanto modelo de regulamentação, é o sistema legal.

Entende-se por sistema legal o conjunto de normas positivadas, isto é, postas pelo Estado, no sentido de que fora do direito estatal inexistente direito; é o monismo jurídico.

A lei onipresente a tudo regulamenta; inexistente relação social que não seja passível de estar legalizada; a ação do cidadão será sempre legal ou ilegal e as relações sociais deverão ser relações legais.

Fora das leis e dos Tribunais inexistente justiça; O monismo jurídico reduz as relações sociais a relações legais e a justiça à justiça legal, isto é, à justiça estatal.

A economia informal é um forte indicador da ambição irrealizada do monismo jurídico, pois economia informal é economia ilegal. Nos dizeres de Joaquim Falcão as relações econômicas, por vezes, escapam à lei.¹³⁹

Nessa linha, aponta ainda o Professor Joaquim Falcão que a lentidão e o difícil acesso ao Judiciário são fortes indicadores da ineficácia e da ambição irrealizada do monismo jurídico.

O Judiciário é o órgão encarregado da prestação do serviço jurisdicional, encontrando-se atualmente em plena crise, especialmente no Estado de São Paulo,

¹³⁹ FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed., 2006.

onde um processo leva em média sete anos para percorrer a primeira e segunda instância, enquanto que no Rio de Janeiro, Estado vizinho, a média é de dois anos.

Em consonância com estudo realizado por Maria Tereza Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo¹⁴⁰, restou constatado que quanto maior o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano)¹⁴¹ de uma região, maior será a procura pelo Judiciário, ou seja, quanto melhor o nível de escolaridade, de renda e de longevidade, maior o crescimento pela demanda dos serviços judiciários. Isso remete ao fato de que o conhecimento dos direitos conduz ao efetivo exercício destes, à efetiva busca pelo Judiciário, constituindo o operador do direito importante elo entre o indivíduo e a informação jurídica.¹⁴²

O estudo coordenado por Maria Tereza Sadek demonstra que os maiores índices de processos interpostos no Judiciário brasileiro concentram-se em uma fatia específica da população, as ocupantes das regiões sul, sudeste e centro-oeste; nas demais regiões nota-se uma brusca diminuição na procura pela prestação jurisdicional. Nas regiões menos desenvolvidas verifica-se que o indivíduo aproxima-se do Judiciário praticamente quando é compelido, como nos casos das demandas criminais.

Como já apontado, a democracia é garantida pelo ordenamento jurídico, pelo direito à ação, pela prestação jurisdicional. Assim, a ampliação do acesso à justiça é meio garantidor da manutenção da democracia.

O acesso à Justiça desempenha um importante papel no processo democrático, pois habilita o cidadão a defender seus interesses e permite à

¹⁴⁰ SADEK, Maria Tereza. Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Série de pesquisas nº 23 – O Judiciário e a Prestação de Justiça.

¹⁴¹ O Índice de Desenvolvimento Humano – IDH – foi criado para o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, por uma equipe liderada pelo conselheiro especial Dr Mahbub ul Haq. O IDH resulta da combinação de três dimensões: 1) longevidade (medida pela esperança de vida ao nascer); 2) educação (medida pela combinação da taxa de alfabetização de adultos, com peso 2/3, e da taxa de matrícula nos três níveis de ensino, com peso 1/3); 3) renda (medida pelo PIB *per capita*, expresso em dólares PPC, ou “paridade do poder de compra”). Fonte *ibid* p. 17.

¹⁴² “É notável como quanto mais alto é o IDH, melhor é a relação entre processos interpostos e população. Ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano.” SADEK, Maria Tereza. Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Série de pesquisas nº 23, p. 20.

sociedade a solução pacífica dos conflitos. A ampliação do acesso à Justiça incrementa a *accountability* horizontal, na medida em que instrumentaliza o cidadão para a defesa de seus interesses, e oferece possibilidades de participação política, principalmente na defesa de interesses difusos e coletivos.¹⁴³

A resposta social construtiva e alternativa caminha no sentido do pluralismo jurídico, onde as demandas são solucionadas por centros normativos¹⁴⁴ e processos de negociação, como no caso da mediação e arbitragem.

O terceiro setor tem capacidade de apresentar-se como um centro de soluções de demandas sociais, ou ao menos figurar como facilitador do acesso à justiça no momento em que fornece assistência judiciária.

No entanto, vale pontuar que o terceiro setor é composto por grupos de interesse e, portanto, seria temerária a sua existência sem o contraponto do Estado, sob pena de incorrerem em uma ditadura das minorias, pelo que o terceiro setor surge como uma alternativa para auxiliar, um elemento catalizador do acesso à justiça e não um substituto do sistema judiciário existente.

6.1 TRATAMENTO LEGAL E AS SOLUÇÕES DETECTADAS NO DIREITO COMPARADO

A melhoria do acesso à justiça deverá ser composta de uma gama de reformas no Poder Judiciário, na cultura dos indivíduos, na facilitação de obtenção de recursos financeiros para custeio da demanda e na facilitação do acesso à advogados, dentre outras incontáveis providências.

¹⁴³ FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed., 2006.

¹⁴⁴ “As associações de moradores, os sindicatos, as delegacias de polícia aplicando normas não escritas são os verdadeiros tribunais de justiça para a maioria dos brasileiros. Os conflitos interindividuais estão sendo resolvidos muito mais nas ruas e favelas do que no fórum. No cara-a-cara e no corpo-a-corpo, muito mais do que pela intermediação dos advogados.” FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed., 2006, p. 29.

Faz-se oportuno agora nos concentrarmos no aspecto do advogado, que segundo estudos realizados no “Projeto de Florença” constitui uma das maiores barreiras do acesso à justiça por impingir razões financeiras e psicológicas sobre o indivíduo.

É cristalina a dificuldade de transformar direitos formais em vantagens concretas para as pessoas comuns. Contudo, os juristas têm a obrigação de buscar a maior aproximação possível da garantia material desses direitos.

O advogado é elemento indispensável à administração da justiça. É o operador do direito, instrumento pelo qual o indivíduo conhece o seu direito e o faz valer.

Dessa forma, a melhoria do acesso ao advogado automaticamente conduzirá a melhoria do acesso à justiça.

6.1.1 Assistência judiciária gratuita

Como já explanado, a questão financeira e cultural constitui a barreira mais relevante ao acesso à justiça. Assim, os menos favorecidos deverão ser assistidos sob pena de inviabilização do exercício de seus direitos. Para tanto se faz necessário o fornecimento dos serviços jurídicos de forma gratuita ou parcialmente custeada.

Inicialmente, essa assistência era promovida de forma particular e gratuita por parte dos advogados, em caráter de benemerência. Contudo, esta não representa a melhor forma de assistência aos menos favorecidos.

O serviço prestado de forma benemérita é um serviço que carrega o estigma “de favor”, tendente a uma menor qualidade, bem como o “cliente” não reconhece na relação o direito de exigir a excelência na prestação do serviço do advogado.

Esse sistema *pro bono* não constitui meio eficiente de fornecimento de serviços jurídicos, visto que em um sistema capitalista os profissionais devotam a maior parte de seu tempo, quiçá a totalidade, em prol dos clientes que o remuneram, pelo que mais uma vez os menos favorecidos terão seus direitos relegados ao esquecimento ou desconhecimento.

Na tentativa de manter e/ou aumentar a advocacia benemérita, alguns países como a França, a Alemanha, a Itália e outros, na segunda metade do século XIX promulgaram leis que estabeleciam aos advogados a obrigação de atendimento gratuito aos pobres.

Esse expediente não resolve a situação. Dessa forma, o Estado começou a assumir a incumbência de custear o advogado para os mais necessitados. Tal fato ocorria normalmente em países cujo regime era social-democrata.

A Alemanha em 1919 custeou somente as despesas que o advogado dispendeu durante a assistência judiciária gratuita. O operador do direito somente passou a receber seus honorários em 1923, observando-se que essa assistência judiciária gratuita era extensiva a todos que a pleiteassem.

Na Inglaterra, o assunto passou a ser melhor tratado a partir de 1949 com a edição da *Legal Aid and Advice Scheme* (Lei de Assessoramento e Patrocínio Jurídico).

Essas ações iniciais foram acanhadas e limitadas, mas constituíram o marco inicial no sentido de mudar a advocacia de caridade para uma advocacia de programa.

Somente a partir da década de 60 é que o assunto teve o impulso que necessitava e a assistência jurídica passou a ser uma das maiores preocupações da reforma do Judiciário.

Apontamos como marco inicial a reforma de 1965 promovida pelos Estados Unidos com o *Office of Economic Opportunity* (OEO).

Uma das mais importantes alterações foi que o “OEO decidiu que os programas de serviços jurídicos incluíam-se entre os programas de ação comunitária”¹⁴⁵, fato que passou a autorizar a destinação de verbas federais para programas aprovados de “ação comunitária”, resolvendo assim um entrave legal de obtenção de rubrica orçamentária, lacuna que impedia a obtenção de recursos financeiros governamentais.

A França substituiu o sistema da assistência judiciária benemérita pela custeada pelo Estado somente em 1972, com a chamada *securité sociale*.

A Suécia e a Inglaterra alteraram seus programas na seqüência francesa, ressaltando-se que houve preocupação não só com o custeio dos honorários advocatícios da área contenciosa, mas também quanto à advocacia preventiva.

Quebec no Canadá em 1972 instituiu seu primeiro programa de assistência judiciária gratuita financiada pelo Estado. Nesse mesmo ano a Alemanha promoveu a melhoria de seu sistema de assistência judiciária implantado desde 1919.

Os Estados Unidos em 1974 desenvolveram ainda mais os serviços com a promoção da *Legal Services Corporation*.

Nessa época, a Áustria e a Holanda também reviram seus programas por intermédio da melhoria do pagamento dos honorários advocatícios, bem como a Austrália e a Itália promoveram reformas progressivas.

Houve uma onda de desenvolvimento nos sistemas de assistência judiciária em vários países que ultrapassaram, inclusive, o conceito de mera assistência gratuita conforme veremos a seguir.

¹⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 33.

“Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. Tem havido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradicionais quanto novos, dos menos privilegiados.”¹⁴⁶

6.1.2 Sistema *judicare*

“Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadram nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado.”¹⁴⁷

Tal assistência é implantada na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha. Trata-se de um sistema que visa não só a fornecer advogado gratuito aos desfavorecidos financeiramente, como também fornecer profissional do mesmo “quilate” do contratado particularmente, minimizando assim a barreira financeira que influencia na qualidade e experiência do profissional contratado. Em muitos casos o desequilíbrio técnico entre os patronos da ação pode definir o destino de uma demanda.

Na Inglaterra, verificada a viabilidade jurídica do pedido do litigante, este poderá escolher um advogado dentre uma lista para patrocinar sua causa, observando-se que a remuneração paga pelo Estado é tão condizente com a paga pelo mercado que praticamente todos os profissionais habilitam-se a prestar tal serviço.

O problema do sistema é que o indivíduo deverá encaminhar inicialmente o pedido de assistência judiciária para ser analisado, para posterior aprovação da

¹⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67.

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 35.

assistência gratuita. Observa-se também que esse sistema não inclui alguns Tribunais especiais.

O sistema *judicare* da França ultrapassa o conceito da assistência ao pobre e passa a fornecer auxílio decrescente para famílias com mais de quatro membros, para pessoas com rendimento mensal de até 2.950 francos, ou em casos importantes independentemente da condição financeira do litigante.

Não obstante o sistema de fornecimento de assistência judiciária tenha progredido muito, não fica isento de críticas e, tampouco, constitui um modelo perfeito.

Uma das maiores críticas é no sentido de que o sistema *judicare* busca minimizar a barreira financeira para os menos favorecidos, porém não elimina ou diminui as outras barreiras. O indivíduo precisa reconhecer seu direito e buscar auxílio a partir de iniciativa própria; não existe uma preocupação com as barreiras culturais e psicológicas que ainda serão enfrentadas pelos desvalidos financeiramente.

Falta uma política de informação e promoção de cidadania de sorte a encorajar ou habilitar o advogado a auxiliar os mais carentes a reconhecerem e compreenderem seus direitos, ficando assim o sistema *judicare* relegado à promoção de litígios criminais e de família, restando os direitos de terceira geração relegados ao esquecimento.

Novamente citamos a barreira psicológica como um dos obstáculos mais relevantes, pois em muitos casos o carente reconhece seu direito, mas sente-se intimidado quanto a buscar auxílio em função da disparidade geográfica e cultural que separa os assistidos dos advogados.

Outra crítica ao sistema *judicare* é que este trata os pobres individualmente, negligenciando sua situação como classe. Existem problemas comuns a todos os carentes que deveriam ser tratados de forma coletiva e não o são; por vezes remédios meramente individuais não são adequados.

Embora o sistema *judicare* represente um grande avanço no sentido de assistir e promover o acesso à justiça dos menos favorecidos financeiramente, este ainda é limitado porquanto se restringe aos reclamos individuais, restando relegados ainda os direitos difusos e coletivos, bem como esse sistema não provê de forma eficiente a ação comunitária ou a educação comunitária.

6.1.3 Sistema de advocacia assalariada pelo Estado - “Escritórios de Vizinhança”

A principal diferença entre este sistema e o *judicare* é o objetivo final: o *judicare* busca exclusivamente o atendimento da pessoa enquanto indivíduo, ao passo que esta proposta busca também atendimento da coletividade carente enquanto classe.

Essa visão moderna de assistência judiciária foi implantada nos Estados Unidos pelo *Office of Economic Opportunity* mediante a instituição dos “escritórios de vizinhança”. São advogados pagos pelo Estado para promover os interesses dos pobres enquanto classe.

Esse sistema busca a promoção da ação comunitária e da educação comunitária, de tal forma que os pobres tenham consciência de seus novos direitos e de fato busquem a assistência necessária para deles se valerem. Notamos que este fato constitui uma busca da minimização das barreiras culturais e psicológicas enfrentadas pelos pobres. Verifica-se que é um sistema mais abrangente porque busca diminuir os obstáculos do acesso à justiça sob vários ângulos.

O modelo dos denominados “escritórios de vizinhança” é baseado em pequenos escritórios localizados nas comunidades carentes. Os advogados são capacitados previamente para atender aos necessitados de tal maneira que esses profissionais tenham condições de compreender e auxiliar na desobstrução das barreiras psicológicas e culturais enfrentadas pelos carentes ao procurá-los.

E, por final, esses escritórios buscam ampliar os direitos dos menos favorecidos enquanto classe por intermédio de casos-teste, atividade de *lobby*, ou outras que auxiliem na mudança legislativa, de tal sorte que a comunidade carente tenha seus direitos ampliados.

Esse sistema, além de diminuir outras barreiras além da meramente financeira enfrentada pelos pobres com relação ao acesso à justiça, é um sistema que cuida dos interesses difusos e coletivos dos carentes. Outro ponto importante que lhe é pertinente é que constitui forma de especializar e aprimorar tecnicamente profissionais voltados para os problemas da população carente.

Um profissional familiarizado com o atendimento de problemas individuais dificilmente terá capacidade para entender os problemas enfrentados pelos pobres ou destes enquanto classe, fato agravado ainda mais se o advogado está familiarizado com demandas pagas por particulares que notadamente possuem uma condição financeira diferenciada.

Nesse aspecto, o “escritório de vizinhança” cria uma vantagem competitiva no Judiciário que é a de se tornar um litigante organizacional, e com isto, minimizar o custo e ampliar o conhecimento técnico da matéria. Esse modelo norte-americano é dirigido aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pela comunidade carente enquanto classe.¹⁴⁸

As críticas a esse sistema são com relação à dificuldade de moldar tais advogados, conter a agressividade de atuação dos mesmos, evitar a negligência para com os casos individuais, coibir a visão paternalista gerada em relação aos carentes, e o mais sério dos problemas, o qual, talvez, de fato mereça crítica, é quanto ao financiamento desse sistema que fica dependente de forma exclusiva do Estado, acontecendo de muitas vezes esses escritórios serem remunerados para se contraporem a políticas governamentais.

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 41.

Não obstante as críticas existentes ao sistema, verificamos que este busca soluções para ultrapassar as barreiras do acesso à justiça em caráter mais global, constituindo um sistema de assistência mais completo, pois prevê o atendimento dos problemas individuais e coletivos de forma especializada e com cunho organizacional.

6.1.4 Sistema híbrido

Na tentativa de alcançar um modelo ideal surge um terceiro sistema oferecido e inaugurado pela Suécia e pela Província de Quebec, no qual o assistido pode escolher entre a contratação de um advogado particular subvencionado pelo Estado e o atendimento de um advogado servidor público.

“Este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres. Dessa forma, tanto as pessoas menos favorecidas, quanto os pobres como grupo, podem ser beneficiados.”¹⁴⁹

Em complementação ao sistema de assistência judiciária, na Grã-Bretanha, foram criados centros de atendimento denominados *Law Centres*. Estes estão localizados em áreas pobres, compostos de um a quatro advogados, em regime de tempo integral, havendo muitas vezes um profissional habilitado para atuar nos Tribunais Superiores. Contudo, eles são proibidos de atuar em casos de família e transferência de propriedade, o intuito sendo o de minimizar a competição entre esses advogados e os particulares.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 44.

Outra diferença relevante é o fato de que esses centros possuem outras fontes de custeio além da governamental, recebendo auxílio de entidades beneficentes particulares, de autoridades locais e do fundo especial do *Lord Chancellor*.

A Suécia avança ainda mais no sentido do pleno acesso à justiça, passa a fornecer assistência subsidiada também à classe média, além do que combina previdência privada com assistência judiciária.

Não obstante haver o subsídio dos honorários advocatícios para o assistido, restava ainda a solução para o reembolso da sucumbência do vencedor não assistido, pois o Estado garantia o acesso ao advogado, mas não se responsabilizava pelo ônus sucumbencial, o que acabava por representar um peso financeiro muito grande ao vencedor. Na Suécia tal lacuna foi preenchida pela aquisição de seguro que cobre os custos com a derrota judicial, tanto os judiciais quanto os extrajudiciais.

6.1.5 Representação dos interesses difusos

Mesmo que fosse superada a lacuna de acesso à justiça quanto aos temas ligados aos direitos individuais dos menos favorecidos, restaria ainda os problemas relacionados ao grupo, os chamados interesses difusos e coletivos que por vezes atingem não só os menos favorecidos, mas também a sociedade como um todo.

Um dos maiores entraves na defesa dos interesses difusos está relacionado à definição da titularidade da representação processual. A principal solução encontrada foi instituir entes governamentais responsáveis pelo assunto. Entretanto, esta não representa a melhor solução, tendo em vista que esses entes estão sujeitos a pressões políticas.

No caso brasileiro, os elementos responsáveis por tal encargo são o Ministério Público e a Procuradoria do Estado, e mais recentemente, no caso paulista, a Defensoria Pública.

“Essa condição, se, de um lado, pode inspirá-lo, pode, também inibi-lo de adotar a posição independente de um ‘advogado do povo’ contra componentes poderosos do *establishment* ou contra o próprio Estado.”¹⁵⁰

Na tentativa de preencher essa lacuna, o Estado cria agências públicas regulamentadoras especializadas por assunto, porém estas são muito mais tendentes a atender aos interesses corporativos do Estado do que controlá-lo e quando a matéria não diz respeito ao Estado, a sociedade não logra êxito em organizar-se de forma a criar pressão capaz de influenciar a decisão da agência reguladora.

Os Estados Unidos em 1974, buscando aprimorar o sistema de defesa dos interesses difusos, cria o “advogado público” que tem por missão defender os interesses não representados dos consumidores, do meio ambiente, dos idosos e outros interesses não organizados.

A Suécia criou a figura do *Ombudsman*¹⁵¹ do Consumidor em meados de 1970, com a finalidade de defender os interesses coletivos e fragmentados dos consumidores, tendo por objetivo impedir as práticas nocivas de propaganda e publicidade e negociar cláusulas de contrato padrão com as empresas fornecedoras dos serviços.

¹⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 52.

¹⁵¹ A figura do *ombudsman* surge pela primeira vez na Suécia em meados de 1809 para prevenir conflitos entre as autoridades administrativas e os cidadãos. Esse mecanismo era de solução rápida e não contava com a interferência, à época, da via judicial. Atualmente, contudo, a figura do *ombudsman* sofreu uma ampliação, abrangendo as funções de “defensor do povo”, “ouvidor” ou “procurador dos direitos humanos” é a de fiscalizar a administração pública, ou num sentido mais amplo, em alguns países, fiscalizar a atividade administrativa, a judicial e mesmo a militar.”LAGUARDIA, Jorge Mario García. Artigo: Os defensores do povo e os direitos humanos na América Latina. Cadernos Adenauer 3: Acesso à justiça e cidadania. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 12.

A figura do *Ombudsman* é uma instituição que complementa os sistemas e procedimentos de controle jurídico do poder público e em especial da administração, atuando de forma simples, rápida e informal.

Em alguns países como os Estados Unidos, a Itália, o Estado alemão da Bavária, dentre outros, essa figura permite que em certos casos os indivíduos, ou as associações proponham ações em defesa dos interesses difusos e coletivos. É a chamada técnica do procurador-geral privado ou demandante ideológico.

A Austrália e a Grã-Bretanha permitem que grupos privados ou pessoas obtenham permissão do procurador-geral para representarem em juízo interesses públicos por intermédio da “ação delegada” que será supervisionada e controlada pelo procurador-geral.

Com o intuito de atender a essa demanda de interesses difusos foram criados nos Estados Unidos as “Sociedades de Advogados do Interesse Público”, mantidas por contribuições filantrópicas ou por Fundações. Esses profissionais inicialmente foram hostilizados por parte da classe dos advogados, porém a *American Bar Association* evoluiu sua visão a ponto de reconhecer a responsabilidade geral da profissão jurídica no sentido de prover serviços jurídicos de interesse público.¹⁵²

6.1.6 Prestação dos serviços jurídicos de forma alternativa

O advogado constitui profissional financeiramente custoso e barreira importante contra o acesso à justiça, tendendo as soluções a pender para o caminho mais fácil, que é a tentativa de minimizar a necessidade de atuação do advogado. Contudo, a assistência deste profissional é importante não só pela qualidade da defesa e representação dos interesses em juízo, mas ainda porque

¹⁵² CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 64.

auxilia as pessoas a se tornarem mais conscientes e participativas quanto às questões particulares e governamentais.

A questão fundamental não é minimizar a presença dos advogados, e sim, como tornar a assistência jurídica de alta qualidade acessível a todos. As soluções encontradas foram no sentido de utilizar os paraprofissionais (estagiários) e planos de seguro ou serviços jurídicos em grupo.

Como exemplo citamos os Estados Unidos, onde temos as “clínicas jurídicas”, que são escritórios acessíveis, localizados em área suburbana e que atendem aos finais de semana, inclusive no período noturno, horário em que os indivíduos residentes locais não estão no trabalho.

Os parajurídicos não são advogados. Possuem apenas certa formação jurídica. A utilização desse profissional tem ocorrido para diminuir o custo e aumentar o acesso à justiça; normalmente são utilizados para realizar pesquisas, investigar as causas e preparar os processos para julgamento. Outro exemplo de utilização é como “advogado leigo” em tribunais de pequenas causas.

Todavia, tais serviços devem ser empregados com parcimônia e preferencialmente com o apoio de um advogado, com o fito simples de diminuir custos e não o de substituir o profissional da advocacia por um profissional mais barato.

De todas as fórmulas criadas, a que de fato minora o custo com os profissionais da advocacia é o plano de assistência jurídica em grupo ou por convênio. Esse plano está entre as reformas de mais amplo alcance tornando de fato o advogado, e portanto, a justiça, acessível especialmente à classe média, aos funcionários públicos de salários inferiores e à classe de baixa renda, que constituem exatamente a faixa desvalida pela assistência judiciária.

”Embora a terminologia ainda não esteja claramente definida, ‘planos de convênio para serviços jurídicos’ podem ser descritos, em traços gerais, como mecanismos através dos quais os indivíduos concorrem com algo

semelhante a uma contribuição social ou um prêmio de seguro, para obterem, sem custos, ou com custos reduzidos, alguns serviços jurídicos pré-determinados, quando surja a necessidade de utilizá-los. O objetivo consiste em distribuir o risco entre todos aqueles que pagam esta mensalidade ou prêmio. Os planos em grupo também podem ser pagos antecipadamente, no sentido de que também envolvem a distribuição dos riscos. Podem, no entanto, simplesmente representar uma relação pela qual os serviços jurídicos se tornem disponíveis, aos membros de um determinado grupo, mediante uma contribuição reduzida.¹⁵³

O pagamento adiantado a que nos referimos é o realizado ao cliente e não necessariamente ao advogado. O valor refere-se ao risco da demanda e não aos honorários.

Os planos de assistência em grupo trazem ao beneficiário várias vantagens, dentre elas a economia de escala, a possibilidade de utilização do advogado tanto para a prevenção quanto para o litígio em si e a distribuição dos riscos da demanda entre os membros do grupo.

Os planos de convênio possuem dois sistemas de escolha do advogado por parte do beneficiário: o sistema aberto e o fechado. No sistema aberto o beneficiário escolhe o advogado de sua preferência e o grupo se responsabiliza pelos honorários deste; já os sistemas fechados restringem a escolha a uma lista de profissionais pré-estabelecidos.

Nota-se que existe a preocupação com a pessoalidade na prestação dos serviços, vez que o beneficiário possui grau de escolha ou a liberdade total de escolha, não havendo o risco da baixa qualidade da prestação dos serviços ou a mercantilização da advocacia, como temem alguns.

¹⁵³CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 147.

Esses seguros possuem inúmeras gradações de cobertura, resguardando não só o pagamento dos honorários advocatícios, mas também as custas processuais e sucumbenciais, dependendo do convênio contratado.

Essa modalidade de assistência por intermédio de convênio em grupo tem sido uma experiência positiva longa e crescente nos países europeus. A modalidade mais comum é o plano pago antecipadamente e com sistema de livre escolha do profissional, sistema operado por seguradoras.

A origem desses seguros jurídicos foi a política de seguros contra acidentes de automóveis. É uma ampliação do seguro do automóvel: o indivíduo segurado recebe cobertura para despesas jurídicas decorrentes da propriedade e utilização do automóvel. Essa lógica foi estendida a outras áreas das relações cotidianas, a ponto de hoje existir cobertura ampla para qualquer assunto, tal como indenização por danos, defesa criminal, causas trabalhistas, seguridade social, direitos contratuais, direitos de família e sucessórios, dentre outros mais.

O sucesso desse modelo de seguro é tamanho que segundo um estudo do Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal Alemão, entre os meses de agosto e setembro de 1975, verificou-se que 39% dos executivos, 50% dos autônomos, 52% dos empregados categorizados do setor público e privado e 45% dos demais trabalhadores tinham cobertura de seguro.

A importância desse seguro pode ser medida pelo volume de transação que é sempre crescente. No caso da Inglaterra, o seguro jurídico torna-se acessível por intermédio da entrada do Lloyd's de Londres, que passa a operar nesse mercado, tornando com isso o seguro acessível ao povo inglês.

Essa modalidade de seguro despertou a atenção na Europa principalmente daqueles que se preocupam com a melhoria do acesso à justiça. Esse sistema de fato torna a máquina do Judiciário acessível a todos em iguais condições, em razão da ampla cobertura dos gastos por um baixo preço de contribuição. Na Suécia aproximadamente 85% da população possui seguro

jurídico, vale dizer que praticamente toda a população sueca tem acesso ao Judiciário em razão da facilidade fomentada pelos seguros.

A crítica que alguns fazem a esse sistema é a falta de interesse das seguradoras em educar seus segurados com relação aos seus direitos, vez que quanto mais litígios menos lucros a companhia seguradora terá.

Em razão da crítica apresentada acima, mais uma vez o convênio de prestação de serviços gerenciados por entidades do terceiro setor representa um modelo mais bem acabado. A entidade não tem fins lucrativos e, portanto, não tem interesse em reprimir a demanda daqueles por ela assistidos, bem como tem interesse na educação de seus associados, outorgando-lhes plenas condições de exercer a cidadania.

Um claro exemplo de que representa esta a melhor escolha é o exemplo que temos nos Estados Unidos, onde a preferência de contratação é pelos planos fechados geridos sem fins comerciais, ou por grupos subsidiados pelos membros de sindicatos. Esse modelo é da prestação dos serviços em grupo ou mediante convênio. Observa-se que o atendimento prestado pelo sindicato vai além das demandas trabalhistas, abrangendo todas as demais áreas do direito.

A oposição aos convênios jurídicos por parte das entidades de classe dos advogados foi tida pela Suprema Corte daquele país como negação de um direito fundamental que é o de acesso à justiça.

Nos Estados Unidos, essa modalidade de convênio jurídico tem crescido exponencialmente com oferecimento de diversos tipos de planos, inclusive a modalidade aberta, e após alguns anos de incerteza, essa prestação de serviço jurídico está começando a cumprir o seu efetivo potencial de fomentar o acesso à justiça para as classes média e baixa.

Em 1969 a estimativa era da existência de 300 programas de convênio jurídico; em 1974 alcançaram o número de 3000 e em 1975 chegaram a 5000 convênios registrados, observando-se que esses números são crescentes.

“Esses planos emergentes tendem a enfatizar a ‘prevenção’ e a educação a respeito dos direitos dos cidadãos . Tem sido mesmo afirmado que esses planos serão capazes não só de prover a representação para indivíduos, mas também de promover os interesses difusos do grupo”.¹⁵⁴

Essa modalidade de prestação de serviços jurídicos por intermédio de convênios acaba por incentivar a mobilização dos indivíduos enquanto grupo a perseguir seus direitos, ganhando com isso não só informação, mas também força política para fazê-los valer.

“Os planos de serviços jurídicos são instrumentos potenciais para a mudança social. Os membros do grupo cujas necessidades jurídicas são atendidas pela primeira vez tornam-se conscientes da existência e exigibilidade de direitos que afetam profundamente sua posição na sociedade. A reivindicação sistemática desses direitos pode levar a alterações fundamentais do tecido social.”¹⁵⁵

6.2 TRATAMENTO LEGAL E AS SOLUÇÕES ADOTADAS NO PANORAMA DO DIREITO BRASILEIRO

Diante da grande complexidade da sociedade atual, não é difícil perceber que o monopólio da justiça pelo Poder Judiciário está em crise e necessita de reformas urgentes para suportar o aumento da demanda, bem como para conseguir dar efetividade ao princípio do livre acesso à justiça a todos os cidadãos, sem distinção.

¹⁵⁴CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 154.

¹⁵⁵CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 155, nota 379.

Em face dos problemas que essa função de poder do Estado enfrenta, este não tem condições de atingir os resultados que visa a alcançar, ou seja, a composição dos conflitos e a manutenção da paz social.

Nesse sentido buscam-se novos mecanismos, dentre eles sendo apontados como meios de ampliação ao acesso à justiça no Brasil o juizado especial cível e criminal, a modernização do Judiciário, a reforma processual que torna a prestação jurisdicional mais célere, a conciliação e arbitragem extrajudicial, a assistência jurídica gratuita e recentemente a súmula vinculante.

6.2.1 Juizados Especiais

A criação dos Juizados Especiais partiu do Ministério da Desburocratização na década de 80, com a Lei nº 7.244/84, a qual definiu os princípios norteadores de seus procedimentos.

Os Juizados passaram a fazer parte da estrutura do Poder Judiciário com o advento da Constituição de 1988 (artigo 98, inciso I). Sua regulamentação veio com a Lei nº 9.099/95, passando a abranger a esfera cível e criminal, em causas de até quarenta salários mínimos e crimes de pequeno potencial ofensivo.

Com esta nova sistemática, o Poder Judiciário focou o atendimento do cidadão comum com relação às suas demandas oriundas de conflitos de seu dia-a-dia. A estratégia fundamental é a facilitação do acesso à justiça.

“A sistemática dos Juizados Especiais nasceu da constatação de que o cidadão comum, envolvido em causas de reduzido valor econômico ou de menor complexidade, não encontrava no Poder Judiciário a possibilidade de ter respostas rápidas e eficientes. Assim, não tinha o seu conflito resolvido, ou devido às altas custas

processuais ou em decorrência da morosidade e do excesso de formalismo jurídico.”¹⁵⁶

O Juizado Especial é pautado pelos princípios da conciliação, da simplicidade, da informalidade, da oralidade, da economia e celeridade processual e do aumento dos poderes do juiz.

Em alguns Estados brasileiros, cita-se o Amapá, a interposição de ações no Juizado Especial supera em números o da Justiça comum.¹⁵⁷

Em que pese o funcionamento dos Juizados Especiais em algumas comarcas lograr atingir enorme quantidade de ações, para que a justiça seja alcançada por todos, abarcando-os uniformemente, é imprescindível que os Tribunais estejam próximos dos cidadãos. Para isso, algumas experiências estão sendo realizadas, proporcionando àqueles locais mais distantes do Judiciário o deslocamento de todo o aparato judicial, de modo a solucionar os conflitos nos locais onde eles ocorrem, ao que chamam de Justiça Itinerante.

Essa forma de levar a justiça a todos foi desenvolvida inicialmente nos Estados do Amapá e de Mato Grosso do Sul. O projeto foi implantado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul em agosto de 2001, através de unidade móvel e atende a todos os conflitos de competência dos Juizados Especiais e os de família, que podem ser solucionados de forma consensual. A tentativa de conciliação é feita pelos conciliadores voluntários, e, não sendo possível a conciliação, as partes e respectivos autos são encaminhados ao juízo competente, para solução final do conflito, com ampla orientação às partes envolvidas. Além da presença de um juiz de direito, a população dos bairros atendida pela Justiça itinerante também conta com juízes coadjuvantes, que recebem reclamações e realizam audiências dentro de ônibus equipados com infra-estrutura de um cartório normal, com equipamentos

¹⁵⁶ SADEK, Maria Tereza. Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Série de pesquisas nº 23, p. 43.

¹⁵⁷ Estatística retirada da obra: SADEK, Maria Tereza. Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Série de pesquisas nº 23, p. 44.

de informática, gerador de energia e mobiliários, permitindo o atendimento e recebimento das reclamações e a realização das audiências.¹⁵⁸

No Estado de São Paulo, com o intuito de alargar o alcance do atendimento realizado pelo Juizado Especial à população carente, foi criado o “Juizado Itinerante”, constituído de *trailers* que percorrem as periferias mais isoladas. A competência para atendimento é a mesma prevista pelo Juizado Especial prevista na Lei nº 9.099/95.

No sentido de expandir, ainda mais, o alcance dos Juizados Especiais, os Tribunais de Justiça têm realizado convênios com as Universidades com o fito de instalar anexos do Juizado Especial dentro das universidades, tendo por conseqüência imediata o aumento do número de pontos de atendimento da população, a interação da universidade junto à comunidade e o aprimoramento da formação do operador do direito.

6.2.2 Reforma processual

Os estudos quanto aos problemas da justiça sempre apontam para a morosidade do sistema judicial e a dificuldade de acesso à justiça como principais questões que maculam a credibilidade e legitimidade do Judiciário.

Na opinião de Pierpaolo Cruz Bottini e Sérgio Renault, a morosidade do Judiciário não decorre da desídia dos magistrados ou da deficiência estrutural da Justiça. Os juízes prolatam cerca de quatro sentenças ao dia, o que demonstra uma produtividade razoável, e o poder público gasta 3,66% do orçamento na manutenção do sistema judicial, alíquota muito superior a de certos países como

¹⁵⁸ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre: A era dos direitos. Tradução Fabris, 2003, p. 261/262.

Espanha e França. Assim, não é por falta de verbas ou trabalho que a prestação jurisdicional encontra entraves.¹⁵⁹

No entender de Pierpaolo Cruz Bottini e Sérgio Renault pode-se afirmar responsáveis por boa parte da lentidão do Judiciário a excessiva litigiosidade, a pouca racionalidade de algumas normas processuais e o atraso na gestão administrativa dos Tribunais.

Com o objetivo de aprimorar a prestação jurisdicional e minorar os gargalos judiciários, trilhou-se pela opção de reformar a legislação no quanto necessário, ou ao menos possível, para transmitir maior agilidade ao processo.

Em nosso parlamento circulavam propostas de reformas pontuais ao Código de Processo Civil que foram iniciadas há mais de uma década e, recentemente, em um esforço conjunto, alguns desses projetos converteram-se em leis, todas com o claro objetivo de combater a excessiva lentidão dos processos.

O modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio é o do processo de conhecimento, em razão da segurança jurídica que este traz consigo. No entanto, esse procedimento, dito comum, é completamente inadequado nos dias atuais para assegurar uma proteção judicial efetiva ante o aumento desmedido de ações que atolam o Judiciário. Por vezes, a resposta judiciária é tão tardia que nada resolve.

A legislação processual apresenta alguns obstáculos à resolução racional e célere dos conflitos.

Diante dessa constatação surgem idéias no sentido de que o procedimento comum como técnica universal de solução de litígios, deveria ser substituído na medida do possível por opções mais céleres.

¹⁵⁹ Pierpaolo Cruz Bottini – Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Sérgio Renault – Subchefe para assuntos jurídicos da Casa Civil. Os caminhos da Reforma *In* Revista do Advogado, Ano XXVI, Maio de 2006, nº 85.

Esses novos mecanismos ou modelos são catalogados pela moderna dogmática como espécies de tutela jurisdicional diferenciada.

O que se pretende é a utilização legítima dos instrumentos de defesa e evitar a litigância predatória, que é de difícil percepção e delimitação. As alterações processuais têm a difícil incumbência de criar óbices à utilização predatória do sistema processual e, ao mesmo tempo, preservar a ampla defesa e o contraditório.

Os novos textos legais introduziram substanciais alterações no recurso de agravo de instrumento (Lei nº 11.187/2005); na execução de título judicial, que passa a ser efetivada nos próprios autos do processo de conhecimento (Lei nº 11.232/2005); no saneamento das nulidades em grau de recurso e na apelação interposta contra sentença lastreada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (Lei nº 11.276/2006); na possibilidade de dispensa de citação e ser proferida sentença de improcedência quando já existirem precedentes no mesmo juízo (Lei nº 11.277/2006); na desjudicialização do divórcio, da partilha e do inventário quando consensuais e desde que não envolvam menores ou incapazes (Lei nº 11.441/2007); e ainda, foram modificadas inúmeras outras regras processuais, tal como a previsão na nova redação do artigo 219 § 5º, de que a prescrição pode ser decretada de ofício (Lei nº 11.280/2006).

O objetivo da reforma é atingir os princípios e valores comuns de conferir maior celeridade ao processo, valorizar a atuação do juiz de primeiro grau e inibir as práticas protelatórias.

6.2.3 Conciliação e arbitragem extrajudicial

Um elemento multiplicador de ações, e portanto colaborador do abarrotamento do Judiciário, é a cultura do litígio. O profissional do direito desde os tempos de formação acadêmica é direcionado a levar todas as disputas ao Judiciário, sem o cuidado com a possibilidade de composição entre as partes.

A composição é uma excelente solução de conflitos. Foi constatado em diversos Tribunais, nos quais a conciliação, mediação e arbitragem são tratadas como resolução alternativa e consensual de litígios de forma séria e costumeira, que a composição se mostra uma ótima ferramenta de pacificação social e seu resultado muitas vezes, satisfaz mais as partes do que a prolação de uma sentença formal.

A conciliação consiste “em um processo de informação com a participação de um terceiro interveniente que atua como instrumento de ligação e comunicação entre as partes, tendo por finalidade conduzi-las a um entendimento, através da identificação dos problemas e possíveis soluções”¹⁶⁰, e está sendo utilizada pelo próprio Poder Judiciário, pois se encontra prevista nos artigos 277 e 331 do Código de Processo Civil, bem como na Justiça do Trabalho.

A conciliação é um processo extrajudicial de resolução alternativa de disputas, havendo a intervenção de um terceiro imparcial, mas que não é neutro, no sentido de conduzir o processo na direção do acordo, opinando e propondo soluções, as quais somente são firmadas pela vontade exclusiva das partes.

Esse método, contudo, não pode ser imposto ao cidadão de modo a forçá-lo a submeter-se a um acordo que não lhe seja vantajoso a preferir aguardar a demora da decisão do processo judicial, pois, se assim for, será tido como mais um empecilho ao efetivo acesso à justiça. Deve ser um mecanismo de utilização voluntária pelas partes que, conscientemente, estão dispostas a compor seu conflito de forma amigável, justa e sem maiores embromações. Esse instrumento é importante, pois é mais barato, rápido e eficiente na resolução dos conflitos pelos próprios interessados.

Isso faculta-nos dizer que é preciso romper com a falsa idéia de que o modelo estatal de produção normativa e de resolução de conflitos é suficiente para que se alcance a paz social, já que a verdadeira justiça só será alcançada quando os conflitos forem solucionados mediante consenso para que se resolvam não

¹⁶⁰ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 263.

apenas os conflitos jurídicos, se é que isso verdadeiramente acontece, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os antagonistas, o que, à evidência, o modelo tradicional da jurisdição estatal jamais pode conseguir.¹⁶¹

Já no dizer de Cichocki Neto,

“Evidenciada a incapacidade e ineficiência institucional do Judiciário para a recepção e resolução integral dos conflitos emergentes, tão somente através do processo, bem como, em face da elevação do nível de litigiosidade social, conseqüência inafastável dessas circunstâncias, os processualistas foram induzidos a buscar novas formas e instrumentos de pacificação da sociedade. O processo deixou de ser a única via para contenção da animosidade social, em virtude da violação ou de sua ameaça aos direitos e, conseqüentemente, o Judiciário, deixou de ser, também, a única sede de resolução desses conflitos.”¹⁶²

A conciliação tem se tornado uma instituição colaboradora da jurisdição e, outras vezes, substitutiva da atividade judicial. Para isso, deve ...

“(...) haver uma motivação particular, despreendida do modelo contencioso. Trata-se, na verdade, de um instrumento de realização da justiça, de forma humana e civilizada, sem restarem vencidos ou vencedores. Essa compreensão abre perspectiva à sociedade às conciliações extrajudiciais; e ao Judiciário, às judiciais, para efetivação da justiça de forma a sobrelevar a dignidade humana. Nos procedimentos de conciliação, a chancela de respeito à vontade dos litigantes, na disposição de seus interesses, é, sem dúvida, o caráter mais relevante da pacificação: o acordo sobre a disposição dos interesses e direitos transporta consigo a aceitação voluntária das partes, fator que, sequer, muitas vezes, é obtido com o provimento jurisdicional.”¹⁶³

¹⁶¹ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 274.

¹⁶² CICHOCKI NETO, José. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 1999, p. 177.

¹⁶³ CICHOCKI NETO, Jose. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 1999, p. 177.

A importância da utilização do mecanismo da conciliação tem crescido de forma progressiva em diversos locais do mundo, tanto na esfera judicial, como extrajudicial, visando sempre a dirimir os conflitos entre os indivíduos, razão pela qual, acredita-se, será difundido rapidamente como um dos instrumentos precursores na facilitação do acesso à justiça.

Ao encontro dessa onda mundial, o Setor de Conciliação do Fórum João Mendes Júnior, existente desde 2005, localizado na Capital de São Paulo, inaugurou no dia 15 de março de 2007 o Projeto Estadual de Conciliação especializado em questões ligadas ao direito do consumidor, que tratará especificamente de contratos bancários, indenizações por danos morais e reclamações de serviços prestados por empresas nas áreas de administração de cartões de crédito, de planos de saúde e outras.

A coordenação do setor de conciliação do Fórum João Mendes tem como objetivo divulgar a experiência da conciliação, a fim de permitir o acesso a uma justiça mais rápida e eficiente, que em trinta dias dá uma solução definitiva, sem possibilidade de recursos.

No Estado de São Paulo, os índices de acordos atingem a marca de 79% de homologações desde a implantação do Setor em 2005, evitando assim o ajuizamento de centenas de novas ações na Justiça comum.¹⁶⁴

A arbitragem é outro dos mecanismos alternativos que tornam a justiça mais acessível aos cidadãos. No âmbito brasileiro, ela está disciplinada pela Lei nº 9.307/96 e possui grande importância jurídica nas relações comerciais internacionais, em face do fenômeno da globalização. A Lei da Arbitragem surge em um momento de grande avanço econômico dos países, concomitantemente à formação de blocos econômicos e da crise do sistema de prestação jurisdicional pelo Estado, que não se mostra apto e especializado para tratar dos novos litígios na área comercial, bem como em face da lentidão na solução dos conflitos que lhe

¹⁶⁴ Fonte página na internet do Tribunal de Justiça de São Paulo. Matéria – TJSP lança Projeto Estadual de Conciliação. Março/2007.

são postos, os quais exigem uma resposta imediata diante da rapidez das informações e da vulnerabilidade das relações.

Diante dessa nova ferramenta, quando as partes necessitam solucionar um conflito, podem optar por fazê-lo através de métodos de conciliação, também chamado de autocomposição e, em esta não sendo possível, podem necessitar do auxílio de um terceiro que decida o litígio. Esse terceiro pode ser um integrante da Justiça Pública ou da Justiça Privada Arbitral.

A arbitragem pode ser conceituada como uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, e que decidirão com base nesta convenção, tendo a decisão eficácia de sentença judicial.

A técnica da arbitragem pode ser utilizada em qualquer questão que envolva direito patrimonial, tanto na esfera cível como comercial e caracteriza-se pela ampla liberdade de contratação às partes dentro dos limites da lei, permitindo ao árbitro disciplinar o procedimento caso não haja convenção das partes nesse sentido, e possibilitando maior celeridade na solução dos conflitos, além de maior economia processual. A sentença arbitral, dessa maneira, possui eficácia de título executivo judicial.¹⁶⁵

Esse instrumento pode ser utilizado entre pessoas de direito público, privado e entre ambos. As partes, ao se submeterem à arbitragem, devem assinar a cláusula compromissória, a qual as obriga a firmarem o compromisso arbitral e eleger os árbitros que irão solucionar suas controvérsias. No entanto, antes da redação e lavratura do compromisso arbitral, com o estabelecimento de suas regras, busca-se solucionar o litígio através da conciliação. Durante todo o trabalho, o árbitro deve pautar sua atividade em respeito aos princípios da imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. A sentença por ele proferida prescinde de homologação judicial e não está sujeita a recursos, porém as partes

¹⁶⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 188/189.

podem estabelecer que ela fique sujeita a reexame por outros árbitros. Nada impede que as partes discutam o compromisso arbitral e a respectiva sentença em sede de ação anulatória ou embargos de devedor.

A arbitragem, assim como todos os procedimentos judiciais e extrajudiciais, apresenta vantagens e desvantagens. Moraes¹⁶⁶ arrola as vantagens do instituto como sendo:

- rapidez relativamente maior do procedimento arbitral em contraposição ao procedimento judicial;
- procedimento em tese mais barato, embora em muitos casos a arbitragem possa resultar inclusive mais cara do que uma ação judicial;
- execução do laudo arbitral atualmente fácil;
- possibilidade de se seguir executando o contrato objeto do litígio enquanto se busca uma solução à controvérsia;
- desejo de manter as relações cordiais e de colaboração entre as partes;
- desejo de manter a confidencialidade ou privacidade da controvérsia;
- no campo internacional, evitar a submissão a tribunais estrangeiros, devido aos custos excessivos, ao pouco conhecimento do direito estrangeiro, o problema do idioma e das demoras;
- a facilitação da transação, pois a experiência já mostra que a natureza do instituto muitas vezes leva as partes a adotar um acordo mais facilmente do que no caso de uma ação judiciária normal.

No que tange às desvantagens, o autor ¹⁶⁷ citado descreve que:

- pode ocorrer do procedimento ser mais lento do que a via judiciária;
- há a iminência de intervenção judiciária, o que constitui ameaça constante de que de um jeito ou de outro a resolução da controvérsia acabe por se dar no juízo estatal, com todos seus entraves;

¹⁶⁶MORAIS, José Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 213.

¹⁶⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 214.

- na hipótese de o caso litigioso de entendimentos extensivos, sustentados por correntes jurisprudenciais e julgados, efetivamente, o meio arbitral não será o mais idôneo;
- a carência de procedimentos rígidos pode dar margem a atos ilegítimos, imorais, etc., ou dar lugar a disputas ainda maiores entre as partes;
- ausência de neutralidade, pois, por vezes, os árbitros privados mantêm relações com uma das partes ou com os advogados da parte;
- preexistência de ressentimentos entre as partes é o típico caso em que a flexibilidade do procedimento arbitral torna-se uma inconveniência, pois falta uma autoridade forte, capaz de pôr fim a combates processuais de imediato.

Há algumas desvantagens no emprego da arbitragem como instrumento de pacificação social. Já no campo comercial e nas relações mercantis, as vantagens superam as desvantagens, vindo a facilitar o acesso à justiça por aqueles que não podem esperar pela morosa decisão judicial.

6.2.4 Assistência judiciária gratuita. Defensoria Pública

A assistência jurídica é dever do Estado e o acesso à justiça é um direito fundamental para o exercício da cidadania.¹⁶⁸

A Lei nº 1.060/50 instituiu e organizou a assistência jurídica de forma estrutural, com regras claras; constituiu um marco expressivo da preocupação do Estado com a problemática do acesso à justiça.

Basicamente, o que a Lei nº 1.060/50 prevê é a concessão da assistência judiciária gratuita, o que vem a viabilizar o acesso aos Tribunais e a discussão de direitos em juízo, pelo que a benesse central da lei é o instituto da isenção (artigo 3º,

¹⁶⁸ “A assistência jurídica é instrumento de destacada importância para que se possa alcançar a efetiva igualdade jurídica entre os homens.” *Apud* MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Cadernos Adenauer 3: Acesso à justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 31.

caput), que cobrirá toda a justiça nacional, em todas as instâncias e assuntos, sejam eles civis, penais, trabalhistas ou militares.

Não obstante a inquietação quanto ao trato da assistência gratuita prevista na Lei nº 1.060/50, com o fornecimento de patrocínio judicial e isenção de custas judiciárias, não restou suficiente para assegurar o necessário respeito jurídico à dignidade do hipossuficiente.

A Constituição de 1988, dada a fragilidade da Lei 1060/50, elenca no rol das cláusulas pétreas o inarredável dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitarem (CF, artigo 5º, LXXIV), erigindo este direito à direito fundamental.

A justificativa do direito ao acesso à justiça tomar força de direito fundamental é em razão de ser fundamental para a garantia dos demais direitos, passando, portanto, o direito à assistência jurídica integral e gratuita a integrar o rol dos direitos fundamentais.

Com o alargamento do rol dos direitos fundamentais, trazido pela Constituição de 1988, fez-se necessário que a base constitucional previsse instrumentos legais e formas de solução dos conflitos pelo Poder Judiciário de modo gratuito, pois os desvalidos não conseguiam dar guarida aos direitos anteriores, que dirá os demais conquistados no novo ordenamento jurídico.

Para Glauco Gumerato Ramos, a assistência jurídica integral é todo e qualquer auxílio jurídico voltado para o sujeito necessitado, especialmente no tocante a um aconselhamento preventivo que vise a acabar com o conflito de interesse que, se não dissipado, poderá ter que ser discutido no Tribunal.¹⁶⁹

A prestação dos serviços de assistência jurídica prevista constitucionalmente é realizada pela Defensoria Pública, instituição autônoma e

¹⁶⁹ RAMOS, Glauco Gumerato. Assistência jurídica integral ao necessitado. *In*: RT 765/48, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

independente administrativamente, composta por advogados públicos com carreira própria. (CF, artigo 134)

Este tópico, por se tratar de tema central deste estudo, restou brevemente pincelado nesse item em razão de uma apresentação seqüencial lógica, tendo sido melhor tratado no item 2 e seguintes do capítulo II, a merecer nova leitura e reflexão.

7 DOS CONVÊNIOS COM O TERCEIRO SETOR. MECANISMO APTO A INCREMENTAR A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

7.1 TERCEIRO SETOR

“Ante a explosão demográfica em termos globais, o aumento da pobreza, a corrupção que grassa solta em muitos países e os efeitos da globalização sobre as economias dos países subdesenvolvidos que vem desarticulando as empresas nacionais, o Estado está tendo muita dificuldade em gerenciar a coisa pública, mostrando uma notória deficiência. Isto está exigindo profundas modificações no que diz respeito as suas funções e sua forma de administrar na tentativa de se encontrar fórmulas adequadas de administração ao novo contexto social que se apresenta.”¹⁷⁰

Na visão de Joaquim Falcão, o século XX foi o tempo da democratização; foi também o século do terceiro setor ante a crescente mobilização e organização da sociedade civil que desejava mais liberdade, justiça e participação na condução de suas vidas, cidades e países. É a moderna forma que os cidadãos encontraram para viver e sobreviver.¹⁷¹

A busca do equilíbrio entre manter um mercado atuante e o atendimento das necessidades sociais e interesses nacionais poderá ser alcançada através de uma aliança construtiva e bem compreendida entre o mercado, o Estado democrático e o próprio cidadão enquanto ser atuante em benefício de sua comunidade. As atividades de cidadania participativa enquadram-se entre as atividades “não lucrativas” que atualmente se reúnem sob o manto do terceiro setor.¹⁷²

¹⁷⁰ SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Artigo: Reforma Administrativa e o Terceiro Setor. <http://www.ultimaarcadenoe.com/artigo28.htm>.

¹⁷¹ FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, 2ª ed.

¹⁷² ANDRADE, Roberto Paulo César *in* 3º Setor - Desenvolvimento Social e Sustentado. Organizadora Evelyn Berg Ioschpe. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2005, p. 73/80.

A Emenda nº 19/98 da Constituição Federal introduz reformas administrativas com o objetivo principal de diminuir os gastos públicos, mas não prevê modificações estruturais capazes de diminuir o *déficit* público e a inaptidão do Estado em gerir a coisa pública.

A sociedade, diante dessa “incompetência” estatal em gerir e atender as necessidades sociais, passou a interagir de forma a suprir os serviços mal prestados ou não prestados pelo Estado aos cidadãos, dando início ao terceiro setor.

7.1.1 Origem e conceito

O ponto de partida deste capítulo será um breve estudo do terceiro setor, que também é conhecido como “setor privado de fins públicos”.

O terceiro setor surge e se desenvolve em razão do processo de reforma do Estado. A evolução do modelo estatal correspondeu à evolução do terceiro setor.¹⁷³

Remontando à história, partimos do Estado absolutista dos séculos XVI e XVII, que após reestruturação transformou-se em Estado liberal, de cunho burocrático e com a proclamação meramente formal dos direitos. Marcado pela intervenção mínima do Estado na vida social, era o chamado Estado mínimo.

A derrocada daquele modelo deu margem ao surgimento do Estado Social de Direitos. O Estado atuava em todas as atividades da vida social com a intenção de garantir a integral distribuição da justiça e direitos sociais.¹⁷⁴

¹⁷³ “O crescente aumento das organizações civis sem fins lucrativos e sua participação na gestão pública estão formando no cenário mundial um importante setor, o qual está sendo chamado de “terceiro setor” e que vem atuando juntamente com os governos e as empresas comerciais.” SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Terceiro Setor. <http://www.ultimaarcastenoe.com.br/terceirosetor.htm>

¹⁷⁴ “O raciocínio inicial é desenvolvido em torno do Estado de Bem Estar Social (“Welfare State”) ou Estado Providência, concebendo-o como uma forma de intervenção pública para a garantia de um “standard” de vida e cidadania. Nesse contexto, o Estado deveria atuar na administração direta e com eficiência (serviços públicos) e

O Estado Social também se demonstrou incapaz de suprir todas as necessidades sociais. Por mais que tendesse a abarcar um grande número de atividades com o fim de prestá-las com eficiência, ocorreu a inviabilização devido à forma de gestão adotada pela administração pública, a qual se via profundamente marcada pela burocracia, corrupção, nepotismo, desvio de verbas e das finalidades públicas.

O Estado transforma-se ao longo do tempo em razão de sua incapacidade de prover os serviços básicos e necessários à manutenção de uma vida social harmônica. E mais uma vez se vê obrigado a se reestruturar, redefinindo seus papéis junto à sociedade e a conseqüente apresentação de uma nova forma de gestão, caracterizada pela agilidade, transparência e eficiência na promoção de serviços públicos. É a chamada reforma gerencial.

A reforma do Estado estaria pautada na busca das soluções para as seguintes questões:¹⁷⁵

1. *Objetivos econômicos*: diminuir o *déficit* público;
2. *Objetivos sociais*: aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor ao cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização da prestação de serviços e pela ampliação de seu acesso aos mais carentes;
3. *Objetivos políticos*: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública, estimular a ação social comunitária, desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada;

desenvolver, ainda, mais a administração indireta, corporificada principalmente na empresa pública, colocada como um instrumento de intervenção Estatal para alcançar as finalidades de Bem Estar.” DINIZ, Gustavo Saad. Direito das Fundações Privadas – Teoria Geral e Exercício de Atividades Econômicas. São Paulo : Ed Síntese, 2003, p. 429.

¹⁷⁵MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: MEREGE, Luiz Carlos e BARBOSA, Maria Nazaré Lins. 3º Setor – Reflexões sobre o marco legal. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2004.

4. *Objetivos gerenciais*: aumentar a eficiência e a efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais, e substituí-los gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados.

A necessidade do Estado alterar seu papel junto à sociedade propiciou o desenvolvimento do terceiro setor.

No entender de Sílvio Luís Ferreira Rocha¹⁷⁶, embasado nas idéias de Sílvia Faber Torres, o terceiro setor aparece como reflexo do princípio da subsidiariedade que pode ser ilustrado pela idéia de que *“Uma estrutura social de ordem superior não deve intervir na vida interna de um grupo social de ordem inferior, privando-a de suas competências, senão que deve apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com os demais componentes sociais, com vistas ao bem comum”*.

O princípio da subsidiariedade traz a prevalência do indivíduo, que passa a se integrar à vida em sociedade. Assim, a função subsidiária do Estado se manifestaria em duas ocasiões: a) Auxiliando na execução das atividades socialmente assumidas por entidades pertencentes ao Terceiro Setor e, em caráter alternativo, b) suprimindo as deficiências e insuficiências daquelas entidades ou grupos sociais.

O Estado é alvo de constante evolução, assim como a sociedade também o é. A sociedade em razão das modificações que vem sofrendo, passou a ser mais atuante na resolução dos problemas sociais, transformando-se num agente modificador das realidades locais, buscando, assim, reverter os resultados estatais insatisfatórios na prestação de serviços e direitos sociais, conseqüência da forma burocrática de gestão da coisa pública.

¹⁷⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Coleção temas de direito administrativo. Terceiro Setor. Coord. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

O terceiro setor surge como reflexo das mudanças sofridas pelo Estado e pela sociedade. O setor privado de fins públicos resulta da necessidade de realização de atividades para cuja execução o Estado é ineficiente ou não interessa e tampouco interessam ao mercado.¹⁷⁷

O primeiro setor é constituído pelo Governo, representante do Estado e maior provedor das necessidades sociais; no segundo setor encontra-se a iniciativa privada, cuja competência administrativa dos meios de produção cuida da satisfação dos anseios individuais com vistas à obtenção de lucros.

O terceiro setor surge com o aumento das carências e ameaças de falência do Estado; a mesma iniciativa privada passou a se preocupar com questões sociais, vez que o Estado não mais consegue fazer frente às necessidades sociais.

Outro fator a ser citado para justificar o interesse e o desenvolvimento do terceiro setor foi constituir uma forma de participação da sociedade nas decisões do Estado, especialmente em razão do questionamento social com relação ao tamanho e qualidade do Estado, em razão da expansão e o fortalecimento dos direitos humanos e direitos fundamentais.

A sociedade civil fortalece na medida do esgotamento do modelo de gestão do Estado.

O Professor Joaquim Falcão defende a teoria de que o crescente fortalecimento da sociedade civil e do terceiro setor constitui uma crítica ao monopólio do Estado na condução das coisas públicas e uma forma de expansão da democracia; o cidadão exerce diretamente a condução do Estado, transmuta-se em uma maneira de participação direta da sociedade nas coisas do Estado.

¹⁷⁷ Este é o entendimento de Sílvia Luís Ferreira Rocha *in* ROCHA, Sílvia Luís Ferreira. Coleção temas de direito administrativo. Terceiro Setor. Coord. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 20.

Nessa esteira afirma ainda Joaquim Falcão que o terceiro setor é uma forma que a sociedade civil encontrou de atuar diretamente na esfera pública, uma vez que esta é monopolizada pelo Poder Executivo.

A atual democracia brasileira é representativa, pelo que os cidadãos são representados no exercício do governo pelos partidos políticos. Os partidos, em tese, deveriam representar a pluralidade de interesses sociais. Contudo, o que se assiste, na ótica de Joaquim Falcão, é o oligopólio dos partidos na monopolização do Estado.

Acerca desse assunto relata o professor supracitado:

“Governar não é privilégio de um só partido. Mas, eventualmente, de todos. Não confundir, pois, a ambição de um eventual partido em querer ser único ou hegemônico e a ambição do conjunto dos partidos em deter o monopólio da participação política. (...) participar do governo é exclusividade dos partidos, a pluralidade partidária, porque abarca a pluralidade de interesses sociais, constitui um verdadeiro oligopólio da participação. Este oligopólio que complementa e dá vida ao monopólio da representação é o cerne da democracia representativa.”¹⁷⁸

Talvez a razão dessa distorção seja motivada pelo fato dos partidos políticos serem instituições atualmente desacreditadas no Brasil, tanto pela sociedade civil quanto pelo próprio político ante seu descompromisso e infidelidade partidária. Ao final, não existem partidos políticos e sim partidos eleitorais, até porque no Brasil não se vota em programas e idéias e sim em pessoas.¹⁷⁹

O que fica patente é que vivemos em uma democracia representativa e, como tal deveriam os partidos materializar a participação social no Estado; no

¹⁷⁸ FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, 2ª ed., p. 22.

¹⁷⁹ “Hoje quem quiser influenciar ou participar de decisões de governo dificilmente procura ou se filia a um partido. Antes procura a associação de classe, a associação comunitária e de bairro, o sindicato, a imprensa e a televisão, ou ainda lança mão de seu conhecimento pessoal com o político, seja ele do partido de sua eventual preferência, ou não.” FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, 2ª ed., p.24.

entanto, os partidos políticos não são o canal cotidiano de participação política dos cidadãos nas decisões governamentais. Ademais, verifica-se que o oligopólio partidário carece de eficiência.

Diante dessa falência da forma de participar do Estado, por intermédio dos partidos políticos, a sociedade civil buscou meios alternativos de participação, surgindo então o terceiro setor como uma forma de democracia participativa.

Um exemplo que se dá nesse sentido são os empresários que se organizaram em grupos de interesse específico, tais como, ANFAVEA, FIESP etc.; através deles o empresariado participa dos conselhos e do planejamento governamental, busca interferir na alocação orçamentária, na regulamentação da economia e nos direitos trabalhistas. Já a população mais carente organizou-se em torno de associações, sindicatos e ONGs.

A democracia representativa fomentada pelos partidos políticos deve ocupar-se das diretrizes gerais, do todo social e a democracia participativa apresentada pelo terceiro setor defenderá os interesses pontuais de cada grupo, tendo-se assim um equilíbrio na defesa dos interesses sociais.

Na ótica de Joaquim Falcão, o terceiro setor se apresenta como uma nova forma de participação direta do indivíduo no Estado. Este modelo está em crescente ascensão ao lado do clássico modelo da democracia representativa e esse sistema parte da verificação da insuficiência do sistema partidário oligopolista e de que o governo entendido como Poder Executivo está fora de controle.

“O terceiro setor é basicamente uma iniciativa do setor privado, seja empresarial, comunitário ou sindical. Não visa nem o lucro, nem o poder. Não obstante, justifica-se pela busca de um fim eminentemente público. Busca soluções e influência. É um setor privado, porém público, como se costuma dizer. Esta aparente ambigüidade constitui sua razão de ser. Aliás, só é ambigüidade para aqueles que

reduzem as relações sociais à oposição entre o público e o privado, entre o governo e a sociedade.”¹⁸⁰

Antônio Silveira Ribeiro dos Santos define terceiro setor como o segmento social formado principalmente por organizações civis sem fins lucrativos (ONGs), Fundações, institutos e centros, os quais possuem o objetivo de trabalhar filantropicamente para o bem comum e melhorar a qualidade global de vida da sociedade. São empresas privadas que prestam serviços privados de caráter ou interesse público.¹⁸¹

Rubem César Fernandes argumenta que o terceiro setor é o setor privado, porém público, constituído de instituições que podem ser caracterizadas como organizações estruturadas, localizadas fora do aparato formal do Estado, que não são destinadas a distribuir lucros auferidos com suas atividades entre os seus diretores ou entre um conjunto de acionistas; são autogovernadas e envolvem indivíduos num significativo esforço voluntário.¹⁸²

Ruth Cardoso, no III Encontro Ibero-Americano do Terceiro Setor ocorrido em 1996 no Rio de Janeiro, discorre sobre o terceiro setor afirmando que este difere do primeiro setor que é público e do segundo setor representado pelas atividades lucrativas, enfatizando o caráter autônomo e inédito que tem inovado as mudanças na sociedade, que se define por não ser nem governo nem empresa, não se submete à lógica do mercado ou governamental, constitui um novo espaço de pensar e agir sobre a realidade social e tem o mérito de romper a dicotomia entre o público e o privado; é o início de uma esfera pública não-estatal e de iniciativas privadas com sentido público, o que vem a enriquecer a dinâmica social. Fazem parte do terceiro setor instituições filantrópicas, organizações voltadas para a defesa dos direitos de grupos específicos da população, as múltiplas experiências de trabalho voluntário e mais recentemente a filantropia empresarial.¹⁸³

¹⁸⁰ FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, 2ª ed., p. 119.

¹⁸¹ <http://www.ultimaarcadenoe.com.br/terceirosetor.htm>.

¹⁸² FERNANDES, Rubem César. Privado, porém público – O terceiro setor na América Latina. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará, 1994, p. 5.

¹⁸³ IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. Artigo – Fortalecimento da Sociedade Civil – Ruth Cardoso, p. 7/12.

Andrés A. Thompson no já citado III Encontro Ibero-Americano define de forma simplista o terceiro setor como o composto por instituições sem fins lucrativos que, a partir do âmbito privado, perseguem propósitos de interesse público.

Jeremy Rifkin aponta que o problema do terceiro setor é a falta de consciência de sua condição. Não possui uma identidade, uma definição única assentada. Todos os que dedicam seu tempo ao terceiro setor acreditam servir a comunidade e criam capital social. Esse marco comum de referência agrupa as comunidades em uma voz política intermediária entre o mercado e o governo. O capital social funda-se na teoria de que cada indivíduo dá de si para a comunidade, otimizando o bem estar social, e portanto, otimizando os interesses pessoais.¹⁸⁴

John D. Rockefeller III nos Estado Unidos em 1978 explica o terceiro setor da seguinte forma:

“Nós, americanos , sempre nos orgulhamos da vitalidade de nosso país. No entanto, freqüentemente deixamos de reconhecer uma das principais razões da nossa vitalidade: o fato de que desenvolvemos, no decorrer de mais de dois séculos de nossa existência, um notável *sistema de três setores (three sector system)*. Dois setores são instantaneamente reconhecíveis para todos: *o mercado e o governo*. Mas o terceiro é tão negligenciado e tão pouco compreendido, que fico tentado a chamá-lo de ‘setor invisível’. O terceiro setor é o setor privado sem fins lucrativos. Inclui dezenas de milhares de instituições absolutamente indispensáveis à vida da comunidade, através da nação – igrejas, hospitais, museus, bibliotecas, universidades, e escolas privadas, grupos de teatro, orquestras sinfônicas, e organizações de assistência social de vários tipos. Todas elas dependem, para sua sobrevivência, de contribuições voluntárias de tempo e dinheiro por parte dos cidadãos.”¹⁸⁵

¹⁸⁴ IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro : Paz e Terra. 2005. Artigo – Identidade e Natureza do Terceiro Setor – Jeremy Rifkin. p. 13/23

¹⁸⁵ *Apud* MONTAÑO, Carlos. Terceiro setor e questão social – Crítica ao padrão emergente de intervenção social. 3ª ed. – São Paulo: Cortez, 2005, p. 53, nota 1.

Em 1998, na Argentina, foi realizado o IV Encontro Ibero-Americano do Terceiro Setor. Nessa oportunidade se definiu, como organizações do “terceiro setor”, aquelas que são: privadas, não governamentais, sem fins lucrativos, autogovernadas e de associação voluntária.¹⁸⁶

A grande crítica que se apresenta entre os estudiosos do assunto com relação à definição do terceiro setor é no tocante ao consenso de quais entidades formariam o terceiro setor.

Na visão de Carlos Montaña é inconcebível que qualquer entidade sem fins lucrativos faça parte do conceito de terceiro setor, e mais, que se beneficie dos incentivos governamentais, vez que algumas utilizam a entidade para lutar ou mesmo atacar o próprio Estado, como é o caso do MST (Movimento dos Sem Terra), das Farcs (Forças Armadas Revolucionárias Colombianas), de Sindicatos em geral, partidos políticos e outras tantas, que por vezes chegam ao confronto.

Carlos Montaña vai além em sua crítica ao terceiro setor. Afirma ser um projeto de aparência progressista, cuja verdadeira face é o conservadorismo liberal de uma aristocracia. As associações livres, mais do que ampliar o poder popular dos oprimidos e explorados, são uma forma de conter as insatisfações destes e pulverizar a participação e lutas sociais, retirando o caráter revolucionário e classista destas e transformando-as em atividades por interesses específicos de pequenos grupos.

A posição intransigente do autor supracitado deve ser tomada com parcimônia, vez que em um Estado Democrático de Direito as divergências e as soluções dos conflitos devem ser canalizadas para o Judiciário; do contrário voltaríamos aos tempos de barbárie, onde a solução dos conflitos era obtida pela força.

O conceito de terceiro setor no Brasil ainda não se encontra assentado. É um termo traduzido do inglês *Third Sector*, e nos Estados Unidos é freqüentemente

¹⁸⁶ MONTAÑO, Carlos. Terceiro Setor e Questão Social – Crítica ao Padrão Emergente de Intervenção Social. 3ª ed. – São Paulo: Cortez, 2005.

utilizado acompanhado da frase *Non Profit Organizations*, restando ao final a expressão “Terceiro Setor – Organizações Sem Fins Lucrativos”.

A lei inglesa usa uma expressão mais antiga para designar o terceiro setor, fala de “caridades” (*charities*), remetendo o conceito à memória religiosa medieval e enfatizando o aspecto da doação de si para outro. A literatura anglo-saxã traz a noção de filantropia, contraponto moderno e humanista à caridade religiosa. Na Europa ocidental existe o predomínio da expressão “organizações não governamentais” (ONGs), cuja origem está na nomenclatura do sistema de representação das Nações Unidas. São organizações internacionais que não representam Governos, mas que gozam de prestígio e força internacional.¹⁸⁷

Esses termos provêm do vocabulário sociológico e são aplicados também à participação econômica e filantrópica da sociedade organizada em tipos de instituições, cujos resultados financeiros não são distribuídos a seus dirigentes; dependem de ações voluntárias e são independentes da autonomia governamental. Pressupõe-se ainda que tais entes possuam longevidade, graças ao complexo conjunto de adesões e contribuições voluntárias, incentivadas e promovidas por seus associados.¹⁸⁸

A definição do terceiro setor está ligada à solução das questões sociais; ele é composto por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não-governamentais, voltadas para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público.

¹⁸⁷ “Ao mudar o contexto político-econômico, começam a mudar, também, as instituições e as visões sobre elas. Em particular, começa a confundir-se e desvanecer-se aquela concepção de um “Terceiro Setor” formado por dois blocos preponderantes de instituições: um, histórico, tradicional e conservador, integrado pelas organizações de caridade e beneficência, voltadas para o serviço social e, outro, as novas ONG’s, guiadas por uma lógica política alternativa, opositora, moderna, e voltadas para o desenvolvimento social sustentável. É nesta fase que se começa a falar de um “Terceiro Setor”, além do mercado e do Estado, formado por organizações dos dois blocos. Ganha peso uma percepção funcional em lugar de uma percepção político-ideológica.” IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. THOMPSON, Andrés A., Artigo: Do compromisso à eficiência? Os caminhos do Terceiro Setor na América Latina, p. 44/45.

¹⁸⁸ Repasses Públicos ao Terceiro Setor. Manual Básico 2004. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

O terceiro setor carrega consigo a ideologia da negação do lucro e do Poder do Estado. Essas organizações não-governamentais apóiam seus Estatutos em conceitos que transcendem valores utilitários e fundam-se nas tradicionais formas de solidariedade social.

7.1.2 Características principais

O terceiro setor não deve ser confundido com o Estado ou com o mercado. Terá por finalidade executar serviços sociais sem finalidade de lucro e lhe é vedado se vincular de forma direta com o Estado. O setor privado de fins públicos é composto pelas entidades de iniciativa privada com finalidades públicas ou sociais.

O primeiro setor, representado pelo Estado, é formado por agentes públicos e detém finalidade pública; o segundo setor, representado pelo mercado, é formado por agentes privados e possui finalidade eminentemente privada, enquanto o terceiro setor ultrapassa essa divisão bipartida, tem finalidades públicas e é composto por agentes privados.

O conceito mais utilizado pelos autores para explicar o real significado da expressão terceiro setor é aquele proferido por Salamon¹⁸⁹, ou seja:

“Embora a terminologia utilizada e os propósitos específicos a serem seguidos variem de lugar para lugar, a realidade social subjacente é bem similar: uma virtual revolução associativa está em curso no mundo, a qual faz emergir em expressivo Terceiro Setor global que é composto por (a) organizações estruturadas, (b) localizadas fora do aparato formal do Estado, (c) que não são destinadas à distribuição de lucros auferidos com suas atividades entre seus diretores, (d) auto-governadas, (e) envolvendo o indivíduo num significativo esforço voluntário.”

¹⁸⁹ SALAMON, Lester M.; ANHEIER, Helmutk. *The emerging Sector: an overview*, apud BARBOSA, Maria Nazaré Lins, In: Terceiro Setor: Reflexões sobre o marco legal. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2004.

O termo “*Organizações Estruturadas*” requer que a entidade do terceiro setor, para ser criada, seja registrada em órgão próprio – cartório de pessoas jurídicas, a teor do artigo 998 do novo Código Civil¹⁹⁰ (e não frente à Junta Comercial, face a inexistência de finalidade lucrativa¹⁹¹), mediante a elaboração de contrato social ou estatuto social, o qual seguirá regras próprias, discriminadas nos artigos 54 a 69 do mencionado diploma legal.

O direito positivo brasileiro reconhece como entidades do terceiro setor as associações e as Fundações privadas. As demais nomenclaturas dadas às entidades são de uso meramente costumeiro.

Com relação à segunda característica – *localizada fora do aparato formal do Estado* – destaca-se o papel incentivador do Estado junto às entidades do terceiro setor, as quais passariam a desempenhar atividades de titularidade do Estado, mas não de sua execução exclusiva.

O Estado não poderá intervir de forma direta na gestão e consecução dos serviços prestados pela entidade, inclusive nos casos em que a entidade social esteja desenvolvendo atividade de titularidade estatal.

No que tange à *não distribuição de lucros*¹⁹², constitui a característica que mais se destaca nesse novo segmento social. Não se deve aqui confundir a não distribuição de lucros com a realização de atividades econômicas como forma

¹⁹⁰ Código Civil Brasileiro Art. 998 *caput*: “Nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede”.

¹⁹¹ Neste sentido, o novo Código Civil não emprega a expressão sem finalidade lucrativa, mas sim sem fins econômicos, o que causou grande polêmica uma vez que se passou a entender que as entidades sociais não mais poderiam realizar atividades econômicas. Não merece resguardo referido entendimento já que, desde que não seja o fim – objetivo precípua – da entidade a realização de atividades econômicas, e sendo elas relacionadas à causa social e tidas como forma de auto-sustentação da entidade, não há de se questionar a eventual realização de atividades econômicas.

¹⁹² Neste sentido apregoa o artigo 1º da Lei nº 9.790/99: Art. 1º (*omisis*), § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos, a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

subsidiária de manutenção da entidade, ou mesmo remuneração dos seus dirigentes, prática admitida pela Lei nº 9.790/99.

A finalidade não lucrativa não obriga a pessoa jurídica a prestar os serviços de forma gratuita. É permitida a cobrança pelos serviços prestados, desde que todo o valor obtido pela entidade seja empregado na realização de sua atividade fim. O valor superior, eventualmente angariado, deverá ser utilizado na melhoria do serviço prestado ou mesmo no aumento do número de beneficiários atendidos.

O que caracteriza uma pessoa jurídica não ter fins lucrativos é não distribuir a qualquer pretexto valores, sobras, lucros aos seus sócios ou associados. Os excedentes financeiros, assim como as doações ou legados recebidos, devem ser incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica e reaplicados na atividade-fim.

O *autogoverno* é característica complementar ao já abordado na explanação sobre *iniciativa privada*. Cada entidade tem seus próprios dirigentes, escolhidos de acordo com as normas fixadas no Código Civil (artigos 54 a 69) e ditadas nos respectivos estatutos sociais, estando livres da ingerência estatal.

Como conseqüência daquela característica vislumbra-se que o Estado apenas deverá fixar normas quando da celebração de contratações entre as entidades sociais e o Governo e, ainda assim, em obediência aos princípios que regem a administração pública, expostos no artigo 37 da Constituição Federal.

Por fim, destaca-se a noção de *participação voluntária*, atividade evidenciada desde a formação das Casas de Misericórdia e que adquiriu maior relevância com a edição da lei do trabalho voluntário de 1998 e promoção do ano do voluntariado em 2001. A participação voluntária é a atuação de pessoas físicas que doam seu tempo, conhecimento ou dinheiro para a melhoria das atividades prestadas pelas entidades sociais.

Além do conceito já explicitado, outra concepção sobre o que seria o terceiro setor é evidenciada por Rubem César Fernandes:¹⁹³

“Além do Estado e do mercado, há um terceiro setor, não-governamental e não-lucrativo; é, no entanto organizado, independente, e mobiliza particularmente a dimensão voluntária do comportamento das pessoas. Sua emergência é de tal relevância que se pode falar de uma ‘virtual revolução’ a implicar em mudanças gerais nos modos de agir e pensar. As relações entre o Estado e o mercado, que têm dominado a cena pública, hão de ser transformadas pela presença desta terceira figura – as associações voluntárias.”

Rubem César Fernandes destaca como características do terceiro setor:¹⁹⁴

1. o contraponto que faz às ações de governo, destaca que os bens e serviços públicos resultam não apenas da atuação estatal, mas também da multiplicidade de iniciativas particulares. Tal concepção é fundada na manutenção da ordem prevista na Constituição de 1988, que determina que esta é responsabilidade e direito de todos;
2. o contraponto que faz às ações do mercado no momento em que abre o campo dos interesses coletivos para a iniciativa individual; a iniciativa privada é chamada¹⁹⁵ para contribuir para o bem comum e se rompe a dicotomia entre o público e o privado;
3. realça o valor político e econômico das ações voluntárias sem fins lucrativos, incentiva a prática do amor e da solidariedade social, retira o caráter de subversão dos protestos de grupos de interesses, faz reconhecer a participação cidadã no Estado e estimula o desenvolvimento da filantropia empresarial;

¹⁹³ FERNANDES, Rubem César . Privado Porém Público – O Terceiro Setor na América Latina. São Paulo: Ed. Relume Dumará, 1994, p. 19/20.

¹⁹⁴ IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. FERNANDES, Ruben César. Artigo – O que é o Terceiro Setor ? p.25/33

¹⁹⁵ IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. KISIL, Marcos. Artigo – Organização social e desenvolvimento sustentável: Projetos de base comunitária, p. 131/155.

4. projeta uma visão integradora da vida pública e complementa as ações públicas e privadas.

Marcos Kisil aponta como características marcantes do terceiro setor:

1. organizações sem fins lucrativos, voluntárias no sentido de que não são organizações estatutárias emanadas do setor governamental;
2. organizações formadas total ou parcialmente por cidadãos que se organizam de maneira voluntária;
3. o corpo técnico normalmente resulta de profissionais que se ligam à organização por razões filosóficas e apresentam forte compromisso com o desenvolvimento social;
4. são organizações voltadas para a ação, flexíveis, inovadoras, rápidas e próximas às comunidades locais;
5. realizam um papel de intermediação entre o cidadão e a solução dos problemas sociais.

Marcos Kisil efetua ainda uma classificação das entidades do terceiro setor em três categorias de acordo com o tipo de serviços que prestam: em organizações de advocacia, organizações de caráter técnico e as organizações prestadoras de serviços.

A chamada organização de advocacia tem por objetivo fazer *lobby* para defender interesses, lutar por problemas específicos ou por grupos específicos da sociedade. A organização de caráter técnico busca fornecer informação, serviços de consultoria, facilitar o acesso a determinadas tecnologias ou promover a capacitação de recursos humanos. As organizações prestadoras de serviços tendem a se concentrar num número limitado de áreas, particularmente no desenvolvimento dos serviços que atendam às necessidades humanas básicas, tais como educação, saúde, habitação, bem-estar social, geração de oportunidade de empregos.

José Bernardo Toro defende quatro posições quanto ao papel a ser desempenhado pelo terceiro setor sendo eles o de contribuir para a construção do projeto de uma nação, auxiliar na formação e fortalecimento do comportamento

cidadão e da cultura democrática, colaborar com a reinstitucionalização do âmbito público para aumentar a igualdade e fortalecer a governabilidade e, por final, contribuir gerando condições para tornar possível a democracia cultural. Isto significa criar condições para que todos os diferentes sentidos e símbolos da diversidade social possam competir e circular em igualdade de condições.¹⁹⁶

No entender de Andrés A. Thompson o papel a ser desempenhado pelo terceiro setor deverá ocorrer nos campos político e econômico. Na política deverá atuar na conquista e na garantia dos direitos e da cidadania dos excluídos, funcionando como advogado e, muitas vezes, enfrentando o Estado e as empresas. No aspecto econômico terá que prestar serviços segundo as regras do mercado, compondo as relações custo-eficiência-efetividade de forma competitiva, sem perder de vista o caráter não lucrativo e não distributivo de lucro.¹⁹⁷

Para que seja entendido o conceito de terceiro setor e a busca das entidades que o compõem, Mariângela Franco de Camargo¹⁹⁸ faz menção a uma ideologia do terceiro setor.

“A essência do Terceiro Setor reporta-se a um conceito abstrato e ideológico, no qual se atribui a existência de um mecanismo social público, porém, não-estatal. Ao mesmo tempo, tem um conteúdo concreto, referente ao conjunto de entidades filantrópicas sem fins lucrativos, que reúne um aparato de recursos particulares em defesa de interesses coletivos.

Trata-se de uma expressão oriunda do inglês, *third sector*, adaptada recentemente no Brasil. Entretanto, seu objeto de trabalho ostenta vital importância no contexto brasileiro, merecendo profundas discussões.(...)

¹⁹⁶ IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2005. Artigo – O papel do terceiro setor em sociedades de baixa participação. José Bernardo Toro, p. 35/40.

¹⁹⁷ IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2005. Artigo – Do compromisso à eficiência ? Os caminhos do terceiro setor na América Latina. Andrés A. Thompson, p. 35/48.

¹⁹⁸ CAMARGO, Mariângela Franco de. Gestão do Terceiro Setor no Brasil. Estratégias de captação de recursos para organizações sem fins lucrativos. e col. São Paulo: Ed. Futura, 2001.

Esse novo setor surge para congregar as manifestações heterogêneas de ações de cunho filantrópico, associando entidades de diversas naturezas num mesmo contexto ideológico.”

O terceiro setor deverá resguardar em sua atuação a transparência e a publicidade, prestar contas de suas atividades para a sociedade civil, mostrar-se eficiente no desempenho de suas funções. Não basta agregar valores em torno de si: terá que praticá-los, apresentar-se politicamente mais livre e culturalmente mais diversificado.

Na visão de Joaquim Falcão, o terceiro setor nem sempre é visto com bons olhos em razão da dicotomia que o Brasil estabelece entre Estado e sociedade. Nesta dicotomia, o Estado apropriou-se do interesse público como proprietário exclusivo do interesse estatal, governamental ou público, que acabaram por se tornar sinônimos, confundidos, ou seja, fixou-se a idéia de que fora do Estado inexistia interesse público.¹⁹⁹

Ante essa visão *a priori* qualquer ação estatal é legítima e as ações privadas são estigmatizadas e criticadas, o que redundava em uma visão preconceituosa em face do terceiro setor.

O conceito de que o interesse público somente poderá ser resguardado pelo Estado precisa sofrer mudanças, sob pena da democracia não ter condições de se aperfeiçoar.

Essa dicotomia de Estado *versus* sociedade deve ser considerada ultrapassada, o interesse público também podendo e devendo ser resguardado e incentivado diretamente pela sociedade civil, apresentando-se o terceiro setor como a melhor forma de fazê-lo. Um dos principais motivos para que o terceiro setor exista é justamente sua capacidade de solucionar problemas que afetam a sociedade.

¹⁹⁹ FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed., 2006.

As entidades do terceiro setor vêm crescendo e se fortalecendo de forma contínua e acelerada desde o período no qual se iniciou a abertura política nos anos 70, e continuou durante a redemocratização dos anos 80 até os dias atuais.

Há fatores macrosociais, segundo Joaquim Falcão, que de fato promoveram o crescimento do terceiro setor, sendo eles.²⁰⁰

1. A geração de empregos no ramo de serviços;
2. A reforma do Estado no sentido de uma redefinição de sua relação com o cidadão, focada na busca de um melhor desempenho da administração pública por intermédio da redução das atividades desenvolvidas pelo Estado através do aumento da delegação de atividades de interesse público para o setor privado. O Estado assume papel de regulador e fiscalizador das atividades não exclusivas, aquelas que podem ser delegadas sem prejuízo do interesse público;
3. A transformação da prática democrática. A evolução democrática passou inicialmente pela democracia direta, posteriormente pela representativa, após tornando-se participativa e, segundo a atual Constituição brasileira, a democracia é concomitante, ou seja, apresenta todas as facetas;
4. A crise da representação popular exercida por intermédio dos partidos políticos que gerou a necessidade de se buscar caminhos alternativos para os cidadãos participarem da administração pública de forma mais atuante, restando o terceiro setor como solução;
5. Por final, o crescimento do terceiro setor dá-se por razões culturais de espírito associativo e comunitário que o brasileiro manifesta desde os tempos do Império através das Santas Casas, Beneficências Portuguesas e dos institutos históricos.

²⁰⁰ FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed. 2006.

7.2 TRATAMENTO LEGAL. LEGISLAÇÃO ESPECIAL

O terceiro setor é composto de clubes, hospitais privados, movimentos sociais, universidades privadas, cooperativas, entidades ecumênicas e assistencialistas, Fundações empresariais, associações civis de benefício mútuo, sindicatos, associações, escolas, ONGs (organizações não-governamentais), OSCIPs (organizações da sociedade civil de interesse público)²⁰¹, dentre outras tantas empresas privadas sem fins lucrativos, não-governamentais, voltadas para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público.

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, incisos XVII a XXI, autoriza a associação para fins lícitos, sem a interferência do Estado para seu funcionamento.

Algumas das entidades que compõem o terceiro setor são denominadas ONGs (Organizações Não-Governamentais), ou seja, aquilo que não é do Governo e nem a ele vinculado.

A expressão Organizações Não-Governamentais originou-se para batizar o sistema de representação das Nações Unidas. Assim eram designadas as organizações internacionais que não representavam Governos mas gozavam de prestígio e força internacional o suficiente para justificar uma presença formal na ONU. A importância dessas entidades tomou vulto na medida em que a ONU passou a formular programas de cooperação internacional para o desenvolvimento do Terceiro Mundo e as ONGs assumiram este encargo. Em razão do desenvolvimento desse projeto, as ONGs da Europa ocidental formularam e buscaram projetos não-governamentais com parceiros mundo afora e acabaram por fomentar o surgimento de ONGs nos continentes do hemisfério sul nas décadas de 1960 e 1970.²⁰²

²⁰¹ Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999 regulamentada pelo Decreto nº 3.100 de 30 de junho de 1999.

²⁰² IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2005. FERNANDES, Rubem César Artigo – O que é o Terceiro Setor ?, p. 25/33.

Andrés A. Thompson desenvolveu uma pesquisa para entender o fenômeno da proliferação das ONGs na América Latina nas décadas de 1960 e 1970 e concluiu que estas tinham amplo apoio de diferentes agências de cooperação internacional, representavam formas de ação política que se opunham ao autoritarismo, uma alternativa ao fechamento do sistema político tendo como principal propósito manter espaços de ação cidadã e de defesa de certos valores democráticos, além de constituírem núcleos de energia social, favorecendo a participação dos excluídos das bases sociais.²⁰³

Rubem César Fernandes discorre que o termo “ONG” no Brasil está mais associado a um tipo particular de organização surgida na década de 70 em razão do sistema internacional de cooperação para o desenvolvimento do Terceiro Mundo. Eram tempos autoritários e sua ótica internacionalizada, numa época de embates ideológicos globais, acabaram por conferir uma dimensão política às ações realizadas pelas ONGs, aproximando-as muito mais do discurso e da agenda das esquerdas políticas.

A legislação brasileira prevê no Código Civil dois formatos institucionais para a constituição de uma entidade do terceiro setor sem fins lucrativos: a associação ou a Fundação.

As expressões comumente utilizadas para identificar o terceiro setor são “entidade”, “ONG” (Organização Não Governamental), “instituição”, “instituto” etc.; essas denominações servem apenas para designar, ao final, uma associação ou Fundação, as quais guardam importantes diferenças jurídicas entre si.

O Código Civil (Lei nº 10.406/02) traz em seus artigos 44 a 52 as normas gerais; as especificidades das associações encontram-se nos artigos 53 a 61 e das Fundações nos artigos 62 a 69.

²⁰³ IOSCHPE, Evelyn Berg (org). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2005. THOMPSON, Andrés A. Artigo – Do compromisso à eficiência ? Os caminhos do terceiro setor na América Latina, p. 41/48.

Conforme define o artigo 44 do Código Civil Brasileiro, as entidades do terceiro setor são qualificadas como pessoa jurídica de direito privado.

A existência legal da entidade inicia-se com o registro de seus atos constitutivos (artigo 45 do Código Civil).

As entidades poderão buscar registros facultativos perante o Poder Público, que são denominados Títulos, Certificados ou Qualificações. Esses registros suplementares trazem consigo benefícios e conseqüências. Por seu intermédio as entidades se diferenciam das demais, inserindo-se em um regime jurídico específico; demonstram à sociedade credibilidade, facilitam a captação de investimentos privados e obtenção de financiamentos, o acesso a benefícios fiscais tanto para entidade quanto para seus colaboradores (doadores), oferecem acesso ao recebimento de recursos públicos e possibilitam a celebração de convênios e parcerias com o poder público.

Cada título é previsto em legislação própria com especificidades e obrigações a serem cumpridas pela entidade interessada em obtê-lo, sendo que nem sempre os certificados são cumulativos. Os títulos podem ser obtidos nas esferas federal, estadual e municipal dependendo da qualificação pretendida pela entidade.

No âmbito federal, os títulos obtidos são de Utilidade Pública Federal, Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEAS), Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organização Social (OS).

A fundamentação legal da entidade de Utilidade Pública Federal é a Lei nº 91/35, o Decreto nº 50.517/61 e o Decreto nº 3.415/00. Para pleitear e manter o título, a entidade deverá cumprir os requisitos determinados em lei, os quais repercutirão no teor do estatuto social, nas práticas de gestão adotadas e na maneira pela qual a entidade desenvolverá suas atividades.

A Utilidade Pública Federal é uma declaração outorgada pelo Ministério da Justiça à entidade que desenvolve atividades úteis ao público, de relevante valor

social, que utiliza o bem em prol da coletividade e que cumpre os requisitos legais para fazer jus a tal titulação. Tal título somente é concedido para as entidades cuja finalidade seja desenvolver atividades nas áreas de promoção da educação, ou exerçam atividades de pesquisa científica e cultural, incluindo as artísticas, ou filantrópicas.

As vantagens da obtenção da qualificação de Utilidade Pública Federal incluem oferecer dedutibilidade do imposto de renda das pessoas jurídicas que contribuam com a entidade, receber subvenções, auxílios e doações, realizar sorteios desde que autorizados pelo Ministério da Justiça. Por outro lado, a qualificação de Utilidade Pública Federal constitui pré-requisito para obter o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEAS), o qual, por sua vez, é pré-requisito para requerer a isenção da cota patronal devida ao INSS no caso de cumprimento de outros requisitos previstos na legislação específica.

São consideradas como Entidades Filantrópicas aquelas que se dedicam à prestação de serviços de caráter assistencial e direto às populações em estado de exclusão social, e possuem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEAS.

O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEAS) tem fundamento na Constituição Federal em seu artigo 203, na Lei nº 8.212/91 (Lei de Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio) nos artigos 4º e 55º, na Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) nos artigos 1º, 2º e 3º, no Decreto nº 2.536/98 e na Resolução CNAS nº 177/00.

Nos termos do artigo 2º do Decreto Federal nº 2.536/98 “considera-se Entidade Beneficente de Assistência Social a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que atue no sentido de:

- I) proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice;
- II) amparar crianças e adolescentes carentes;
- III) promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências;

- IV) promover gratuitamente assistência educacional ou de saúde;
- V) promover a integração ao mercado de trabalho.

Enquadram-se, como Entidade Beneficente de Assistência Social, várias entidades do terceiro setor, tais como escolas, instituições religiosas, hospitais, etc.

O CEAS é um título concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), órgão vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, às entidades que comprovarem o desenvolvimento de atividades de assistência social.

O CEAS é a atual denominação do antigo Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (CEFF) ou simplesmente Certificado de Filantropia, e constitui pré-requisito para requerer a isenção da cota patronal devida ao INSS.

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) encontra amparo na Lei nº 9.790/99 regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99 e parcialmente alterada pelas Leis Federais nº 10.539/02 e nº 10.637/02.

No âmbito estadual cita-se em Pernambuco a Lei nº 11.743/00, no Acre a Lei nº 1.428/02, em São Paulo a Lei nº 11.598/03, em Minas Gerais a Lei nº 14.870/03 regulamentada pelo Decreto nº 43.749/04.

A entidade, uma vez qualificada como OSCIP, por expressa vedação legal, não poderá cumular outro título.

Os objetivos da Lei que qualifica uma entidade como OSCIP é o de simplificar os procedimentos referentes ao reconhecimento institucional das associações civis junto ao Governo; ampliar e definir as áreas de atuação das entidades que venham a obter esta qualificação; estabelecer critérios mínimos de gestão; reconhecer organizações não estatais como sendo de caráter público; permitir o financiamento governamental de ações públicas executadas por elas; incentivar a parceria entre OSCIP e o Estado; implementar mecanismos adequados de controle social e responsabilização das organizações com o objetivo de garantir

que os recursos de origem estatal administrado pela OSCIP sejam realmente destinados a fins públicos.

A qualificação como OSCIP é concedida pelo Poder Executivo às pessoas jurídicas sem fins lucrativos que estiverem prévia, formal e juridicamente constituídas sob a forma de associação ou Fundação e pleitearem e cumprirem os demais requisitos legais exigidos para tanto. O fato da entidade receber o título de OSCIP não altera sua natureza jurídica enquanto associação ou Fundação.

Será facultada a qualificação de OSCIP às entidades que possuam como finalidade o desenvolvimento de atividades de promoção da assistência social; a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; a promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata a Lei nº 9.790/99; a promoção gratuita da saúde; a promoção da segurança alimentar e nutricional; a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável; a promoção do voluntariado; a promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; a experimentação não lucrativa de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; a promoção de direitos estabelecidos, a construção de novos direitos e a assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; a promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; os estudos e pesquisas, o desenvolvimento de tecnologias alternativas, a produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos.

A dedicação às atividades elencadas acima podem ser desenvolvidas mediante execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

O estatuto da entidade que pretender a qualificação de OSCIP deverá conter previsão sobre assuntos específicos determinados em lei, que repercutirão

nas práticas de gestão e na maneira pela qual a entidade desenvolverá suas atividades.

Os dirigentes estatutários de uma entidade qualificada como OSCIP poderão receber remuneração pelo trabalho desenvolvido. Outros benefícios da titulação é permitir a dedução no Imposto de Renda de até 2% sobre o lucro operacional da pessoa jurídica que fizer doação à OSCIP e permitir que a entidade promova termos de parceria com o poder público.

A Lei que instituiu a OSCIP trouxe efetivas mudanças no cenário do terceiro setor, pois o processo de qualificação é menos oneroso e mais ágil, há abrangência institucional com reconhecimento de organizações cujas áreas de atuação social não eram contempladas legalmente, o acesso a recursos públicos é menos burocrático com maior controle público e social e prevê mecanismos de planejamento, avaliação e controle dos projetos que envolvam recursos públicos, nisso consistindo a presença de gestão estratégica.

A Organização Social (OS) está regulada pela Lei nº 9.637/98. É uma qualificação destinada para as entidades que desenvolvam atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Essa qualificação é concedida pelo Poder Executivo por ato discricionário.

No nível estadual existem leis que institucionalizaram a OS tais como no Estado de Tocantins a Lei nº 762/95, Rio de Janeiro Lei nº 2.878/97, Bahia as Leis nº 7.027/97 e nº 8.647/03, Pará Lei nº 5.980/96 e 6.773/05, São Paulo Lei nº 846/98, Santa Catarina Lei nº 12.929/04 e nº 13.343/05; em âmbito municipal na cidade de Atibaia/SP Lei nº 457/05, Barretos/SP Lei nº 3.447/01, Barueri/SP Lei nº 1.360/03, Cajamar/SP Lei nº 1.186/05 e nº 1.199/06, Cubatão/SP Lei nº 2.764/02, Santo André/SP Lei nº 8.294/01, São Paulo/SP Lei nº 14.132/06.

A obtenção da qualificação não é um direito ou opção da entidade, uma vez que ela apenas será qualificada como OS se for escolhida e aprovada segundo critérios de conveniência e oportunidade do Poder Público. A ausência de critérios

objetivos para a aprovação e escolha das entidades a serem tituladas, segundo alguns juristas, torna a lei inconstitucional. O título de OS pode ser cumulativo à outra qualificação com exceção de OSCIP.

Os dirigentes estatutários poderão ser remunerados a critério dos associados da entidade, os quais estabelecerão os limites financeiros para tanto. Esta possibilidade de remuneração deixa de existir no caso da entidade cumular outro título como o de utilidade pública ou CEAS.

As entidades reconhecidas como Organização Social poderão realizar contrato de gestão com o Poder Público e serão declaradas de interesse social e de utilidade pública, permitindo assim a destinação de recursos orçamentários e bens públicos que sejam necessários para o cumprimento do contrato de gestão.

Diferente das outras qualificações, o reconhecimento como OS não traz incentivo fiscal algum, nem com relação às deduções das doações recebidas.

7.2.1 Associações

As associações são consideradas uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos ou lucrativos, que se formam pela união de pessoas em prol de um objetivo comum, sem interesse de dividir resultados financeiros entre elas. Podem ou não ter patrimônio próprio, sua finalidade sendo definida pelos associados, podendo ser alterada através do estatuto social. Os associados têm liberdade para deliberar.

As associações nascem da decisão em assembléia, com transcrição em ata de constituição e elaboração de um estatuto, todos estes documentos devendo ser registrados no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas.

O primeiro passo para a constituição de uma associação é a realização de uma reunião de pessoas interessadas em se organizar juridicamente para

desenvolver um objetivo comum. A ata de constituição é o instrumento jurídico que relata o que foi discutido na reunião de constituição, inclusive a aprovação do estatuto e eleição dos dirigentes da associação.

Em assembléia os indivíduos deverão em conjunto elaborar o estatuto social e a ata de constituição da entidade.

A associação será regida por seu Estatuto Social, o qual trará em seu bojo registrado as características e o conjunto de regras segundo os quais a entidade funcionará.

O Estatuto Social deverá atender o quanto determinado no artigo 54 do Código Civil sob pena de nulidade, contendo obrigatoriamente:

1. a denominação social;
2. o endereço da sede;
3. as finalidades, desde que não lucrativas, a forma pela qual serão atingidas e as fontes de recursos para sua manutenção;
4. o prazo de duração;
5. os requisitos para admissão, demissão e exclusão de associados;
6. os direitos e deveres dos associados;
7. o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos;
8. a forma de representação da associação perante terceiros ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
9. a responsabilidade ou não dos associados pelas obrigações sociais;
10. as hipóteses e condições para a destituição dos administradores;
11. as exigências para alteração do estatuto;
12. a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas;
13. as condições para extinção ou dissolução da associação e o destino do seu patrimônio.

A legislação não proíbe a inserção de artigos no estatuto que tratem de outros assuntos, desde que os itens supracitados estejam expressamente previstos. No caso da associação pretender a obtenção de títulos e qualificações, o estatuto

deverá conter cláusulas obrigatórias determinadas pelos órgãos públicos concessionários dos títulos ou qualificações.

Não há regra para a estrutura de administração a ser adotada pelas entidades. As associações civis sem fins lucrativos têm diferentes composições, com grande variação nas funções e respectivos poderes. A única obrigatoriedade é a existência de uma Assembléia Geral, cujas decisões serão sempre soberanas. As competências privativas da Assembléia Geral encontram-se elencadas no artigo 59 do Código Civil Brasileiro.

Para o efetivo funcionamento, a associação deverá providenciar seu registro na Secretaria da Receita Federal para obtenção do CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), na Prefeitura para inscrição no CCM (Cadastro de Contribuinte Municipal) e obtenção de alvará de funcionamento que regularizará o espaço físico utilizado como sede da entidade, no INSS (Instituto Nacional de Seguridade Nacional) e na Caixa Econômica Federal, em razão do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

Embora as associações não sejam tributadas, deverão cumprir com todas as obrigações contábeis de qualquer pessoa jurídica de direito privado.

7.2.2 Fundações

Historicamente por volta de 1920, a teoria jurídica alemã constrói uma nova personalidade jurídica e cria expressamente um novo sujeito de direito: a Fundação.

Cerca de dezenove anos após principia a Segunda Grande Guerra européia e nos anos seguintes ao seu término em 1945 se formam as grandes fortunas tanto na Europa quanto nos Estados Unidos. Dessas fortunas surgem as grandes Fundações norte-americanas de Carnegie, Rockefeller, Community Trusts,

Danforth, Hartford, Duke Endowment, John Simon Memorial, e inglesas como a Rowntree Trust, Rhodes Trust e Leverhulme Trust.

Na Europa a incidência das guerras foi um fator decisivo para a proliferação e desenvolvimento das Fundações. Pessoas de idade avançada se viram sem descendentes diretos e entenderam por bem legar seus bens para fins caritativos como forma de homenagear e lembrar seus familiares falecidos. Trata-se da época em que surgiram as grandes Fundações européias tais como a Volkswagem, Fritz Thyssen, Gulbenkian, Agnelli, Ford, Krupp, Bosch, Olivetti, Juan March. Alguns anos mais tarde, com os primeiros sinais de crise do estado de bem-estar (*welfare state*), essas instituições passaram a ser mais valorizadas e respeitadas; assumem tal posição de importância que chegam a ser criadas Fundações de origem pública ou de caráter supranacional.

Nos países do leste europeu, onde predominaram os regimes comunistas, as Fundações desapareceram, em razão de serem instituições incompatíveis com o princípio de que o Estado é a única fonte legítima de justiça e de bem-estar público.

No Brasil, as Fundações não são numerosas e ainda caminham tímidas, em razão da frágil estrutura financeira das grandes empresas, que permanecem muito expostas às intempéries de uma volatilidade global.²⁰⁴

Fundação privada é a pessoa jurídica constituída a partir de um patrimônio destinado por uma pessoa física ou jurídica de direito privado para a realização de um fim social e determinado. Seu nascimento surge pela iniciativa de seu instituidor, de duas formas: por intermédio de escritura pública ou mediante testamento. (artigo 62 do Código Civil). Deverá constar a dotação de bens livres, com a especificação do fim a que se destina, e opcionalmente a maneira de

²⁰⁴ “O que caracteriza as Fundações no Brasil neste momento é o fato dos fundos serem em geral mistos – parte em dinheiro e parte em acervo, ou parte em dinheiro e parte em direitos, serviços, bens imateriais, por exemplo. As Fundações são ainda extremamente dependentes de dotações decididas anualmente pelas empresas e mantenedoras. Inexiste, como nos Estados Unidos, França ou Espanha um comprometimento de recursos a longo prazo que assegure um planejamento de longo prazo e uma autonomia política e financeira das Fundações.” FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed., 2006, p. 107.

administrá-la. As Fundações servem tão somente para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência, sempre voltadas para causas de interesse público. Uma vez fixada a finalidade da Fundação, esta é perene, não havendo possibilidade de mudança de objetivo.

Para instituir-se uma Fundação deverá ser realizado a princípio um estudo de viabilidade. Durante este processo o instituidor coleta dados e informações a serem apresentados à Promotoria da Comarca, com o objetivo de verificar, através do patrimônio a ser destinado inicialmente à futura Fundação, a viabilidade da instituição da entidade e sua auto-sustentação.

No caso do patrimônio definido ser insuficiente para a gestão da entidade, na ausência de instruções do instituidor, o patrimônio será agregado à outra Fundação com finalidade semelhante (artigo 63 do Código Civil).

Constituída a Fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados; e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandato judicial (artigo 64 do Código Civil).

Na seqüência, aquele que o instituidor confiar o patrimônio que constituirá a Fundação, assim que tiver ciência do encargo deverá formular o estatuto da Fundação, submetendo-o à aprovação da autoridade competente. No caso do estatuto não ser elaborado dentro do prazo estipulado pelo instituidor, ou na ausência de prazo, em cento e oitenta dias caberá ao Ministério Público a incumbência de elaborar o estatuto (artigo 65 do Código Civil; artigo 1199 do Código de Processo Civil; artigo 120 da Lei nº 6.015/73).

Ao analisar o estatuto (artigo 1200 do Código de Processo Civil), a Curadoria de Fundações do Ministério Público verifica se foram observadas as bases da Fundação e se os bens são suficientes à destinação da entidade, e indica as modificações necessárias, podendo até não conceder aprovação (artigo 1202 do Código de Processo Civil).

O estatuto deverá conter em seu bojo sob pena de nulidade:

- a) a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;
- b) o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;
- c) o modo pelo qual se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
- d) os requisitos para a admissão, demissão e exclusão de associados;
- e) os direitos e deveres dos associados;
- f) as fontes de recursos para sua manutenção;
- g) o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;
- h) se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo:
- i) se os membros respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações sociais;
- j) as condições para a alteração das disposições estatutárias, para a dissolução e extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

Elaborado o estatuto, com atendimento dos requisitos supra mencionados, o instituidor procederá à lavratura da Escritura Pública de Instituição da Fundação no Cartório de Notas. Esta escritura passará pelo crivo do Ministério Público e somente após sua aprovação é que a instituição resta consolidada e aprovada para existir.

Após a aprovação e o visto do Ministério Público, o estatuto e a Escritura Pública deverão ser levados a registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e uma cópia registrada deverá ser encaminhada para a Promotoria, a qual expedirá uma Resolução contendo as exigências cabíveis com prazo determinado para suas implementações.

Cumpridas essas etapas, a Fundação estará apta a obter seu registro junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) emitido pelo Ministério da Fazenda.

Em caso de reforma do estatuto deverá ser atendido o quanto previsto nos artigos 67 e 68 do Código Civil Brasileiro e artigo 1203 do Código de Processo Civil.

Todos os acontecimentos de uma Fundação deverão ser acompanhados e fiscalizados pelo Promotor de Justiça, também conhecido como Curador de Fundações.

A forma de extinção das Fundações encontra-se prevista no artigo 69 do CC e 1204 do CPC.

Para o efetivo funcionamento, tal como a associação, a Fundação deverá providenciar seu registro na secretaria da Receita Federal para obtenção do CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), na Prefeitura para inscrição no CCM (Cadastro de Contribuinte Municipal) e obtenção de alvará de funcionamento que regularizará o espaço físico utilizado como sede da entidade, no INSS (Instituto Nacional de Seguridade Nacional) e na Caixa Econômica Federal, em razão do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

8 FORMAS DE INTERAÇÃO ENTRE O TERCEIRO SETOR E O PODER PÚBLICO

Com o início da abertura democrática, o Brasil iniciou uma caminhada no sentido de reformar o Estado. Tais reformas, com fortes traços neoliberais, iniciaram no Governo Collor de Melo e foram levadas adiante pelo governo de Fernando Henrique Cardoso. As mudanças caminharam no sentido da desestatização, privatização e desregulamentação, sempre na busca de reduzir a participação do Estado nas atividades econômicas e especialmente na prestação dos serviços públicos, objetivando com essas medidas a melhoria da capacidade do Estado de atender as demandas sociais.

Tendo em vista esse panorama histórico, as entidades do terceiro setor deixam de ter um caráter eminentemente caritativo e passam a desfrutar uma posição estratégica no plano governamental.

As entidades do terceiro setor passam a prestar serviços em diversas áreas, com o claro intuito de preencher a lacuna deixada pelo Estado, sendo o serviço prestado mais eficiente e de menor custo que o praticado pelo Governo.

O fomento administrativo é legítimo e justificado no momento em que promove ou estimula as atividades que buscam o bem-estar geral; sua vantagem é não expandir a máquina estatal e incitar forte estímulo sobre os particulares a fim de que estes desenvolvam atividades em prol da coletividade.²⁰⁵

No sentido de se beneficiar da eficiência do terceiro setor, o poder público necessita de mecanismo que instrumentalize a “contratação” das entidades do terceiro setor para realizar aquilo em que o Governo é ineficiente.

²⁰⁵ “A atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos; ou, mais concretamente, a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo, sem empregar coação, as atividades dos particulares.” ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 19.

A formalização desse ajuste ou acordo de vontades entre o poder público (federal, estadual ou municipal) e o terceiro setor, dá-se por intermédio de convênios, contratos ou parcerias.

8.1 CONVÊNIOS

Convênio é uma forma tradicional de participação da sociedade civil na execução de atividades públicas.

O convênio é o instrumento de cooperação celebrado entre dois órgãos públicos ou entre um órgão público e uma entidade privada no qual são previstos obrigações e direitos recíprocos, visando a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

Segundo Maria Nazaré Lins Barbosa “o termo convênio é empregado em direito administrativo para designar um acordo entre pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios). Pode também ser empregado para designar acordos entre entidades sem fins lucrativos e o poder público (federal, estadual ou municipal). Geralmente quando se emprega o termo convênio (em vez de contrato), quer-se ressaltar que as partes conveniadas têm um interesse comum e não interesses opostos, como ocorre na típica relação contratual. Discute-se que critérios devem presidir a escolha de uma entidade sem fins lucrativos para a celebração de um convênio.”²⁰⁶

Na definição de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, “os convênios são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações privadas, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.”²⁰⁷

²⁰⁶ BARBOSA, Maria Nazaré Lins; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. Manual de ONGs – Guia prático de orientação jurídica. Rio de Janeiro: Editora: Fundação Getúlio Vargas, 5ª edição, 2004, p. 130.

²⁰⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 50.

Os convênios administrativos, na visão de Hely Lopes Meirelles, são "acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes".²⁰⁸

Para Hely Lopes Meirelles, o convênio é acordo, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes, a posição jurídica dos signatários é uma só, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, com vistas à realização do objetivo comum.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no mesmo sentido, define convênio como a "forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração".²⁰⁹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro existem outros critérios para distinguir convênio de contrato, além da questão dos interesses comuns, citando-se²¹⁰:

1. Os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem por meio do convênio para alcançá-los;
2. Os partícipes do convênio têm competências institucionais comuns; o resultado alcançado insere-se nas atribuições de cada qual;
3. Os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum, que será usufruído por todos eles;
4. Verifica-se a mútua colaboração;
5. As vontades se somam e atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns;

²⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 33ª ed., 2007, p. 408.

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 292.

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 247.

6. Os envolvidos na entabulação são os partícipes que têm interesses comuns e coincidentes. Não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões;

7. Não há vinculação contratual, ocorrendo inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória e de sanções pela inadimplência.

O convênio administrativo pressupõe interesse recíproco e mútua colaboração entre os partícipes.

As finalidades institucionais e estatutárias dos signatários dos convênios devem contemplar o objeto destes, ou seja, os partícipes dos convênios devem possuir objetivos institucionais comuns e relacionados com o objeto do convênio. Além disso, a descentralização da execução de programas e projetos mediante convênios só é permitida/possível com entes que dispõem de capacidade e plenas condições para a consecução do seu objeto (conforme o disposto na Instrução Normativa n.º 1/1997 da STN).²¹¹

As características identificadas no convênio são que o acordo não é contrato (não há vínculo contratual); não há partes, mas partícipes, os partícipes tem as mesmas pretensões, interesses comuns e coincidentes, uma única posição jurídica, podendo existir diferenças na cooperação de cada um; não há cláusula de permanência obrigatória e não há preço ou remuneração, mas apenas mútua cooperação, o que pode implicar no repasse de verbas, de bens ou recursos humanos.²¹²

²¹¹ Instrução Normativa n.º 1, de 15 de janeiro de 1997, da STN – "Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências".

²¹² "Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa *cooperação associativa*, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes." MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 33ª ed., 2007, p. 409.

O convênio pode ser denunciado por qualquer das partes a qualquer tempo, sem imposição de sanção, restando esta responsável apenas pelas obrigações do tempo em que participou voluntariamente do acordo, auferindo vantagens somente nesse período de participação conforme prevê o artigo 57 do Decreto nº 93.872.

“O convênio pode ser denunciado a qualquer tempo (...) não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.”

O convênio quando firmado com entidade privada é uma atividade de fomento²¹³, onde, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade que traz algum benefício para a coletividade. O incentivo é dado sob forma de **auxílios financeiros** ou **subvenções** por conta do orçamento público, **financiamento, favores fiscais, desapropriações** de interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade..."²¹⁴. É a implementação do Estado Subsidiário.²¹⁵

O executor do convênio é considerado um administrador do dinheiro público, estando obrigado a prestar contas ao Tribunal de Contas e para o ente que fez o repasse. O valor recebido no convênio não é qualificado como contraprestação ao cumprimento do contrato, e sim como auxílio, incentivo e fomento à atividade considerada socialmente relevante.

A celebração de convênio independe de prévia licitação, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro “enquanto os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666 são necessariamente precedidos de licitação – com as ressalvas legais – no convênio

²¹³ Vide nota 203.

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 249.

²¹⁵ “No Estado Subsidiário, o Estado só presta as atividades que o particular não pode desenvolver ou ajuda o particular quando a iniciativa privada seja insuficiente.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 249.

não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de *know-how*. Não se cogita de remuneração que admita competição.”²¹⁶

8.2 PARCERIAS

Parceria é um acordo de vontades, um ajuste, firmado entre o poder público e as entidades privadas qualificadas como OSCIP, que se concretiza por intermédio do termo, no qual são registrados os direitos e as obrigações das partes, visando ao fomento e à execução das atividades de interesse público descritas na Lei nº 9.790/99 (Lei das OSCIPs).

Através da parceria, o Estado incentiva a iniciativa privada a se interessar por atividades consideradas de interesse social, bem como viabiliza ou divide o risco de um grande investimento em obra pública.

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha parceria, no seu sentido amplo enquanto forma de colaboração entre o poder público e o particular, é definida como instrumento destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para o fomento e a execução das atividades de interesse público, a ser firmado entre o poder público e as OSCIPs.²¹⁷

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro parceria designa “todas as formas de sociedades que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o Poder Público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos, ainda que do lado do particular se objetive o lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 251. Thompson

²¹⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 51.

para caracterizar a parceria, como também não o é a idéia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica.”²¹⁸

Maria Nazaré Lins Barbosa afirma que a expressão *termo de parceria* designa, de modo mais específico, a relação que se estabelece entre o poder público e as entidades sem fins lucrativos qualificadas como OSCIPs (organizações da sociedade civil de interesse público). De fato, a Lei nº 9.790/99 e o Decreto nº 3.100/99 que a regulamentou, utilizam a expressão *termo de parceria* para designar o acordo ou ajuste estabelecido entre ambos. O Decreto nº 3.100/99 estabelece que a escolha da entidade parceira pode ser feita mediante concurso entre as entidades interessadas e qualificadas como OSCIPs.²¹⁹

A parceria é um instrumento que pode proporcionar ao ente público atingir vários objetivos, podendo ser formalizada de diferentes maneiras. Pode ser utilizada como forma de delegação da execução de serviços públicos aos particulares por intermédio da concessão e permissão; constitui uma forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública por intermédio da terceirização; é introdução da iniciativa privada nos assuntos de interesse público, efetivada por meio de convênios ou contratos de gestão e como instrumento de desburocratização e instalação da administração pública gerencial realizada através de contratos de gestão.

A Parceria Público-Privada está regulamentada em nosso Ordenamento Jurídico na Lei nº 11.079, de 31 de dezembro de 2004, responsável por instituir as normas gerais para licitação e contratação sob este modelo, concebido para atrair o investimento privado em setores onde este não demonstra interesse em arcar sozinho com os custos, os riscos ou ainda a demora do retorno do capital investido.

²¹⁸ *Apud* ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 52/51.

²¹⁹ BARBOSA, Maria Nazaré Lins/ Carolina Felipe de Oliveira. Manual de ONGs – Guia prático de orientação jurídica. Rio de Janeiro: Editora: Fundação Getúlio Vargas. 5ª edição, 2004, p. 130.

Fato é que ao investir pesadas somas na infra-estrutura e no desenvolvimento da Nação, o capital privado continua perseguindo sua missão precípua que é a de gerar lucro ao investidor. Deste modo, alguns setores de atividade não se mostram tão atraentes face aos riscos envolvidos na remuneração do capital investido, sendo em alguns casos até mesmo duvidoso esse retorno, afastando a iniciativa privada em arcar com tal mister.²²⁰

Para amenizar os efeitos da falta de interesse do capital privado em investir em determinados setores econômicos, as PPPs surgem como uma alternativa para que o poder público não necessite efetuar sozinho todo o desembolso necessário para realizar determinados investimentos, dividindo os riscos e amenizando o vultoso dispêndio de recursos.

Apenas a título de ilustração sobre o montante dos valores envolvidos nesse tipo de atuação conjunta, destaca-se que a Lei proíbe a Parceria Público-Privada para contrato inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), período de prestação do serviço inferior a 5 (cinco) anos (§ 4º do art. 1º) e superior a 35 anos (art. 5º, § I) e que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (§ 4º do art. 1º).

Ora, pelos valores envolvidos nos empreendimentos suscetíveis de serem objeto dessas parcerias ficam claras as vantagens em se dividir os riscos e o desembolso entre capital público e privado, haja vista que o primeiro sem a ajuda do segundo é obrigado a procrastinar diversas obras em função do eterno problema de falta de recursos disponíveis e o segundo se esquiva de arriscar tamanha quantia de recursos sem uma garantia de retorno mais palpável.

²²⁰ CAGGIANO, Monica Herman Salem; LEMBO, Cláudio (coordenadores). Direito Constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988. Barueri: Minha Editora, 2007. Série Culturalismo Jurídico.

Interessante considerar que a Lei institui a criação, em seu Artigo 16, de um fundo garantidor destinado a prestar garantia de pagamento de obrigações assumidas pelos parceiros. De natureza privada e patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas, tal fundo é sujeito a direitos e obrigações próprios, sendo criado, administrado, gerido e representado judicialmente e extrajudicialmente por instituições financeiras, cujo controle é realizado direta ou indiretamente pela União.

Por serem neófitas em nosso Ordenamento, essas parcerias ainda não podem ser corretamente avaliadas, especialmente ante a complexidade das obrigações atinentes aos atores envolvidos em sua maturação. Entretanto, embora recente em nosso arcabouço jurídico, cabe ressaltar que esse instituto não é novo em outros ordenamentos, vez que países como Inglaterra e Estados Unidos, para citar alguns, vêm paulatinamente implementando esse sistema com relativo sucesso.

Deve-se levar em conta que a natureza das PPPs é o compartilhamento de riscos, sendo que com a adoção do sistema o que se espera é a efetivação do princípio da eficiência previsto no artigo 37 da Constituição Federal, uma vez que a empresa privada arca com o investimento e, concluída a obra, o Governo realiza o desembolso conforme a quantidade e a qualidade dos serviços colocados à disposição dos cidadãos, possibilitando ao Estado priorizar serviços essenciais como a saúde e a educação.

8.3 CONTRATOS

“O termo contrato designa genericamente o acordo entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação, bem como designa o documento resultante desse acordo. O poder público pode celebrar contratos com entidades sem fins lucrativos,

contratos estes que, via de regra, devem ser precedidos de licitação.”²²¹

No dizer de Hely Lopes Meirelles “contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Como pacto consensual, pressupõe liberdade e capacidade jurídica das partes para se obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.”²²²

O contrato é o instrumento que retrata o acordo de vontades entre as partes e que estipula obrigações e direitos recíprocos. Nele estarão inseridos interesses diversos e opostos e quando é firmado entre uma entidade privada e o poder público para a consecução de fins públicos é denominado contrato administrativo²²³, devendo sempre ser precedido de licitação.

A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) prevê algumas hipóteses de dispensa licitatória que beneficiam entidades em determinadas situações.

O contrato administrativo goza de estabilidade em seu vínculo. A rescisão unilateral se resolve por intermédio de pagamento indenizatório. É sempre consensual e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*.

O pagamento realizado pela administração pública corresponde, no contrato administrativo, à contraprestação pelo cumprimento da obrigação do contratado.

²²¹ BARBOSA, Maria Nazaré Lins; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. Manual de ONGs - guia prático de orientação jurídica. Coord. Luiz Carlos Meregé. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p. 130.

²²² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 33ª ed., 2007, p. 211.

²²³ “*Contrato administrativo* é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria administração.” MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 33ª ed., 2007, p. 212.

O contrato de gestão, inspirado no direito estrangeiro, não é propriamente um contrato, vez que não existem interesses diversos e opostos em seu bojo; é um acordo operacional pelo qual o Estado cede à entidade qualificada como Organização Social (OS) recursos orçamentários, bens públicos e servidores para que ela possa cumprir os objetivos sociais tidos por convenientes e oportunos à coletividade.

“A denominação tem sido utilizada para designar acordos celebrados com entidades da Administração indireta, mas também com entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado (mais especificamente, as chamadas **organizações sociais**) e que poderiam ser enquadradas, por suas características, como entidades paraestatais. Mais recentemente, a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, contratos desse tipo poderão ser celebrados no âmbito da própria Administração direta, entre dirigentes de órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica.”²²⁴

Durante a Reforma Administrativa do Estado²²⁵, promovida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, essa modalidade de contrato ocupou papel de destaque tendo em vista que os serviços não-exclusivos seriam financiados ou subsidiados pelo Estado e administrados pelas OS.²²⁶

Essa modalidade de contratação busca aproximar o comportamento de certas esferas do Governo de algo similar ao comportamento empresarial privado.

“O papel reservado ao contrato de gestão é o de substituir o sistema de controle baseado no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público sobre o privado pelo

²²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 258.

²²⁵ “A busca pela modernização da Administração Pública levou à utilização dos chamados contratos de gestão como forma de ajuste entre vários tipos de entidades estatais e não estatais.” DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 253.

²²⁶ “Então, a figura do contrato de gestão ocupa lugar de destaque na estratégia administrativa preocupada em alterar o perfil do Estado. A relação entre o núcleo estratégico do Estado e os demais setores deixa de ser disciplinada pela lei, na qual impera uma relação de mando, de subordinação, e passa a ser disciplinada pelo contrato, no qual impera uma relação de coordenação, de cooperação; sendo que por intermédio do contrato de gestão o núcleo estratégico do setor do Estado apresenta aos demais núcleos os objetivos que devem ser cumpridos.” ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 37.

controle baseado no princípio da consensualidade, na cooperação, no qual as metas são negociadas e preestabelecidas pelas partes.”²²⁷

O contrato de gestão pode ser entabulado entre a administração e respectivos órgãos e entre o núcleo estratégico²²⁸ governamental e entidades não-governamentais para prestação de serviços não-exclusivos.

O Decreto nº 137 de 27.05.1991 introduziu em nosso ordenamento jurídico o contrato de gestão. A previsão era para realização de contratos com empresas estatais, com a finalidade de aumentar a eficiência e produtividade destas; para tanto, os contratos de gestão versavam sobre compromissos e cláusulas objetivando metas, prazos, vigências, indicadores de produtividade, critérios de avaliação de desempenho, penalidades aos administradores e liberavam as empresas de alguns controles prévios.

O contrato de gestão surge como solução do cumprimento ao princípio da eficiência, visto que atribui maior autonomia gerencial, administrativa e financeira ao contratado, e ainda, assegura a regularidade do recebimento financeiro.

O contrato de gestão entabulado entre a administração pública e a OS submete-se ao regime de direito público; deverá observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economia e demais princípios subjacentes da supremacia do interesse público sobre o privado, em razão do quanto determinado pelo artigo 37, *caput* e inciso XX da Constituição Federal e do artigo 7º da Lei nº 9.637 de 15.05.1998.

O procedimento licitatório é precedente obrigatório ao contrato de gestão, com exceção ao quanto previsto em lei no sentido de dispensa de licitação.

²²⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 38.

²²⁸ “O núcleo estratégico corresponde às funções dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e do Ministério Público. É no núcleo estratégico que as leis e as políticas públicas são definidas. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas.” ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 33.

A Emenda Constitucional nº 19 no § 8º do artigo 37 admite a celebração de contrato de gestão entre órgãos. Celso Antonio Bandeira de Mello não admite a possibilidade desse tipo de contrato. Em suas palavras haverá de ser considerado não escrito e tido como um momento de sublime infelicidade em nosso ordenamento jurídico.²²⁹

No entender de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o contrato de gestão é um contrato administrativo degradado; falta-lhe, na essência, o reconhecido direito ao equilíbrio econômico-financeiro do administrado.²³⁰

²²⁹ *Apud* ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 47. No entender de Celso Antonio Bandeira de Mello, compartilhado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o contrato de gestão entre órgãos revela-se impossível tendo em vista que ignora a hierarquia da desconcentração administrativa e o controle ministerial, os órgãos não desfrutando de personalidade jurídica para entabularem contratos.

²³⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Coleção Temas de Direito Administrativo – Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 55.

9 MODELO ALTERNATIVO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA EM CONVÊNIO COM O TERCEIRO SETOR

Superado esse delineamento do terceiro setor, cabe agora, discorrer sobre a implementação de convênio com o terceiro setor como mecanismo a assegurar a eficácia da garantia constitucional do acesso à justiça.

A assistência judiciária, inserida no princípio da isonomia, constitui obrigação do Estado. O Estado não tem logrado êxito na prestação de assistência judiciária de maneira integral. Portanto, em atendimento ao quanto exigido constitucionalmente, faz-se necessária uma modificação na forma como esse atendimento vem ocorrendo.²³¹

A presente dissertação tem o escopo de propor uma modificação no sistema de fornecimento de advogado da assistência judiciária no Estado de São Paulo.

No ordenamento atual a assistência judiciária é de responsabilidade da Defensoria Pública do Estado, que deverá atender de forma integral a todas as necessidades dos assistidos.

Para fazer frente às necessidades, a Defensoria Pública padeceria de um agigantamento administrativo e financeiro que em muito dificultaria o sistema; ademais o Estado de São Paulo apresenta um *plus* de dificuldades que outros Estados não sofrem.

Uma das primeiras questões levantadas diz respeito ao número populacional do Estado, um dos maiores do país. Temos ainda as questões ligadas às dimensões geográficas, necessidades diferenciadas por região, disparidade cultural, número elevado de municípios e fóruns no Estado, dentre outras questões a serem superadas pela Defensoria Pública.

²³¹ “A Defensoria Pública, por mais bem aparelhada que venha a ser, além de onerar em demasia o Estado, não conseguirá atender satisfatoriamente à demanda dos consumidores do serviço de assistência jurídica, tornando imperiosa, pois, a busca de novas alternativas.” RAMOS, Glauco Gumerato *in* Cadernos Adenauer 3: Acesso à justiça e cidadania. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 50.

A somar-se a todos esses problemas, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo é um instituto de recente criação, não possuindo sequer a estrutura administrativa mínima organizada para fazer frente ao quanto necessário ao atendimento da população.

Atualmente a assistência judiciária no Estado de São Paulo é prestada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Secção São Paulo, por intermédio de um convênio com a Procuradoria Geral do Estado.

Observa-se, contudo, que esse convênio padece de alguns problemas, tais como custeio integral por parte do Estado, atendimento restrito às questões individuais (ajuizamento ou defesa de ações), aviltamento dos honorários dos profissionais da advocacia, impossibilidade do assistido escolher o profissional que lhe atenderá, retirando o caráter de pessoalidade do serviço, baixo controle de qualidade dos serviços prestados ante a dispersão dos profissionais, dentre outros problemas.

Ante este cenário, com vistas a melhorar o atendimento dos assistidos, qualificar a prestação dos serviços advocatícios, aumentar a abrangência dos assuntos atendidos alargando a defesa também aos direitos de segunda e terceira geração, dar eficácia ao direito fundamental de ação, e, principalmente, minimizar o encargo financeiro do Estado no custeio do sistema de assistência judiciária, propõe-se a realização de convênios com o terceiro setor para prestarem a assistência judiciária.

Com base na Lei Complementar nº 988 de 09 de janeiro de 2006, artigo nº 7º § 2º combinado com artigo nº 19 XIII, o Defensor Público-Geral firma contrato com entidade do terceiro setor para prestar assistência judiciária.

A entidade substituirá a Defensoria Pública no fornecimento de advogado, restando à Defensoria o papel de ente regulador e fiscalizador do sistema, o que de pronto “enxugaria” os custos financeiros e diminuiria o inchaço administrativo.

A entidade que pretender prestar o serviço de assistência judiciária à população deverá inicialmente cadastrar-se no sistema.

A Defensoria Pública, enquanto ente regulador, e com o intuito de resguardar a dignidade do cidadão, da profissão da advocacia e da qualidade técnica do serviço prestado, determinará os requisitos necessários para que a entidade possa integrar o sistema.

A título de sugestão, são apontados como requisitos mínimos a serem atendidos pela entidade:

1. Espaço próprio e reservado para o atendimento do cidadão;
2. Atendimento diário;
3. Disponibilização de telefone de plantão judiciário;
4. Número mínimo de advogados especializados por área, não sendo permitido que um mesmo profissional atenda a mais de um ramo do direito;
5. Equipe de advogados focada nas questões relacionadas com os direitos difusos e coletivos;
6. Existência de um conselho interno da entidade responsável pela fiscalização e tutela da qualidade dos serviços;
7. Comprovação de capacidade financeira para viabilizar o sistema de assistência de forma a não aviltar os honorários do advogado e não ferir a dignidade do cidadão.

Superada a fase do credenciamento, na qual a entidade comprovará que possui a estrutura necessária para compor o sistema, o convênio é firmado.

Após a assinatura do convênio, os advogados contratados pela entidade para prestar os serviços de assistência, deverão ser capacitados junto à Escola da Defensoria Pública do Estado, objetivando que estes, na prestação dos serviços, portem consigo os mesmos princípios da Defensoria Pública.

Ultrapassadas as fases acima, o atendimento poderá ser iniciado.

A entidade terá a obrigação de enviar relatório anual para a Defensoria Pública contendo: número de pessoas atendidas, ramos do direito pleiteados, número de ações ajuizadas e contestadas por comarca, número e relação dos advogados que prestaram serviços no período e apresentação de pesquisa de satisfação quanto ao atendimento fornecido pela entidade.

Os dados acima servirão para que a Defensoria Pública mantenha a estatística do atendimento atualizada, podendo com isso, acompanhar a evolução e a qualidade do serviço prestado.

Quanto ao aspecto financeiro do sistema, a entidade terá a responsabilidade de custeio do quanto necessário para a efetiva prestação dos serviços dentro dos padrões regulamentados pela Defensoria.

Para custear o sistema, a entidade obterá recursos de seus associados mantenedores ou por intermédio de doações da iniciativa privada, criando, inclusive, a oportunidade para que as empresas privadas cumpram com sua parcela de responsabilidade social.

A implantação de convênios de prestação de serviços jurídicos com entidades do terceiro setor possibilitará ao cidadão uma soma de vantagens, conforme é apontado abaixo:

1. Subtração do Estado do encargo financeiro de custear de forma exclusiva o sistema de assistência judiciária, desonerando parte do orçamento;
2. Aumento exponencial dos pontos de atendimento da população, minimizando a barreira de acesso à justiça relacionada com a questão geográfica e aquela de ordem psicológica do assistido, vez que a entidade estará localizada no bairro em que o cidadão reside, e este, terá a possibilidade de entabular um relacionamento pessoal com o advogado que o atenderá em razão da proximidade das partes envolvidas;

3. Possibilidade de escolha do profissional que prestará o serviço jurídico, fato que hoje não ocorre tendo em vista que o defensor é nomeado a revelia da vontade do assistido;
4. Maior especialização e capacitação do profissional da advocacia que prestará a assistência judiciária;
5. Possibilidade de atendimento especializado por grupo social, fato que trará conhecimento das necessidades específicas de cada célula social;
6. Minimização das demandas judiciais, tendo em vista a advocacia preventiva realizada;
7. Aquisição de capacidade política do grupo social representado pela entidade, gerando a possibilidade de acompanhamento legislativo focado no atendimento do grupo representado;
8. Aumento do exercício da cidadania;
9. Efetivo exercício dos direitos difusos e coletivos;
10. Diminuição dos custos com a demanda judicial.

A proposta que se apresenta não tem caráter aventureiro, pois conforme citado no presente estudo, constitui um sistema implantado e testado nos Estados Unidos e em diversos países da Europa desde a década de 70, sendo considerado mundialmente, segundo o “Projeto de Florença”, o melhor modelo de prestação de assistência judiciária.

CONCLUSÃO

O Brasil vive uma democracia, e como tal, exige que os direitos sejam tutelados. O princípio da proteção judiciária, direito fundamental do acesso à justiça, encontra-se resguardado no artigo 5º XXXV da Constituição Federal.

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental, garantido constitucionalmente, representa obrigação do Estado. A cidadania somente é alcançada em sua plenitude com o efetivo exercício dos direitos proclamados. A idéia do direito meramente formal não tem mais lugar nos dias atuais.

O advogado constitui peça essencial para que se alcance o objetivo final de democratizar a justiça, de tal forma que todos tenham acesso a ela, e, efetivamente exerçam seu direito.

Para que o indivíduo possa exercer seu direito de ação, inicialmente precisa ter conhecimento de seus direitos. O advogado é o elemento que possui as condições mais favoráveis para levar a informação aos entes componentes da sociedade, vez que o profissional da advocacia está despido da barreira psicológica e muitas vezes geográfica da aproximação com os indivíduos, especialmente os mais carentes.

Ultrapassada a questão da informação, resta a necessidade de exercer o direito. Este exercício pode ser exteriorizado de várias formas, constituindo a mais comum a aplicação da inafastabilidade da prestação jurisdicional do Estado como forma de exigir a justiça.

O Poder Judiciário é estático, dependendo de provocação para prestar a jurisdição e a mola propulsora da atividade judiciária é o advogado. Este levará a demanda em juízo e exigirá a consecução da justiça.

Desta feita, verifica-se que o acesso à justiça pode ser democratizado por intermédio do advogado, pelo que torná-lo acessível a todas as classes é caminho seguro ao efetivo exercício dos direitos e da justiça.

O grande problema que se enfrenta nesse ponto é como fazer com que todos, de forma igualitária, tenham acesso ao advogado eliminando-se as barreiras das diferenças financeiras, sociais e culturais, ou seja, proporcionando igualdade de condições de exercício da cidadania.

Nossa atual Constituição, para enfrentar tal barreira, assumiu a obrigação, em seu artigo 5º, LXXIV, de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos, restando aos entes federados a responsabilidade de criarem Defensorias Públicas capazes de atender a demanda.

Observa-se nesse ponto que a assistência prevista na Constituição é **integral e gratuita**, ou seja, deve abranger a defesa dos direitos individuais e coletivos, promover a informação, orientação e consultoria jurídica judicial e extrajudicial, utilizar método conciliatório pré-processual para a solução amigável dos conflitos intersubjetivos e promover e incentivar o efetivo exercício dos direitos.

Para atender ao quanto determinado constitucionalmente exige-se uma especialização por parte dos operadores do direito e um número colossal de profissionais para fazer frente às necessidades brasileiras, especialmente no caso do Estado de São Paulo, que constitui um dos mais populosos.

Pelos motivos expostos, parece-nos que a Defensoria Pública não se mostrará capaz de atender a demanda da forma como se apresenta, havendo necessidade de envolvimento de outros setores da sociedade para solução da questão.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo foi instituída com a Lei Complementar nº 988 de 09 de janeiro de 2006, cuja finalidade é a tutela jurídica integral e gratuita, individual e coletiva, judicial e extrajudicial, dos necessitados (artigo 2º). No desempenho de suas funções terá como fundamentos de atuação a

prevenção dos conflitos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalidade, e a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º). As atribuições institucionais da Defensoria vêm elencadas no artigo 5º, constituindo rol extenso de atribuições.

A fim de que a Defensoria Pública atinja seus objetivos e o Estado dê conta de sua obrigação constitucional, faz-se necessária, como já afirmado anteriormente, a utilização de outros entes que não somente a Defensoria para dar cabo da demanda.

O artigo 19, inciso XIII, da Lei comentada atribui ao Defensor Público-Geral do Estado a autorização de firmar convênios com órgãos ou entidades, nacionais ou estrangeiras, visando à consecução das atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado.

Apontamos oportunamente as entidades do terceiro setor como as mais qualificadas para a entabulação de convênios de assistência jurídica, tendo em vista que estas, devido ao seu perfil e características não têm fins lucrativos. Portanto, não permitirão que a prestação dos serviços seja mercantilizada. Esses entes constituem excelentes guardiões dos direitos difusos e coletivos, estando capacitados a proporcionar a especialização necessária quanto às necessidades dos vários grupos sociais, sempre representando os interesses de uma parcela social específica, elevando a qualidade dos serviços prestados ante o controle mais próximo da prestação do mesmo, rompendo as barreiras psicológicas e geográficas ao facilitarem o acesso ao advogado, uma vez que as entidades prioritariamente estão inseridas nas comunidades carentes e seus dirigentes normalmente são habitantes locais. Por final, são reconhecidamente a melhor interface entre o Estado e a sociedade.

A lei que instituiu a Defensoria Pública no Estado de São Paulo reconheceu a importância da utilização de convênios; tanto é fato que seu artigo 234 manteve o convênio de prestação de assistência judiciária instituído anteriormente pela PGE com a OAB/SP, e mais, autorizou expressamente no artigo 19, XIII que

outros convênios fossem constituídos na busca do efetivo exercício dos direitos e do acesso à justiça.

Observamos nesse ponto que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (OAB/SP) oferece resistência à instituição de convênios com outras entidades do terceiro setor além dela mesma, sob o manto da alegação da mercantilização da advocacia e do aviltamento dos honorários. Contudo, ante a previsão legal supramencionada em atendimento ao quanto determinado pela Constituição Federal vigente, a OAB/SP está contrariando preceito constitucional e contrariando seus próprios princípios e argumentos, vez que pretende de forma cartelizada sob seu comando monopolizar toda a prestação de serviços advocatícios remunerados pelo Estado e aceita remunerar seus inscritos com honorários ínfimos, segundo tabela aprovada em conjunto, até então, com a Procuradoria Geral do Estado.

A crítica que se faz à Ordem dos Advogados do Brasil não difere da feita, ao longo dos anos, em outros países, às entidades representativas dos advogados, pelo mundo afora, por oferecerem resistência inicial ao modelo de convênios de assistência jurídica. Todavia, com o passar do tempo essas entidades verificaram constituir tal modelo um dos melhores modelos de prestação de assistência.

Remete-se, nesse ponto, novamente ao preâmbulo de nossa Constituição:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

A fim de que alcancemos o quanto proposto constitucionalmente deveremos fomentar o acesso à justiça na sua plenitude. Essa democratização do acesso pode ser alcançada por intermédio do advogado, cuja acessibilidade poderá ser disponibilizada em grande parte pelo terceiro setor.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 16, 1999, p. 203/214.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins, In: *Terceiro Setor: Reflexões sobre o marco legal*. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2004.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica. Coord. Luiz Carlos Merege, 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. O Filósofo e a Política: antologia / organização e apresentação Jose Fernández Santillán. Tradução César Benjamin (palavras preliminares e partes I a V), Vera Ribeiro (partes VI a IX). Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

_____. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Teoria da Norma Jurídica. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. Dicionário de política. Tradução Carmem C. Varriale *et al*; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12ª ed., 2004.

Cadernos Adenauer 3: Acesso à Justiça e Cidadania. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

CAGGIANO, Monica Herman Salem (org). Reflexões em Direito Político e Econômico. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

_____. Oposição na Política, São Paulo, Angelotti, 1995.

CAGGIANO, Monica Herman Salem; LEMBO, Cláudio (coordenadores). Direito Constitucional Econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988. Barueri: Minha Editora, 2007. Série Culturalismo Jurídico.

CAMARGO, Mariângela Franco de. Gestão do Terceiro Setor no Brasil. Estratégias de captação de recursos para organizações sem fins lucrativos e col. São Paulo: Ed. Futura, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Acesso à Justiça e Cidadania. Chapecó: Argos, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Marcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

CICHOCKI NETO, José. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Acesso à Justiça e Assistência Jurídica em São Paulo. In: Maria Tereza Sadek (org). Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

DINIZ, Gustavo Saad. Direito das Fundações Privadas – Teoria Geral e Exercício de Atividades Econômicas. São Paulo: Ed. Síntese, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

FALCÃO, Joaquim. Democracia, Direito e Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, 2ª ed.

FERNANDES, Rubem César. Privado Porém Público – O Terceiro Setor na América Latina. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará, 1994.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, 4ªed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRANDE DICIONÁRIO LAROUSSE CULTURAL DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

_____. Os princípios constitucionais e o código de processo civil. São Paulo, Bushatsky, 1975.

HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Tradução A. Ribeiro Mendes, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IOSCHPE, Evelyn Berg (organizadora). 3º Setor – Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

KANT, Emmanuel. Doutrina do Direito. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. O Problema da Justiça. Tradução João Baptista Machado, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOLM, Serge-Christophe. Teorias modernas da justiça. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEI DA DEFENSORIA PÚBLICA. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

LEMBO, Cláudio. O futuro da liberdade. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

_____. Eles temem a liberdade. Barueri, São Paulo: CEPES, 2006.

_____. A Pessoa. Seus Direitos, Barueri, SP, Manole, 2006.

LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

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

LINZ, Juan J. A transição e consolidação da democracia – a experiência do sul da Europa e da América do Sul. Juan J. Linz, Alfred Stepan; trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LIVIANU, Roberto (coordenador). Justiça, Cidadania e Democracia. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Ministério Público Democrático, 2006.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. A idéia de justiça de Platão a Rawls. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEREGE, Luiz Carlos; BARBOSA, Maria Nazaré Lins. 3º Setor – Reflexões sobre o marco legal. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2004.

MONTAÑO, Carlos. Terceiro Setor e Questão Social – Crítica ao Padrão Emergente de Intervenção Social. 3ª ed. – São Paulo: Cortez, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORRIS, Clarence (org). Os Grandes Filósofos do Direito. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O'DONNELL, Guillermo, IAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (compilado) Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia en America Latina. 1ª ed., Rosário: Homo Sapiens, 2003.

QUINTANEIRO, Tânia. Um toque de Clássicos Marx, Durkheim, Weber. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Autoritarismo e democracia, o exemplo constitucional espanhol. São Paulo : WVC editora, 1998.

_____. O Federalismo Assimétrico, 2a. edição, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

_____. A Federalização das Novas comunidades: A questão da Soberania, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

RAWLS, John. Justicia como Equidad. Selección, Tradução Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Repases Públicos ao Terceiro Setor. Manual Básico 2004. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Coleção temas de direito administrativo. Terceiro Setor. Coord. Celso Antonio Bandeira de Mello. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: Edipro, 2000.

SADEK, Maria Tereza (org). Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Volume II – As questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

VILLEY, Michel. Filosofia do Direito: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<http://www.ultimaarcadenoe.com.br/terceirosetor.htm>.