

Adriana Fagundes Burger
Patrícia Kettermann
Sérgio Sales Pereira Lima

DEFENSORIA PÚBLICA:

O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DE UMA METAGARANTIA

É uma grande alegria apresentar esta obra em comemoração aos 30 anos da nossa Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP que neste ano criou a Escola Nacional dos Defensores Públicos, a ENADEP.

A presente obra é uma preciosa coletânea de artigos produzidos por Defensores Públicos atuantes em diferentes Estados do Brasil revelando uma reflexão sobre a evolução dos Direitos Humanos ao longo da história e a atuação da Defensoria Pública tanto pelo viés histórico como pelo questionamento de invocação de parâmetros internacionais de Direitos Humanos em relação aos processos por tráfico de drogas.

DEFENSORIA PÚBLICA:

O RECONHECIMENTO
CONSTITUCIONAL DE
UMA METAGARANTIA

DEFENSORIA PÚBLICA: O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DE UMA METAGARANTIA

Organização:

ADRIANA FAGUNDES BURGER

PATRÍCIA KETTERMANN

SÉRGIO SALES PEREIRA LIMA



Brasília, 2015

© 2015 ANADEP

ORGANIZAÇÃO

Adriana Fagundes Burger
Patrícia Kettermann
Sérgio Sales Pereira Lima

EDIÇÃO

René Klemm – Bah! Comunicação

DESIGN GRÁFICO

Fábio Arusiewicz
Maurício Pamplona

REVISÃO

Renato Deitos

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)

D313 Defensoria Pública [recurso eletrônico] : o reconhecimento constitucional de uma metagarantia / Organização, Adriana Fagundes Burger, Patrícia Kettermann, Sérgio Sales Pereira Lima. – Dados eletrônicos. – Brasília : ANADEP, 2015.
283 p.

ISBN 978-85-69001-02-7

1. Direito constitucional. 2. Direitos humanos. 3. Defensoria pública. 4. Assistência jurídica gratuita. I. Burger, Adriana Fagundes. II. Kettermann, Patrícia. III. Lima, Sérgio Sales Pereira.

CDU 342.57

PREFÁCIO

A DEFENSORIA PÚBLICA BRASILEIRA CRESCER A OLHOS VISTOS

Desde a sua criação pelo Texto Constitucional originário, em 1988¹, até os dias atuais, estamos percorrendo um longo – e rápido – caminho em direção à solidificação do perfil revolucionário que a diferencia e aproxima cada vez mais da sociedade civil (organizada ou não) e a faz referência mundial na garantia do efetivo acesso à Justiça a pessoas e/ou grupos em situação de vulnerabilidade.

Segundo dados do IBGE, aproximadamente 82% da população brasileira é potencial usuária dos serviços da Defensoria Pública (se considerarmos apenas o critério objetivo de renda que estipula como teto a percepção de até três salários mínimos mensais²).

Mesmo diante desta gigantesca necessidade de garantia de direitos, estamos presentes em apenas 28% das Comarcas brasileiras³, o que gera um déficit de cidadania considerável e de todo inaceitável.

1 Título IV – Da Organização dos Poderes – Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça – Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública - Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

2 Critério que se soma à previsão de atendimento a pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade, contida na LC n. 80/14 e tratado com mais minudência no I Relatório Sobre Atendimento a Pessoas e/ou Grupos em Situação de Vulnerabilidade, lançado pela Anadep em parceria com o Fórum Justiça (disponível no site da Anadep).

3 Dados do Mapa da Defensoria Pública, estudo feito pela Anadep/Ipea, disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso_.pdf>.

Por estas razões e a partir de demandas da própria sociedade civil, a Anadep gestou e articulou uma importante alteração na Constitucional Federal que reposicionou a Defensoria Pública no cenário jurídico nacional ao prevê-la como “...instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados...”.

Esta mesma alteração constitucional, que durante o processo legislativo teve os números 247/13 na Câmara dos Deputados e 04/14 no Senado Federal e que, após, se transformou na EC n. 80/14, estabeleceu textualmente a simetria entre Defensoria Pública, Poder Judiciário e Ministério Público, além de prever que “o número de Defensores Públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população” e que, “no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais...”, priorizando-se as “...regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional”.

Neste novo cenário, onde a Defensoria é considerada a defensora constitucional dos Direitos Humanos bem como expressão e instrumento do próprio regime democrático, os desafios das Defensoras e dos Defensores Públicos para garantir plenitude e efetividade a estas indispensáveis atuações se ampliam.

Para provocar ainda mais discussões sobre elas e, ao mesmo tempo, oferecer subsídios teóricos que pudessem ser acessados de forma rápida, ágil e sem qualquer custo pelos colegas de todo o Brasil, a Anadep resolveu lançar, no formato e-book, para ser disponibilizado em seu site na rede mundial de computadores, a obra Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma meta-garantia.

Há muito se afirma, e Ferrajoli é fundamental nessas discussões, que a Defensoria Pública é, em si mesma, verdadeiros Direitos Humanos e funciona garantindo o “direito a ter direitos”.

É a partir desta perspectiva que todos os colegas associados foram convidados a pensar e a escrever sobre esta Defensoria Pública constitucionalizada em patamares modernos, inovadores e que, ao mesmo tempo, trazem responsabilidades ainda profundas e densas.

Estamos construindo uma instituição sem paralelos no mundo, e isso só se faz de forma sólida e definitiva, a partir de marcos teóricos bem delineados e preferencialmente criados pelos próprios agentes encarregados de atuar enquanto “metagarantia”.

A experiência diária de Defensoras e Defensores Públicos, somada à sua produção acadêmica sobre a instituição e assuntos do nosso interesse, oferece subsídios doutrinários diferenciados por apontarem com exatidão quais os efetivos problemas, soluções e questionamentos da própria Defensoria Pública, todos eles, sempre, voltados aos usuários dos nossos serviços.

Reunimos neste e-book artigos de colegas de vários estados da Federação justamente com o intuito de colaborar e oferecer os subsídios para a atuação voltada à concretização destes novos desafios trazidos pela EC n. 80/14.

São os primeiros passos dos muitos passos acadêmicos, políticos e de atuação que ainda virão.

A Anadep e a Enadep esperam contribuir, através deste democrático instrumento ao alcance de todos, com a superação de mais estes desafios e reiteram seu compromisso com o respaldo incondicional à atuação das Defensoras e dos Defensores Públicos brasileiros, em todos os seus aspectos, porque disso também depende a garantia dos direitos da população multivulnerável do nosso País.

Patrícia Kettermann

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
-----------------------	----------

A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA	14
---	-----------

1. Introdução: os Humanos sem Direitos, a Justiça sem Defensoria Pública – Por que Promover Direitos Humanos?	15
2. A Defensoria Pública e sua Função Humanística	20
3. Brasil: o Estado Social e Democrático de Direito e a Promoção dos Direitos Humanos pela Defensoria Pública	23
4. A Defensoria Pública e o Projeto Constitucional Brasileiro	26
5. As Condições e os Desafios	30
6. Conclusão	35
7. Referências	36

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – DA GÊNESE À APOTEÓSE BRASILEIRA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 80/2014	38
---	-----------

1. Introdução	41
2. A Evolução dos Direitos Inerentes à Pessoa Humana	44
2.1. A Antiguidade Clássica	44
2.2. A Idade Medieval	47
2.3. A Idade Moderna	49
2.3.1. A Revolução Inglesa	51
2.3.2. A Revolução Norte-Americana	52
2.3.3. A Revolução Francesa	54
3. A Horizontalização dos Direitos Fundamentais e o Papel da Defensoria Pública	55
3.1. A Vocação e Afirmação da Defensoria Pública no Papel de Garantia dos Direitos Humanos com a Emenda Constitucional N. 80 de 2014	60
4. Conclusão	67

5. Referências.....	68
5.1. Livros e Artigos Jurídicos.....	68
5.2. <i>Sites</i> Consultados.....	70

**DOGMAS ACUSATÓRIOS EM UMA DEMOCRACIA
(IN)CONSTITUCIONAL: A METAGARANTIA DA DEFESA PÚBLICA
E O COMBATE À CULTURA CORPORATIVISTA DO MEDO71**

Introdução.....	73
Referências.....	92

**A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DOS DIREITOS
DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS..... 94**

1. Introdução.....	97
2. A Defensoria Pública e a Defesa dos Vulneráveis.....	98
3. Uma Contextualização sobre o Multiculturalismo e o Pluralismo Jurídico.....	107
4. A Constituição e a Cidadania Diferenciada dos Indígenas.....	113
5. Campos de Atuação da Defensoria Pública na Defesa dos Direitos das Populações Indígenas.....	122
5.1. Na Defesa do Direito ao Nome e do Direito de Família....	126
5.2. Na Defesa na Esfera Penal.....	134
5.3. Na Defesa do Acesso à Saúde.....	139
5.4. Na Defesa do Acesso à Previdência Social.....	140
5.5. Na Defesa do Acesso aos Direitos Culturais.....	143
6. Conclusão.....	145
7. Referências.....	147

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS
POR MEIO DA NOVEL INSTITUIÇÃO DE PROMOÇÃO DE JUSTIÇA,
A DEFENSORIA PÚBLICA.....150**

1. Introdução.....	152
2. Breve Digressão Histórica e Afirmação dos Direitos Humanos Fundamentais.....	153
3. Perspectiva de Desenvolvimento Humano.....	155
4. Promoção dos Direitos Humanos. A Defensoria Pública como Instrumento de Efetividade.....	161

5. Evolução Legislativa Pátria em Torno da Defensoria Pública. Necessidade de Avanço Imediato	164
6. Conclusão	170
7. Referências	175

**A ASSISTÊNCIA JURÍDICA EXPANSIVA E AS FACETAS
DA VULNERABILIDADE 176**

1. Introdução	179
2. Critérios de Acesso à Defensoria Pública. A Tríade da Vulnerabilidade (a Hipossuficiência Econômica, Jurídica e Organizacional).....	180
2.1. A Hipossuficiência Geográfico-Temporal. Da Problemática Acerca da Atuação da Defensoria Pública em Casos de Cartas Precatórias Interestaduais e Peticiona- mentos Extraterritoriais	184
2.2. Aspectos Formais da Carta Precatória Criminal	189
2.3. Da Ineficiência da Resposta à Acusação no Processo Penal: a Absoluta Ausência de Contato com o Réu	191
2.4. Processo Virtual e os Déficits do Sistema: da Inadmissibilidade da Evolução da Técnica Quando em Detrimento do Direito	192
2.5. Do Déficit na Quantidade de Defensores Públicos e os Consequentes Reflexos Processuais e Extraprocessuais	196
3. Conclusão	198

**TRÁFICO DE DROGAS E DEFENSORIA PÚBLICA:
UM ESTUDO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL
DOS DIREITOS HUMANOS 200**

1. Introdução	202
2. A Defensoria Pública: Cumprimento de uma Obrigação Positiva do Estado?.....	204
3. Características Gerais dos Processos de Tráfico de Drogas ...	210
4. A Defesa Penal nos Processos de Tráfico de Drogas – Estudo de um Caso.....	213
4.1. O Caso	213
4.2. Estratégias de Abordagem para uma Defesa Penal Efetiva	217

4.2.a) Da Inconstitucionalidade do Crime de Tráfico de Drogas.....	217
4.2.b) Violação do Direito a ser Julgado por um Juiz Imparcial nos Casos de Relato de Tortura Perpetradas por Policiais	220
4.2.c) Da Prova Testemunhal Produzida Exclusivamente pelos Policiais que Efetuaram a Prisão	222
4.2.d) Inexistência de Prova da Associação Criminosa	230
4.2.e) Fixação da Pena-Base: a Espécie de Droga Apreendida não é Justificativa para a Majoração da Sanção em Razão da sua Pequena Quantidade	236
4.2.f) Fixação da Pena Definitiva: Incidência da Causa de Diminuição de Pena do Artigo 33, Parágrafo 4º, da Lei n. 11.343	238
4.2.g) Fixação do Regime Aberto para o Cumprimento da Pena.....	242
4.2.h) Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Pena Restritiva de Direitos	245
5. Conclusão	245
6. Referências.....	247

CATEGORIZAÇÃO: O MODELO CONSTITUCIONAL, O DEFENSOR PÚBLICO E O SEU ATUAR (ATO DE “DEFENSORAR”)..... 250

Introdução.....	252
Referências.....	258

DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA 260

1. Introdução	261
2. A Constituição da República de 1988 e o Acesso à Justiça	263
3. A Defensoria Pública e a Ordem Legal	268
4. A Institucionalização das Defensorias Públicas e o Acesso à Justiça	274
5. Conclusão	281
6. Referências.....	283

REALIZAÇÃO

ASSOCIAÇÃO NACIONAL
DOS DEFENSORES
PÚBLICOS – ANADEP

CONSELHO DIRETOR

- I - Diretora Presidente – Patrícia Kettermann (RS)
- II - Diretor Vice-Presidente – Stéfano Borges Pedroso (DF)
- III - Diretora Secretária – Gláucia Amélia Silveira Andrade (SE)
- IV - Diretora 1ª Secretária – Marialva Sena Santos (PA)
- V - Diretor 2º Secretário – Adriano Leitinho Campos (CE)
- VI - Diretora Tesoureira – Ana Luiza Pontier de Almeida Bianchi (DF)
- VII - Diretora 1ª Tesoureira – Soraia Ramos Lima (BA)
- VIII - Diretor 2º Tesoureiro – Joaquim Gonzaga de Araújo Neto (MA)
- IX - Diretor para Assuntos Legislativos – Antonio José Maffezoli Leite (SP)
- X - Diretor Jurídico – Arilson Pereira Malaquias (PI)
- XI - Diretor Acadêmico Institucional – Felipe Augusto Cardoso Soledade (MG)
- XII - Diretor de Eventos – Alberto Carvalho Amaral (DF)
- XIII - Diretor de Relações Internacionais – André Luis Machado de Castro (RJ)
- XIV - Diretor Legislativo Adjunto – Murilo da Costa Machado (TO)
- XV - Diretora Jurídica Adjunta – Marta Beatriz Tedesco Zanchi (RS)
- XVI - Diretora Acadêmica Adjunta – Adriana Fagundes Burger (RS)

COORDENAÇÕES REGIONAIS (por associação)

- NORTE – Carlos Alberto Souza de Almeida (AM)
- NORDESTE – Sandra Moura de Sá (CE)
- CENTRO-OESTE – Murilo da Costa Machado (TO)
- SUL – Marta Beatriz Tedesco Zanchi (RS)
- SUDESTE – Maria Carmem de Sá (RJ)

CONSELHO CONSULTIVO

- I - Eduardo Antônio Campos Lopes (AL)
- II - Edmundo Antonio de Siqueira Campos Barros (PE)
- III - Leonardo Werneck de Carvalho (RO)
- IV - Terezinha Muniz de Souza da Cruz (RR)
- V - Francisco de Paula Leite Sobrinho (RN)
- VI - Cláudio Piansky Mascarenhas da Costa (BA)

CONSELHO FISCAL

TITULARES

- I - Lisiane Zanette Alves (RS)
- II - Celso Araújo Rodrigues (AC)
- III - Carolina Anastácio (RJ)

SUPLENTE

- IV - Maria Madalena Abrantes Silva (PB)
- V - Marta Beatriz Tedesco Zanchi (RS)
- VI - Edgar Moreira Alamar (PA)

A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

ALUÍSIO IUNES MONTI RUGGERI RÉ¹

¹ O autor é Defensor Público do estado de São Paulo, mestre em direitos sociais e processo coletivo, professor do Complexo Damásio e autor de livros e artigos científicos.

1. INTRODUÇÃO: OS HUMANOS SEM DIREITOS, A JUSTIÇA SEM DEFENSORIA PÚBLICA – POR QUE PROMOVER DIREITOS HUMANOS?

Olga Benário, então esposa de Luís Carlos Prestes, restou capturada pelo Governo Vargas. Não teve como resistir ao autoritarismo de uma raspagem de cabelo forçada, não teve sequer acesso à assistência jurídica² para levar suas súplicas às Cortes Supremas deste país. Nem seus belos cabelos³ nem sua liberdade contaram com alguma tutela jurídica naquela triste ocasião. A propósito, a prisão no Brasil mais retém todos os males de um sistema seletivo e preconceituoso que efetivamente cumpre qualquer outra finalidade abstratamente proposta e imaginável. Carandiru, Bangu e Pedrinhas são alguns exemplares do nosso secular padrão de aprisionamento.

2 No livro *Olga*, Fernando Moraes revela que a jovem militante comunista, após ter sido presa durante o governo de Getúlio Vargas, não teve acesso à defesa técnica: “as visitas permitiam também que o presídio fosse arejado por notícias de fora. Foi num dia de visitas que se soube que o homem que prendera Olga e Prestes, Josué Torres Galvão, fora assassinado com cinco tiros por um soldado, no próprio quartel da Polícia Especial. Menos de 24 horas depois do crime, o assassino, Hernani de Andrade, chefe de um grupo de capturas, se suicidaria misteriosamente. Em surdina, diziam os visitantes, a notícia que corria é que os dois haviam se desentendido sobre quem ficaria com a recompensa de 100 contos de réis prometida por Filinto Muller para o policial que prendesse Prestes. E foi também num dia de visitas que Olga Benário ficou sabendo que o governo estava firmemente decidido a deportá-la para a Alemanha. O Instituto dos Advogados tentava designar um advogado de seu Departamento de Assistência Judiciária, Dyonísio da Silveira, para defendê-la, mas este recusou-se a aceitar o encargo” (MORAIS, Fernando. *Olga*. 6ª ed. São Paulo: 1986, p. 194-195).

3 Aliás, corrobora a menção histórica o relato feito na obra *Olga*, cuja brasileira entregue aos alemães também teve seus cabelos raspados quando chegou à Europa. “Pouco depois do meio-dia, o veículo chegou a Berlim sob chuva forte e com a temperatura ainda mais baixa. As portas foram abertas e Olga percebeu onde estava: no prédio número 15 da Barnimstrasse, a temida prisão de mulheres da Gestapo, uma construção de mais de um século por onde havia passado, duas décadas antes, sua heroína Rosa Luxemburgo. Avisada pelo pressuroso Moniz de Aragão, a polícia secreta alemã havia preparado um verdadeiro comitê de recepção para a Hamburgo, uma cabeleireira esperava-a na enfermaria da prisão, de tesoura na mão. Olga sentou-se numa cadeira, sempre algemada, e ouviu um oficial dizer: ‘Vamos cortar seu cabelo para evitar a propagação de piolhos. Você sabe, isso é muito comum em judeus e comunistas’” (MORAIS, Fernando. *Olga*. 6ª ed. São Paulo: 1986, p. 224).

Por décadas e décadas, tínhamos, como na Europa passada, nossas naus de loucos e excluídos. O holocausto brasileiro⁴ ocorreu nos diversos hospitais psiquiátricos por todos os cantos do País, onde a exclusão e o abandono eram as marcas evidentes de uma sociedade incapaz de cuidar e proteger os seus próprios membros e, na verdade, a si mesma (Franco da Rocha/SP, Sorocaba/SP, Barbacena/MG, dentre outras).

E o que fazer com os índios, quilombolas, refugiados, que não integram as cadeias produtivas, nem mesmo formam mercados de consumo ou bolsões de tributação? São ignorados pelo Estado. Do Pontal do Paranapanema assistimos à mais tradicional forma de tratar uma questão social séria e relevante do Brasil: a questão agrária. De chacina para chacina, o que dizer da Candelária e de seus meninos? Hoje, quantas “resistências seguidas de morte” já registramos? Quantos desaparecidos em abordagens policiais contamos? Que o digam as “Mães de maio” e outras tantas por aí. “Cadê o Amarildo?”

Enfim, o Brasil possui uma aristocracia colonial armada que, na prática, nega os direitos humanos e não reconhece ou declara o que passa em seus becos ou vielas, hospitais ou suas celas. Quarto sem porta ou janela. Em momentos, locais ou circunstâncias, o Brasil produz essa escuridão. No passado e no presente.

De Canudos, no final do século XIX, a justiça social não veio. O que veio foi o sangue de milhares de miseráveis e desesperados. Do mormaço do sertão ao fogo poderoso do Estado militar. De todas as mortes no árido chão nem temos os dados. Mas uma de suas heranças foi Preto Amaral. Pois é. José Augusto do Amaral foi desertor e acabou preso ao receber a imputação de uma série de homicídios na capital do estado de São Paulo. Negro, pobre, infiel ao exército nacional, seria certamente presa fácil do sistema penal brasileiro que, já no início do século XX, demonstrava seus propósitos aristocráticos. Após uma suposta confissão no cárcere, sem nenhuma defesa e na mira de uma burguesia urbana já decadente,

⁴ *Holocausto brasileiro* é o nome da obra jornalística de Daniela Arbex, que retrata a realidade brutal e degradante do hospital psiquiatra da cidade mineira de Barbacena, cenário de milhares de mortes.

seu destino não poderia ser outro: faleceu na prisão mesmo antes de seu julgamento.

Coisa passada? Não. Em fevereiro de 2014, no Rio de Janeiro, um homem negro foi preso em flagrante e autuado por crime de roubo, situação que já durava mais de 10 dias, período no qual o suposto autor do delito permaneceu no Presídio Patrícia Acioli, em São Gonçalo, numa cela com outros 15 detentos, segundo a notícia. Conforme depoimento da vítima, “o homem estava de camiseta e bermuda preta, era negro e tinha o cabelo estilo *black power*”. Um policial confirmou o depoimento dela. Pronto: combinação perfeita para mais uma prisão e, com certeza, uma denúncia, um processo-crime, uma condenação, alguns anos no cárcere e maus antecedentes na sua folha. Mais exclusão e desemprego. Seria um desfecho certo se o preso não fosse um ator da Rede Globo. Sorte! Agora, a suposta vítima retratou-se e o Tribunal de Justiça do Estado concedeu a liberdade ao inocente rapaz.

Porém, nem todos têm o mesmo destino. Muitas e muitas pessoas, em geral pobres e negros, são injustamente levados ao nosso agradável cárcere e lá permanecem por anos. Essa é a seletividade do nosso direito penal que mais serve para sustentar o *status* de uma elite em prol da estagnação social, ou, ainda, apresenta-se como instrumento de poder pelo poder. Pior, contra os mais fracos.

Décadas atrás, no Maranhão, Manoel Francisco, ou Balaio, havia reagido à violência policial e feito a sua revolução ao unir outros tantos desesperados, sertanejos e escravos, todos em uma guerrilha contra as forças agropecuárias e estatais da região. Não resistiriam por muito tempo.

Já na segunda metade do século passado, na região do Araguaia, não foi nada diferente. Independentemente dos sonhos e ideais que alimentavam aqueles guerrilheiros, e do alinhamento político partidário que tomaram, o fato é que a repressão foi implacável. Após divulgarem o que chamavam de “perigos do socialismo”, o governo militar exterminou os bravos brasileiros, cujos detalhes ainda são desconhecidos por uma cortina de silêncio e censura ainda não desmontadas. Sabe-se que houve a conhecida “operação limpeza”,

que visava à ocultação dos restos de corpos, sangue e sonhos dessa luta.⁵

Aliás, do início da ditadura militar⁶ até os dias de hoje, pessoas vivem na clandestinidade e sem personalidade, seja pelas perseguições reais, seja pelas grades de suas almas. Somente agora o Brasil assumiu o compromisso de apresentar a verdade, ou melhor, uma verdade. Uma versão já distorcida e forjada pelo tempo e pelo vento de uma lei de anistia fraterna e acolhedora. Mãe gentil. Um direito à memória que não se busca lembrar.⁷

Em 2013, de certa forma inspirada no movimento “Diretas já”, que culminou na redemocratização do País na década de 1980⁸, uma onda de cidadania banhou o cenário político brasileiro nas grandes cidades. A sociedade estava disposta a participar e não abriria mão. Equivocam-se aqueles que interpretam as recentes manifestações populares como mera mobilização virtual de ativistas do transporte público gratuito, ou contrários à Copa, ou então contra alguns projetos de emenda constitucional.

5 E Carlos Marighella? Herói ou vilão? Um Lampião urbano dos tempos modernos, cujas palavras representaram suas armas mais fortes e irradiantes, mas foi calado em situações ainda hoje não plenamente conhecidas. O poeta foi preso e torturado por seus escritos ainda na primeira ditadura do século XX (1932). Após uma vida na clandestinidade, mas muito rica nas ideias, foi vítima de emboscada dos agentes do Estado militar em 1969, na capital paulista.

6 A ditadura militar encontrou forte resistência na arte e na música. “Com ‘Pra não dizer que não falei das flores’, ou simplesmente ‘Caminhando’, Geraldo Vandré conseguiu compor um verdadeiro hino da resistência ao regime militar, mesmo tendo alcançado apenas o segundo lugar no festival, perdendo para ‘Sabá’ do mesmo Chico Buarque em parceria com Tom Jobim. Ainda que proibida pela censura, os versos ‘Vem, vamos embora / Que esperar não é saber / Quem sabe faz a hora / Não espera acontecer’ passaram a ser entoados onde houvesse um protesto qualquer contra a Ditadura: Caminhando e cantando/ E seguindo a canção/ Somos todos iguais/ Braços dados ou não/ Nas escolas, nas ruas/ Campos, construções/ Caminhando e cantando/ E seguindo a canção.../ Vem, vamos embora/ Que esperar não é saber/ Quem sabe faz a hora/ Não espera acontecer.../ Pelos campos há fome/ Em grandes plantações/ Pelas ruas marchando/ Indecisos cordões/ Ainda fazem da flor/ Seu mais forte refrão/ E acreditam nas flores/ Vencendo o canhão.../ Vem, vamos embora/ Que esperar não é saber/ Quem sabe faz a hora/ Não espera acontecer.../ Há soldados armados/ Amados ou não/ Quase todos perdidos/ De armas na mão/ Nos quartéis lhes ensinam/ Uma antiga lição/ De morrer pela pátria/ E viver sem razão.../ Vem, vamos embora/ Que esperar não é saber/ Quem sabe faz a hora/ Não espera acontecer.../ Nas escolas, nas ruas/ Campos, construções/ Somos todos soldados/ Armados ou não/ Caminhando e cantando/ E seguindo a canção/ Somos todos iguais/ Braços dados ou não.../ Os amores na mente/ As flores no chão/ A certeza na frente/ A história na mão/ Caminhando e cantando/ E seguindo a canção/ Aprendendo e ensinando/ Uma nova lição.../ Vem, vamos embora/ Que esperar não é saber/ Quem sabe faz a hora/ Não espera acontecer...”.

7 Trata-se de parte do discurso do presidente eleito Tancredo Neves, em 1985: “Não foi fácil chegar até aqui. Nem mesmo a antecipação da certeza da vitória, nos últimos meses, apaga as cicatrizes e os sacrifícios que marcaram a História da luta que agora se encerra. Não há por que negar que houve muitos momentos de desalento e cansaço, em que cada um de nós se indagava se valia a pena a luta. Mas, cada vez que essa tentação nos assaltava, a visão emocionante do povo, resistindo e esperando, recriava em todos nós

De fato, a partir de um contexto de ampla diversidade de pleitos, bandeiras, cartazes e lemas, vemos algo que unifica e aproxima tais movimentos pelo País: o sentimento de exclusão, somado à vontade (e ao direito) de acesso, de participação, como forma de democratização dos processos decisórios.

Aliás, não olvidemos que esse sentimento sempre existiu, mas nunca de forma tão integrada e comunicante como hoje. De fato, a expansão da internet e de suas redes sociais foi responsável pela somatória dessa angústia geral, que agora ganhou corpo, solidez e voz. Eis o efeito acumulado de algo há muito questionado, mas sempre ignorado: a exclusão e a indiferença social.

O que fica evidente é que a sociedade brasileira há tempo estava excluída, em todos os sentidos, e mantinha-se em estado letárgico desde o último processo de redemocratização política do País. Incômodos isolamento e silêncio que, porém, se acumularam no seio social e, agora, afloram. Por isso, tantas indignações, das mais variadas espécies e tons. O fato é que o povo quer participar, quer voz, falar, mas também ser ouvido.

Aliás, foi exatamente esse sentimento de exclusão e de rejeição que tem fomentado a revolta da sociedade contra o Estado. Ela deseja participar, quer ser ouvida e ter sua opinião considerada. O povo brasileiro quer acesso, sob pena de irreversível retrocesso e abalo das instituições democráticas e dos direitos fundamentais já consolidados. É a dimensão participativa dos direitos humanos. Quarta ou quinta dimensão.

Enfim, o fato é que o Brasil jamais promoveu direitos humanos com a seriedade necessária. Agora, pelo menos, escolheu quem o fará. A Defensoria Pública.

energias que supúnhamos extintas e recomeçávamos, no dia seguinte, como se nada houvesse sido perdido. A História da Pátria, que se iluminou através dos séculos com o martírio da Inconfidência Mineira, que registra, com orgulho, a força do sentimento de unidade nacional sobre as insurreições libertárias durante o Império, que fixou, para admiração dos pósteros, a bravura de brasileiros que pegaram em armas na defesa de postulados cívicos contra os vícios da Primeira-República, a História situará na eternidade o espetáculo inesquecível das grandes multidões que, em atos pacíficos de participação e de esperança, vieram para as ruas reivindicar a devolução do voto popular na escolha direta para a Presidência da República”.

8 Vale a pena lembrarmos de trecho da canção ‘Vai passar’, de Chico Buarque de Holanda, que era cantada nos comícios das “Diretas já”: (...) Num tempo/ Página infeliz da nossa história/ Passagem desbotada na memória/ Das nossas novas gerações/ Dormia/ A nossa pátria mãe tão distraída/ Sem perceber que era subtraída/ Em tenebrosas transações (...).”

2. A DEFENSORIA PÚBLICA E SUA FUNÇÃO HUMANÍSTICA

Não por mero acaso. Defensoria Pública é a instituição Democrática mais próxima da sociedade e aberta/sensível às suas transformações, principalmente dos seus setores mais vulneráveis, que estão inseridos em contextos sociais, econômicos e jurídicos de contradições e demagogias.

Ademais, vivemos uma crise no sistema de Justiça, ainda excludente, elitista, burocratizado e obsoleto. Os processos, de modo geral, não cumprem seu papel, mas servem para a legitimação de um sistema ineficiente, mas fundado em legalismos e formalismos arcaicos que sustentam o *status quo*, marcado pelo “patrimonialismo” nas relações obrigacionais e pelo “patriarcalismo” nas relações pessoais, tudo dentro de uma estrutura rígida e imóvel de poder.

Nesse contexto, as forças “contra-hegemônicas” ainda não possuem a organização e o respaldo necessários para a criação de uma resistência eficiente, o que certamente passa pelo acesso às Instituições Democráticas, em especial por aquela responsável pela prestação da assistência jurídica e, agora, pela promoção dos direitos humanos, a Defensoria Pública, com perfil aberto e objetivos emancipatórios bem definidos e sedimentados.

Por outro lado, temos uma Constituição Federal “modelo”, que prevê um Estado Democrático e Social de Direito, mas que ainda carece de concretização e da devida força normativa. O papel provedor do Estado, não raras vezes, não passa de mera retórica e, em certas ocasiões, de assistencialismos pontuais e eleitoreiros. O que o Poder Judiciário e todas as Instituições essenciais à Justiça devem necessariamente inserir nas suas pautas e decisões políticas são os objetivos fundamentais da nossa República.⁹ Inexoravelmente.

⁹ De fato, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF): “erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV)”.

Aliás, tais princípios não são abstratos, distantes e meramente programáticos, mas devem integrar nossa realidade, nosso debate, enfim, todos os processos decisórios do Estado, nos três poderes e em todas as esferas, com ampla participação social e transparência, seja no contexto da atividade-fim, seja no âmbito da atividade-meio.

Por outro lado, numa abordagem empírica, nos deparamos com uma sociedade carente de políticas públicas adequadas e efetivas, de planejamento social, de justiça, enfim, de uma estrutura socioeconômica viável para seu progresso e desenvolvimento. E pior, totalmente afastada dos processos decisórios.

Nesse contexto, qual o papel das nossas instituições democráticas? As instituições democráticas são fenômenos humanizantes, típicos dos direitos humanos, mas de essências diversas, aliás, segundo as suas próprias dimensões. De fato, o fiscal da lei, o *Parquet*, ou Ministério Público é herança da primeira dimensão, do liberalismo francês, onde a lei, em certas circunstâncias, serve de blindagem aos interesses da burguesia e dos detentores do poder. Por exemplo, a intervenção do Órgão nas ações de usucapião ilustra bem essa identidade: ora, se o fato e o tempo, segundo a lei, autorizam a aquisição originária da propriedade privada, alguém deveria fiscalizar essa relativização daquele direito até então tido como absoluto. Então, o Ministério Público ingressava como esse fiscal da lei. Apenas recentemente, exatamente após a Constituição Federal de 1988, foi que ele assumiu a defesa de bens mais coletivos, tais como os bens ambientais e de probidade administrativa.

Realmente, em realidade tão degradante a lei estrita e os processos institucionalizados criam barreiras à efetivação de direitos. Aliás, Maria Aparecida Lucca Caovilla pondera: “a população brasileira e de baixa renda tem dificuldades em concretizar, na prática, o efetivo acesso à justiça. A justiça brasileira parece distanciar-se cada vez mais dos pobres e oprimidos, quando na realidade são eles os que mais precisam dela para a proteção de seus direitos. A morosidade da justiça brasileira é fator preponderante, principalmente quando se fala em cidadão carente, porque é beneficiário da assistência judiciária gratuita, conseqüentemente um espectador em

potencial do restabelecimento da tutela jurisdicional do Estado. As formalidades e solenidades são outro aspecto que atrapalha a vida da população carente quando se fala em acesso à justiça”.¹⁰

A Defensoria Pública, por sua vez, é essencialmente fenômeno de segunda geração, de direitos sociais. Ela não se volta tanto ao mero legalismo, mas exige o cumprimento do papel provedor do Estado, em certos casos, mesmo contra a lei, mas próxima da justiça. É fato que tutela a liberdade, a propriedade (primeira geração), bem como o meio ambiente e o consumidor (terceira geração), mas a sua essência se assenta na promoção dos direitos de segunda geração. A própria abertura e o constante contato entre o Órgão e a sociedade mais necessitada reafirma essa constatação.

Não por outro motivo, pondera Maria Tereza Sadek: “a atuação da Defensoria Pública tem a possibilidade de romper com uma situação caracterizada por desigualdades cumulativas. Tal traço, definidor da realidade brasileira, retrata uma situação na qual a precariedade de renda implica precariedade em educação, precariedade em saúde, precariedade em habitação, déficits em qualidade de vida. Isto é, desigualdades que se agregam constituindo uma situação de exclusão. Nessa situação, sobra pouco espaço – se algum – para a vivência de direitos”.¹¹

Então, a ela coube a garantia da tábua mínima de dignidade humana, a qual exige assistência à saúde, à educação, à alimentação e jurídica, os pilares do que podemos chamar de mínimo existencial.

10 E completa: “Cada vez mais a suntuosidade e a ostentação envolvem os edifícios nos quais se instalam os Fóruns e Tribunais, acarretando em inibição, receio e até mesmo medo de bater às portas do Poder Judiciário para reclamar de seus direitos. O jurisdicionado vive distante da realidade socioeconômica do juiz e não encontra sintonia com o procedimento do julgador, muito distante da sua realidade social. As palavras difíceis, a forma aperfeiçoada, a elegância na maneira de se pronunciar e vestir são fatores que inibem a própria desenvoltura do chamado cidadão de direitos. Essas barreiras criadas causam, no cidadão, o descrédito na justiça, uma vez que a complexidade, o custo e a lentidão no andamento dos processos levam a crer que a justiça não é destinada para os indivíduos pobres, mas somente àqueles que têm poder econômico para custear as despesas judiciais e os honorários de um bom profissional da área jurídica”. CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Editora Universitária Argos.

11 SADEK, Maria Tereza Aina. Artigo Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013.

3. BRASIL: O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA

O cenário político do Brasil requer maior atenção aos direitos sociais, pelo simples fato de ainda manter históricos exclusão e abismos no seio da sociedade. Por isso, nosso Estado democrático é mais social de direito que o inverso. A justiça no Brasil está, ou deveria estar, muito mais próxima da dignidade concreta que da legalidade abstrata.¹²

Exatamente por isso que a Emenda Constitucional n. 80/14 atribuiu à Defensoria Pública a função de “promover direitos humanos”. Ora, o verbo “promover” se coaduna muito mais com os direitos sociais de segunda dimensão que com os demais. Exigir a lei (legalidade – primeira dimensão) e promover direitos. É a promoção de direitos sociais, talvez, a principal função institucional da Defensoria Pública.

12 Goffredo da Silva Telles Júnior assim definia o estado de direito: “Proclamamos que o Estado legítimo é o Estado de Direito, e que o Estado de Direito é o Estado Constitucional. O Estado de Direito é o Estado que se submete ao princípio de que governos e governantes devem obediência à Constituição. Bem simples é este princípio, mas luminoso, porque se ergue, como barreira providencial, contra o arbítrio de vetustos e renitentes absolutismos. A ele as instituições políticas das Nações somente chegaram após um longo e acidentado percurso na História da Civilização. Sem exagero, pode dizer-se que a consagração desse princípio representa uma das mais altas conquistas da cultura, na área da Política e da Ciência do Estado. O Estado de Direito se caracteriza por três notas essenciais, a saber: por ser obediente ao Direito; por ser guardião dos Direitos; e por ser aberto para as conquistas da cultura jurídica. E obediente ao Direito, porque suas funções são as que a Constituição lhe atribui, e porque, ao exercê-las, o Governo não ultrapassa os limites de sua competência. E guardião dos Direitos, porque o Estado de Direito é o Estado-Meio, organizado para servir o ser humano, ou seja, para assegurar o exercício das liberdades e dos direitos subjetivos das pessoas. E é aberto para as conquistas da cultura jurídica, porque o Estado de Direito é uma democracia, caracterizado pelo regime de representação popular nos órgãos legislativos e, portanto, é um Estado sensível às necessidades de incorporar à legislação as normas tendentes a realizar o ideal de uma Justiça cada vez mais perfeita” (Cartas aos Brasileiros).

Destarte, se, para outras instituições, a promoção dos direitos humanos é atividade eventual, indireta ou circunstancial, para a Defensoria Pública é essencial ou ontológica.

Isso tem fundamentos ou motivos bem claros: a própria criação da Defensoria Pública e da assistência jurídica atende à ética humanista contemporânea; a organização administrativa da Defensoria Pública é aberta à sociedade civil – tem inafastável vocação democrática; a definição de suas metas políticas é participativa; a Defensoria Pública entra nos chamados “ambientes de violações” com atribuição institucional típica e atividade-fim; a ela é imposto o dever de educar em direitos humanos; de prestar uma assistência, mais que jurídica, mas interdisciplinar; ela tem a legitimidade ativa para a tutela coletivas dos direitos; os concursos de ingresso contam com a matéria específica de direitos humanos; a Defensoria Pública atua nos sistemas internacionais de direitos humanos, dentre outros aspectos.

Enfim, tais fatores a habilitam e a legitimam a figurar como a curadora oficial e principal dos direitos humanos no Brasil.

De fato, a Defensoria Pública, por sua vez, com sua missão constitucional de prestar assistência jurídica aos necessitados¹³, assiste a essa triste realidade de total exclusão, mas não deve se render ao sistema posto/imposto e tem promovido, na medida de suas possibilidades, a inclusão jurídica¹⁴ daqueles marginalizados pelo (e no) sistema, no sentido de concretizar os direitos fundamentais e fazer da nossa Constituição Federal e dos tratados internacionais de direitos humanos um modelo não tão utópico como a realidade tem indicado.

13 Art. 134 da Constituição Federal.

14 Não podemos olvidar que a inclusão jurídica acarreta a inclusão social/psicossocial e econômica. De fato, a solução de um problema jurídico daquela pessoa que procura pelos serviços da Defensoria Pública acaba repercutindo na sua vida como um todo, seja no aspecto social, psicológico e econômico. Por exemplo, um cidadão que tem seu nome negativado, em razão de cobrança indevida, não consegue se empregar com facilidade, em razão da recorrente consulta aos cadastros de inadimplentes feita pelos potenciais empregadores. Nesse caso, a declaração judicial de inexistência daquele débito terá como efeito imediato a retirada de seu nome dos cadastros de proteção ao crédito, mas também o efeito mediato de viabilizar a obtenção do tão almejado vínculo empregatício.

De fato, “as garantias dos objetivos que constam no preâmbulo da Constituição – *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça* – estão intimamente ligadas às atribuições da Defensoria Pública. Cabe a ela prestar assistência jurídica integral e gratuita a todas as pessoas hipossuficientes. Não se trata apenas de ingressar em juízo, mas de dispensar assistência integral aos necessitados, com funções que vão desde a educação em direitos até a solução de conflitos e a garantia de direitos, seja ajuizando ações no Poder Judiciário ou extrajudicialmente. Essa amplitude de atribuições permite que, legitimamente, se possa afirmar que a Defensoria Pública se constitui na porta de entrada para a inclusão. De seu desempenho dependerá a ampliação e a generalização do exercício dos direitos, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”¹⁵.

Agora no cenário jurídico, o neoconstitucionalismo¹⁶, tido como fenômeno mundial de valorização das Constituições Estaduais, com a atribuição de efetiva força normativa aos seus dispositivos e colocação dos direitos fundamentais no topo do sistema jurídico, é um importante instrumento e fundamento indispensável à atuação da Defensoria Pública no cumprimento de sua nobre missão, mormente quando se leva em consideração o dilema socioeconômico acima exposto.¹⁷ Ora, em termos gerais, a própria Defensoria Pública é um fato dessa onda¹⁸, na medida em que viabiliza a defesa jurí-

15 SADEK, Maria Tereza Aina. Artigo Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013.

16 Segundo o professor Luís Roberto Barroso, “o marco filosófico do fenômeno em questão é ‘o pós-positivismo’, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética” (*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. São Paulo, 2005, p. 4). De fato, a doutrina neoconstitucional prega, além de outros aspectos, a potencialização e efetivação dos direitos fundamentais, partindo do destaque destes direitos nas Constituições dos Estados Ocidentais. Aliás, não é por acaso que a previsão de direitos e garantias fundamentais passa a integrar a parte inaugural da Constituição Federal de 1988 e não mais os dispositivos finais como ocorria nas Constituições anteriores. Em termos históricos, podemos estabelecer como marco internacional o período pós-guerra, cujo ideal humanitário renasce após tamanhas atrocidades e da grave banalização dos direitos humanos. Aliás, tal momento coincide com o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, bem como da consagração de novos paradigmas de análise desses direitos, quais sejam, a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a transnacionalidade, mormente com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. No âmbito nacional, podemos estabelecer, como divisor de águas do neoconstitucionalismo, a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como valor-base de todo ordenamento jurídico, após um período político de ditadura, não democrático, com graves limitações aos direitos do homem.

dica daquela parcela da população menos favorecida, assegurando a aplicação e concretização dos direitos fundamentais.

Aliás, é solar a identidade existente entre nosso projeto constitucional pós-totalitarismo e os objetivos fundamentais da Defensoria Pública. Nesse contexto, ela se apresenta como a principal instituição para a concretização desse nosso humanista pós-moderno.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA E O PROJETO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Não por acaso, a Lei Complementar n. 80/94 restou alterada em 2009 (LC n. 132) justamente para constar que é ela expressão e instrumento do regime democrático (art. 1º) e tem por objetivos a primazia da dignidade da pessoa humana, a afirmação do Estado Democrático e a prevalência e efetividade dos direitos humanos (art. 3º-A).

17 Teoricamente, o neoconstitucionalismo tem como pressuposto a superação do Positivismo, da concepção puramente científica do Direito, colocado em posição de indiferença aos valores e à ética. Assim, o Pós-Positivismo apresenta-se como pressuposto para a efetivação dos direitos fundamentais, ditando uma análise mais axiológica e menos formal do fenômeno jurídico. Neste contexto, o pós-positivismo representa a reaproximação entre Direito e o valor Justiça, sendo que os valores são resgatados como fatores de interpretação e aplicação da norma, cuja análise se faz por juízos de ponderação e razoabilidade, e não com simples subsunção do caso à lei estrita e fechada.

18 O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem compartilhar e beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva da justiça. BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional*. São Paulo: Renovar, 2008.

Outrossim, definiu-se como funções institucionais a defesa integral dos direitos, individuais e coletivos, dos variados grupos sociais vulneráveis (LC n. 80/94, art. 4º, XI), contra o próprio Estado, inclusive (LC n. 80, art. 4º, § 2º), a partir de um modelo público (§ 5º) e satisfativo (LC n. 80, art. 4º, X), bem como interdisciplinar (LC n. 80, art. 4º, IV) de assistência jurídica.

Nesse ponto do discurso, reputo sobremodo importante a indicação do liame temático entre a Constituição Federal de 1988 e o papel atual da Defensoria Pública no Brasil. A partir de um prisma multifocal, consideramos o Constituinte um possuidor de preocupações pluridimensionais e de uma carta axiológica ampla, mas bem definida.

Por isso, a Carta Maior ostenta um rol extenso de elementos citados e reiterados por todo o seu corpo normativo constitucional, desde o preâmbulo¹⁹ até as disposições finais e transitórias. Já naquele, a Assembleia Constituinte indica o modelo de Estado neonato como Democrático. Por exemplo, sem que adentremos no seu conceito, a Lei Complementar n. 80/94 assevera que é objetivo da Defensoria Pública a afirmação do Estado Democrático de Direito (art. 3º-A, II).

19 "A hermenêutica do espírito procura a ideia fundante, a concepção básica que encontra sua expressão ou incorporação na Constituição. É nessa concepção básica, por detrás da multiplicidade das normas constitucionais, que descobrimos a unidade de seu sentido. O Preâmbulo das Constituições costuma indicar elementos importantes dessa concepção básica, a ideia fundante do texto constitucional. Assim é que, segundo o Preâmbulo da Constituição de 1988, o povo brasileiro, por seus representantes, procurou 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; isso mais os princípios fundamentais do respeito à dignidade da pessoa humana e a cidadania, do art. 1º, e os objetivos fundamentais constantes do art. 3º, especialmente o de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, é que oferecem a ideia-síntese da concepção básica da Constituição que há de orientar a compreensão de todas as suas partes e normas. (...) O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar' tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu "exercício". Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, como objeto de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdos específicos. Os valores supremos, expressamente enunciados, são: os direitos sociais, os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça." DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, passim.

Ainda, afirma o Constituinte que o Brasil está destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais, na busca pela substancial igualdade, sendo que pode contar com a intervenção da Defensoria Pública, a qual almeja exatamente a prevalência e a efetividade desses direitos (art. 3º-A, III) e o combate às desigualdades sociais (art. 3º-A, I). Outrossim, como cerne da nossa pauta ético-axiológica, a dignidade da pessoa humana é eleita em 1988 e reiterada em 2009, quando da alteração da LC n. 80/94 (art. 3º-A, I), a partir de um *status* primário de análise, esforço e aplicação.

Enfim, “a Constituição de 1988 é, sem dúvida, um marco na história dos direitos tanto individuais como coletivos e uma baliza no processo de assistência jurídica no País. Direitos individuais e supraindividuais foram reconhecidos e instituições foram arquitetadas para a salvaguarda desses direitos. O rol de direitos constitucionalizado é amplo, abrangendo direitos de primeira, de segunda, de terceira e de quarta geração. Do ponto de vista dos direitos, o Brasil foi alçado a uma posição de destaque no concerto de nações democráticas. Em poucas palavras, a Constituição de 1988 formalizou a institucionalidade democrática, baseada em princípios de igualdade e de liberdade. O direito de acesso à justiça é o direito primeiro, é o direito garantidor dos demais direitos, é o direito sem o qual todos os demais direitos são apenas ideais que não se concretizam. A assistência jurídica voltada para os hipossuficientes é, pois, o móvel indispensável para a realização dos direitos e, em consequência, da igualdade”.²⁰

Dessa forma, o projeto constitucional brasileiro não prescinde de uma Defensoria Pública forte e ativa. Por isso, a Emenda Constitucional n. 80, de 2014, além de impor que a Defensoria Pública esteja, necessariamente, em todos os cantos deste País, reconhece que ela “é instituição permanente”, essencial à função jurisdicional do Estado, “expressão e instrumento do regime democrático”, responsável pela prestação, a partir de um modelo público, da assistência jurídica e pela “promoção dos direitos humanos” (artigo 134, CF).

20 SADEK, Maria Tereza Aina. Artigo Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013.

De outro modo, ela representa a forma pela qual o Estado Social e Democrático de Direito promove a ação afirmativa, ou discriminação positiva, visando à inclusão jurídica daqueles econômica e culturalmente hipossuficientes, em observância ao disposto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que prevê o direito fundamental à assistência jurídica, cujos titulares são aqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

Outrossim, vale repetir, a atuação da Defensoria Pública se torna ainda mais relevante em um Estado como o Brasil, que possui uma carta magna de caráter social, mas que carece de efetividade e concretude, em razão das forças neoliberais que, lamentavelmente, ainda fazem dos princípios constitucionais dispositivos meramente programáticos, despidos de normatividade e eficácia real.²¹

Mas, precisamos acreditar, possuímos um modelo promissor. De fato, o modelo de assistência jurídica está umbilicalmente ligado ao modelo de Estado e ao tipo de tutela jurisdicional preferido. Com efeito, Estados liberais têm a tendência de adotar modelos privatistas e individualistas de assistência jurídica. Doutra banda, Estados sociais e democráticos como o Brasil priorizam os modelos públicos de assistência jurídica, prestada e gerida por entes estatais, responsáveis pela oferta de soluções estruturais e de tutelas inibitórias às ameaças ou às megaviolações de direitos humanos, mormente dos direitos sociais e coletivos.

Atualmente, sob um prisma metodológico de atuação das instituições incumbidas da prestação da assistência jurídica, definimos, basicamente, dois modelos: um modelo pacificador/restaurativo/teleológico: normalmente público, baseado na psicologia do “ganha-ganha” ou no chamado enfrentamento positivo, coletivizado e preventivo dos conflitos de interesses, num contexto de “assistência jurídica restaurativa”.

21 De fato, “a herança do neoliberalismo é uma sociedade profundamente desagregada e distorcida, com gravíssimas dificuldades em se construir, do ponto de vista da integração social, e com uma agressão permanente ao conceito e prática da cidadania. Talvez, a Defensoria Pública tenha vindo para ‘organizar’ esta cidadania”. BORÓN, Atílio. In: GALLIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública. O Estado e a cidadania*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2006.

Doutra ponta, um modelo demandista/judicializante/pragmático, geralmente privado-liberal, fundado na psicologia “da guerra” ou no chamado enfrentamento negativo, litigante, individualista e *a posteriori* do conflito de interesses.

O Brasil, segundo a Constituição Federal e a legislação conexa, bem como na linha da interpretação do Supremo Tribunal Federal, adotou este primeiro modelo de assistência jurídica. Com efeito, o Constituinte optou por um modelo pacificador de solução dos conflitos (CF, Preâmbulo e art. 4º, VII), sendo que coube à Defensoria Pública a prestação de assistência jurídica, e não judiciária, cujos esforços ficam voltados, prioritariamente, ao diálogo, à aproximação e às formas não conflituosas de solução das controvérsias (LC n. 80/94, art. 4º, II, IV e § 4º).

Realmente, o modelo adotado no Brasil é público e institucionalizado, na medida em que refuta a política corporativista, demandista ou simplesmente judiciária de atendimento, mas opta por uma política preventiva e informativa de atuação, por meios jurídicos-sociais, dotada de métodos multidisciplinares e participativos de prevenção e de solução de conflitos, bem como de uma gestão democrática, com objetivos e metas dialeticamente definidas. De fato, o Brasil opta por um modelo de afirmação do direito de acesso à Justiça em benefício das chamadas “minorias” (não em termos de quantidade, mas de poder), com declarado foco no interesse público à efetiva e substancial igualdade.

5. AS CONDIÇÕES E OS DESAFIOS

Agora, a atribuição de “promover direitos humanos” requer, de certa e responsável forma, urgente revisitação dos conceitos de “necessitados”, no sentido de sua ampliação, necessariamente. Tais direitos são essencialmente empíricos. Eles estão na realidade, nos

mais vários contextos e circunstâncias sociais, segundo as necessidades básicas da pessoa, sejam materiais, sejam imateriais, mas indispensáveis para uma vida com um mínimo de dignidade e paz.

De fato, qualquer instituição que se disponha a assumir a responsabilidade de ser democrática deve conhecer e compreender, em profundidade e necessariamente, a pessoa, o seu fim maior e ente mais nobre, sob pena de incorrer em demagogias e discursos meramente retóricos. Destarte, a pessoa ostenta uma individualidade única, produto de sua própria existência, seus sentimentos, sua história, sua família, suas angústias, seus medos e suas expectativas. Ela é digna de um tratamento não degradante, humilhante ou constrangedor, mas tolerante e adequado às suas condições e riscos conscientemente assumidos. Digna de cuidado e assistência. Porém, antes de tudo e de qualquer ação ou serviço, ela precisa ser muito bem entendida e compreendida no seu lugar e espaço, que alternam, evoluem, retrocedem.

A partir dessa dinâmica, o mero conceito de necessitado socioeconômico deixou, há muito, de ser suficiente para justificar a intervenção da Defensoria Pública, sendo indispensável a expansão para os campos organizacional e circunstancial. De fato, considerando a ampliação das suas funções institucionais, acrescentamos a situação dos “necessitados circunstanciais” (vulnerabilidade circunstancial) que, independentemente das condições econômicas que ostentam, ou suas famílias, por circunstâncias fáticas, geralmente provisórias, estão impedidos de custear os serviços de advocacia privada ou ainda de acessar tais serviços, em estado de violação de direitos humanos mínimos.

Destarte, pensemos naquelas pessoas internadas compulsoriamente ou involuntariamente por supostos transtornos mentais ou, então, por drogadição ou alcoolismo. Ainda que as famílias sejam economicamente confortáveis, tais pacientes, em regra, não têm acesso a valores ou aos próprios serviços, cujas necessidades são supridas pelos serviços disponibilizados e monitorados pelas próprias clínicas, mas autorizados pelas famílias que, na maioria das vezes, protagonizam tais internações. Portanto, a título de exem-

plo, a atribuição funcional de visitação e fiscalização desses espaços decorre da situação dos chamados “necessitados circunstanciais”.²²

Na verdade, os direitos humanos evoluem com o andar da humanidade, as suas novas relações ou as novas interpretações de situações velhas, mas revisitadas por interesses, necessidades e contextos que se alternam no tempo e no espaço.

Nessa mesma senda, a tutela dos direitos difusos e coletivos pela Defensoria Pública há de ser ainda mais fomentada, expandida e intensificada, especialmente dos interesses coletivos sociais. Nesse campo, é a Defensoria Pública quem goza de maior legitimidade jurídica e condições reais para promover tal tutela. Aliás, já dissemos outrora que a realidade tem demonstrado que ela terá atuação de destaque na defesa dos direitos sociais (moradia, saúde e educação), enquanto que o Ministério Público se preocupará, em preponderância, com a defesa do patrimônio público e do meio ambiente. Essa concentração irá, inevitavelmente, ocorrer em razão de dois importantes fatores. Enquanto que a primeira faz, diariamente, um atendimento ao público com carga, quantitativa e qualitativamente, densa, o segundo legitimado tem se detido com a atuação dos administradores públicos, especialmente no trato do orçamento, e com as grandes empresas potencialmente poluidoras e degradantes do ambiente. Ou seja, é a Defensoria Pública que tem demonstrado forte diálogo com a sociedade civil, enquanto o Ministério Público tem se preocupado com os instrumentos de combate à improbidade administrativa e o inquérito civil investigativo.

Nessa linha, José Augusto Garcia de Sousa, após analisar cerca de cinquenta atuações coletivas da Defensoria Pública, em todo Brasil, conclui que “a lista dos beneficiários impressiona. Entre muitos outros, estão entre os beneficiários diretos: usuários de creches públicas; pessoas com deficiência; adolescentes internados; pessoas presas em condições desumanas; detentos sem alimentação ou sem atendimento médico; familiares de presidiários; mulheres submeti-

22 Nessa linha, cabe ao Defensor Público “comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus assistidos, ainda quando esses se acharem presos ou detidos, mesmo incomunicáveis, tendo livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento” (artigos 44, VII; 89, VII; 128, VI, todos da LC n. 80/94).

das a revistas invasivas em estabelecimentos prisionais; comerciantes de rua; moradores de comunidades carentes; vítimas de tragédia climática; pequenos agricultores prejudicados por danos ambientais; moradores de rua; consumidores de baixa renda; idosos contratantes de planos de saúde; usuários de rodoviárias; estudantes da rede pública que se utilizam do transporte coletivo gratuito; pessoas gravemente enfermas; pacientes ‘eletrodependentes’; mulheres que padecem de câncer de mama; crianças doentes; vítimas do amianto; portadores de hanseníase; catadores de material reciclável; trabalhadores desempregados; mulheres grávidas prestando concurso público para carreiras penitenciárias; ‘soldados da borracha’”.²³

Tudo indica que havia, de fato, nos seios sociais mais reprimidos e excluídos, uma enorme demanda reprimida ou escondida, mas hoje já vista e atendida pela Defensoria Pública, cuja relação com tais beneficiários é a mais intensa possível, aliás, mais que em qualquer outro contexto ou instituição. “Em relação a certos sujeitos e interesses, a Defensoria revela-se a legitimada mais vocacionada para atuar. É o que ocorre indiscutivelmente em relação aos direitos dos presos e seus familiares, bem como no tocante a moradores de rua ou de comunidades carentes, entre muitos outros exemplos. Tais interesses, apesar de relevantes para a nossa ordem jurídica, mostram-se costumeiramente ‘invisíveis’ ou mesmo incompreendidos aos olhos da sociedade em geral e dos demais legitimados. Seriam, pode-se dizer, interesses ‘contramajoritários’. Vejam: não se quer aqui incidir em maniqueísmos de qualquer espécie. Se a Defensoria assume o protagonismo em relação à defesa desses direitos, isso decorre de uma sensibilidade natural e inevitável, ligada ao juramento que cada defensor faz ao ingressar na carreira. De toda sorte, é evidente que a constatação desse protagonismo reforça a necessidade de uma legitimidade ampla para a Defensoria, em homenagem ao sadio pluralismo do nosso sistema processual coletivo. Por outro lado, o demonstrativo indica atuações da Defensoria que aconteceram após outros canais não se terem revelado satisfatórios.”

23 DE SOUSA, José Augusto Garcia de Sousa. Artigo 50 Atuações Coletivas da Defensoria Pública: Um Estudo Empírico Atento aos “Consumidores” do Sistema de Justiça. *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013.

Aliás, isso tem uma explicação muito simples: “O atendimento individual põe a Defensoria Pública em posição privilegiada para a propositura de ações coletivas, e estas potencializam a atuação institucional em prol dos necessitados”, bem observa o Defensor Público carioca. Segundo ele, “a Defensoria Pública tem um trunfo que os demais legitimados não costumam apresentar, a saber, o seu atendimento individual. Sem dúvida, ele acaba estimulando o ajuizamento de ações coletivas. Em virtude da quantidade dos atendimentos e do volume dos processos oficiados, adquirem os defensores um conhecimento profundo a respeito dos problemas que mais afligem a população carente, aí incluído o conhecimento acerca dos argumentos da parte adversária. E surge, naturalmente, o anseio – ou melhor, o dever – de atacar coletivamente os problemas, de maneira a evitar sua infundável reiteração. Assim germinadas, as ações coletivas da Defensoria tendem a ganhar em consistência e fidelidade aos anseios da coletividade atendida, fugindo do risco, sempre presente na litigância coletiva, das ‘ações civis públicas de gabinete’, nas quais o autor legitimado tenta adivinhar os anseios dos destinatários”.²⁴

De fato, a Defensoria Pública tem, por natureza, uma vocação democrática jamais visualizada em outro espaço institucional. Incumbida de prestar assistência jurídica integral, o volume e o fluxo de entrada diária são peculiares e próprios. É essa relação que tem feito dela o mais importante e eficiente legitimado ativo para a tutela dos direitos difusos e coletivos de caráter social.

Contudo, para isso, a organização da atividade da Defensoria Pública deve ser desenhada com base em uma estrutura mais horizontal e democrática possível, que permita a participação dos usuários nesse processo contínuo e permanente de aprimoramento e ajuste da instituição, aliás, não apenas na definição das metas e dos projetos, mas no monitoramento dos atos e resultados. Essa participação é não apenas necessária à eficiência do modelo, mas essencialmente legitimante.

24 DE SOUSA, José Augusto Garcia de Sousa. Artigo 50 atuações coletivas da Defensoria Pública: um estudo empírico atento aos “consumidores” do sistema de Justiça. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013.

6. CONCLUSÃO

Enfim, por inúmeros influxos oriundos do patrimonialismo²⁵ nas relações privadas e do burocratismo nas relações públicas, além de outras forças hegemônicas, o Estado, suas instituições e seus institutos sempre se viram reféns de uma sociedade aristocrata e verticalizada, na titulação de direitos e dos meios para sua defesa inclusive, cujo cenário sociopolítico e jurídico nunca permitira espaço ou senda de acesso aos bens essenciais e aos direitos fundamentais em favor dos pobres e das minorias no Brasil.

Aliás, era uma realidade mantida por uma aristocracia rural em crise, mas ainda poderosa; uma classe política com tez nitidamente patrimonialista, com permanente fluxo e refluxo de interesses dominantes obscuros; e uma alternância militar e totalitária no poder, que, conjugados, tais fatores marcaram grande parte do século XX.

Ocorre que o último processo de redemocratização brasileiro obteve graus mais elevados de sustentabilidade, legitimidade e afirmação, cujas bases sólidas acabaram, felizmente, por infirmar aquele antigo ciclo vicioso e viciado que garantia o *“status quo”* e a manutenção dos poderes hegemônicos no Brasil.

A Defensoria Pública, prevista constitucionalmente apenas em 1988, constitui uma dessas bases, cuja essencialidade para a democracia, o acesso efetivo à Justiça e para a promoção dos direitos humanos independe de outras palavras ou argumentos evidenciadores.

25 Um dos movimentos contra a ditadura militar da segunda metade do século XX foi a chamada “Ação Popular”, de 1963. Era um movimento da juventude que pregava, além da liberdade civil, a liberdade social via revisão dos clássicos institutos do direito privado. Dizia: *“A socialização da propriedade é o processo de democratizar a distribuição e o uso dos bens decorrentes do trabalho humano, impedir sua função de dominação e, assim, criar bases para uma real democratização do poder. Essas opções face à propriedade, ao poder e ao Estado, têm as suas justificativas na ordem técnica, isto é, mudar a ordem de como resolver para todos os homens os seus problemas e atender às suas necessidades, quando se concilia com a perspectiva de moral social fundamentada na afirmação de que a relação básica para o homem não pode ser a de dominação”* (In: MONDAINI, Marco. *Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: 2009, p. 55).

Dessa forma, concluímos que a Defensoria Pública, como fato neoconstitucional e também instrumento de sua efetivação, tem um importante papel a ser desenvolvido em nosso país e recente Estado, mormente na luta pela efetivação e concretização dos direitos fundamentais, exigindo dela uma postura de criatividade/ inovação para as efetivas inclusão, emancipação e transformação sociais.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da Class Action Norte-Americana**. São Paulo: RT, 2005, Revista de Processo, v. 130.

_____. (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. São Paulo: Renovar, 2008.

BORÓN, Atílio. In: GALLIEZ, Paulo. **A Defensoria Pública. O Estado e a cidadania**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2006.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAPPELLETI, Mauro; CARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Artigo: **Processo e hermenêutica: a produção do direito como compreensão**.

DE ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Sentença e coisa julgada**.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIMENSTEIN, Gilberto. **Democracia em pedaços – direitos humanos no Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. Del Rey, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos na integração econômica**. São Paulo: Renovar, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Direito Público**, n. 15/85.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2010.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros: 2006.

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – DA GÊNESE À APOTEOSE BRASILEIRA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 80/2014

FABIO SCHWARTZ¹

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Candido Mendes – Centro – Rio de Janeiro. Professor do Programa de pós-graduação da AVM Faculdades Integradas. Professor de Direito do Consumidor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro – FESUDPERJ. Ex-coordenador Adjunto da Comissão Nacional de Defensores Públicos de Defesa do Consumidor. Ex-coordenador do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Defensor Público do estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

O objetivo do presente artigo é tratar da evolução dos direitos humanos, desde a Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média, até chegar aos tempos atuais. Cuida o texto, também, dos principais fatos históricos da humanidade, os quais ajudaram a formar a cultura ocidental dos direitos do homem. Intentou-se demonstrar que, a despeito de os direitos do homem terem sido positivados, generalizados, internacionalizados e especificados, estes padecem, nos dias atuais, de concretas garantias, ou seja, não alcançaram ainda plena efetividade. Com isso, afirmar-se-á neste trabalho o acerto do constituinte derivado por ter engendrado recente inovação constitucional, através da EC n. 80/2014, a qual estabeleceu, como função institucional da Defensoria Pública, a promoção destes direitos, tendo em vista tratar-se da instituição que possui maior proximidade com os grupos sociais vulneráveis e, portanto, melhores condições de fiscalizar e cobrar a correta aplicação das leis, o que, certamente, contribuirá para a melhora dos indicadores sociais e numa maior e mais efetiva proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Humanos; Antiguidade Clássica; Idade Média; Modernidade; Horizontalização de Direitos; EC n. 80/2014; Defensoria Pública.

ABSTRACT

The purpose of this article is to address the evolution of human rights, from classical antiquity through the Middle Ages, until the present times. Handles text, too, the main historical facts of humanity, which helped form the Western culture of human rights. You tried to show that in spite of human rights have positivized solids, generalized, and internationalized specified, they suffer, nowadays, concrete guarantees, ie not yet reached full effectiveness. With this, will assert itself in this paper the correctness of constituent derived by having engendered recent Constitutional innovation by EC n. 80/2014, which established as an institutional feature of the Public Defender, the promotion of these rights in order to treat-if the institution has greater proximity to vulnerable social groups and therefore better able to monitor and collect the correct application of laws, which will certainly contribute to the improvement of social indicators and a effective protection of human rights.

KEYWORDS

Human Rights; Classical Antiquity; Middle Ages; Modernity; Horizontality of Rights; EC n. 80 de 2014 - Public Defender.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos do homem, conforme afirma Bobbio, não foram afirmados e constituídos de forma abrupta e instantânea. Ao contrário, resultam de uma evolução histórica e foram constituídos conforme a experiência humana de viver em sociedade.¹

A Grécia antiga erigiu os alicerces para o reconhecimento dos direitos humanos, colocando o homem no centro da questão filosófica, ou seja, passou-se de uma análise mitológica da realidade para uma explicação antropocêntrica, possibilitando refletir sobre a vida humana sem interferências transcendentais.

Para tanto, muito colaboraram os filósofos pós-socráticos, mormente Aristóteles, o qual afirmou que o homem é um animal cívico, ou seja, que se relaciona com os demais integrando-se a uma comunidade e participando, inclusive, do governo da cidade.

Da Roma clássica, pode-se citar o *ius gentium*, que atribuía alguns direitos aos estrangeiros, embora em quantidade inferior aos dos romanos, e a própria possibilidade de participação do povo nos assuntos da cidade, o que, de certa forma, funcionava como instrumento de limitação ao exercício do poder político do Estado.

O surgimento do Cristianismo também lançou bases para o reconhecimento dos direitos humanos ao limitar o poder político, conforme a célebre frase do Senhor Jesus Cristo “*dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*”, bem como pelo fato de ter tornado possível a salvação a todos os homens (os gentios), e não somente a um povo (os judeus).

Na sociedade medieval havia uma nítida divisão entre clero, nobreza e o povo. Enquanto o clero rezava por todos, a nobreza cuidava da proteção das cidades e o povo trabalhava. Assim funcionava esta sociedade estratificada, onde a base da pirâmide, o povo, não detinha os mesmos direitos.

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004, p. 18.

Não obstante, a Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem-Terra no século XII, inicia uma mudança de eixo reconhecendo vários direitos, tais como a liberdade eclesial; a não existência de impostos, sem a anuência dos contribuintes; a propriedade privada; a liberdade de ir e vir; a desvinculação da lei e da jurisdição à pessoa do monarca etc.

Outro marco importante deste período histórico são os escritos de São Tomás de Aquino, ressaltando a dignidade e a igualdade do ser humano por ter sido criado a imagem e semelhança de Deus, distinguindo, ainda, quatro classes de leis: a lei eterna, a lei natural, a lei divina e a lei humana. Esta última, fruto da vontade do soberano, contudo, de acordo com a razão e limitada pela vontade de Deus.

Com a descentralização política do Estado e o predomínio do magistério da Igreja Católica, o estilo de vida feudal, que caracterizava a Idade Média, deixa progressivamente de existir, dando azo à criação de uma nova sociedade, designada como moderna.

Surge então a burguesia. *Pari passu*, temos a aparição do Estado moderno, com a centralização do poder político. O direito passa a ser o mesmo para todos dentro do reino, sem as inúmeras fontes de comando que caracterizavam o modelo medievo.

A reforma protestante também revela seu papel fundamental para o reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana, na medida em que, contestando a uniformidade da igreja católica, dá importância à interpretação pessoal das sagradas escrituras, o que poderia ser feito através da razão, e não somente através de alguém ungido por Deus.

Na Inglaterra outros documentos foram de fundamental importância, como o *Petition of Rights*, de 1628, o qual reclamava a necessidade de consentimento para a tributação; o julgamento dos acusados por seus pares para a privação da liberdade; e a proibição de detenções arbitrárias.

Deste mesmo país importa citar, ainda, a Lei do *habeas corpus*, de 1679, que protegia a liberdade de locomoção e que inspirou os ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, perdurando até os dias coevos como remédio heroico e fundamental em todas as Constituições democráticas. Também cabe citar o *bill of rights*, o qual restringia o poder real, e fora editado por ocasião da ascensão ao trono do rei Guilherme de Orange, em 1689.

Como marcos indelévels dos direitos humanos na modernidade, ressalvem-se as revoluções Inglesa (1689), Norte-Americana (1776) e Francesa (1789). Esta última permeia a humanidade com seus ideais – Liberdade, Igualdade e Fraternidade –, os quais visam emancipar a humanidade da escravidão e da opressão de classe.

Da gênese dos direitos humanos chega-se a sua apoteose. Numa sociedade pós-moderna, marcada pela avalanche de inovações tecnológicas e pelo desmedido apelo consumista que seduz e cria uma massa de excluídos da felicidade convencional, calcada no ter, em detrimento do ser. Na era do individualismo extremo e materialismo notável, onde o dinheiro deixa de ser só troca e passa a refletir o principal juízo de valor da humanidade, exsurge um desafio gigantesco, qual seja, o de tornar eficazes direitos historicamente reconhecidos e justificados.

Vivemos, conforme afirma Norberto Bobbio, na era dos direitos. Não obstante, de nada adiantaria a institucionalização do Estado Democrático de Direito, se não existisse uma instituição tal qual a Defensoria Pública, instituição voltada pela luta em prol dos excluídos da comunhão social.

A Defensoria Pública, conforme afirmação de Dimas Macedo, diferentemente do Poder Judiciário (instituição imparcial), e do Ministério Público (órgão de defesa da sociedade), expressa-se qual a reivindicação mais alta da cidadania, como instituição social de maior alcance e a quem a Constituição entregou a missão de lutar pela dignidade dos espoliados pelo capital e pela violência decorrente das artimanhas do poder.²

2 ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública – Fundamentos, Organização e Funcionamento*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, prefácio, p. xxiv.

A Emenda Constitucional n. 80 de 2014¹, portanto, surge como um marco extraordinário, posto que reafirma a missão e a vocação institucional da Defensoria Pública de promover, em um mundo marcado pelas desestruturas e desigualdades, a defesa dos direitos humanos pelo prisma dos mais vulneráveis.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS INERENTES À PESSOA HUMANA

2.1. A ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Na Antiguidade Clássica já se podem ver resquícios dos direitos essenciais à pessoa humana, donde se observa a gênese das ideias que mais tarde irão fundamentar a existência de tais direitos.

Conforme anota Fábio Konder Comparato, a proto-história dos direitos humanos começa nos séculos XI e X a.C., durante o reinado unificado de Davi sobre Israel.

Davi, em contraposição aos regimes monárquicos da época, não se autoproclamava Deus e tampouco arrogava para si a figura de legislador. Ao revés, assume o papel de rei-sacerdote, apresentando-se como Delegado de um Deus único e responsável pela execução da lei divina. Ou seja, estabeleceu-se uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar seu poder, mas submetem-se aos editos de uma autoridade superior. Têm-se, então, o embrião do que séculos depois será designado como Estado de Direito.³

II Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

3 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: 2010, p. 53.

A limitação institucional do poder político se manifesta também na Grécia Antiga. Neste período histórico, através do pensamento dos filósofos pós-socráticos, a pessoa humana passa a figurar como centro da questão filosófica, ou seja, passa-se de uma explicação mitológica e transcendental da realidade para uma explicação antropocentrista.⁴

Têm-se a materialização do pensamento aristotélico de que o homem é um animal cívico que é naturalmente feito para a sociedade política, ou seja, para participar dos rumos desta sociedade, sendo certo que o respeito ao direito forma a base da vida social.⁵

Em Atenas são criadas as primeiras instituições democráticas, fundadas na preeminência da lei e na participação ativa dos cidadãos na vida política. O poder dos governantes é limitado, com o povo, pela primeira vez na história, governando-se a si mesmo, através de regime de democracia direta.⁶

A *polis* grega, portanto, afigurou-se como o maior símbolo de integração social do indivíduo. Mas o substrato da democracia grega não era o indivíduo, posto que este sempre estava sujeito à vontade coletiva. Mas como membro da coletividade, detinha direitos políticos.⁷

Na República Romana também se verifica a limitação do poder político, não pelo exercício de uma soberania popular tão ativa quanto em Atenas, mas sobretudo através de um complexo sistema de controle recíprocos entre diferentes órgãos políticos, ou seja, um refinado mecanismo de *checks and balances*, sendo certo que para alguns historiadores este governo moderado teria influenciado e inspirado Montesquieu quando da publicação de sua clássica obra, *O Espírito das Leis*.⁸

4 Idem, p. 54.

5 ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 146.

6 COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit, p. 55.

7 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 147.

8 Ibidem, p. 56 e 57.

Há que se referir, ainda, ao chamado *ius gentium*, que atribuía alguns direitos aos estrangeiros, embora em quantidade inferior aos dos romanos. O *ius gentium* estabelece a ideia da existência de um direito universal, o qual deveria ser aceito por todos.⁹

O surgimento do Cristianismo foi de fundamental importância para o reconhecimento dos direitos humanos. Segundo Jorge Miranda:

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue.¹⁰

Em verdade, o Senhor Jesus Cristo estabelece com seus ensinamentos uma nova lei, totalmente calcada no amor. E esta é utilizada como instrumento de libertação, o que resta claro em Sua afirmação: *“Amarás o teu próximo, e odiarás o teu inimigo. Eu, porém, vos digo: Amai os vossos inimigos e orai pelos que vos perseguem”* (Mt 5: 43-44).

A pregação do amor ao próximo e aos inimigos revoluciona ao propiciar a liberdade individual, ou seja, a impossibilidade de que alguém exija ser amado pela força.^{III} Santo Agostinho escreveu *“Ouça, pois, de uma vez, um breve preceito: ame e você pode fazer o que quiser; se você se cala, se você grita, se você corrige, se você perdoa, cale, grite, corrija e perdoe pelo amor”*.¹¹

9 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Tomo IV*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 16.

10 Ibidem, p. 17.

III Deve-se esclarecer que aqui se trata do amor ágape, que se doa sem esperar nada em troca, se trata do amor sacrificial. O amor de Jesus não é o Eros platônico nem o Philia aristotélico, é a Caridade como explicitada por Paulo em 1 Coríntios 13.

11 Apud MÍGUEZ BONINO, J. *Ama y haz lo que quieras: hacia una ética del hombre nuevo*. Buenos Aires: Escatón: La Aurora, 1973, p. 125.

Da epístola de Paulo aos Efésios – capítulo 2, versículos 14 a 19, ressaí nítida a ideia universalista da doutrina cristã, a saber:

14 Porque Ele é a nossa paz, o qual de ambos fez um; e, tendo derribado a parte da separação que estava no meio, a inimizade, 15 aboliu, na sua carne, a lei dos mandamentos na forma de ordenanças, para que dos dois criasse, em si mesmo, um novo homem, fazendo a paz, 16 e reconciliasse ambos em um só corpo com Deus, por intermédio da cruz, destruindo por ela a inimizade. 17 E, vindo, evangelizou paz a vós outros que estáveis longe e paz também aos que estavam perto; 18 porque, por ele, ambos temos acesso ao Pai em um Espírito. 19 Assim, já não sois estrangeiros e peregrinos, mas concidadãos dos santos, e sois da família de Deus¹².

Assim, vê-se o cerne da proposta dos Direitos Humanos e da igualdade entre os homens, rejeitando todo tipo de discriminação, seja em razão de raça ou nacionalidade, passando o homem a ser considerado como parte de um mesmo coletivo e não mais um estrangeiro renegado.

2.2. A IDADE MEDIEVAL

Com a extinção do Império Romano, em 474 d. C., inicia-se uma nova civilização, num período que se convencionou como Idade Média. A Europa experimentava a formação de uma sociedade parasitada por altos impostos, os quais aniquilavam toda e qualquer atividade produtiva no império decadente.¹³

A descentralização política é a nota marcante deste período. Aqui tem-se o início da primeira experiência histórica de socieda-

12 RYRIE, Charles C. *A Bíblia anotada: edição expandida*. São Paulo: Mundo Cristão; Sociedade Bíblica do Brasil, 2007.

13 GUERRA, Willis. *Filosofia – Uma Introdução*. Teresópolis: Daimon Editora, 2009, p. 47.

de de classes. Assim, a sociedade dividia-se em clero, com função de oração; nobreza, com incumbência de proteção das aldeias; e o povo, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos.

Apesar deste período acenar com o esfacelamento do poder político e econômico, sob a influência e a instauração do feudalismo, já a partir do século XI inicia-se uma nova fase, qual seja, a da reconstrução da unidade política perdida, com reis reivindicando para suas coroas poderes e prerrogativas até então pertencentes exclusivamente ao clero e à nobreza.¹⁴

Foi em contraposição aos abusos ocorridos nesta epopeia de reconcentração de poder que surgiram as primeiras manifestações de descontentamento, sobretudo na Inglaterra, o que resultou na *Magna Charta Libertatum* de 1215^{IV}, outorgada pelo rei João Sem-Terra, onde foram consagrados direitos aos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca.¹⁵

No embrião dos direitos humanos desponta o valor Liberdade. Não a liberdade universal como a vemos hoje, mas aquela estabelecida em favor de estamentos superiores da sociedade, como o clero e a nobreza. São engendrados, então, vários direitos, tais como a liberdade eclesial; a não existência de impostos, sem a anuência dos contribuintes; a propriedade privada; a liberdade de ir e vir; e a desvinculação da lei e da jurisdição à pessoa do monarca.¹⁶

Concessões de benefícios ao povo só começam a tomar contornos mais nítidos com a ascensão social dos comerciantes, com a abertura das vias marítimas e após a dominação árabe sobre a bacia do mediterrâneo. Surge a partir daí a nova classe de mercadores, doravante conhecida como burgueses.¹⁷

14 COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 57.

IV Vejamos seus primeiros artigos, verbis: "1 – A Igreja de Inglaterra será livre e serão invioláveis todos os seus direitos e liberdades: e queremos que assim seja observado em tudo e, por isso, de novo asseguramos a liberdade de eleição, principal e indispensável liberdade da Igreja de Inglaterra, a qual já tínhamos reconhecido antes da desavença entre nós e os nossos barões (...). 2 – Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo e sempre, todas as liberdades abaixo enumeradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre (...)"

15 Ibidem, 61.

16 Ibidem, 58.

17 Ibidem, mesma página.

De fundamental importância neste período foram os escritos de São Tomás de Aquino, os quais ressaltavam a dignidade e igualdade do ser humano, por ter sido criado a imagem e semelhança de Deus. Daí porque afirmava que o homem tinha direitos naturais que deveriam sempre ser respeitados, chegando a defender o direito de rebelião àqueles que fossem submetidos a condições indignas.

Tomás de Aquino distinguiu quatro classes de lei: a lei eterna, a lei natural, a lei divina e a lei humana, esta última, fruto da vontade do soberano, entretanto devendo estar de acordo com a razão e limitada pela vontade de Deus.¹⁸

2.3. A IDADE MODERNA

Na periferia dos castelos medievais, chamados burgos de fora ou burgos novos, concentrava-se grande circulação de riqueza, donde se irradiavam os primeiros passos do capitalismo.

Essa sociedade periférica por certo não participava do estilo de vida feudal, donde surge uma nova classe, designada, como dito alhures, de burguesia. A ascensão da burguesia contribuiu para um período fecundo de invenções técnicas que revolucionaram toda a estrutura produtiva.

Tudo isso favoreceu a expansão do capitalismo, o qual exigia, como exige ainda hoje, um mínimo de segurança na vida dos negócios, impondo limitação ao tradicional arbítrio do poder político. Surge, então, o Estado Moderno, com a centralização do poder, ou seja, o direito passando a ser igual para todos dentro do reino, favorecendo, assim, uma certa estabilidade, já que não mais coexistiam as inúmeras fontes de comando que caracterizavam a vida medieva.¹⁹

18 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)*. São Paulo: Editora Juarez, 2000, p. 18 e 19.

19 COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.*, p. 60.

Nesta nova sociedade, o indivíduo começa a ter proeminência em face do coletivo. O registro de direitos num documento escrito passa a ser prática comum na segunda metade da Idade Média, manifestando-se, principalmente, através de pactos, forais e cartas de franquias.²⁰

A reforma protestante, do início do século XVI, teve crucial importância para o reconhecimento dos direitos da pessoa humana. Contestando a primazia da Igreja Católica, defendia a interpretação individual das Escrituras Sagradas através da razão, e não mais por intermédio de um ungido, constituindo a primeira reivindicação de um direito natural, qual seja, o de liberdade religiosa.

Como consequência da reforma, pode-se apontar a laicização do direito natural, mormente através do pensamento de Grócio, o qual, fundamentando o direito em teses racionalistas, afasta-se da visão puramente teológica. Assim, têm-se a substituição da razão divina pela razão humana, proclamando-se verdadeira independência do natural em relação ao sobrenatural.²¹

De grande importância para o desenvolvimento dos direitos inerentes à pessoa humana foi o direito inglês, o qual, influenciando os direitos francês e estadunidense, forneceu as bases teóricas para os ordenamentos jurídicos ocidentais.²²

Além da já citada carta magna de 1215, há que se referir ao *petition of Rights*, de 1628, o qual erigiu o princípio da reserva legal para a instituição de tributos, além da necessidade de julgamento do cidadão por seus pares, proibindo-se detenções arbitrárias. Deste mesmo país importa citar, ainda, a Lei do *habeas corpus*, de 1679, que protegia a liberdade de locomoção e que inspirou os ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, perdurando até os dias coevos como remédio heroico e fundamental em todas as Constituições

20 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 4.

21 PEIXINHO, Manuel Messias. *As Teorias e Métodos Aplicados aos Direitos Fundamentais – Doutrina e Jurisprudência do STF e STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

22 PEIXINHO, Manuel Messias. *Contributos Históricos do Direito Inglês para a Construção de uma Teoria dos Direitos Fundamentais*.

democráticas. Também cabe citar o *bill of rights*, o qual restringia o poder real, e fora editado por ocasião da ascensão ao trono do rei Guilherme de Orange, em 1689, conforme adiante explicitado.²³

2.3.1. A REVOLUÇÃO INGLESA

A Revolução Inglesa de 1640 também tem significativos contributos. A chamada era de Oliver Cromwell releva para a história, na medida em que neste período se destaca um modelo de Constituição inovadora que estabelecia divisão de poderes no governo. Tal período revolucionário consagrou, ainda, direitos fundamentais tais como o ensino gratuito, o serviço postal público, a liberdade de imprensa, o sufrágio feminino, o voto secreto e um banco nacional.^V

A chamada Revolução Gloriosa, de 1688 – que parte da doutrina não entende como sendo a derrubada do ordenamento jurídico anterior, como ocorreu posteriormente na França, mas, tão somente, a imposição de submissão do rei ao imperativo da lei – se firmou como advento histórico que culminou com o estabelecimento de princípios liberais.²⁴

A despeito de consignar retrocesso em relação às conquistas de 1640, certo é que, a partir da *Glorious Revolution*, as instituições adquirem feições importantes que não significaram a mera continuidade das tradições anteriores. Neste período a Coroa deixa de ter fundamentação e legitimação divina para observar o estatuto e a *common law*, ou seja, o sistema jurídico forjado na Inglaterra pelas decisões das jurisdições reais a partir do século XII.²⁵

Os contributos da revolução são incontestes. Dentre os mais importantes pode-se citar, em linha de princípio, o surgimento do

23 Ibidem.

V Anote-se que, com a morte de Cromwell e o retorno de Carlos II ao trono, em 1660, as conquistas referidas tiveram um grande retrocesso, diante da fase autoritária que se seguiu e que inaugurou o período histórico conhecido como Restauração. Ibidem.

24 Ibidem.

25 Ibidem.

princípio do *checks and balances*. Em segundo lugar, refira-se, ainda, o estabelecimento de um núcleo duro de direitos fundamentais. Por derradeiro, é desse período a institucionalização dos partidos políticos e a consagração da independência do Judiciário e do Executivo, forjando, assim, o princípio da separação dos poderes idealizado por John Locke.²⁶

2.3.2. A REVOLUÇÃO NORTE-AMERICANA

A Revolução Norte-Americana tem sua gênese na rejeição da colônia à política fiscal arbitrária imposta pela Inglaterra. Para resistir às imposições fiscais, os colonos reuniram-se no Congresso de Nova Iorque em 1775, com o objetivo de rejeitar o imposto do selo estabelecido desde 1765 sem o consentimento das assembleias locais. Tal levante teve como inspiração a fórmula *no taxation without representation*, que estava na base do constitucionalismo britânico.²⁷

Assim, os colonos avocaram para si os mesmos direitos dos cidadãos ingleses, tentando criar uma confederação, com uma assembleia eleita livremente pelo povo, representativa para cada unidade federada, sem, contudo, deixar de estar sob a proteção inglesa. Entretanto, a Inglaterra não aceitou que as colônias tivessem governo descentralizado e independente.

Assim, em 1776, na cidade de Boston, foi elaborada a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, proclamando que todos os seres eram livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade e a segurança.^{28 VI}

26 Ibidem.

27 Id. *Contributos Históricos do Direito Norte-Americano para a Construção de Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*.

28 COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 62.

VI O Art. I da Declaração enunciava: “*Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e de obter a felicidade e a segurança*”. (Ibidem, mesma página).

Sem perspectivas, não restava alternativa à Nova Inglaterra senão a de declarar a independência, sendo a proclamação da revolução a arma dos colonos contra as usurpações da tirania estabelecida. Em quatro de julho de 1776, foi declarada a independência dos Estados Unidos.²⁹

Os norte-americanos, então, estabeleceram uma Constituição escrita com princípios limitadores da atuação parlamentar e com concepção do pacto do governo e a relação que se estabelece com o consentimento dos cidadãos, sendo certo que os direitos engendrados na carta inspiravam-se nos direitos naturais do homem. Neste momento ainda não havia qualquer menção a direitos humanos, os quais somente vieram à tona a partir das dez emendas que se seguiram, as quais consagravam a liberdade, a inviolabilidade de domicílio, a segurança, o devido processo legal e a proporcionalidade da pena.³⁰

O pensamento de John Locke forneceu alicerces para a construção da teoria política norte-americana, devendo ser sublinhado o direito de resistência, correlacionado ao binômio direito natural e pacto. Desta feita, quando o poder político se distancia dos objetivos aos quais se vinculou no momento do pacto e negligencia os direitos naturais, dá azo ao indivíduo insurgir-se legitimamente contra as autoridades constituídas. Assim, não se tem dúvidas quanto à influência do direito inglês para a formação da base ideológica da revolução, destacando-se o movimento denominado *whig*, cujas obras, que pregavam a limitação do poder político, foram lidas pelos colonos norte-americanos.³¹

Os norte-americanos, sem rejeitar a *common law* inglesa, incorporaram os direitos fundamentais seculares dos seus colonizadores, criando instituições próprias e afirmando princípios democráticos que inaugurariam a história política moderna. Surge, destarte, a noção de poder constituinte emanado do povo, passando a Constituição a ser o documento supremo do País.³²

29 Ibidem.

30 RUBIO, Valle Labrada. *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 1998, p. 85.

31 PEIXINHO, *Manuel Messias*, Op. Cit..

32 Ibidem.

Como instrumento limitador do poder, os norte-americanos, não confiando na existência de um legislador virtuoso, insculpiram um sistema original de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, nota marcante de diferenciação do caminho trilhado pela Revolução Francesa, como veremos adiante.

2.3.3. A REVOLUÇÃO FRANCESA

O pano de fundo da Revolução Francesa foi a situação fiscal precária e a estrutura corroída da monarquia absoluta. A participação na guerra pela independência norte-americana só fez agravar o cenário, na medida em que os gastos militares esfacelaram a economia já combalida do país, incomodando a nobreza, que, obviamente, não queria arcar com a conta.³³

Aceso o estopim, a nobreza deu passo largo rumo à revolução ao convocar os nobres da assembleia de notáveis para se reunirem em 1787. Um segundo, e não menos importante passo, foi a convocação do Terceiro Estado, instituição formada pela classe média, todos não nobres e não participantes do clero.

Fortalecida, a burguesia tomou a frente da revolução que, em 26 de agosto de 1789, culminou na mais célebre declaração de direitos fundamentais, a saber, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, cujo traço marcante foi a universalidade dos direitos elencados.

A declaração previa explicitamente os direitos naturais de igualdade, liberdade, fraternidade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Consagrou, ainda, princípios políticos inspirados pelo contratualismo, que formavam a base ideológica do Estado constitucional contemporâneo, destacando-se os conceitos de nação, Constituição, democracia, a divisão dos poderes e a administração pública.³⁴

33 Id. As Contribuições da Revolução Francesa para a Construção de uma Teoria dos Direitos Fundamentais.

34 Ibidem.

A principal dicotomia entre a declaração francesa e a norte-americana, consiste no fato de que os franceses escolheram o Poder legislativo como órgão limitador, tanto do Poder Executivo quanto do Judiciário, ao passo que os revolucionários norte-americanos, como alhures abordado, não confiavam na existência de um legislador virtuoso que fosse capaz de exercer tal papel com isenção. Não obstante, ambas delinearão o Estado de Direito, constitucionalizando direitos inerentes à pessoa humana, sendo certo que, a partir de então, praticamente não se tem notícias de Constituições que não tenham dedicado a mesma preocupação.³⁵

A pretensão francesa de elaborar um documento que tivesse eficácia universal não foi em vão. Tal ato representou um momento decisivo na história do gênero humano, na medida em que, empunhando as bandeiras da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, dilatou as fronteiras da fé política, afirmando que governo livre, doravante, deixava de ser a prerrogativa de uma raça ou etnia para ser herança de cada ser humano. Saía de cena o homem-súdito para o surgimento, em definitivo, do cidadão.³⁶

3. A HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Como se vê, no século XVIII consagrou-se o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, fundando, assim, o que se designou chamar de Estado Liberal.³⁷

Neste período, os direitos fundamentais exerciam a nítida função de impor limites ao poder político estatal, consagrando uma dimensão puramente subjetiva de tais direitos, na medida em que delimitava apenas as pretensões individuais exigíveis do Estado.

³⁵ Ibidem.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30.

³⁷ Ibidem, p. 33.

A tragédia da Segunda Guerra Mundial, entretanto, deixou claro que o exercício desses direitos não poderia ser visto apenas como faculdade puramente individual, necessitando revestir-se de expressão objetiva, de maneira que se espaliassem pelos ordenamentos jurídicos de todo o mundo.

Assim é que, a Declaração Universal de 1948, aprovada no seio da Assembleia Geral nas Nações Unidas por 48 Estados, inaugura o que Bobbio designa como a terceira etapa de construção do Estado de Direito, qual seja, a da internacionalização, na medida em que os direitos humanos foram consagrados, de forma livre e explícita, por seus signatários.^{38 VII}

Não obstante, a despeito de internacionalizado, não se pode continuar a prestigiar uma visão puramente subjetiva de tais direitos, já que a pessoa humana não necessita apenas de proteção da opressão exercida pelos poderes do Estado.

Numa sociedade pós-moderna, marcada pela avalanche de inovações tecnológicas e pelo desmedido apelo consumista que seduz e cria uma massa de excluídos da felicidade convencional, calçada no ter, em detrimento do ser. Na era do individualismo extremo e materialismo notável, onde o dinheiro deixa de ser só troca e passa a refletir o principal juízo de valor da humanidade, exsurge o desafio de se proteger a pessoa humana destes poderes sociais não estatais.³⁹

Tudo é fluido na pós-modernidade, nada mais é realmente concreto na era atual. Tempo e espaço são reduzidos a fragmentos; a individualidade predomina sobre o coletivo e o ser humano é guiado pela ética do prazer imediato como objetivo prioritário, denominado hedonismo.⁴⁰

VII Anote-se, ainda, que no decorrer de sua obra Bobbio aponta e distingue em matéria de direitos humanos etapas na construção do Estado Democrático de Direito. A primeira etapa, seria a da positivação de tais direitos. São as declarações de Direitos explicitadas em norma interna de cada país. A segunda etapa nomeou de generalização, ou seja, o da extensão de tais direitos a todos os homens de forma igualitária, sem qualquer tipo de discriminação. A terceira etapa é a internacionalização, sendo esta que nos interessa no momento. Não obstante, de forma bem sucinta, referimos que Bobbio ainda trata de uma quarta fase, a da especificação, ou seja, a do aprofundamento da tutela, visando à proteção de grupos vulneráveis, tais como os idosos, a mulher, a criança, o deficiente etc.

38 BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 27.

39 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 107.

40 BAUMAN, Zygmunt; tradução Carlos Alberto Medeiros. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 83.

Daí por que imprescindível a extensão da proteção dos direitos fundamentais para fazer frente ao poder opressor provindos de agentes privados, como, por exemplo, o mercado.

Neste sentido, destacamos a percuciente crítica de Dufour ao Liberalismo ao dizer que:

O Mercado corresponde assim a uma tentativa de produzir um novo grande Sujeito suscetível de ultrapassar em potência todos os antigos, graças a essa Providência enfim decifrada, aceita e sobretudo posta em prática. Basta, em suma, para que tudo enfim vá bem, que aceitemos nos submeter a essa força, incoercível e sem limites, que representa como tal um grau superior de regulamentação, uma forma derradeira e enfim verdadeira de racionalidade que se manifesta, não só por eventuais efeitos simbólicos, mas sobretudo pela extensão infinita da riqueza, tanto em forma de bens quanto em forma de moedas de metal. Nada deve poder entrar o exercício soberano dessa força. Tudo o que se assemelha a um desejo de regulamentação moral ou política resultaria apenas de irrisórias tentativas do homem de submeter a Providência a seus miseráveis pequenos cálculos. É preciso, segundo a palavra de ordem do liberalismo, “deixar fazer” [laissez-faire], pois, no fundo, é deus quem faz.⁴¹

Ressai nítida, portanto, a necessidade de se prestigiar a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais, de Hans Carl Nipperdey (*a drittwirkung*). A despeito de não haver na Constituição brasileira disposição explícita quanto à aplicabilidade imediata de tais direitos em relação aos particulares – como ocorreu na Constituição de Portugal^{VIII}, por exemplo – operando-se uma interpretação sistemática e teleológica não há como concluir de modo diverso.

41 DUFOUR, Dany-Robert. *O Divino Mercado – A Revolução Cultural Liberal*. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008, p. 86.

VIII **Artigo 18.º** – 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Nesse sentido, destacamos a posição de Daniel Sarmento:

Com efeito, qualquer posição que se adota em relação à controvérsia em questão não pode se descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos.⁴²

Os Tribunais Superiores têm trilhado este entendimento. Como exemplo, destacamos o Recurso Extraordinário n. 352940/SP^{IX}, no qual o ministro Carlos Veloso reconheceu a aplicabilidade direta do direito à moradia e do princípio da isonomia no caso de impenhorabilidade do bem de família do fiador.

42 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 237.

IX Veja acórdão na íntegra: “A Lei n. 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei n. 8.245, de 18/10/91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.” É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC n. 26, de 2000, ficou assim redigido: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança e a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Em trabalho doutrinário que escrevi – “Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil”, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMÁTRA, em 10/3/2003 – registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração – direito social – que veio a ser reconhecido pela EC n. 26, de 2000. O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei n. 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei n. 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei n. 8.245, de 1991 – inciso VII do art. 3º – feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo – inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei n. 8.245/91, não foi recebido pela EC n. 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC n. 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família – Lei n. 8.009/90, art. 1º – encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição.”

No STJ, destaca-se emblemática decisão da lavra do ministro Luiz Fux, RESP 811.608/RS, na qual se reconheceu a aplicabilidade direta e imediata do direito à saúde, no caso de uma Ação Civil Pública que pretendia a implementação de políticas públicas em favor da população indígena.^X

Resta indene de dúvidas que, para responder aos anseios sociais dos dias atuais, os direitos fundamentais devem galgar novo patamar, extrapolando a dimensão meramente subjetiva, e, conforme sustenta Bonavides, serem alçados a *“uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula”*.⁴³

Ora, a crise do Estado do Bem-Estar Social é inconteste. Portanto, exsurge de forma inadiável a necessidade de maior efetivação dos direitos humanos, sem a qual não se terão por cristalizados os primados de igualdade no sentido aristotélico da palavra, mormente nas relações travadas entre particulares, uma vez que a gama de vulneráveis em relação aos novos atores privados da pós-modernidade é cada vez maior.

X Veja acórdão na íntegra: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14/12/2006 e Ag 794505/SP, DJ de 1/2/2007 2. A questão debatida nos autos – implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul – foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: “(...) O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência – para além de sua previsão no art. 6º da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Funda-

3.1. A VOCAÇÃO E AFIRMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PAPEL DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS COM A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 80 DE 2014

Conforme magistério da Defensora Pública Amélia dos Santos Rocha,

[...] as pessoas em condição de vulnerabilidade suportam as maiores e mais graves violações de direitos humanos”⁴⁴ [...] “se a dignidade humana é a ‘matriz genética dos direitos fundamentais’, se direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos pela ordem constitucional de cada país, a proteção da pessoa em condição de vulnerabilidade tem reflexo em todo o sistema.”⁴⁵

mental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdo daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: ‘São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301-302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna ideia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia tout court, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapagou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade

Acrescentamos que, se os direitos fundamentais são como um muro de arrimo – que protege o indivíduo não só das arbitrariedades do poder político constituído, mas bem como dos novos centros privados de poder, tal como o mercado, a sociedade civil, as empresas etc –, a Defensoria Pública se revela como as ferragens que, ao se amalgamarem aos demais materiais, como os tijolos, a areia e o cimento, formatam a rigidez necessária para resistir às pressões externas.

Tijolos, areia e cimento, sozinhos, se desmancham como pó se prescindirem da liga metálica. Da mesma forma, o sistema de proteção e defesa dos direitos humanos não funciona a contento sem que a Defensoria Pública esteja presente no sistema, devidamente aparelhada e estruturada para atuar em favor dos socialmente vulneráveis.

É esta instituição que se encontra na linha de frente, haja vista que não atua apenas em defesa de seres abstratos e fictícios, tais como a “sociedade”, por exemplo. O defensor, no dia a dia de seu labor, conhece as agruras do João, da Maria, do Pedro, enfim, pessoas de carne e osso que recorrem aos serviços de orientação e assistência jurídica integral e gratuita promovidos pela Defensoria Pública na maioria dos estados da Federação.^{XI}

de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial. (...) Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p. 1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na ideia de que o preceito constitucional constitui lex imperfecta, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delinação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significa-

Os dramas são os mais diversos, e vão desde a negativa de fornecimento de medicamentos, passando à sonegação de cirurgias de urgência e emergência (tanto na saúde pública quanto na suplementar, prestada pelos planos de saúde), chegando até às prisões arbitrárias num Estado policial que se agiganta cada dia mais, mormente com o recrudescimento da violência nos grandes centros urbanos.

As misérias humanas, não apenas as decorrentes da escassez de recursos econômicos, se multiplicam, exurgindo vulnerabilidades de sentidos os mais diversos. Assim, podemos citar grupos vulneráveis do ponto de vista organizacional, tais como os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.⁴⁶

Por sua proximidade com os grupos socialmente vulneráveis – o que lhe permite uma aguçada percepção da realidade e o transforma num importante termômetro social –, seu fortalecimento significa, em verdade, maior fiscalização e cobrança da correta aplicação das leis, o que, decerto, contribuirá para a melhora dos

tivo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) 3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decísium revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 9/5/2005. 4. In casu, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração - nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC n. 73/93 e art. 6º da Lei n. 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido." (RESP 811.608/RS, Rel. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/5/2007, DJ 4/6/2007, p. 314).

indicadores sociais e, conseqüentemente, numa maior e mais efetiva proteção dos direitos humanos.

Portanto, seja na linha de proteção relativa às relações entre cidadão e Estado; seja na senda dos tratos privados, que também podem encerrar ataques à dignidade da pessoa humana, a atuação da Defensoria Pública de maneira vigorosa é fato que se impõe.

Não foi por outro motivo que o legislador ordinário, através da Lei Complementar n. 123/2009, já dando os importantes passos nesse sentido, engendrou profícuas modificações na LC n. 80/1994.

No art. 3º, que trata dos objetivos da Defensoria Pública fez constar em seu inciso I “*a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais*”; e, em seu inciso III “*a prevalência e efetividade dos direitos humanos*”.

Neste diapasão, acresceu ao rol das funções institucionais, previstos no art. 4º da LC n. 80/94, os incisos X e XI, os quais passaram a vigorar com as seguintes redações: “*X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que merecem proteção especial do Estado*”.

Com relação ao último inciso, destacamos comentários dos Defensores Públicos Diogo Esteves e Franklyn Roger, a saber:

43 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 588.

44 ROCHA, Amélia dos Santos. Op. Cit., p. 1.

45 *Ibidem*, p. 12.

XI Infelizmente alguns estados da Federação ainda não implantaram Defensoria Pública nos moldes preconizados pela Constituição Federal, tais como Santa Catarina e Goiás.

46 Neste sentido é o parecer de Ada Pellegrine Grinover elaborado para a Anadep e que pode ser consultado na íntegra em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf> (acesso em 23 de julho de 2014).

O dispositivo reflete a preocupação constitucional de garantir a especial tutela das pessoas naturalmente frágeis, como os portadores de deficiência (art. 37, VIII), as crianças e os adolescentes (art. 227), os idosos (art. 230) e outros grupos sociais vulneráveis. Por possuírem todas as pessoas idêntico valor intrínseco, deve ser assegurado a todos igualdade de respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião ou condição social, funcionando a Defensoria Pública como instrumento de superação da intolerância, da discriminação, da violência, da exclusão social e da incapacidade geral de aceitar o diferente.⁴⁷

Para José Augusto Garcia, as modificações legislativas referidas vão ao encontro do fenômeno de objetivação dos institutos jurídicos que permeiam o ordenamento jurídico nos dias atuais, decorrentes de um maior solidarismo jurídico que impõe a “dessubjetivação” da tutela processual.⁴⁸

Porém o ápice, ou seja, a epopeia brasileira de proteção aos direitos humanos, cristalizou-se com a recente Emenda Constitucional n. 80 de 2014. A referida inovação constitucional tratou por retirar a previsão relativa à Defensoria Pública da Seção III, cuja epígrafe era “Da Advocacia e da Defensoria Pública”, bem como extraí-la do Capítulo “Das Funções Essenciais à Justiça” e do Título IV “Da Organização dos Poderes”, passando a locar sua previsão em uma seção própria, qual seja, a Seção IV, deixando indene de dúvida que o constituinte derivado pretendeu sepultar o ultrapassado entendimento de que os Defensores seriam advogados, firmando, de uma vez por todas, sua condição de agente político de transformação social.

47 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 356 e 357.

48 GARCIA, José Augusto. O Destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: Ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 1322/09) a visão individualista a respeito da instituição? *Revista de Direito da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro*, n. 25, ano 2012, p. 202 e 204.

Além disso, deu nova redação ao artigo 134 da CF/88, o qual passou a conter a seguinte redação:

Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe**, como expressão e instrumento do regime democrático, **fundamentalmente**, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (grifei)

Em linha de princípio cabe ressaltar que a disposição constitucional acerca das funções institucionais da Defensoria Pública utilizou a expressão “*incumbindo-lhe (...), **fundamentalmente**, (...)*”. Ora, poderia o constituinte ter engendrado a expressão “*incumbindo-lhe (...), **exclusivamente**, (...)*”. Se não o fez, foi porque desejou que as incumbências tratadas no art. 134 fossem meramente exemplificativas.

Assim, não há óbice para que lei infraconstitucional amplie o rol da atuação da Defensoria Pública, a qual não fica adstrita apenas a atuação em favor dos necessitados apenas do ponto de vista econômico. Não há outra interpretação possível, sob pena de violação da vontade da própria Constituição.

Firmada esta premissa, diga-se que a Defensoria Pública foi alçada ao patamar de instituição de *promoção de direitos humanos*. Nesta seara, não se pode delimitar sua atuação apenas em favor de violações em face de pobres e miseráveis. O valor da vida é caro para todo e qualquer cidadão, não se podendo fazer distinções absurdas para impedir a atuação da Defensoria Pública. Tal atuação será legítima sempre que intentar conter o vilipêndio aos direitos inerentes à pessoa humana, independentemente de classe social das vítimas do abjeto ataque.

Assim, por exemplo, se o Estado, através da Polícia Militar, ao argumento de restabelecer a paz e a segurança no bairro, resolve submeter todos os moradores de Copacabana a uma revista pessoal arbitrária e vexatória, a Defensoria Pública poderá intervir tanto em favor dos moradores residentes no “asfalto” quanto dos que moram nas favelas. Neste exemplo, diante da força estatal descomunal, todas as vítimas serão consideradas socialmente vulneráveis, justificando-se a atuação da instituição.

Diga-se, ainda, que a expressão “*promover direitos humanos*” depõe que a atuação da Defensoria vai muito além da deflagração de demandas ou de defesa processual dos vulneráveis. Promover direitos inclui também educação em direitos humanos.

A Defensoria pode, portanto, exercer o papel de difusora dos direitos humanos. A importância desta atuação é de cristalina vidência, na medida em que somente ciente de seus direitos é que o cidadão pode reivindicá-los e torná-los efetivos.

Conforme sentenciou Bobbio, “*o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los*”.⁴⁹ Assim, é que temos solenes declarações de direitos, porém sempre relegadas ao campo literário. O desafio de sempre – mesmo após concretizadas as fases da positividade, generalização, internacionalização e especificação destes direitos – foi o de tornar estes direitos efetivos.

Pois bem, presenciamos no Brasil um grande e histórico passo. Finalmente uma grande instituição, verdadeiramente vocacionada para lutar e fazer uso das ferramentas jurídicas disponíveis para garanti-los, entra em cena como protagonista deste honroso labor.

Forjou-se, portanto, uma instituição de suma importância jurídico-constitucional e político-social, verdadeiramente qualificada como instrumento singular de concretização dos direitos inerentes à pessoa humana no Brasil.

49 BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 25.

4. CONCLUSÃO

Os direitos do homem não foram afirmados e constituídos de forma abrupta e instantânea. Ao contrário, resultam de uma evolução histórica e foram constituídos conforme a experiência humana de viver em sociedade.

Desde a Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média, até chegar à Idade Moderna, o que se observou foram movimentos os quais nitidamente tinham o objetivo de conter o arbítrio estatal, consagrando uma dimensão puramente subjetiva de direitos fundamentais, na medida em que delimitava apenas as pretensões individuais exigíveis do Estado.

A evolução da sociedade consagrou, no século XVIII, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, fundando, assim, o que se designou chamar de Estado Liberal.

Não obstante, nesta sociedade pós-moderna, marcada pela avalanche de inovações tecnológicas e pelo desmedido apelo consumista, caracterizada pelo individualismo extremo e materialismo notável, exsurge o desafio de se proteger a pessoa humana destes poderes sociais não estatais.

Para se fazer frente a esta nova realidade social, urge a necessidade de prestigiar a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais, com o fito de conter o poder opressor provindo de agentes privados, como, por exemplo, o mercado, a sociedade civil, as empresas etc.

Portanto, a ascensão da Defensoria Pública, através da Emenda Constitucional n. 80 de 2014, como instituição *promotora de direitos humanos*, é medida não só histórica mas de grande acerto do legislador constituinte derivado.

Seja na linha de proteção relativa às relações entre cidadão e Estado; seja na senda dos tratos privados, que também podem en-

cerrar ataques à dignidade da pessoa humana, a Defensoria Pública é sem dúvida alguma a instituição que se encontra mais próxima dos que estão em situação de vulnerabilidade e que, portanto, suportam as maiores e mais graves violações de direitos.

Não há outra instituição com tamanha percepção da realidade e que possa atuar como valioso termômetro social. Seu fortalecimento significa, em verdade, maior fiscalização e cobrança da correta aplicação das leis, o que, decerto, contribuirá para a melhora dos indicadores sociais e, conseqüentemente, numa maior e mais efetiva proteção dos direitos humanos.

5. REFERÊNCIAS

5.1. LIVROS E ARTIGOS JURÍDICOS

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

BAUMAN, Zygmunt; tradução Carlos Alberto Medeiros. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: 2010.

DUFOUR, Dany-Robert. *O Divino Mercado – A Revolução Cultural Liberal*. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GARCIA, José Augusto. O Destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: Ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 1322/09) a visão individualista a respeito da instituição? **Revista de Direito da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro**, n. 25, ano 2012, p. 202 e 204.

GUERRA, Willis. **Filosofia – Uma Introdução**. Teresópolis: Daimon Editora, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)**. São Paulo: Editora Juarez, 2000.

MÍGUEZ BONINO, J. **Ama y haz lo que quieras: hacia una ética del hombre nuevo**. Buenos Aires: Escatón: La Aurora, 1973.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

PEIXINHO, Manuel Messias. **As Teorias e Métodos Aplicados aos Direitos Fundamentais – Doutrina e Jurisprudência do STF e STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **As Contribuições da Revolução Francesa para a Construção de uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=39dd987a9d27f104>> (acesso em 23 de julho de 2014)

_____. **Contributos Históricos do Direito Inglês para a Construção de uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a8a812400df8963>> (acesso em 23 de julho de 2014)

RIEYRIE, Charles C. **A Bíblia anotada: edição expandida**. São Paulo: Mundo Cristão; Sociedade Bíblica do Brasil, 2007.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública – Fundamentos, Organização e Funcionamento**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

RUBIO, Valle Labrada. **Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948**. Madrid: Civitas, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Jurídica, 2006.

5.2. SITES CONSULTADOS

<<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo385.htm#-transcricao1>>. Acesso em 23 de julho de 2014.

<http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/>. Acesso em 23 de julho de 2014.

<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>>. Acesso em 23 de julho de 2014.

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=39dd987a9d27f104>>. Acesso em 23 de julho de 2014.

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a8a812400df8963>>. Acesso em 23 de julho de 2014.

DOGMAS ACUSATÓRIOS EM UMA DEMOCRACIA (IN)CONSTITUCIONAL: A METAGARANTIA DA DEFESA PÚBLICA E O COMBATE À CULTURA CORPORATIVISTA DO MEDO

FERNANDA MAMBRINI RUDOLFO¹

¹ Defensora Pública do estado de Santa Catarina. Diretora-presidente da Escola Superior da Defensoria Pública de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela EPAMPSC em parceria com a Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar os vícios de que padece o processo penal brasileiro, pautado em dogmas acusatórios e gerido pela cultura do medo. Aponta-se, assim, a importância da atuação dos Defensores Públicos no combate a tais violações, de modo a assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Processo Penal, Sistema Acusatório, Direitos e Garantias Fundamentais, Paridade de Armas.

A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político. Assim inicia a Carta Magna brasileira (artigo 1º).

No entanto, não é necessário ser um estudioso das ciências jurídicas para perceber que, na prática, tais fundamentos não são exatamente os pilares sobre os quais se ergue o Estado.

Há uma redução progressiva do Estado Social, o que faz aumentar a atuação do Estado Penal, ou seja, punitivo, sob o falacioso argumento da existência de uma classe perigosa, responsável pela insegurança.

Trata-se de um estereótipo do “mau delinquente”, aquele que não consome, não possui bens materiais e é responsável pelo medo de toda a sociedade, em oposição ao “bom delinquente”, para o qual a aplicação de pena privativa de liberdade caracterizaria um contágio.

A violência institucional, desta maneira, não só ainda existe, como é considerada necessária à manutenção da (pseudo)segurança.

Sobre o tema, interessa destacar a relevância que se dá à atividade policial, veja-se:

As consequências são impressionantes para a sociedade brasileira. Este processo de transição sedimentou culturas sociais intimamente ligadas à violência institucional em praticamente todos os setores da sociedade brasileira. Estritamente no plano judiciário penal conceitos e práticas vividos no seio do regime de exceção são vivenciados ainda hoje. Um bom exemplo disso é a importância crucial que se dá pela doutrina e pela jurisprudência à investigação criminal em detrimento do exercício da ação penal. Os repertórios jurisprudenciais e a dogmática processual estão permeados de exemplos nesse sentido e ainda hoje a incrementação

da atividade policial basicamente sem controle e autossuficiente é refletida na produção legislativa. Tais circunstâncias, ainda que presentes em outras sociedades, são particularmente nefastas na sociedade brasileira, que ainda não experimentou largos momentos de democracia e que vê na cultura policial a verdadeira razão de ser da jurisdição penal.²

No mesmo sentido:

No entanto, uma delas pode ser evidenciada, a saber, o profundo enraizamento dos valores culturais no âmbito jurídico-penal (para restringir o enfoque) fundamentados no último regime militar e que são sentidos na prática forense quotidianamente. Alvo fácil desta constatação é o valor jurisprudencial (e acadêmico!) que ainda se dá à principal modalidade de investigação criminal no Brasil, o inquérito policial e, em particular, a alguns atos, como o interrogatório. Pouquíssimo se avança do ponto de vista dogmático e jurisprudencial no sentido de dar à investigação a dimensão correta de sua existência. Pode-se reafirmar, neste ponto, que a ação penal continua sendo um apêndice da investigação, como já o fizemos anteriormente.³

Não obstante seja uma solução simplista, que perpetua a estrutura social e faz aumentar o desrespeito aos direitos fundamentais (em patente contrariedade aos fundamentos supratranscritos), é plenamente aceita, não só pela classe dominante.

2 CHOUKR, Fauzi Hassan. Reconstrução democrática e o papel do sistema penal: análise do processo histórico-jurídico brasileiro – I. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: DPGE, 2012, p. 297.

3 CHOUKR, Fauzi Hassan. Reconstrução democrática e o papel do sistema penal: análise do processo histórico-jurídico brasileiro – I. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: DPGE, 2012, p. 301.

É fácil convencer até mesmo aqueles que têm seus direitos violados com a perpetuação desse sistema ignóbil de que a punição desenfreada dos delitos “maus” é necessária para assegurar a paz social. O discurso de quem sustenta essa necessidade é desprovido de qualquer demonstração de eficácia, tendo em vista que há anos se aplica a doutrina punitivista sem se vislumbrar uma melhora, mas é aceito. Isso porque os cidadãos são tão carentes de qualquer prestação estatal que, em geral, aceitam aquilo que lhes é oferecido.

Como decorrência lógica dessa necessidade de punição (seja sob o argumento de prevenção, retribuição ou ressocialização), tem-se a fácil tarefa de realizar a acusação penal.

Em um mundo – talvez – utópico, a acusação deveria comprovar todas as suas alegações, além de demonstrar a necessidade de intervenção estatal, ou seja, de aplicação do Direito Penal.

Não se pretende aqui discorrer sobre tipicidade material, tipicidade conglobante ou teoria da imputação objetiva, nem mesmo sobre conceito e validade das provas, dentre tantos outros pontos que devem ser corrigidos no processo criminal brasileiro. Isso demandaria muito mais páginas do que se dispõe.

Pretende-se, todavia, apontar a necessidade de a acusação exercer sua função de maneira adequada, em respeito à legislação penal e processual penal e, acima de tudo, à Constituição da República.

Lamentavelmente, o que se vê na prática é a transformação de um exercício árduo – a acusação – em uma tarefa fácil, quase automática, pautada na cultura do medo que é imposta, e acolhida de forma praticamente incontestável pelos magistrados.

Há uma presunção de legitimidade do Ministério Público, decorrente também da confusão entre seu papel como fiscal da lei e o de órgão de acusação, o que demonstra a existência de ranços do processo penal inquisitivo, em total afronta às disposições constitucionais.

Compete, pois, à Defensoria Pública, combater esses males, defendendo os direitos fundamentais de todos os cidadãos, não apenas

das “pessoas de bem”, escolhidas ao bel-prazer de quem representa a classe dominante.

Nas palavras dos Defensores Públicos Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves:

Como função essencial à justiça, a Defensoria Pública possui a irrenunciável incumbência de garantir a perpetuidade da democracia e a continuidade da ordem jurídica, afastando a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder.⁴

Defensores Públicos não exercem atividade de natureza caritativa ou paternalista, mas são agentes de transformação social, que lutam pela efetivação de direitos e pelo acesso à justiça. Os membros da Defensoria Pública exercem função de interesse eminentemente social, em defesa do bem-estar coletivo (compreendido como objetivo do Estado Democrático de Direito, em contraposição à ideia de bem-estar social que será adiante abordada e rechaçada).

A Defensoria Pública exerce o papel de garante dos direitos dos cidadãos em regra desamparados, garantia esta essencial à própria caracterização de um Estado Social. O Defensor Público não existe apenas para compor formalmente o polo passivo da ação penal, mas para lutar pela efetiva realização dos direitos dos acusados, assim como os de quaisquer cidadãos.

Toda pessoa tem direito a ter direitos, o que, nas palavras do ministro Celso de Mello, em sua homenagem aos Defensores Públicos pela passagem de seu dia (19 de maio), *é uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades.*

⁴ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 319.

O Defensor Público é, pois, capaz de transformar a sociedade, seja pela educação em direitos, pela conscientização dos marginalizados ou pela prática de atos processuais que combatam o *status quo* de antecipação da pena e de segregação socioeconômica.

Sobre o tema:

Desse modo, na leitura althusseriana, o Defensor Público, como sujeito dotado de uma consciência, que acredita nos seus ideais, ao conscientizar os excluídos sobre sua realidade, certamente está praticando atos materiais capazes de transformar as questões sociais relevantes. Sua omissão contribuiria para a acomodação e o conservadorismo.⁵

A Defensoria Pública é expressão e instrumento do regime democrático, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos (artigo 134 da Constituição da República).

Seus objetivos (expressa, mas não exaustivamente, previstos no artigo 3º-A da Lei Complementar federal n. 80/94) são (a) a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, (b) a afirmação do Estado Democrático de Direito, (c) a prevalência e efetividade dos direitos humanos e (d) a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Não haveria sequer a necessidade de se detalhar de tal forma os objetivos, tendo em vista que todos fazem parte da própria *afirmação do Estado Democrático de Direito*, do qual a Defensoria Pública é instrumento. De todo modo, a previsão expressa visa justamente a demonstrar a necessidade de os membros da Instituição combaterem o colapso do sistema penal e o desrespeito à igualdade, aos direitos humanos e ao próprio direito de defesa.

5 GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. A concepção do Defensor Público segundo a sociologia. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: DPGE, 2012, p. 19.

O contraditório e a ampla defesa – compreendidos de modo a efetivar os direitos fundamentais, não apenas legitimar uma condenação – são também um instrumento para se buscar a igualdade social, buscando o equilíbrio.

Nesse diapasão:

Nesse ponto, a atuação jurídico-assistencial da Defensoria Pública funciona como elemento equilibrador do *status* social no processo garantindo aos deserdados de fortuna a mesma oportunidade de influir na formação da decisão judicial. Por essa razão, ao cumprir o objetivo preconizado pelo art. 3º-A, IV, da LC n. 80/94, a Defensoria Pública preserva e garante a realização processual do princípio da isonomia.⁶

Não há equilíbrio, no entanto, quando se validam atos praticados durante a fase policial, quando se consideram como provas documentais quaisquer documentos juntados ao processo pelo Ministério Público, quando se admite a falácia da “parte imparcial” como argumento de autoridade.

A acusação frequentemente se vale da sua função como fiscal da lei (em outros procedimentos) para se apresentar como representante de toda a sociedade, de um desejo coletivo (veja-se a semelhança com o bem-estar coletivo do qual se tratará adiante), de uma noção geral de justiça, fundamentando, assim, a necessidade de reconhecer a validade e a veracidade de suas afirmações.

Não se exige qualquer estudo aprofundado das ciências jurídicas para que se compreenda que uma “parte” não pode ser, ao mesmo tempo, imparcial. Se atuar como fiscal da lei, acompanhando o processo e sua adequação ao ordenamento jurídico, não pode figurar como parte, por conseguinte. Alguém que pede (requer,

⁶ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 322.

postula), opina (manifesta-se) e ainda define se está correto ou não (atua como fiscal da lei), pautando-se em uma “corretude acusatória”, aproxima-se de um Oráculo (figura ainda inexistente no ordenamento jurídico brasileiro...)!

Sobre o tema:

A posição do Ministério Público de “parte imparcial” desvela uma situação institucionalmente esquizofrênica que se irradia para todos os órgãos que compõem sua estrutura. [...] É a confusão corolário do tratamento de promotor como magistrado.⁷

Em decorrência dessa figura esdrúxula, em associação à cultura do medo e da estagnação social, verifica-se a confusão entre órgão de acusação e órgão julgador. Isso ocorre de duas formas: (a) aos promotores de justiça se conferem poderes além dos admissíveis em um processo penal paritário e (b) os próprios magistrados passam a agir durante a instrução como se exercessem a acusação.

No que concerne ao necessário e desrespeitado distanciamento do juiz com relação às partes, leciona o magistrado catarinense Dr. Alexandre Morais da Rosa:

A separação das funções do juiz em relação aos jogadores se mostra como exigida pelo “princípio da acusação”, não podendo se confundir as figuras, sob pena de violação da *garantia da igualdade de armas*. Deve haver paridade entre os jogadores, violentada flagrantemente pela aceitação dessa confusão entre acusação e órgão jurisdicional, a saber, é vedada qualquer iniciativa probatória do julgador. Entendida nesse sentido,

7 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O GATE do Ministério Público do Rio de Janeiro e a perversão probatória. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 22, n. 258, maio/2014, p. 11.

a garantia da separação representa, de um lado, condição essencial do distanciamento do juiz em relação aos jogadores, a qual é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, pressuposto da função da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais da jurisdição.⁸

A conduta a ser adotada pelo magistrado é de extrema relevância, devendo resistir à histórica tentação de acusar e julgar.

Nesse sentido:

Aliás, e aqui quero gritar com toda força dos meus pulmões que na nossa realidade não há como omitir a responsabilidade (mais educadamente: a atuação) dos juízes pelo número insuportável de pessoas que se encontram aprisionadas. Muito se tem denunciado o Poder Executivo pelo excesso de pessoas nas celas prisionais – o que é sim correto chamar atenção pela sua incompetência em gerir os cárceres. No entanto, pouco ou quase nada há de denúncias colocando ao crivo da opinião pública uma verdade agressiva: há população carcerária em terrível excesso sim, mas quem determinou a ida de tais pessoas para lá ou não determinou a sua soltura no momento devido foram os juízes, e, às vezes, por mais irracional que possa parecer, **de ofício** – em pleno século XXI tem-se uma asquerosa relação de incesto entre acusador e julgador.⁹

8 ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 52.

9 CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 138.

A defesa dos direitos fundamentais, exaustivamente realizada pelos Defensores Públicos, é com frequência vista como algo protetivo à criminalidade, em contraposição à atuação do Ministério Público, que defenderia a sociedade. Não se enxerga que em verdade se trata de garantir o próprio Estado Democrático de Direito, combatendo todo e qualquer tipo de violação, sem se escolher quem é “merecedor” de tal proteção.

Que interesse tem a sociedade em punir um inocente? O que ganham os cidadãos quando se violam direitos fundamentais de seus iguais sob o pretexto de proteção da sociedade?

Nenhum sistema criminal existe apartado de um contexto político-econômico e, na situação brasileira, a escolha política que se verifica é a do encarceramento em massa, conveniente para a classe detentora do poder (político, econômico e social).

O processo de guetificação é confortável e favorece o extermínio, ainda mais interessante para a classe que exerce o poder. O Direito Penal, no Brasil, veio realizar essa função, veja-se:

A partir da análise histórica da atuação do sistema penal brasileiro, permite-se afirmar que, em *terrae brasilis*, o braço punitivo do Estado sempre esteve a favor dos interesses das hegemonias conservadoras. Para impor a “ordem” necessária ao “progresso”, o Direito Penal brasileiro sempre foi considerado um importante instrumento para a gestão e o disciplinamento das classes populares.¹⁰

Como se pretende deixar claro, esse é um sistema que, além de não funcionar (alguém é capaz de constatar alguma melhoria na qualidade de vida da população decorrente da segregação da classe

10 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O Brasil e a criminalização da pobreza: a imposição do medo como instrumento de controle social e de desrespeito à dignidade humana. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*, v. 1. Salvador/BA: Juspodivm, 2014, p. 422.

“criminosa?”), é absolutamente inconstitucional. Deve, portanto, ser combatido por todos aqueles que exercem papéis no sistema de justiça.

O sistema punitivo brasileiro prossegue no combate aos inimigos que foram estabelecidos. A ideia de seleção de inimigos, de separação entre cidadãos e seres que não merecem ter direitos, não é recente.

Sobre a ideia de “inimigo no direito penal”, extrai-se da obra homônima de Eugenio Raúl Zaffaroni:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *peessoas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.¹¹

O sistema punitivo brasileiro, assim, não difere dos demais, insistindo em combater as classes subalternas como responsáveis por todos os problemas sociais.

Nesse sentido:

E é exatamente neste ponto que a dimensão desumana da atuação do sistema punitivo brasileiro: ele busca inspirar a confiança dos setores hegemônicos da sociedade, e, para isso, se rearma na “luta” contra seu alvo preferencial histórico, representado pelas classes subalternas, cujos contingentes crescem assustadoramente

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

diante do avanço do neoliberalismo e da precarização das condições sociais decorrentes de um modelo de Estado cada vez mais cauíla em termos de bem-estar social.¹²

Não se pode afirmar, no entanto, que o fato de sempre ter havido cidadãos “diferenciados” para efeito de punição justifique a aceitação de um sistema incompatível com os preceitos constitucionais.

Sem qualquer pretensão de aprofundamento, é necessário ao menos mencionar (a) o patrimonialismo que norteia a definição dos crimes no Brasil, (b) a violência que decorre justamente da negação do exercício de poder e (c) a ineficácia do modelo prisional. Passa-se a uma brevíssima abordagem de cada um dos itens, diante de sua relevância para compreender o que se busca combater.

a) O agente que comete um furto em coautoria, ou seja, em concurso de pessoas, será processado e eventualmente condenado por furto qualificado, cuja pena mínima é de 3 (três) anos. Isso sem qualquer tipo de violência ou ameaça.

Por outro lado, aquele que agredir outrem, causando-lhe, por exemplo, um aborto, responderá pelo crime de lesões corporais gravíssimas, cuja pena mínima é de 2 (dois) anos.

Devidamente comprovado o paradoxo patrimonialista do Código Penal Brasileiro e, portanto, o desejo institucionalizado de manter o abismo social já existente, parta-se ao tópico seguinte.

b) Apropriando-se das noções expostas por Hannah Arendt, é necessário reconhecer que poder e violência são opostos e, portanto, não podem coexistir. *O poder não precisa de justificação, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; o de que realmente precisa é legitimidade*¹³. Não pode, pois, o Estado desejar exercer o poder sobre aqueles que pretende dominar violentamente, ou seja, sem a legitimidade necessária.

12 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O Brasil e a criminalização da pobreza: a imposição do medo como instrumento de controle social e de desrespeito à dignidade humana. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*, v. 1. Salvador/BA: Juspodivm, 2014, p. 436.

13 ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 69.

Ademais, a diminuição progressiva do poder das classes menos favorecidas, caracterizada pelo evidente cerceamento de seus direitos, incita a violência. A respeito do assunto:

Mais uma vez, não sabemos aonde esses desenvolvimentos podem nos conduzir, mas sabemos, ou deveríamos saber, que cada diminuição no poder é um convite à violência – pelo menos porque aqueles que detêm o poder e o sentem escapar de suas mãos, sejam eles os governantes, sejam os governados, têm sempre achado difícil resistir à tentativa de substituí-lo pela violência.¹⁴

A vontade incessantemente demonstrada pelos Estados de punir os “indesejados”, sejam quais forem – estrangeiros, bruxas, comunistas, terroristas, pobres, traficantes –, só pode ter como resultado um desejo de retomar o poder tolhido, exercendo os direitos a que deveriam ter direito. A violência é, por vezes, o caminho encontrado para tanto.

c) Por fim, de forma muito mais concisa do que o devido, mas que se entende adequada aos fins a que este texto se propõe, uma crítica ao sistema prisional. Sobre o tema (internamento), transcrevem-se ensinamentos de Michel Foucault:

[...] A ideia de que a prisão seria em si uma punição foi totalmente estranha à Idade Média, e as práticas desse gênero não existiam nessa sociedade. Foi somente quando o capitalismo iniciante encontrou-se confrontado com novos problemas, sobretudo com o da mão de obra, o dos desempregados, e quando as sociedades do século XVII conheceram grandes insurreições populares, na França, na Alemanha, na Inglaterra tam-

14 ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 108.

bém etc., foi somente nesse momento que se recorreu ao internamento. Por quê?

Porque o velho método de repressão das insurreições não parecia mais apropriado.

[...] Isso acarretava conseqüências demográficas e econômicas, pois quem era internado? Os vagabundos, as pessoas sem trabalho nem domicílio fixo. Para escapar ao internamento, era preciso exercer uma profissão, aceitar um trabalho assalariado, ainda que mal pago. Conseqüentemente, os salários mais baixos eram estabilizados pela ameaça de internamento. É evidente que as conseqüências políticas e sociais foram importantes, pois podiam-se assim eliminar todos aqueles que eram considerados agitadores. Portanto, uma solução extraordinariamente elegante, se é que podemos falar de elegância nesse domínio, um remédio miraculoso no período do capitalismo nascente.¹⁵

Ademais, os gastos decorrentes da manutenção dos estabelecimentos e os altos índices de reincidência decorrentes da ausência de qualquer ressocialização corroboram a tese de inefetividade do sistema prisional, chegando ao ponto de se aventar a danosidade do modelo.

Muito embora não seja a oportunidade para discorrer sobre tais temas, entendem-se essenciais à compreensão do processo penal, da maneira como é praticado, como segregador e violador de direitos e garantias fundamentais, o que deve ser combatido energicamente pelos Defensores Públicos.

No tocante à gritante distinção entre o que dispõe a legislação adjetiva penal, pautada pelos princípios constitucionais, e a realidade forense, destaca-se:

15 FOUCAULT, Michel. *Problematização do sujeito: Psicologia, psiquiatria e psicanálise*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 286-287.

Os estudos advindos da área da sociologia jurídica e da criminologia apontam, como resultado de suas investigações, que a dogmática processual penal, assim como sua matriz originária (dogmática jurídica), não fornece instrumentos suficientes para minimizar o abismo existente entre normatividade e realidade social. [...] No entanto, esse efeito perverso da dogmática processual, revelador de parte de sua extensa crise, não pode legitimar uma atitude cética que levaria inexoravelmente a abdicar do direito.¹⁶

Todos os que figuram no processo penal têm, portanto, a responsabilidade de mudar esse cenário, zelando pela efetivação de todas as garantias, mesmo que consubstanciadas em formalidades.

É evidente que os Poderes Legislativo e Executivo devem respeitar os princípios constitucionais no exercício de suas atividades (evitando, por exemplo, a promulgação de leis que prevejam a produção unilateral de provas ou a admissão de estabelecimentos prisionais superlotados). Entretanto, a verdadeira mudança está nas mãos dos Defensores Públicos.

Isso porque os membros do Ministério Público, apesar de seu vasto conhecimento jurídico, ainda apresentam uma visão hierarquizada das partes no processo penal, salvo louváveis exceções. Os magistrados, do mesmo modo, continuam a admitir um trâmite processual em que a acusação ocupa papel de evidente destaque.

Não se cuida de fazer uma crítica desmedida a promotores de Justiça e magistrados, que também são resultado da cultura acusatória e punitivista estatal. A própria educação formal jurídica costuma ser voltada a um público que se beneficia – mesmo sem perceber e, portanto, sem admitir – da segregação. Sem qualquer interesse em se promover um senso crítico que possa alterar o cenário político-econômico, formam-se acusadores e juízes que perpetuam o processo penal inquisitivo mascarado de acusatório.

16 CARVALHO, Salo. As presunções no direito processual penal (estudo preliminar do 'estado de flagrância' na legislação brasileira). In: *Processo penal: leituras constitucionais*. Org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 201-202.

A respeito da formação jurídica exclusivamente dogmática, interessa destacar:

Como consequência desse modelo de ensino, após o término do período discente, tais alunos iniciam a vida profissional escorados em uma concepção hermética e legalista dos institutos repressores. Passam a aplicar a lei penal sem se dar conta do choque de realidade que provocarão – especialmente sob a óptica daqueles aos quais a norma penal se destina –, tampouco das consequências socialmente danosas provocadas em prol da tal “ressocialização” ensinada e repetida nas faculdades, geralmente por pessoas de formação exclusivamente dogmático-jurídica e que não possuem qualquer vivência empírica relacionada ao sistema prisional.¹⁷

A defesa, amplamente compreendida, deve combater essas mazelas do sistema criminal. Contudo, os advogados particulares, não obstante exerçam função de extrema relevância, com muita combatividade e precisão, defendem interesses privados, mantendo vínculos particulares com seus clientes.

Daí a importância da Defensoria Pública, instituição com o mesmo *status* constitucional do Ministério Público e da Magistratura (o que apenas ficou mais evidente com a Emenda Constitucional n. 80/14), na luta contra as aberrações processuais e contra o abismo social decorrente do próprio poder punitivo estatal.

O discurso jurídico-penal está permeado por falsidades, muitas delas decorrentes da apropriação do determinismo lombrosiano, que se verifica até hoje no Brasil. O Defensor Público tem o dever de resistir a esse estado de dominação, opressor e injusto.

17 SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. O Defensor Público e a criminologia: da “desalienação” à resistência. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*, v. 1. Salvador/BA: Juspodivm, 2014, p. 380.

Não se pode admitir que a defesa de direitos e garantias fundamentais ainda seja vista como apoio ao crime e à desordem. A *contrario sensu*, em defesa do “bem-estar do povo”, de acordo com esse entendimento, permitir-se-ia a violação ou a supressão do direito de defesa.

Apenas para consagrar a natureza absurda dessa teoria (amplamente difundida, lamenta-se), importa fazer breve leitura de texto elaborado em 1939, no auge do “Estado” nazista:

A separação entre lei e moral, um axioma do período do capitalismo competitivo, **foi substituída por uma convicção moral** imediatamente derivada da “consciência do povo” (Volksgewissen), uma das designações mais frequentemente usadas pela nova técnica de dominação. A “consciência do povo” foi introduzida no direito penal através da formulação de concepções como o “**bem-estar do povo**” e “sentimento nacional saudável” como parâmetros normativos oficiais. Esse processo ajudou consideravelmente a limitar a liberdade de decisão dos juízes, de quem se espera que siga a vontade do grupo politicamente dominante ao interpretar essas concepções. **A influência da acusação, sempre latente no processo criminal alemão, foi fortalecida pela legislação em detrimento do poder do juiz e, especialmente, da defesa.**¹⁸ (grifou-se)

É incrível que todos assistam a filmes que se passam durante a Segunda Guerra Mundial e se mostrem aterrorizados com as atrocidades cometidas: condenação em virtude da etnia, punição sem defesa, segregação dos “inconvenientes”. Incrível, porque o mesmo ocorre hoje, diante dos olhos de todos aqueles que desejem ver além de programas televisivos sensacionalistas.

Bastante comum a sonegação de formalidades, sob o argumento de que se trata de mera burocracia, “facilitando-se” eventual

18 KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, George. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 244-225.

condenação. É o caso de reconhecimentos, de buscas e apreensões, da permissão de que a defesa participe da produção de toda prova, não apenas se manifestando posteriormente.

Afirma-se, no cotidiano jurídico, que tais violações não interferem no resultado e, ainda, que a defesa pode manifestar-se a respeito de todos os documentos juntados (com o inacreditável valor de prova documental conferido pelos magistrados), exercendo, pois, o contraditório.

No entanto, trata-se de total desrespeito ao direito de defesa, veja-se:

Hoje, entende-se que o contraditório é o espaço procedimentalizado que garante, em simétrica paridade, a participação dos afetados na construção do provimento, noção que supera em muito o clássico binômio necessidade de informação e possibilidade de reação. A partir dessa estrutura, o contraditório apresenta duas características principiológicas: a influência e a não surpresa. A influência significa a prerrogativa de a parte ver consideradas (a favor ou contrariamente) na decisão os argumentos que desenvolveu a propósito do caso reconstruído no processo. Já a não surpresa impede que a decisão contenha justificativas para cuja elaboração a parte não concorreu.¹⁹

Há situações ainda mais absurdas, em que se justifica a violação aos direitos constitucionalmente assegurados (admitindo-se até mesmo a tortura!) por ser o réu “culpado” ou por não ser uma “pessoa de bem”, sendo que o Ministério Público defenderia a sociedade formada por “pessoas de bem”.

Será também o Oráculo responsável por definir quem seria classificado dessa maneira? Pois a Carta Magna não faz qualquer distinção e também não permite que ninguém o faça.

19 BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais: estudo introdutório sobre elementos democráticos. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*, v. 2. Salvador/BA: Juspodivm, 2014, p. 695.

Aliás, a dignidade humana é o que permite, inclusive, que determinada pessoa decida descumprir determinada norma (considerando-se, então, criminoso).

Sobre o assunto:

La Dignidad del hombre radica: a) en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir. Ello, por ser un ser éticamente libre; b) en su sociabilidad, la capacidad de libre vinculación al orden ético social de la comunidad.

Esta Dignidad corresponde, de modo igual, a todos los hombres, tanto aquel que consideramos respetuoso de la ley, como aquel que decidiera apartarse por completo de la comunidad, vivir al margen de la sociedad, e incluso, oponerse frontalmente al orden de la misma. No existe razón para negar que una decisión semejante no sea expresión de un hombre éticamente libre. Estos sujetos “disidentes, a-funcionales” deben también ser reconocidos como personas responsables y ser tratadas como tales, es decir, de acuerdo a su intrínseca dignidad humana.²⁰

É extremamente difícil lutar contra esse que se julga o “estado da arte” do processo criminal, mas é função inarredável do Defensor Público. Evidente que haverá resistência, especialmente por parte daqueles cujo “poder” se está questionando (e, voltando às lições de Hannah Arendt, verificam-se várias manifestações violentas no procedimento penal).

Contudo, nenhuma limitação de direitos pode ser admitida sem que se limitem todos os direitos ao se permitir simplesmente que ocorra algum tipo de violação.

20 CERVINI, Raúl. El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: DPG, 2012, p. 96.

Nesse sentido:

O senso comum mais elementar indica que *a limitação dos direitos de todos os cidadãos para conter o poder punitivo que se exerce sobre esses mesmos cidadãos não pode ser eficaz*. A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo *cool* no mundo, entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos *ab initio* quem são essas pessoas.²¹

Ninguém exerce o cargo de Defensor Público para obter *status* social ou ampliar sua rede de amizades, pois, de todas as carreiras jurídicas, é aquela que luta contra o sistema imposto, um sistema conveniente para a maior parte dos personagens dessa história.

O objetivo é, contudo, o de fazer valer os direitos inscritos na Constituição da República, prestando o melhor serviço possível e buscando adequar a realidade aos ensinamentos mais garantistas.

Sobre o tema:

Nada é capaz de tirar da nossa mente, portanto, que a qualidade do serviço público de assistência jurídica integral e gratuita é o que seguramente constitui a maior arma da defesa para fazer frente ao arbítrio que desrespeita, e muitas vezes até humilha, os necessitados submetidos a processos criminais.²²

À luz de todo o exposto, correndo o risco de ter feito considerações simplistas sobre assuntos deveras complexos sob o argumento de introduzir determinadas discussões, conclui-se que a Defensoria

21 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 189.

22 ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A independência funcional na defesa pública criminal: o pedido de absolvição é sempre obrigatório? In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*, v. 1. Salvador/BA: Juspodivm, 2014, p. 465.

Pública, que se expande a passos largos e que se fortalece a cada conquista – processual ou legislativa –, tem o dever de destruir os dogmas acusatórios e as práticas violadoras da isonomia, com o objetivo de dar efetividade aos direitos dos cidadãos e defender o próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais: estudo introdutório sobre elementos democráticos. In: **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, v. 2. Salvador/BA: Juspodivm, 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo. As presunções no direito processual penal (estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira). In: **Processo penal: leituras constitucionais**. Org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CERVINI, Raúl. El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. In: **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: DPGE, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Reconstrução democrática e o papel do sistema penal: análise do processo histórico-jurídico brasileiro – I. In: **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: DPGE, 2012.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Problematização do sujeito: Psicologia, psiquiatria e psicanálise**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. A concepção do Defensor Público segundo a sociologia. In: **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: DPGE, 2012.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, George. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O GATE do Ministério Público do Rio de Janeiro e a perversão probatória. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 22, n. 258, maio/2014.

SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. O Defensor Público e a criminologia: da “desalienação” à resistência. In: **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, v. 1. Salvador/BA: Juspodivm, 2014.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O Brasil e a criminalização da pobreza: a imposição do medo como instrumento de controle social e de desrespeito à dignidade humana. In: **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, v. 1. Salvador/BA: Juspodivm, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A independência funcional na defesa pública criminal: o pedido de absolvição é sempre obrigatório? In: **Temas aprofundados da Defensoria Pública**, v. 1. Salvador/BA: Juspodivm, 2014.

A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DOS DIREITOS DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS

JOHNY FERNANDES GIFFONI¹

¹ Defensor Público do estado do Pará de 2ª Entrância. Pós-graduando em Direito da Criança e do Adolescente pela UFPA. Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do estado do Rio de Janeiro. E-mail: defensorpublicogiffoni@yahoo.com.br.

RESUMO

No presente artigo abordaremos o papel da Defensoria Pública diante do regramento Constitucional e a Lei Complementar n. 132 de 2009, a qual alterou a Lei Orgânica da Defensoria Pública, perante a defesa das populações em condição de vulnerabilidade. Trataremos sobre sua definição, identificando um grupo específico entre os vulneráveis, qual seja, as populações indígenas, relacionando essa definição com a ideia de multiculturalismo e pluralismo jurídico. Outro ponto a ser abordado diz respeito ao conceito de cidadania, bem como essa cidadania pós-Constituição de 1988 dialoga com os direitos indígenas. Pretende-se ao fim, elencar os fundamentos de atuação das Defensorias Públicas na defesa dos direitos indígenas, identificando alguns campos de atuação da Defensoria na defesa dos direitos dos indígenas.

PALAVRAS-CHAVE

Defensoria Pública; Vulnerabilidade; Pluralismo Jurídico; Multiculturalismo; Cidadania Diferenciada; Defesa dos Indígenas.

ABSTRACT

In this article we discuss the role of public defender before the Constitutional regramento and Complementary Law 132 of 2009, which amended the Organic Law of the Public Defender, before the defense of the vulnerable populations. Deal about its definition, identifying a specific group among the vulnerable, namely indigenous populations, relating this definition to the idea of multiculturalism and legal pluralism. Another point to be addressed concerns the concept of citizenship and that citizenship after the 1988 Constitution dialogues with indigenous rights. It is intended to end, list the basics of operation of public defenders in defense of indigenous rights, identifying some fields of activity of the Ombudsman in the defense of indigenous rights.

KEYWORDS

Public Defender; Vulnerability; Legal Pluralism; Multiculturalism; Differentiated Citizenship; Defense of Indigenous.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, marco da defesa e garantia dos direitos sociais inovou no ordenamento jurídico, quanto à criação de uma instituição responsável pela orientação jurídica, promoção e defesa dos direitos humanos, judicialmente e extrajudicialmente, em todos os graus de jurisdição, dos direitos individuais e coletivos dos hipossuficientes econômicos e daqueles em situação de vulnerabilidade, sendo a Defensoria Pública, portanto uma expressão e instrumento do regime democrático.

Pretendemos traçar algumas considerações sobre a função da Defensoria Pública na defesa das pessoas em condição de vulnerabilidade, em especial a atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos dos indígenas.

Qual é o papel da Defensoria Pública diante da Constituição de 1988? Quem são as pessoas em condição de vulnerabilidade? Quais os fundamentos teóricos e os marcos jurídicos que fundamentam a atuação do Defensor Público? A Defensoria Pública possui legitimidade para agir na defesa dos direitos dos indígenas? Essas são algumas perguntas que tentaremos responder no presente artigo.

No primeiro capítulo discorreremos sobre as funções da Defensoria Pública frente a Constituição e a Lei Orgânica da instituição, bem como apresentaremos o conceito de vulnerabilidade e suas fundamentações teóricas. Ainda no presente capítulo, discorreremos sobre a passagem da função exclusivamente individual da Defensoria Pública, para sua função no âmbito coletivo, pautada no princípio do “solidarismo jurídico”.

No capítulo seguinte, “Uma contextualização sobre o multiculturalismo e o pluralismo jurídico” traçaremos um conceito sobre o multiculturalismo e sobre o pluralismo jurídico, e como esses conceitos foram reconhecidos pela Constituição Federal brasileira, sendo reconhecidos inclusive pela XIV Cúpula Judicial Ibero-americana, através do documento denominado de “100 regras de Brasília”.

A concepção de multiculturalismo defendida no presente artigo, tendo como ponto de partida a Constituição Federal e as “100 regras de Brasília”, considera-o como uma iniciativa de globalização contra-hegemônica, que consiste em “iniciativas locais-globais de grupos sociais subalternos e dominados no sentido de resistir à opressão e à marginalização produzidas pela globalização econômica”.²

Neste sentido, passamos a discutir no terceiro capítulo o caminho seguido pelo direito no reconhecimento da cidadania dos povos indígenas até a Constituição, a superação do paradigma da assimilação, até o reconhecimento do que denominamos de “cidadania diferenciada” aos indígenas. Analisando ainda os direitos assegurados pela Constituição aos povos indígenas.

Por fim, através de casos concretos de atuação da Defensoria Pública na defesa dos interesses e direitos dos indígenas, na defesa de direitos seja na atuação individualmente ou coletivamente. Buscaremos exemplificar a atuação dos Defensores Públicos, os quais em muitas situações levam em conta o paradigma da solidariedade, aplicando também em sua atuação os conceitos de multiculturalismo e pluralismo jurídico.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DOS VULNERÁVEIS

A Constituição de 1988 foi um marco na garantia dos direitos humanos, determinando, segundo as Defensoras Públicas Amélia Soares da Rocha e Francilene Bessa:

(...) a prioridade programática do Estado e o dota dos instrumentos necessários à sua efetivação através das instituições (que nada mais são que soldados incumbi-

² GHAI, Yash. Globalização, Multiculturalismo e Direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 559.

dos do cumprimento do objetivo estatal que, no caso brasileiro, pode ser sintetizado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, CF, art. 3).³

O direito de “Acesso à Justiça” constitui-se um verdadeiro instrumento, que visa garantir a efetivação dos direitos materiais estabelecidos pela Constituição, sendo, portanto, um dos principais elementos para o processo de democratização das sociedades contemporâneas⁴. Ao reconhecer o direito de “Acesso à Justiça” o Estado brasileiro delegou esta função a órgão próprio, optando pela criação da Defensoria Pública⁵, que tem a missão institucional de propiciar o “Acesso à Justiça” àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência econômica, os quais não se reconhecem, por conta de sua condição de vulnerabilidade ou pobreza como cidadãos⁶.

Segundo art. 134 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 80 de 2014, a Defensoria Pública constitui-se em:

3 ROCHA, Amélia Soares da; BESSA, Francilene Gomes de Brito. Defensoria Pública brasileira: Realidades e perspectivas. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009, p. 26.

4 ROCHA, Amélia Soares da; BESSA, Francilene Gomes de Brito. Defensoria Pública brasileira: Realidades e perspectivas. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

5 Segundo o Defensor Público José Augusto Garcia de Sousa, “(...) a Defensoria, tanto quanto o processo, é um verdadeiro instrumento da Constituição, notadamente de alguns valores fundamentais da nossa ordem jurídica, como a dignidade humana, a igualdade substancial e o acesso à justiça. Se consiste em instrumento, visando ainda por cima à materialização de valores fundamentais, deve funcionar de modo eficiente, adequado e orientado finalisticamente, o que implica atenção a realidades exteriores”. SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/09*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

6 ROCHA, Amélia Soares da; BESSA, Francilene Gomes de Brito. Defensoria Pública brasileira: realidades e perspectivas. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

(...) instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.⁷

Amélia Soares da Rocha define pobreza como sendo, uma condição de “exclusão social”, e geralmente aborda outras facetas fundamentais para além da destituição da renda, tais como: não pertencimento, irrelevância na sociedade, fraca identidade, depressões mentais, carácter discriminatório etc.”⁸, como veremos adiante, em muitas vezes não dotados de “cidadania”.

Quanto à atuação da Defensoria Pública na defesa das pessoas em condição de vulnerabilidade, estando o conceito de pobreza interligado em algum momento ao conceito de vulnerabilidade⁹, encontramos no documento “As 100 regras de Brasília” o norte para a definição das pessoas em condição de vulnerabilidade.

As 100 regras de Brasília, constitui-se em documento consolidado durante a XIV Cúpula Judicial Ibero-americana, realizada em 2008, que teve como tema, “o acesso à Justiça pelas populações vulneráveis”, tendo chamado a atenção para o exercício de direitos voltados a segmentos como crianças, adolescentes, mulheres, encarcerados e indígenas.

7 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de julho de 2014.

8 ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82.

9 O documento das 100 regras de Brasília entende a condição de “pobreza” como sendo um fator que agrava a condição de vulnerabilidade: “(15) A pobreza constitui uma causa de exclusão social, tanto no plano económico como nos planos social e cultural, e pressupõe um sério obstáculo para o acesso à justiça especialmente daquelas pessoas nas quais também concorre alguma outra causa de vulnerabilidade. (16) Promover-se-á a cultura ou alfabetização jurídica das pessoas em situação de pobreza, assim como as condições para melhorar o seu efectivo acesso ao sistema de justiça”. CUMBRE JUDICIAL. **REGRAS DE BRASÍLIA – VERSÃO REDUZIDA: Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade**. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regas-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

Segundo aquele normativo, as 100 regras de Brasília não se destinam apenas:

(...) de bases de reflexão sobre os problemas do acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, mas também recolhem recomendações para os órgãos públicos e para os quais prestam os seus serviços no sistema judicial. Não somente se referem à promoção de políticas públicas que garantam o acesso à justiça destas pessoas, mas também ao trabalho quotidiano de todos os servidores e operadores do sistema judicial e quem intervém de uma ou de outra forma no seu funcionamento.¹⁰

De acordo com os itens 03 e 04 da Secção 2ª, Capítulo I das Regras:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão de sua idade, gênero, estado físico e mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. (4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas

10 CUMBRE JUDICIAL. REGRAS DE BRASÍLIA – VERSÃO REDUZIDA: Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regas-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico.¹¹

Portanto a ideia de vulnerabilidade está ligada a possibilidade ou não de um determinado grupo de exercitar com plenitude seus direitos, junto ao sistema de justiça. Muitas vezes determinados grupos por conta de suas especificidades não conseguem acessar com plenitude o sistema jurídico, seja por sua complexidade, por seu distanciamento com a realidade social e pela dificuldade de acessar os mecanismos legais e políticos colocados à disposição dos cidadãos pelo Estado.

Assim, o item 29 destaca que a conveniência de promover a política pública destinada a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável, para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais, pode se dar através da ampliação das funções do Defensor Público.

(29) Destaca-se a conveniência de promover a política pública destinada a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais: quer seja através da ampliação de funções do Defensor Público, não somente na ordem penal, mas também noutras ordens jurisdicionais; quer seja através da criação de mecanismos de assistência letrada: consultorias jurídicas com a participação das universidades, casas de justiça, intervenção de colégios ou barras de advogados.¹²

11 CUMBRE JUDICIAL. REGRAS DE BRASÍLIA – VERSÃO REDUZIDA: Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

12 CUMBRE JUDICIAL. REGRAS DE BRASÍLIA – VERSÃO REDUZIDA: Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

Por fim, aquele diploma dá ênfase à necessidade de revisão dos procedimentos e aos requisitos processuais como forma de facilitar o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade (item 33). O item 34 detalha que devem ser propiciadas medidas de simplificação e divulgação dos requisitos exigidos pelo ordenamento para a prática de determinados atos, a fim de favorecer o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, sem prejuízo da participação de outras instâncias ou entidades que possam atuar como coadjuvantes no exercício de ações na defesa dos interesses dessas pessoas.

O referido documento dedica um item às populações indígenas, explicitando que:

(9) As pessoas integrantes das *comunidades indígenas* podem encontrar-se em condição de vulnerabilidade quando exercitam os seus direitos perante o sistema de justiça estatal. Promover-se-ão as condições destinadas a possibilitar que as pessoas e os povos indígenas possam exercer com plenitude tais direitos perante o dito sistema de justiça, sem discriminação alguma que possa ser fundada na sua origem ou identidade indígenas. Os poderes judiciais assegurarão que o tratamento que recebem por parte dos órgãos da administração de justiça estatal seja respeitoso com a sua dignidade, língua e tradições culturais. Tudo isso sem prejuízo do disposto na Regra 48 sobre as formas de resolução de conflitos próprios dos povos indígenas, propiciando a sua harmonização com o sistema de administração de justiça estatal.¹³

13 CUMBRE JUDICIAL. REGRAS DE BRASÍLIA – VERSÃO REDUZIDA: Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

Desta forma, percebemos que as comunidades indígenas, mesmo com a Constituição de 1988 que instituiu um novo paradigma para o tratamento das populações indígenas¹⁴, ainda tem seus direitos colocados de lado e muitas das vezes por desconhecerem os mecanismos legais deixam de reivindicar seus direitos.

A vulnerabilidade encontra abrigo ainda no Código de Defesa do Consumidor, podendo assumir diversas formas, existindo doutrinadores que apontam seis formas distintas, para a vulnerabilidade, sendo elas: técnica; jurídica; política ou legislativa; biológica ou psicológica; econômica ou social; e ambiental.¹⁵

A atuação da Defensoria Pública na defesa das pessoas em condição de vulnerabilidade (abarcando consequentemente os indígenas), como sendo todas aquelas excluídas do processo de acumulação de riquezas, ganha maiores contornos com a Lei Complementar n. 132 de 2009 que ampliou os objetivos e as funções institucionais das Defensorias Públicas, significando, portanto, “a superação definitiva da idade individualista da Defensoria Pública”.¹⁶

Tradicionalmente a Defensoria Pública atuava sob o paradigma da filosofia individualista, que, segundo Brenno Cruz Mascarenhas Filho, possuía raízes no liberalismo, tendo traços nitidamente individualistas. A Lei Complementar n. 132/09, ao ampliar os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública, sepultou de vez a concepção individualista como paradigma de atuação da Defensoria¹⁷. Desta forma o “solidarismo jurídico” que ganhou corpo com o

14 A Constituição de 1988 afastou o paradigma da teoria da assimilação dos povos originários, estabelecendo para estes povos uma cidadania diferenciada.

15 SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar 132/90**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32.

16 SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32.

17 FILHO, Brenno Cruz Mascarenhas. A Dinâmica do Individualismo na Defensoria Pública do Rio de Janeiro, dissertação de mestrado apresentada, em 1992, ao Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ, no Mestrado em Teoria do Estado e Direitos Constitucional, apud SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

direito ambiental¹⁸, passa a ser para a Defensoria Pública um vetor norteador de sua atuação.

Quanto às inovações trazidas pela Lei Complementar n. 132/09, quanto ao perfil institucional da Defensoria Pública:

Além de ser a entidade que presta advocacia aos pobres, consolida-se para a Defensoria o papel de uma grande agência nacional, de promoção da cidadania e dos direitos humanos, voltada para quem mais necessita de cidadania e direitos humanos. Desmancha-se de vez o exacerbado individualismo que sempre acompanhou os caminhos da instituição, passando a prevalecer filosofia bem mais solidarista.¹⁹

A Constituição Federal, em diversos dispositivos, previu o solidarismo jurídico, constituindo-se em objetivo fundamental da República.²⁰

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

18 Neste sentido ver SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

19 SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33. 20 BRASIL. *Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de julho de 2014.

Ainda sobre a atuação da Defensoria Pública na orientação jurídica e defesa dos necessitados, das pessoas pobres e em condição de vulnerabilidade:

(...) o art. 4º, II, da LC n. 80/1994 prevê como função institucional da Defensoria Pública a promoção prioritária da composição extrajudicial dos conflitos de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de solução de litígios. Com isso, em sendo identificada a atuação ilegal de qualquer estrutura estatal em detrimento de seus assistidos, pode o Defensor, no exercício de sua função constitucional de controle, atuar diretamente sobre a administração pública priorizando a resolução extrajudicial do problema.²¹

Segundo classificação do professor José Augusto Garcia de Sousa, a Defensoria Pública possui atribuições “tradicionais” e “não tradicionais”, a primeira estaria fundada no paradigma do individualismo, a qual compreenderia as atribuições ligadas “à carência econômica (à qual equiparemos a carência ‘jurídica’ da Lei n. 1.060/50)”²², já as atribuições “não tradicionais” se fundamentam no paradigma solidarista²³, sendo elas:

(...) b) Atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes, como acontece, v.g., em uma ação civil pública relativa a direitos difusos (...); c) atribuições que beneficiam

21 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: De acordo com a EC n. 74/2013 (Defensoria Pública da União)*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

22 SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37.

23 SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). *Uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar 132/90*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, repercutindo porém a favor de pessoas carentes, como, por exemplo, a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada (...); d) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica, a exemplo de um portador de deficiência (...); e) e atribuições em favor primordialmente de valores relevantes do ordenamento, conforme as hipóteses, já mencionadas, da defesa do réu sem advogado na área criminal e da curadoria especial na área cível.²⁴

3. UMA CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O MULTICULTURALISMO E O PLURALISMO JURÍDICO

O documento as “100 regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade”, documento pouco conhecido pelo universo jurídico, porém de grande importância na orientação da atividade dos operadores do direito (magistrados, promotores e Defensores Públicos), reconheceu o multiculturalismo e o pluralismo jurídico, e, assim como a Constituição, estabeleceu a possibilidade de observância por parte dos atores do sistema de justiça dessas normas.

Durante o Seminário de “Análise das 100 Regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça do Brasil, Argentina, Uru-

24 SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37.

guai, Paraguai e Chile: o acesso à justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade²⁵, realizado em dezembro de 2009 no Rio de Janeiro²⁶, quanto ao respeito ao multiculturalismo²⁷, ao pluralismo jurídico e às tradições dos povos originários estabeleceu-se que:

Necessário pensar em políticas bidimensionais para o sistema de justiça. Por um lado, devem ser redistributivas, promovendo distribuição de renda, serviços, capital; e por outro, devem contemplar o aspecto do reconhecimento, de forma a ressaltar as individualidades em suas diferenças e características culturais mais próprias de cada grupo; considerando as incompatibilidades da cultura europeia universalista de direitos humanos e as características culturais das sociedades latino-americanas, apresenta-se a crítica de que o paradigma europeu pode ser visto como um processo de dominação imposto como natural, seja pelo modelo econômico capitalista, seja pelos padrões culturais, às sociedades periféricas; compatibilização do conceito de segurança jurídica com os direitos emergentes de comunidades locais e tradicionais; atuação na perspectiva do Estado Social e Multicultural de Direito, integrando as formas de acesso à justiça das comunidades tradicionais e locais.²⁸

25 CUMBRE JUDICIAL. RELATÓRIO GERAL SUMINÁRIO: Análise das 100 regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça no Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile: o acesso à justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade. Disponível em: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_id=77405&folderId=77959&name=DLFE-4618.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2014.

26 O evento em questão foi promovido pela Associação Nacional de Defensores Públicos, Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais, Bloco de Defensores Públicos do Mercosul, Ministério Público de La Defensa de Argentina, Fiscalía General de la Ciudad de Buenos Aires, com a colaboração da Associação dos Defensores Públicos do estado do Rio de Janeiro e o apoio do Centro de Estudos de Justicia de las Américas e Centro Justiça e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas Direito Rio. O Fundo das Nações Unidas para o desenvolvimento da Mulher – Unifem – também apoiou o evento.

27 Segundo Ana Maria D'Ávila Lopes a Teoria do Multiculturalismo, surge no contexto da globalização, que tenta sufragar as identidades culturais diferentes ao modelo etnocêntrico, “visando justamente contribuir na construção de bases teóricas sólidas que permitirão o pleno reconhecimento, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos grupos minoritários”. LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A contribuição da teoria do multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf>. Acessado em 21 de agosto de 2014.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, podemos definir multiculturalismo como sendo, “a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades ‘modernas’”.²⁹

Ana Maria D’Ávila Lopes, ainda define o Multiculturalismo como sendo:

(...) a teoria que defende a valorização da cultura dos diversos grupos que compõem a humanidade, que defende que ser diferente não significa ser nem melhor nem pior do que ninguém, que é contra a uniformização ou padronização do ser humano, que valoriza as minorias e suas especificidades e que entende que o mais valioso que tem a humanidade é a sua diversidade.

Necessário realizar algumas considerações sobre o conceito de cultura, como:

(...) repositório do que de melhor foi pensado e produzido pela humanidade, a cultura, nesse sentido, é baseada em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam.³⁰

28 CUMBRE JUDICIAL. RELATÓRIO GERAL SUMINÁRIO: Análise das 100 regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça no Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile: o acesso à justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade. Disponível em: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=77405&folderId=77959&name=DLFE-4618.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2014.

29 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26.

30 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 27.

O multiculturalismo busca reconhecer as diferenças culturais, devendo estar associada a conteúdos e projetos emancipatórios e contra-hegemônicos, sendo uma alternativa aos valores estabelecidos pelo pensamento hegemônico do neoliberalismo, assim “baseiam-se no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida em comum além de diferenças de vários tipos”.³¹

O reconhecimento à diferença e ao direito à diferença, pressupõem a negação ao individualismo jurídico construído pelo Estado contemporâneo, que buscou transformar todo titular de um direito em indivíduo, afastando por outro lado as características comuns da coletividade, transformando direitos essencialmente coletivos dos diversos povos indígenas³² em direitos individuais, que em muitos momentos não são analisados sobre perspectiva da cultura dos povos indígenas, mais sim pelo direito em uma perspectiva eurocêntrica.³³

Portanto o multiculturalismo vem questionar a hierarquização da pessoa humana, pois durante muito tempo o “homem branco” era visto por toda a sociedade como detentor de mais direitos, predominava a ideia de que os seres humanos, por serem diferentes, não gozavam do mesmo *status* jurídico.

O modo de produção capitalista e a ótica do consumo ditada pelo mercado, por outro lado, tendem a homogeneizar a cultura, influenciando o rompimento das tradições, dos laços de coesão das comunidades, bem como tende a destruir a propriedade comunal³⁴.

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 33.

32 Para Carlos Frederico Marés, “o Estado nacional, e seu direito individualista, negou a todos estes agrupamentos qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais, cristalizados na propriedade”. FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 77.

33 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

34 GHAI, Yash. Globalização, Multiculturalismo e Direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Além de introduzir “novos valores que desenraízam modos tradicionais de pensar e de agir. Quebra a família nuclear ou ampliada, em torno da qual estão estruturados os valores e rituais centrais da cultura. Conduz a novas formas de trabalho e a novos modelos de organização”.³⁵

Trata-se, portanto, o multiculturalismo de um processo de resistência em face da exclusão dos diferentes ao processo capitalista hegemônico, por parte dos grupos sociais subalternos, quais sejam, aqueles em condição de vulnerabilidade (se incluindo os povos indígenas), onde a Constituição, as estruturas estatais e os direitos humanos, ora podem assumir um viés opressor de dominação; ora, por outro lado, podem ser considerados, um mecanismo contra-hegemônico³⁶, porém há a necessidade que os direitos dos indivíduos sejam tratados com respeito, garantindo-se o respeito à diferença.

Quanto à proteção aos direitos dos povos indígenas, em uma perspectiva coletiva, dentro da ótica multicultural:

É evidente que este esquema jurídico não poderia servir aos povos indígenas da América Latina, porque, mesmo que considerasse cada povo uma individualidade de direito, os bens protegidos (os bens que os povos precisam proteger) e sua legitimidade não têm nenhuma relação com a disponibilidade individual e com origem contratual. É por isso que os países latino-americanos sempre buscaram separar o indivíduo indígena de seu povo, assimilando-o à “sociedade nacional” de forma tão profunda que ele deixaria de ser povo diferenciado. O sistema pensou que a assimilação seria possível por meio do trabalho, mas nunca pôde entender que a ideia do trabalho gerador da propriedade não tem relação com as culturas indígenas.³⁷

35 GHAI, Yash. Globalização, Multiculturalismo e Direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

36 GHAI, Yash. Globalização, Multiculturalismo e Direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

A partir da década de 1980, com o fim gradativamente dos governos ditatoriais implementado pelos militares, os Estados nacionais latino-americanos garantiram em suas constituições, ao lado dos direitos individuais, uma perspectiva pluricultural e multiétnica, reconhecendo que o continente latino-americano tem uma variada formação étnica e cultural³⁸, admitindo que “cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo sua tradição, em conformidade com a natureza da qual participa, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento”.³⁹

O reconhecimento da existência de diversas culturas, bem como de uma organização jurídico-social dos povos indígenas, bem como de suas peculiaridades enquanto grupo, faz surgir novos direitos, os quais têm como principal característica o fato de que o seu exercício, sua garantia, não se dá somente de forma individualizada. Esses direitos não são frutos de garantias genéricas, não buscam seu fundamento em uma relação jurídica determinada, mais como direitos coletivos, buscam fundamento em uma realidade, sendo um direito que comporta uma diversidade de sujeitos.⁴⁰

(...) mas de uma realidade, (como pertencer a um povo ou formar um grupo que necessita ou deseja ar puro, água, florestas e marcos culturais preservados, ou ainda garantias para viver em sociedade, como trabalho, moradia e certeza da qualidade dos bens adquiridos. Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é direito sem sujeito.⁴¹

37 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 74.

38 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

39 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 93.

40 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

4. A CONSTITUIÇÃO E A CIDADANIA DIFERENCIADA DOS INDÍGENAS

Devemos traçar algumas linhas sobre a discussão da Cidadania, tendo como base as concepções clássicas de cidadania, e em discussões que perpassam sobre a cidadania e o multiculturalismo, para que em seguida possamos discorrer sobre os avanços e inovações implementadas pela Constituição de 1988, no que tange ao reconhecimento da cidadania aos indígenas.

Antes de entrarmos no debate sobre a cidadania dos indígenas, devemos estabelecer a ótica pela qual estaremos trabalhando sobre o conceito de indígena. O conceito de indígena adotado no presente trabalho encontra-se previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que por força do Decreto 5.051 de 2004 trouxe a presente norma ao ordenamento jurídico interno, desta forma estabelece que:

Artigo 1º: 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as

41 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 94.

suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. 3. A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

A convenção 169 da OIT foi o primeiro instrumento jurídico a afastar o paradigma da assimilação, bem como a reconhecer uma cidadania diferenciada aos povos indígenas, garantindo direitos coletivos aos povos indígenas e afastando a concepção liberal-individualista predominante na maioria dos instrumentos normativos⁴², conforme ressalta o preâmbulo da Convenção:

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;

Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos estados onde moram;

Por outro lado, o conceito de cidadania⁴³ formal não inclui as pessoas em situação de vulnerabilidade, pois

42 ANAYA, S. James. Cenário internacional: Os direitos humanos dos povos indígenas. In: ARAÚJO, Ana Valéria et alii. *Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação continuada, alfabetização e diversidade. Laced/Museu Nacional, 2006.

este conceito remonta aos alicerces das modernas sociedades liberais, relacionando-se à propriedade privada, onde o indivíduo pertenceria à comunidade política, tendo a posse de direitos pela sua vinculação a sua propriedade⁴⁴, segundo Reinaldo Pontes “(...)em que se sustentava a categoria de cidadania em sua clássica formulação: pertencimento a uma comunidade política, titularidade de direitos e usufruto de bens e serviços para o gozo de bem-estar”.⁴⁵

Pelo conceito clássico de cidadania, cidadão seria o habitante da cidade, entretanto essa ideia não bastaria por si só, para conceituar o “cidadão”, sendo a indicação da situação política de um indivíduo e de seus direitos frente ao Estado, por outro lado em Roma significava ser homem, romano e livre, sendo detentor de direitos e deveres para com o Estado⁴⁶.

Gorczevski e Martin, ao discorrerem sobre a teoria sociológica de cidadania de Marshall, mencionam que o referido autor estabeleceu:

(...) como direitos do cidadão os direitos civis, cooptados ainda no século XVIII; os políticos, adquiridos no século XIX; e os sociais, conquistados no século XX. Então, sob essa ótica, cidadão é aquele que em uma comunidade política goza plenamente dos direitos civis (liberdades individuais), dos direitos políticos (participação) e dos direitos sociais (trabalho, educação, saúde, moradia...)”.⁴⁷

43 Ao discorrer sobre Warat, Gorczevski e Martin, explicam que: “falar em cidadania, em qualquer época, significa fazer referência aos que têm opinião, pois ser cidadão é ter voz, poder opinar e decidir – o que exclui a maioria (os pobres) e grupos de minorias (étnicas-culturais-nacionais)”. GORCZEVSKI, Clovis; MARTIN, Núria Beloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 27.

44 PONTES, Reinaldo Nobre. *Cidadania X pobreza a dialética dos conceitos na política social na era FHC*. – 1ª ed. – Curitiba: Appris, 2013.

45 PONTES, Reinaldo Nobre. *Cidadania X pobreza a dialética dos conceitos na política social na era FHC*. – 1ª ed. – Curitiba: Appris, 2013, p. 31.

46 GORCZEVSKI, Clovis; MARTIN, Núria Beloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

Para Marshall a cidadania seria “aquele *status* que se concede aos membros de pleno direito de uma comunidade. Seus beneficiários são iguais em relação aos direitos e obrigações que implicam”.⁴⁸

Essa concepção entraria em choque com temas emergentes sobre a cidadania:

(...) frente aos já aludidos efeitos da globalização e reestruturação produtiva, a saber, o tema de pertencimento a um Estado-Nação *versus* multiculturalismo e imigração; a universalidade da cidadania (igualdade) *versus* particularidades (diversidade) culturais como gênero, etnia, religião, grupos de idade e comunidade *versus* cidadania. Os movimentos sociais, considerados “novos”, vieram justamente como resultantes da luta para alcançar o reconhecimento dos chamados *novos sujeitos políticos*, algumas exigências das quais se têm entrecrocado com o valor da universalidade da cidadania.⁴⁹

Desta forma, podemos concluir que aos indígenas foi renegado o exercício diretamente de seus direitos até a Constituição de 1988, tais como os direitos políticos, individuais e sociais, assim não eram vistos pela sociedade como pertencentes ao Estado-Nação, portanto não eram considerados cidadãos.

Os indígenas pelo ordenamento jurídico eram tidos como “incapazes”, sendo equiparados pelo Código Civil de 1916 aos pródigos e aos de idade entre 16 a 21, não podendo exercer diretamente seus direitos, sendo tutelados pelo Estado, tendo o Código adotado a expressão “silvícolas” ao tratar dos indígenas.

47 GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Núria Beloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 22.

48 MARSHALL, T. H. *Ciudadania y classe social*. Madrid: Allanza, 1998. Apud: PONTES, Reinaldo Nobre. *Cidadania X pobreza a dialética dos conceitos na política social na era FHC*. – 1ª ed. – Curitiba: Appris, 2013, p. 36.

49 PONTES, Reinaldo Nobre. *Cidadania X pobreza a dialética dos conceitos na política social na era FHC*. – 1ª ed. – Curitiba: Appris, 2013, p. 49-50.

Ao tratar dos índios, o referido Código adotou a expressão “silvícolas”, que pode fazer referência a outros que habitem as matas, que não humanos. Os índios deveriam receber tutela jurisdicional especial, pois se entendia na época que eles tinha problemas e dificuldades maiores no que dizia respeito à educação e aos processos de aprendizagem.⁵⁰

A tutela dos incapazes somente cessaria quando os indígenas deixassem o que era tido pela sociedade como condição temporária de indígena, ou seja, quando se tornassem “aculturados”, passando à condição de plenamente capaz⁵¹. Assim, os indígenas “não aculturados” (considerados todos aqueles que guardassem seus traços culturais) eram tidos como incapazes, sendo impedidos de exercer diretamente seus direitos.

O Estatuto do Índio, Lei n. 6.001 de 1973 também se baseia na concepção integracionista⁵², onde estaria preservada a cultura indígena, até que os índios fossem integrados à civilização, o que ocorreria de forma progressiva e harmoniosa. Por outro lado, os indígenas somente alcançariam seus direitos civis, após terem se integrado à “civilização”.

O art. 4º do Estatuto do Índio traz três fases para a integração dos indígenas, primeiramente eles são isolados, pertencentes a um grupo étnico e tem cultura diversa do restante da sociedade; então se tornam em vias de integração, quando ainda conservam as características nativas, mas já estão em contato com a sociedade nacional; e por fim são considerados integrados quando estão de

50 LIBERATO, Ana Paula; GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 98.

51 Quanto à incapacidade dos indígenas, o Código Civil de 1916, Lei n. 3.071/16, estabelecia que: *Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei n. 4.121, de 27/8/1962); (...) III - os silvícolas. (Redação dada pela Lei n. 4.121, de 27/8/1962) Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. (Redação dada pela Lei n. 4.121, de 27/8/1962), (grifo nosso).*

52 Neste sentido “a política colonialista na América pautou-se pela subjugação e integração dos povos que ia encontrando. A subjugação cultural e econômica consistia em promover uma integração forçada, religiosa e econômica. Ou isso, ou a destruição”. FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 77.

acordo com a comunhão nacional, ainda que mantenham resquícios de sua identidade indígena. Estudando o referido Estatuto e o contexto no qual foi inserido, era muito preconceituoso conceder direitos civis apenas após esta integração, pois para um índio poder ter a possibilidade de proteger os direitos de sua comunidade, primeiramente ele deveria fazer parte da sociedade opressora, para então poder observar seu povo.⁵³

A Constituição de 1988 destinou à questão indígena um capítulo próprio, além de garantir a aplicação dos demais direitos e garantias fundamentais aos indígenas, prevendo também o reconhecimento a suas culturas e tradições, desta monta rompeu com as Políticas Integracionistas que vigoravam até sua edição⁵⁴, tendo rompido inclusive com a ideia dominante na sociedade, quanto à unicidade⁵⁵ cultural do Brasil em relação aos povos indígenas.

CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

53 LIBERATO, Ana Paula; GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 101.

54 LIBERATO, Ana Paula; GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

55 LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HORRMANN, Maria. **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contracapa Editora. Disponível no site <<http://laced.etc.br/site/acervo/livros/alem-da-tutela-iii/>>. Acessado em 15 de agosto de 2014.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa

de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.⁵⁶

Quanto ao paradigma da assimilação que vigorou no ordenamento jurídico brasileiro até a Constituição:

Embora se possa dizer que há um avanço da proteção dos direitos indígenas ao longo do tempo, é claro que a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, integração, incorporação ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por ele ocupadas. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional Brasileiro com os povos indígenas habitantes do seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos que assim o desejarem na vida nacional ficou mantida em sua plenitude, mas, integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser índio, coletivamente entendido, de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: *“puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy”*. Está rompida a provisoriedade que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contrato.⁵⁷

Portanto reconheceu a existência das “organizações sociais indígenas”, assegurando proteção jurídica a estas organizações, pois até a Constituição somente as organizações acobertadas pelo manto da personalidade individual e daquelas estabelecidas pelas leis infraconstitucionais, seriam reconhecidas, pois bem, a Constituição reconheceu as “organizações sociais indígenas”, organizações estas

56 BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de julho de 2014.

57 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 15.

que não se subordinam a uma ordem legal⁵⁸, desta forma “o que está reconhecido é exatamente o direito de formar sua ordem legal interna”.⁵⁹

Outro paradigma rompido pela Constituição diz respeito ao reconhecimento originário das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Antes “a ideia jurídica era de que o Poder Público deveria reservar terras para que os índios vivessem até sua integração à comunhão nacional, tanto que havia dispositivos redirecionando essas terras depois de abandonadas, chamando-as de aldeamentos tradicionais”.⁶⁰

Podemos denominar essa cidadania conferida pela Constituição Federal aos indígenas de “cidadania diferenciada”, ou “cidadania qualificada”, que tenta romper, pelo menos no campo do direito positivo com o cenário de indiferença, discriminação e exclusão vivida pelas populações indígenas.

A Constituição consagrou duas concepções de garantia de direitos, “um que dá ênfase à universalidade do atendimento aos cidadãos no princípio da igualdade; outro que reconhece a diversidade constituinte do Estado, fundado no princípio da diferença, que requer atendimento específico em função dos grupos”.⁶¹

58 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

59 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 17.

60 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 21.

61 COELHO, Elizabeth Maria Beserra. **Estado Nacional e cidadania diferenciada**. Disponível em <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=3970&Itemid=319>. Acessado em 12 de agosto de 2014.

5. CAMPOS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS

Somente será possível compreender as novas atribuições da Defensoria Pública, especificamente em sua atuação junto à defesa dos indígenas – como pessoas em situação de vulnerabilidade –, se lançarmos mão da ótica do multiculturalismo e do pluralismo jurídico, reconhecendo a diferença e o direito à diferença, construindo relações e convivência destas diferenças.⁶²

A Constituição atribui a competência da Justiça Federal⁶³ para processar e julgar causas que envolvam direitos indígenas, os quais digam respeito a toda a comunidade, atribuindo ao Ministério Público⁶⁴ a defesa coletiva dos direitos e interesses das populações indígenas. Por outro lado, o artigo 232 da Constituição garantiu aos indígenas a legitimidade para em nome próprio, ou através de suas comunidades ou organizações, ter a possibilidade de ingressarem em juízo na defesa de seus interesses e direitos.⁶⁵

Aos índios individualmente atribui-se legitimidade para defesa dos direitos coletivos, mas deve-se notar que a Constituição não criou um índio genérico, mas vinculado a uma organização social e cultural, portanto, esta legitimidade é para estar em juízo em defesa dos direitos e interesses da comunidade a que pertence. Da mesma

62 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

63 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI - a disputa sobre direitos indígenas.

64 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

65 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

forma, as comunidades estão legitimadas para arguir os direitos e interesse próprios e não de outras comunidades.⁶⁶

No mesmo sentido, quanto à atuação dos indígenas na defesa dos seus direitos:

(...) o índio em nome próprio pode postular o direito da comunidade. Também têm legitimidade as organizações dos índios, sejam governamentais ou não, e as próprias comunidade em razão do reconhecimento da organização social indígena e de sua capacidade civil.⁶⁷

Algumas iniciativas por parte dos atores do sistema de justiça, especificamente pela Defensoria Pública (Defensoria Pública da União ou Defensorias Públicas dos estados), estão sendo realizadas em todo o Brasil. Estaremos abordando algumas práticas realizadas pelas Defensorias Públicas de todo o Brasil na defesa dos direitos dos indígenas individualmente, ou de comunidades indígenas, no âmbito judicial ou extrajudicial.

Desde a década de 1980, a Defensoria Pública do estado do Pará, através do Defensor Público Mário Luiz Printes, desenvolve trabalho de acompanhamento e orientação jurídica às populações indígenas da etnia Waiwai, da Terra indígena Trombetas-Mapuera, localizada no município de Oriximiná no oeste paraense, e dentre as atuações da Defensoria Pública destacam-se o acompanhamento dos indígenas em reuniões com o Ministério Público Federal, com o Ministério da Educação, Ministério da Saúde, além de ter realizado o primeiro casamento coletivo indígena.

No estado do Tocantins o Poder Judiciário, a Defensoria Pública, o Ministério Público, a Polícia Federal, a Procuradoria Federal

66 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 29-30.

67 LIBERATO, Ana Paula; GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 104.

Especializada da Funai, a Fundação Nacional do Índio e Lideranças Indígenas realizaram, em 9 de maio de 2014⁶⁸, *workshop* com a temática: “Interfaces entre o sistema judiciário e os direitos indígenas”⁶⁹ que teve como objetivo garantir esforços na efetivação dos direitos dos povos indígenas.

Na ocasião foram produzidos dez enunciados, com o objetivo de orientarem os atores do sistema de justiça na atuação em casos que envolvam direitos indígenas. Duas orientações formuladas no presente encontro, que contou com a presença dos povos indígenas, traduzem as discussões travadas no presente artigo, sendo elas a necessidade de efetivação da cidadania⁷⁰ dos povos indígenas e a necessidade da aplicação da Convenção 169 da OIT⁷¹ pelos atores do sistema de justiça.

Outra iniciativa inovadora quanto ao atendimento as populações indígenas por parte da Defensoria Pública ocorreu no estado do Amazonas. Em abril de 2010, a Defensoria Pública do estado do Amazonas, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Federal do Amazonas – Funai e a Secretaria Estadual para os Povos indígenas⁷², celebraram acordo de cooperação tendo como objeto “proporcionar o atendimento jurídico integrado e centralizado dos indígenas na cidade de Manaus e a sistematização do atendimento no interior do estado do Amazonas, mediante a conjugação de recursos humanos e logísticos dos órgãos partícipes e a interação de suas atribuições legais”⁷³.

68 Notícia do seminário retirada do *site*: <<http://ww2.defensoria.to.gov.br/noticias/listar/2014/5/12/16h-59-workshop-sobre-os-direitos-indigenas-construira-plano-de-acao/>>.

69 O documento completo encontra-se disponível em: <http://www.tjto.jus.br/esmat/images/stories/esmat/pdf/2014/enunciado_workshop_indigena.pdf>.

70 O enunciado 3º informa que: “O Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, Polícia Federal e Fundação Nacional do Índio empreenderão esforços em realizar ‘Juizados Itinerantes’ nas comunidades indígenas para efetivação dos direitos de cidadania dos povos indígenas”.

71 O enunciado 5º informa que: “O Judiciário, Defensoria Pública e Ministério Público, em processos judiciais, cíveis ou criminais, partirão sempre de uma análise contextualizada dos fatos do processo, de modo a compatibilizar as práticas e costumes indígenas com as normas da ordem jurídica vigente, ressaltando sempre a prevalência dos direitos humanos conforme dispõe o art. 9º da Convenção 169 da OIT”.

72 Para maiores informações, ver notícia no *site*: <<http://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=97339>>, denominada “Atendimento jurídico a indígenas no estado do Amazonas”.

73 Acordo de cooperação disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rc=t&j&q=&csrc=s&source=web&cd=2&ved=0CClQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F2757696&ei=dYr_U7K7B4r4yQTY1YK4BA&usg=AFQjCNFX7v7daX9tb_WqLRWnR_yzDyi26Q&bvmm=bv.74035653,d.cWc>. Acessado em 28 de agosto de 2014.

No âmbito da Defensoria Pública da União, através da portaria 291, de 27 de junho de 2014, instituiu diversos Grupos de Trabalho, com objetivo de traçar estratégias de atuação para o estabelecimento de ações relacionadas a diversos temas, dentre eles o atendimento às comunidades indígenas.

A Funai reconhece a possibilidade da atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos das comunidades indígenas, bem como a defesa dos indígenas em ações individuais, os quais sejam autores ou réus.

No parecer n. 04/PGF/PG/FUNAI⁷⁴, ao discorrer sobre as funções dos Procuradores da Procuradoria especializada da Funai, a mesma reconheceu a possibilidade de atuação da Defensoria Pública, em matéria afeta à garantia dos direitos dos indígenas e das populações indígenas:

4- Defensoria Pública

Questão que a cada dia terá mais importância, tendo em vista a previsão constitucional e nova política de institucionalização, é a participação da Defensoria Pública, da União ou dos estados, na defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 134⁷⁵. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos estados,

74 Parecer pode ser encontrado no endereço eletrônico: <http://www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Relatorios/parecer_pge_funai.pdf>. Acessado em 31 de agosto de 2014.

75 O presente artigo foi alterado pela Emenda Constitucional n. 80, que conferiu a seguinte redação: “*art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal*”, corroborando ainda mais, com o argumento da possibilidade dos indígenas serem defendidos em juízo ou fora dele pela Defensoria Pública.

em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas estaduais 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 art. 99, § 2º.

Nada obsta que as Defensorias Públicas possam orientar e defender os índios e suas comunidades, apenas exigindo que sejam necessitados. É competência que deve ser interpretada à luz do art. 134 da Constituição e do art. 2º da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Essa atribuição compartilhada entre diversos órgãos da União, do estado e dos municípios pode ser utilizada pelos procuradores federais em determinados casos – que exigem uma proteção dos direitos indígenas nos dois polos da ação ou quando o interesse indígena coletivo se sobrepõe ao individual – que serão detalhados à frente.

5.1. NA DEFESA DO DIREITO AO NOME E DO DIREITO DE FAMÍLIA

Quanto à garantia ao direito ao nome, inúmeras são as atuações das Defensorias Públicas de todo o Brasil, seja para a retificação dos nomes dos indígenas visando à inclusão no sobrenome de suas etnias, seja garantido o direito aos indígenas de terem nas certidões de nascimento civil seu nome grifado conforme sua língua materna.

No Brasil, muitos cartórios de registro ainda criam dificuldades para os povos indígenas realizarem o registro de nascimento adotando somente os nomes utilizados por suas etnias, mas ocorre que tal proibição não se encontra em consonância com a Constituição de 1988.

Segundo cartilha⁷⁶ produzida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

Os povos indígenas têm direito à certidão de nascimento em igualdade de condições com os brasileiros, o que não anula os seus direitos garantidos na Constituição. É assegurado o uso dos nomes de sua livre escolha, não sendo obrigatório que adotem os nomes em português. O mesmo respeito pelos costumes e tradições ancestrais deve ser considerado no caso de quilombolas e ciganos.

Em outra cartilha produzida pela Funai e pelo Ministério da Justiça, informa que:

(...) Entretanto, os nomes tradicionais indígenas devem ser considerados no ato do registro civil de nascimento. Muitas vezes as indígenas e os indígenas não conseguem registrar os nomes desejados por preconceito ou falta de informação dos registradores. A lei brasileira proíbe o registro de nomes que possam expor a pessoa ao ridículo (art. 55 da lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973). Mas os nomes indígenas não são causa de vergonha. São motivo de orgulho, podem e devem ser usados.

O art. 55, Parágrafo Único da lei n. 6.015 de 1973, portanto anterior a Constituição, estabelece que:

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem

⁷⁶ Disponível no site: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/registrocivil/pecas2011/Cartilha/Cartilha.pdf>>. Acessado em 28 de agosto de 2014.

com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.

Constantemente os oficiais de registro recusam-se a realizar o registro do prenome indígena, com o argumento de que os nomes dados aos indígenas em sua língua poderiam os expor ao ridículo, contudo os oficiais do registro não percebem que ao se apresentarem em sua comunidade com um nome “branco” são ridicularizados por seus pares, e desta forma em muitas situações acabam não utilizando o nome registral em suas comunidades.

Em muitos municípios do Brasil a Defensoria Pública emitiu recomendações aos cartórios de registro para que efetuassem o registro dos indígenas em conformidade com a resolução conjunta do CNJ e do CNMP, bem como buscou extrajudicialmente que os cartórios efetuassem o registro do nome indígena na língua de cada povo. Além da tentativa extrajudicial, algumas Defensorias ingressaram com ações judiciais visando à realização do registro dos indígenas em sua língua.

Outra atuação importante da Defensoria Pública na defesa dos direitos indígenas ocorreu no município de Altamira/PA no âmbito do direito de família, onde o Ministério Público requereu a destituição do pátrio poder e adoção da indiazinha Igigi Araweté em favor de uma família de não índios.

Segundo reportagem vinculada em um *blog* do município de Altamira:

Altamira/Pa. Caso da índia ARAWETÉ. Guarda da indígena ARAWETÉ IGIGI está provisoriamente com enfermeira

Após receber dois documentos do Ministério Público Federal onde a coordenadora da casa do índio em Icoaraci, que relatava os maus-tratos a pequena índia Araweté IGIGI, o Ministério Público Estadual deci-

diu por pedir à justiça que a guarda provisória da menina fique com a enfermeira Olgarina. O juiz da Infância e Juventude da Comarca de Altamira decidiu e a pequena está temporariamente sob guarda da enfermeira. Segundo o Ministério Público Estadual o pedido de guarda provisória aconteceu a cerca de 15 dias após o recebimento de um documento que relatava as condições em que a pequena IGIGI Araweté vinha sendo mantida pelos pais na casa do índio de Icoaraci na capital do estado. A indiazinha da etnia Araweté foi internada na Santa Casa de Misericórdia com sinais de maus-tratos e desnutrição no dia 6 de março. O juiz já deferiu o pedido, e a menina vai ficar provisoriamente com Olgarina, uma enfermeira da Funai que já cuidou de IGIGI quando ela fazia tratamento em Belém por conta de uma doença congênita com que a menina nasceu. Foi a segunda vez que a pequena sofreu maus-tratos em fevereiro deste ano ela foi internada no hospital municipal de Altamira com sinais de queimaduras pelo corpo e hematomas na boca. A suspeita seria de que os pais teriam jogado a menina ao fogo. No processo existe também um pedido de destituição do poder familiar para que a menina possa sair do convívio dos pais. A Funai solicitou um estudo antropológico que já foi realizado, e a menina continua internada na Santa Casa de Misericórdia em Belém, e o estado de saúde é estável. O promotor não acredita que a indiazinha volte ao convívio da família.⁷⁷

O juiz da Infância e Juventude Comarca de Altamira proferiu, no ano de 2011, decisão interlocutória concedendo a guarda provisória da indígena criança à enfermeira Olgarina. Inconformada com a decisão, a Funai interpôs agravo de instrumento junto ao

⁷⁷ Reportagem vinculada no *blog*: <http://siddysouza.blogspot.com.br/2011/04/altamirapa-caso-da-idiia-araweteguarda.html>.

Tribunal de Justiça do estado do Pará, que indeferiu o agravo interposto pela Funai, contudo transcrevemos os fundamentos utilizados pela Funai.

Consta da inicial deste agravo, que em 25 de janeiro de 2011 alguns membros da etnia Araweté comunicaram novamente à Funai que a criança estava doente e sofrendo maus tratos dos pais. Em razão desses fatos a promotora de Justiça de Altamira reuniu-se com representantes da Funai e com os genitores da menor, os quais consentiram que a filha fosse para Belém com a Sra. Olgarina para tratamento médico desde que pudessem vê-la periodicamente. A agravante destaca que, apesar do consentimento dos pais quanto ao tratamento, o Ministério Público ingressou com a ação de destituição do poder familiar, na qual o Juízo proferiu a decisão agravada, deferindo liminarmente a guarda provisória à Sra. Olgarina, indígena do seio de sua comunidade e a priva de sua cultura. Ademais, não leva em consideração o fato de que um membro da mesma etnia tem interesse na guarda da criança, medida que preservaria os laços culturais da infante com seu povo. Acrescenta que a retirada da menor da família substituta não indígena é medida que se impõe em caráter de urgência, sobretudo para evitar o desenvolvimento de novos laços afetivos que poderão se romper futuramente, causando traumas tanto à criança quanto à própria família. Requer a concessão de efeito suspensivo ativo para que a decisão vergastada seja reformada e a guarda da criança seja concedida ao indígena Tatuawin Araweté, da mesma etnia da menor.⁷⁸

A Defensoria Pública da Comarca de Altamira, em sua alegação final, bem como na apelação à sentença que deferiu o pedido

78 Processo n. 0000428-72.2011.8.14.0005, Tribunal de Justiça do estado do Pará.

de destituição do poder familiar e colocação em família substituta, no que tange às alegações de direito, no presente caso defendendo o direito dos pais em ter sua filha em seu convívio, utilizou como fundamento o multiculturalismo, alegando que:

Com efeito, para a solução do presente caso, é necessário observância à identidade cultural e social, bem como aos costumes, tradições e instituições; a prioridade de colocação familiar do adotando no seio da própria comunidade ou de outra comunidade indígena; e finalmente, a indispensável intervenção da Funai e de antropólogos. Dessa forma, entendemos louvável a determinação judicial de elaboração de laudo antropológico, o que dirime dúvidas quanto ao modo de vida e organização social dos Araweté, conforme adiante exposto. As noções de família e parentesco são essenciais para compreender a lógica da organização social dos povos indígenas e, conseqüentemente, as práticas relacionadas à formação e aos cuidados com suas crianças e adolescentes. Em muitos casos, as crianças e adolescentes indígenas recebem cuidados de todos os seus familiares, sejam ele consanguíneos ou afins, e a convivência familiar e comunitária é plenamente exercida com notáveis autonomia e independência. Registre-se que é comum ao indígena referir-se à avó ou à tia como mãe, ante a importância dessas pessoas em sua criação, que em muitas etnias é uma criação comunitária. Portanto as noções de parentesco e de família são imprescindíveis à solução desta lide. Nesse sentido, nos termos do inciso I do parágrafo 6º do art. 28 da Lei n. 8.069/90, introduzido pela Lei n. 12.010/2009, merecem respeito às práticas indígenas que atribuem não apenas aos pais, mas à coletividade, os compromissos e responsabilidades atinentes à educação, formação e proteção de crianças e adolescentes. Tais práticas não podem, por si só, ensejar perda ou

suspensão do pátrio poder, porquanto as questões a ele concernentes devem ser compreendidas em consonância com a realidade dos povos indígenas. Apenas quando esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente indígena no seio da sua família, será promovida, por meio de ação judicial, a colocação em família substituta, a qual deverá ser prioritariamente uma família pertencente à comunidade de origem da criança ou do adolescente, ou, não sendo possível, uma família de outra comunidade indígena.

(...)

A colocação em família substituta não indígena deverá ocorrer apenas nas hipóteses em que não houver família indígena que acolha a criança ou adolescente, não sendo recomendada em nenhuma hipótese, colocação em família substituta estrangeira.

Ainda sob o fundamento do multiculturalismo, reconhecido pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, continua o Defensor Público que atuou no caso:

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu art.28, que para a colocação em família substituta de criança ou adolescente indígena, é obrigatório que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos pelo respectivo diploma legal e pela Constituição Federal e que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia.

Ainda em sede de alegações finais, citando laudo antropológico acostado nos autos:

Quando T. estava na aldeia Aradyti e sua mãe lhe negava comida, um dos índios que fazia esforços para alimentá-la era Taia-ro (...). Segundo conversa com o Coordenador Regional da Funai, SR. Fábio Ribeiro, eles se dispuseram a adotá-la. (...) Como informou sr. Fábio Ribeiro, a Funai local prevê a realização de um acordo com este profissional. Ele acompanhará de perto a situação de T. na aldeia.

Conclui sua petição, no sentido de:

A não colocação da índia em questão na sua comunidade é um desrespeito a cultura indígena ARAWETÉ, QUE NÃO ACEITA MAIS PERDER AS SUAS CRIANÇAS PARA A “COMUNIDADE DOS BRANCOS”, como bem disse a avó paterna de I., em reunião ocorrida da Aldeia Ipixuna “Ela é índia, né? I. é índia. É para ficar na aldeia!”

Desta forma requereu a improcedência do pedido de destituição do poder familiar e colocação em família substituta, para que a criança retornasse ao convívio dos pais biológicos, e de forma subsidiária para, no caso em que fosse colocada em família substituta, se levasse em conta o laudo antropológico o qual apontou, em conformidade com o art. 28, § 6º, inc. II do ECA, que a criança fosse encaminhada para família indígena da mesma etnia. Requereu ainda, no caso de acatados os pedidos efetuados pela Defensoria Pública, fossem aplicadas a criança Areweté as medidas protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de garantir acompanhamento de psicólogos, pedagogos, assistentes sociais, para que a criança se readaptasse aos costumes Araweté.

Mister elucidar que a solução buscada pela Defensoria Pública do estado do Pará em atuação memorável no município de Altamira encontra-se em conformidade com o paradigma implementado pela Constituição de 1988, que afastou de nosso ordenamento jurídico a doutrina da assimilação dos povos indígenas.

Em sede de apelação, a Defensoria Pública, assim como a Funai, vem buscando a reforma da sentença de primeiro grau, o que não ocorreu até a data do termino do presente artigo.

5.2. NA DEFESA NA ESFERA PENAL

A Defensoria Pública do estado do Pará no ano de 2013, durante visita carcerária ao Centro de Recuperação Regional de Paragominas, constatou a existência de um indígena da etnia Tembê preso na referida unidade.

O indígena Osvaldino Tembê foi acusado de tentativa de homicídio. Segundo informações constantes dos autos do processo criminal n. 0001605-43.2013.814.0039, o referido indígena teria proferido um golpe de “teçado” em seu padrasto, após ter consumido bebida alcoólica na reserva indígena. O indígena foi levado por outros indígenas até a autoridade policial do município, bem como seu padrasto fora levado até a Casa de Saúde Indígena (Casai) do município de Paragominas e posteriormente ao Hospital Municipal.

O indígena permaneceu preso no presídio do município de Paragominas, por quase dois meses, sem sequer ter recebido apoio da Funai, e durante esse período sua mãe nunca conseguiu visitá-lo. Assim a Defensoria Pública ingressou com pedido de Revogação da Prisão Preventiva, com os seguintes fundamentos:

- 1- Cada povo, etnia ou comunidade indígena possui seu próprio sistema jurídico, baseado em práticas de direito consuetudinário, onde muitos problemas po-

dem ser solucionados a partir de suas experiências cotidianas, bem como diversas lições podem ser retiradas daí, como a utilização de **meios sancionadores próprios para infrações cometidas por um membro da comunidade ou aldeia. Como bem indica a Convenção n. 169 da OIT, de 1989, que enfatiza a garantia dos povos indígenas em conservar sua cultura e seus costumes, de utilizar suas próprias instituições, inclusive jurídicas, de direito consuetudinário (desde que não firam os direitos humanos e o direito interno do País);**

2- O reconhecimento por parte da Constituição Federal de 1988 dos direitos dos povos indígenas, como parte indissociável dos direitos humanos;

3- De acordo com o art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio), nos casos de condenação do silvícola as penas aplicadas a indígenas serão cumpridas, se possível, **em regime especial de semiliberdade**, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado, portanto a prisão cautelar teria natureza mais grave que a condenação, caso o mesmo assim o fosse;

4- Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o regramento do art. 56, parágrafo único do Estatuto do Índio é norma que se impõe, independentemente do acultramento, ou assimilação dos indígenas;

5- A Constituição Federal de 1988 procura romper com a cultura conservadora e excludente, no qual o indígena é visto como incapaz ou “sem cultura”, reconhecendo o direito dos índios à sua organização social, a seus costumes, línguas, crenças, tradições, bem como garantindo e valorizando a difusão das manifestações culturais indígenas. Assim, tem-se uma política

de respeito e garantia à diversidade cultural, mais relacionada com um Estado pluralista.

Após os fundamentos, a Defensoria Pública requereu a liberdade provisória do indígena, e, caso o pedido de revogação fosse indeferido, requereu subsidiariamente a liberdade provisória, ou ainda que **o indígena fosse encaminhado ao órgão especial de assistência (Funai) mais próximo de sua tribo indígena.**

A juíza da Vara Criminal da Comarca de Paragominas, ao deferir o pedido de Liberdade Provisória do indígena, o fez sob o seguinte argumento:

(...) Quanto à próxima questão levantada pelos doutos Defensores Públicos, sobre o julgamento de Osvaldino Tembê por seus pares, anoto de início que nem de longe tenho a pretensão de colocar nos pratos da balança as duas regras para dizer qual delas, a do indígena ou a do não indígena, é a melhor ou a mais correta. Até mesmo a ideia de tal avaliação me parece um desrespeito com culturas diferentes e que, exatamente por serem distintas, merecem idêntico respeito. A questão aqui me parece ser outra e bem mais séria. É que desde que Cabral veio dar com os costados nesta nossa terra que a população indígena vem encolhendo, sempre com a justificativa de que assim é necessário para a expansão e o desenvolvimento do País. Neste contexto, o contato de uma cultura com a outra é inevitável e, ao meu ver, sem retorno. Os prejuízos, ou benefícios decorrentes, não saberia dizê-los. O que digo, e aqui concordando com o grande Darcy Ribeiro, é que o mal já foi feito, porque depois de tantos anos em que o Brasil foi privando as populações indígenas da sua cultura e impondo um meio de vida indiscutivelmente mais cômodo a estas, não há que se querer que agora tais pessoas acendam fogueiras com pedras ou sobre-

vivam da venda de cestos artesanais. As necessidades deles são outras e todas, como as de qualquer cidadão, devem ser atendidas, sendo a primeira delas o direito inalienável de opinar sobre a forma como irão viver, ou seja, sobre seu destino. Índio é sempre índio? Verdade. Mas, antes de tudo, índio é sempre gente e tem o direito de tomar as rédeas da própria vida. Enveredando pelo tema, não estou a concordar que Osvaldino Tembê seja conduzido à sua aldeia para ser julgado por seus pares. A uma, porque tal possibilidade sequer foi aventada pela população interessada. A duas, porque, até onde se vislumbra nesta fase do processo, Osvaldino Tembê mora na aldeia, mas tem plena consciência da ilicitude de seu ato, que aliás é condenado em ambas as culturas, e neste momento carece de apoio para que se livre do alcoolismo e consiga ser um membro integrado à sua comunidade, ou onde quer que decida viver. Isso dito, sobre a questão processual, e mais uma vez relembro que Osvaldino Tembê é índio, mas é gente, saliento que qualquer pessoa nas mesmas condições dele obteria liberdade provisória. É que o crime, em tese, por ele praticado, é de lesão corporal grave, pois houve desistência voluntária, e a pena máxima prevista para este delito é de cinco anos, de sorte que, na pior das hipóteses, se condenado, haveria a substituição da pena privativa de liberdade por alguma medida alternativa. Assim, o único fato que ainda poderia justificar a prisão é a inexistência de residência fixa, mas a solução para este problema cabe à Funai e não ao sistema penal, já que aquela tem a responsabilidade pelo estabelecimento e execução da política indigenista brasileira em cumprimento ao que determina a Constituição Federal Brasileira de 1988 (<http://www.funai.gov.br/portal/>). De modo que, DEFIRO O PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA formulado por OSVALDINO TEMBÊ, que

ficará custodiado e sob responsabilidade da Fundação Nacional do Índio – Funai, porque tem melhores condições para equacionar o problema e para que aquele órgão, dando cumprimento ao disposto no Decreto n. 7.778, de 27 de julho de 2012: I - proteja e promova os direitos do acusado, em nome da União; II - formule, coordene, articule, monitore e garanta o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro para garantir ao requerente e aos seus pares o respeito de que são credores, promovendo os direitos sociais de todos, evitando conflitos e velando pela integridade física e psicológica da comunidade. V - monitore as ações e os serviços de atenção à saúde dos povos indígenas, inserindo o requerente Osvaldino Tembê em programa para tratamento contra o uso abusivo de álcool, bem como disponibilizando igual atendimento a outras pessoas que venham enfrentando problemas com drogas e álcool, tudo através da Sesai – Secretaria Especial de Saúde Indígena; E PARA QUE: IX - promova todos os atos necessários para a defesa e proteção dos povos indígenas. Expeçam-se alvará de soltura e os ofícios necessários ao pleno cumprimento desta medida. Acatando ainda sugestão da Funai, nomeio curador do requerente o Sr. Valdeci Tembê, que deverá ter ciência desta decisão antes de seu cumprimento, servindo esta como termo de compromisso. Se possível, e a seu critério, o senhor curador poderá apresentar Osvaldino Tembê ao CAPS de Paragominas ou Casa Amanhecer para que tenha atendimento especializado para tratamento de dependência alcoólica. Dê-se ciência ainda ao Sr. Reginaldo Tembê, cacique da aldeia Cajueiro. Intimem-se. Cumpram-se. Paragominas, 17 de maio de 2013⁷⁹.

79 Processo n. 0001605-43.2013.814.0039, Tribunal de Justiça do estado do Pará, 3º Vara Criminal da Comarca de Paragominas.

80 Reportagem disponível no endereço eletrônico: <http://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=138589&cid_pov=269>.

Outro caso paradigmático⁸⁰ diz respeito aos indígenas Tenharim, que cumprem prisão no Centro de Ressocialização do Vale do Guaporé, na zona rural de Porto Velho desde o dia 30 de janeiro de 2014. Os cinco indígenas são acusados pela Polícia Federal de homicídio, sequestro e ocultação de cadáver de Stef Pinheiro, Luciano Freire e Aldeney Salvador. Os três homens desapareceram em dezembro de 2013 e, após buscas que duraram mais de um mês, seus corpos foram encontrados em área próxima da Terra Indígena Tenharim-Marmelos no sul do estado do Amazonas. O desaparecimento causou uma onda de revolta da população de Humaitá contra os indígenas. A revolta estendeu-se coletivamente à toda etnia tenharim.

A Defensoria Pública da União (DPU) ingressou no mês de março de 2014, com pedido de *Habeas Corpus*, junto Superior Tribunal de Justiça (STJ), para soltar os cinco indígenas da etnia Tenharim presos há mais de dois meses em Rondônia, após ter interposto o mesmo remédio junto à Justiça Federal. No último dia 28 de março de 2014, a Justiça Federal do Amazonas converteu a prisão temporária em prisão preventiva, medida que pode manter os indígenas até o julgamento, caso o Ministério Público Federal ofereça denúncia.

5.3. NA DEFESA DO ACESSO À SAÚDE

No campo da saúde, a Defensoria Pública vem participando de audiências públicas, através das Defensorias Públicas estaduais e da Defensoria Pública da União, para tratar sobre os problemas existentes no subsistema de saúde indígena, além do ingresso de ações judiciais buscando a garantia de acesso à saúde aos indígenas.

No ano de 2013, a Defensoria Pública da União, através do “ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva da DPU no Maranhão” participou de audiência pública que contou com a participação de 350 indígenas de diversas etnias, e segundo o Defensor Público titular daquele ofício:

“o principal objetivo da audiência foi ouvir os diferentes grupos indígenas quanto à atual política de saúde voltada a essas populações no Maranhão. Houve ampla oportunidade para que as lideranças indígenas apresentassem críticas ao serviço hoje existente e sugerissem modificações no sistema, para que seja adequado às reais necessidades dos povos indígenas e para que chegue às regiões que hoje ainda se veem sem assistência”.⁸¹

No estado da Bahia, a Defensoria Pública estadual, através dos Defensores em atuação no polo de Ilhéus, vem desenvolvendo um trabalho de acompanhamento e interlocução de conflitos com os indígenas da etnia Tupinambá. Em maio de 2014, os indígenas ocuparam o Polo Base da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) na cidade de Ilhéus. Na ocasião a Defensoria Pública, através dos defensores em atuação naquele município, realizou a interlocução de um acordo com os representantes da Sesai e dos indígenas, para que a Secretaria solucionasse os problemas de saúde dos indígenas daquele município.⁸²

5.4. NA DEFESA DO ACESSO À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Diversas são as notícias que relatam que os indígenas de todo o Brasil encontram dificuldades junto ao INSS, quando recorrem ao órgão buscando algum benefício previdenciário.

Neste sentido, segundo notícia vinculada no sítio da Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública da União no Ceará obteve acordão no mês de março de 2014, em favor de uma indi-

81 “Sistema de Saúde Indígena é discutido no Maranhão”, reportagem acessada pelo site: <<http://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/100636335/sistema-de-saude-indigena-e-discutido-em-audiencia-publica-no-maranhao>>. Acessado em 30 de agosto de 2014.

82 “Indígenas Tupinambá ocupam o polo base da Sesai em Ilhéus”, reportagem acessada pelo site: <<http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&cid=7546>>. Acessado em 30 de agosto de 2014.

gena que teve seu pedido de aposentadoria rural negado pelo INSS. Segundo informa a notícia:⁸³

Ao dar entrada em seu pedido de aposentadoria, M. F. S., que é indígena e realizava atividade agrícola de subsistência há 40 anos, apresentou certidão emitida pela Fundação Nacional do Índio (Funai) comprovando essas condições. No entanto, mesmo com o documento, o INSS alegou falta de comprovação legal do efetivo exercício da atividade rural. “A certidão emitida pela Funai – que atesta o trabalho na agricultura e garante a condição de segurado especial – por si só, já deveria ser suficiente para comprovar o exercício da atividade laboral, mas, infelizmente, esse documento ainda não está tendo a aceitação ideal”, ressaltou o defensor Eduardo Negreiros, responsável pelo caso. Atualmente, a unidade trabalha em aproximadamente 60 casos como esse, que estão ligados a indeferimentos de benefícios previdenciários a indígenas. Os mais comuns tratam de aposentadoria e também de salário-maternidade. **De acordo com Daniel Gomes, sociólogo da DPU, a falta de reconhecimento desses direitos, tanto pelo INSS como pela Justiça, acontece porque ainda há uma visão idealizada dos povos indígenas e um conhecimento limitado sobre suas práticas de agricultura, que têm muitas diferenças em relação às do não índio.** Para tentar solucionar esse problema, a DPU no Ceará faz todo o acompanhamento das demandas que chegam até a unidade. Além das orientações sobre os procedimentos a serem tomados, profissionais do núcleo são responsáveis por irem até as áreas agrícolas para colher depoimentos, tirar fotos e elaborar pareceres sociológicos com o objetivo

83 “Indígena consegue aposentadoria como segurada especial”, reportagem acessada pelo site: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21085:indigena-consegue-concessao-de-aposentadoria-como-segurada-especial&catid=79&Itemid=220>. Acessado em 30 de agosto de 2014.

de construir provas para a análise judicial. “O objetivo é promover uma sensibilização sobre as questões referentes às vivências e cultura dos indígenas”, disse Daniel. “Também é função do nosso trabalho prestar um esclarecimento entre as partes envolvidas, fazendo as interpretações dos termos jurídicos aos indígenas e a tradução de sua linguagem aos juízes, de forma a tentar facilitar a comunicação entre eles”, completou o sociólogo (grifo nosso).

Em Porto Alegre, a indígena G. K. O. T., procurou a Defensoria Pública da União (DPU), pois seu pedido de auxílio-maternidade fora negado administrativamente pelo INSS. Na ocasião o instituto alegou que a indígena não conseguiu comprovar atividade que a enquadrasse como segurada, bem como possuía idade inferior à prevista pela Constituição Federal para o exercício de atividade laborativa, pois a assistida tinha na ocasião do pedido administrativo 15 anos de idade, quando a idade mínima para o exercício do trabalho é de 16 anos.

Segundo o Defensor Público em atuação no município de Porto Alegre:

Foi comprovado fartamente no processo que a autora era segurada obrigatória do INSS, uma vez que desenvolvia atividade rural e artesanato junto à comunidade indígena Kaingang, em Porto Alegre, em regime de economia familiar. Após a comprovação, foi determinada a concessão do benefício pleiteado a ser pago de uma só vez por meio de requisição de pequeno valor.⁸⁴

Quanto à idade mínima para o exercício do trabalho, entendeu a juíza da 12^o Vara da Comarca de Porto Alegre:

84 “Indígena tem direito ao salário-maternidade reconhecido”, reportagem acessada pelo site: <<http://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/114969224/indigena-tem-direito-ao-salario-maternidade-reconhecido>>. Acessado em 12 de agosto de 2014.

Em relação à idade da assistida, o defensor cita a decisão proferida pela juíza federal, da 12ª Vara Federal. “Em que pese o artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, que veda o trabalho do menor de 16 anos, é consabido que na comunidade indígena é culturalmente aceito que crianças e adolescentes auxiliem na produção de alimentos e artesanato, impedindo a observância da norma ante a necessidade de sobrevivência do grupo. Assim, não se pode penalizar o cidadão alijado do sistema com o fundamento de que a negativa do direito decorre, exatamente, do fato de ele não conseguir cumprir a norma que o protege, ante a necessidade premente de manter-se”.⁸⁵

5.5. NA DEFESA DO ACESSO AOS DIREITOS CULTURAIS

O elemento cultural compõem-se de quatro itens, sendo eles: costumes, línguas, crenças e tradições, tendo esse elemento uma dimensão interna, no que tange à garantia dos indígenas de terem protegidos sua cultura e o elemento externo que consiste no direito de todos os brasileiros terem conhecimento a diversidade cultural existente.⁸⁶

Dois casos emblemáticos de atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos culturais e em suas tradições dizem respeito à atuação da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, bem como a Defensoria Pública estadual do Rio de Janeiro na defesa dos indígenas que ocuparam o antigo prédio do museu do índio no Rio de Janeiro, e o segundo caso diz respeito à atuação da Defensoria

85 “Indígena tem direito ao salário-maternidade reconhecido”, reportagem acessada pelo site: <<http://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/114969224/indigena-tem-direito-ao-salario-maternidade-reconhecido>>. Acessado em 12 de agosto de 2014.

86 FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 18.

Pública do Pará, através do Grupo de Trabalho de Belo Monte, no município de Altamira.

No primeiro caso, a Defensoria Pública da União atuou na defesa dos interesses das populações indígenas que ocuparam o antigo museu do índio, localizado nas proximidades do estádio olímpico do Maracanã, cujo objetivo do governo do estado do Rio de Janeiro e do município do Rio era realizar a demolição do prédio histórico, para a construção de um estacionamento. Após muita luta, seja no campo jurídico, seja no campo político-social, o governo do estado e o município procederam com o tombamento da área, contudo os indígenas que lá estavam foram expulsos violentamente por policiais, após decisão judicial no sentido de conceder a reintegração de posse ao governo do estado.

No caso de Belo Monte, segundo o Professor Assis da Costa Oliveira:

A Defensoria Pública do estado do Pará (DPE/PA), por meio do Grupo de Trabalho Belo Monte (GT Belo Monte), instituído em 2011, passou a atuar na defesa desta população atingida e/ou afetada pelas obras de construção e implantação da UHE Belo Monte, recebendo diversas denúncias em relação ao descaso das reformas ou ampliação dos setores de educação, saúde, saneamento básico e segurança pública no município de Altamira/PA, definidas como condicionantes; à insatisfação dos moradores de comunidades de agricultores e de ribeirinhos que serão desapropriados na VGX devido a tabela de preços oferecida pelo empreendedor para calcular a indenização de cada pessoa está muito aquém dos preços de mercados e daquilo que eles consideram justo; ao aumento desproporcional dos preços de aluguéis, terrenos e propriedades que tem tornado impossível à manutenção do direito à moradia para diversos segmentos da população local, especialmente aqueles oriundos de povos e comuni-

dades tradicionais que habitam a cidade de Altamira/PA; e as precárias condições de trabalho no canteiro de obra da hidrelétrica, com informações de acidentes de trabalho, coerção aos trabalhadores que realizam greves e demissões sumárias que são acobertadas para não chegarem ao conhecimento da opinião pública e das instituições competentes. A DPE/PA, por meio do GT Belo Monte, passa a atuar num contexto de andamento da construção da UHE Belo Monte e intervêm, com medidas judiciais e extrajudiciais, para defender os direitos das pessoas e dos grupos de baixa renda que sofrem os efeitos socioambientais do período atual de instalação do empreendimento. Não há, aqui, atuação mais qualificada ou radical no sentido de propor a paralisação do empreendimento, mas apenas de tentar minimizar os efeitos negativos que ele tem gerado, ajudando a população a garantir os direitos “restantes” num cenário tão adverso para a defesa dos direitos humanos e do etnodesenvolvimento.⁸⁷

6. CONCLUSÃO

A Defensoria Pública possui diversas atribuições, ao contrário do que pensa o senso comum. A atribuição da Defensoria Pública na defesa dos direitos dos usuários do serviço público oferecido pela instituição vai além do ingresso com ações judiciais, seu objetivo maior é a resolução dos conflitos, garantindo a efetivação de direitos fundamentais aos grupos em condição de vulnerabilidade.

87 OLIVEIRA, Assis da Costa. Assessoria jurídica popular e etnodesenvolvimento: acesso à justiça no cenário dos povos e comunidades tradicionais da Amazônia. In: ROCHA, Amélia Soares da (orgs.) [et al.]. Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça. Fortaleza: Dedo de Moças Editora e Comunicação Ltda.: 2013, p. 525-526.

Comumente a Defensoria Pública era vista como um grande escritório de advocacia, muitas vezes os Defensores Públicos foram vistos de forma preconceituosa como “defensores de bandidos”.

Com o passar do tempo, com as mudanças sociais e econômicas a Defensoria Pública passou a atuar como instituição responsável em defender uma parcela da sociedade excluída do modo de produção capitalista, qual seja, as pessoas em condições de vulnerabilidade.

Crianças, adolescentes, idosos, deficientes, mulheres vítimas de violência, pessoas em situação de rua, ribeirinhos, dentre outros que comumente são vistos como “minorias”, como os indígenas, passaram a encontrar na Defensoria Pública um instrumento de garantia e efetivação de seus direitos, seja individualmente ou coletivamente.

A Constituição como um sistema jurídico apresenta-se de forma sistêmica, e desta forma as instituições constituídas constitucionalmente guardam em seus objetivos institucionais os objetivos da República Federativa do Brasil, tais como a erradicação da pobreza, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste sentido, a proteção e a defesa dos grupos vulneráveis, cabem a todas as instituições, contudo, como vimos, o legislador constitucional inovou ao criar uma instituição que tem como objetivo principal a defesa dos direitos das pessoas hipossuficientes e vulneráveis, sendo expressão e instrumento do regime democrático, regime este que reconheceu a existência de diversas culturas, organizações sociais e uma pluralidade de expressões jurídicas.

Outrora a Funai era o único órgão responsável pelos indígenas, contudo, no momento em que a Constituição Federal renega o paradigma da aculturação e assimilação, recepcionando o multiculturalismo, reconhece, portanto, às populações indígenas uma cidadania diferenciada. Neste sentido, possibilita que os interesses e direitos dos indígenas sejam defendidos por suas organizações so-

ciais, bem como por todos os indígenas, o que os faculta a recorrerem inclusive a Defensoria Pública.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar aos Defensores Públicos e à sociedade que assuntos referentes aos indígenas dizem respeito a toda a sociedade cabendo a cada um de nós lutar contra toda forma de discriminação e assimilação.

7. REFERÊNCIAS

ANAYA, S. James. Cenário internacional: Os direitos humanos dos povos indígenas. In: ARAÚJO, Ana Valéria et alii. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação continuada, alfabetização e diversidade. Laced/Museu Nacional, 2006.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de julho de 2014.

COELHO, Elizabeth Maria Beserra. **Estado Nacional e cidadania diferenciada**. Disponível em <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=3970&Itemid=319>. Acessado em 12 de agosto de 2014.

CUMBRE JUDICIAL. **REGRAS DE BRASÍLIA – VERSÃO REDUZIDA: Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade**. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

CUMBRE JUDICIAL. **RELATÓRIO GERAL SUMINÁRIO: Análise das 100 regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça no Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile: o acesso à justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade**. Disponível em: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=77405&folderId=77959&name=DLFE-4618.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2014.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da defensoria pública: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

GHAI, Yash. Globalização, Multiculturalismo e Direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (orgs.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Núria Belloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/e_book.pdf>. Acessado em 3 de agosto de 2014.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. In.: ARAÚJO, Ana Valéria et alii. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação continuada, alfabetização e diversidade. Laced/Museu Nacional, 2006.

LIBERATO, Ana Paula; GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (org.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HORRMANN, Maria. **Além da tutela: Bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contracapa Editora. Disponível no *site*: <<http://laced.etc.br/site/acervo/livros/alem-da-tutela-iii/>>. Acessado em 15 de agosto de 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A contribuição da teoria do multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf>. Acessado em 21 de agosto de 2014.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Assessoria jurídica popular e etnodesenvolvimento: acesso à justiça no cenário dos povos e comunidades tradicionais da Amazônia. In: ROCHA, Amélia Soares da (org.) [et al.]. **Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça**. Fortaleza: Dedo de Moças Editora e Comunicação Ltda.: 2013.

PONTES, Reinaldo Nobre. **Cidadania X pobreza a dialética dos conceitos na política social na era FHC**. – 1ª ed. – Curitiba: Appris, 2013.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Defensoria Pública: Um caminho para a cidadania.** Disponível em: <http://yv6n-gb2y.accessdomain.com/media/DEFENSORIA-P%C3%9ABLICA-UM-CAMINHO-PARA-A-CIDADANIA.pdf>. Acessado em 11 de julho de 2014.

ROCHA, Amélia Soares da; BESSA, Francilene Gomes de Brito. Defensoria Pública brasileira: Realidades e perspectivas. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (orgs.). **Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções públicas essenciais à justiça.** Curitiba: Letra da Lei, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org.). **Uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90.** 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA NOVEL INSTITUIÇÃO DE PROMOÇÃO DE JUSTIÇA, A DEFENSORIA PÚBLICA

LUCIANO MORGADO GUARNIERI¹

¹ Defensor Público do estado de Minas Gerais (DPMG), graduado em Direito pela FDUSP, atuante na área criminal/Plenário do Júri.

“A coragem da verdade e a fé no poder do Espírito são a primeira condição da filosofia. O homem, já que é Espírito, pode e deve considerar-se como digno de tudo o que há de mais sublime. Nunca poderá super-estimar a grandeza e o poder de seu Espírito. E, se dispuser dessa fé, nada terá força e resistência suficientes para escapar de revelar-se a ele” (Hegel, 1816).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende conscientizar da necessidade de políticas públicas para promoção e efetivação dos direitos humanos no Brasil em todas as suas dimensões. A ausência de uma instituição aparelhada com autonomia funcional e administrativa e com iniciativa de sua proposta orçamentária, qual seja, as Defensorias Públicas, torna muito difícil que tal objetivo seja alcançado. Não se pode conceber que a frase do poeta romano Ovídio (43 a.C. a 18 d.C.) *cura pauperibus clausa est* (o tribunal esta fechado para os pobres), esteja viva e cheia de veracidade nos dias hodiernos.

Nos últimos anos de nossa jovem democracia (pós-Constituição de 1988) o arcabouço legal evoluiu, mas infelizmente em passos muito lentos, e não atingiu as necessidades a contento.

O índice de desenvolvimento, perspectiva adotada pela Organização das Nações Unidas, requer providências urgentes em nosso país, para a redução das desigualdades sociais e diminuição da pobreza. O conceito do empoderamento legal do pobre realizado na sede da ONU em Nova Iorque, inspirado na ideia de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen.

A necessidade de uma Defensoria Pública forte é *conditio sine qua non* para o acesso à justiça de qualidade em favor dos necessitados, excluídos, pessoas em situação de vulnerabilidade de forma individual ou coletiva, sendo cumprido, dessa forma, o mínimo para preservação dos Direitos Humanos Fundamentais no País.

PALAVRAS-CHAVE

Efetividade; Direitos Humanos; Promoção; Justiça; Defensoria Pública.

2. BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA E AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A ideia de direitos humanos remonta a tempos imemoriais, entretanto, apenas ganha formato e se torna discussão nas sociedades após a aceitação das ideias cristãs pelos Estados. Anteriormente a esse período, os hebreus, os gregos, os romanos, dentre outros povos, discutiam as questões de relação humana sempre ligadas por um critério segregalista, relacionados à religião, cidadania, etnia ou classe social.

No entanto, mesmo com a difusão da doutrina cristã e com o crescimento da Igreja Católica e, posteriormente, com as Igrejas Reformistas, ganha espaço, no espectro social, um modo até então diferente de convivência humana. À época, esse modo de convivência, estava muito ligado à questão religiosa do ser humano. Entretanto, deve-se salientar que mesmo as Igrejas de Cristo contribuíram e difundiram formas discriminatórias na história da humanidade de cunho étnico-racial e social.

Ademais, a contribuição positiva do movimento reformista fora salutar no que derivou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Como bem menciona Ari Marcelo Solon:

“(...) foi nos Estados Unidos da América que se deu, pela primeira vez, o reconhecimento jurídico dos Direitos Humanos nas antigas cartas das colônias (denominadas posteriormente de Bill of Rights) que precedem as próprias Constituições dos estados americanos promulgadas a partir de 1776 (Virgínia) e a Declaração Francesa de 1789. Ela inspirou, inclusive, a ideia puramente jurídica de fixar, por meio da lei, em

Direito Humano geral, precisamente pela incorporação solene da Declaração na futura Constituição.²

Posteriormente,³ coube a Grócio a laicização do direito natural no continente europeu. Na verdade, acontece uma mudança do critério de fundamentação jusnaturalista. Ocorre a migração do aspecto teleológico tomista (as ideias defendidas por São Tomás de Aquino) para o critério racional (a razão como fundamento). Logo após, esse novo conceito proposto migra para as sociedades organizadas.

Entretanto, o que chamamos de direitos humanos modernos, por assim dizer, historicamente reconhecidos na Europa, foram inspirados nos ideais iluministas (Locke, Rousseau, dentre outros) que influenciaram de forma mais direta a política francesa, resultando com a queda da Bastilha e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

A concretização dos direitos humanos, como bem assevera Alberto do Amaral Júnior, citando Norberto Bobbio, foi obra do constitucionalismo do final do século XVIII, que desejou organizar o Estado com base na liberdade e igualdade entre os cidadãos.⁴

A Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão é, realmente, um divisor de águas no tocante à evolução dos direitos humanos, mas, infelizmente, permaneceu no campo das ideias durante mais de um século, entretanto, influenciou de forma direta grandes filósofos da era moderna, como Kant, Hegel, dentre outros.

A sociedade internacional apenas passa a se preocupar em discutir direitos humanos, de uma forma organizada e pormenorizada, após a Segunda Guerra Mundial, infelizmente devido aos abusos praticados durante esse período. O holocausto judaico exigiu uma manifestação efetiva da comunidade internacional. Evidente

2 SOLON, Ari Marcelo. *Direito e Tradição, O legado grego, romano e bíblico*. Ed. Campus, p. 60, 2009.

3 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos fundamentais*. Ed. Saraiva, p. 10, 1998.

4 AMARAL JUNIOR, Alberto. *Comércio Internacional e Proteção ao Meio Ambiente*. Editora Atlas, 1ª ed. 2011, p. 81.

que não se deve esquecer dos abusos praticados pelos governos comunistas e socialistas, nos estados soviéticos da cortina de ferro, na China, dentre outros.

Em 10 de dezembro de 1948, a sociedade internacional se reúne em Nova Iorque nos Estados Unidos da América, institui a Organização das Nações Unidas e edita a Declaração Internacional dos Direitos Humanos.

Como bem observa Norberto Bobbio, os direitos humanos não são um dado da natureza ao modo do jusnaturalismo. São um construído jurídico historicamente voltado para o aprimoramento político da convivência coletiva⁵. Após certo consenso a respeito dos direitos humanos essenciais, a comunidade internacional, advinda com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, a Conferência de Viena da Organização das Nações Unidas, de 1993, teve a missão de reforçar e adensar os conceitos, nos dizeres de Celso Lafer⁶, e consagrou o caráter de universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento inerentes aos direitos humanos.

Entretanto, há muito tempo as políticas de desenvolvimento humano estão centradas no crescimento, tão somente, econômico, correndo por um caminho paralelo aos direitos humanos que, se reconhecidos sua importância dentro de um conjunto de princípios e normas já existentes, embasam uma nova concepção de desenvolvimento.

3. PERSPECTIVA DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

O desenvolvimento humano, perspectiva adotada pelas Nações Unidas com a criação do IDH (Índice de Desenvolvimento

5 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Editora Campus, Nova Edição 13ª triagem. 2004, p. 23.

6 Idem 3, p. IX.

Humano) em 1990, considera que o desenvolvimento deve estar centrado nas pessoas e em suas opções, aumentando suas funções e capacidades.

Esse novo paradigma de desenvolvimento se vê fortalecido pelo enfoque dos direitos humanos, que nos permite superar a concepção de desenvolvimento baseado nas necessidades. Este enfoque não se limita à caridade ou apenas ao desenvolvimento econômico, mas sim a um processo de fortalecimento e de capacitação daqueles que não gozam de seus direitos, para que os pleiteiem e que sejam responsáveis para que os cumpram.

O novo enfoque requer orientar o desenvolvimento fazendo processos de troca social e política para modificar as iniquidades estruturais e outras causas que impedem a exclusão da miséria.

Os direitos humanos estão diretamente relacionados com o desenvolvimento humano, já que os primeiros não incluem apenas as formulações jurídicas e os instrumentos de direito internacional senão os meios em que se colocam em meio as estratégias de desenvolvimento, onde todos podemos decidir em que tipo de sociedade queremos viver.

O enfoque do desenvolvimento baseado nos direitos humanos sustenta que uma pessoa é pobre porque se viola seus direitos a uma alimentação digna, saúde, a educação, a informação, a participação, dentre tantos outros. A miséria é entendida como algo maior do que falta de recursos ou rendimentos, é a manifestação da exclusão e a falta do poder de decidir.

A Declaração de Viena, aprovada na Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, estipula que “*a pobreza extrema e a exclusão social constituem um atentado contra a dignidade humana*”. Desse modo, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas define a pobreza como: “*Uma condição humana caracterizada pela privação persistente ou crônica de recursos, capacidades, opções, segurança (seguridade) e poder necessários para o gozo de um nível de vida adequado e a realização dos direitos da pessoa*”.

O enfoque dos direitos classifica as pessoas como atores com potencial para dar forma a seu próprio destino e define a pobreza como a exclusão social que impede essa ação. Para superar a pobreza, é preciso identificar quais são os obstáculos do sistema e as barreiras estruturais.

Em primeiro lugar, deve-se buscar as causas que geram e perpetuam esta situação de vulnerabilidade e exclusão social a partir da qual se facilita a violação dos direitos humanos. Essas causas, normalmente, estão relacionadas com a discriminação e a falta da igualdade e equidade social.

Em segundo lugar, deve-se identificar quais são os melhores mecanismos para a denúncia e a exigibilidade dos direitos e para criar as capacidades humanas e institucionais que permitam implementar ações dirigidas à satisfação dos direitos.

O enfoque dos direitos humanos e o desenvolvimento constituem um conjunto de princípios e ferramentas para lograr um desenvolvimento cuja principal finalidade é de alcançar a dignidade humana para todos, especialmente para as pessoas que vivem em maior estado de vulnerabilidade.

Não existe apenas um enfoque de direitos, entretanto, podemos encontrar diversas definições sobre o mesmo tema. Na ONU fora possível o consenso a respeito de um entendimento comum das agências que compõem a organização internacional, segundo o qual todos os seus programas *“devem aumentar a realização dos direitos humanos e devem estar guiados por estandartes e normas de direitos humanos, levando em conta as responsabilidades dos titulares de obrigações e a capacidade dos titulares de direitos para reclamar seus direitos”*.

Outras definições são menos legalistas e apontam a uma troca nas relações de poder. No caso da agência de cooperação inglesa DFID (Department For International Development - UK) o enfoque significa informar e capacitar às pessoas para que tomem suas próprias decisões, para requerer seus direitos a ter oportunidades e serviços disponíveis de qualidade através de estratégias de desenvolvimento em favor dos excluídos economicamente.

Como bem menciona Guilherme de Almeida, um estudo realizado no âmbito da ONU, que não pode deixar de ser mencionado, é o relatório elaborado pela Comissão de Empoderamento Legal do Pobre (Legal Empowerment of the Poor), intitulado “Fazendo a lei trabalhar para todos”. A criação dessa Comissão é a primeira iniciativa global com foco na ligação existente entre exclusão, pobreza e direito. Essa Comissão é patrocinada por um grupo de países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A Comissão de Empoderamento Legal do Pobre, em seu relatório, define o significado do termo da seguinte forma:

“(...)cuida-se do processo pelo qual o pobre torna-se protegido e é capaz de usar a lei para proteger seus direitos e seus interesses, tanto em relação ao Estado como em relação ao mercado. Ele inclui o pobre tornando expressos seus plenos direitos e consolidando as oportunidades que surgem a partir disso, por meio de apoio público e pelo seus próprios esforços, assim como de esforços de apoiadores e de redes mais amplas. Empoderamento legal é a abordagem baseada no país e no contexto específico, que tem lugar tanto em níveis nacionais como locais”.

E ainda, o próprio relatório fornece a fonte de inspiração, ao relatar que:

“A proposta de Amartya Sen de desenvolvimento como liberdade é virtualmente sinônima de empoderamento político, social e econômico de pessoas fundamentado em direitos humanos. Desenvolvimento assim entendido tanto como um imperativo moral quanto, de acordo com Sen, como a rota para a prosperidade e para a redução da pobreza”.

De uma forma geral, pode-se deduzir que o enfoque dos direitos implica um olhar de desenvolvimento mais integral, onde o ser humano já não é visto apenas como um beneficiário de ações de desenvolvimento, e, sim como um sujeito de direitos. Dessa forma, o enfoque identifica toda a sociedade como responsável a fazer cumprir os direitos das pessoas em situação de hipossuficiência.

Deve-se ressaltar que a maioria dos Estados democráticos modernos ocidentais providenciaram a inclusão ao direito pátrio, normas internacionais de direitos humanos em suas Constituições. Parte da doutrina constitucional denomina de direitos fundamentais, dividindo-os em gerações ou dimensões.

Entretanto, a maioria dos constitucionalistas entende que as normas de direitos fundamentais (direitos humanos no âmbito interno) se dividem em normas de eficácia plena, mediata e programáticas, dentre outras definições, no entanto todos concordam na essência, ou seja, que o texto Constitucional é composto de normas que são aplicadas de forma imediata, outras dependem de complementação legal para serem efetivadas (através de leis ordinárias ou leis complementares) e, aquelas que servem de norte, parâmetro, objetivo a ser alcançado pelo Estado.

No que tange às normas referentes aos direitos humanos de primeira geração, existe certo consenso doutrinário de que são autoaplicáveis e devem ser respeitados por todos, especialmente pelos Estados, são na essência os direitos ligados à liberdade dos cidadãos. A problemática gira em torno dos direitos humanos de segunda, terceira e para alguns doutrinadores os de quarta geração (dimensões).

Como bem lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷, os direitos humanos de primeira, segunda e de terceira geração constituem na realidade, os ideais cunhados na Revolução Francesa, quais sejam: “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”.

Os direitos humanos de primeira geração ou dimensão estão ligados às liberdades públicas (direitos individuais), que constituem o núcleo dos direitos fundamentais.

7 Idem 3.

Os direitos humanos de segunda geração estão ligados aos direitos econômicos e sociais. A Constituição alemã de 1919, conhecida como Weimar, é o primeiro documento jurídico que consagra os direitos sociais e econômicos como fundamentais. Entretanto, deve-se ressaltar que a Igreja católica através da encíclica *rerum novarum*, editada em 1891 pelo papa Leão XIII, que fora conhecida como doutrina social da Igreja, que na verdade, retoma a tese de São Tomás de Aquino da vida humana digna, chegando a afirmar que o reconhecimento desses direitos por parte dos Estados **são essenciais para a dignidade do ser humano.**

Os direitos humanos de terceira geração são conhecidos como os novos direitos fundamentais de solidariedade que, como bem menciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“são na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração – a terceira –, a dos direitos fundamentais” (Grifo).⁸

Paulo Bonavides, enxerga uma quarta dimensão dos direitos humanos que estaria intimamente ligada ao direito à Democracia, ao direito a informação e ao Pluralismo, que, na verdade, conforme palavras do próprio Bonavides, **constituem a verdadeira institucionalização do Estado Social.**⁹

Porém, Norberto Bobbio, em *A Era dos Direitos*, já afirmara que:

“Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico:

8 Idem 3, p. 57.

9 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 2002. Ed. Revista dos Tribunais.

sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

Portanto, não há que se falar em Estado Democrático de Direito, sem a realização de fato dos direitos individuais e sociais, garantindo aos cidadãos as oportunidades de se desenvolver com fundamento na dignidade da pessoa humana.

4. PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE

A ONU tem uma preocupação de que não somente os direitos humanos de primeira geração sejam observados, mas também os demais, pois possuem característica de interdependência.

Não basta que os Estados não façam o mal aos seus concidadãos, mas, sim, que colaborem para o bem de todos e contribuam para a redução das desigualdades sociais e erradicação da miséria.

É sabido que os homens não nascem iguais em sua essência como se acreditava no limiar das Revoluções liberais e de que a hipossuficiência de alguns requer a atuação efetiva do Estado no objetivo de reduzir a desigualdade social, primado Constitucional e dos direitos humanos universais.

O Brasil é signatário de todos os Tratados que versam sobre direitos humanos no âmbito da ONU, no entanto, infelizmente, ainda engatinha para efetivar as políticas públicas necessárias para o devido cumprimento.

A Defensoria Pública é um instrumento necessário e fundamental para dar cumprimento ao ideal de justiça distributiva.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) através da Resolução 2656, deliberou em Assembleia Geral sediada na cidade de San Salvador em El Salvador, no período de 5 a 7 de junho de 2011, sobre as garantias de acesso à justiça e o papel dos Defensores Públicos oficiais.

O texto aprovado leva em conta a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e tendo presentes todas as disposições pertinentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em suas respectivas áreas de aplicação, os direitos humanos e liberdades fundamentais, observando que devem ser respeitados, sem distinção alguma.

A Resolução destaca que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe a obrigação dos Estados Partes de editar as disposições legislativas ou de outra natureza que se façam necessárias para tornar efetivos os direitos reconhecidos no Pacto. E afirma o caráter universal, indivisível e interdependente dos direitos humanos.

A resolução destaca que os Estados-membros têm a obrigação de respeitar e garantir o exercício dos direitos reconhecidos nos tratados internacionais em que são partes e em suas legislações internas, eliminando os obstáculos que afetem ou limitem o acesso à defensoria pública, de maneira que se assegure o livre e pleno acesso à justiça.

No corpo da importante resolução encontramos uma consideração que reafirma o acesso à justiça, como direito humano fundamental e também reconhece que é o meio que possibilita restabelecer o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados, e salienta, ao mesmo tempo, que o acesso à justiça não se esgota com o ingresso das pessoas na instância judicial, mas que se estende ao longo de todo o processo, o qual deve ser instruído segundo os princípios que sustentam o Estado de Direito, como julgamento justo, e se prolonga até a execução de sentença.

Após outras importantes observações, resolve através de nove tópicos ou regras a serem observadas pelos Estados democráticos signatários, a seguir expostos:

I. Afirmar que o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados.

II. Apoiar o trabalho que vêm desenvolvendo os Defensores Públicos oficiais dos Estados do Hemisfério, que constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do acesso à justiça e à consolidação da democracia.

III. Afirmar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade.

IV. Recomendar aos Estados-membros que já dispõem do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os Defensores Públicos oficiais gozem de independência e autonomia funcional.

V. Incentivar os Estados-membros que ainda não disponham da instituição da Defensoria Pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos.

VI. Instar os Estados a que promovam oportunidades de cooperação internacional para o intercâmbio de experiências e boas práticas na matéria.

VII. Incentivar os Estados e os órgãos do sistema interamericano a que se promovam a celebração de convênios para a oferta de capacitação e formação dos Defensores Públicos oficiais.

VIII. Apoiar o trabalho da Associação Interamericana de Defensorias Públicas (Aidef), no fortalecimento da defesa pública nos Estados-membros.

IX. Solicitar ao Conselho Permanente que informe o Quadragésimo Segundo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral sobre a implementação desta resolução, cuja execução estará sujeita à disponibilidade de recursos financeiros no orçamento – programa da Organização e de outros recursos.¹⁰

De fato, tal Resolução é precisa ao destacar seus objetivos aos Estados signatários e, principalmente, reconhece que as implementações legal e estrutural são fundamentais para a preservação e efetividade dos direitos humanos, no que tange ao acesso à justiça de qualidade.

5. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA PÁTRIA EM TORNO DA DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE DE AVANÇO IMEDIATO

No Brasil, a revolução legislativa se dá com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nossa constituição democrática pós-ditadura reconhece os direitos internacionais incorporando-os no artigo 5º e de forma difusa por todo o Texto Constitucional em mais de 200 (duzentos) artigos. Deve-se resaltar a nova forma de incorporação dos tratados de direitos humanos em nosso País, trazido pela Emenda Constitucional n. 45¹¹, em seu parágrafo terceiro.

¹⁰ Texto do Quadragésimo Primeiro Período ordinário de sessões – realizado em San Salvador, El Salvador, de 5 a 7 de junho de 2011, OEA, fonte obtida no site da Anadep – Associação Nacional dos Defensores Públicos brasileiros.

Entretanto, o texto original constitucional no que tange à Defensoria Pública instituição fundamental e essencial à Justiça fez muito pouco. No entanto, com a edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2005, a Instituição Defensoria Pública passa, realmente, a ser tratada como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

A Emenda n. 45/2005 determina a autonomia financeira, administrativa e orçamentária das Defensorias Públicas estaduais, com o objetivo de efetivar o acesso à justiça de qualidade aos hipossuficientes economicamente.

Contudo, mesmo com o Texto Constitucional reformado com a nova redação dada aos artigos 134 e 135, dentre outras alterações, não fora suficiente para os Estados-membros efetivassem na prática as autonomias determinadas. Estávamos, novamente, discutindo se tratava de norma de eficácia plena, limitada, programática, dentre outras definições que variam conforme o doutrinador consultado.

O tempo passou e, em 2009, as Defensorias Públicas recebem uma grande conquista, fruto de muita luta junto ao Congresso Nacional e ao Poder Executivo federal, a promulgação da Lei Complementar n. 132/09, *(dá nova redação a Lei Complementar n. 80/94, essa lei organiza as Defensorias Públicas federal e estaduais)* que regulamenta a autonomia financeira, administrativa e orçamentária das Defensorias Públicas estaduais.

A Lei n. 132/09 trouxe vários avanços para a Instituição Defensoria Pública, e o então presidente da Associação dos Defensores Públicos estaduais de Minas Gerais, Felipe Soledade, relatou que:

11 AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: (...) § 2º Às Defensorias Públicas estaduais 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 art. 99, § 2º.” (NR) “Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.” (NR).

*“a Lei Complementar n. 132/09 pode ser considerada a mais moderna lei de organização de uma instituição jurídica no País, trazendo inovações pioneiras como a previsão dos direitos dos usuários de seus serviços e as formas de participação social. Outras inovações que devem ser destacadas são os mecanismos para a promoção da tutela coletiva, inclusive com a prerrogativa de convocação de audiências públicas para que a defesa coletiva dos necessitados expresse melhor a vontade dos grupos vulneráveis. A paridade de armas entre defesa e acusação públicas, inclusive com a previsão de que os membros das respectivas instituições devam ter assento no mesmo plano, norma essa que tem provocado transformações inéditas nos resquícios de um modelo inquisitivo do processo penal brasileiro. A previsão de eleições para formação de lista tríplice para composição da maioria dos membros do Conselho Superior. A determinação de que a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública, vedando a adoção de soluções precárias de terceirização da missão constitucional da Defensoria Pública e do papel de agentes políticos de estado de seus membros”.*¹²

Contudo, a maior inovação trazida pela Lei n. 132/09 pode ser percebida pela nova redação dada ao artigo primeiro da Lei Complementar n. 80/94, senão vejamos:

“art. 1 - A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em

12 Revista da Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais, 3ª edição, 2009.

todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do artigo 5 da Constituição Federal” (Grifou)¹³.

Percebe-se que a função de representação judicial do assistido de forma individual passa a ser uma função a mais da Defensoria Pública e não única como outrora.

O novo texto do artigo primeiro da Lei n. 80/94 eleva a Defensoria Pública a instituição instrumental do regime democrático, tendo como função essencial o dever de informar, através da orientação jurídica. A promoção dos direitos humanos em todas as suas variações e vertentes e a defesa função precípua da Defensoria Pública, de forma integral e gratuita, em todos os graus, na forma judicial e extrajudicial de forma individual ou coletiva.

O artigo primeiro da Lei n. 80/04 coloca a Defensoria Pública como instituição responsável pela promoção dos direitos humanos. Utilizando-se de hermenêutica, para um exercício exegético (teleológico e sistemático), percebemos que o legislador determina que o Defensor Público assumira o papel de agente de transformação social.

No mesmo diapasão, fruto também de muita luta institucional, adveio a reforma da lei de execução penal, através da Lei n. 12.313/10. Essa reforma também constitui uma evolução salutar no que tange à atuação das Defensorias Públicas bem como de sua posição como órgão de execução penal.

Alguns Defensores Públicos entendem, inclusive, que a atuação das Defensorias Públicas na execução penal passa a ter uma dimensão muito diferente da de outrora. Segundo estes, a atuação não se resume apenas a tutela jurídica àqueles que não possuem condições financeiras de contratar um advogado.

13 Redação dada pela Lei Complementar n. 132/09.

A tese em debate seria se a participação da Defensoria Pública na execução criminal teria se tornado obrigatória em todos os processos em execução, pois seria o órgão encarregado de fiscalizar se os direitos humanos dos reeducandos estariam sendo preservados.

Evidentemente que essas conquistas legislativas são salutares para que as Defensorias Públicas conquistem o espaço destinado às mesmas como instituição incumbida pela preservação e divulgação dos direitos humanos, entretanto, a questão orçamentária tem impedido esse avanço tão esperado e necessário para a sociedade brasileira.

Um limiar de esperança fora colocado no Parlamento em 2012, o maior avanço orçamentário que já se teve notícia em relação às Defensorias Públicas. Pois, felizmente, em 29 de novembro de 2011, o Senado Federal aprovou em Plenário o projeto n. 225/2011, que daria autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária às Defensorias Públicas dos estados.

O projeto foi proposto pelo senador José Pimentel (PT – CE) e relatado pelos senadores Eunício Oliveira (PMDB – CE) e Benedito de Lira (PP – AL). Esse projeto também altera artigos da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) para inserir as Defensorias nos limites de gastos com pessoal previstos em até 2% (dois por cento) do orçamento do Executivo.

Ato contínuo, o projeto chegou na Câmara dos Deputados, como de esperado, os nossos representantes na Câmara tiveram a mesma sensibilidade dos senadores da República, pois o projeto naquela casa obtivera apenas três votos contrários a sua aprovação.

Entretanto, superando todos os prognósticos, a presidente da República Federativa do Brasil, no apagar das luzes do ano de 2012, vetou *in totum* aquele que seria um divisor de águas, no que tange à efetividade ao direito humano fundamental de acesso à justiça, no que tange ao dever do Estado de estruturar a instituição com a função constitucional legal de efetivar a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos

direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do artigo quinto da *Magna Charta*.

A esperança não esmoreceu no âmbito das Defensorias Públicas de todo o Brasil, principalmente nos núcleos de associações de classe. A Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), iniciou um movimento de derrubada ao veto presidencial no mesmo dia de sua publicação.

O movimento de derrubada ao veto ganhou caráter nacional nos meios de comunicação de massa, como jornais, periódicos, revistas e principalmente, na internet, através de ferramentas como Twitter e Facebook.

Apesar desse movimento ter conquistado deputados e senadores em grande número, deve-se ressaltar que nunca na história republicana democrática do Brasil um veto presidencial fora derrubado!

A aprovação desse projeto significaria para a população menos favorecida a efetividade do pensamento de Hannah Arendt que nada mais é do que efetivar o **direito a ter direitos (humanos)**.

Entretanto, através da união das associações de Defensores Públicos dos estados, da associação dos Defensores Públicos federais e da associação nacional (Anadep), a Emenda Constitucional n. 80/2014 fora aprovada com votação histórica em ambas as casas legislativas, em tempo recorde. A tão esperada emenda à Constituição promoveu uma seção exclusiva para a Defensoria Pública. Dessa forma, a Defensoria passou a ter um tratamento distinto da Advocacia Pública.

O artigo 134 da Constituição Federal, com a nova redação, repete o descrito no artigo primeiro da Lei Complementar n. 80/1994, com redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009. Ou seja, houve a constitucionalização dos princípios e funções basilares da Defensoria Pública, como instrumento fundamental do regime democrático e de promoção dos direitos humanos.

Deve-se ressaltar também a inclusão constitucional dos princípios institucionais da Defensoria Pública, quais sejam: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A determinação da aplicação do disposto no artigo 93 e 96, inciso II, à Defensoria Pública, no que couber. Ora, esse dispositivo equipara aos membros da Defensoria Pública as prerrogativas dos magistrados e membros do Ministério Público, bem como a limitação constitucional de seus subsídios a 95 por cento dos Ministros dos Tribunais Superiores.

Claramente, com a Emenda n. 80/2014, cessou qualquer dúvida sobre a vinculação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, logo pode-se afirmar que a Defensoria Pública é uma instituição constitucional autônoma, sem qualquer subordinação.

Por derradeiro, a Emenda n. 80/2014 incluiu o artigo 98 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dois incisos. Esse artigo determina que o número de Defensores Públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. Dispõe no parágrafo primeiro o prazo de oito anos, aos entes federativos e à União, o dever de providenciar a presença de Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais. E ainda, em seu parágrafo segundo, dispõe que a lotação de Defensores Públicos ocorrerá, prioritariamente, observando os índices de exclusão social e adensamento populacional.

6. CONCLUSÃO

Não obstante os avanços relativos aos Direitos Humanos em âmbito internacional e pátrio, a necessidade de informar, promover, reconhecer e de efetivá-los em nosso país está mais que tardio. Pouco se realizou através de políticas públicas na área de saúde, educação, segurança, dentre outros direitos sociais.

A Defensoria Pública deve contribuir de forma instrumental para a promoção e a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais. Como mencionado por Guilherme de Almeida, lembrando as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *“o acesso a justiça é um verdadeiro direito-garantia, o qual deve servir para a realização de outros direitos. Desse modo, podemos afirmar que é um direito imprescindível para o exercício da cidadania”*.

O Defensor Público como agente de transformação social é o *link* dessa efetividade concreta, devendo instruir, informar, assistir o hipossuficiente(s) e a pessoa(s) em estado de vulnerabilidade, no que tange aos seus direitos e, legitimando-o(s) de forma individual e, quando couber, de forma coletiva, para que concretize o verdadeiro acesso à justiça com qualidade.

O acesso à justiça cuida-se de um direito humano de garantia, que não se refere tão somente ao acesso ao judiciário. O Defensor Público deve levar ao assistido novas esferas de justiça, e as reformas constitucionais e legais o legitimam para tal função fundamental.

Em meio toda a evolução legislativa, principalmente em caráter constitucional, por que passa a Defensoria Pública em nosso País, ocorre naturalmente uma mudança de conceito e da forma de atuação institucional. O Defensor Público não é mais tão somente um advogado dos pobres como era conhecido tanto no meio jurídico como para a sociedade em geral.

O Defensor Público além das funções de defesa dos hipossuficientes econômicos, passa a ser um agente político de transformação social, assumindo dessa forma a busca da realização da dignidade da pessoa humana a todos. Logo, tem legitimidade para representar um número indeterminado de pessoas, ou seja, **quaisquer pessoa em estado de vulnerabilidade**.

Após todos os avanços constitucionais e legais mencionados, não apenas aqueles que não possuem condições de pagar um advogado para tutelar seus interesses em juízo serão assistidos pela Defensoria Pública, mas mulheres em situação de risco, vítimas de violência, idosos, crianças e adolescentes, homossexuais, quaisquer

vítimas de preconceito em razão de cor, sexo, raça, etnia, estrangeiros, exilados políticos, dentre outros.

O Defensor Público estando legitimado para a aplicação de meios alternativos para solução de controvérsias, como conciliações, mediações, dentre outros, deve fazer uso desses meios, no âmbito de seu gabinete, evitando, dessa forma, a contenda judicial contenciosa.

Ao analisar os objetivos da Defensoria Pública, a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades, a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos; a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (Lei n. 80/94 com a modificação dada pela Lei Complementar n. 132/2009), André de Carvalho Ramos conclui:

*“Pelo que foi exposto, vê-se que a missão maior da Defensoria Pública, em um país marcado por desigualdades sociais e negação de direitos no cotidiano, é a defesa de direitos humanos.”*¹⁴

A redução das desigualdades sociais e a erradicação da miséria é um dever dos estados democráticos no âmbito interno e da comunidade internacional em âmbito externo. Toda a sociedade deve trabalhar para alcançar tal objetivo em respeito à dignidade da pessoa humana, a democracia e a paz.

Como bem salienta Michael J. Sandel, professor da Universidade de Harvard e da Faculdade de Direito da Universidade de Paris Phanteon I, Sorbonne, a pouca atenção dada à desigualdade na política contemporânea não reflete o descaso dos filósofos políticos a respeito do tema. Mas existe uma razão maior para tanta preocupação, e completa seu raciocínio:

14 RAMOS, André de Carvalho, *Curso de Direitos Humanos*. Editora Saraiva, 2014, p. 620.

“(...) um fosso muito grande entre ricos e pobres enfraquece a solidariedade que a cidadania democrática requer. Eis como: quando a desigualdade cresce, ricos e pobres levam vidas cada vez mais distintas. O abastado manda seus filhos para escolas particulares, deixando as escolas públicas urbanas para os filhos das famílias que não têm alternativa. Uma tendência similar leva ao afastamento dos privilegiados de outras instituições e de outros serviços públicos. Academias privadas substituem os centros recreativos e as piscinas comunitárias. Os empreendimentos residenciais de alto padrão têm segurança própria e não dependem tanto da proteção da polícia. Um segundo ou terceiro carro acaba com a dependência do transporte público. E assim por diante. Os mais ricos afastam-se dos logradouros e dos serviços públicos, deixando-os para aqueles que não podem usufruir de outro tipo de serviço. Surgem dois efeitos negativos, um fiscal e outro cívico. Primeiro, deterioram-se os serviços públicos, porque aqueles que não mais precisam deles não têm tanto interesse em apoiá-los com seus impostos. Em segundo lugar, instituições públicas como escolas, parques, pátios recreativos e centros comunitários deixam de ser locais onde cidadãos de diferentes classes econômicas se encontram. Instituições que reuniam as pessoas e desempenhavam o papel de escolas informais da virtude cívica estão cada vez mais raras e afastadas. O esvaziamento do domínio público dificulta o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade dos quais depende a cidadania democrática,(...)”¹⁵

O mencionado autor expõe a situação delicada por que passa a sociedade norte-americana atualmente, entretanto, tal situação não é novidade no Brasil e na América Latina desde os primórdios

15 SANDEL, Michael. J. JUSTIÇA. O que é fazer a coisa certa?. Editora Civilização Brasileira. 1ª Triagem. P. 351.

de sua formação passando pelos períodos de colonização, bem como nos monárquicos, republicanos ditatoriais e democráticos.

Para podermos dialogar sobre justiça distributiva e o bem comum necessitamos de que a redistribuição de renda não seja apenas para privilegiar o consumo privado. Deve-se reconstruir as instituições e os serviços públicos, para que ricos e pobres possam usufruir deles igualmente.

Como bem menciona Fábio Konder Comparato, a evolução e afirmação dos direitos humanos:

(...)é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza.¹⁶

A igualdade material pode ser uma utopia para a maioria, mas a igualdade formal é uma falácia injustificável. Não se trata de simples utopia, mas, sim, de preservação da condição humana e sua dignidade. Logo, precisamos diminuir essas desigualdades sociais, econômicas, culturais, de gênero dentre outros através de políticas públicas, e, claro, da necessidade de fortalecimento das Defensorias Públicas.

O presente artigo demonstra que a redução das desigualdades sociais, a preservação da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa e solidária, que garanta de forma efetiva a liberdade dos cidadãos em situação de vulnerabilidade, passa obrigatoriamente por uma Defensoria Pública equipada, organizada, com independência funcional administrativa, com orçamento próprio e adequado.

16 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. Editora Saraiva, 2ª edição, 2001, p. 01.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de. **Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça**. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*. São Carlos, v.2, n.1, jan-jun 2012, p. 83-102.

AMARAL JUNIOR, Alberto. **Comércio Internacional e Proteção ao Meio Ambiente**. Editora Atlas, 1ª ed. 2011, p. 81.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Editora Campus, Nova Edição 13ª triagem. 2004, p. 23.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 2002. Ed. Revista dos Tribunais.

CAPPELLETTI, Mauro e GHARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Editora Saraiva, 2ª Edição, 2001. Pág 01.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos fundamentais**. Ed. Saraiva, 1998, p. 10.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de nosso tempo**. *Revista de Processo* (67), 1992, p. 124-134.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. Editora Saraiva, 2014.

SANDEL, Michael. J. **JUSTIÇA. O que é fazer a coisa certa?**. Editora Civilização Brasileira. 1ª Triagem. P. 351.

SOLON, Ari Marcelo. **Direito e Tradição, O legado grego, romano e bíblico**. Ed. Campus, 2009, p. 60.

A ASSISTÊNCIA JURÍDICA EXPANSIVA E AS FACETAS DA VULNERABILIDADE

MARCELO COSTA FERNANDES DE NEGREIROS¹
RODOLPHO PENNA LIMA RODRIGUES²

1 É Defensor Público no estado de Sergipe. Ex-Defensor Público do estado do Acre. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

2 É Defensor Público de 1ª Classe do estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais. Membro da Comissão de Prerrogativas da Defensoria Pública do estado do Maranhão. Ex-Conselheiro do Provita – Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas do estado do Maranhão.

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade abordar a vulnerabilidade nos seus mais variados aspectos. Os resultados e as conclusões do trabalho foram baseados em uma revisão de doutrina e casos concretos. Entrevistas com pessoas atendidas pela Defensoria Pública nos estados do Acre, Maranhão e Sergipe contribuíram para esses resultados. Os critérios de acesso à Defensoria Pública passam, inevitavelmente, pela análise da vulnerabilidade sob o enfoque da hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional. Sucede que, nos tempos hodiernos, a vulnerabilidade se apresenta em outros campos, em especial na seara processual. Diante do vácuo doutrinário e jurisprudencial sobre a temática, discute-se o processo virtual e os déficits do sistema, defendendo-se a inadmissibilidade da evolução da técnica quando em detrimento do direito, em especial quando há violação às prerrogativas dos Defensores Públicos. Além disso, são retratados os aspectos formais da carta precatória, a fim de resguardar o devido processo legal e os consectários do contraditório e ampla defesa. Discute-se, por fim, a hipossuficiência geográfico-temporal e a desertificação assistencial, envolvendo a temática da (im)possibilidade de atuação do Defensor Público quando a sua atuação transcende os limites territoriais do estado. Defende-se a assistência jurídica gratuita expansiva. Com a Emenda Constitucional n. 80/2014, a Defensoria Pública ganha espaço e força para implementar, de vez por todas, a sua atuação. Assim, temas como estes ganham espaço e merecem discussão para assegurar o direito constitucional à assistência jurídica, como núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana, pertencendo ao mínimo existencial.

PALAVRAS-CHAVE

Vulnerabilidade; Hipossuficiência; Assistência Jurídica Gratuita.

ABSTRACT

This paper analyzes the various aspects of vulnerability - one of the requisites for receiving legal assistance from the Public Defender's Office. The findings and conclusions of this paper were based on a review of specialized literature and case law. Interviews with people assisted by the Public Defender Office in Acre, Maranhão and Sergipe also contributed to those findings. As envisaged in the Brazilian legislation, vulnerability is commonly examined in terms of economic, juridical and organizational criteria. Nowadays, however, other aspects such as the instruments used in legal proceedings can cause or even deepen vulnerability. For this reason, this paper discusses these effects, focusing on the work of Public Defenders. The mandatory use of information technology tools, the formal aspects of letters rogatory, and other procedural requirements may impose constraints to the parties, and even lead to the primacy of technicisms over the parties' rights. In some situations, these requirements can negatively affect the right to defense and due process of law. In addition, the paper discusses the time and location restrictions, particularly the alleged impediment of public defenders to assist their clients before jurisdictions that are not within the state borders. The paper finally analyzes how Constitutional Amendment 80/2014 addresses these issues, representing an important step towards guaranteeing the right of legal assistance to the vulnerable groups.

KEYWORDS

Vulnerability; Free Legal Assistance; Right to Defense.

1. INTRODUÇÃO

Não existe esperança sem luta. Para que exista luta, deve haver ação. E com ação, existem resultados. Então, nada é em vão.

Não poderia ser outro o logradouro a ser seguido e perseguido. A Defensoria Pública transpôs inúmeros obstáculos nos últimos anos, obtendo conquistas aptas a culminar no seu real valor. Em especial, após incessantes lutas, é com a recente promulgação da Emenda Constitucional n. 80/2014³ que nasce o alicerce indispensável para que a Instituição possa, de vez por todas, atingir o grau máximo de universalização de acesso aos necessitados.

Reverencia-se, em sede constitucional, a expansão e a exclusividade da assistência jurídica gratuita. Deveras, a promoção dos direitos humanos, notadamente no combate às injustiças, à pobreza, enfim, aos riscos sociais – espalhados nos quadrantes deste Brasil – será realizada com mais eficácia, uma vez que a alteração potencializa a Defensoria Pública e traz a reboque o arsenal de armas para que os seus objetivos institucionais sejam alcançados.

Já dizia o ministro Celso de Mello, em lapidar voto⁴, que interpretações de normas programáticas não podem transformá-las em promessas constitucionais inconsequentes. Após 26 anos, enfim, uma dívida histórico-constitucional é quitada. A consequência disso tudo é que, ao conferir iniciativa de lei à Defensoria Pública, a

3 “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014). [...]

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.” (Incluído pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014).

4 Recurso Extraordinário n. 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENTA VOL-02013-07 PP-01409).

sua estrutura funcional será robustecida nos mais variados aspectos. Com tais mudanças, o acesso à justiça será ampliado e a vulnerabilidade combatida com mais afinco.

Nada seria alcançado sem que houvesse o denodo e a humanidade de muitos Defensores Públicos, cômnicos do dever de transmutar em ações as demandas de um número cada vez maior de hipossuficientes, ainda quando o estorvo estrutural e a ausência de um corpo de funcionários capacitado aparentavam inviabilizar a atuação defensorial.

Por evidente que muito caminho ainda falta ser percorrido e que abundantes são as dificuldades ainda existentes como, por exemplo, a ausência de estrutura física adequada, a carência de funcionários e de Defensores Públicos, a diferença orçamentária entre as Instituições que compõem o Sistema de Justiça, dentre outras que se manifestam em maior ou em menor escala, muitas delas dificultando o acesso à Defensoria Pública e não resolvendo ou agravando a situação dos hipossuficientes.

A luta não para.

2. CRITÉRIOS DE ACESSO À DEFENSORIA PÚBLICA. A TRÍADE DA VULNERABILIDADE (A HIPOSSU- FICIÊNCIA ECONÔMICA, JURÍDICA E ORGANIZACIONAL)

*“Los pobres normalmente son los más vulnerables en una sociedad, ya que están más expuestos al conjunto de riesgos y al mismo tiempo tienen menos acceso a instrumentos adecuados para enfrentar dichos riesgos”.*⁵

Os critérios de acesso à Defensoria Pública passam, inevitavelmente, pela análise da vulnerabilidade, que se desdobra na análise da hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional.

Vaticina o novel artigo 134 da Constituição Federal que a “Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos *necessitados*, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

Como se vê, a prestação da assistência jurídica está adstrita à cláusula geral *necessitados*, o que torna imperativa a definição de contornos jurídicos ao termo. Neste particular, leciona Judith Martins-Costa que, “considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”.⁶

Portanto, no afã de delimitar a extensão do campo semântico, de rigor é a análise da vulnerabilidade e da hipossuficiência. Com efeito, a primeira evidencia uma fórmula geral, ao passo que a segunda traduz a fórmula específica de vulnerabilidade no caso concreto. Explique-se.

A análise da vulnerabilidade é *conditio sine qua non* para deflagrar a atuação institucional da Defensoria Pública. Trata-se de uma situação de fato, em caráter provisório ou permanente, que condiciona a pessoa a uma situação de carência.

Numa primeira análise, a fim de dar concretude às normas gerais estatuídas na Constituição Federal e na Lei Complementar

5 Serie de Documentos de Discusión sobre la Protección Social. Manejo Social del Riesgo: Un nuevo marco conceptual para la Protección Social y más allá. Robert Holzmann. Steen Jørgensen. Febrero del 2000. Documento de trabajo No. 0006 sobre protección social. Unidad de la Protección Social. Red de Desarrollo Humano. El Banco Mundial.

6 MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional, cit., p. 303.

Orgânica n. 80/1994, as Leis Estaduais preveem os critérios de acesso à Defensoria Pública. À guisa de exemplo do critério de hipossuficiência econômica, a Lei Complementar do estado do Maranhão n. 19 de 1994, em seu art. 1º, § 1º, aduz que se considera “necessitado” o brasileiro ou estrangeiro, residente ou em trânsito, no estado, cuja ineficiência de recursos, comprovadamente, não lhe permita pagar as custas processuais e os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento pessoal e de sua família.

Vale como comprovação, para os efeitos do referido artigo, a prova de uma das seguintes condições: ter renda pessoal inferior a três salários mínimos mensais, ou pertencer à entidade familiar, cuja média da renda *per capita*, mensal, não ultrapasse a metade do valor acima referido.

Conquanto várias legislações estaduais optem por fixar um determinado valor, a verdade é que qualquer indexador abstrato que propenda decidir quem é necessitado ou quem deve ser atendido pela Defensoria Pública é arbitrário, sendo incapaz de antever e abarcar os inúmeros casos que abroham nas mãos dos Defensores Públicos. Qualquer critério matemático falha pela generalidade. Não se quer, contudo, refutá-los *in totum*, por despiciendos. Não se discorda acerca da possibilidade da utilização dos valores fixados como um norte, mas de maneira alguma se admite que esses parâmetros obstem o atendimento de pessoas necessitadas, porquanto muitas vezes os parâmetros legais evidenciam-se desconexos com a realidade fática, casos em que deverão ser desconsiderados. Devem funcionar, portanto, como um piso, em que serão necessitados todos que se encontrarem abaixo do valor fixado. Jamais como teto, pois nesses casos é imperiosa uma análise casuística, não obstante motivada.

Nesse diapasão, Fredie Didier Júnior obtempera que “o Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente”.⁷

⁷ <http://www.frediedidier.com.br/pdf/clusulas-gerais-processuais.pdf>

Assim, cabe ao Defensor Público, a despeito da omissão legislativa ou da inadequação dos parâmetros abstratamente fixados, aferir a necessidade econômica no caso concreto, por meio de decisão devidamente motivada.

Além da análise do perfil sócioeconômico, é mister registrar que a hipossuficiência não se resume tão somente a esse aspecto. Há determinados casos em que a hipossuficiência deriva diante de uma relação jurídica. Cite-se, a título ilustrativo, o exemplo da defesa em processo penal, em que o acusado está em posição de vulnerabilidade frente à acusação. Emerge, assim, a denominada vulnerabilidade sob o enfoque da hipossuficiência jurídica.

Ada Pellegrini Grinover, a esse respeito, já advertia que “não cabe ao Estado indagar se há ricos ou pobres, porque o que existe são acusados que, não dispondo de advogados, ainda que ricos sejam, não poderão ser condenados sem uma defesa efetiva. Surge, assim, mais uma faceta da assistência judiciária, assistência aos necessitados, não no sentido econômico, mas no sentido de que o Estado lhes deve assegurar as garantias do contraditório e da ampla defesa”.⁸

A doutrina de vanguarda, além disso, enuncia a existência da hipossuficiência organizacional para albergar todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. É no campo da hipossuficiência organizacional que a Defensoria Pública deflagra as ações coletivas.

A par de tais considerações, os critérios de acesso à Defensoria Pública passam necessariamente pela análise detida da fórmula geral “vulnerabilidade”, que se desdobra na análise específica da triade da hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência Judiciária e Acesso à Justiça, in: *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª ed., 1990, p. 246.

2.1. A HIPOSSUFICIÊNCIA GEOGRÁFICO-TEMPORAL. DA PROBLEMÁTICA ACERCA DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM CASOS DE CARTAS PRECATÓRIAS INTERESTADUAIS E PETICIONAMENTOS EXTRATERRITORIAIS

A vulnerabilidade não só se resume na análise da hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional. Na prestação da assistência jurídica gratuita surgem diversas indagações de ordem de direito material e processual, além dos limites das atribuições dos Defensores Públicos. Dentre elas, exsurge a celeuma no que toca à prestação de assistência jurídica quando a atuação defensorial transcende os limites do estado.

Certo é que a falta de atuação da Defensoria Pública de determinado estado em unidade jurisdicional situada em outro estado da Federação pode provocar repercussão de gravidade irreparável, principalmente em relação ao assistido intimado ou citado por meio de carta precatória.

Com efeito, a apresentação da peça processual cabível no juízo deprecante pode ser analisada sob, no mínimo, dois aspectos, abaixo referidos.

O primeiro deles concerne à hipossuficiência do assistido que buscou a Defensoria Pública após sua intimação por carta precatória. Em sendo hipossuficiente, tem o direito de ser assistido pela Instituição. Exatamente por esse motivo, a regra é que não possua condições de se deslocar até o local de onde partiu a carta precatória. Por conseguinte, o Defensor Público elabora a peça processual e a encaminha ao juízo deprecante, a fim de garantir o direito constitucional à assistência jurídica (qualificada).

O segundo aspecto, contudo, choca-se com o acima mencionado. Refere-se à existência ou à ausência de atribuição do Defensor Público de um determinado estado para atuar em outro, ainda que de forma esporádica. É acerca desse assunto que reside um grande vácuo doutrinário e jurisprudencial.

É nessa vereda que se descortinam algumas questões nevrálgicas, mormente diante da desértica produção literária acerca do assunto: qual a legitimidade de um Defensor Público de um dado estado interpor uma peça processual em outro estado da Federação? O princípio da Unidade que rege a Defensoria Pública abrangeria tal prerrogativa ou apenas nessa hipótese haveria uma exceção justificada pela necessidade do assistido? E se o magistrado do estado de onde partiu a precatória adotar uma postura legalista-restritiva, não será maior o prejuízo para o assistido, por ter perdido um prazo processual ao se entender que o Defensor Público não poderia ter apresentado aquela peça naquela Comarca? Seria uma solução a ratificação da peça pela Defensoria Pública do estado de onde partiu a precatória? Se o prazo já escoou, como efetivar essa ratificação?

Como consabido, o Defensor Público, órgão de execução da Defensoria, presta assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes que residem na Comarca em que exerce suas atribuições. Eis o algoritmo: em regra, o cidadão munícipe comparece à Defensoria Pública e, enquadrando-se no perfil sócioeconômico (na acepção literal do termo: “hipossuficiente”), será assistido pela Instituição.

Parece ser simples, mas não o é.

A título de ilustrativo, transmudando as indagações abstratas acima mencionadas em questões concretas, abrolham as seguintes indagações: (1) Seria possível ao Defensor Público do estado do Maranhão elaborar a petição inicial e protocolizar no estado de Sergipe? (2) Como solucionar o caso de assistido que, residente no município de São Luís/MA, local onde há a prestação de assistência jurídica gratuita pela Defensoria Pública estadual, é citado por meio de carta precatória expedida de processo originário da Comarca de Lagarto/SE, onde também há atuação da Defensoria Pública estadual, para que apresente a peça processual adequada? O Defensor Público pode demandar diretamente no juízo deprecante?

Para responder a tais questionamentos, é preciso enfrentar os limites conceituais do que vem a ser a assistência jurídica gratuita.

A assistência jurídica integral e gratuita é prevista na Carta Constitucional, no art. 5º, LXXIV, como dever do Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos. Com efeito, trata-se de direito público subjetivo que tutela aquele que comprovar que a sua situação econômica não lhe permite pagar honorários advocatícios e despesas processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento e o de sua família, situado no mínimo existencial⁹ como núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana.

Deveras, como direito subjetivo que é, o Defensor Público estadual, no cumprimento de sua atividade-fim, deve prestar a assistência jurídica integral àqueles que se enquadram como hipossuficientes, mesmo que a eventual demanda tenha de ser protocolizada em Comarca situada em outro estado da Federação, sob pena de, assim não o fazendo, violar o reconhecimento constitucional de uma metagarantia, riscando o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita.

A pretexto das atribuições estarem limitadas a uma determinada Comarca, o direito vindicado pelo assistido jamais poderá ser obstado se a propositura da demanda recair em outra Comarca situada em diferente Estado da Federação. Isso porque não se aplicam aos Defensores Públicos os regramentos atinentes à Magistratura, no que toca aos limites da competência, e ao Ministério Público, em relação às atribuições limitadas a uma Comarca.

Neste aspecto, sobleva destacar que a capacidade postulatória *ex constitutionis* é ínsita à prestação de assistência jurídica do Defensor Público, diferente das demais carreiras jurídicas. É dizer, a pretensão do assistido, respaldada na análise jurídica do Defensor, com base na independência funcional, deflagra e propulsiona a atuação da Instituição em qualquer unidade jurisdicional, a fim de dar concretude ao direito fundamental à assistência jurídica.

⁹ Para Ana Paula De Barcellos, o mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.)

Comboiando por esse córrego, insta aludir que a *Carta Altior*, ao prever a integralidade da assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes, não infligiu limites para a execução da devida prestação assistencial, tanto que entalhou no Pergaminho Constitucional, além da gratuidade, a integralidade da assistência. Nessa senda, pertinente referir que só haverá a tão aclamada integralidade se inexistirem obstáculos aptos a burlar a efetivação dos direitos das pessoas hipossuficientes, sejam esses estorvos de qualquer ordem, inclusive territorial. Em escrita solar: demarcações geográficas não podem impedir a atuação do Defensor Público, que, por sua natureza, é postulador por essência.

Ainda nessa linha de raciocínio, convém rememorar a Teoria dos Poderes Implícitos, que teve seu nascedouro na Suprema Corte Norte-Americana, especificamente no caso *McCulloch vs. Maryland*, há quase dois séculos, tempo insuficiente para desatualizar seus dogmas, permanecendo coeva no ordenamento vigente. Em concisa definição, a Teoria estabelece que ao ser concedida, pela Constituição, uma função para certo órgão ou Instituição, também estão implicitamente outorgados os meios para a implementação dessa função. Amoldando a Teoria ao caso em estudo, percebe-se que para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita – o que é realizado pela Defensoria Pública –, não é possível fixação de limites territoriais para a Defensoria, por dois motivos: o assistido não possui condições financeiras de buscar a Defensoria Pública de estado diverso do seu (estado de onde partiu a carta precatória), além de tal exigência potencializar, de forma inadmissível, o risco de decurso do prazo processual para manifestação, caracterizando aqui o que denominamos de *vulnerabilidade geográfico-temporal*, capaz de inviabilizar a assistência jurídica integral e gratuita por parte da Defensoria Pública.

Na mesma quadra, oportuno mencionar que Constituição Federal, ao mencionar a integralidade da assistência jurídica gratuita, não faz ressalvas, nem permite que sejam impostas limitações ao Texto Constitucional. Em assim sendo, como efetivamente o é, qualquer limitação de ordem infraconstitucional afronta diretamente o texto maior. Nesse diapasão, a norma constitucional goza

de plena eficácia, configurando limitação indevida, por violação à integralidade da prestação assistencial, qualquer entendimento que restrinja a atuação da Defensoria Pública em Comarcas de outros estados, sempre que houver o interesse de pessoas hipossuficientes.

Noutra linha de raciocínio, pertinente esclarecer que a limitação quantitativa de peças previstas no Estatuto da OAB não se aplica à Defensoria Pública, por ter regramento próprio. A norma do Estatuto apenas reforça a ausência de limitação territorial para a atuação da Defensoria Pública pois, se é permitido ao advogado atuar em determinado número de processos fora da localidade em que possui sua inscrição junto à OAB, com maior razão pode atuar o Defensor Público, pois opera em defesa de pessoas hipossuficientes, devendo ser a prestação gratuita e integral, nos termos da Carta Cidadã, tornando-se impossível pensar em integralidade quando impostas barreiras territoriais, conforme já sobredito.

É preciso ir além. A variada gama de relações jurídicas que é travada no Estado Contemporâneo faz com que, naturalmente, surjam conflitos. É mais do que comum o cidadão ser demandado em um estado por onde jamais passou. E, quando procura a Defensoria Pública – verdadeira égide protetora de seus direitos –, não pode receber a resposta de que não é possível a referida atuação, porque o processo tramita em Comarca na qual o Defensor não exerce suas atribuições.

A prestação da assistência jurídica gratuita é expansiva. O Defensor Público não só pode, como deve, nos limites e possibilidades estruturais, elaborar a peça processual adequada, remeter ao juízo competente, suscitar a incompetência do juízo, requerer a oitiva do assistido na Comarca em que é domiciliado, entrar em contato com o Defensor Público titular local, se houver Defensoria Pública naquela localidade, enfim, adotar as medidas judiciais pertinentes para assegurar o direito fundamental à assistência jurídica gratuita e integral.

Eventuais atos processuais e audiências podem ser acompanhados pelo Defensor Público titular local. Note-se e anote-se que, conquanto repressiva, a persistente omissão estatal na implemen-

tação estrutural da Defensoria Pública, desde 1988, não justifica a supressão da prestação da assistência jurídica integral e gratuita, a quem dela necessitar.

À luz de tais premissas, necessário ponderar que essa assistência jurídica gratuita expansiva ou ampliada, retratada aqui na possibilidade de atuação do Defensor Público de um estado em outro estado da Federação, além de resguardar os direitos do assistido, objetiva lhe assegurar a Justiça, sem delongas capazes de prejudicar seu direito, pois “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”¹⁰, na erudita frase cunhada por Rui Barbosa.

Nesse sentido, exsurge a necessidade de serem firmados Convênios de Cooperação de Assistência Jurídica Interestaduais entre as respectivas Defensorias Públicas para regulamentar situações deste quilate. Um Código de Normas a ser elaborado pelas Defensorias estaduais, padronizando a forma de atuação do Defensor Público nos casos mencionados, é uma das soluções viáveis, evitando possíveis conflitos e entendimentos divergentes, descambando em irreparáveis prejuízos para os hipossuficientes.

Magistrados devem ser sensíveis a essa situação, sem obstar o direito dos assistidos aplicando entendimento interpretativo restritivo. *De lege ferenda*, contudo, o ideal é a normatização legal do assunto, atribuindo, de forma clara e literal, poderes ao Defensor Público para atuar nas situações acima especificadas, uniformizando a temática, evitando assim a sujeição da Defensoria Pública e, conseqüentemente, do assistido, às interpretações antagônicas dos Órgãos do Poder Judiciário.

2.2. ASPECTOS FORMAIS DA CARTA PRECATÓRIA CRIMINAL

A vulnerabilidade processual se manifesta com ênfase nos processos atinentes às cartas precatórias criminais que, com frequência, são instruídos de forma insuficiente.

10 In: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=191&sid=146>>

A título ilustrativo, imagine-se a carta precatória para oitiva de testemunha/acusado que contém tão somente a denúncia. Como o Defensor Público irá formular as perguntas sem possuir prévio conhecimento de eventuais depoimentos prestados no processo originário e até mesmo a linha defensiva traçada na resposta à acusação? De qual forma é possível o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa no Processo Penal, quando o juízo deprecante deixa, *verbi gratia*, de enviar cópia da própria denúncia para o juízo deprecado?

Evidente que o processo padece de nulidade, eis que há violação a direito fundamental básico ao contraditório e à ampla defesa. A esse respeito, note-se que o artigo 354 do vetusto Código de Processo Penal é omissivo em relação aos documentos essenciais que devem compor a precatória. Malgrado a lacuna legislativa no referido Código, é de todo possível aplicar por analogia o art. 202, § 1º, do Código de Processo Civil, sempre requerendo as peças imprescindíveis para o exercício da defesa, sejam elas quais forem.

Nesse diapasão, Aury Lopes Júnior leciona que a comunicação dos atos processuais “são todos instrumentos a serviço da eficácia dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Não se pode mais pensar a comunicação dos atos processuais de forma desconectada do contraditório, na medida em que, como explicamos anteriormente, é ele o direito de ser informado de todos os atos desenvolvidos no item procedimental”.¹¹

Cumprindo observar que em determinados estados¹², a fim de contornar a lacuna legislativa processual, o Poder Judiciário regulamenta os aspectos formais das cartas precatórias criminais, o que é digno de elogios. Neste particular, é evidente que o ato normativo jamais poderá restringir as peças de forma a vulnerar a ampla defesa e, por conseguinte, o direito dos hipossuficientes.

De qualquer sorte, a análise acerca da vulneração dos direitos do assistido, em uma primeira oportunidade, cabe à Defensoria Pú-

11 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 737.

12 A esse respeito, ver o art. 293 do Código de Normas da Corregedoria do Tribunal de Justiça do estado do Maranhão.

blica e não ao Poder Judiciário, porquanto aquela é a Instituição que exerce a defesa técnica constitucional do assistido, o que demonstra ser a mais apta para equacionar o que é e o que não é imprescindível para o exercício da ampla defesa.

Assim, dúvidas não há de que cabe ao Defensor Público suscitar questão de ordem no afã de requerer a suspensão do ato processual para que os autos sejam devidamente instruídos em tempo hábil, reverenciando, dessa forma, o devido processo legal e os consectários do contraditório e ampla defesa.

2.3. DA INEFICIÊNCIA DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO NO PROCESSO PENAL: A ABSOLUTA AUSÊNCIA DE CONTATO COM O RÉU

Demonstração ecoante da dificuldade de acesso à Defensoria Pública está evidenciada, de forma incontestável, na maioria dos casos em que a Defensoria Pública é intimada para apresentar resposta à acusação no Processo Penal, mormente nas inúmeras hipóteses em que o réu está preso.

É nessa peça processual, de evidente importância, que o acusado pode suscitar preliminares, bem como alegar qualquer matéria que possa interessar à sua defesa, além de ser o momento processual adequado para arrolar testemunhas. De tão essencial, o legislador tornou a resposta à acusação peça obrigatória, prevendo que em caso de inércia do acusado, deve a Defensoria Pública ser intimada para apresentá-la.

Ocorre que, intimada a Defensoria Pública, normalmente o contato com o acusado resta inviabilizado, seja diante da ausência de estrutura, seja em decorrência da agigantada demanda.

Na prática, a resposta à acusação – uma das mais importantes peças processuais em prol da defesa – transmuda-se em mera formalidade, funcionando como singela peça de indicação de testemunhas, quando muito.

Algumas práticas cotidianas tentam contornar a problemática, mas ainda se mostram por demais incipientes. Um exemplo é constar do mandado de intimação do acusado a determinação para que o oficial de justiça indague ao réu se possui testemunhas, bem como qual o seu telefone (quando não estiver preso). Outro exemplo é a relativização do momento processual para indicação de testemunhas, com a aceitação da oitiva de testemunhas em banca, ainda quando não arroladas no momento legalmente previsto, o que inúmeras vezes não é admitido pelo órgão julgador, mormente quando há manifestação contrária do Ministério Público, o que se verifica com indesejável frequência, vergastando a ampla defesa. As técnicas, portanto, são paliativas autoilusórias. Deveras, o acusado continua sem ter o devido acesso à Defensoria Pública, restando vulnerado, como dito, seu direito à ampla defesa.

Inovações são de rigor. A implantação da audiência de custódia¹³ – já prevista na Convenção America de Direitos Humanos – atenuaria, sem sombra de dúvidas, a problemática, porque haveria o contato pessoal *ab ovo* entre o Defensor Público e o assistido. No mesmo sentido, os pedidos de requisição de presos para apresentação na Defensoria Pública devem ser atendidos pelas autoridades do Sistema Penitenciário e, bem assim, quando necessário, deferidos pelo Poder Judiciário, que deve ser sensível à situação de vulnerabilidade processual. De igual importância, por fim, é a certificação nos mandados de intimação para constar o endereço e o telefone da Defensoria Pública estadual, com a advertência de comparecimento.

2.4. PROCESSO VIRTUAL E OS DÉFICITS DO SISTEMA: DA INADMISSIBILIDADE DA EVOLUÇÃO DA TÉCNICA QUANDO EM DETRIMENTO DO DIREITO

São notórios a evolução e os constantes avanços na área tecnológica, o que se evidencia em vertiginosa velocidade, impossibilitando o adequado acompanhamento pela sociedade.

Também é sabido e ressabido que, para que o Sistema Jurídico Nacional funcione de forma satisfatória – é o que se objetiva, conquanto o ideal esteja em dimensão diversa e longínqua da nossa –, torna-se necessário o acompanhamento da tecnologia, sob pena de inviabilizar as demandas existentes, porquanto sempre crescentes e a cada momento mais complexas.

Malgrado a evolução configurar o único logradouro a ser percorrido, é imperioso que o progresso da tecnologia não restrinja ou suprima a evolução no campo do direito.

Depreende-se, então, que não é possível violação a regras e princípios básicos em nome da evolução.

Ocorre que, conquanto lugar-comum a constatação supra-mencionada, a prática vem revelando inúmeras burlas às normas vigentes, verificando-se que, em situações peculiares, a evolução da tecnologia atrelou-se indevidamente ao retrocesso do direito.

É o que vem ocorrendo, em alguns estados, com a intimação do Defensor Público. Alguns entes federativos procederam a chamada *virtualização dos processos*, consistindo na eliminação dos autos físicos, passando a documentação processual a constar apenas do sistema virtual. Sucede que em alguns locais, como acontece, *exempli gratia*, no estado do Acre, o Defensor Público é intimado e com a numeração do processo pode acessar o sistema virtual, para se manifestar nos autos processuais. No entanto, apesar de poder consultar o processo, visualizando os documentos que o integram, não tem o Defensor Público acesso aos áudios e vídeos porventura constantes do sistema.

Noutros termos, o sistema possibilita a visualização processual, mas apenas de forma parcial, impossibilitando o Defensor Público de ouvir os áudios ou de visualizar os vídeos que deveriam estar disponíveis no sistema.

13 “Consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão”. In.: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>

Semelhante deficiência faz com que o Defensor Público, para ter efetiva carga dos autos, tenha que buscar o cartório judicial para obter os áudios e vídeos, o que indubitavelmente viola a norma que prevê a intimação pessoal com carga dos autos ao Defensor Público, além de dificultar o contraditório e a ampla defesa. Exsurge mais uma face da vulnerabilidade processual.

A situação se agrava em algumas Comarcas interioranas, como ocorre em Cruzeiro do Sul/AC, em que parte dos juízes entende que é o Defensor Público quem deve levar o CD ou pen-drive para gravar os áudios e vídeos, deixando de fornecê-los, o que desvirtua todo o sistema vigente. Ou seja, além de não estarem disponíveis no sistema virtual os áudios e vídeos, ainda se tenta fragilizar a Defensoria Pública obrigando a Instituição a fornecer material físico, suprindo obrigação que deve ser do Poder Judiciário.

Essa falha possui reflexos de significativa monta na seara processual pois, a depender do entendimento, pode ocasionar modificações expressivas na contagem do prazo processual, o que é de grande relevo para a Defensoria Pública, diante da desmedida demanda processual e do infundável contingente de hipossuficientes que carece do devido atendimento pela Defensoria Pública.

Nessa tessitura, entendemos que, enquanto não houver a intimação com a devida carga dos autos para o Defensor Público – e aqui é forçoso apreender que a carga dos autos deve ser completa e não parcial, abrangendo áudios e vídeos –, não terá início a contagem do prazo processual, pois, apesar da intimação, inexistiu a devida carga.

E não se queira argumentar que a carga parcial é suficiente para fazer decorrer o início do prazo processual, pois o devido processo legal não permite semelhante interpretação, além do que esse entendimento terminaria por vulnerar, ainda mais, os direitos das pessoas hipossuficientes.

Repise-se à exaustão: o início do prazo processual para o Defensor Público só se verifica quando devidamente intimado, com carga dos autos, o que abrange tanto áudios quanto vídeos.

Ad argumentandum tantum, cabe realizar a ilustrativa indagação: é possível considerar o Defensor Público intimado para apresentar Alegações Finais ou algum recurso – iniciando-se o decurso do prazo processual –, ainda que lhe seja dado acesso, de forma virtual, apenas a parte do processo, sem que constem os vídeos das audiências realizadas? Retumba ecoante a réplica: por ululante que não, sob pena de solar violação ao devido processo legal, fragilizando a defesa e prejudicando, em primeira e última análise, os hipossuficientes.

De outro bordo, há inúmeras outras violações com a *virtualização processual*, algumas de maior repercussão, outras de menor gravidade, mas todas hábeis a dificultar o acesso dos hipossuficientes aos órgãos do Judiciário, agravando a vulnerabilidade.

Com o processo virtual, muitos Tribunais passaram a admitir o envio de petições apenas pelo meio virtual, o que para muitos evidencia notória *vexata quaestio*, por impossibilitar o peticionamento físico. No entanto, não é essa a crítica que se faz no momento, mas sim a forma de preenchimento para o envio de petições. O sistema virtual exige para o envio de petições iniciais o preenchimento de diversos dados da parte requerente, além do seu nome, como data de nascimento, CPF, endereço, CEP, dentre outros, atravancando o peticionamento, sobrecarregando a Defensoria Pública e transformando a assistência ao hipossuficiente em uma prestação mais deficitária, pois o Defensor Público, em vez de realizar atendimentos e elaborar petições, é coagido a consumir parte do já escasso tempo preenchendo dados cartorários para o envio de petição.

Cuida-se, em verdade, de indevida e abusiva transferência de serviços do Poder Judiciário para a Defensoria Pública, uma vez que o preenchimento dos dados no sistema virtual é função do Judiciário e não de Defensoria Pública, já que a legislação vigente exige a observância pelo peticionante dos requisitos da petição inicial, o que já consta da peça enviada e não o preenchimento de dados no sistema de peticionamento.

Em análise superficial e incipiente, os argumentos alinhavados podem aparentar anódina tessitura axiológica; nada obstante,

um maior exame faz concluir o inegável: o Defensor Público envia, semanalmente, dezenas de petições iniciais, e quando é obrigado a preencher dados do sistema de peticionamento para poder enviar a petição (formalmente perfeita), consome significativa parte do tempo que teria para fazer atendimentos e elaborar as respectivas peças processuais, sendo obrigado a restringir a assistência prestada aos hipossuficientes, vulnerando assim o acesso dos hipossuficientes à Defensoria Pública. Tamanho prejuízo, como alhures mencionado, decorre da indevida e arbitrária transferência de obrigações do Poder Judiciário para a Defensoria Pública, o que não há como perdurar.

Agravando a situação, percebe-se com indesejada frequência que em incontáveis ocasiões o sistema virtual, deficitário, impossibilita o peticionamento, exigindo, por exemplo, a colocação do CPF do requerente, em casos de ação de registro tardio de nascimento, ou do CEP, mesmo quando em local incerto a pessoa. Tais problemáticas, em decorrência da indevida inversão já sobejamente mencionada, recaem sob a Defensoria Pública e, por conseguinte, sob o hipossuficiente.

Robusteça-se o que já afiançado, a evolução tecnológica é uma passagem sem volta, porém necessária, mas não se deve admitir que, em nome da evolução da técnica, seja o direito e as normas vigentes relegadas ao segundo plano. Isso, sim, é inadmissível.

2.5. DO DÉFICIT NA QUANTIDADE DE DEFENSORES PÚBLICOS E OS CONSEQUENTES REFLEXOS PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS

Empreende-se, neste tópico, imperativa abordagem acerca da insuficiência do número de Defensores Públicos nos estados da Federação, bem como de funcionários de apoio, o que reflete nos hipossuficientes de forma direta e indireta.

Primeiramente, a escassa quantidade de Defensores Públicos Estaduais provoca, em vários municípios, o que denominamos de *desertificação assistencial*, em que milhares de pessoas necessitadas deixam receber o devido atendimento e, indefesas, se submetem a arbitrariedades ou sucumbem diante da cotidiana burla aos seus mais basais direitos.

Noutros municípios, efetivamente há um Defensor Público, mas sua atuação é delimitada pela ausência de estrutura física ou pela carência de um corpo de funcionários capacitado. Nesses casos, não há a *desertificação assistencial*, pois existe um Defensor na localidade; no entanto, o déficit em sua atuação é inegável, pois a agigantada demanda, associada à míngua de funcionários e à deficiência de estrutura, sobrecarrega o Defensor Público, reduzindo a qualidade do trabalho produzido, além de impossibilitar o atendimento acertado de todos os hipossuficientes que dele necessitam.

Verificam-se, portanto, duas conjunturas: na primeira, não há Defensor Público na localidade; na segunda, há Defensor Público, mas sua atuação é faticamente cingida diante dos inúmeros entraves existentes. Em uma ou em outra situação, a intersecção é a mesma: o hipossuficiente vê-se prejudicado, com poucas possibilidades de solucionar seus problemas, o que aumenta sua vulnerabilidade, desestruturando, em última análise, a sociedade.

Urge assentar que, com a reforma da Carta Maior, a tendência é que os interiores sejam preenchidos por Defensores Públicos, mas essa perspectiva – deveras, determinação constitucional! –, só será possível com a criação de mais cargos, pois o número insuficiente de Defensores Públicos é uma realidade em quase todos os estados¹⁴ do País.

Enquanto o comando constitucional não se concretiza, dezenas de milhares de pessoas são lesadas diariamente; algumas têm

14 Em Sergipe, por exemplo, a Comissão dos Aprovados no Concurso para o cargo de Defensor Público Substituto do estado de Sergipe do ano de 2012, elaborou um Mapa da Defensoria Pública, em que se constata que em Sergipe a Defensoria Pública está presente em apenas 21,6% das Comarcas, sendo também possível se extrair a necessidade da criação de 79 novos cargos de Defensor Público, objetivando adequado atendimento aos hipossuficientes (Disponível em <http://www.defensoria.se.gov.br/wp-content/uploads/2013/09/Mapa_Defensoria.pdf>. 26/08/2014).

a liberdade tolhida e, sem a possibilidade de buscar amparo na Defensoria Pública, permanecem encarceradas de forma indevida, por mais tempo que o devido; outras, enfermas, são submetidas às omissões abusivas do Poder Público e, sem o auxílio da Defensoria Pública, fenecem diante do descaso retumbante e nocivo. Em maior ou menor grau, todos sofrem.

À luz dos argumentos apontados, ecoa solar a urgência no aparelhamento da Defensoria Pública, criando-se uma estrutura física consentânea com as necessidades da Instituição, ampliando-se o número de Defensores Públicos e expandindo-se a quantidade de funcionários, objetivando com isso cumprir o disposto na *Carta Altior*, assegurando e respeitando os direitos dos hipossuficientes.

3. CONCLUSÃO

A Defensoria Pública objetiva assistir pessoas necessitadas que, apesar de privadas de seus mais basais direitos, persistem nos trilhos da esperança, arrogando à Instituição fidúcia na resolução de seus problemas. Outorgam à Defensoria Pública o destino de suas vidas, visualizando-a como o último instrumento capaz de pôr fim às suas aflições, sejam sociais ou econômicas.

Conquanto as expectativas dos hipossuficientes suplantem quaisquer barreiras, a verdade é que no universo fático a esperança e a realidade ainda habitam dimensões distintas e longínquas.

Não se descure que a última década foi próspera para a Defensoria Pública, no aspecto da efetiva aproximação da Instituição à adequada *dignitatis* que lhe é constitucionalmente reconhecida e assegurada. No entanto, assim como as expectativas dos hipossuficientes e a realidade fática estão em confins diversos, a distância entre o atual e o ideal acerca da Defensoria Pública treveja ainda abissal.

À luz de tais constatações, a consequência é a burla constante de direitos dos hipossuficientes, muitos dos quais sequer chegam ao conhecimento do Defensor Público, seja diante da ausência de Defensor na localidade, seja em decorrência da excessiva demanda, associada à contumaz e danosa limitação de recursos e de estrutura, representando verdadeira *cifra negra* de hipossuficientes com direitos vulnerados e sem o devido atendimento.

Noutro diapasão, percebe-se o empenho grandioso da maioria dos Defensores Públicos, o que diuturnamente contribui para o fortalecimento da Defensoria Pública e, como corolário lógico iniludível, diminui a detestável *cifra negra* acima mencionada, proporcionando aos hipossuficientes a amortização de suas vulnerabilidades, quando não as extirpando por completo.

Por tudo que foi exposto, objetiva-se que “a descrença da população na justiça e o sentimento de que ela funciona apenas para os ricos, ou antes, de que ela não funciona, pois os ricos não são punidos e os pobres não são protegidos”¹⁵, diminua em apressada marcha, por intermédio da atuação constante dos Defensores Públicos no deslinde dos problemas cotidianos que tanto atormentam os necessitados.

15 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 215.

TRÁFICO DE DROGAS E DEFENSORIA PÚBLICA: UM ESTUDO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

RENATA TAVARES DA COSTA¹
RODRIGO BAPTISTA PACHECO²

1 Mestranda em Direito Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Defensor Público do estado do Rio de Janeiro, titular da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias do estado do Rio de Janeiro.

2 Defensor Público do estado do Rio de Janeiro, titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias. Membro Classista do Conselho Superior da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

Sendo a atual política de drogas adotada pelo Estado brasileiro violadora de direitos humanos, observado o papel do Defensor Público à luz dos documentos internacionais de direitos humanos, o artigo propõe uma série de medidas que, adotadas pela defesa penal nos processos de tráfico de drogas, fortalecerão a Defensoria como reposta mais adequada do Estado com relação a sua obrigação internacional de assegurar um Defensor, como também, instrumento de combate na seara do poder judicial, desta política de violação de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Tráfico de Drogas; Defensoria Pública; Direitos Humanos.

RÉSUMEN

Siendo la actual política de drogas adoptada por el Estado Brasileño violatoria de derechos humanos, observado el rol del Defensor Público desde la normativa internacional de los derechos humanos, el artículo propone una serie de medidas que, al adoptadas por la defensa penal en los procesos de tráfico de estupefacientes, fortalecerán la institución como respuesta más adecuada del Estado con relación a su obligación internacional de asegurar un Defensor, como también, un instrumento de combate en el poder judicial de esta política de derechos humanos.

PALABRAS-LLAVES

Trafico de Estupefacientes; Defensoria Pública; Derechos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

Existe uma “lenda urbana” na cidade do Rio de Janeiro de que, se uma pessoa for presa fumando maconha no Posto 9 da praia de Ipanema, será considerada usuário. Mas, se estiver fumando na Praia de Ramos, será traficante.

Esta assertiva reflete bem o resultado da política de drogas adotada pelo Estado brasileiro durante anos. Segundo Schecaria, tal política decorre da normativa internacional extremamente restrita que impede a adoção de soluções alternativas para os diversos aspectos que as questões relacionadas às drogas oferecem.³

Para este autor, esta posição internacional reflete três movimentos políticos-criminais. Começando pelo que chamou de “terror intervencionista” caracterizado por quatro estratégias: o princípio do “*alienus*”, onde os atores sociais envolvidos estão fora da sociedade; princípio da “*agonística*”, que via no traficante um inimigo poderoso que demandaria seu combate com guerra e a utilização de um enorme aparato bélico; o princípio da erradicação, que defendia uma sociedade sem drogas, rechaçando toda e qualquer solução intermediária e, por fim, o princípio do vale-tudo que legitimava todo e qualquer meio de combate. O segundo movimento, conhecido como “engenharia da química psicotrópica”, adotava duas estratégias: uma branda para o consumidor e outra dura para o traficante. No caso deste último, mantém-se a estratégia do terror intervencionista, e para o consumidor um tratamento interior sempre baseado em escolhas morais. Por fim, o terceiro movimento que chamou de “intervenção mediadora” onde se buscam novas fórmulas, abandonando o ideário dos movimentos anteriores. Coincidindo com o significado do Estado Democrático de Direito, este movimento caracteriza-se por três princípios: imanência, tolerância e do mal menor.

3 SCHECARIA, Sergio Salomão (org.). *Reflexões sobre as Políticas de Drogas. Drogas Uma Nova Perspectiva*. P. 237.

De acordo com o princípio da imanência, as drogas fazem parte da realidade em que vivemos. A tolerância reconhece a diversidade bem como os vários grupos sociais que convivem numa mesma sociedade. No que concerne ao princípio do mal menor, é reconhecer “a humildade que há de se ter diante do fenômeno das drogas elimina a irreal busca do seu extermínio”.⁴

Para estes parâmetros, o Brasil ainda tem muito que mudar. Especialmente na forma como lida com os processos penais relacionados ao crime de tráfico, gerando um encarceramento absurdo que fez com que o País seja agora o terceiro país do mundo em número de pessoas presas, ultrapassando até a Rússia.⁵

Observado que o Brasil, no que tange à política de drogas, segue a mesma linha que a ONU e, diante da nova perspectiva apresentada pelo atual movimento de política criminal, este artigo pretende discutir o papel da Defensoria Pública e da Defesa Penal nos processos criminais relacionados ao crime de tráfico a partir do reconhecimento da instituição como uma metagarantia, inserida no contexto internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para tanto, no primeiro capítulo serão analisadas as disposições internacionais relacionadas ao direito de defesa a fim de responder a seguinte pergunta: é a Defensoria Pública uma instituição capaz de suprir os requisitos internacionais exigidos do Estado nos casos em que é obrigado assegurar um Defensor? Por outro lado, basta que o Estado nomeie um Defensor para que cumpra sua obrigação internacional? Para responder esta segunda indagação, no item a seguir serão debatidas questões problemáticas nos crimes de tráfico e da política de drogas adotada pelo Brasil a fim de estabelecer estândares para uma defesa efetiva, para, então, já no terceiro capítulo, apresentar uma série de propostas para que o Defensor Público adote em da defesa do acusado a fim de reforçar os princípios relacionados ao movimento criminológico atual.

4 SCHECARIA, idem, p. 238-239.

5 CNJ. “CNJ divulga dados sobre a População Carcerária Brasileira”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>, Acesso em: 08 ago. 2014.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA: CUMPRIMENTO DE UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO?

Os tratados internacionais de direitos humanos, de uma forma ou de outra, reconhecem como uma garantia do imputado nos processos penais o direito a um Defensor quando não tem condições de nomear um.

Neste sentido, o art. 14 do PIDCP:

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: d) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de Defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha Defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exigir, de ter um Defensor designado “ex officio” gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 8º – Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um Defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu Defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um

Defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Se bem que estes textos internacionais não impõem aos estados uma obrigação de criar uma instituição como a Defensoria, é com base neles que esta instituição se sustenta no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

E a partir deles, o Estado brasileiro assegura a todas as pessoas que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CRFB, art. 5º, LXXIV). E, mais à frente, já no capítulo das funções essenciais à justiça, a Defensoria Pública:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, **como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.** § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas estaduais 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 art. 99, § 2º. Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal § 4º. São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

E, a partir do momento em que criou um órgão específico para tal função, não pode retroceder. Assim o é em razão do princípio de direito internacional de direitos humanos, positivado na Convenção Americana em seu art. 29, b. e d. bem como pelo PIDCP em seu art. 5.2, conhecido como *pro homine*.

Para Pinto, este princípio é um critério hermenêutico que obriga a adoção da norma mais benéfica ou mais extensiva para reconhecer direitos e, inversamente, a norma mais restritiva em caso de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos.⁶

Assim sendo, pode-se afirmar que, sendo a legislação nacional que cria a Defensoria Pública, por si só, sendo mais abrangente que a internacional, deve prevalecer.

Afirmação esta que não se sustenta ao olhar mais acurado de um observador diligente. Garcia ensina que não existe uma relação direta entre a necessidade de organizar um sistema de defesa pública e a efetividade do sistema acusatório, pois não esclarece por que a Defensoria Pública seria melhor que um advogado que não faz parte do corpo do Estado.⁷

Observando estas premissas, este capítulo, na ânsia de responder a pergunta inicial, irá descrever o que a jurisprudência internacional exige para o advogado oferecido para o Estado, especificamente na área penal, e se a Defensoria Pública do contexto brasileiro pode ser a resposta.

6 PINTO, Mónica. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para regulación de Derechos Humanos. (org.) La Aplicación de los Tratados Sobre derechos Humanos por los tribunales locales. P. 163.

7 GARCIA, Luis M. El derecho del Imputado a la Asistencia Legal en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Una Visión Americana. Nueva Doctrina Penal. P. 465.

Partindo do princípio de que não basta criar a Defensoria Pública, o Estado deve dotá-la de certas prerrogativas para que seja capaz de enfrentar sua missão que, para o direito internacional dos direitos humanos, é a salvaguarda do direito de defesa no processo penal.

Em relação aos magistrados, os sistemas internacionais de direitos humanos asseguram a todos o direito de ser julgado por um juiz independente e imparcial. Para Zaffaroni, existe uma independência interna e outra externa. A primeira pode ser resumida no fato de que o juiz não pode ser um “empregado” do Poder Executivo. E a segunda, de que o juiz não pode ser pressionado internamente, ou seja, dentro do poder judicial. Para assegurar ambas, além da autonomia financeira, o poder judicial deve ser dotado de autonomia administrativa e prevê, entre outras medidas, a capacidade para nomear o juiz. Mas o mestre argentino vai além, exige uma profissionalização, um alto grau de conhecimento técnico. Para ele, isso só se conseguiria com a realização de concurso público⁸. Resumidamente, o juiz deve ser independente, imparcial e com alto grau de conhecimento técnico.

Os mesmos instrumentos internacionais não chegam a mencionar quais as características que o Defensor proporcionado pelo Estado deve ter. Alguns julgados determinam que o Estado deve assegurar uma atuação livre do profissional, levando em consideração os estandes estabelecidos pela defesa: prazo para preparar a defesa⁹, de entrevista confidencial¹⁰, direito de interrogar as testemunhas¹¹, acesso a prova¹², direito ao recurso etc. Poucos são os julgados relacionados à qualidade técnica da defesa.¹³

8 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*. Disponível em <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/09/51zaffaroni.pdf>>. Acesso em: 28 ago, 2014.

9 ONU. **Comitê de Direitos Humanos**. Caso *Morais v. Angola*, § 5.4; Caso *Chan v. Guiana* § 6.5; Philip v. Trinidad Tobago; *Siragueva v. Uzbequistão*, § 6.3.

10 ONU. **Comitê de Direitos Humanos**. Caso *Khomidova v. Tadjiquistão*. § 6.4; *Gridin v. Federação Russa*. § 3.6.

11 ONU. **Comitê de Direitos Humanos**. Caso *Quispe Roque v. Peru*. § 7.3.

12 ONU. **Comitê de Direitos Humanos**. *Gutierrez Vivanco vs. Peru*. § 7.1.

13 ONU. **Comitê de Direitos Humanos**. Caso *Saidova v. Tadjiquistão*, § 2.5, Caso *Brown v. Jamaica*, § 6.8.

Em relação ao Defensor oferecido pelo Estado, há julgados no sentido de que a primeira obrigação do Estado é **informar** ao imputado seu direito de possuir um advogado de sua escolha¹⁴. Depois, o Estado deve **assegurar essa livre escolha**, sem querer obrigá-lo a aceitar um advogado que ele mesmo designou.¹⁵

A Relatoria Especial para Independência dos Juízes e dos Advogados¹⁶, em seu informe de 2013, tratando especificamente sobre assistência jurídica, estabeleceu dois tipos de obrigação de Estado: geral e específica. A primeira engloba o dever de adotar todas as medidas legislativas, judiciais, administrativas, orçamentárias e de outra índole para assegurar o acesso de todos à justiça. Nas específicas, relacionadas ao sistema de justiça, a obrigação de criar e sustentar um sistema nacional de assistência jurídica que esteja previsto em lei, com um programa capaz de prestar informação necessária sobre estes direitos. E conclui que, mesmo que os estados não estejam obrigados a criar um programa estatal como a Defensoria Pública, é este o programa mais eficaz para a prestação de assistência jurídica.¹⁷

Alguns outros documentos produzidos pelo Sistema Universal estabelecem recomendações para os estados sobre as qualidades do Defensor.¹⁸ Em todos estes instrumentos, há sugestões no sentido de que as associações de advogado e os estados promovam a capacidade técnica do profissional, uma ética profissional e estabeleçam garantias para o profissional no caso de procedimento disciplinar relacionado ao atuar.¹⁹

14 ONU. **Comité de Direitos Humanos**. Caso Celiberti de Casariego, Lilian v. Uruguay.

15 ONU. **Comité de Direitos Humanos**. Caso Acosta, Antonio v. Uruguay.

16 Esta Relatoria Especial, criada desde 1993, apresenta informes e recomendações sobre as obrigações estatais neste tema. Em 2008 o Conselho de Direitos Humanos decide estender o mandato para incluir o recebimento de comunicações de países para que o relator estabeleça recomendações. ONU. **Informe Do Relator Especial para a Independência dos Juízes e Advogados**. Leandro DESPOUY, 28/07/2009.

17 ONU. **Consejo de Derechos Humanos**. Informe de la Relatora Especial sobre la Independencia de los magistrados y abogados. Rel. Gabriela Knaul, A/HCR/23/43, 15/03/2013.

18 Mesmo antes da criação desta Relatoria, o Sistema ONU já havia se manifestado sobre a independência do advogado nas normas conhecidas como Princípios Básicos para a Função de Advogados produzido no 8º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delincente, conhecido como os princípios de Havana. ONU. **8º Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente**. Aplicação dos Princípios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura.

19 Por exemplo, no caso Marais JR., Cave v. Madagascar o Comitê de Direitos Humanos (CDH), teve que analisar a atuação livre do advogado que foi deportado depois de defender seu cliente.

Por todo o exposto, pode-se concluir que, embora a normativa internacional estabeleça o direito ao acesso a um advogado proporcionado pelo Estado nos casos em que haja uma impossibilidade de que o imputado o nomeie, ainda não há um *corpus iruis* sobre o conteúdo desta obrigação, ou, sobre qual modelo de assistência jurídica é mais eficaz na defesa penal.

Ainda assim, pode-se afirmar que o modelo de assistência jurídica eficaz deve ser independente, autônomo e capaz de cumprir com todos os padrões internacionais de defesa penal, quais sejam, prazo para preparar a defesa, de entrevista confidencial, direito de interrogar as testemunhas, acesso à prova, direito ao recurso.

No que toca a **autonomia e a independência**, pelo menos no Brasil, a Defensoria Pública cumpre com esta obrigação. A Constituição Brasileira, em seu artigo 134, prevê a autonomia funcional, administrativa e financeira da instituição. Assim, é uma instituição cujos membros estão protegidos de ingerências externas em seus trabalhos, limitando-se pelos contornos constitucionais e legais. Por que tem autonomia administrativa, é a instituição competente para exarar seus atos próprios de gestão, tais quais, adquirir bens, contratar serviços, estabelecer a lotação dos membros de carreira, compor seus órgãos da administração superior etc... Em relação à questão financeira, é a própria Defensoria responsável pela iniciativa da proposta orçamentária, dentro dos limites da lei de diretrizes e base.

Mas só isso não basta. A Defensoria Pública, nos processos penais, é a fiadora do Sistema Acusatório. Neste ponto, é preciso estabelecer padrões de defesa a fim de que não só as garantias judiciais sejam respeitadas, mas, indo além, objetivando uma defesa penal efetiva que seja capaz de combater os verdadeiros problemas que envolvem o crime, neste caso específico, o tráfico de drogas.

Para tanto, no próximo item, a partir do resultado da pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do art. 33 da Lei de Drogas e sua adequação aos princípios constitucionais penais”, realizada pelo Grupo de Pesquisa em Políticas de Drogas e Direitos Humanos da FND da UFRJ em parceria com a UNB, coordenado pela professora Luciana Boiteux, serão estabe-

lecionadas algumas questões centrais que devem ser combatidas pelo Defensor no exercício de sua função.²⁰

3. CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Todos os textos doutrinários que abordam a questão do tráfico de drogas neste país eram baseados em dados empíricos, especialmente retirados da experiência dos operadores jurídicos. Não havia estatísticas comprovadas.

Neste sentido, foi o projeto de pesquisa acima citado aquele capaz de extrair dados concretos sobre os processos de tráfico de drogas no País.

A pesquisa citada foi realizada entre os meses de março e julho de 2009, abrangendo as sentenças proferidas pelas varas federais e estaduais proferidas pelos juizes de Brasília e do Rio de Janeiro. Segundo Boiteux, o objeto do estudo foi o crime de tráfico de drogas, a partir de uma análise interdisciplinar a fim de “confrontar a normativa jurídica brasileira para o delito de tráfico e as práticas sociais de sua aplicação aos casos concretos”.²¹ Segundo o método de trabalho adotado, houve duas partes. Na primeira, realizou-se uma análise teórica do modelo brasileiro de controle de drogas ilícitas e sua interação com os tratados internacionais. Na outra parte, que mais interessa neste contexto, realizou-se uma pesquisa de campo que “consistiu na coleta e compilação de dados extraídos de sentenças de primeira instância e de jurisprudência dos Tribunais nas condenações com base no art. 33 da lei de Drogas”.²²

20 BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica da Presidência*. Vol. 11, n. 94, Jun/Set 2009. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009>>. Acesso em: 28 ago, 2014.

21 BOITEUX, Luciana. *Ibidem*, p. 2.

22 BOITEUX, Luciana. *Idem*, p. 4.

Como resultado da pesquisa teórica, chegou-se à conclusão de que o Brasil adora o “proibicionismo moderado”, resultado da implementação dos tratados internacionais dos quais é signatário. Este “proibicionismo moderado” caracteriza-se pelo tratamento diferenciado entre o traficante (proibicionismo clássico – penas altas, sem fiança, anistia, graça ou indulto) e o usuário. Por outro lado, defende a “impossibilidade de um instrumento internacional de direitos humanos que imponha medidas de controle penal prevalecer em detrimento de direitos individuais e coletivos, positivados nos tratados e também nas constituições nacionais”.²³

Em relação à atual Lei de Drogas, mantendo as mesmas condutas descritas como típicas, aumentou para cinco anos a pena mínima. Mas inseriu dispositivo permitindo a redução da pena, como forma única de diferenciar a hierarquia do tráfico. Fato este que, segundo a citada autora, violaria o princípio da proporcionalidade, ou da “proibição do excesso da intervenção do Estado sobre o cidadão”, ao não assumir a realidade fática de demonstrar a existência de organização criminosa hierarquizada com pessoas mais importantes e pessoas menos importantes. Também violaria este princípio o fato de que há 18 verbos nucleares no art. 33, sem distinção típica entre as várias modalidades ou fixação de pena para cada uma. Neste caso, o que propõe é a existência “de tipos penais intermediários que pudessem levar à graduação da pena”.

Voltando à questão da redução do § 4º, a conclusão a que se chega é que se trata da única possibilidade de moderação da pena, questionando se esta redução seria suficiente para fazer a distinção entre diversas condutas. Na prática, detectou-se uma “divergência de interpretação entre juízes estaduais na sua aplicação, dificultado a redução das penas, mesmo nos casos de réu primário”.²⁴ Observado ser o mercado de drogas operante e a distribuição para os consumidores mais lucrativa, absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico.

23 BOITEUX, Luciana. *Idem*, p. 4.

24 BOITEUX, Luciana. *Idem*, p. 7.

Assim sendo, concluindo a parte teórica da pesquisa:

“os estudos apontam para diferentes papéis nas redes do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio final do fato. Não obstante, a lei penal generaliza e amplia o alcance da repressão, ao tratar de forma semelhante situações desiguais”.²⁵

A comprovação do acima descrito se dá com a pesquisa de campo. Das varas federais e estaduais mencionadas, foram coletadas 1001 sentenças, das quais 730 foram estudadas, vez que tratavam de condenação pelo art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Dos resultados da pesquisa, pôde-se extrair um perfil do condenado, especialmente no estado do Rio de Janeiro, a seguir descrito:

PORCENTAGEM	CARACTERÍSTICAS
66,4%	Primários
91,9%	Presos em flagrante
60,8%	Sozinhos
65,4%	Só por tráfico
15,8%	Em concurso com associação
14,1%	Com armas
83,9%	Sexo masculino
71,1%	Com cocaína
50%	Com quantidade até 104g
58,05%	Pena acima dos cinco anos

Na maioria dos processos o condenado respondeu sozinho, o que exclui a ideia de que o traficante, por si só, é integrante de organização criminosa. Se em mais de 90% dos casos a prisão foi feita em flagrante, logo, houve encontro causal da droga, excluindo investigação prévia para afirmar o pertencimento a uma organização criminosa. Destes casos, poucas penas foram aplicadas abaixo do mínimo legal, ou seja, poucos casos onde se aplicou a redução do § 4º.

25 BOITEUX, Luciana. Idem, p. 8.

Sendo que no estado do Rio de Janeiro, em 36,2% os juizes não justificaram a negação da redução. Fato este que pode gerar violação de preceito constitucional, uma vez que o juiz estaria presumindo a culpabilidade do réu com base em meras conjecturas.

Por fim, aponta a pesquisa para a seletividade do sistema penal produzida pelo próprio Estado através de seus aparatos de segurança. Como não há um conflito entre autor e vítima, é a ação proativa dos policiais que, ao selecionar quem será levado ao poder judiciário, que vai reforçar prática sistemática e endêmica de discriminação.²⁶ Sendo os policiais responsáveis pela montagem de provas, observado que nunca são questionados em juízo e levando em consideração que quase sempre são as únicas testemunhas, fica fácil de entender o baixo número de absolvições encontradas.

Diante destes pontos nodais, o próximo item buscará estabelecer uma estratégia de defesa que seja uma ferramenta de combate a esta política de drogas que de direitos humanos no Poder Judicial.

4. A DEFESA PENAL NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS – ESTUDO DE UM CASO

4.1. O CASO

M. é negro e está com 19 anos. Morador da Coreia, comunidade carente de Duque de Caxias, município da Baixada Fluminense, no estado do Rio de Janeiro, estava numa “boca de fumo” para comprar maconha, quando foi detido, junto com o vendedor, por policiais militares.

²⁶ BOITEUX, Luciana. Idem, p. 20.

Apesar de a todo momento negar a participação no tráfico de drogas, os policiais lhe imputaram a posse de 17,4g de crack e conduziram-no à autoridade policial para lavratura do auto de prisão em flagrante.

Em apenas 14 linhas digitadas pelo escrivão da Polícia Civil, os militares relataram todos os “detalhes” de uma “operação de rotina” que culminou com a prisão de M., cabendo destacar que, por estranha coincidência, os dois condutores prestaram depoimento idêntico, **inclusive nos erros do uso do vernáculo, do início ao fim.**

M., de usuário de drogas, foi “promovido” a traficante e a membro do Comando Vermelho, o que lhe resultou uma denúncia pelos crimes dos artigos 33 e 35, da Lei de Drogas.

Como sói acontecer rotineiramente nas comunidades carentes que diariamente sofrem com incursões militarizadas alocadas para a “guerra às drogas”, **nenhum morador se dispôs a prestar declarações na audiência de instrução e julgamento para revelar a ilegalidade da ação policial.**

Depara-se o Defensor Público, então, com a **difícil missão de contraditar a ensaiada versão policial** – aprimorada com o estudo prévio das declarações prestadas no inquérito policial – e orientar o seu defendido a apresentar a real versão dos fatos, nada obstante a jurisprudência não conferir peso algum ao seu interrogatório.

Desafio que se estende a superar a presunção quase absoluta de veracidade da palavra do policial militar, solidificada, no estado do Rio de Janeiro, pela famigerada súmula 70 do Tribunal de Justiça.²⁷

Por fim, o Defensor Público também deverá desconstruir a rotineira tese do Ministério Público, automaticamente encampada pelos policiais militares na audiência de instrução e julgamento, da **inexistência de “traficantes independentes”** em favelas do Rio de Janeiro, o que implicaria a óbvia vinculação de M. ao Comando Vermelho.

27 TJRJ. Súmula 70: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”

Abra-se parênteses, neste momento, para destacar a perversidade da argumentação do Ministério Público, felizmente ainda não acolhida no Tribunal de Justiça, na medida em que **imputa ao acusado o crime de associação para o tráfico não pela existência de indícios da sua vinculação ao Comando Vermelho**, mas tão somente pelo local onde ocorreu a sua prisão.

Diante do roteiro predeterminado e predisposto à condenação – visto que as declarações dos policiais foram idênticas às do inquérito – cabe ao Defensor Público, ainda na esperança de desconstruir a farsa acusatória, orientar M. a declarar, no seu interrogatório judicial, que fora à favela da Coreia comprar droga junto ao corrêu M. V.

O Defensor Público, com a experiência adquirida no mister das varas criminais, deve ponderar o custo-benefício de uma delação para um réu preso e da revelação de uma série de abusos policiais.

Uma tarde de entrevistas com réus presos é suficiente para saber que o delator (o “X9”) é uma figura execrada no ambiente carcerário, e certamente a sua integridade física estará em risco.

Igual risco correrá aquele que, diante de um juiz e de um promotor de Justiça, revelar a realidade dos moradores de favelas do estado do Rio de Janeiro: as incursões militares como consequência da guerra às drogas são repletas de abusos e sem a observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Contudo, o Defensor Público depara-se, mais uma vez, com o **repetitivo argumento da validade dos depoimentos dos policiais militares** e com um Ministério Público que, sem um olhar mais crítico sobre a política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro, ignora o relato do acusado.

Não satisfeito, exigiu de M. a produção de prova impossível na medida em que **questionou o porquê da Defensoria Pública não ter arrolado nenhuma testemunha**, como se fosse possível exigir dos milhares de moradores de favelas, **oprimidos pela violência policial**, que tivessem a coragem de relatar os abusos cometidos diariamente.

Ignorando que as comunicações mantidas no interior do presídio devem, em razão das regras de convivência, permanecer neste ambiente sob pena de risco à integridade física do interno, o promotor, em frágil exercício de retórica, também aduziu que M. poderia ter juntado aos autos o bilhete enviado por M. V. no sistema prisional que comprovaria a sua inocência.

O presente estudo de caso revela a árdua tarefa do defensor público diante de uma acusação de tráfico de drogas a um morador da favela. A **dificuldade de produção da prova pela “lei do medo” imposta pelas incursões militares** e a presunção absoluta de veracidade das declarações dos policiais tornam indispensável o trabalho argumentativo do Defensor Público, menos jurídico e mais pragmático, a fim de mostrar aos juízes e aos promotores um pouco do que se passa no obscuro mundo das incursões militares.²⁸

A tarefa do Defensor Público, portanto, será **sempre desconstruir e superar**, ao menos no estado do Rio de Janeiro, a mencionada súmula 70 do Tribunal de Justiça, nada obstante ser premente a sua revogação abandonado ante as notórias mazelas policiais, clarificadas para muitos pelo “caso Amarildo” e pelos excessos cometidos nas jornadas de junho de 2013.

Como desconstruir e superar? Segue uma proposta de atuação sistemática que, ao ser adotada por todos os Defensores, servirá, ao menos, como instrumento ideológico de combate à mentalidade dos juízes que insistem em sustentar uma política de drogas violadora de direitos humanos.

28 Um pouco do proceder policial nas favelas é revelado pelos cânticos da equipe de elite da polícia militar do Estado do Rio de Janeiro (BOPE – Batalhão de Operações Especiais): “Homens de Preto qual é sua missão??Entrar na favela e deixar corpos no chão Homens de Preto o que é que você faz? Eu faço as coisas que assustam o Satanás!!”; “O interrogatório é muito fácil de fazer/pega o favelado e dá porrada até doer/O interrogatório é muito fácil de acabar/pega o bandido e dá porrada até matar”; “Bandido favelado/ não se varre com vassoura/se varre com granada./ com fuzil, metralhadora”.

4.2. ESTRATÉGIAS DE ABORDAGEM PARA UMA DEFESA PENAL EFETIVA

Diante do acima exposto, com o objetivo de pensar esta estratégia de defesa que aborde os principais temas conflituosos que colaboram com a atual política de drogas discriminatória e violadora de direitos humanos, apresenta-se, a seguir, uma série de assuntos que devem ou deveriam ser alegados nas defesas criminais desde os primeiros momentos do processo.

A ideia seria ter este como um roteiro que sirva de base para que os Defensores atuem, especialmente nas audiências, mas principalmente em suas alegações processuais.

4.2.A) DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

O Brasil caracteriza-se por ser um Estado Democrático de Direito. Isso significa que está sob o império da lei confeccionada pelo Poder Legislativo, cujos membros são eleitos através de sufrágio universal.

A Constituição é tida como norma fundamental do Estado brasileiro, traçando os limites dos poderes através do rol de suas competências, mas também “trazendo” para o ordenamento jurídico os Direitos Humanos assim reconhecidos, pois inerentes a condição da pessoa humana.

Tais diretrizes configuram-se em normas de proibições para o legislador ordinário que encontrará retaliações, também constitucionalmente prevista, para os atos que o afrontem.

Assinale-se, com o exposto, **que há limites ao legislador ordinário**. Principalmente em se tratando do legislador penal. Por tanto, abrem-se duas frentes para impor limites a este poder: uma primeira formal e uma outra material.

Os limites formais estão previstos na Constituição e referem-se ao procedimento de confecção da lei, os limites materiais versam sobre o **conteúdo da lei**. Especificamente sobre o que pode ou não ser criminalizado pelo legislador penal.

Constitui um dado elementar que o processo de criminalização que não viola gravemente nenhum bem jurídico redunde no fortalecimento de **estado de polícia**, caracterizado pelo desvalor dos direitos do indivíduo, pela regulamentação feita através da necessidade de poder.

Daí ser inegável o dever do Poder Judiciário para deter o avance da criminalização descontrolada e por esforçar-se na construção de princípios de conteúdo material para limitar o poder desenfreado do Legislativo.

Para o caso em apreço, especificamente o art. 33 da lei 11.343/2006, traficar substância entorpecente, ou mais especificamente, comerciar tal substância não fere nenhum bem jurídico.

Por outro lado, revela-se uma escolha subjetiva não do legislador democrático, resultado da incorporação de tratados internacionais, especialmente de cooperação, violadores de direitos humanos.

Mas mesmo que se considere a decisão da maioria representada da lei, ainda assim há de se respeitar os direitos fundamentais das minorias.

E aqui estamos falando do princípio da lesividade, que nas palavras do Mestre Argentino é assim definido:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios e exentas de la autoridad de los magistrados”.²⁹

Em apertada síntese, podemos dizer que o Estado não pode estabelecer uma moral e sim garantir um âmbito de liberdade moral

29 ZAFFARONI, E. R. et. al. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ed. Ediar, p. 127.

e que as penas não podem recair sobre ações que são exercício desta liberdade.

O papel do direito é servir a pessoas e não a qualquer mito que a transcenda. Esta opção constitucional traduz-se no princípio da lesividade que veda ao legislador criminalizar condutas onde não haja bem jurídico objeto de conflito.

E aqui vamos encontrar o primeiro impedimento constitucional ao artigo em questão. Com efeito, a maioria da doutrina afirma que o bem jurídico tutelado pelo Tráfico de Drogas é a **Saúde Pública**.

Por todos, leia-se Damásio Evangelista de Jesus:

“O objeto principal da proteção penal nos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de entorpecente e drogas afins é a saúde pública”.³⁰

Mas que saúde?

O argumento é que o tráfico causaria dependência, grande causadora do prejuízo tanto para o Estado como para as pessoas.

Necessariamente, há de se colocar o tráfico em estrita ligação com o crime de porte ou uso, pois usar uma substância que faz mal é autolesão!!! O direito não pode punir a autolesão, interferindo na esfera de liberdade do indivíduo. A continuar assim, daqui há alguns anos o Estado estará decretando até que roupa deveremos usar.

Aliás, o argumento é tão hipócrita que a ele podemos interpor outro: então, por que o uso de bebida alcoólica não é proibido? Este, além de dar tantos prejuízos quanto a substância entorpecente, é tão entorpecente quanto os outros!!!!

Trata-se de uma ingerência na esfera do indivíduo imperdoável, em que todo e qualquer cidadão brasileiro deve lutar!

30 JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei de Tóxicos Anotada*. São Paulo: Forense, 2010, p. 12.

A outra violação constitucional assenta na questão do princípio da proporcionalidade, transgredido pela atual redação do art. 33 que, sem observar a realidade brasileira, deixou de diferenciar não só os vários níveis de traficantes, bem como as condutas criminosas e suas respectivas cominações legais, revelando um excessivo abuso na ingerência do Estado na vida privada.

4.2.B) VIOLAÇÃO DO DIREITO A SER JULGADO POR UM JUIZ IMPARCIAL NOS CASOS DE RELATO DE TORTURA PERPETRADAS POR POLICIAIS

A República Federativa do Brasil, **nação soberana** e em razão desta, através do Decreto n. 678/92, promulgou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, que assegura em seu art. 8º as conhecidas garantias judiciais:

ARTIGO 8. Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Na esteira do que decide a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana entende que a imparcialidade possui duas vertentes: uma subjetiva e outra objetiva. Se a primeira refere-se à relação que um juiz tem em relação ao caso concreto, a segunda refere-se à percepção razoável de imparcialidade daquele que vai ser julgado, refletindo a **confiança que as cortes devem inspirar no público**, sobretudo nos acusados numa sociedade democrática.

Estes estândares internacionais foram estabelecidos no caso **Piersack c. Belgica**³¹, onde o Tribunal Europeu estabeleceu que o teste subjetivo de imparcialidade consiste em descobrir a convicção pessoal de um juiz num caso concreto.

Na dificuldade de estabelecer o preconceito pessoal do juiz, é necessário analisar se a Corte é vista como um Tribunal Imparcial. E aqui a Corte Europeia introduz a noção de aparência: **a confiança que essa corte inspira numa sociedade democrática.**

Relação de confiança esta que restou abalada pelo comportamento da Autoridade Judicial que, diante de vários relatos de atos de tortura perpetrados pelos policiais que efetuam as prisões, deixou de dar início a uma investigação eficaz, violando uma norma básica de Direito Internacional que pode gerar futuramente a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Assim o é, pois desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 os tratos inumanos e cruéis são terminantemente proibidos, qualquer seja a situação. Proibição esta prevista também no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, bem como em todos os sistemas regionais de proteção (Europa, América e África).

Pensando especificamente na América, observado que o Brasil se sujeitou à Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sendo assim também deve observar sua jurisprudência, deveria o juiz, ao menos, iniciar uma investigação contra os atos relatados pelos réus no momento da sua prisão.

Em sua jurisprudência, a Corte IDH, desde seu primeiro caso, **Velásquez Rodrigues**, este Tribunal decidiu que faz parte da obrigação de todos os estados iniciar uma investigação pronta e imparcial quando se tem notícia de crime de tortura. E a parcialidade será comprovada toda vez que o juiz deixar de iniciar uma investigação.³²

31 UE. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Piersack v. Belgica.

32 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Velásquez Rodrigues v. Honduras.

No caso em concreto, havendo notícia de que o imputado tenha sido torturado, deve a autoridade iniciar imediatamente uma investigação independente e imparcial sobre os fatos narrados a fim de verificar se a prova foi obtida por meio ilícito, mas que irá influenciar no ânimo do acusado através de uma sensação de desconfiança sobre a atuação do juiz omissor.

E, assim sendo, viola o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial, como mandam os tratados de direitos internacional dos quais o Brasil é signatário e nossa Carta Constitucional.

4.2.C) DA PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA EXCLUSIVAMENTE PELOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO

Inicialmente, é importante abordar a questão processual sobre quem pode ser considerado ou não testemunha, que não presta o compromisso legal e por isso não pode ser contraditado.

O Código de Processo Penal, ao regulamentar a prova testemunhal, estabelece, como regra geral, que todas as pessoas podem ser testemunhas (art. 202). Ainda assim, prevê hipóteses para os casos em que as pessoas estão autorizadas a não depor (art. 206) e as que estão proibidas de fazê-lo (art. 207). E, segundo estes parâmetros, também autoriza a impugnação do depoimento destas pessoas – art. 214.

Ocorre que neste sistema não há nada que proíba os policiais de deporem e **por isso não poderiam ser contraditados!** Mas deveriam...

A uma pois devem ser incorporados aos debates judiciais a notória atuação da polícia militar, principalmente nas manifestações populares que assolaram nosso país desde junho do ano passado, que comprovou midiaticamente o que a maioria da população já sabia: violência desmedida, flagrantes forjados, enfim, vários tipos de abusos cometidos e que não serão investigados pelo Ministério Público.

Neste sentido, e se não houvesse o impedimento legal apontado, **deveria a defesa contraditar toda testemunha que fosse Policial Militar, simplesmente por pertencer a esta corporação de duvidosa credibilidade.**

Segundo Lopes Jr., a prática de arrolar como testemunhas de acusação somente os policiais militares configura uma tentativa de judicializar a prova policial a fim de driblar a proibição contida no art. 155 do CPP.³³

Mas, se não pode ser contraditada, ao menos a presunção de veracidade de seus depoimentos deve ser mitigada. Fato este corroborado pela situação de dupla vulnerabilidade dos réus, em sua maioria negros e pobres favelados.

Existe um samba da Mangueira, mundialmente conhecida escola de samba, que, defendendo enredo sobre os “100 anos da Abolição da Escravidão” no ano de 1988, assim cantava:

“Pergunte ao criador,
Quem pintou esta aquarela:
Livre do açoite da senzala,
Mas preso na miséria da favela”

Versos estes que mais ou menos refletem os acusados nos processos de tráfico de drogas, especialmente no que se refere a **criminalização da pobreza**, o que foi constatado cientificamente pelo projeto de investigação citado, principalmente no que toca ao perfil das pessoas capturadas pela polícia. No Poder Judicial, nas varas criminais, câmaras criminais, seções etc... em todos os cantos, os processos dos crimes de tráfico se assemelham a uma peça com o mesmo roteiro e idênticos personagens: **o pobre-escravo favelado preso pelos atuais capitães do mato – os policiais militares!**

Nesta “aquarela”, nem todos são reféns da polícia. O jovem branco e rico de Ipanema que vai comprar sua droga na “boca de

33 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, 1ª v., p. 620.

fumo” não precisa se preocupar com abordagem policial. Mas o jovem negro, “os quase brancos pobres como pretos ... quase brancos quase pretos de tão pobres são tratados”³⁴ devem tomar todo cuidado! Mesmo que comprovem o emprego, a família etc ...

No caso apresentado, por exemplo, M. afirma que teria ido à “boca de fumo” para adquirir drogas para uso próprio. Ainda assim, os PMs decidiram que era traficante e o levaram junto com outras pessoas, sem, em razão da prisão em flagrante, obter qualquer outra prova a não ser a posse de drogas.

Conforme apontado por Boiteux, são os policiais militares que, na maioria dos casos decidem quem vai ou não para a prisão.³⁵ Mesmo um observador menos atento pode perceber, a partir da constatação de que mais de 90% das prisões é feita através de Auto de Prisão em Flagrante, que em não havendo investigação que seja capaz de produzir outros tipos de provas, são os policiais os “donos” das vidas de milhares de pessoas que habitam os recantos mais necessitados do País.

Levando em consideração que a maioria das pessoas presas pertence a uma determinada camada da população menos desfavorecida econômica, social e culturalmente, deve o poder judicial trabalhar com o **conceito de vulnerabilidade** a fim de reverter a primazia absoluta da palavra dos policiais-testemunhas.

Reconhecendo a vulnerabilidade dos acusados por pertencimento aos grupos pobres e marginalizados bem como ao fato de estar sob a custódia do Estado, deve a autoridade judicial reverter a equação, **dando mais valor à palavra do acusado do que à do Policial Militar.**

O conceito de vulnerabilidade remete ao direito ao tratamento igualitário, previsto tanto em nossa Constituição como em Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.³⁶

34 VELOSO, Caetano. Haiti. *Tropicalia* 2.

35 BOITEUX, Luciana. *Idem*, p. 20.

36 Veja-se, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.

Segundo Lorenzetti, o reconhecimento da vulnerabilidade de determinadas pessoas pertencentes a determinados grupos rompe com a lógica anterior do direito, estabelecida nos séculos XIX e XX, baseada na liberdade e autoresponsabilidade. Até então, o ser humano era considerado um sujeito capaz e determinar-se de acordo com sua própria consciência. O autor asevera que:

“...esto implica una dogmática jurídica consiguiente que es la noción de capacidad plena, de discernimiento pleno y de ejercicio también pleno de la libertad. Con lo cual se supone que todos los sujetos jurídicos son iguales ante la ley de modo abstracto, no material sino como posición jurídica delante de la ley. Y entonces, son responsables de todos los actos, buenos y malos, que ellos adopten durante su vida cotidiana”.³⁷

Mas o então presidente da Suprema Corte Argentina afirma que a questão da igualdade não pode assentar sobre o pressuposto da liberdade e autodeterminação. Falar em igualdade é falar em proteção! É reconhecer as diferenças de oportunidades de determinados grupos³⁸, que, por estarem fora do processo político e econômico, vivem numa situação de total discriminação e desprezo. Em suas próprias palavras:

“Esta idea de auto-responsabilidad choca fundamentalmente con la noción de vulnerabilidad que, por el contrario, se basa en otro valor que es la igualdad, no la libertad, y que desarrolla otro principio que no es

37 LORENZETTI, Ricardo. Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (Aidef), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008. Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago, 2014, p. 62.

38 Uma importante abordagem sobre o conceito de grupos é desenvolvida por Owen Fiss em “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 137-167, version original: “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

el de la auto-responsabilidad sino el de la protección, el principio protectorio de alguien que es vulnerable, que es más débil, que está en una posición de hiposuficiencia. Y como consecuencia de este principio se desarrollan tecnologías jurídicas diferentes, que son de naturaleza protectoria. Es decir, ir más allá de la voluntad expresada con discernimiento, intención y libertad. A veces corrigiéndola en beneficio del sujeto. Como vemos, estamos frente a dos corrientes de pensamiento, dos valores, dos principios y dos estelas diferentes de dogmática jurídica”.³⁹

O conceito de vulnerabilidade pode ser extraído, principalmente, do documento conhecido como as “100 Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em situação de Vulnerabilidade”⁴⁰, ou “100 Regras de Brasília”. Documento preparado pelas cúpulas do Poder Judicial, para ser aplicado pelos membros deste poder.⁴¹

A Regra n. 3 traz o conceito de Vulnerabilidade:

“Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico”.

39 LORENZETTI, Ricardo. *Ibidem*, p. 62.

40 A Cúpula Iberoamericana dos Poderes Judiciais, reunida em Brasília no ano de 2008, aprovou as “100 Regras de Acesso à Justiça de pessoas em situação de vulnerabilidade”, mais conhecidas como as “100 Regras de Brasília”. Discute-se muito valor normativo destas regras, mas o entendimento majoritário é que, se foi um documento feito pelo Poder Judiciário para o Poder Judiciário, resta aí sua forma vinculante. É que “en el ámbito normativo internacional es perfectamente posible que un instrumento que no tenga las características propias de un tratado, pueda llegar a tener fuerza vinculante en la medida que se den ciertas condiciones de contexto.” Minuta Sobre a Força Normativa das 100 Regras de Brasília, texto estudado no Curso 100 Regras de Brasília e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Faculdade de Direito, Universidade do Chile.

41 Sobre a força normativa do documento, veja-se, ANDREU-GUZMÁN, Federico e COURTIS, Christian. *Comentarios Sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad, Defensoria Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*. Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago, 2014.

As Regras 15 e 16 especificam a vulnerabilidade relacionada à pobreza:

(15) A pobreza constitui uma causa de exclusão social, tanto no plano econômico como nos planos social e cultural, e pressupõe um sério obstáculo para o acesso à justiça especialmente daquelas pessoas nas quais também concorre alguma outra causa de vulnerabilidade.

(16) Promover-se-á a cultura ou alfabetização jurídica das pessoas em situação de pobreza, assim como as condições para melhorar o seu efetivo acesso ao sistema de justiça.

O outro caso de vulnerabilidade está previsto nas Regras 22 e 23:

(22) A privação da liberdade, ordenada por autoridade pública competente, pode gerar dificuldades para exercer com plenitude perante o sistema de justiça os restantes direitos dos quais é titular a pessoa privada da liberdade, **especialmente quando concorre com alguma causa de vulnerabilidade enumerada nos parágrafos anteriores.** (grifo nosso)

(23) Para efeitos destas Regras, considera-se privação de liberdade a que foi ordenada pela autoridade pública, quer seja por motivo da investigação de um delito, pelo cumprimento de uma condenação penal, por doença mental ou por qualquer outro motivo.

Assim sendo, levando em consideração a notória má-fé dos testemunhos policiais somada à dupla vulnerabilidade dos acusados (pobreza e privação de liberdade), deve o juiz mitigar a presunção de veracidade da palavra dos policiais, fazendo prevalecer a versão dos acusados.

Além da tradicional questão relacionada à suspeição do policial militar, lecionada com precisão pela melhor doutrina:

“Contudo, se não suspeitos, têm eles todo o interesse em demonstrar a legitimidade do trabalho realizado. Ao depor, o policial também está dando conta de seu trabalho, do acerto da investigação realizada, da legitimidade dos atos praticados. Logo, se não tem interesse direto na condenação do acusado, tem em relação aos atos praticados, dando conta da legitimidade do trabalho investigatório realizado. Portanto, afirmamos: em primeiro lugar, não está impedido de depor, por ser testemunha inidônea, nem suspeita, todavia, o valor de suas palavras é bem relativo, devendo necessariamente ser cotejado com outros elementos, pois ao depor está dando conta do trabalho realizado, tendo total interesse em demonstrar a legitimidade da investigação”. (Adalberto José Q. T. Camargo Aranha, *Da Prova no Processo Penal*).

Pode-se apontar, inclusive, alguns importantes julgados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ANTAGONISMO PRÉVIO ENTRE OS POLICIAIS MILITARES E O APELANTE. DÚVIDA SOBRE A EXISTÊNCIA E AUTORIA DO CRIME. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE CONFIRMEM A VERSÃO DOS POLICIAIS. ABSOLVIÇÃO. Apelante condenado como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06. **Depoimento dos policiais militares que, muito embora não deva ser desprezado como fonte de prova, no caso deste processo, não merece crédito.** Antagonismo prévio entre essas testemunhas e ape-

lante que não permite que se confie nos policiais, ao menos sem outras provas que confirmem a alegação. Reincidência que não pode ser considerada como fator determinante para se atribuir a responsabilidade penal do acusado. Dúvida sobre a existência e autoria do crime. Princípio do *in dubio pro reo*. PROVIMENTO DO RECURSO. (0001335-85.2008.8.19.0061 (2009.050.05750) – APELAÇÃO, DES. GERALDO PRADO – Julgamento: 23/09/2010 – QUINTA CÂMARA CRIMINAL).

PROVA PRECÁRIA. DUVIDOSA LEGALIDADE. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS MILITARES. CONTRADIÇÃO. AGRESSÃO AO RÉU COMPROVADA POR LAUDO DE CORPO DE DELITO. A prova da autoria afigura-se precária. A prova não se mostra absolutamente tranquila quanto à imputação do crime de tráfico, vez que insuficiente para demonstrar que o entorpecente apreendido pertencia ao réu. Ao contrário do que afirma a sentença, não há tanta coerência e consistência no relato dos policiais militares responsáveis pelo suposto flagrante, principalmente no que tange ao momento da abordagem. O policial militar Geilson Maciel figura como acusado em processo criminal por formação de quadrilha, fato que, se não descredencia o seu depoimento, contribui para seu enfraquecimento. Afirmativa do apelante, de que teria sofrido agressões em diversas regiões do corpo e de que fora agredido pelos citados policiais restaram comprovadas pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 64. Tal circunstância, por si só, já tornaria imprestável a versão acusatória. A condenação com fundamento na evidência, na notoriedade, na indubitabilidade violenta o devido processo legal. Tem-se produzido um modo judicial de interpretar a prova baseado na ideologia da repressão, quase pre-

sumindo-se a culpa. Mora em local dominado pelo tráfico, então é traficante. Basta a evidência, desnecessária a prova. “Esta evidência é uma luz única: não tem espécies nem variedades. O espírito vive uma única evidência. Não tenta criar para si outras evidências.” (Gaston Bachelard - A Filosofia do Não). O princípio da presunção da inocência só deixa de prevalecer quando o M.P. demonstrar, de forma ampla, absoluta e indubitosa, a imputação da denúncia. Recurso provido. (2196700-61.2011.8.19.0021 – APELAÇÃO, DES. SERGIO DE SOUZA VERANI – Julgamento: 01/11/2012 – QUINTA CÂMARA CRIMINAL).

Combater a condenação com base exclusivamente em depoimentos dos policiais é uma tarefa primordial do Defensor Público, que tem o dever de questionar em todo e qualquer processo.

Este ato revela-se ainda mais importante se observarmos que a maioria das prisões é resultado de flagrante delito, que revela operações rotineiras das polícias sempre nos mesmos locais (quem nunca ouviu policial dizer que “o local é conhecido como ponto de venda de drogas”), mas rechaça a validade da confissão feita ao policial (não à autoridade policial), a prova de envolvimento com organização criminosa (sem investigação prévia que indique a organização, seu funcionamento e os respectivos papéis desempenhados pelos acusados).

4.2.D) INEXISTÊNCIA DE PROVA DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Em razão dos dados colhidos na investigação, esta é outra grande batalha que os Defensores Públicos devem enfrentar. Assim o é, pois, fato que restou claro na descrição do caso, os elementos colhidos sob o crivo do contraditório não indicam a associação de forma estável e duradoura com outras pessoas não identificadas para a prática de tráfico ilícito de entorpecentes. A praxe demonstra que

os policiais militares se limitam a informar que o local da prisão é conhecido ponto de venda de drogas, logo, o acusado deve participar de organização criminosa que domina o local. No entanto, estas testemunhas não sabem declinar se o acusado exercia uma das funções essenciais à organização criminosa, nem o suposto tempo de atuação no tráfico, até porque, não houve nenhuma investigação preliminar.

Para a caracterização do crime do artigo 35, da Lei n. 11.343, deverá o Ministério Público provar que o réu pertencia a organização estável e duradoura para fins de traficância, já que não basta a prática de atos isolados que subsumam a conduta ao tipo penal do artigo 33, do mesmo diploma legal.

Exige-se, portanto, a manutenção de certa estrutura, com a atribuição de tarefas bem definidas a cada um dos integrantes, pois o elemento objetivo do tipo “associaram-se” denota estabilidade, divisão de tarefas e organicidade.

Neste passo, para caracterizar o referido delito, os membros da associação, por meio da manutenção de contínua vinculação, devem praticar o tráfico de entorpecentes, cada um cumprindo a sua tarefa preestabelecida na estrutura da organização.

No caso em estudo, o fato de a área onde o acusado foi preso estar sob suposta influência do “Comando Vermelho⁴²” não gera presunção absoluta da associação ao tráfico, pois cabe ao Ministério Público demonstrar que M. pertencia organicamente à facção. Os depoimentos dos policiais militares não esclarecem se o acusado pertencia ao referido grupo, se praticava comércio isolada ou clandestinamente, donde se conclui não haver prova alguma da existência do crime do artigo 35, da Lei de Drogas.

Vale trazer à colação os ensinamentos de Franco acerca dos requisitos do antigo artigo 14, da Lei n. 6.368/76 cuja redação foi reproduzida no artigo 35, da Lei n. 11.343:

42 Conhecida organização Criminosa que atua no estado do Rio de Janeiro, nascida no idos dos conhecidos Anos de Chumbo onde os presos comuns, ao perceber a forma como presos políticos se organizavam, estabeleceram uma espécie de associação a fim de enfrentar em conjunto as mazelas do Sistema Penitenciário. AMORIM, Carlos. CV-PCC, a irmandade do Crime. Ed. Record.

“(...) três são os requisitos básicos: um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum para a prática de uma série de delitos e uma contínua vinculação entre os associados para a concretização de um programa delinquencial”.⁴³

O Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro já se pronunciou sobre o “inovador” argumento trazido pelo Ministério Público sobre o crime de associação para o tráfico, aduzindo que o fato de a comunidade ser supostamente dominada por uma facção não gera presunção absoluta de que o réu esteja a ela vinculada:

“(...) delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11343/06. Prolatada sentença, foi absolvido pelo crime de associação e condenado pelo tráfico de drogas, às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. Não foi concedida, a substituição da pena privativa de liberdade nos termos do art. 44 do Código Penal. O apelo ministerial, tem por finalidade a condenação pelo crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas. O recurso interposto pelo acusado, visa sua absolvição ou a desclassificação para o delito de uso (art. 28 da Lei 11343/06). RAZÃO NÃO LHES ASSISTE. Apesar de a denúncia narrar que o réu exercia a função de gerente do tráfico de entorpecente, citando os vulgos dos elementos ligados à facção criminosa do Comando Vermelho, não descreveu de forma concreta o momento em que esta se estabeleceu sendo inepta nesta parte (STF, RT 700/416 e RTJ 162/559).

43 FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos: uma alteração inútil. *Boletim de Jurisprudência do IBCC*, São Paulo, n. 16.

No mesmo sentido HC 90654/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. – 1ª Turma – HC 90654. **Para configurar o art. 35 da Lei n. 11.343/06 necessário o animus associativo, o ajuste prévio, não bastando um mera associação momentânea, ou coautoria. O fato de o réu estar na prática do tráfico em localidade que era dominada pelo Comando Vermelho, não caracteriza o referido delito de associação. Não houve a apreensão de rádio comunicador, material para endolação ou anotação referente ao movimento do tráfico, a demonstrar sua ligação com referida facção. As declarações dos policiais, em momento algum, denotam a associação do acusado a qualquer organização criminosa. Precedente desta Câmara Criminal. (0233808-87.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO, DES. RONALDO ASSED MACHADO – Julgamento: 10/10/2013 – OITAVA CÂMARA CRIMINAL).**

“...isso porque, não obstante reconhecer que o local é dominado pela facção conhecida como comando vermelho, e do acusado ter sido encontrado com o entorpecente e com um radiotransmissor, tal condição não vem a impulsionar o crivo da completa visualização de um comprometimento do acusado para o fim de se associar de maneira permanentemente e estável ao tráfico. Assim, não há como admitir a condenação do acusado no que tange ao delito da associação para os fins de tráfico, consoante se absorve dos termos do artigo 35 da Lei n. 11.343/06, motivo pelo qual deve ser absolvido, na forma do artigo 386, inciso vii, do código de processo penal. (0053318-10.2012.8.19.0021 – APELAÇÃO, DES. SIDNEY ROSA DA SILVA – Julgamento: 08/10/2013 – SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL).

Merece destaque trecho da ementa da lavra do Desembargador José Muiños Pinheiro Filho na qual há precisa análise sobre a necessidade de prova robusta do vínculo associativo, não bastando a mera argumentação de que uma comunidade é “dominada” por uma facção criminoso:

“4 – Quanto a negativa de autoria do delito de associação, assiste razão à laboriosa defesa. Com todas as vênias à douta procuradora de justiça, entendo que merece ser acolhido o pleito absolutório. Para a caracterização do delito de associação para o tráfico, mister se faça prova de que **existe o vínculo associativo para a prática da mercancia, sob pena de se incorrer numa condenação quase que automática no delito do artigo 35 da Lei de Drogas.** Não é suficiente, para a prolação do decreto condenatório, a ilação de que, se o réu realizava o tráfico de entorpecentes em localidade dominada por facção criminoso, fatalmente estaria a ela associado. A se confirmar a fundamentação da sentença, estar-se-á admitindo uma condenação sem que o Ministério Público tenha se desincumbido de provar os fatos articulados na denúncia o que, em última análise, acaba por gerar uma inversão do ônus da prova, pois assim caberia ao réu provar que não estava associado a outra pessoa para a prática de tráfico de entorpecente na área. Por outro lado, a declaração prestada pelo apelante sobre a origem do material ilícito, no qual confessou extrajudicialmente que pegava certa quantidade de maconha com tal de “Jean”, que, diga-se de passagem, não se tem qualquer prova sobre sua origem, e ficava com parte da venda para si. Esse único indício não é suficiente para a caracterização do crime descrito no artigo 35 da Lei n. 11.343/06. Isto porque o delito de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei n. 11.343/06) caracteriza-se como delito permanente, de perigo abstrato, exibindo natureza plurissubjetiva,

de condutas paralelas, cujo tipo incriminador se posta a exigir a multiplicidade de no mínimo dois concorrentes, imunes ou não ao juízo de censura inerente à culpabilidade de algum deles, mas todos reunidos em *societas delinquentium*, ainda que rudimentar, rigorosamente identificada pelos atributos marcantes da estabilidade e da permanência. Em outras palavras, significa que sua tipicidade somente se evidencia através da comprovação do vínculo estável entre ao menos dois dos agentes, com vistas à prática dos crimes previstos no art. 33, caput e § 1º e art. 34, da Lei Antidroga, mas que, *data máxima venia*, não se verificou nos autos. 5 - Na hipótese em tela, restam dúvidas em afirmar que o acusado era “vapor” e subsistia ajuste prévio com “Jean”, direcionado à prática compartilhada do injusto de tráfico de entorpecentes.” E mesmo se assim fosse não há como admitir a caracterização do delito de associação. Fazendo-se um paralelo com a organização de uma empresa, percebe-se que a função exercida pelo apelante (“vapor”) era de empregado, não possuindo qualquer ingerência sobre a administração da organização criminosa, o que se pretende punir no delito de associação para o tráfico. Ao contrário, a função de subordinação exposta na prova dos autos (vapor), indica a ausência da estabilidade e permanência que o tipo penal incriminador do artigo 35 traz em sua essência. (0005849-50.2012.8.19.0026 – APELAÇÃO, DES. JOSE MUIÑOS PINHEIRO FILHO – Julgamento: 03/09/2013 – SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL).

Verifica-se, quanto a M., não haver prova do acordo prévio com terceiros para a prática do tráfico de drogas, nem a manutenção de qualquer vínculo associativo, pois os depoimentos não demonstram a sua participação na rotina do comércio ilícito.

Por fim, o órgão de acusação não conseguiu **demonstrar o papel estável** que o réu exercia na suposta organização, já que não lhe cabia nenhuma das seguintes funções: recepção e transporte das mulas; fornecimento e venda de entorpecente; administração e contabilidade da movimentação financeira gerada pela venda de drogas.

4.2.E) FIXAÇÃO DA PENA-BASE: A ESPÉCIE DE DROGA APREENDIDA NÃO É JUSTIFICATIVA PARA A MAJORAÇÃO DA SANÇÃO EM RAZÃO DA SUA PEQUENA QUANTIDADE

Ultimamente, especialmente do estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público vem postulando a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza da droga apreendida, principalmente o crack, “cujas consequências são devastadoras, cujo consumo vem incentivando a crescente prática de homicídios e de crimes contra o patrimônio, uma vez que os usuários diversas vezes praticam roubos e furtos a fim de alimentar o seu vício”.⁴⁴

Trata-se, na realidade, de argumentação carecedora de qualquer comprovação científica, pois nenhum estudo, até o momento, conseguiu demonstrar em bases sólidas que o aumento do consumo de crack está relacionado com o aumento da criminalidade violenta.

Ao revés, se realmente a cada ano aumenta o consumo de cocaína/crack no Brasil, ainda que se limite a 1,75% da população brasileira, como revela a pesquisa “World Drug Report 2013”, elaborada pelo Escritório das Organizações das Nações Unidas contra as Drogas (UNODC – www.unodc.org), não há o seu correspondente em termo do incremento do número de homicídios e de roubos.⁴⁵

44 BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. Ação Penal n. 0019869-27.2013.8.19.0021. Ministério Público v. M. e outros.

45 ONU. Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime. “World Drug Report 2013”. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/en/frontpage/2013/06/26-world-drug-report-notes-stability-i-use-of-traditional-drugs-and-points-to-alarming-rise-in-new-psychoactive-substances.html>>. Acesso em: 29 ago, 2014.

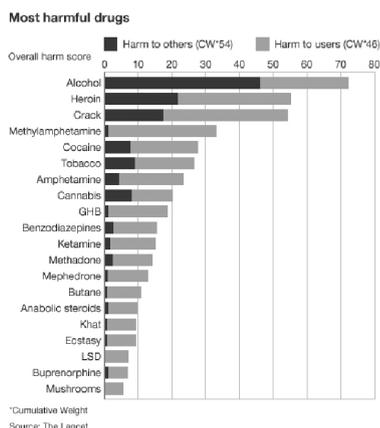
Especificamente no caso do estado do Rio de Janeiro, pesquisa anual do Instituto de Segurança Pública (www.isp.rj.gov.br) contradiz o senso comum de que se valeu o Ministério Público, já que, comparando os anos de 2011 e 2012, houve redução de 5,8% de homicídios, de 6,8% de tentativas de homicídio, de 9,7% de roubos a transeuntes e de 19,2% de roubos de aparelho celular.

Diante dos mencionados dados estatísticos, há que se questionar o Ministério Público sobre qual a base científica para afirmar em suas alegações finais que o consumo de crack vem incentivando a prática de homicídios e de roubos?

Ainda na linha da reprodução do senso comum, o Ministério Público afirma que a cocaína e o crack são drogas de efeitos devastadores. Novamente, esta afirmação é de duvidosa validade científica, pois estudo realizado pelo professor David Nutt, da Universidade de Bristol, Inglaterra, e publicado na conceituada revista científica *Lancet*, aponta o álcool como a droga mais nociva para o ser humano.

Importa destacar que não se nega os malefícios causados pelo consumo abusivo de crack, mas, na realidade, pretende-se destacar a incongruência do legislador e do pensamento jurídico dominante ao “demonizar” o crack e, ao mesmo tempo, permitir e estimular uma substância mais nociva como o álcool.

O *ranking* a seguir colacionado revela a mencionada incoerência:



Se o álcool, uma droga muito mais potente e nociva ao homem, tem a sua comercialização autorizada e timidamente regulamentada, além do seu consumo ser estimulado pela sociedade, pela mídia e pelo mercado publicitário, não se justifica o aumento da pena aplicada a uma pessoa que comercializava uma substância menos nociva e ocasionalmente considerada ilícita.

Uma interpretação que prestigie o princípio da razoabilidade exige para a elevação da pena-base que a droga seja apreendida em quantidade considerável e que esta possua alguma característica que torne a conduta do agente mais reprovável.

Caso mantida a condenação pelo crime do artigo 35, da Lei n. 11.343, também deverá ser reduzida a pena-base, pois a espécie de droga apreendida é irrelevante para a fixação da sanção para o crime de associação para o tráfico.

Se para a análise da reprovabilidade do exercício da traficância torna-se indispensável a análise da natureza da droga, para a associação outros parâmetros deverão ser observados, especialmente o lugar ocupado pelo agente na estrutura da organização.

Assim, para o crime de associação há que se elevar em consideração a divisa de tarefas, o poder decisório do agente, o tempo de atuação, pouco importando se ele foi preso pela polícia ocasionalmente na posse de maconha, cocaína ou crack.

4.2.F) FIXAÇÃO DA PENA DEFINITIVA: INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI N. 11.343

Esta questão é outro ponto essencial na Defesa nos processos de tráfico drogas. Aponta Boiteux que, na grande maioria dos casos estudados, não houve sequer uma justificativa judicial para a não redução da pena. Levando em consideração que tal artigo é a única forma prevista nesta lei de diferenciar os níveis de importância do traficante, imprescindível que o Defensor esteja atento para o que o juiz irá decidir.

No caso apresentado, a primariedade e os bons antecedentes de M. foram comprovados pela Folha de Antecedentes Criminais, assim como a inexistência de inquéritos policiais em seu desfavor, igualmente demonstram que ele não se dedica às atividades criminosas. Nada há nos autos que indique a participação do acusado em alguma organização criminosa, cabendo ressaltar que os policiais militares jamais o haviam visto praticando tráfico de entorpecentes.

Fatos estes que por si só já justificariam a absolvição pelo crime de tráfico e no máximo uma condenação no art. 28.

No que se refere a maior preocupação da pesquisa, ou seja, a ausência de justificação para a negação da redução, curial ressaltar, em primeiro lugar, que o art. 93, IX, da Constituição da República estabelece:

“IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade ...”

Como se vê, o dispositivo constitucional é cristalino ao preservar a nulidade das decisões judiciais quando ausente a fundamentação. Em se tratando de questões que versem sobre os limites do Poder de Punir estatal, esta necessidade de fundamentação se afigura mais relevante, na medida em que são as razões de decidir que informam ao apenado – e seu defensor – o iter percorrido pelo magistrado para chegar ao *quantum* da pena aplicada, dentro da escala penal abstratamente prevista na lei.

Corroborar a tese acima esposada a sempre precisa lição de Grinover⁴⁶:

“O trabalho do juiz, como toda decisão humana, implica uma escolha entre alternativas. No conteúdo da motivação devem estar claramente expostas as escolhas e seleções feitas”.

46 GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *As Nulidades No Processo Penal*. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2011, p. 209.

Como estamos tratando do direito de liberdade, não se pode conferir ao julgador um poder discricionário, que lhe defira a faculdade de optar pela diminuição mínima ou máxima, de acordo com o seu juízo de conveniência e oportunidade, ou sua visão ideológica do mundo, sem qualquer fundamentação objetiva. Estamos diante de um poder vinculado, que tem como parâmetro as diretrizes traçadas pelo ordenamento.

Aqui surge uma dúvida: se o legislador, no art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/06, não explicitou os critérios informativos a serem adotados pelo julgador para decidir qual será a diminuição de pena dentro da escala abstratamente prevista, qual seria o melhor caminho a ser trilhado?

Em voto, no HC n. 2006.050.04274, o desembargador Maurílio Passos da Silva Braga, da Egrégia 7ª Câmara Criminal do TJRJ, preconiza um critério objetivo:

“ (...) A Lei 11.343, hoje em vigor, elevou a pena-base para cinco anos de reclusão e introduziu no ordenamento jurídico pátrio uma regra de redução de pena, desde que o condenado fosse primário e de bons antecedentes, como é a hipótese dos autos, em frações que variam de 1/6 a 2/3. Na parte em que beneficiou o condenado, tem o julgador que aplicá-la. O legislador não deitou regras para a escolha dessa ou daquela fração de redução, e assim, penso que a melhor solução será adotar-se a variação segundo o número de atenuantes genéricas presentes na hipótese, dentre as previstas nos incisos I e III, alíneas “a”, “b” e “d” do art. 65 do CP, únicas compatíveis com o crime de tóxico. Na hipótese presente dos autos, penso ser necessária a aplicação da regra contida no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, para redução da pena, vindo ela de aquietar-se em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, mantida, no mais, a sentença apelanda”.

Em verdade, parece-nos que a *ratio* do dispositivo supramencionado visa a diferenciação, quando da aplicação da pena, daquele que já se encontra enraizado, corrompido, na atividade criminosa, daquele réu que incide pela primeira vez no ato de mercancia ilícita de entorpecentes, que a Lei presume, de forma absoluta, como recuperável, prescrevendo-lhe uma reprimenda mais branda.

Por razões estritamente ligadas à Política Criminal, o legislador impõe ao julgador que, ao aplicar a pena, “separe o joio do trigo”, reduzindo a pena daquele que aquilata ser mais “recuperável”, sendo pouco salutar a longa convivência no cárcere.

E a redução deve ser inversamente proporcional ao grau de dissolução do caráter do réu pela vida criminosa, mais especificamente pelo tráfico de entorpecentes. Assim, se o julgador verificar que o réu não criou ainda profundas raízes nos meios ilícitos de subsistência, deve o julgador reduzir a pena pelo máximo previsto, ao passo que deve diminuir pelo mínimo se considerá-lo já absolutamente dissoluto, com remotas chances de recuperação.

Não havendo elementos que justifiquem a certeza da ligação irretratável do acusado com a vida criminosa, obrigado está o juiz a aplicar a redução máxima.

Ainda que não se repute os critérios acima como os adotáveis para informar a quantidade de diminuição, havendo dúvida, ou não existindo elementos nos autos suficientes para se formar um juízo de valor, deve o magistrado optar pelo caminho que mais favoreça o réu, ou apenado, reduzindo pelo máximo previsto. Como defendido pela maioria da nossa doutrina, o adágio *in dubio pro reo*, não serve somente como critério de valoração da prova produzida, mas também como parâmetro hermenêutico, pelo qual o julgador deve optar pela interpretação que mais favoreça o apenado/réu quando houver dúvida ou ausência de critérios explícitos na lei.

Ainda que não se aceite o *in dubio pro reo* como critério hermenêutico, não poderia o julgador, ante a ausência de parâmetros, optar pela diminuição mínima, devendo, na pior das hipóteses, decidir pela média, ou seja, diminuir entre 1/3 (um terço) e a metade.

4.2.G) FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA

A partir da declaração da inconstitucionalidade parcial dos artigos 33, parágrafo 4º, e 44, ambos da Lei n. 11.343, e que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o Supremo Tribunal Federal igualmente reconheceu a possibilidade de o condenado por tráfico privilegiado iniciar o cumprimento da pena em regime aberto.

Como se percebe nos acórdãos a seguir colacionados, entendeu-se que determinar o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena violava o princípio da individualização da pena e o da razoabilidade:

“HABEAS CORPUS” – VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE – O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DO SU-

PREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPE-TRAÇÃO – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO, EM PARTE. – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. – O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. – Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, “caput” e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei n. 11.343/2006. – Possibilidade de o condenado pelo crime de tráfico privilegiado de entorpecentes (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º) iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso que o regime fechado. Precedente do Plenário (HC 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, “Informativo/STF n. 670”). (HC 113.913, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 9/4/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 9/5/2013 PUBLIC 10/5/2013).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE PRIVILEGIADO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO: CRIME EQUIPARADO A HEDION-

DO. FUNDAMENTO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDA ACRESCIDO ORIGINARIAMENTE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA VEDAR A CONCESSÃO DE REGIME ABERTO. INOVAÇÃO EM HABEAS CORPUS IMPETRADO PELA DEFESA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. 1. Não competia à Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de habeas corpus da defesa, ao considerar o art. 33 do Código Penal e ressaltar a quantidade de droga apreendida, acrescentar fundamento novo, não utilizado pela 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de justificar a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena. 2. Este Supremo Tribunal Federal assentou ser inconstitucional a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena, em se tratando de tráfico de entorpecente. Precedentes. 3. Ordem concedida para restabelecer o regime aberto e as respectivas condições constantes na sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bauru/SP. (HC 112085, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 11/12/2012 PUBLIC 12/12/2012).

Portanto, na esteira do entendimento consolidado na Corte Constitucional, caberá a aplicação das regras do artigo 33, do Código Penal, para a fixação do regime aberto nos casos de tráfico privilegiado.

Assim, se a pena a ser aplicada a M. ficará aquém de 4 anos de reclusão, ele não é reincidente e as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, são inteiramente favoráveis, restará ao juízo fixar o regime inicial aberto.

4.2.H) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

A vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, prevista anteriormente no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343, teve a sua execução suspensa por meio do artigo 1º da resolução 05/2012 do Senado Federal.

A referida resolução foi editada a partir da declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal no HC 97256-RS (rel. Min. Ayres Britto), haja vista a evidente violação ao princípio da individualização da pena.

Portanto, na hipótese do chamado tráfico privilegiado, caberá ao juízo analisar os requisitos elencados no artigo 44, do Código Penal, para proceder à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Para tanto, o legislador estabeleceu os seguintes requisitos de ordens objetiva e subjetiva: pena privativa de liberdade aplicada não superior a 4 (quatro) anos desde que não cometido com violência ou grave ameaça ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; réu não seja reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

5. CONCLUSÃO

A ideia central deste artigo é a de estabelecer uma estratégia de defesa a ser adotada por todos os Defensores Públicos, ou, ao menos, a ser pensada por todos os Defensores Públicos a fim de que o campo judicial seja mais um espaço de luta contra uma política de drogas violadora dos direitos humanos.

Para tanto, iniciamos com a discussão sobre a legitimidade da Defensoria Pública como instituição responsável pela defesa das pessoas sem condições de pagar um advogado. Legitimidade esta que começa a ser pensada com base nos estândares internacionais de direitos humanos, especialmente sobre as obrigações positivas do Estado do que tange a assegurar um Defensor.

A partir da análise da normativa internacional, conclui-se que, embora não haja uma obrigação do Estado de criar Defensorias Públicas, essa ainda revela-se a instituição mais eficaz, desde que resguardados sua autonomia, independência e um alto grau de conhecimento técnico.

Estas características gerais não têm o condão de, ao menos nos processos penais, assegurar a eficácia plena do Sistema Acusatório. Reconhecendo que não só de garantias judiciais se obedece ao devido processo legal, mas também na defesa material, foram analisados os resultados da pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição” a fim de estabelecer pontos importantes que devem ser combatidos na atual conjuntura caracterizada por uma política de drogas violadora de direitos humanos.

Como parâmetro, descreveu-se um caso ocorrido num processo criminal da 3ª Vara Criminal de Duque de Caxias, no estado do Rio de Janeiro, e, a partir daí, foram discutidas estratégias de combate, tais como a inconstitucionalidade do crime de tráfico, a redução do parágrafo 4º, e outras.

É preciso lembrar que a Defensoria Pública é responsável pela maioria dos 70% dos processos penais neste país. Uma atuação conjunta e coordenada abriria os espaços em que os juízes insistem em manter lacrados ou, melhor dizendo, em silêncio.

6. REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. *CV-PCC, a irmandade do Crime*. Ed. Record.

ANDREU-GUZMÁN, Federico e COURTIS, Christian. *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad, Defensora Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*. Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago, 2014

BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica da Presidência*. Vol. 11 n. 94, Jun/Set 2009. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009>>. Acesso em: 28 ago, 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ação Penal n. 0019869-27.2013.8.19.0021*. Ministério Público v. M. e outros.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 70: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”

_____. CNJ. “CNJ divulga dados sobre a População Carcerária Brasileira”. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 08 ago, 2014.

FISS, Owen. *Grupos y la cláusula de la igual protección*. GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, version original: “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: uma alteração inútil*. Boletim de Jurisprudência do IBCC, São Paulo, n. 16.

GARCIA, Luis M. *El derecho del Imputado a la Asistencia Legal en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*. Una Visión Americana. Nueva Doctrina Penal. P. 465.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *As Nulidades No Processo Penal*. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2011, p. 209.

JESUS, Damásio. *Evangelista de Lei de Tóxicos Anotada*. São Paulo: Forense, 2010.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, 1ª v.

LORENZETTI, Ricardo. **Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia**. Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (Aidef), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008. Disponível em: <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago, 2014, p. 62.

OEА. **Convenção Americana De Direitos Humanos. Decreto Legislativo**. Veja-se, por exemplo, a **Convenção Americana de Direitos Humanos** e o **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Velásquez Rodrigues v. Honduras.

ONU. **Comitê de Direitos Humanos**. Caso Morais v. Angola, § 5.4; Caso Chan v. Guiana § 6.5; Philip v. Trinidad Tobago; Siragueva v. Uzbequistão, § 6.3. Caso Khomidova v. Tajiquistão. § 6.4; Gridin v. Federação Russa. § 3.6. Caso Quispe Roque v. Peru. § 7.3. Gutierrez Vivanco vs. Peru. § 7.1. Caso Saidova v. Tajiquistão, § 2.5, Caso Brown v Jamaica, § 6.8. Caso Celiberti de Casariego, Lilian v. Uruguay. Caso Acosta, Antonio v. Uruguay.

_____. **Informe do Relator Especial para a Independência dos Juizes e Advogados**, Leandro Despouy, 28/7/2009.

_____. **8º Congresso de las Naciones Unidas Sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente**. Aplicação dos Princípios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura.

_____. **Consejo de Derechos Humanos**. Informe de la Relatora Especial sobre la Independencia de los magistrados y abogados. Rel. Gabriela Knaul, A/HCR/23/43, 15/3/2013.

_____. **Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime**. “World Drug Report 2013”. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/en/frontpage/2013/06/26-world-drug-report-notes-stability-in-use-oftraditional-drugs-and-points-to-alarming-rise-in-new-psychoactive-substances.html>. Acesso em: 29 ago, 2014.

PINTO, Mónica. **El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para regulación de Derechos Humanos**. (org.) La Aplicación de los Tratados Sobre derechos Humanos por los tribunales locales.

SCHECARIA, Sergio Salomão (org.). **Reflexões sobre as Políticas de Drogas. Drogas Uma Nova Perspectiva**.

UE. **Corte Europeia de Direitos Humanos**. Caso Piersack v. Belgica.

VELOSO, Caetano. Haiti. **Tropicalia 2**.

ZAFFARONI, E. R. et. al. **Derecho Penal Parte General**. Buenos Aires: Ed. Ediar, p. 127.

_____. Eugenio Raúl. **Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático**. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/09/51zaffaroni.pdf>>. Acesso em: 28 ago, 2014.

CATEGORIZAÇÃO: O MODELO CONSTITUCIONAL, O DEFENSOR PÚBLICO E O SEU ATUAR (ATO DE “DEFENSORAR”)

ROGÉRIO DEVISATE¹

¹ Defensor Público de Classe Especial/RJ, empossado em 19/5/1993, titular da 6ª. DP/Cível junto ao STF – Supremo Tribunal Federal e STJ; rrd.adv@hotmail.com.

RESUMO

Uma análise do modelo de Defensoria que quer a legislação brasileira e como se define o atuar do Ddefensor Público.

PALAVRAS-CHAVE

Defensoria; Atuação; Defensorar; Constituição; Legislação; Inamovibilidade; Mandato; Designação.

ABSTRACT

An analysis of the advocacy model that wants to Brazilian law and is defined as the act of the Public Defender.

KEYWORDS

Defender; Performance; Defensorar; Constitution; Legislation; Removal; Mandate; Designation.

Este estudo foca na posição jurídica da Defensoria Pública, tal qual alvitrada pelo constituinte. É o *prius* do qual resulta tudo o mais a respeito. Fundamental, portanto, se a possa categorizar para bem compreendê-la.

Antes de mais detida análise, convém logo que se leve em consideração o voto do **ministro Ricardo Lewandowski** (atual presidente do STF), proferido em 8 de novembro de 2006 no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.643/STF – sobre o fundo especial da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro –, quando pronunciou-se sobre diferença entre a intenção do constituinte quando fala do papel do Defensor e do advogado, diferenciando-os nos respectivos dispositivos constitucionais. O voto em comento pode ser consultado na íntegra no próprio *site* do STF, constando no mesmo, às fls. 163-164, o trecho que aqui destacamos, *in verbis*: ... *“há uma diferença muito interessante entre o que diz o artigo 134 e o 133 da Carta Magna. O artigo 134 diz: “A Defensoria Pública é” – ou constitui – “instituição essencial à função jurisdicional” (...) Portanto, integra-se ao aparato da prestação jurisdicional, sendo quase um órgão do Poder Judiciário. Não avança tanto, mas integra, sem dúvida, esse aparato. E o artigo 133, quando fala do advogado, não usa essa expressão, mas diz: “O advogado é indispensável à administração da justiça” (...) Embora ele faça parte do tripé, no qual se assenta a prestação jurisdicional, ele se aparta um pouco desta categoria especial, desse status especial, que se dá à Defensoria Pública. Por essas razões, acompanho integralmente o eminente Relator, julgando improcedente a ação”*² (grifos e destaques nossos).

O texto da Carta Política de 1988, tal qual promulgado, no que diz respeito às “Funções Essenciais à Justiça” (Título IV, Capítulo IV), assim se nos apresentava, *in verbis*: – Seção I – Do Ministério Público (artigos 127 *usque* 130); – Seção II – Da Advocacia-Geral da União (artigos 131/132); – Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública (artigos 133 *usque* 135).

2 STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.643/STF, Voto do min. Ricardo Lewandowski, fls. 163-164.

Essa redação sofreu alteração, com o advento da Emenda Constitucional 19/98, que assim passou a situar as “Funções Essenciais à Justiça” (Título IV, Capítulo IV), verbis: – Seção I – Do Ministério Público (artigos 127 *usque* 130); – Seção II – Da Advocacia Pública (artigos 131 e 132); – Seção III – da Advocacia e da Defensoria Pública (artigos 133 *usque* 135).

Já tivemos oportunidade de dizer em idos de 2004³, *in verbis*: “Com isso, a Defensoria Pública não mais pode desde então ser incluída, mesmo em linguagem não técnico, no rol dos “Advogados Públicos”, o que para alguns pode pouco significar, mas o que, no nosso sentir, salvo melhor juízo, muito passa a representar para a consolidação da Instituição em âmbito nacional, por meio de uma melhor compreensão do seu verdadeiro alcance e espaço jurídico-político.”

Ora, já que o Defensor não precisa de inscrição nos quadros da OAB para exercer o seu múnus, cabendo já enaltecer o fato de que em caso de falta disciplinar responde perante a Corregedoria Geral da sua instituição, então não se o pode chamar de “advogado”. O argumento está **no próprio texto constitucional** e, como dissemos em 2004⁴, “com o Advento da Emenda n. 19/98, nas chamadas “funções essenciais à justiça”, temos os seguintes segmentos: 1 – Ministério Público (CF, artigos 127/130); 2 – Advogados profissionais liberais (CF, artigo 133); ----) advogados públicos (CF, artigos 131/132); 3 – Defensores Públicos (CF, artigo 134).

Daí temos que os integrantes de tais segmentos compõem o universo daqueles que têm a capacidade para estar em juízo, provocando a jurisdição, ressalvado os casos de competência dos juizados especiais e os *habeas corpus*, os quais permitem que o próprio interessado provoque a jurisdição.

3 DEVISATE, Rogério. Categorização, um ensaio sobre a Defensoria Pública. Artigo inserido no livro *Acesso à Justiça - 2ª Série*, organizada por Fábio Costa Soares, publicada pela Editora Lumen Juris, páginas 389-400.

4 *Obra cit.*

E mais, como já dissemos⁵, “quando a Constituição Federal de 1988 fala no **Ministério Público** e na **Defensoria Pública** os trata como **essenciais à “função jurisdicional do Estado”** (artigos 127 e 134, não se sabe por qual motivo não empregando tal expressão para os advogados (sejam públicos – CF/88, artigos 131 e 132) ou profissionais liberais (Cf, art. 133 – aqui dizendo que é **indispensável à administração da Justiça** (artigo 133).” Assim é porque é, embora todos sejam em essência essenciais à função jurisdicional do Estado tanto quanto à administração da Justiça, sendo conveniente lembrar que o Judiciário é inerte, só podendo prestar jurisdição quando provocado por alguma pretensão deduzida em juízo.

Outrossim, nada é sem propósito no texto constitucional e, portanto, apesar de localizada no mesmo espaço na Carta de 1988 (artigo 134), os Defensores Públicos, quando integrantes de Instituição que funcione segundo os ditames da Lei Complementar Federal n. 80/94 e das regras estaduais pertinentes, acabam ocupando com o seu múnus constitucional peculiar o seu lugar incomunicável a qualquer outro seguimento e, nesta senda, a atuação de cada Defensor Público não poderia ser vista como um ato de advocacia, por maior que seja a semelhança, merecendo ser tratado como um “ato de Defensoria Pública”, que em idos de 2004 chamamos de ato de “defensorar”⁶...

Ademais, a norma que nacionalmente rege a Defensoria Pública é a Lei Complementar (Federal) n. 80, de 12 de janeiro de 1994, ao passo que a advocacia é regida por lei ordinária (Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, de sorte que fica difícil enquadrar-se o atuar do Defensor Público como “ato de advocacia”, como, aliás, consta dos artigos 1º, artigo 3º, parágrafo 1º c/o artigo 4º, do já antes referida Lei n. 8.906/94, pois pensamos que, como aqui dito, é um atuar próprio. Neste ponto, vejamos que o artigo 1º antes referido diz que são “atividades privativas da advocacia” (1) “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais” e

5 DEVISATE, Rogério. Função Jurisdicional - Advocacia, Defensoria e MP são diferentes. *Revista Consultor Jurídico*, 17/7/2011 - <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-17/advocacia-defensoria-mp-sao-diferentes-quanto-essencialidade>> - consulta em 1/2/2014.

6 Obra cit.

(2) “as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”, que o parágrafo 1º, do artigo 3º, diz que os integrantes da Defensoria Pública “exercem atividade de advocacia” e que o artigo 4º diz que “são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas”.

Ora, atividade privativa **não significa exclusiva** e, como consta do artigo 5º, *caput*, da mesma norma, “o advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato”, via de regra expressado no mandato, seu instrumento. Mas o Defensor Público postula a qualquer órgão do Judiciário e também emite pareceres e exerce atividades de consultoria e não se utiliza de procuração em suas atividades cotidianas, pois exerce o seu múnus com a simples investidura no cargo.

Observemos, ainda, que tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública, dentro dos naturais misteres inerentes a cada Instituição (seja na defesa da sociedade ou na defesa de interesses individuais), lutam pela defesa da “dignidade da pessoa humana” (Constituição Federal, artigo 1º, III), alvitrando muito contribuir para a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (Constituição Federal, artigo 3º, I), para a erradicação da pobreza e da marginalização e para reduzir desigualdades, promovendo o bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Constituição Federal, artigo 3º, III e IV), sendo ainda pertinentes outras normas programáticas e outros preceitos constitucionais e legais que ora aqui não mencionaremos, por fugirem ao objetivo imediato do tema em análise... Aliás, o Ministério Público também provoca a jurisdição, postulando e exercendo o seu múnus “sem” mandato... O argumento é válido pois, afinal de contas, ouve-se, advogar é postular, é provocar a jurisdição... E não consta haja a respeito qualquer ideia de se os submeter, para tal espectro de atuações, ao regime da OAB (na verdade, a origem para tais atribuições está na Carta Política de 1988 e nas demais normas de regência da matéria)!

Podemos, assim, perceber que a matéria é mais sensível do que a princípio possa parecer aos que tenham menos familiaridade com as sutilezas presentes no seu contexto.

Noutro aspecto, consideremos que a Constituição Federal é clara ao estabelecer que somente Lei Complementar possa dispor sobre a Defensoria Pública e sobre o atuar dos Defensores Públicos e, portanto, mesmo sem nos debruçarmos longamente sobre o tema, é crível pensar que a Lei n. 8.906/94 não poderia dispor sobre a Defensoria Pública, já que não se trata de lei complementar.

E, ainda nesta linha de raciocínio, será que não haveria uma inconstitucionalidade (progressiva) superveniente ou uma “revogação” dessas disposições da Lei Ordinária n. 8.906/94 em razão das antes já consideradas modificações introduzidas na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19/98?

Ademais, embora o Defensor Público tenha sua capacidade postulatória decorrente da investidura e posse no cargo, penso que sua atuação não decorre só e simplesmente daí, não se lhe permitindo atuar em qualquer órgão de atuação de sua instituição mas sim para aquele **onde estiver designado**, para que não seja uma força sem controle, de sorte **a sua capacidade postulatória e de representação resultaria da soma de dois fatores combinados**, integrados e definidores do quadro, qual seja, a posse e a investidura combinadas com a designação para atuação, não sendo demais registrar, para exemplificar, que o artigo 28⁷, da Lei Complementar n. 6/77, da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, que conta já mais de 60 anos de existência, rege o atuar do Defensor Público dizendo que **poderá atuar como “titular” ou em auxílio ou substituição a um titular**.

Isso define o campo de atuação e exercício do múnus constitucional e legal, de sorte que se o Defensor Público estiver como titular ou em substituição, haverá uma equivalência prática e formal, de sorte que terá, naturalmente, inamovibilidade como prerrogativa e plena capacidade postulatória, algo que lhe faltará se estiver em

7 “Art. 28. Os membros da Defensoria Pública exercerão nos órgãos de atuação funções como Titular, ou em auxílio ou substituição do Titular.”

auxílio a um titular, hipótese excepcional e que refletirá que um quadro de apoio, de auxílio e colaboração, afastando-se *ab initio* qualquer conflito de interpretação acerca do modo de atuar nos casos concretos, pois quando em conflito haverá de prevalecer, é crível, o posicionamento do titular do órgão de atuação (auxiliado), não sendo demais registrar que situações concretas deverão ser levadas à consideração superior, para que se dirima eventual controvérsia. Destaco, ainda a respeito, que a argumentação é de caráter abstrato e voltada ao **fortalecimento institucional**.

Aliás, em prosseguimento, não havendo mandato expresso por procuração não há também subestabelecimentos ou termos de renúncia ou a possibilidade de “revogação” de mandato por parte do seu “cliente” (assistido), pois o constituinte deu mais ao cidadão hipossuficiente, construindo uma instituição inteira à sua disposição, como dissemos em idos de 2004⁸, *in verbis*: “*o Defensor Público integra uma instituição que obedece, pelo próprio princípio constitucional da impessoalidade, à “teoria do Defensor Natural”, assemelhada à teoria do “Juiz Natural”, sendo, portanto, proibido ao interessado escolher o Defensor que gostaria que o defendesse como também não lhe é permitido escolher o Juiz que gostaria que o julgasse. Ora, a impossibilidade de “escolha” do seu “mandatário” também se choca com um dos atributos basilares da relação cliente/advogado... portanto, também aqui muito acaba por diferir a essência da postura do Defensor Público perante o seu “cliente/assistido”... este não tem “o seu Defensor” mas a seu dispor toda uma estrutura “institucional” da qual o Defensor é um integrante... por isso a causa em questão está afeta, por exemplo, ao Defensor em atuação na 1ª vara X de dada Comarca e não ao Defensor Público Y ou Z... do mesmo modo que a questão será julgada pelo Magistrado da 1ª Vara X e não pelo Juiz Y ou Z (grifamos)”*

Com isso, em nosso sentir, buscou o constituinte mais do que criar um modelo de instituição que possibilitasse ao hipossuficiente bem poder exercer a defesa dos seus direitos em juízo ou se aconselhar para questões extraprocessuais, mas **criou-se um modelo**

8 Obra citada.

que em si é metagarantia, exatamente pela sua sólida base constitucional, sua roupagem integradora da própria função jurisdicional – o que revela que esta não ocorre plenamente sem aquela – e uma vocação absolutamente ampla e democrática, próprio deste nosso regime constitucional.

Por fim, antes de pretender definir uma questão, alvitra-se apenas fomentar o debate, a indagação, a reflexão e as soluções, sempre defendendo uma instituição cada vez mais forte e segundo a ideia de que *“justiça gratuita não é favor, é direito”*.

REFERÊNCIAS

Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Constituição Federal de 1988.

DEVISATE, Rogério dos Reis. **Raízes Diferentes – Defensor Público não é advogado público**, Revista Consultor Jurídico, 27 de maio de 2011, 09:25 – <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-27/constituicao-prova-defensor-publico-nao-advogado-publico>> – consulta em 1/9/2014.

_____. **Função Jurisdicional – Advocacia, Defensoria e MP são diferentes** – <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-17/advocacia-defensoria-mp-sao-diferentes-quanto-essencialidade>>.

_____. **Acesso à Justiça – Problema de Essência: A Defensoria Pública como a Solução Constitucional para os Hipossuficientes** (“Tese Aprovada à unanimidade no V Congresso Brasileiro de Advocacia Pública”, evento realizado pela OAB / SP e pelo IBAP, de 14 a 17 de junho de 2001, e publicada no livro “Acesso à Justiça”, Ed. Lumen Juris, 2002, organizado por Raphael A. Sofiati de Queiroz, p. 263/290 e no livro “Desafios Éticos da Advocacia Pública”, Ed. ADCOAS, 2002, organizado por Guilherme José Purvin de Figueiredo, p. 299-321).

_____. **A Defensoria Pública e a Globalização do Empobrecimento**. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro**, n. 16, julho de 2000, editada pelo nosso Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do estado do Rio de Janeiro.

Emenda Constitucional n. 19/98.

Lei Complementar Federal n. 80/94.

Lei Complementar (RJ) n. 06/77.

Lei Complementar (RJ) n. 95/2000.

Lei Ordinária Federal n. 8.906/94.

MORAES, Humberto Peña e José Fontenelle Teixeira da Silva in: **“Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado”**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1984.

PEC (Proposta de Emenda Constitucional) n. 00173/1995 (transformada na Emenda Constitucional n. 19/98).

DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

VITOR EDUARDO TAVARES DE OLIVEIRA¹

¹ Defensor Público do estado do Maranhão, pós-graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e pela Unitar (ONU).

1. INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é a mais jovem das instituições jurídicas e foi criada, no Brasil, pela Constituição da República de 1988. A instituição prevista, primeiramente, no anteprojeto apresentado pelo constituinte Afonso Arinos e Bernardo Cabral, foi consagrada na Carta Política atual, passou e passa por constantes fases de aprimoramento e fortalecimento institucional.

O acesso à justiça sempre foi tema de relevância e serviu de termômetro para a efetiva democratização do acesso ao Poder Judiciário.

“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 individualmente e justos”².

Na obra *Acesso à Justiça*, os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth vislumbraram três grandes ondas necessárias para o efetivo acesso ao Poder Judiciário: (i) *assistência judiciária aos pobres*, pois o auxílio de um profissional técnico (advogado ou Defensor Público) é essencial para decodificar as leis e os procedimentos necessários ao ajuizamento de uma ação para proteger os direitos e interesses do autor; (ii) *representação dos direitos difusos*: este tem seu foco na preocupação dos interesses e direi-

2 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988, fl. 98.

tos difusos, também chamados de coletivos; (iii) *o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça* contribuiu na conscientização das pessoas a respeito de seus direitos, para que estas desenvolvessem instituições efetivas no controle das barreiras do acesso à justiça³.

Destarte, a Defensoria Pública, como instituição permanente e essencial à justiça, visa garantir a assistência jurídica aos necessitados, tutela os direitos e interesses difusos e é responsável pela conscientização das pessoas sobre seus direitos e deveres. Observa-se, portanto, que os objetivos da criação e manutenção de uma instituição como a Defensoria Pública conflui com as três ondas renovatórias indicadas anteriormente para democratizar o acesso à justiça.

Além disso, a Defensoria Pública fortalece a jovem democracia brasileira na medida em que se cria uma instituição específica de defesa dos necessitados, sem vínculos ou dependência funcional com os demais Poderes e com a classe política. Verifica-se, com isso, uma verdadeira quebra de paradigma, pois tem-se uma instituição pública democrática que contraria a lógica paternalista, autoritária e clientelista presente na criação e formação das demais órgãos públicos e do Estado brasileiro.

Assim, o presente artigo visa demonstrar os fundamentos jurídicos e a importância social que consagram a Defensoria Pública no Brasil, debater as principais teses jurídicas em torno da jovem instituição, bem como apresentar dados sobre o crescimento e o fortalecimento das Defensorias Públicas estaduais e a Defensoria Pública da União.

3 NASCIMENTO, Meirilane Santana. Acesso à Justiça: abismo, população e Judiciário. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498>. Acesso em: jun 2014.

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E O ACESSO À JUSTIÇA

O Poder Constituinte de 1987 inovou no Texto Constitucional ao inserir, de maneira inédita, a Defensoria Pública como instituição jurídica para a defesa dos necessitados. O anteprojeto de Constituição de Afonso Arinos e Bernardo Cabral dispunha: “Art. 239 – É instituída a Defensoria Pública para a defesa, em todas as instâncias, dos juridicamente necessitados.”⁴

A Constituição da República de 1988, no art. 134, asseverou que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (redação original da Constituição). A Emenda Constitucional n. 80/14, deu redação reforçando os objetivos constitucionais e afirmando que:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

⁴ Anteprojeto de Constituição. Afonso Arinos e Bernardo Cabral. <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentsAvulsos/vol-219.pdf>>.

Antes de explanar sobre a Emenda Constitucional n. 80/14, verifica-se que a inserção da Defensoria Pública na ordem constitucional foi algo inovador e garantiu, de uma só vez, a proteção jurídica dos necessitados, a defesa dos direitos e interesses difusos e a educação em direito para conscientização da população, conforme as três ondas renovatórias estudadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵.

A atuação do Defensor Público, nos moldes traçados pela Constituição da República, visa garantir o regime democrático, a defesa dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados. Ou seja, muito além da advocacia dativa, **o Defensor Público é agente de transformação social**, devendo lutar pelos necessitados e também para consecução dos objetivos constitucionais, quais sejam, *“I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”*

A Defensoria Pública vem somar esforços com o Ministério Público na busca de um Poder Judiciário mais democrático e acessível aos necessitados e preocupado com as demandas coletivas. Todavia, devido à tenra idade das Defensorias Públicas, com escassez de recursos, de Defensores e outras dificuldades, nota-se, hoje, o funcionamento deficitário da instituição essencial e inovadora criada pela Constituição Federal.

O acesso à justiça está intimamente ligado ao regime democrático, na medida em que se inseriu na Constituição Federal o direito fundamental de o *Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV)*. O direito fundamental referido tem íntima relação com a Defensoria Pública, tendo em vista ser esta a instituição que vai garantir o acesso à justiça da população carente. Outrossim, sem

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

a Defensoria Pública, autônoma, de nada valerão os direitos fundamentais dos assistidos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) possui uma jurisprudência afirmativa para criação e consolidação das Defensorias Públicas, assegurando a autonomia administrativa e funcional prevista na Constituição Federal, conforme os seguintes precedentes:

(...) A Defensoria Pública dos estados tem autonomia funcional e administrativa, incabível relação de subordinação a qualquer Secretaria de estado. Precedente. (...) STF. Plenário. ADI 3965, Rel. min. Cármen Lúcia, julgado em 7/3/2012.

(...) A EC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º).

II – Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. Precedentes. (...) STF. Plenário. ADI 4056, Rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em 7/3/2012.

(...) A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): **donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública à Secretaria de estado.** (...) STF. Plenário. ADI 3569, Rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 2/4/2007.

Ademais, o STF restabeleceu sentença de primeira instância que determinou a instalação de Defensoria Pública no Paraná para o atendimento da população que não tinha condições financeiras

de pagar advogado. Com a decisão, o estado efetivou o dispositivo constitucional com a implantação da Defensoria no ano de 2012:

(...)- Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. – O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. (...).

(AI 598212 ED, Relator(a): min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/3/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23/4/2014 PUBLIC 24/4/2014)

Outro precedente relevantíssimo foi a ADI 4.163, em que o STF desvinculou a obrigatoriedade de convênio com a Ordem dos Advogados de São Paulo para prestar assistência jurídica aos necessitados, tendo em vista a violação da autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública daquele estado:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Art. 109 da Constituição do estado de São Paulo e art. 234 da

Lei Complementar estadual n. 988/2006. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. **Previsões de obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo com a seção local da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB-SP. Inadmissibilidade. Desnaturação do conceito de convênio. Mutilação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria. Ofensa consequente ao art. 134, § 2º, cc. art. 5º, LXXIV, da CF. Inconstitucionalidade reconhecida à norma da lei complementar, ulterior à EC n. 45/2004, que introduziu o § 2º do art. 134 da CF, e interpretação conforme atribuída ao dispositivo constitucional estadual, anterior à emenda. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida como ADPF e julgada, em parte, procedente, para esses fins. Voto parcialmente vencido, que acolhia o pedido da ação direta. É inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a Ordem dos Advogados do Brasil, ou com qualquer outra entidade, viola, por conseguinte, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público.**

(ADI 4163, Relator(a): min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/2/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28/2/2013 PUBLIC 1/3/2013)

O relevo institucional da Defensoria Pública é indiscutível, contudo devido a fatores de ordem prática e política a atuação da instituição ainda não está a contento do comando constitucional. Desse modo, o presente artigo traça algumas características e dados importantes da Defensoria Pública no Brasil para definir algumas conclusões ao final.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA E A ORDEM LEGAL

Às Defensorias Públicas estaduais e da União são asseguradas **autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária**⁶. O artigo 134, § 1º, CRFB/1988⁷, por sua vez, demonstra que o cargo de Defensor Público é provido mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade.

Assim como o Ministério Público, também detentor de autonomia funcional e administrativa, por ser função essencial à justiça, a Defensoria Pública não se submete a qualquer dos poderes constituídos, ou seja, não faz parte dos Poderes Legislativo, Judiciário ou Executivo, tendo com este último mera relação administrativo-orçamentária.

Ademais, o artigo 3º-A, da Lei Complementar Federal n. 80/1994, são objetivos da Defensoria Pública: *(I) a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (II) a afirmação do Estado Democrático de Direito; (III) a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (IV) a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.*

Além disso, são **princípios institucionais** da Defensoria Pública a **unidade**, a **independência funcional** e a **indivisibilidade**.

6 Art. 134, § 2º, CRFB/88. Às Defensorias Públicas estaduais 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 art. 99, § 2º.

7 Art. 134, § 1º, CRFB/88. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos estados, em **cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos**, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais (renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

As funções institucionais da Defensoria Pública, preconizadas no artigo 4º da LC n. 80/1994⁸ são, dentre outras, as mais relevantes e de acordo com as ondas renovatórias necessárias ao aprimoramento do acesso à justiça: *(I) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (II) promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (III) promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (IV) exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal.*

Diante disso, as áreas de atuação da Defensoria englobam atuação nos mais diversos campos do Direito, dentre os quais se pode citar: Direito Previdenciário, Direitos do Trabalho, Direito In-

8 As atribuições legais são exemplificativas, sendo elas: *(I) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (II) promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (III) promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (IV) prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; (V) exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (VI) representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (VII) promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (VIII) exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal; (IX) impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; (X) promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (XI) exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (XIV) acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; (XVII) atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; (XXI) executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (XXII) convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.*

ternacional, Direito Civil em Geral; Interdição, Sucessão e Alvará; Família; Fazenda Pública; Registros Públicos; Criminal; Execuções Penais; Infância e Juventude; Tribunal do Júri; Direitos Coletivos; Direitos Humanos; Direitos do Consumidor; Direitos do Idoso; Flagrantes; Regularização Fundiária; e Violência Doméstica.⁹

O Defensor Público, para atender os objetivos institucionais e cumprir suas funções legais e constitucionais, detém **garantias**, previstas no artigo 127 da LC n. 80/1994 que são, sem prejuízo de outras que a lei estadual estabelecer: *(I) a independência funcional no desempenho de suas atribuições; (II) a inamovibilidade; (III) a irredutibilidade de vencimentos; (IV) a estabilidade.*

Destarte, de acordo com o artigo 4º, § 6º, da LC n. 80/1994¹⁰, a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, pelo que inexistente necessidade legal de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

A OAB ajuizou ADI (n. 4.636), em que sustenta que os membros da Defensoria Pública exercem Advocacia Pública, devendo eles se inscrever nos quadros da OAB para exercício da capacidade postulatória. Um dos argumentos mais utilizados pelo Conselho na sua petição (art. 103, VII, CRFB) foi o de que o Constituinte colocou propositadamente a Defensoria Pública na mesma Seção que a Advocacia (n. III), indicando que os Defensores devem se submeter à Ordem para exercício de sua atividade funcional e institucional.¹¹

Todavia, o melhor entendimento com a entrada em vigor da

9 III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Tabela 46: Áreas de atuação dos Defensores Públicos dos estados. 2002, p. 193.

10 Art. 4º, § 6º, LC nº 80/1994. A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público (incluído pela Lei Complementar n. 132, de 2009).

11 ARRUDA, IGOR. **Ampliação constitucional à Defensoria Pública e aos Assistidos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28951/ampliacao-constitucional-a-defensoria-publica-e-aos-assistidos#ixz34w8Mh52W>>. Publicado em: 05/2014. Elaborado em: 05/2014.

EC n. 80/14 é no sentido de:

Com a criação da Seção IV (Capítulo e Título IV) passa a Defensoria Pública a figurar em Seção própria, com distanciamento da Advocacia, reforçando a clara exegese de que Defensor Público não é Advogado Público, não exercendo Advocacia Pública, mas sim Advocacia Institucional ou Estatutária (como o Ministério Público), sendo desnecessária a inscrição nos quadros da Ordem, seja pela Autonomia da Instituição (e Independência Funcional dos seus membros), pela necessidade de Lei Complementar para tratar do assunto (134, § 1º, CRFB), existência de regime disciplinar-correcional próprio, pela interpretação da Lei (EAOAB/LONDP) em face da Constituição, e não o contrário, pela capacidade postulatória dos Defensores como decorrência exclusiva da nomeação e posse no cargo público (art. 4º, § 6º, da LONDP), além de outros argumentos indicados no artigo jurídico “Defensor Público não exerce Advocacia Pública” (disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23468/defensor-publico-nao-exerce-advocacia-publica>).¹²

A Defensoria Pública, assim como o Ministério Público, e por ser instituição essencial à justiça, não integra a OAB, mas apenas possui relação de respeito e cordialidade com a instituição dos advogados. Outrossim, a Ordem dos Advogados foi parceira na criação e no fortalecimento de várias Defensorias estaduais, com campanhas e ADI contra leis que impediam a autonomia financeira e administrativa da instituição frente ao Poder Executivo, sendo, portanto, entidade protetora do Estado Democrático de Direito.

12 ARRUDA, IGOR. *Ampliação constitucional à Defensoria Pública e aos Assistidos*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28951/ampliacao-constitucional-a-defensoria-publica-e-aos-assistidos#ixz-z34w8Mh52W>>. Publicado em: 05/2014. Elaborado em: 05/2014.

Outrossim, são **prerrogativas** dos membros da Defensoria Pública do Estado: *(I) receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos; (VII) ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias; (IX) manifestar-se em autos administrativos ou judiciais por meio de cota; (X) requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições; (XII) deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu proceder; (XIII) ter o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça.*

O poder de requisição, de extração constitucional, consubstanciado nos artigos infraconstitucionais 128, X, da Lei Complementar n. 80/1994, configura não apenas prerrogativa dos Defensores Públicos, mas uma das mais essenciais previsões legais para assegurar os objetivos institucionais, como explica o presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos – Anadep, *infra*:

“De acordo com o presidente da Anadep, André Castro, a prerrogativa dos Defensores Públicos de requisitarem documentos e informações figura entre uma das mais essenciais para o desempenho da função. ‘Sem Qualquer exagero nos números, milhões de ofícios são expedidos anualmente pelos Defensores Públicos requisitando documentos que são indispensáveis para elucidar e até resolver os problemas trazidos pelos cidadãos, ou mesmo para instruir seus processos. Mais do que uma prerrogativa, é um direito do cidadão carente, que encontra enormes dificuldades de obter os documentos necessários à defesa ou à efetivação de seus direitos’, enfatiza.”¹³

13 Anadep reúne estudos sobre “Essencialidade do poder de requisição”. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8227>>. Acesso em: 26/9/2013.

A Defensoria Pública possui legitimidade constitucional para promover ações coletivas, a qual abrange a atuação difusa, coletiva “*stricto sensu*” e dos interesses individuais homogêneos. A EC n. 80/14 é expressa nesse sentido, ao afirmar que “*A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, (...) a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.*”

Desse modo, a ADI n. 3.943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, perdeu seu objeto, uma vez que a própria Constituição da República atribuiu à Defensoria Pública a legitimidade coletiva no seu aspecto difuso na defesa integral de toda a sociedade, necessitada ou não, já que tal distinção é impossível e irrelevante diante dos casos concretos.

Ademais, o Congresso aprovou a Lei Federal n. 11.448, que incluiu a Defensoria Pública no rol de instituições com legitimidade para ajuizar ações coletivas sob as hipóteses da Lei Federal n. 7.347/1985 – a Lei da Ação Civil Pública. Do ponto de vista da entidade, nos casos que buscam a proteção aos “direitos coletivos e difusos”, não há como separar claramente os que podem e os que não podem pagar advogado¹⁴.

Além de instituição essencial à justiça, patrocinadora do acesso à justiça dos necessitados, instrumento de difusão e educação de direitos, a legitimidade da tutela coletiva às Defensorias Públicas consagra as ondas renovatórias de acesso à justiça e, ao lado do Ministério Público, fortalece as ações coletivas em prol de uma Democracia mais forte e com igualdade social.

14 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Anadep e Ipea. 1ª ed. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acessado em: 16/3/2013.

4. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS E O ACESSO À JUSTIÇA

Infelizmente, passados 24 anos desde a promulgação da Carta Cidadã, o direito aqui discutido ainda não pode ser plenamente exercido por todos. Em que pese um expressivo crescimento nos últimos dez anos, a Defensoria Pública só foi criada recentemente em Santa Catarina e no Paraná, ainda não foi instalada em Goiás, Paraná e Santa Catarina, e seus serviços só estão disponíveis em 72% das Comarcas brasileiras, conforme informações do Mapa da Defensoria Pública, estudo realizado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) e Instituto de Pesquisa Aplicado (Ipea)¹⁵.

Apesar da previsão constitucional para instituição das Defensorias Públicas, o estado de Goiás é o único da Federação que não possui efetivamente a Defensoria Pública, assim o direito ao acesso à Justiça por pessoas de baixo ou nenhum poder aquisitivo, que é o mais básico dos direitos humanos, segundo Mauro Cappeletti, fica prejudicado nesse estado.¹⁶ Além disso, mesmo nos estados que já criaram as Defensorias Públicas muitas Comarcas do interior não possuem Defensores Públicos para atuar nas demandas dos necessitados.

Informações do último censo do IBGE dão conta de que cerca de 82% da população brasileira, que recebem até três salários mínimos, são potenciais usuários da Defensoria Pública. De um universo de 160 milhões de pessoas, apenas 45 milhões têm, hoje, acesso à instituição. Segundo o Mapa da Defensoria Pública

15 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Anadep e Ipea. 1ª ed. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acessado em: 16/3/2013.

16 SILVA, Arício Vieira da. A Ausência da Defensoria Pública no estado de Goiás como Ofensa à Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 2/11/2011.

do Brasil, faltam Defensores Públicos em 72% das comarcas brasileiras. Ainda, de acordo com o Portal do Atlas do Acesso à Justiça no Brasil, divulgado pelo Ministério da Justiça, o Brasil tem somente 3,93 Defensores Públicos para cada 100 mil habitantes¹⁷.

Apesar de o Brasil ter um total de 8.489 cargos de Defensor Público criados, apenas 5.054 estão providos (59,5%). Essa informação é de grande relevância, pois indica que – quando necessária – a ampliação da cobertura territorial pelas Defensorias no Brasil depende, em geral, menos de leis que criem cargos e mais de medidas administrativas e orçamento para nomeação dos aprovados em concurso¹⁸.

O problema orçamentário vivenciado pela Defensoria Pública, de valores insuficientes aportados pelo Poder Executivo aos serviços da instituição, tentou ser resolvido com o PLC n. 114/11, onde a presidente Dilma Rousseff vetou integralmente o PLC, em 2013, que atribuía às Defensorias Públicas dos estados os direitos e deveres previstos na lei de responsabilidade fiscal. O texto previa a destinação do percentual mínimo de 2% do orçamento líquido dos estados às Defensorias, como estabelecido para o Ministério Público.

Diante disso, foi apresentada uma proposta de emenda constitucional (PEC das Comarcas), atual EC n. 80/14, que garantiu algumas conquistas à Defensoria Pública, dentre as mais relevantes a previsão de:

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”(NR)

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98:

17 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Anadep e Ipea. 1ª ed. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acessado em: 16/3/2013.

18 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Anadep e Ipea. 1ª ed. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acessado em: 16/3/2013.

“**Art. 98.** O número de Defensores Públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os estados e o Distrito Federal deverão contar com Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos Defensores Públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.”

A Lei de Responsabilidade Fiscal não prevê um valor mínimo orçamentário para a Defensoria Pública, o que resolveria de maneira mais célere o grande déficit de recursos da instituição para nomear Defensores e expandir seu raio de atuação. Entretanto, a Emenda Constitucional n. 80/14 garante a iniciativa de lei ao Defensor Público Geral, possibilitando a criação de vagas de Defensores, sem a necessidade de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo.

Outrossim, os dados coletados pelo Mapa da Defensoria indicam que os estados contam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 Defensores Públicos (nas 1^{as} e 2^{as} instâncias), ou seja, uma distorção de forças entre as instituições da justiça. O número de magistrados e de membros do Ministério Público permite que esses serviços sejam oferecidos na quase totalidade das Comarcas brasileiras. Na maioria delas (72%), contudo, a população conta apenas com o estado-juiz, o estado-acusação/fiscal da lei, mas não conta com o estado-defensor, que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contratar um advogado particular¹⁹.

19 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Anadep e Ipea. 1ª ed. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acessado em: 16/3/2013.

A Emenda Constitucional n. 80/14, aprovada em pouco tempo, reforça o pensamento do constituinte de dotar todas as Comarcas do País com a Defensoria Pública. Assim, ela estabelece um prazo de 8 (oito) anos, para a União, os estados e o Distrito Federal assegurarem Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais. Portanto, o poder público tem o dever constitucional de assegurar Defensores Públicos em todas as Comarcas do País.

Caso o prazo referido anteriormente não seja respeitado, verificar-se-á uma omissão constitucional capaz de ser sanada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada de insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado, como a que se registra no caso ora em exame, qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANNOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).²⁰

20 STF. Políticas públicas – Controle jurisdicional – Legitimidade – Defensoria Pública – Implantação (Transcrições). AI 598.212/PR. Celso de Mello).

Mauro Capelletti, ao definir a expressão “acesso à justiça” diz que “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.²¹ Assim, a defesa técnica proporcionada pela Defensoria Pública já é acessível, ao menos na lei, a todos os brasileiros necessitados, conforme anteriormente demonstrado, todavia não existem Defensores Públicos suficientes em boa parte das Comarcas, ou seja, os resultados não são individualmente e socialmente justos e não são acessíveis a todos.

O jurista Luigi Ferrajoli leciona que a defesa técnica reforça o sistema acusatório, na seara criminal, sendo indispensável à equidistância do juiz em relação aos dois interessados contrapostos – a tutela dos delitos, representada pela acusação e pela tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa –, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal²². Ele vai além e assevera:

“A segunda condição concernente à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação só é possível se ao lado do Defensor de confiança é instituído um Defensor Público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação. A instituição dessa magistratura ou tribuna da defesa como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi proposta por Filangieri, por Bentham, e depois por Carrara e por Lucchini, sob o pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação às provas de culpa-

21 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editora, 1988, p. 8.

22 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2006, p. 535.

bilidade integram funções do interesse não menos público de punição dos culpados e da colheita das provas a cargo da acusação. É claro que apenas desse modo seria eliminada a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa, e que confere ao processo, ainda mais que o segredo e que a escritura, caráter inquisitório. Obviamente, tal magistrado não só não deveria substituir o Defensor de confiança, como deveria sustentá-lo com órgão complementar, subsidiário e subordinado às estratégias defensivas previamente selecionadas por este. Dotado dos mesmos poderes da acusação pública sobre a polícia judiciária e habilitado à coleta de contraprovas, ele garantiria todavia uma efetiva paridade entre as funções públicas da prova e aquele não menos pública da refutação. E asseguraria, além disso, contrariamente à hodierna função do Defensor Público, uma efetiva igualdade dos cidadãos no exercício do direito de defesa. É fácil compreender que semelhante figura encontrará sempre a oposição corporativa da categoria dos advogados. Mas sem ela resulta comprometida a paridade de partes, que forma um dos pressupostos essenciais do contraditório e do direito de defesa”²³.

A sugestão proposta pelo jurista italiano é tentadora em face da concretização de uma instituição de defesa técnica com paridade com o Ministério Público, ou seja, com a possibilidade de produzir provas para corroborar a inocência do acusado e auxiliar o Poder Judiciário na aplicação da lei penal e política criminal.

Não há que se falar em acesso adequado à justiça dos necessitados no Brasil, na medida em que faltam Defensores Públicos suficientes, conforme o demonstrado e as lições de Kazuo Watanabe:

23 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2006, p. 535.

“Em um estudo sobre o Acesso à Justiça e Sociedade Moderna onde [Kazuo Watanabe] concluiu dizendo que o acesso não se limita à mera provocação do Poder Judiciário e, sim, ‘é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa’, considerando-se como dados elementares do direito à ordem jurídica justa: a) o direito à informação; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características”.²⁴

Desse modo, o direito à informação e aos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela dos direitos dos necessitados só se verificará com a criação e a estruturação das Defensorias Públicas em todos os estados e dotadas com orçamento adequado e número compatível de Defensores para atender todas as Comarcas do País.

²⁴WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In. GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128/135.

5. CONCLUSÃO

A Defensoria Pública é a mais jovem das instituições essenciais à justiça e foi criada, no Brasil, pela Constituição da República de 1988.

Os Defensores Públicos, agentes políticos de mudança social, são amparados por uma instituição que possui fundamentos, objetivos, princípios e asseguram garantias a seus membros para atender a uma infinidade de atribuições legais e constitucionais.

Entre as inúmeras funções institucionais da Defensoria Pública, destacam-se a assistência jurídica integral aos necessitados, o ensino dos direitos à população e a tutela dos direitos e interesses fundamentais individuais e coletivos, dos necessitados, que representam os maiores trunfos para a renovação do acesso à justiça.

A obra visionária de Mauro Cappelletti e Bryant Garth vislumbraram três grandes ondas necessárias para o efetivo acesso à justiça, sendo a Defensoria Pública uma instituição que acolhe essas diretrizes, com a finalidade de garantir uma revolução no acesso ao Poder Judiciário no Brasil.

Assim, a Constituição Federal e demais leis, ao garantirem um atuação efetiva, independente e autônoma dos Defensores Públicos em prol dos necessitados, revolucionam na matéria de acesso à justiça e reforçam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Além disso, a instituição Defensoria poderá contribuir em muito na elaboração de políticas públicas de assistência social, saúde, educação, meio ambiente etc., tendo em vista a experiência cotidiana e as demandas dos necessitados, ou seja, é uma instituição que vem agregar valor e auxiliar, na medida do possível, o Poder Executivo.

Todavia, os números apresentados pelo Mapa da Defensoria demonstram que a instituição ainda carece de efetiva autonomia funcional e administrativa, orçamento suficiente para seus objetivos, Defensores Públicos em número suficiente para todas as Comarcas e respeito dos demais entes públicos, ou seja, ainda falta muito sentimento constitucional para entender e valorizar o papel da Defensoria Pública como instituição de acesso à justiça e de transformação social.

Desse modo, o direito à informação e aos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela dos direitos dos necessitados só se verificará na criação e estruturação das Defensorias Públicas, com orçamento adequado e número compatível de Defensores para todas as Comarcas que devem ser atendidas.

Atender aos mandamentos constitucionais de criar e estruturar a Defensoria Pública não é uma luta corporativista, mas uma forma de aprimorar o acesso à justiça, diminuir as desigualdades sociais, priorizar as demandas coletivas e atender a população carente. A Defensoria Pública é instituição essencial à justiça que vem somar esforços com Ministério Público, Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo na formação e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Por fim, a Defensoria Pública fortalece a jovem democracia brasileira na medida em que se cria uma instituição específica de defesa dos necessitados, sem vínculos ou dependência funcional com os demais Poderes e com a classe política. Verifica-se, com isso, uma verdadeira quebra de paradigma, pois tem-se uma instituição pública democrática que contraria a lógica paternalista, autoritária e clientelista presente na criação e na formação dos demais órgãos públicos e do Estado brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

Anadep reúne estudos sobre “Essencialidade do poder de requisição”. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8227>>. Acesso em: 26/9/2013.

Anteprojeto de Constituição. Afonso Arinos e Bernardo Cabral. <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>>.

ARRUDA, IGOR. **Ampliação constitucional à Defensoria Pública e aos Assistidos.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28951/ampliao-constitucional-a-defensoria-publica-e-aos-assistidos#ixzz34w8Mh52W>>. Publicado em: 5/2014. Elaborado em: 5/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12/9/2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988, fl. 98.

III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Tabela 46: Áreas de atuação dos Defensores Públicos dos Estados. 2002, p. 193.

NASCIMENTO, Meirilane Santana. Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498>. Acesso em: 6/2014.

SILVA, Arício Vieira da. **A Ausência da Defensoria Pública no estado de Goiás como Ofensa à Dignidade da Pessoa Humana.** Disponível em: <<http://www.ibc-crim.org.br>>. Acesso em: 2/11/2011.

STF. **Políticas públicas – Controle jurisdicional – Legitimidade – Defensoria Pública – Implantação** (Transcrições). AI 598.212/PR. Celso de Mello.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Participação e processo.** São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

Em leitura agradável e enriquecedora estes nove artigos propõe reflexões sobre a evolução do sistema Justiça e a árdua tarefa de fazermos prevalecer os Direitos Humanos, divulga-los e buscar a sua efetividade. Desejamos à todos e todas uma ótima leitura.

Adriana F Burger
*Defensora Pública do
Estado do RS*

DEFENSORIA PÚBLICA:

O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DE UMA METAGARANTIA

O que seria de uma democracia sem acesso à justiça? O que seria da Justiça sem uma instituição forte, independente e autônoma que defenda e proteja a imensa parcela de vulneráveis de nosso país? Ao longo das últimas décadas, a Defensoria Pública se consolidou como uma das mais essenciais funções republicanas existentes. E tanto se deve às incontáveis batalhas travadas pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, a qual, em conjunto com todas as associações estaduais, já se posicionava de forma inegociável para a valorização da carreira, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal Brasileira. São 30 anos de conquistas e reconhecimentos que hoje se comemoram através da voz dos próprios Defensores Públicos de todo o País. Cada um apresentando em seus artigos a realidade própria de seus Estados e de sua experiência cotidiana frente às necessidades latentes de um povo que hoje sabe não estar abandonado pelo Direito e muito menos pelo ideal de Justiça. Esse livro vem consagrar e honrar o trabalho árduo de cada Defensor Público, sem o qual nossa Constituição não passaria de – na compreensão de Ferdinand Lassalle – meras folhas de papel.”

Sergio Sales Pereira Lima

Defensor Público do Estado do Pará

