

REVISTA

**DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Edição nº 13 – 2015

Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento
Alessandra Quines Cruz
Ana Paula Flores
Arion Escorsin de Godoy
Betina Heike Krause Saraiva
Dani Rudnicki
Daniela Cristien S. M. Coelho
Domingos Barroso da Costa
Douglas Roberto Winkel Santin
Fábio Agne Fayet
Gabriel Saad Travassos do Carmo
Ingrid Bays
Isadora Bays
José Néri da Silveira
Juliana Dewes Abdel
Ricardo Soriano Fay
Rodrigo Paniz Vitório
Rogério Favreto
Sílvia Pinheiro de Brum
Vanessa Cerezer de Medeiros

Coord. Editorial
Felipe Kirchner





DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666
Centro - Porto Alegre - RS
Brasil - Cep. 90.010-190
Telefone: (0xx51) 3211-2233

defensoria.rs.gov.br
facebook/defensoriars
@_defensoriars

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul

Porto Alegre/RS
2015



ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 6, V.13
(setembro/dezembro.2015). – Porto Alegre: DPE, 2015 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmara Gomes - CRB-10/1367



Impresso na Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas – CORAG
Editoração: Lillian Lopes Martins – Corag

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Yara Nasario

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Marcelo Dadalt

**SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS
ADMINISTRATIVOS**

Luciana Pereira Kern

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Jaderson Paluchowski

COORDENADOR DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Felipe Kirchner

CONSELHO EDITORIAL

Alvaro Roberto Antanavicius Fernandes

Gustavo Lindenmeyer Barbieri

Vivian Rigo

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico

CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
DEFENSORIA PÚBLICA PASSADO, PRESENTE E FUTURO <i>Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa</i>	11
A DEFENSORIA PÚBLICA E OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM PROL DA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Ricardo Soriano Fay e Rogério Favreto</i>	34
O PROTAGONISMO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA REDUÇÃO DA CONFLITIVIDADE CARCERÁRIA <i>Gabriel Saad Travassos do Carmo e Juliana Dewes Abdel</i>	60
DO CRIME À PENA: A DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL E A ESTIGMATIZAÇÃO SOCIAL DO CIDADÃO-EGRESSO <i>Vanessa Cerezer de Medeiros e Daniela Cristien S. M. Coelho</i>	80
A PERSONALIDADE DO AGENTE E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO <i>Fábio Agne Fayet, Ingrid Bays e Isadora Bays</i>	95
O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL COLETIVO COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO DE POLÍCIA E SUA INADMISSIBILIDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Douglas Roberto Winkel Santin</i>	108
O PERFIL DO PRESO EM FLAGRANTE E O DIREITO A TER DIREITOS <i>Sílvia Pinheiro de Brum e Dani Rudnicki</i>	127
UM OLHAR CRIMINOLÓGICO SOBRE A RELAÇÃO A DOIS <i>Betina Heike Krause Saraiva</i>	142

O PAPEL DO ADVOGADO NO SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (SUAS): ALGUMAS REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS NECESSÁRIAS PARA A SUA EFETIVAÇÃO <i>Ana Paula Flores</i>	155
---	-----

DEVER DE CONSULTA AOS POVOS INDÍGENAS E DIÁLOGO INTERCULTURAL <i>Alessandra Quines Cruz</i>	174
---	-----

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A RUPTURA PARADIGMÁTICA COM O ATUAL MODELO CIVILISTA AVANÇO OU RETROCESSO PARA DEFESA DA POSSE <i>Adriana Schefer do Nascimento e Rodrigo Paniz Vitório</i>	186
---	-----

PALESTRA

DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DA LIBERDADE, DA CIDADANIA E DA JUSTIÇA SOCIAL <i>José Néri da Silveira</i>	210
---	-----

APRESENTAÇÃO

A décima terceira edição desta Revista mantém o compromisso de apresentar discussão sobre assuntos relevantes à Defensoria e a toda a sociedade, de promover visão crítica e propositiva sobre os temas enfocados, e de incentivar o diálogo interdisciplinar entre o Direito e demais ciências.

São doze textos dedicados a assuntos constitucionais, cíveis e criminais, bem como ao papel da Defensoria no contexto da efetivação dos Direitos Sociais e do próprio Estado Democrático de Direito.

Abrimos nosso periódico com o texto de dois Defensores Públicos do Rio Grande do Sul, Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa, que analisam as razões pelas quais a atuação da Defensoria se dá na dimensão pública, com características próprias e suficientes a distingui-la das demais instituições e funções essenciais à Justiça, enquanto expressão e instrumento do regime democrático, com vistas à concretização dos objetivos previstos no art. 3º da CF. Salientando o papel revolucionário que lhe atribui a Constituição, destacam que o processo de construção identitária se faz marcado por muitos desafios.

O artigo do advogado Ricardo Soriano Fay e do Desembargador Rogério Favreto trata sobre o direito da Defensoria Pública à percepção de honorários advocatícios sucumbenciais, mesmo quando devidos pelo Estado, a partir dos fundamentos constitucionais de sua autonomia funcional, administrativa, financeira e legislativa, abordando ainda as diferenças entre os regimes jurídicos de advogados e defensores públicos, indicando a necessidade de superação do enunciado nº. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Apresentando o panorama do sistema prisional atual, analisado de forma interdisciplinar entre o direito penal, a execução penal e a criminologia crítica, o artigo dos advogados Gabriel Saad Ravassos do Carmo e Juliana Dewes Abdeil demonstra estar o Estado brasileiro na contramão da Constituição e dos compromissos internacionais, destacando o papel

da Defensoria Pública, como instituição autônoma e desvinculada dos demais poderes, para assegurar os direitos fundamentais dos reclusos, como mecanismo de redução de danos e diminuição da conflitividade carcerária.

O artigo da advogada Daniela Cristien Coelho e da acadêmica de direito Vanessa Cerezer de Medeiros pretende explanar a crescente ação punitivista do Estado em contraposição à finalidade da pena, que ao não alcançar sua justificação, acaba por promover a reincidência. Aborda o aumento da sensação de impunidade que aflora em nossa sociedade, ainda que o crescimento da população carcerária demonstre o contrário. Por fim, apresenta alternativas possíveis para a diminuição da criminalidade ante penas menos violentas.

A pesquisa dos advogados Fábio Agne Fayet e Ingrid Bays e da acadêmica de direito Isadora Bays destina-se a demonstrar a importância da vetorial da personalidade do agente como circunstância judicial para aplicação da pena-base apresentando sua relevância na motivação da condenação e qual a sua relação com grandes linhas de pensamento do Direito Penal, tais como o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo. O estudo pretende verificar se pode haver a valoração negativa da vetorial da personalidade, bem como quais são as consequências que resultarão de tal feito.

O Analista Processual da Defensoria Pública Douglas Roberto Winkel Santin, em seu artigo, afirma que o mandado de busca e apreensão é meio de obtenção de provas restritivo de direitos fundamentais o qual possui detalhada regulação legal a fim de coibirem-se abusos. Sustenta, a partir daí, a inadmissibilidade do mandado de busca e apreensão coletivo por representar verdadeira manifestação do estado de polícia e violação aos regramentos estabelecidos no plano processual, constitucional e convencional.

O estudo da Defensora Pública Estadual Sílvia Pinheiro Brum, em conjunto com o Professor de Direito Dani Rudnick, apresenta o perfil da pessoa presa em flagrante na cidade de Porto Alegre, levando em consideração dados oficiais provenientes de pesquisa acadêmica. Busca dar visibilidade ao momento da prisão em flagrante, especialmente sobre as

pessoas alvo da repressão estatal, registrando suas características pessoais e, com isto, contribuir para uma reflexão sobre a seletividade do direito penal e sobre o papel da Defensoria Pública, na efetivação dos direitos humanos.

Já a advogada e professora Betina Heike Krause Saraiva reflete sobre relações violentas entre homens e mulheres com suporte da Psicologia, da Criminologia e do Processo Penal, apontando que a verdade no processo é uma aparência e que as verdades trazidas pelas partes, homem e mulher, devem ser vistas pelo Juiz de acordo com as provas e alegações que cada um traz ao feito, pressupondo a incidência de diversas racionalidades.

O artigo da advogada Ana Paula Flores discute o papel do advogado na implementação do Sistema Único de Assistência social (SUAS) ante a necessária mudança de concepção sobre a efetivação dos direitos sociais, advinda da Constituição de 1988, que necessita superar uma política até então executada pela *benesse* e pela *caridade* de governantes e entidades não governamentais, principalmente as de cunho religioso, para afirmar uma política pública de seguridade social constitucionalmente definida, de competência do Estado, garantidora de direitos e protetora da violação destes.

A Defensora Pública do Rio Grande do Sul, Alessandra Quines Cruz, em seu artigo aborda a consulta aos povos indígenas como um dever de diálogo intercultural, reconhecendo, mas superando o enfoque do multiculturalismo, e afirmando a hermenêutica diatópica. Analisa os instrumentos legais que regulam o instituto da consulta, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, incluindo alguns dos entendimentos dos respectivos mecanismos convencionais e extraconvencionais de supervisão dessas organizações.

A tarefa da Defensora Pública Adriana de Oliveira Shefer do Nascimento em conjunto com o acadêmico de direito Rodrigo Paniz Vitória foi investigar o paradigma subjacente ao instituto da usucapião extrajudicial, introduzido pelo Novo Código de Processo Civil. O artigo discute a hipó-

tese de que o histórico inadimplemento do direito à moradia e a legitimidade das ocupações foram apenas paliativamente abarcados por este novo procedimento, tendo o legislador desperdiçado a oportunidade de adentrar no debate e proporcionar a defesa da regularização fundiária e urbanística, da posse e do cumprimento da função social da propriedade.

Finalizando esta edição, temos a felicidade de apresentar a palestra intitulada “Defensoria Pública como Instrumento da Liberdade, da Cidadania e da Justiça Social”, do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, José Néri da Silveira, que mesmo tendo sido proferida em 1999, por ocasião da inauguração da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul/FESDEP, traz reflexões que seguem extremamente atualizadas.

Boa Leitura!

FELIPE KIRCHNER

DEFENSOR PÚBLICO COORDENADOR
DA REVISTA DA DEFENSORIA

DEFENSORIA PÚBLICA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Domingos Barroso da Costa¹
Arion Escorsin de Godoy²

RESUMO: Pelo presente artigo, objetiva-se expor e analisar as razões pelas quais a atuação da Defensoria se dá na dimensão pública, com características próprias e suficientes a distingui-la das demais instituições e funções essenciais à Justiça. Tal distinção, se sempre foi possível, ficou ainda mais nítida a partir da EC nº 80/14, que, alterando o art. 134 da CF, representou marco de fundamental importância para a consolidação da Defensoria Pública no cenário jurídico nacional, enquanto expressão e instrumento do regime democrático, com vistas à concretização dos objetivos previstos no art. 3º da CF. Mas, apesar dos avanços, trata-se de Instituição de história recente, cujo processo de construção identitária se faz marcado por muitos desafios, coerentes com o papel revolucionário que lhe atribui a Constituição.

PALAVRAS- CHAVE: Defensoria Pública. Dimensão Pública. Acesso à Justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Defensoria Pública: Passado, Presente e Futuro. 3. Sobre os Reflexos da Natureza Pública na Atuação Institucional (ANÁLISE De Situações Específicas). 3.1 Curadoria Especial. 3.2 Má- Fé. 3.3 Colidência. 3.4 Recursos. 3.5 Controle da Atividade Fim. 3.6 Da Presença do Defensor no Atendimento. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde que constitucionalmente inserida em nosso ordenamento jurídico, em 1988, a Defensoria Pública tem experimentado significativas mudanças em seu perfil. Nesse sentido, destaca-se a superação de um modelo que se assemelhava a uma espécie de advocacia dativa institucionalizada – destinada a prestar atendimento puramente judiciário às pessoas carentes – por uma Instituição que passa a se afirmar como ex-

¹ Domingos Barroso da Costa, Defensor Público no Rio Grande do Sul. Especialista em Criminologia e Direito Público. Mestre em Psicologia pela PUC- Minas.

² Arion Escorsin de Godoy é Defensor Público no Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Urbanístico pela PUC- Minas. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul.

pressão e instrumento do Estado Democrático de Direito, cuja atuação há de se pautar por referenciais públicos que gravitam em torno da garantia de acesso à justiça e que, logo, dizem respeito ao direito a ter direitos.

É nesse contexto que se alinhavam os argumentos que estruturam o presente artigo, pelo qual se pretende expor o porquê de a atuação da Defensoria se desenvolver na dimensão pública, analisando, ainda, os significados que podem ser extraídos dessa condição e investidos na construção da identidade institucional. Por fim, no intuito de dar concreitude às teses sustentadas ao longo deste estudo, procuraremos expor, a partir de situações quotidianas, de que modo esses referenciais públicos convocam a um novo olhar e ao debate sobre quais devem ser os paradigmas de atuação da Defensoria Pública, apresentada em seus agentes.

2 DEFENSORIA PÚBLICA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Tem dois inimigos: o primeiro ameaça— o por trás, desde as origens; o segundo fecha— lhe o caminho para diante. Luta contra ambos. Na realidade, o primeiro apóia— o em sua luta contra o segundo, quer impeli— lo para diante e da mesma maneira o segundo o apóia em sua luta contra o primeiro, empurra— o para trás. Mas isto é somente teórico. Por que além dos adversários também existe ele, e quem conhece suas intenções? Sempre sonha que em um momento de descuido — para isso faz falta uma noite inimaginavelmente escura — possa se safar da linha de combate e ser elevado, pela sua experiência de luta, por cima dos combatentes, como árbitro.³

O pequeno *ensaio* de Kafka bem descreve a condição humana no tempo. E, se descreve a condição humana, também aponta para a condição das instituições que o sujeito cria em suas dinâmicas de produção de cultura, em última análise, em seus processos de organização da sociedade de que integra na construção de seu lugar no mundo.

Fazendo a ponte entre o acima exposto e o debate que se inicia — tratando, pois, da instituição Defensoria Pública —, pode-se afirmar que a Defensoria Pública encontra-se em um momento crítico de tensionamento entre seu passado e o que pode vir a ser seu futuro. Ou seja, situa— se em um presente que exige profunda reflexão, de modo a se evitar que alguns empuxos para o passado possam comprometer o acesso ao futuro que se abre pela Constituição — especialmente após a Emenda nº 80 — e demais leis que regem sua estrutura e atuação.

Posto isso, primeiramente há de se ponderar que a Defensoria Pú-

³ KAFKA, Franz. A muralha da China. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2000.

blica, tal qual definida pela Constituição de 1988, é instituição recente, o que, de algum modo, justifica as crises identitárias que a afetam, as quais serão adiante analisadas. É de se ressaltar, inclusive, que, em seus primórdios, à falta de modelo referencial sedimentado, a Defensoria Pública instituiu-se e balizou-se segundo o paradigma da *assistência judiciária* – então bastante evoluído, diga-se, em alguns estados, como o Rio de Janeiro. Sem dúvidas, tratava-se da referência mais concreta com que se podia contar em 1988 – quando a Defensoria Pública inclusive dividia com a Advocacia a Seção III do Capítulo constitucional destinado às *funções essenciais à justiça*.

Cabe observar, nesse sentido, que, quando da promulgação da Constituição de 1988, foi o próprio constituinte quem aproximou topograficamente as funções da Defensoria Pública das atividades da Advocacia privada, embora já então orientasse a Instituição para a defesa dos necessitados – em sentido marcadamente econômico –, na lógica democrática de ampliação do acesso à justiça. Vale dizer: àquela época, a adoção da *assistência judiciária* como referência era opção acima de tudo lógica, além de necessária, o que, por outro lado, também nos vinculava a uma espécie de advocacia *dativa institucionalizada*.

Ocorre que, com o passar do tempo, a insuficiência desse modelo não demorou a vir à tona. A complexidade das desigualdades que historicamente definem o que é o Brasil motivou a Defensoria Pública – apresentada em seus agentes – a ir além de uma *advocacia dativa institucionalizada*, para, através dos instrumentos jurídicos de que se dispunha, inovar na tutela aos *vulneráveis*, inclusive a partir da abertura hermenêutica do próprio conceito de *vulnerabilidade*.

É do espírito vanguardista e do vigor do movimento emancipatório promovido pelos que se podem definir como primeiros defensores públicos que se extraem, pois, as bases da Lei Complementar nº 80/94, da Lei Complementar nº 132/09 e, por fim, da Emenda Constitucional nº 80/14, que deu a seguinte redação ao art. 134 da CF:

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.

Como se verifica, as mudanças não são poucas. Além de alçada à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional

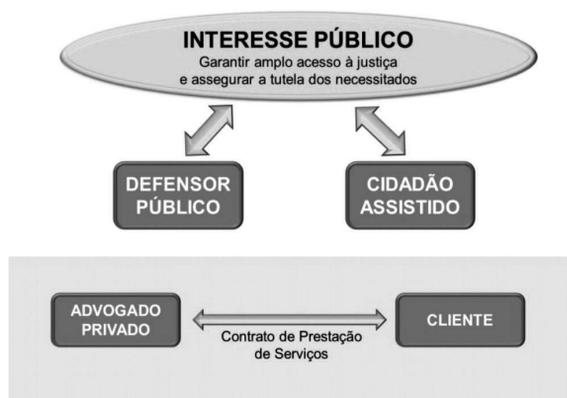
do Estado, à Defensoria Pública hoje incumbe, *fundamentalmente* – em abertura a outras funções e objetivos que vão além dos fundamentais –, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Em síntese: a Emenda Constitucional nº 80/14 vem legitimar e coroar constitucionalmente as evoluções veiculadas pelas leis complementares 80 e 132, consolidando a *dimensão pública* em que se insere a Defensoria, que agora inclusive se vê definida em seção (IV) distinta daquelas reservadas à Advocacia privada (III) e pública (II). Compreende-se assim formalizado um marco impeditivo a qualquer retrocesso, a partir do qual já não se podem confundir as funções de um defensor público com as de um advogado público, tampouco com as atividades próprias à Advocacia privada.

Originalmente	Após a Emenda 80/14
<p>SEÇÃO III - DA ADVOCACIA E DA DEFENSORIA PÚBLICA</p> <p>Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.</p> <p>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.</p>	<p>SEÇÃO III - DA ADVOCACIA</p> <p>Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.</p> <p>SEÇÃO IV - DA DEFENSORIA PÚBLICA</p> <p>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.</p>

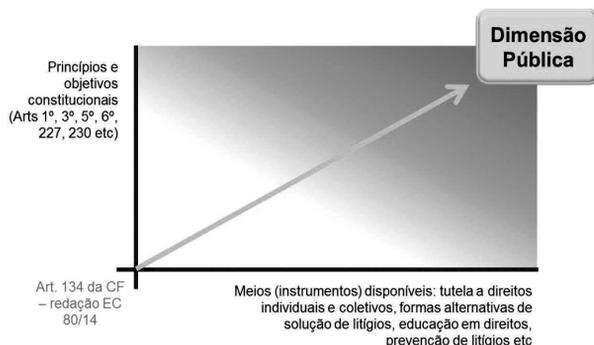
Noutros termos, após muitos esforços, a Emenda nº 80/14 veio consolidar a baliza primeira a referenciar nossas dinâmicas de construção identitária, que devem se dar na dimensão pública, de modo que, se sempre pudemos saber que não éramos – e não somos – juízes ou promotores, resta agora claro que também não somos advogados, nem mesmo advogados públicos. Mais que nunca, portanto, estamos aptos a situar nosso *lugar de fala*, o que significa estabelecer uma identidade própria no sistema de justiça face aos nossos *outros*, marcadamente a Magistratura, o Ministério Público e a própria Advocacia.

Consigne-se, de todo modo, que a diferenciação entre as funções da Defensoria Pública e aquelas próprias à Advocacia privada – hoje consolidada pela EC 80/14 – já era notória, bastando observar que o vínculo que une o defensor público a seu assistido é *determinado* por normas de direito público – indicativas de uma *impessoalidade* e marcadas pela verticalização própria ao direito público – e não por um contrato – indicativo de uma relação *personalíssima*, calcada na escolha e caracterizada pela *horizontalização* própria ao direito privado. Do mesmo modo, e prosseguindo no raciocínio, considerando os objetivos de uma e de outra, mesmo antes



da referida emenda já era possível distinguir com clareza as funções da Defensoria Pública daquelas próprias à Advocacia pública, ressalvado o fato de que ambas são desempenhadas na dimensão pública.

Certo é que, entre o defensor público e seu assistido – que não se trata de *cliente* ou *ente* – há uma *instância transcendental*, qual seja, o interesse público e constitucionalizado de se garantir o amplo acesso à justiça aos *necessitados*, adjetivo que há de ser interpretado segundo os princípios e objetivos regentes de nossa Constituição, ainda que, fundamentalmente (*a priori*), possa remeter aos economicamente vulneráveis. Noutras palavras, o que legitima e motiva a atuação da Defensoria Pública – e, logo, do defensor público – não é, em primeiro lugar, o interesse privado do assistido – ainda que sua tutela jurídica seja o objetivo final da atuação –, mas o interesse público de garantir a todos, indistintamente, amplo acesso à justiça, visando à promoção da cidadania, redução das desigualdades sociais, proteção dos direitos humanos etc. Em expressão gráfica:



Trata-se, pois, de identificar a *causa primeira* – o *espírito* – que justifica nossa existência e deve *animar* nossa atuação, que há de buscar a tutela dos interesses de nosso assistido tendo por *escopo maior* (*transcendente*) a efetivação dos princípios e objetivos constitucionais. Para que se evitem reducionismos na interpretação do que se acaba de afirmar, vale pontuar que, ao atuar em busca da tutela jurídica dos interesses de nossos assistidos, estamos subordinados a um *preceito fundante*, qual seja, o de garantir amplo acesso à justiça para que se efetivem os princípios e objetivos constitucionais – com destaque para aqueles previstos nos arts. 1º, 3º, 5º e 6º da CF.

Diz– se, em síntese, do acolhimento público de interesses privados, no que podemos nos definir como *defensores* do interesse *público* de garantir amplo acesso à justiça aos cidadãos vulneráveis que pretendam a tutela jurídica a seus interesses privados.

E aqui, cabe observar, se interpreta a lei conforme a Constituição e não o contrário.

Para além do plano privado, portanto, o que nos inter– essa,⁴ o que nos relaciona e une enquanto defensores públicos – o que está entre nós (*inter est*) – situa-se na dimensão pública que se expressa pelos princípios e objetivos constitucionais.

E é a própria história brasileira, erigida sobre desigualdades sedimentadas, que legitima a previsão constitucional de uma instituição pública voltada à promoção dos direitos humanos, bem como à orientação e defesa jurídica dos necessitados, destacando-se que as desigualdades a que se refere não cabem no bolso, razão pela qual a atuação Institucional, ainda que se vincule fundamentalmente a critérios econômicos, a eles não se resume. Aliás, consoante antecipado, a Defensoria Pública hoje

⁴ ARENDT, Hannah. A condição humana. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 228.

mais que nunca se apresenta como o instrumento especialmente criado (CF, art. 134) para dar concretude e efetividade a princípios e objetivos máximos de nossa Constituição – que se almeja cidadã –, a qual, dentre outros, tem por fundamentos a dignidade humana e a cidadania (CF, art. 1º, incs. III e II), com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, a partir da redução das desigualdades sociais e regionais; assim como à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, incs. I, II, III e IV).

Daí porque se trata de uma Instituição essencial à expressão do regime democrático, que tem por pressuposto cidadãos livres e iguais, condição que depende – especialmente no contexto brasileiro – da intervenção do Poder Público no sentido de assegurar efetividade ao *direito a ter direitos*, que bem sintetiza a missão constitucional da Defensoria Pública de promover cidadania. Ou seja, cabe à Defensoria Pública o dever maior de servir de *meio* de acesso à *linguagem do poder* – que é o Direito – a todos os *grupos vulneráveis (necessitados)* que historicamente foram postos à sua margem, visando à sua emancipação cidadã.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte:

Mas, fato é que, de concessão em concessão, a Constituição emergiu como marco que se aperfeiçoa em possibilitar uma revolução institucionalizada, atribuindo, nesse sentido, papel destacado à Defensoria Pública. Em outras palavras, a população vulnerável conta, atualmente, com mecanismos jurídicos para exercer plenamente sua cidadania e, assim, integrar-se às dinâmicas do poder, o que, contudo, não quer dizer que as condições políticas, sociais e subjetivas propiciem essa participação.

(...)

Aí se destaca o papel da Defensoria Pública, que também tem de libertar-se das engrenagens do sistema posto e pautar todas suas formas de atuação judicial e extrajudicial segundo a missão institucional de promover a educação em direitos. Deve, nesse sentido, postar-se como mediadora entre o sujeito e a linguagem do poder, que é o Direito; assisti-lo, lado a lado, na solução de seus conflitos, dos quais a Instituição jamais poderá se apropriar, mas se esforçar por engajar o cidadão nesse processo, de modo que este deixe o lugar de objeto das decisões judiciais para ascender à condição de protago-

nista na resolução de seus litígios e, logo, na condução de sua vida.⁵

Tudo o que até aqui foi dito passa pelo amplo acesso à Justiça, que ora grafamos com inicial maiúscula a fim de destacar que a ideia que se busca comunicar é abrangente, não se restringindo à garantia de acesso ao Judiciário (ao sistema de justiça). Nesse sentido, mais uma vez, destaca-se a dimensão pública em que deve se dar nossa atuação e o compromisso de avançar, por exemplo, na busca por meios de pacificação social alternativos à jurisdição, o que, portanto, se apresenta não só como uma necessidade – diante do abarrotamento do Judiciário –, mas como verdadeiro dever institucional, consoante se infere do art. 4º, II, da LC 80/94 (com redação dada pela LC 132/09), que, dentre outras funções da Defensoria Pública, prevê, prioritariamente, a de promover 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.

No horizonte aberto pela Constituição – mais precisamente a partir do alinhavo permitido pela EC 80/14 –, percebe-se que o art. 4º da LC 80/94 (oxigenado pelas reformas determinadas pela LC 132/09, legitimadas pela EC 80/14) vem demonstrar que a atuação da Defensoria Pública no sentido de assegurar o amplo acesso à *Justiça* por parte dos necessitados também abrange, dentre outras funções: a orientação jurídica e o exercício da defesa dos *necessitados*, em todos os graus (I); a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (III); o atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições (IV); a postulação perante os órgãos dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos (VI); 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 (VII); exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal (VIII); a promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (X); exercer a defesa dos interesses individuais

⁵ COSTA, Domingos Barroso da Costa; GODOY, Arion Escorsin de Godoy. **Educação em Direitos e Defensoria Pública**: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva. Curitiba: Juruá, 2014.

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 (XI); 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 (XVII); atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas (XVIII); participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos (XX); além de convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais (XXII).

Observa-se, portanto, que, partindo de seus princípios fundamentais (art. 1º) e com vistas a atingir seus objetivos precípuos previstos no art. 3º – com destaque para a redução das desigualdades sociais, que não se restringem às econômicas –, a Constituição e a legislação infraconstitucional foram pródigas em atribuir funções as mais diversas e abrangentes à Defensoria Pública. Diga-se, inclusive, que, em seu atual formato, a Defensoria Pública, ao menos potencialmente, tem condições de superar os principais entraves ao acesso à justiça, se consideradas as conclusões de Mauro Cappelletti, em seu *Acesso à justiça* (1988) – que ainda continua sendo a principal referência para os estudos sobre a temática. E mais: a Instituição congrega em si, no atual cenário jurídico brasileiro, todos os avanços galgados nas chamadas ondas renovatórias de acesso à justiça – consoante o mencionado estudo de Cappelletti (1988) –, a saber: a garantia de acesso à justiça à população economicamente vulnerável (*primeira onda*); a possibilidade de atuação em tutela a direitos difusos e coletivos (*segunda onda*); a abertura de meios de pacificação social alternativos à jurisdição, abrangendo a prevenção de litígios (*terceira onda*).

3 SOBRE OS REFLEXOS DA NATUREZA PÚBLICA NA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL (ANÁLISE DE SITUAÇÕES ESPECÍFICAS)

Expostos os motivos pelos quais se entende que a atuação da Defensoria deve dar-se na *dimensão pública* – especialmente após a Emenda Constitucional nº 80/14 –, no intuito de dar concretude às teses sustentadas ao longo deste estudo, cabe agora analisar, a partir de situações cotidianas, de que modo esses referenciais públicos convocam a novos olhares e novos debates acerca dos paradigmas de atuação institucional.

É disso que se cuidará a seguir, a partir da análise de algumas situações específicas e constantes no dia a dia do defensor público.

3.1 CURADORIA ESPECIAL

A *curadoria especial* é função de cunho protetivo exercida pela Defensoria Pública *processualmente* nas hipóteses previstas em lei, conforme art. 9º do CPC, art. 4º, XVI, da LC nº 80/94 e art. 72 do NCPD (Lei nº 13.105/15). De forma geral, é exigida nas situações em que se visualiza conflito de interesses entre cidadão incapaz e seu representante ou, ainda, quando se trata de réu revel que está preso ou tenha sido citado fictivamente. Por oportuno e pertinente, convém destacar que já há muito – desde o CPC de 1973 – se autoriza que a defesa apresentada no exercício da curadoria se dê por negativa geral, o que, no que toca à Defensoria, restou consolidado no novo CPC.⁶

Note-se, portanto, que o exercício da curadoria especial visa ao resguardo de um *mínimo* de defesa por parte de quem não tenha sido efetivamente citado e que, por isso, não tem a oportunidade de cuidar pessoalmente de responder à ação contra si movida. Tudo isso em atenção às garantias fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

Porém, embora se refira a situação excepcional, o exercício da curadoria especial é questão corriqueira para o defensor público que, em razão do volume de trabalho, termina por desempenhar essa função de forma mecânica, geralmente conjugando a tese preliminar de *não esgotamento dos meios disponíveis para localização do réu* com a tão familiar *negativa geral*. Na automaticidade da atuação – em razão da necessidade de se administrar os prazos correntes com o volume de trabalho –, deixa-se de analisar as (im)possibilidades que se apresentam pelo caso específico, esmaecendo-se a relevância da função que se banaliza pelos excessos quotidianos.

Posto isso, cabe primeiramente refletir sobre quais os limites para a alegação preliminar de *não esgotamento dos meios de localização do réu*, a qual se volta à possibilidade de se postular a nulidade do processo por cerceamento de defesa. Sobre o tema, necessário destacar que os próprios tribunais parecem pouco se importar ou dedicar uma análise crítica à questão, sendo reiterado e incontornável o entendimento jurisprudencial

⁶ A respeito, vide apontamentos feitos pelos autores na obra **A defensoria pública e as famílias [livro eletrônico]: manual de orientação para atuação em questões de família, sob uma perspectiva defensorial**. Belo Horizonte: São Jerônimo, 2015. Disponível em: <http://manualdasfamilias.editorasaojeronimo.com.br/>

segundo o qual a validade da citação por edital está condicionada não ao esgotamento, mas sim ao *exaurimento* dos meios de localização do réu.

Com a devida vênia, esse posicionamento enrijecido e pronto para o uso irrefletido bem demonstra a automaticidade com que também o Judiciário trata a questão.

Afinal, diante de tanta simplicidade, perde-se de vista que: a) as formas processuais não podem ser consideradas como valores absolutos, eis que se prestam à instrumentalização da tutela aos direitos previstos no ordenamento – e, justamente por isso, devem ser flexibilizadas – ou não – segundo a tutela reclamada pelo caso concreto; 2) sendo assim, as formas devem ser analisadas harmonicamente em relação à efetividade e economia processuais; 3) o esgotamento dos meios de localização do réu não pode ser confundido com seu exaurimento – na acepção das palavras –, sob pena de buscas tendentes ao infinito; e, por fim, reportando-se ao já destacado, 4) a medida dos esforços exigíveis para localização da parte acionada deve levar em conta a tutela pretendida.

Posto isso, frisando-se que a tentativa de localização do réu pelos meios disponíveis não é passível de exaurimento, conclui-se que a análise quanto à suficiência ou não dos esforços realizados para proceder à citação da parte ré deve ser pautada pela necessidade, adequação e efetividade das diligências que se entendam pendentes, levando-se em conta o contexto fático e jurídico que envolve a tutela pretendida. Sob tal perspectiva, parece-nos absolutamente impertinente, em nada contribuindo para a efetiva defesa do curatelado, o requerimento de diligências de improvável eficácia, como se dá, por exemplo, ressalvadas situações excepcionais, com os pedidos de oficiamento à NEXTEL ou outras empresas que não costumam ter em seus cadastros a parcela da população por nós assistida.

Desse modo, parece-nos fundamental zelar pela regularidade processual do feito, porém sem criar obstáculos desnecessários, sempre pautados pela razoabilidade e, sobretudo, atentos à finalidade específica do ato por nós praticado, sob pena de contrariar toda a lógica que deve pautar nossa atuação na dimensão pública.

O segundo ponto refere-se à possibilidade – nem sempre avaliada – de, no exercício da curadoria, manifestar concordância em relação à pretensão da parte autora. A ilustrar o que se diz, aponta-se situação bastante corriqueira, concernente a pedidos simples de divórcio, em que não há consequência patrimonial ou filhos menores. É cediço que, com as últimas modificações legislativas, o divórcio ganhou ares de direito potestativo, não havendo defesa possível quanto ao pedido em si. Nesse sentido, os seguintes julgados do TJRS:

DIVÓRCIO DIRETO. CITAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. REVELIA DA RÉ. 1. Se foram determinadas as diligências cabíveis para localização da ré e esta não foi localizada, é possível a citação por edital, pois se trata de pessoa que se encontra em lugar incerto e não sabido. Inteligência do art. 231, inc. II, do CPC. 2. Se o autor pretendia apenas formalizar a dissolução do matrimônio, sem pleito alimentar ou patrimonial, nem envolvendo interesse de menores ou incapazes, era dispensável outras diligências suplementares. 3. Não se pode desconsiderar a finalidade instrumental do processo, que consiste no melhor aproveitamento dos atos processuais praticados em vista da sua finalidade de resolver uma relação jurídica de direito material. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70066159203, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 03/09/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL. CONVERSÃO PARA LITIGIOSO. Formado o litígio durante o processo de divórcio inicialmente proposto de forma consensual, a demanda deve prosseguir. O consenso não é condição de formação ou de prosseguibilidade da ação de divórcio, ainda que a lei preveja audiência de ratificação da vontade das partes. Trata-se de direito potestativo e que, por isso, não depende da concordância da parte contrária ou mesmo de qualquer contraprestação sua. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70062412960, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 12/02/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. CITAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. MÉRITO. DIREITO POTESTATIVO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Esgotadas as possibilidades de localização da virago para a citação pessoal, não há falar em nulidade da citação editalícia, vez que observados todos os requisitos legais, sendo-lhe nomeada curadora especial, que atuou na defesa dos seus direitos. Outrossim, em se tratando o divórcio de um direito potestativo, que não admite contestação, dependendo da vontade exclusiva de uma das partes, nenhum óbice ao deferimento do pedido. PRELIMINAR DESACOLHIDA E APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70062532460, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 27/05/2015)

Assim, diante de pedidos de divórcios simples – por exemplo –, perde sentido a insistência em diligências extraordinárias para localização da parte ré ou a apresentação de defesa por negativa geral em que se

postule a rejeição do pedido, ainda que se mostre conveniente consignar que eventual sonegação de partilha deverá ser resolvida em ação futura, se preciso for. Situação semelhante se observa nas ações de guarda em que o genitor está preso e a criança está na companhia da mãe – casos em que ambos os genitores têm o poder familiar e, a princípio, possível interesse em exercer a guarda da prole. Ainda que, eventualmente, seja conveniente solicitar a realização de estudo social ou mesmo consignar a reserva ao direito do genitor não guardião – no caso, preso – de postular a reavaliação da situação em ação futura, não há razão efetiva, em circunstâncias normais, para que se postule a improcedência da ação.

Superada a casuística, cumpre destacar a desnecessidade, em nossa avaliação, da nomeação judicial para o exercício da função, sendo suficiente a intimação para análise da questão ou mesmo a invocação da condição pela própria Defensoria, pois se trata de atribuição decorrente de lei e, logo, irrecusável por nós e irrevogável por outrem. Nesse sentido:

A nomeação reclama do nomeado que assuma a obrigação de desempenhar certo múnus de natureza pública, investindo-o no exercício da função. Logo, é imprescindível que o nomeado não seja o detentor da tarefa de cumprir a atribuição. Se a lei já o incumbete deste mister (como ocorre com a Defensoria Pública) a investidura feita pela nomeação, além de desnecessária é descabida.

A Lei Complementar 80/94 afirma que a Defensoria Pública atuará como curadora especial, nos casos previstos em lei. Logo, ocorrendo no processo uma das situações que reclamem a presença de curador especial, a tarefa do Poder Judiciário deve se reduzir à intimação da Defensoria Pública, comunicando-a de que houve a incidência, naquele feito, de uma das hipóteses legais em que a Instituição deve agir.⁷

Ou seja, até porque a *nomeação* pressuporia a possibilidade de revogação do ato, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico, é que reputamos, com a devida vênia, ser equivocada a nomeação da Defensoria para exercer essa função, que lhe é imposta pela própria lei.

Igualmente, destaca-se que, em nossa compreensão, se revela inadequada a referência pessoal ao defensor público com atribuições junto ao juízo em que tramita o processo no qual a curadoria se faça necessária. Nessa linha:

⁷ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 198– 199.

Por outras palavras, o Defensor Público não se vincula permanentemente ao processo ainda que tenha sido por intermédio dele que a relação processual tenha sido instaurada.

[...]

A intimação pessoal, portanto, deve ser entendida como dirigida à Defensoria Pública, e não a um Defensor Público em particular. Isto porque, como salientam proficuamente Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, “quando a defesa gratuita fica a cargo de instituições integrantes da Defensoria Pública, quem patrocina os interesses do necessitado é a própria Instituição e não cada um de seus integrantes.”⁸

Ante o exposto, concluímos que, mesmo se tratando de atuação corriqueira e, em termos práticos, secundária para a Defensoria Pública, o exercício da curadoria especial merece um olhar mais atento, especialmente no sentido de se evitar a perenização de litígios, com atrasos excessivos e desnecessários à efetivação da tutela a determinados direitos.

3.2 MÁ-FÉ

Para abordar a questão da má-fé no quotidiano da Defensoria Pública, retomamos o acima dito no que diz respeito aos serviços prestados pela Instituição, que expressam o *acolhimento público de interesses privados*. Ou seja, garantindo acesso à justiça aos necessitados (em sentido amplo) – interesse público que remete à metagarantia do *direito a ter direitos* –, a Defensoria Pública trabalha pela busca da tutela jurídica a seus interesses privados. Posto isso, vale frisar, mais uma vez, que o que orienta a atuação institucional em última análise não é o interesse privado cuja tutela se pretende, mas o interesse público de garantir acesso à justiça aos cidadãos em situação de vulnerabilidade, no que identificamos a dimensão pública como a base significante e regente de nossa atuação e afirmação.

Nesse contexto, se nossas atividades servem a uma finalidade pública maior – que inclui a emancipação cidadã pela educação em direitos (e deveres) –, imperativa a conclusão de que a recusa a pretensões que expressem evidente má-fé é, acima de tudo, um dever do defensor público – especialmente diante da realidade de que se trata de um serviço

⁸ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 318.

escasso para demanda crescente. Em síntese: nossa atuação é voltada à tutela efetiva de direitos, e não de vantagens.

A realidade não cede a romantismos e nosso dia a dia é pródigo em fornecer exemplos de cidadãos que procuram pelos serviços institucionais animados por razões pouco ou nada *republicanas*. Diante disso, embora a atuação da Defensoria Pública não seja orientada pela imparcialidade e seus agentes, portanto, não possam se portar como juízes das pretensões trazidas pelos cidadãos assistidos, certo é que, em algumas hipóteses – não tão raras –, podemos perceber que não há interesse legítimo a ser protegido, mas intenções nitidamente voltadas à obtenção de vantagens ou à imposição de prejuízos – dos mais diversos tipos – à parte contrária, a partir do manejo de ação judicial. Refere-se, portanto, ao uso indevido dos serviços prestados pela Instituição e à instrumentalização abusiva do direito de acesso à justiça.

Frente a tais posturas, prestando um serviço escasso e com demanda crescente, não podemos perder de vista que o nosso agir, sendo balizado por referenciais públicos, não pode perder de vista o estatuído no art. 37, *caput*, da CF/88 – em que estão previstos princípios balizadores para a prestação de qualquer serviço público. Assim sendo, dentre outros, devemos estar sempre atentos à *moralidade* e à *eficiência* de nossa atividade. Precisamente quanto à questão, cumpre frisar que não nos parece razoável, sob a ótica da moralidade, prestar atendimento jurídico – custeado por toda população – a pessoas que se apresentem com pretensões evidentemente infundadas ou nitidamente animadas pela má-fé. Igualmente, não nos parece prestigiar a eficiência destinar um atendimento evidentemente escasso a assistidos que não ostentam pretensões minimamente legítimas ou razoáveis.

Ou seja, é certo que devemos analisar situações da espécie com toda cautela e a partir de lógica de autocontenção (orientada pela análise da possibilidade jurídica do pedido), todavia não podemos deixar que uma Instituição essencial ao regime Democrático seja mero instrumento de intimidação, coação ou desafogo para as mais variadas pretensões egoísticas.

3.3 COLIDÊNCIA

Em razão do até aqui exposto, podemos concluir que, embora a atuação do defensor público não esteja submetida à imparcialidade, certo é que há de tomar por princípio a *impessoalidade* – mesmo porque cumpre a nós, defensores públicos, observar critérios de isonomia no atendimento à população, de modo que a avaliação de urgência ou excepcionalidade

de deve dar– se em atenção às circunstâncias do caso em seu contexto amplo (o que inclui vulnerabilidades vinculadas a gênero ou idade, por exemplo) e não à pessoa especificamente atendida – ou seja, a quem é atendido. Nesse sentido, oportuno lembrar que a relação entre o defensor público e o cidadão assistido é determinada pela lei, e não por contrato particular – personalíssimo – de prestação de serviços advocatícios.

Assim sendo, consideramos que há relevante observação a ser feita no que tange à atuação institucional quando vislumbrada a possibilidade de colidência de interesses entre assistidos. A esse respeito, não é raro que a Defensoria atenda a dois ou mais cidadãos posicionados no mesmo polo da ação, seja civil, seja penal. Nessas hipóteses, não raramente nos questionamos acerca de quais são os limites que autorizam e exigem a atuação de mais de um agente.

Precisamente quanto à colidência, portanto, pautados por um referencial de *impessoalidade e eficiência* (art. 37 da CF), certo é que não se podem emprestar os escassos recursos da assistência jurídica prestada pela Instituição quando desnecessário. Ou seja, em não havendo evidente e relevante choque de versões entre os múltiplos assistidos, não se justifica – em uma lógica pública – deslocar mais de um defensor para fazer o atendimento.

A ilustrar o que se afirma, pensamos na situação em que pai e mãe, réus em ação de destituição de poder familiar, procuram atendimento da Defensoria. Nesses casos, até devido ao desespero que se justifica pelo contexto fático, é comum que haja alguma divergência entre os genitores, que, entretanto, via de regra, pretendem igualmente que, ao final, seja a ação julgada improcedente. Em tais circunstâncias, entendemos que, ressalvadas situações excepcionais, não há o que justifique o atendimento por defensores diversos, a não ser que se verifiquem, como referido, divergências relevantes ou pretensões efetivamente diversas, não bastando simples animosidades entre os litigantes ou pequenas contradições nas narrativas secundárias.

3.4 RECURSOS

A partir de interpretações do art. 129, VII, da LC nº 80/94⁹ – e, no caso do Rio Grande do Sul, do art. 3º, IV, da Lei Estadual nº 11795/02¹⁰

⁹ Art. 129. São deveres dos membros da Defensoria Pública dos Estados: [...] VII – interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos, remetendo cópia à Corregedoria– Geral.

¹⁰ Art. 3º – Aos membros da Defensoria Pública do Estado incumbe a orientação jurídica e a assistência judiciária, integral e gratuita, dos necessitados, assim considerados na forma da lei, incluindo a postulação

–, tem-se entendido que a opção pela não interposição de recurso contra sentença está submetida à apresentação de justificativa por parte do defensor público ao órgão correicional. Respeitados os entendimentos contrários, a nosso ver, a interpretação adotada, além de ser assistemática, desconsidera a natureza pública da atividade desenvolvida.

O primeiro argumento relevante remete-nos mais uma vez à constatação de que a atuação da Defensoria se dá na *dimensão pública*, a exigir, portanto, a observância dos princípios constitucionais da moralidade, da eficiência etc. Desse modo, a probidade e o zelo devem ser presumidos, carecendo de prova e apuração o que se sustente em contrário.

Em segundo lugar, e a partir do exposto, aponta-se que a avaliação quanto à pertinência da interposição de recurso contra a sentença deve também levar em consideração a vontade do cidadão assistido, que, cientificado do teor da decisão proferida, poderá concordar ou se opor à conclusão do Defensor. Em havendo discordância, faz-se razoável a submissão da questão à Corregedoria-Geral.

Um terceiro ponto digno de nota é que a LC nº 80/94 – com redação dada pela LC nº 132/09, que é posterior à legislação estadual – condiciona a interposição do recurso à existência de efetiva prova nos autos, fundamentos legais ou jurisprudenciais que justifiquem concretamente o uso da via recursal. Ou seja, como pressuposto para a interposição do recurso, observa-se que a legislação federal exige do defensor uma análise crítica quanto aos fundamentos que o legitimam. Sob essa perspectiva, o uso da via recursal toma ares de excepcionalidade – *apenas se* –, não se tratando de providência obrigatória e exigível a priori, o que se distancia da imperatividade que lhe confere a interpretação atualmente aplicada à hipótese.

Anote-se, como quarto ponto merecedor de destaque, que a interpretação dada à lei estadual já se mostra restritiva em relação a seu texto expresso, uma vez que a exigência da denominada *justificativa de não interposição de recurso* se limita a sentenças sem que a legislação indicada estabeleça diferença entre as decisões. Noutras palavras, fosse a lei estadual interpretada literalmente, a situação seria ainda pior, pois se exigira

e a defesa, em todos os graus e instâncias, dos direitos e interesses individuais e coletivos, além das atribuições contidas na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994) e na Lei Complementar Estadual nº 9.230, de 07 de fevereiro de 1991, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 10.194, de 30 de maio de 1994. Parágrafo único – No exercício de suas atividades os membros da Defensoria Pública do Estado devem: I – atender e orientar as partes e interessados em locais e horários pré- estabelecidos; <http://www.al.rs.gov.br/legis> 1 II – postular a concessão da gratuidade de justiça e o patrocínio da Defensoria Pública, mediante comprovação da necessidade do benefício por parte do interessado ao Defensor Público; III – tentar a conciliação das partes antes de promover a ação quando julgar conveniente; IV – comunicar ao Defensor Público– Geral as razões pelas quais deixar de patrocinar ação, por manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte assistida, bem como enviar justificativa à Corregedoria– Geral quando entender incabível a interposição de recursos ou revisão criminal;

justificativa para a não interposição de embargos declaratórios, agravos de instrumentos, recursos em sentido estrito etc.

Por todo o exposto, conclui-se que mais uma vez se está diante de posicionamento que se mantém e perpetua por inércia reflexiva, baseado em uma espécie de *interpretação semiliteral*. Nesse contexto, pressionados pelos prazos e pelo tético volume de trabalho, aos defensores públicos resta a opção mais simples e menos burocrática: interpor o recurso mesmo que o saibam fadado ao insucesso – e não são poucos os casos em que se pode antever o fracasso. Ocorre que, assim procedendo, seguimos concorrendo para o abarrotamento dos tribunais em postura que, num plano simbólico mais sutil mas não menos prejudicial, provoca extrema má vontade em relação ao trabalho da Defensoria, fazendo com que se percam em meio ao sem-número de recursos retóricos as insurgências que desafiam toda atenção e cuidado por parte do colegiado revisor.

Se a situação pode ser melhor sanada a partir de *súmulas autorizativas para não interposição de recurso* ou mesmo pela simples presunção de boa-fé por parte do defensor¹¹ – de modo que o controle de eventuais omissões seja feito caso a caso, mediante provocação da parte interessada –, não podemos responder. Contudo, certeza há quanto à necessidade de se refletir sobre a questão, que desafia debate aprofundado, ainda que se conclua pela adequação da interpretação atualmente conferida às disposições regentes da questão.

3.5 CONTROLE DA ATIVIDADE FIM

A Defensoria Pública tem feito jus à posição que ocupa como instituição mais jovem do sistema de justiça e tem inovado em variados aspectos relacionados ao controle de suas atividades, merecendo destaque especial a implantação de ouvidorias externas. Cumpre esclarecer, nesse sentido, que a Ouvidoria-Geral é órgão de feição extremamente democrática, sendo sua chefia escolhida pelo Conselho Superior da Defensoria Pública, a partir de indicações de membros da sociedade civil voltadas a cidadãos que não integram o corpo institucional, nos termos do artigo 105-B da LC nº 80/94. Porém, mesmo a Ouvidoria sendo *externa* – e até mesmo por ser externa à Instituição –, deve zelar pelo caráter público dos serviços prestados pela Defensoria, atuando colaborativamente ainda que no exercício de atividade de controle.

Assim, embora sempre de difícil avaliação, deve a Ouvidoria – e também os demais órgãos de controle, como a Corregedoria – agir com

¹¹ Solução que se mostra mais coerente com a legislação federal e, por que não, mais óbvia, se é que realmente gozamos de independência funcional.

observância da abrangência do serviço prestado, buscando tratar com isonomia todos os assistidos, inclusive aqueles que não se dirigiram ao órgão de controle, mas cujo atendimento há de ser considerado mesmo quando analisadas demandas pontuais. Ante tais apontamentos, e a título de exemplo, parece-nos destoante do perfil institucional – especialmente considerada a necessidade de harmonizar a escassez do serviço e o volume de trabalho – que, a partir da reclamação de um assistido quanto ao tempo de espera para atendimento em determinada Defensoria, possa a Ouvidoria simplesmente encaminhar o cidadão reclamante para atendimento priorizado. Afinal, essa subversão da fila de espera nada mais representa que uma quebra de isonomia, com a pessoalização do atendimento a determinado cidadão em detrimento de todos os outros que têm de aguardar sua vez.

Recebidas tais demandas, cabe à Ouvidoria, a nosso ver, verificar as razões de eventual demora e atuar estrategicamente, em parceria com o defensor interessado e com a Administração Superior, no sentido de apurar quais são as deficiências e as melhorias possíveis visando aprimorar os serviços prestados a toda população, de modo a conjugar isonomia, impessoalidade e eficiência.

Da mesma forma, a nosso sentir, não se deve permitir que tão importante canal – público – de contato institucional se banalize, convertendo-se numa espécie de *disk dúvidas jurídicas*. Além de possibilitar favorecimentos pontuais indevidos, as demandas que se apresentam com essas características muitas vezes compelem o defensor a fornecer orientação jurídica sem ter contato efetivo com a parte – sem análise quanto ao enquadramento nos critérios de atendimento e às especificidades do caso concreto –, o que impede a formação adequada do convencimento e, logo, da orientação que há de ser transmitida.

Posto isso, sem a necessidade de mais exemplos, o que buscamos ressaltar é a necessidade de que o trabalho desenvolvido pela Ouvidoria leve em conta – e se harmonize – com as funções dos diversos órgãos institucionais, inclusive considerando a realidade e dificuldades cotidianas enfrentadas pelos defensores públicos.

3.6 DA PRESENÇA DO DEFENSOR NO ATENDIMENTO

Um último aspecto a ser abordado – nos limites deste trabalho –, refere-se à tradicional discussão sobre a necessidade de atendimento pessoalizado do assistido pelo defensor público com atribuição para o caso. A questão, além de discursos tradicionais e retóricos, para um ou para outro

lado, também depende de sindicância a partir daquilo que defendemos como a dimensão *pública* em que deve atuar a instituição.

Como já exposto, dentre outras referências práticas e normativas, seguimos construindo nossa argumentação balizados por princípios que orientam a prestação do serviço público e que vêm estampados no artigo 37 da Constituição Federal.

Sendo assim, parece-nos fundamental rediscutir – com o devido aprofundamento e objetividade – como compatibilizar a observância da eficiência e da impessoalidade com o paradigma que ainda vigora ligado àquele atendimento prestado pela Advocacia, individualizado, personalizado e pessoalizado.

Na esteira de tudo que já foi trabalhado, acreditamos que, para compatibilizar a eficiência e a impessoalidade com a nossa função precípua – assegurar assistência jurídica a mais de 2/3 da população brasileira –, não podemos estar presos a paradigmas já superados, os quais reportam a uma visão privatística de nosso trabalho, muito mais voltada ao *advogar* que propriamente à atividade pública desenvolvida pela Defensoria através de seus agentes.

Por isso, temos sustentado que a preocupação precípua do defensor, no que tange ao atendimento, é estabelecer um sistema suficientemente abrangente e qualificado que assegure o maior alcance possível (eficiência), sem descuidar de padrões mínimos e razoáveis de qualidade – ainda que com isso não se assegure a todos os assistidos um atendimento necessariamente pessoalizado, que conte com a imediata presença física do defensor.

Sem a pretensão de esgotamento do assunto, acreditamos ser perfeitamente compatível com nosso perfil institucional e constitucional – considerada a tarefa hercúlea e diária de se harmonizar qualidade e quantidade – que o atendimento seja realizado por servidores ou estagiários, a depender da complexidade da questão e desde que haja efetiva supervisão do defensor responsável. Ou, ainda, que os atendimentos sejam inicialmente acompanhados pelo defensor, mas concluídos por servidor ou estagiário, sob sua supervisão – frise-se.

Note-se que o debate proposto de modo algum tem por objetivo legitimar o *encastelamento* do agente e, por conseguinte, da Instituição, tanto que a todo momento se refere à necessária supervisão dos atos em questão pelo defensor responsável. Contudo, não se pode tapar o sol com a peneira, e, caso queiramos compatibilizar quantidade e qualidade, necessário repensar nossa sistemática de atendimento.

Assim, da abstração à realidade, o entendimento até aqui exposto busca tão somente questionar se, considerada a missão institucional,

seria melhor empregar a equipe auxiliar para garantir atendimento a 40 pessoas, com acompanhamento e supervisão do defensor, ou se mais adequado é que o defensor atenda, de forma pessoalizada e exclusiva, 10 cidadãos – considerando que a maioria dos agentes, além do atendimento, tem de cuidar do acompanhamento processual e comparecer a audiências. Caso se conclua que a atenção à demanda – e sua quantidade – é exigência de primeira ordem, considerando que nem todas as causas são complexas – aliás, a maioria se repete em fatos e fundamentos jurídicos, com variação mínima –, cremos que a opção que possibilita a ampliação do atendimento prestado seja a melhor.

De qualquer sorte, trata-se de mais uma questão que há de ser debatida com o devido aprofundamento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante sejam muitas as questões que desafiam reflexão, certo é que a Defensoria Pública segue avançando, com importante abertura significativa e fortalecimento de legitimidade a partir da Emenda 80/14 e da nova redação que conferiu ao art. 134 da CF. Após muitas batalhas travadas e esforços hercúleos, galgamos a base formal que nos lança a um futuro voltado à concretização de princípios e objetivos constitucionais de primeira grandeza. Contudo, como no ensaio de Kafka, talvez até pelos sucessivos obstáculos impostos à consolidação da Defensoria Pública, não são poucas as forças contrárias que nos empuxam do passado, as quais, diante das inúmeras dificuldades atravessadas, nos incitam a fazer de nossa atuação simples reedição do modelo de advocacia dativa que estava na base – pelas razões já expostas – do serviço de assistência judiciária que posteriormente se converteu em Defensoria Pública.

Justamente aí se identificam graves riscos, bem como a causa de nosso atual tensionamento identitário.

Nesse momento crítico, portanto, abrem-se duas possibilidades. Ou cedemos aos empuxos do passado e, a partir de uma atuação restritiva, nos reduzimos à mera reedição institucionalizada da advocacia dativa, desconsiderando o que nos impõe a Constituição e a legislação infra; ou assumimos as responsabilidades de que nos incumbe o texto constitucional e, valendo-nos dos instrumentos jurídicos que temos disponíveis, exorcizamos os fantasmas dos modelos de atuação privada que ainda nos assombram, para adentrar a dimensão pública em busca da efetivação dos princípios e objetivos de nossa Carta Maior.

Vale frisar que não se está diante de mero jogo de palavras, mas do que pode definir nosso futuro, sendo evidente que o exercício da advocacia dativa não justifica a manutenção, nem requer uma Instituição públi-

ca constitucionalmente destacada para esse fim. Haveria advogados de sobra para a implantação desse modelo, caso fosse esse o objetivo da Constituição. Mas certamente não é a isso que visa a Constituição ou a legislação complementar que baliza nossa atuação. Fossem nossas atividades limitadas às que caracterizam um modelo que reporta à advocacia dativa, não teríamos como normas de regência o art. 134 da CF e a Lei Complementar 80/94, por todo o já exposto.

Com isso, pretende-se demonstrar que uma atuação que desconsidere as forças que nos lançam para o futuro cedendo aos empuxos do passado pode conduzir-nos – e reduzir-nos – à condição de supérfluos, o que, no mínimo, será *justificativa pronta* para a drástica – e ainda maior – diminuição ou mesmo a interrupção dos investimentos necessários à implementação/expansão e aparelhamento da Defensoria Pública. É só o argumento que falta para alguns governantes que teimam em negar eficácia à Constituição, recusando-se a dar condições de trabalho à Defensoria Pública. E não se pode esquecer que a força do deus Mercado concorre ativamente para isso, diante do excedente de profissionais por ele não absorvidos...

Noutras palavras, caso a Defensoria Pública não se apoie na sofisticada base *formal* com que hoje conta para se tornar – no futuro – *substantialmente* essencial, a submissão às forças do passado e à reedição institucionalizada da advocacia dativa poderá recrudescer os já fortes movimentos no sentido de seu *sucateamento*. Aliás, as atenções nesse sentido hão de ser redobradas, uma vez que tão somente o fato de atuar na tutela dos historicamente vulneráveis já coloca a Instituição na contra-mão dos movimentos de manutenção do *status quo*, ou seja, em situação de vulnerabilidade. Não à toa, portanto, os esforços que se opõem à sua expansão – e, em alguns casos, à sua implementação.

Para que se evite um tal retrocesso, necessário que, diante dos riscos expostos, sejam os agentes que apresentam a Defensoria Pública convocados a uma atuação capaz de revolucionar de fato a identidade institucional, segundo as bases firmadas pelo art. 134 da CF com a ampliação significativa que lhe assegurou a Emenda 80/14. Refere-se, pois, a um movimento que supere o espírito burocrático do mecanicismo jurídico que acriticamente impera – o *espírito de engrenagem* –, em processo que tem por pressuposto a conscientização da população em geral e dos próprios defensores públicos quanto à importância da Instituição na construção de um país de fato democrático.

Como já dito, mas com outras palavras, ou se repete um modelo de advocacia dativa capaz de tornar a Defensoria Pública obsoleta a médio prazo – mera engrenagem de um mecanismo de injustiças já consolidado, que inclusive dispensa a manutenção de uma instituição pública para sua conservação –; ou, atuando na dimensão pública, nos tornamos capazes

de revolucionar o sistema de justiça, conferindo efetividade à Constituição e à nossa legislação de regência.

Sem dispensar conquistas passadas, caso consigamos reunir esforços no sentido de revolucionar o sistema de justiça, nosso futuro se abre a novas discussões que merecerão o devido debate ao longo deste estudo. Afinal, se o atendimento à população economicamente vulnerável e o manejo de ações que visam à tutela de direitos coletivos e difusos já estão bem encaminhados, muito ainda há para se *pensar e fazer* no que concerne a diversas outras questões, tais como, dentre outras, as relativas aos limites do conceito de *necessitados* para fins de atendimento pela Defensoria Pública; à postura recursal; à impessoalidade de nossa atuação, dado seu caráter público; às possibilidades de atuação por legitimação extraordinária; à postura institucional frente a demandas com fins manifestamente egoísticos (especialmente com vistas a evitar a mercantilização do Direito); à necessidade de esforços e investimentos na abertura de meios de pacificação social alternativos à jurisdição, o que deve abranger a prevenção de litígios.

Trata-se, enfim, de temas presentes cujo debate se faz necessário para preparar o que esperamos seja a Defensoria Pública do futuro.

5 REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

COSTA, Domingos Barroso da Costa; GODOY, Arion Escorsin de Godoy. **Educação em Direitos e Defensoria Pública**: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva. Curitiba: Juruá, 2014.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. **A defensoria pública e as famílias [livro eletrônico]**: manual de orientação para atuação em questões de família, sob uma perspectiva defensorial. Belo Horizonte: São Jerônimo, 2015. Disponível em: <http://manualdasfamilias.editorasaojeronimo.com.br/>

KAFKA, Franz. **A muralha da China**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2000.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana. **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2010

A DEFENSORIA PÚBLICA E OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM PROL DA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO Nº. 421 DO STJ

Ricardo Soriano Fay¹
Rogerio Favreto²

RESUMO: O artigo trata sobre o direito da Defensoria Pública à percepção de honorários advocatícios sucumbenciais, mesmo quando devidos pelo Estado. Inicia-se a discussão abordando a previsão da Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988 e a sua autonomia funcional, administrativa, financeira e legislativa, assim como as posteriores alterações realizadas na Carta Política. Analisam-se, ainda, as diferenças entre os regimes jurídicos de advogados e defensores públicos. Reflete, por fim, a necessidade de superação do enunciado nº. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública. Autonomia funcional, administrativa, financeira e legislativa. Enunciado nº. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Superação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Moderna visão da Instituição na Constituição de 1988. 2.1. Autonomia funcional, administrativa, financeira e legislativa. 3. Direito da Instituição à percepção de honorários sucumbenciais. 3.1. Distinções entre defensor público e advogado. 3.2. Dos honorários advocatícios sucumbenciais. 3.3. Da superação do enunciado nº. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

¹ Aprovado no IV Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso à Carreira de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Secretário Nacional da Reforma do Judiciário, no Ministério da Justiça (2007/2010). Ex- Procurador de carreira do Município de Porto Alegre/RS, tendo exercido o cargo de Procurador- Geral do Município entre 1997 e 2004. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Político pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

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, conforme previsão do art. 134, caput, da Constituição Federal.

Por força do art. 5º, inc. LXXIV, da Carta Política, a assistência jurídica prestada Defensoria Pública dá-se de forma integral e gratuita, ou seja, a Instituição não recebe qualquer contraprestação de seus assistidos em decorrência do atendimento realizado. Da mesma forma, a Lei Complementar nº 80/1994, em seu art. 130, inc. III, veda o recebimento, pelo defensor público, a qualquer título ou pretexto, de honorários, porcentagens ou custas processuais em razão de suas atribuições.

O caso é diverso quando se trata de honorários sucumbenciais devidos, em processo judicial, pela parte adversa, visto que a *sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios*.³ Assim, se a parte vitoriosa for representada pela Defensoria Pública, a Instituição fará jus aos honorários fixados na sentença.⁴ Os honorários não serão pagos ao defensor público que atuou no processo, mas recolhidos a um fundo institucional voltado para o aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.⁵

Entretanto, há divergência na jurisprudência naquelas situações em que o Estado é o demandado e, por conseguinte, devedor dos honorários sucumbenciais, em especial em razão da redação do enunciado nº. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: *Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença*.

Neste aspecto, questiona-se: estará o entendimento jurisprudencial adequado à Constituição Federal e às alterações nela realizadas pelas Emendas Constitucionais nº. 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014, e na Lei Orgânica da Defensoria Pública pela Lei Complementar nº 132/2009, que reforçaram a autonomia funcional, administrativa e financeira da Instituição?

³ Art. 20 do Código de Processo Civil de 1973. Redação semelhante ao texto do art. 85 do Novo Código de Processo Civil – Lei nº. 13.105/2015.

⁴ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 453.

⁵ BARRROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**. 5ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 63.

2 MODERNA VISÃO DA INSTITUIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi o grande divisor de águas quanto à previsão da Defensoria Pública⁶ e no estabelecimento de uma assistência jurídica aos necessitados, de forma integral e gratuita.

Com a pretensão de prestigiar um sistema de freios e contrapesos e com a finalidade de evitar desrespeitos a direitos fundamentais, o constituinte de 1988, seguindo a tradicional divisão de Poderes consagrada por Montesquieu – que, ressalte-se, aprimorou a ideia da distinção de funções trazida por Aristóteles – disciplinou a organização das funções do Estado, dividindo-as entre o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.⁷

Ao mesmo tempo em que previu estes poderes do Estado, a Carta Política instituiu um quarto complexo orgânico, intitulado de “Funções Essenciais à Justiça”, composto pelo Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública.

A Constituição Federal, ao organizar os Poderes Estatais, não se limitou às descentralizações tradicionais decorrentes da tripartição dos poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – , sendo instituído um quarto complexo orgânico⁸ que, embora não possa ser definido como um quarto Poder, recebeu a seu cargo o exercício de uma quarta função política, ao lado da função legislativa, da executiva e da jurisdicional: *a função de provedoria de justiça*.⁹

Apesar de não ser indispensável à hermenêutica constitucional, a interpretação topográfica não pode ser desconsiderada. A Organização dos Poderes está delineada no *Título IV* da Carta Política, que possui os seguintes capítulos: *Capítulo I* – Poder Legislativo, *Capítulo II* – Poder Executivo, *Capítulo III* – Poder Judiciário e *Capítulo IV* – Funções Essenciais à Justiça. Ou seja, todos no mesmo patamar hierárquico, sem prevalência de um sobre o outro.

Não há vinculação da Defensoria Pública a quaisquer dos Poderes do Estado, ou seja, a Instituição não *pertence* ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. A moderna compreensão de um Estado Democrático de Direito permite a existência de instituições situa-

⁶ SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011. p. 52.

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014. Versão digital.

⁸ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça**, Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n.7, p. 22

das fora do poder tripartido, em especial as que sejam expressão e instrumento do regime democrático e tenham como missão a promoção dos direitos humanos.

Ser uma função essencial à justiça não significa concluir que as instituições estão limitadas ou inseridas no contexto do Poder Judiciário. A terminologia *justiça* deve ser entendida em sua maior acepção possível, com todos os direitos e garantias que derivam da dignidade humana,¹⁰ de maneira a permitir a consecução dos objetivos da Defensoria Pública no âmbito de cada um dos Poderes.

Em sua redação original, o art. 134 da Constituição dispunha tão somente 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*. Passados mais de vinte e seis anos da promulgação da Constituição, houve a necessidade de alterar a redação do *caput* do referido dispositivo em razão de sua anemia semântica e também da ausência de cultura jurídica em torno da abrangência desta jovem Instituição.

A Emenda Constitucional nº. 80/2014,¹¹ fruto de grande articulação e mobilização das instituições, entidades associativas e dos defensores públicos, associada à compreensão dos parlamentares acerca da importância da Instituição, adotou a atual redação do art. 1º da Lei Complementar nº. 80/1994, dispondo 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*.

Importante registrar que esse aperfeiçoamento e atualização do texto constitucional foi fruto de prévia pactuação entre os Poderes da República, por meio do **II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo**,¹² oportunidade que, dentre seus três objetivos centrais, foi almejado o “*acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados*”.¹³ Para consecução desse objetivo foi compromissado “*a continuidade da Reforma Constitucional do Poder*

¹⁰ FORTES, Simone Barbisan. **Previdência social no Estado Democrático de Direito: uma visão à luz da teoria da justiça**. São Paulo: LTr, 2005. p. 58

¹¹ Alterou o art. 134 da Constituição Federal e o art. 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹² Instrumento de pactuação firmado pelos Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, em 13 de abril de 2009 (publicado no DOU de 26/05/2009, Seção 1, p. 1).

¹³ Objetivo I do II Pacto Republicano de Estado pela Reforma e Aperfeiçoamento do Sistema de Justiça.

Judiciário e os temas relacionados à concretização dos direitos fundamentais, à democratização do acesso à Justiça, inclusive mediante o fortalecimento das Defensorias Públicas”(grifou-se).¹⁴

Na oportunidade, coordenando a elaboração do referido Pacto,¹⁵ após intenso diálogo com representantes institucionais e associativos integrantes da Justiça, do Poder Legislativo e do próprio Executivo, dentro do espírito de cooperação dos Poderes e respeito da sua autonomia e independência, identificamos as diretrizes e prioridades do novo pacto, na linha de continuidade e aprofundamentos das reformas iniciadas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, mas com dimensão ampliada da denominada “Reforma do Judiciário”, a partir da compreensão de envolvimento do “Sistema de Justiça” e todas suas instituições.

Assim, a Defensoria Pública, juntamente com o Ministério Público e Advocacia, teve participação e figuração destacada:

A amplitude temática é, também, marca da formulação do II Pacto, no sentido de contemplar todos os órgãos integrantes da Justiça e não somente o Poder Judiciário. Por isso, o seu enfoque envolve também o Ministério Público, **Defensoria Pública** e Advocacia, na compreensão de que todos tem responsabilidades e contribuições para o aperfeiçoamento e qualificação das suas instituições e da prestação da Justiça. (grifou-se).¹⁶

Por óbvio que não se trata de uma mudança tranquila, pois toda alteração de paradigma encontra resistência nas mais variadas trincheiras do mundo jurídico, ainda mais no reconhecimento da importância e relevância de uma nova Instituição. Nesse contexto, interessante pensamento de Amilton Bueno de Carvalho¹⁷ ao analisar a trajetória da Defensoria Pública:

Aliás, a Defensoria que sonho não quer ser poder, não quer estar ao lado do poder, não quer chegar próximo do poder, não pode ser poder, ela tem claro que todo o poder tende insuportavelmente ao abuso, que o poder “imbeciliza” (Nietzsche), que o poder não suporta a alteridade, que o poder necessita, em consequência, de verdade absoluta (Bauman), que o poder necessaria-

¹⁴ Ações de compromisso arroladas no item “b” do referido II Pacto.

¹⁵ O segundo signatário desse texto, Rogério Favreto, na condição de Secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, coordenou a pactuação em nome do Poder Executivo e posteriormente integrou o Comitê Interinstitucional de Gestão do II Pacto Republicano de Estado, criado pelo Decreto de 3 de julho de 2009, da Presidência da República.

¹⁶ FAVRETO, Rogério. **O II Pacto Republicano de Reforma do Sistema de Justiça no Brasil**. Revista II Pacto Republicano de Estado. Ministério da Justiça. Brasília: 2009, p. 12.

¹⁷ Disponível em: <<https://www.facebook.com/amilton.buenodecarvalho/posts/703738096402957>>. Acesso em: 18/10/2015

mente é mentiroso (Heidegger). Ao contrário, a Defensoria deve ser contrapoder (Daniel Lozoya), limitadora do abuso do poder, parceira do débil! (...)

Agressões deverão vir (não se espere que “bondade” venha do trono, ou venha daqueles que estão acorados ao seu redor), mas que venham e que venham cada vez mais: eis o sinal que o caminho está sendo seguido corretamente.

Por isso que a alteração desse paradigma esteve orientada pela priorização e convergência de uma agenda política comum dos Poderes da República, seja de alteração da legislação, seja de políticas públicas de gestão da Justiça que alçaram, dentre os eixos estratégicos e estruturantes das reformas, a “**democratização do acesso à Justiça**”, voltada à **efetivação dos direitos humanos e fundamentais**,¹⁸ por meio do fortalecimento e valorização das Defensorias Públicas.

Dito isso, questiona-se: qual a natureza jurídica da Defensoria Pública ante a Constituição Federal de 1988? Ao indagar a natureza jurídica de determinada figura, deve-se apontar em que categoria esta se enquadra, ressaltando as teorias explicativas de sua existência. Afirmar a natureza jurídica de algo é, em linguagem simples, responder à pergunta: *o que é isso para o direito?*¹⁹

Parcela da doutrina especializada – como, por exemplo, Sérgio Luiz Junkes,²⁰ Guilherme Peña de Moraes²¹ e Gustavo Corgosinho²² – defende que a Defensoria Pública nada mais é do que um órgão público, o que significaria dizer que esta constitui uma simples repartição de atribuições da pessoa jurídica a quem pertence. Contudo, este entendimento deve ser afastado, na medida em que, como é reforçado por outros autores, a Defensoria Pública não está acessoriamente vinculada a nenhum corpo principal e, por não constituir simples plexo de atribuições da administração estatal, não pode ser tecnicamente classificada como órgão público.²³

Na verdade, a Defensoria Pública deve ser vista como Instituição Constitucional ou Instituição Primária do Estado Democrático de Direito

¹⁸ FAVRETO, Rogério. **O II Pacto Republicano de Reforma do Sistema de Justiça no Brasil**. Revista II Pacto Republicano de Estado. Ministério da Justiça. Brasília: 2009, p. 17.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão digital.

²⁰ JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o princípio da justiça social**. Curitiba: Juruá, 2005.

²¹ MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

²² CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública: princípios institucionais e regime jurídico**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

²³ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

contemporâneo,²⁴ buscando sua legitimidade diretamente da Constituição Federal.

A Defensoria Pública é, incontestavelmente, uma instituição fundamental no Estado Democrático de Direito, seja em razão de sua árdua missão constitucional – promover o acesso à justiça a milhões de brasileiros necessitados – como também, e principalmente, porque cumprindo esse grandioso dever estará igualmente atendendo a princípios fundamentais da República, com especial relevo à dignidade da pessoa humana.²⁵

Esta melhor alocação da Defensoria Pública como Instituição essencial do Sistema de Justiça, não só ajusta sua posição constitucional dentro do Estado Democrático de Direito, como auxilia na compreensão dos aparentes conflitos com o ente estatal da sua esfera federativa, afastando as negativas de percepção dos honorários sucumbenciais pelo argumento da confusão de interesses por *atuar contra a pessoa jurídica de direito público a que pertença*, como se sustentará a seguir.

2.1 AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA, FINANCEIRA E LEGISLATIVA

Para Immanuel Kant,²⁶ *autonomia* é a capacidade da vontade humana de se autodeterminar segundo uma legislação moral por ela mesma estabelecida, livre de qualquer fator estranho ou exógeno com uma influência subjugante, tal como uma paixão ou uma inclinação afetiva incoercível. No âmbito jurídico-constitucional, por outro lado, a autodeterminação diz respeito à autonomia funcional, administrativa, financeira e legislativa.

Embora a Defensoria Pública esteja inserida dentro do quarto complexo orgânico – anteriormente explicitado – desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi necessária a edição de sucessivas emendas constitucionais de forma a assegurar o exercício independente de suas atribuições em face dos Poderes Estatais.²⁷

Resta claro que o legislador constituinte compreendeu que, para dar efetividade à missão da Defensoria Pública, deveria atribuir-lhe independência e autonomia, desvinculada dos interesses do governo, caso

²⁴ Idem.

²⁵ SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011. p. 55

²⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 1788.

²⁷ Consta das justificativas apresentadas na Proposta de Emenda Constitucional nº. 247/2013, que resultou na Emenda Constitucional nº. 80/2014: *A Constituição Federal de 1988, portanto, precisa ser mais enfática, no sentido de assegurar a todos os cidadãos brasileiros, em todo o seu território, o acesso aos serviços da Defensoria Pública.*

contrário a promessa constitucional jamais se cumpriria.²⁸

A Emenda Constitucional nº. 45/2004 acrescentou o § 2º ao art. 134, com a seguinte redação: *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.*

Em 2012, foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 69/2012, que, em seu art. 2º, previu: *Sem prejuízo dos preceitos estabelecidos na Lei Orgânica do Distrito Federal, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados.* A Emenda Constitucional nº. 74/2013,²⁹ por sua vez, dispôs: *Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.*

A despeito destas alterações, a doutrina de Franklyn Roger e Diogo Esteves³⁰ ensina que, ao prever a Defensoria Pública em capítulo autônomo, houve a renúncia por parte do constituinte em definir explicitamente a Instituição entre os Poderes do Estado, outorgando-lhe a necessária autonomia para o exercício de suas atribuições, sendo que esta já constava implicitamente no sistema constitucional.

Dito de outro modo, a autonomia da Defensoria Pública já estava prevista implicitamente no texto constitucional, em especial pelo tratamento dado à Instituição, ou seja, esta norma jurídica já podia ser extraída do texto da Constituição Federal.³¹ As alterações no texto da Carta Política apenas reforçaram o que já estava presente no ordenamento jurídico.

Além disso, a teoria dos poderes implícitos vem ao encontro da autonomia da Instituição, pois quando a Constituição outorga competências explícitas para a realização de determinados fins, faz-se necessário reconhecer que implicitamente foram concedidos meios para a sua adequada realização.³² Para assegurar real efetividade às atribuições

²⁸ SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011. p. 94

²⁹ A Presidente da República, Dilma Rousseff, ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5296 contra esta Emenda Constitucional, que conferiu autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, sob o argumento de que a iniciativa parlamentar violou o art. 61, § 1º, inc. II, alínea "c", da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289329>>. Acesso em: 18/10/2015

³⁰ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

³¹ *Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

³² NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

constitucionalmente conferidas, na maior parte das vezes litigando em desfavor do Poder Público, é imperativo o reconhecimento da autonomia da Defensoria Pública.

A **autonomia funcional** indica que a Instituição está imune a qualquer influência externa ao exercício de sua atividade finalística, ou seja, que poderá atuar em face de quaisquer agentes, órgãos ou instituições, de caráter público ou privado, sempre que se fizer necessário. Isso não significa que o atuar dos agentes se dará de forma arbitrária, pelo contrário, quer dizer que estarão submetidos tão somente às determinações da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional – estas quando não estiverem em conflito com aquelas.

A **autonomia administrativa** permite à Defensoria Pública praticar, de maneira independente e livre da influência dos demais Poderes Estatais, atos próprios de gestão, tais como: adquirir bens e contratar serviços; estabelecer a lotação e a distribuição dos membros da carreira e dos servidores; compor os seus órgãos de administração superior e de atuação; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; organizar os serviços auxiliares; praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal; elaborar seus regimentos internos; praticar atos gerais de gestão administrativa, financeira e de pessoal.³³

A **autonomia financeira** diz respeito à elaboração da proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos pela lei de diretrizes orçamentárias. Assim, permite-se que a Instituição delimite os recursos financeiros necessários para consecução de sua finalidade, sem que esta pretensão seja reduzida unilateralmente pelo Poder Executivo.³⁴

Por fim, a **autonomia legislativa** diz respeito à possibilidade de deflagração de processos legislativos de exclusivo interesse da Instituição, como a criação e extinção de cargos e a estipulação da política remuneratória.

No âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, pode-se dizer que a autonomia constitucional da Instituição é observada pelos Poderes Estatais. A consolidação da autonomia no inconsciente coletivo-jurídico, por exemplo, permite à Instituição: apresentar projetos de lei que criam cargos de defensores públicos³⁵ ou fixam o valor do subsí-

³³ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

³⁴ Contudo, não se descarta que haja redução ou alteração da proposta orçamentária, desde que sejam realizadas por meio do procedimento constitucional previsto, pelo Poder Legislativo, em decorrência de um sistema de freios e contrapeso.

³⁵ PL 05/2014 apresentado na ALRS. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/5/AnoProposicao/2014/Origem/Px/Default.aspx>>. Acesso em: 19/10/2015.

dio destes;³⁶ ajuizar ações em face do Poder Executivo e suas empresas públicas;³⁷ proceder à realização de concurso público;³⁸ e apresentar sua própria proposta orçamentária.³⁹ Ainda, associado a estas possibilidades, o recente reconhecimento por parte do Tribunal de Contas deste Estado da dissociação entre seus gastos e o limite prudencial do Poder Executivo.⁴⁰

Entretanto, não se desconhece e nem poderia ser diferente que, na tramitação e apreciação legislativa, o Parlamento, pelo debate democrático, pode alterar e aperfeiçoar as proposições da Defensoria Pública por sua competência constitucional como poder independente e autônomo, sujeito ao crivo e valoração da legitimação social das suas decisões.

No plano internacional, a Organização dos Estados Americanos – OEA –, durante a sua 41ª Assembleia Geral, recomendou aos *Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os defensores públicos oficiais gozem de independência e autonomia funcional*.⁴¹

Essa posição doutrinária encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Contudo, do ponto de vista acadêmico, mesmo que se trate de entendimento favorável à Instituição, as decisões judiciais devem ser vistas com certo temperamento, pois é necessário lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que o intérprete quer que ele seja. Lenio Streck⁴² complementa:

Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de pro-

³⁶ PL 15/2013 apresentado na ALRS. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/15/AnoProposicao/2013/Origem/Px/Default.aspx>>. Acesso em: 19/10/2015.

³⁷ Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.gov.br/conteudo/23997>>. Acesso em: 19/10/2015.

³⁸ Disponível em: <<http://www.concursosfcc.com.br/concursos/dpers114/index.html>>. Acesso em: 19/10/2015.

³⁹ Lei Estadual nº. 14.716/2015, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária para o exercício econômico-financeiro de 2016. Art. 30. *Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública terão como limite na elaboração de suas Propostas Orçamentárias para 2016, para o grupo de natureza da despesa pessoal e encargos sociais, na fonte de recursos Tesouro- Livres, o conjunto das dotações fixadas na Lei Orçamentária de 2015, com as alterações decorrentes dos créditos suplementares e especiais sancionados até 30 de abril de 2015, acrescidos de 3,0% (três inteiros por cento) de correção, considerando incluída nessa correção o disposto nos arts. 34 e 35 desta Lei.*

⁴⁰ TCE/RS. **Agravo Regimental nº. 08166-0200/15-1**. Rel. Conselheiro Estilac Martins Rodrigues Xavier.

⁴¹ **Organização dos Estados Americanos**. AG/RES. 2656 (XLI-O/11). Disponível em: <http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/247/AG_RES_2656_pt.pdf>. Acesso em 28/10/2015.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Versão digital.

fessores e os milhares livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, “lei das leis”?

Por outro lado, nada mais importante do que a indispensabilidade da instituição seja reconhecida pela mais alta Corte do país.

Na ADPF nº. 307,⁴³ foi afirmado que a *autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, ensejando o cabimento de ADPF, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde. Trata-se de norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais, sendo também pertinente à organização do Estado. São inconstitucionais as medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação da autonomia funcional e administrativa da instituição.*

A Suprema Corte, na ADI nº. 3965,⁴⁴ afirmou que a *Defensoria Pública dos Estados tem autonomia funcional e administrativa, incabível relação de subordinação a qualquer Secretaria de Estado.* Ainda, na ADI nº. 4056,⁴⁵ asseverou que *qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal.*

Em conclusão, segundo o Supremo Tribunal Federal,⁴⁶ **a Defensoria Pública, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas.** É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização dessa Instituição constitucional.

Como forma de controle externo da atuação da Defensoria Pública e fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos defensores pú-

⁴³ Supremo Tribunal Federal, ADPF 307 MC-Ref, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013, publicado em 27/03/2014.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, ADI 3965, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, publicado em 30/03/2012.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, ADI 4056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, publicado em 01/08/2012.

⁴⁶ Supremo Tribunal Federal, ADI 2903, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2005, publicado em 19/09/2008.

blicos, o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais – CONDEGE – articula a proposição de emenda constitucional que visa à criação do Conselho Nacional da Defensoria Pública,⁴⁷ em termos semelhantes ao Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Uma das atribuições do Conselho Superior seria a análise da legalidade dos atos administrativos praticados por integrantes ou órgãos das Defensorias Públicas da União e dos estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao cumprimento da lei. A proposição tem a finalidade de agregar, além dos sistemas internos e próprios de fiscalização e correição, um controle ampliado e com representação social.

3 DIREITO DA INSTITUIÇÃO À PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Devidamente reconhecida a importância da Defensoria Pública como Instituição constitucional, integrante de um quarto complexo orgânico – juntamente com o Ministério Público, por exemplo –, devem ser analisadas as questões que dizem respeito a uma das consequências de sua autonomia, qual seja: o direito à percepção de honorários sucumbenciais no âmbito do processo civil.

3.1 DISTINÇÕES ENTRE DEFENSOR PÚBLICO E ADVOGADO

Antes de analisar o direito da Instituição aos honorários sucumbenciais, impõe-se a realização da distinção entre *defensor público* e *advogado*, pois, embora possam se assemelhar, trata-se de atividades distintas e que não se confundem.

Frederico Rodrigues Viana de Lima,⁴⁸ em sua importante obra dedicada à Defensoria Pública, elenca as principais diferenças entre as carreiras: (a) distinção constitucional, (b) exercício da advocacia como gênero e (c) a Defensoria Pública – e não o defensor – é quem representa o assistido.

No plano constitucional, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada eram tratadas de forma conjunta na *Seção III do Capítulo IV* da Carta Federal, até a promulgação da Emenda Constitucional nº. 80/2014. A partir de então, houve a percepção da necessidade de melhor posicionar a

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.condege.org.br/noticias/885-proposta-da-pec-que-cria-conselho-nacional-da-defensoria-publica-ja-pronta-para-debate-no-congresso.html>>. Acesso em: 28/10/2015.

⁴⁸ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 445-450.

Instituição com a criação da *Seção IV*, em que foi positivado tratamento próprio. Tornou-se mais precisa a distinção pelas disposições outorgadas a cada instituição.

Não há que se confundir a atividade de advocacia com a figura do *advogado*. Este vocábulo deriva da expressão latina “ad vocatus”, que significa *o que foi chamado*, e que, no direito romano, designava a terceira pessoa que o litigante chamava perante o juízo para falar a seu favor ou defender o seu interesse.⁴⁹

A evolução histórica permite concluir que *advocacia* é atividade-gênero, podendo ser exercida por advogados, defensores públicos e, até mesmo, membros do Ministério Público ou particulares. O Ministério Público em diversas oportunidades exerce atividades de advocacia, a exemplo de quando ajuíza ação civil pública defendendo interesses individuais homogêneos. Ainda, anteriormente à promulgação da Carta Política de 1988, o *Parquet* atuava como representante da União e dos Estados nas causas cíveis em que estes figurassem como autores ou réus.⁵⁰

Da mesma forma, os particulares exercem estas atividades quando ajuízam ação perante os juizados especiais cíveis⁵¹ ou impetram *habeas corpus*⁵² sem o auxílio de procurador. Portanto, o exercício da atividade de advocacia não é critério diferenciador entre defensor público e advogado.

Do ponto de vista da relação profissional-assistido, a Defensoria Pública – e não o defensor público – é quem representa o assistido.⁵³ O defensor público é aquele que dá voz à própria Instituição. Na expressão trabalhada por Pontes de Miranda,⁵⁴ o defensor público, como órgão de execução, apresenta a Defensoria Pública.

A Defensoria Pública representa o assistido independentemente de mandato, em juízo ou extrajudicialmente, pois o seu vínculo é institucional,⁵⁵ decorrente da lei. Por sua vez, o advogado privado efetiva sua representação por meio de contrato de mandato, em uma relação *inter partes*.

⁴⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 36ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

⁵⁰ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão digital.

⁵¹ Lei nº. 9.099/1995. Art. 9º *Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.*

⁵² Lei nº. 8.906/1994. Art. 1º. § 1º *Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.*

⁵³ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 446.

⁵⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 267.

⁵⁵ Lei Complementar nº. 80/1994. Art. 128. XI – *representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais.*

3.2 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

A distinção entre defensor público e advogado, anteriormente anotada, mostra-se essencial para definir que, a despeito das diferenças, a atividade de advocacia é exercida por ambos os profissionais – e capaz de dar ensejo ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

Por força do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal, a assistência jurídica prestada Defensoria Pública dá-se de forma integral e gratuita, ou seja, a Instituição não recebe qualquer contraprestação de seus assistidos em decorrência do atendimento realizado.

A atividade de defensor público deve se pautar pela excelência na prestação da assistência jurídica, deixando de lado qualquer ambição mercantilista. A certeza do recebimento de honorários, mesmo que pela parte adversa, quebra esse princípio sagrado que deve guiar a conduta do defensor público,⁵⁶ pois o retorno financeiro deverá ser destinado ao fortalecimento da instituição, conferindo melhor estrutura material e humana, bem como auxílio na capacitação e aperfeiçoamento do trabalho e, por consequência, dos cidadãos assistidos pela Defensoria Pública. Por esta razão, a Lei Complementar nº 80/1994, em seu art. 130, inc. III, veda de forma absoluta o recebimento, pelo defensor público, a qualquer título ou pretexto, de honorários, porcentagens ou custas processuais em razão de suas atribuições.

O caso é diverso quando se trata de honorários sucumbenciais devidos, em processo judicial, pela parte adversa, visto que a *sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor*.⁵⁷ Se a parte vitoriosa for representada pela Defensoria Pública, a Instituição fará jus aos honorários fixados na sentença,⁵⁸ podendo ampliar e qualificar seus serviços.

Deve-se ressaltar, também, que, mesmo com esse caráter institucional da incidência e destinação dos honorários sucumbenciais, tal política não deve servir como incentivo ao aumento da litigiosidade pelo potencial de gerar “renda”, mas realçar e ampliar os programas de incentivo à mediação e composição extrajudicial já desenvolvidos pelas Defensorias, por meio da formação e qualificação dos defensores em cursos de técnicas de mediação, conciliação e composição dos conflitos, inclusive com a utilização dos recursos advindos da percepção dessa verba honorária.

⁵⁶ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 446.

⁵⁷ Art. 20 do Código de Processo Civil de 1973. Redação semelhante ao texto do art. 85 do Novo Código de Processo Civil - Lei nº. 13.105/2015.

⁵⁸ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 453

Com isso, afasta-se a eventual alegação de mero interesse econômico, havendo ganho social pela ampliação e agilização da efetiva defesa dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos, associada à melhoria da assistência jurídica dos necessitados e à busca de pacificação social.

Os honorários sucumbenciais fixados pelo juiz não tem por objetivo ressarcir a parte vencedora pelos gastos com a contratação do advogado, mas buscam remunerar o profissional do direito pelo trabalho desempenhado em juízo na defesa da causa. Em outras palavras, os honorários advocatícios não pertencem à parte vencedora do litígio, constituindo, na realidade, receita própria e autônoma do profissional do direito.⁵⁹

Contudo, os honorários não serão pagos ao defensor público que atuou no processo,⁶⁰ mas recolhidos a um fundo institucional voltado para o aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores, sendo uma das funções institucionais executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, disposta no art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº. 132/2009.

O Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul foi criado pela Lei Estadual nº. 10.298/1994. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o art. 526 da Consolidação Normativa Judicial da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado prevê que os *honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública (...) provenientes da aplicação do princípio de sucumbência de ações com assistência judiciária patrocinadas por integrantes da Defensoria Pública deverão ser recolhidos, por ocasião de seu pagamento, ao FADEP, Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública do Estado*,⁶¹ com código de recolhimento específico para esta finalidade.

Portanto, resta claro que a Defensoria Pública, apresentada pelo defensor público no exercício de atividade de advocacia no âmbito de processo judicial, faz jus à percepção de honorários advocatícios sucumbenciais, na forma do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973.⁶²

3.3 DA SUPERÇÃO DO ENUNCIADO Nº. 421 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

⁵⁹ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

⁶⁰ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**. 5ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 63.

⁶¹ Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.gov.br/conteudo/21798>>. Acesso em: 24/10/2015.

⁶² Correspondente ao art. 85 do Novo Código de Processo Civil - Lei nº. 13.105/2015.

De plano, deve ser esclarecido que as funções institucionais da Defensoria Pública são exercidas inclusive contra as pessoas jurídicas de direito público, segundo expressa disposição do art. 4º, § 2º, da Lei Complementar nº. 80/1994.

Há divergência na jurisprudência justamente quando o Estado é o devedor dos honorários sucumbenciais, em especial em razão da redação do **enunciado nº. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: *Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença*. A jurisprudência excetua, todavia, quando se tratar de entes federativos diversos, condenando, por exemplo, determinado município ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais à Defensoria Pública do Estado.

Em relação às súmulas, Lenio Streck⁶³ entende que nada mais são do que a construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas a priori, “oferecidas” antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). Isto é, as súmulas são uma espécie de “antecipação de sentido”, uma “tutela antecipatória das palavras” ou, ainda, uma atribuição de sentido inaudita altera partes.

Os precedentes⁶⁴ que deram origem à edição do enunciado partem de duas premissas já superadas, quais sejam: (a) aplicam a tese da confusão e (b) não observam a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009 ao art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº. 80/1994. Ou seja, não observam a devida distinção e autonomia da Instituição em relação ao ente estatal da sua esfera federativa, como também a própria evolução legislativa, tanto no plano constitucional quanto no âmbito infraconstitucional.

Tal posicionamento afirma que a Defensoria Pública seria órgão desprovido de personalidade jurídica própria, sendo mantida e remunerada pelo Estado ou pela União. Nestes julgados, a Corte Cidadã afirma que caso a Defensoria Pública do Estado venha a ser vencedora em ação intentada contra o próprio Estado, não se mostra possível a condenação desse ente público ao pagamento de honorários em benefício daquela

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Versão digital.

⁶⁴ AgRg no REsp 755.631-MG (1a T, 10.06.2008 – DJe 25.06.2008), AgRg no REsp 1.028.463-RJ (6a T, 25.09.2008 – DJe 13.10.2008), AgRg no REsp 1.039.387-MG (1a T, 03.06.2008 – DJe 23.06.2008), AgRg no REsp 1.054.873-RS (1a T, 11.11.2008 – DJe 15.12.2008), AgRg no REsp 1.084.534-MG (2a T, 18.12.2008 – DJe 12.02.2009), EREsp 480.598-RS (1a S, 13.04.2005 – DJ 16.05.2005), EREsp 566.551-RS (1a S, 10.11.2004 – DJ 17.12.2004), REsp 740.568-RS (2a T, 16.10.2008 – DJe 10.11.2008), REsp 852.459-RJ (1a T, 11.12.2007 – DJe 03.03.2008), REsp 1.052.920-MS (1a T, 17.06.2008 – DJe 26.06.2008) e REsp 1.108.013-RJ (CE, 03.06.2009 – DJe 22.06.2009). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_40_capSumula421.pdf>. Acesso em: 25/10/2015.

Instituição, tendo em vista a caracterização da confusão entre a pessoa do credor e do devedor.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.199.715/RS,⁶⁵ julgado por sua Corte Especial como representativo de controvérsia, foi além e decidiu: *faz-se necessário dar à Súmula 421/STJ uma interpretação mais extensiva, no sentido de alcançar não apenas as hipóteses em que a Defensoria Pública atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, bem como naquelas em que atuar contra pessoa jurídica que integra a mesma Fazenda Pública.*

Prevista no art. 381 do Código Civil, a confusão é forma peculiar de extinção das obrigações, operando-se quando as qualidades de credor e devedor são reunidas em uma mesma pessoa, extinguindo-se, conseqüentemente, a relação jurídica obrigacional.⁶⁶

Embora a sobrevivência da Defensoria Pública dependa das dotações orçamentárias repassadas pelo Estado ou pela União, conforme o caso, a Instituição não se encontra vinculada ao ente federativo responsável por sua manutenção.⁶⁷ Segundo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº. 3569,⁶⁸ a inexistência desse laço vincutivo constitui pressuposto fundamental para o pleno exercício das funções institucionais da Defensoria Pública, dentre as quais se inclui a possibilidade de, com vistas a garantir os direitos dos cidadãos, agir com liberdade contra o próprio Poder Público.

Os fundamentos da autonomia funcional, administrativa, financeira e legislativa da Defensoria Pública foram exaustivamente analisados no presente texto. Em decorrência desta autonomia, possuindo iniciativa orçamentária, é a própria Instituição que realiza a gestão dos seus recursos financeiros. Ou seja, ninguém é legitimado a determinar como serão efetuados seus gastos, exceto a própria Defensoria Pública.

A edição das Emendas Constitucionais nº. 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014 reafirmou a completa dissociação entre a Defensoria Pública e entes federados responsáveis pelo repasse de suas dotações orçamentárias. Em precedente recente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu violação ao art. 168 da Constituição Federal em decorrência do repasse a menor do duodécimo correspon-

⁶⁵ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1030354&num_registro=201001218650&data=20110412&formato=PDF>. Acesso em: 25/10/2015.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 2: obrigações**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão digital

⁶⁷ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

⁶⁸ Supremo Tribunal Federal, ADI 3569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, publicado em 11/05/2007.

dente, reconhecendo, mais uma vez, a completa autonomia constitucional da Instituição.⁶⁹

Ainda que a Defensoria Pública pertença *formalmente* ao ente federativo responsável por sua manutenção, esses dois sujeitos não consolidam substancialmente a mesma figura. Cada uma dessas estruturas estatais possui gestão administrativa e financeira distintas, não havendo unidade existencial entre elas.⁷⁰

Não há que se falar em concentração das qualidades de credor e devedor na mesma figura quando o Estado é condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública do Estado – ou a União à Defensoria Pública da União.

Nesse sentido, Diogo Esteves e Roger Franklyn afirmam que a pluralidade de situações jurídicas subsiste em virtude da existência de dois sujeitos substancialmente distintos entre si, não havendo, na hipótese, pagamento para si mesmo, mas pagamento à Instituição autônoma e desvinculada da estrutura do ente federativo devedor. Ainda, argumentam:⁷¹

A lógica do raciocínio é inquestionável: uma coisa é exigir que um indivíduo junte seu dinheiro e pague uma dívida a si mesmo, protagonizando uma autêntica cena de esquizofrenia. Outra situação completamente distinta é exigir que o ente federativo pague a uma Instituição autônoma a remuneração devida pelo trabalho desempenhado em juízo na defesa de uma determinada causa. No primeiro caso, os valores percorrem um círculo e retornam para o mesmo lugar de onde saíram; na segunda hipótese, a verba alcança destinação diversa de sua origem, sendo direcionada ao fundo gerido pela Defensoria Pública e utilizada, de maneira autônoma e independente, no aparelhamento da Instituição e na capacitação profissional de seus membros e servidores (art. 4º, XXI da LC nº 80/1994).

Os defensores cariocas citam parecer do Promotor de Justiça Luiz Fabião Guasque⁷² no sentido de que a premissa da confusão entre credor e devedor é instituto próprio do direito privado, inaplicável na esfera do Direito Público, visto que a norma em análise consubstancia preceito de direito financeiro, onde se atribui a determinado departamento da instituição, a re-

⁶⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo Regimental nº. 70065977738, Tribunal Pleno, publicado em 23/09/2015.

⁷⁰ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.

⁷¹ Idem

⁷² GUASQUE, Luiz Fabião. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, jul./set. 2010, n.37. p. 209-211.

ceita derivada decorrente das sumbências. Portanto, em momento algum há confusão entre credor e devedor, apenas receita derivada e vinculada a determinada atividade, ou seja, fomento ao desenvolvimento técnico e científico da Instituição do estado destinada à defesa jurídica dos necessitados.

Conforme antecipado, a segunda premissa da jurisprudência não contempla a nova redação conferida pela Lei Complementar nº 132/2009 ao art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº. 80/1994. Este novo regramento dispõe que dentre as funções institucionais da Defensoria Pública inclui-se a de executar e receber as **verbas sucumbenciais** decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos.

O comando legal é taxativo ao prever que as verbas sucumbenciais são devidas por quaisquer entes públicos. A expressão *quaisquer entes públicos* demonstra, de forma cristalina, que a Defensoria Pública é credora dos honorários advocatícios sucumbenciais ainda que devidos pelo mesmo ente federativo que repassa seu orçamento – ou, como na frase cunhada pelo Superior Tribunal de Justiça, *da pessoa jurídica de direito público da qual a Defensoria Pública faz parte*.

Contudo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda não enfrentou de forma ampla e integrativa o tema, considerando as novas disposições constitucionais e da legislação específica, o que se espera a partir de algumas posições já adotadas na base do Judiciário, mesmo que ainda minoritárias.

Ao Poder Judiciário – e a ninguém, diga-se de passagem – não é dada a possibilidade de não aplicar as leis que entenda inoportunas ou inadequadas. Em um Estado Democrático de Direito, pelo contrário, pressupõe-se o cumprimento das leis em vigor no ordenamento jurídico, salvo nas situações de declaração de inconstitucionalidade da legislação, o que não ocorreu e tampouco se deseja.

Isso não significa que não haja mecanismos de afastamento daqueles dispositivos considerados violadores da ordem jurídica, em especial quando em confronto com a Constituição Federal. No plano judicial, esse controle pode ser realizado de forma difusa, que permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, ou de forma concentrada, exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim.⁷³

Até o presente momento, não se tem notícia de que o Supremo Tribunal tenha realizado controle concentrado do referido dispositivo legal, ou que sequer tenha havido o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade nesse sentido.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão digital.

No plano do controle difuso, para o afastamento de determinada norma deve ser observado o art. 97 da Constituição Federal, que trata do princípio da reserva de plenário, dispondo que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. A reserva de plenário espelha o princípio da constitucionalidade das leis, que para ser infirmado exige um quórum qualificado do tribunal.⁷⁴

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento realizado em 2012, decidiu que, apesar da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a alteração da Lei Complementar nº. 80/1994 visou ao fortalecimento e autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública, a fim de aparelhá-la e capacitar seus membros e servidores por meio das verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, razão pela qual lhe são devidos honorários advocatícios sucumbenciais caso seja vencedora na demanda. Afirma, ainda, que entendimento no sentido contrário ensejaria a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº. 80/1994, em vista da expressa previsão da execução e recebimento das verbas sucumbenciais decorrentes da atuação da Defensoria Pública.

Cabe destacar excerto do voto majoritário,⁷⁵ que bem resume a nova tendência de superação do enunciado nº. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na defesa do cabimento de condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais à Defensoria Pública quando há litígio contra o *próprio ente do qual ela faz parte*, avançando e superando o referido precedente e outras decisões dos Tribunais Superiores:

Os precedentes estão baseados na tese da confusão, ou seja, de que a Defensoria Pública é parte do Estado e com ele se confunde. Todavia, o caso concreto é completamente diverso porque a **Defensoria não pertence à Autarquia Previdenciária**, tratando-se de pessoas jurídicas distintas, com personalidade, patrimônio e receita própria, de modo que não há confusão possível entre as Instituições. Por essas razões, guardo cautela quanto à orientação majoritária do STJ.

Afora isso, a edição posterior da **Lei Complementar nº 132/2009**, publicada em 08/10/2009, enseja revisão do referido entendimento, visto que alterou o art. 4º da Lei

⁷⁴ Idem

⁷⁵ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 5002840-75.2012.404.7000/PR, Rel. Des. Fed. Rogerio Favreto, 5ª Turma, julgado em 20/11/2012.

Complementar nº 80/1994, o qual passou a ter a seguinte redação:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

...

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; (g.n.)

Assim, apesar da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendo que a alteração legislativa visou ao **fortalecimento e autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública**, a fim de aparelhá-la e capacitar seus membros e servidores por meio das verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, **razão pela qual lhe são devidos honorários advocatícios sucumbenciais caso seja vencedora na demanda.**

Logo, se a Instituição possui personalidade jurídica própria e pode executar suas verbas sucumbenciais, **pressupõe-se que possui o direito de percepção dos honorários por ocasião da atuação judicial vitoriosa.** Anote-se que embora o julgamento do REsp nº 1.199.715/RS tenha sido concluído após a entrada em vigor das alterações na Lei Orgânica da Defensoria Pública, o Superior Tribunal de Justiça não aferiu a nova disciplina legal sobre a verba honorária devida aos defensores públicos.

Ainda que se trate de órgãos da mesma fazenda pública, o que se buscou na Nova Lei Orgânica da Defensoria Pública, na verdade, foi uma realocação orçamentária no sentido de privilegiar a instituição de defesa jurídica das pessoas mais carentes. A ausência de condenação ao pagamento de verba honorária significaria dizer, de certa forma, que a Defensoria Pública nunca executará ou receberá honorários advocatícios sucumbenciais porquanto a atuação da Instituição limita-se às causas ajuizadas contra a própria União, entidade autárquica ou empresa pública federal, nos termos do art. 109, inc. I, da Constituição Federal.

Outrossim, tendo em vista que o Defensor Público necessita de registro na Ordem dos Advogados do Brasil para desempenhar seu ofício (LC nº 132/09 – art. 26

c/c art 3º, § 1º da Lei nº 8.906/94), também se aplica a regra estatutária da **titularidade e direito autônomo a cobrança dos honorários** decorrentes de condenação.

Por fim, registro que entendimento no sentido contrário **ensejaria a declaração de inconstitucionalidade** do art. 4º, inciso XXI, da Lei Complementar nº 80/1994, alterado pela Lei Complementar nº 132/2009, em vista da expressa previsão da execução e recebimento das verbas sucumbenciais decorrentes da atuação da Defensoria Pública.

Dessa forma, **são devidos honorários advocatícios sucumbenciais à Defensoria Pública da União** quando esta atua como procuradora da parte vencedora em ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social, os quais devem ser fixados no percentual de 10% das parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforma a sentença de improcedência, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula nº 76 deste TRF.

Posteriormente, a tese recebeu novas adesões naquele Tribunal,⁷⁶ com julgados por unanimidade em ambas as Turmas com competência para julgamento de matéria previdenciária, o que reforça a defesa pela ampliação e consolidação de uma atualização da jurisprudência, adequando-se aos novos ditames constitucionais e legais, bem como à dimensão e conceituação da autonomia da Defensoria Pública. Deve ser registrado que esse entendimento está sendo mantido mesmo quando determinada a realização de juízo de retratação,⁷⁷ na forma do art. 543 – C, § 7º, inc. II, do Código de Processo Civil.

Portanto, ao julgar determinada ação judicial em que o Estado seja vencido e que a Defensoria Pública represente a parte vencedora, ao magistrado abrem-se duas possibilidades.

A primeira é condenar o Estado ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor de fundo de aparelhamento gerido pela Defensoria Pública, dando aplicabilidade ao art. 20 do Código de Processo Civil de 1973⁷⁸ e, em especial, ao art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº 80/1994. Afasta-se, assim, a incidência do enunciado nº. 421 da Súmu-

⁷⁶ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 5001391-96.2014.404.7005/PR, Rel. Des. Fed. Rogerio Favreto, 5ª Turma, por unanimidade, julgado em 27/01/2015; 5005390-62.2011.404.7005/PR, Rel. Des. Fed. Rogerio Favreto, 5ª Turma, por unanimidade, julgado em 30/06/2015; 5006439-46.2013.4.04.7110/RS, Rel. Desa. Fed. Vânia Hack de Almeida, 6ª Turma, por unanimidade, julgado em 17/06/2015.

⁷⁷ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 5054967-78.2012.404.7100/RS, Rel. Des. Fed. Rogerio Favreto, 5ª Turma, por unanimidade, julgado em 04/08/2015.

⁷⁸ Correspondente ao art. 85 do Novo Código de Processo Civil - Lei nº. 13.105/2015.

la de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em decorrência de todos os fundamentos expostos no presente trabalho.

Por outro lado, na segunda possibilidade, caso o magistrado entenda por aplicar integralmente o enunciado nº. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não condenando o Estado ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, deverá reconhecer a inconstitucionalidade do art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº 80/1994. No caso de julgamento realizado por tribunal, deve haver observância da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal.

Sem a observância desse controle, defende-se a prevalência e aplicação do direito da Defensoria Pública de perceber honorários sucumbenciais pela sua atuação vitoriosa na defesa dos interesses e direitos dos necessitados, como forma de busca da melhor Justiça pela concretização dos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

A tendência de buscar conforto na tomada de decisão encontra o desencargo cognitivo e a rapidez da deliberação no mecanismo de “prova social”, sob o mote “*se todos estão fazendo isso deve ser certo*”.⁷⁹ Não se está a dizer que a uniformização da jurisprudência não é importante. Contudo, a edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações, é função típica do Poder Legislativo⁸⁰ – e não do Poder Judiciário.

Lenio Streck questiona em que momento o direito legislado deve ser obedecido e quais as razões pelas quais fica tão fácil afastar – quando interessa – a assim denominada “literalidade da lei”. Ainda, afirma que não podemos admitir, nessa quadra da história, que sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta “superação” do texto legal.⁸¹

Em um ordenamento que deve primar pela segurança jurídica, a Constituição Federal possui supremacia sobre as demais espécies normativas. É ela que deve ser ponto de partida – e de chegada – de toda e qualquer interpretação, tratando-se de uma baliza hermenêutica. Da

⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER, Giseli Caroline. **O Efeito Manada no Direito. Quando todos decidem assim, por que pensar?** Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/o-efeito-manada-no-direito-quando-todos-decidem-assim-por-que-pensar-por-alexandre-morais-da-rosa-e-giseli-caroline-tobler/>>. Acesso em: 25/10/2015.

⁸⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014. Versão digital.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

mesma forma, os atos normativos elaborados pelo Poder Legislativo prevalecem sobre enunciados sumulares, pois aqueles são elaborados pelo poder democraticamente eleito e constituído para tanto. Como já referido, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é.⁸²

O enunciado n.º. 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não deve ser aplicado em vista da sua inconstitucionalidade – pois viola a autonomia funcional, administrativa, financeira e legislativa da Defensoria Pública – e pela sua ilegalidade – pois ignora a redação dada pela Lei Complementar n.º 132/2009 ao art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar n.º. 80/1994.

5 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**. 5ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública: princípios institucionais e regime jurídico**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

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

FAVRETO, Rogerio. **O II Pacto Republicano de Reforma do Sistema de Justiça no Brasil**. Revista II Pacto Republicano de Estado. Ministério da Justiça. Brasília: 2009, p. 12.

FORTES, Simone Barbisan. **Previdência social no Estado Democrático de Direito: uma visão à luz da teoria da justiça**. São Paulo: LTr, 2005.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Versão digital.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 2: obrigações**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão digital.

GUASQUE, Luiz Fabião. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, jul./set. 2010, n.37.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o princípio da justiça social**. Curitiba: Juruá, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 1788.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 267.

MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça**, Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n.7.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 36ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER, Giseli Caroline. **O Efeito Manada no Direito. Quando todos decidem assim, por que pensar?** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-efeito-manada-no-direito-quando-todos-decidem-assim-por-que-pensar-por-alexandre-morais-da-rosa-e-giseli-caroline-tobler/>>. Acesso em: 25/10/2015.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O PROTAGONISMO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA REDUÇÃO DA CONFLITIVIDADE CARCERÁRIA

Gabriel Saad Travassos do Carmo¹
Juliana Dewes Abdel²

RESUMO: O trabalho tem por escopo a apresentação do panorama do sistema prisional atual, analisado de maneira interdisciplinar entre o direito penal, a execução penal e a criminologia crítica, contrapondo-se o discurso formal das agências de controle à realidade perceptível das penitenciárias. A sistemática violação de direitos humanos, inclusive com o reconhecimento em âmbito internacional, demonstra o Estado brasileiro na contramão da Constituição e dos compromissos internacionais assumidos. Portanto, a asseguuração de direitos fundamentais aos reclusos, como mecanismo de redução de danos e diminuição da conflitividade carcerária, depende primordialmente da Defensoria Pública como instituição autônoma e desvinculada dos demais Poderes constituídos.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Defensoria Pública. Conflitividade carcerária. Redução de danos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama Carcerário Atual. 3. Defensoria Pública e Redução de Danos. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A estruturação do Estado de Direito evolui historicamente alicerçada na base da essência humana. A efetivação dos direitos fundamentais é objetivo que impõe a transposição dos espaços formais do discurso, legal e constitucional, para a realidade sensível. O ser humano não sobrevive sem o tratamento inerente à sua condição, e é por isso que a não observância desses direitos resulta em desequilíbrio social e desigualdade, especialmente em sociedades plurais como a brasileira.

¹ Advogado, inscrito no Conselho Seccional do Rio de Janeiro, Subseção de Niterói. Servidor do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro da Comissão em Defesa da Criança e do Adolescente da OAB-Niterói. Aprovado no IV Concurso para Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

² Advogada, inscrita no Conselho Seccional do Rio Grande Do Sul, Subseção de Santa Maria. Aprovada no IV Concurso para Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Nesse viés, a garantia do mínimo existencial dos indivíduos submetidos ao sistema prisional possui reflexos diretos na tentativa de humanização da pena privativa de liberdade, reduzindo os fatores de estigma do encarceramento. Assim, é possível destacar a existência de um dever jurídico-constitucional das agências políticas e jurídicas no sentido de minimizar a intensidade da afetação do poder punitivo sobre a pessoa presa, sendo este um dos objetivos político-criminais indicados pelo Constituinte originário.

O Estado Democrático de Direito funda-se na dignidade da pessoa humana (art 1º, III, CF), em vista de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), cujo objetivo fundamental é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art.3º, III), promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

No presente trabalho, os direitos fundamentais analisados são aqueles pertencentes à população carcerária, que tem preservados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º, caput, Lei de Execução Penal).

Assim é que a Constituição Federal de 1988 garante o respeito à integridade física e moral dos presos (art.5º, XLIX), afirma que i) ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante (art. 5º, III); ii) será prestada assistência religiosa em entidades civis de internação coletiva (art. 5º, VII); iii) não haverá penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”); iv) às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L).

Impende ainda notar que, se o preso conserva todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º, caput, Lei 7.210/84), e se o artigo 5º da Constituição Federal determina que todos deverão ser tratados igualmente perante a lei, é conclusão nítida que todos os direitos ali elencados se estendem às pessoas presas, como por exemplo, a ampla defesa e o devido processo legal (art.5º, LIV e LV), inclusive quando da execução penal.

O paradigma constitucional coaduna-se com o tratamento dispensado à matéria pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e se comprometeu a efetivar, sendo-lhes conferido em nosso ordenamento jurídico, no mínimo, força normativa supralegal³ (não é o objetivo deste artigo discutir a natureza materialmente constitucional dos tratados

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008*, DJe de 5.6.2009.

internacionais de direitos humanos, conforme interpretação doutrinária sobre a matéria,⁴ com a qual concordamos).

Nesse sentido, conjuza-se com a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, as Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a disciplina normativa internacional sobre a matéria, das quais se destacam as Regras Mínimas da ONU para tratamento de pessoas presas; as Regras da ONU para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e o Pacto de San José da Costa Rica.

Todo esse arcabouço legal tem por escopo a garantia de que a pena não promova mais dessocialização do que sua natureza impõe, evitando a produção de indivíduos de segunda categoria, que não veem respeitada sua condição de pessoa humana dotada de dignidade.

É preciso, dessa forma, instrumentalizar as formas de proteção das pessoas privadas de liberdade, efetivando os direitos proclamados no ordenamento jurídico, a fim de diminuir os traumas e as consequências nefastas do cárcere em sua função criminógena que acentua o estigma e a rotulação como “ser desviante”.

Ante a seletividade do direito penal, é notório o fato de que a maioria da superpopulação carcerária é composta por jovens, negros ou pardos, que não completaram o ensino fundamental, provindos da periferia. Como brilhantemente discorre FOUCAULT, uns se sentam sempre nos assentos dos acusadores e dos juizes, e os outros no banco dos réus e dos acusados.⁵

Nesse panorama, o papel da Defensoria Pública destaca-se, pois, além da clara situação de vulnerabilidade – o que por si só justificaria sua atuação –, as pessoas presas são, em sua maioria, hipossuficientes econômicos nos estritos termos da lei.

Como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe à Defensoria Pública, 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 artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, a atuação dos Defensores Públicos justifica-se em múltiplos sentidos, considerando a proteção dos necessitados – aqui, as pes-

⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013, pág.127.

⁵ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 41ª edição. Petrópolis: Vozes, 2013. Pg. 261.

soas presas – e a promoção dos direitos humanos – expressão desconhecida em muitas de nossas penitenciárias.

Diante de tais fatos, o presente artigo busca analisar criticamente a não observância dos direitos legais e constitucionais das pessoas sujeitas à reclusão, demonstrando que o acesso à justiça plena, com a efetivação dos parâmetros normativos, vai ao encontro de uma política redutora de danos na execução penal.

Essa visão de redução de danos é fundamental diante da constatação de que a pena não pode ser um meio para resolver problemas, porque ela mesma é um problema social, que não anula o dano do crime (dialética hegeliana), mas sim duplica a danosidade do evento delitivo. De fato, conforme ventilado na penologia revisionista, a pena nada mais é do que uma voluntária prática de exclusão social.⁶

2 PANORAMA CARCERÁRIO ATUAL

O Estado Democrático de Direito tem como fundamento basilar a dignidade da pessoa humana, para que assim seja concretizado o objetivo de alcançar uma sociedade livre, justa e solidária. Em tal fundamento repousa a necessidade de humanidade das penas, que traz o tratamento digno à população carcerária como forma de tornar viável a consecução das finalidades da reprimenda.

Sob as luzes do movimento humanista, o ato de punir passou dos atos públicos de expiação – os suplícios – para o cárcere. Assim, o objeto da pena deixou de ser o corpo, dando este lugar à alma. Surgiu então a prisão, de essência utilitarista e construída nos moldes da estrutura do panóptico de Bentham: a sociedade industrial criou a “uma máquina maravilhosa que, a partir dos desejos mais diversos, fabrica efeitos homogêneos de poder”.⁷

Em 1862, Fiodor Dostoiévski já declarava a ineficiência da tortura no cárcere celular como forma de reprimir o crime, ao ser exilado na Sibéria e escrever seu romance tão fiel à realidade:

O presídio e os trabalhos forçados não fazem mais do que fomentar o ódio, a sede de prazeres proibidos e uma terrível leviandade de espírito no presidiário. Estou convencido de que, com o famoso sistema celular, apenas se obtêm fins falsos, enganosos, aparentes. Esse sistema rouba ao homem a sua energia física, excita-lhe

⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 26/27.

⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 41ª edição. Petrópolis: Vozes, 2013. Pg. 192

a alma, debilita-a, intimida-a, depois apresenta-nos uma múmia moralmente seca, um meio louco, como obra da correção e do arrependimento.⁸

Passados quase dois séculos da obra de Dostoievski, houve pouca evolução na compreensão dos princípios da humanidade e da igualdade entre os homens, muito embora, como referido, os diplomas legislativos internos e internacionais poetizem em sentido contrário.

O Pacto de São José da Costa Rica prevê, no seu artigo 5º, que toda pessoa deve ter sua integridade física, psíquica e moral respeitada (item 1) e que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido inerente ao ser humano”.⁹

Igualmente, as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da Organização das Nações Unidas exigem que as acomodações destinadas aos reclusos, especialmente durante a noite, satisfaçam todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e especialmente a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação (item 10).¹⁰

Todavia, esta realidade existe apenas em palavras. Verificando-se as notórias condições de encarceramento no Brasil, de evidente superlotação e precariedade, Rodrigo Duque Estrada Roig, defensor público do Rio de Janeiro, leciona que não há alternativa senão a de reconhecer que o caos penitenciário em nosso país tem natureza estrutural e sistêmica. Vejamos:

Estrutural porque a superlotação se tornou, ao menos nas últimas décadas, a tônica de nosso sistema, evidenciando seu mau funcionamento crônico. Ao mesmo tempo, os poderes regularmente constituídos não oferecem medidas eficazes para o refreamento da superlotação, garantindo a melhoria das condições materiais de encarceramento. Sistêmica porque a superlotação no Brasil jamais foi pontual ou local, mas sim espraiada por todos os Estados da Federação.¹¹

⁸ DOSTOIÉVSKI, Fiodor. **Memórias da casa dos mortos**. Tradução de Natália Nunes e Oscar Mendes. Porto Alegre: L&PM, 2010 p. 22.

⁹ Convenção adotada em São José, Costa Rica, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22 de novembro de 1969, sendo que o Brasil aderiu em 9 de julho de 1992, tendo sido introduzida na ordem interna através do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992.

¹⁰ **REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sjp/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo, SP: Saraiva, 2014, pgs. 254-255.

O conformismo que assola o senso comum quanto às condições penitenciárias contamina também a ação estatal nas suas três esferas de Poder, seja pela complexidade de enfrentamento do tema (refutado pela doutrina e descontraído pela jurisprudência), seja pelo conforto da seletividade do direito penal.

O sistema punitivo tem como alvo os marginalizados ou indesejáveis, que não merecem ser tratados como seres humanos, porque a sociedade acredita que a defesa da coletividade é mais importante do que a vida das pessoas que fazem parte dela.

A política criminal atual rompe a barreira infranqueável do direito penal e consolida na prática judicial um discurso de inocuidade do indivíduo. Sob o paradigma do Direito Penal do Inimigo, o modelo penitenciário contemporâneo é contumaz em supressão de direitos, criação de obstáculos ao retorno para o meio social e administrativização da execução penal.

Como bem descreve ROIG,¹² *esta ideia possui gênese no princípio da less eligibility (introduzido em 1834, na Inglaterra, pelo Poor Law Amendment Act), segundo o qual as condições de trabalho e disciplina nas Casas de Correção (Workhouses) não podiam ser tão atrativas quanto o pior emprego possível fora destes estabelecimentos.*

Tem-se hoje o verdadeiro caos penitenciário no Brasil. Celas superlotadas, ausência de condições mínimas de salubridade e higiene, proliferação de doenças, tortura no cárcere; esses são apenas exemplos de que a Constituição Federal é uma promessa vazia na consolidação das liberdades públicas, e de que todos não são iguais perante lei.

Conforme Walter Benjamin¹³ aponta, citando Anatole France, aparece aqui, em sua primordialidade terrível, ambiguidade típica das leis que não podem ser “transgredidas” (...) “Elas proibem igualmente aos pobres e aos ricos dormir debaixo das pontes”.

Como consequência imediata desse processo, observamos o aumento de homicídios e suicídios nos estabelecimentos prisionais, falta de oportunidade no mercado de trabalho para ex-detentos, rebeliões; frutos de uma hierarquização dos seres humanos, uma pirâmide de base desgraçada por ser presa, além de doente e estigmatizada. Sob custódia do próprio Estado, verifica-se o derramamento de sangue e de lágrimas.

O Estado, dessa forma, aproxima-se do absolutismo e, para exercer seu poder punitivo, inventa uma necessidade justificadora, um discurso que subestima o povo e trata de obter sua simpatia de modo não apenas demagógico, mas também brutalmente grosseiro, mediante a reafirma-

¹² Ibidem, p. 47.

¹³ BENJAMIN, Walter. **Para uma crítica da violência**. In: Escritos sobre mito e linguagem (1915 -1921). Editora 34, p.149.

ção, o aprofundamento e o estímulo primitivo de seus piores preconceitos, como ensina o Ministro aposentado da Suprema Corte da Argentina e juiz eleito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Eugênio Raul Zaffaroni.¹⁴

Com este instrumento de retórica, as engrenagens do agir estatal direcionadas à concretização de políticas públicas sociais, inclusive constitucionais, são simplificada e legitimadamente substituídas pelo encamihamento do sujeito ao cárcere.

No Brasil, seja por falta de vontade política seja pela intensa influência das ideias de retribuição, ainda prevalece uma visão conformista sobre os problemas carcerários, diferentemente do que ocorre nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, onde o assunto ganha foco cada vez maior, tendo em vista sua imprescindibilidade para o desenvolvimento da dignidade plena e indistinta.

Nessa perspectiva é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão máximo do sistema de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), sistematicamente expõe os abusos perpetrados pelo Estado brasileiro.

Em razão dos altos índices de violência e homicídios no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, Maranhão, a Corte expediu Medida Provisória para que o Brasil adotasse ações urgentes no sentido de evitar perdas de vidas e danos à integridade física dos presos, além de reduzir os níveis de superlotação do presídio e investigar as violações denunciadas pelas entidades que provocaram o auxílio internacional (Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MA). Destaca-se trecho da importante decisão sob presidência do jurista e magistrado colombiano Humberto Antônio Sierra Porto, que evidencia a negação de direitos no nosso país:

No contexto das medidas cautelares do presente assunto, a Comissão considerou que a situação de extrema violência no interior do 'Complexo Penitenciário de Pedrinhas', alcançou um nível crítico que custou a vida e afetou a integridade de um alarmante número de pessoas, e que se manifesta em múltiplas formas de violência que ocorrem de maneira simultânea. A isso se somam os consistentes indícios de condições desumanas de detenção, que constituem um fator que exacerba a violência no centro. Desse modo, os beneficiários propostos se encontram em uma situação de extrema gravidade, urgência e risco de um dano irreparável que exige a adoção imediata de medidas provisórias ante a

¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ªed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, pg. 15.

ineficácia das medidas cautelares expedidas pela Comissão;¹⁵

Embora o esforço internacional, a atuação da Corte não significou uma substantiva alteração na situação do Complexo de Pedrinhas. Em 2015, as entidades envolvidas questionaram o Plano de Pacificação das Prisões de São Luiz, no Maranhão, emitido pelo Governo Estadual. Relataram as associações:

A realidade dos fatos, as várias mortes de detentos, as constantes fugas, rebeliões, a condição de vida insalubre, a falta de acesso a profissionais de saúde, seguidas de denúncias de tortura, tratamento desumano aos familiares das pessoas privadas de liberdade, a superlotação e o aumento constante da população carcerária indicam, com clareza, que os substratos provisórios apresentados pelo Estado brasileiro são insuficientes/ineficazes a fim de garantir o direito à vida e à integridade pessoal de todos os detentos, funcionários e visitantes do complexo.¹⁶

A mesma história de descaso ocorre na Casa de Detenção José Mário Alves, conhecida como prisão de “Urso Branco”, localizada em Porto Velho, Rondônia. A falta de agentes penitenciários suficientes para garantir a segurança, a interligação das celas - que acirra a violência entre grupos rivais -, favorecimentos a presos, com trânsito livre pela unidade, foram circunstâncias que ocasionaram o clima de tensão e extrema violência dentro da unidade prisional.

Somem-se a esta realidade as péssimas condições de cumprimento da pena: superlotação do presídio, insalubridade das celas, precário e insalubre acesso à água, inexistência de assistência jurídica e médica, alimentação inadequada, ausência de atividades educacionais e laborais para garantir a ressocialização dos internos.

Diante desse quadro caótico, o presídio é alvo, desde 18 de junho de 2002, de resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que o Brasil garanta a vida e integridade física de todos os internos, adéque as condições da unidade a padrões dignos de cumprimento da

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **IA Court H. R., Matter of of the Penitentiary Complex of Pedrinhas regarding Brazil. Order Inter-American Court of Human Rights of November 14, 2014.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf Acesso em 04 de nov. 2015.

¹⁶ SOCIEDADE MARANHENSE DE DIREITOS HUMANOS. **Ofício nº 039/2015/SMDH/Conectas/Jus-tiça Global/OAB-MA.** Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/RESPOSTA%20PETI-CION%C3%81RIAS%20NOTA%20221.pdf>. Acesso em 04 nov. 2015.

pena e investigue os responsáveis pelos assassinatos de presos.¹⁷ Trata-se da primeira medida da Corte Interamericana voltada para o Brasil, desde que o país aceitou expressamente a jurisdição do Tribunal em 1998.

A matéria, todavia, não ganha relevância política e muito menos atenção governamental. O conformismo do Estado e da sociedade apenas reafirma as teorias de Foucault e de Zaffaroni: o poder punitivo tem natureza política de eliminação dos indesejáveis encravados em uma sociedade onde uns são menos pessoas do que outros.

Os exemplos de indiferença são intermináveis, mas é impossível deixar de mencionar a crítica situação do sistema penitenciário gaúcho. O Presídio Central de Porto Alegre e a Penitenciária Estadual de Charqueadas são locais que arrancam a dignidade de qualquer ser humano que ali adentrar, seja por que motivo for.

O Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS), na pessoa de seu vice-presidente, já em 2012, havia divulgado o seguinte parecer sobre a situação do Presídio Central de Porto Alegre:

Há apenas um médico para atender toda a população carcerária, um ambulatório com quatro salas, cozinha com total falta de higiene, ratos transitando livremente, esgoto cloacal a céu aberto, apenados doentes em confinamento com os sadios, pessoas com sífilis, Aids, tuberculose, hepatite, dermatites e dermatoses. Enfim, um quadro lamentável sob todos os aspectos.¹⁸

Em 2013, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos concedeu liminar obrigando o Estado brasileiro a empregar medidas cautelares para amenizar a caótica situação do Presídio Central de Porto Alegre (PCPA). A medida foi solicitada pelas entidades componentes do Fórum da Questão Penitenciária, tendo em vista a evidente violação dos direitos humanos e a falta de condições mínimas de encarceramento na casa prisional.

Entre outras espécies de desrespeitos, a decisão citou as péssimas condições de habitabilidade, higiene, falta de assistência médica, superlotação (Estado brasileiro informou que, para uma população de 2032 vagas, existiam 4179 detentos), ausência de sistema de proteção de in-

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *I/A Court H.R., Matter of Urso Branco Prison regarding Brazil. Order of the Inter-American Court of Human Rights of June 18, 2002*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01_portugues.pdf. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹⁸ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Cremeres e Cremeres entregam laudos à OAB-RS**. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/index.php?indice=32&chaveBusca=presidio%20central¬iciaTremo=9> Acesso em: 05 nov.2015.

cêndios. Destacou que a organização “em galerias” fortaleceu as facções, mitigou o poder de administração e controle do Estado em garantir a integridade de outros presos, pois há, nesses locais, a circulação de armas de fogo e armas brancas.¹⁹

Tal cenário, que abrange todas as realidades aqui mencionadas, atenta não só contra o disposto no artigo 10 do Protocolo de San Salvador, que aborda o direito à saúde, como também do artigo 11, sobre o direito a um meio ambiente sadio que preceitua: “Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”.²⁰

As frequentes responsabilizações do Estado brasileiro perante a comunidade internacional revelam que a realidade do nosso sistema penitenciário é uma sistemática afronta aos direitos humanos universalmente reconhecidos. É imprescindível, portanto, a substantiva intervenção nas condições de encarceramento no Brasil como forma de amenizar os danos provocados.

A efetivação dos direitos fundamentais das pessoas presas, em cumprimento ao mandamento constitucional e à normativa internacional, passa necessariamente pela garantia de acesso à justiça. Dessa forma, a Defensoria Pública se traduz como o instrumento de garantia de direitos humanos e redução da conflitividade carcerária.

3 DEFENSORIA PÚBLICA E REDUÇÃO DE DANOS

Malgrado a discussão inacabável sobre as funções da pena – se é que se pode dizer que a pena tem alguma função – é comum o entendimento doutrinário que afirma ter a Lei de Execução Penal adotado a teoria mista da pena. Assim, a pena teria a função de retribuição e prevenção, sendo esta última dividida em prevenção especial e prevenção geral, ambas atuando positiva e negativamente.

Observando o artigo 1º da LEP, parece ter o legislador se filiado à corrente majoritária, ao dispor que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

No entanto, a característica ontológica de um instituto penal não consegue ser alterada pela epistemologia. Em especial quanto à medida

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **MC 8/13 – Personas Privadas de Libertad en el Presidio Central de Porto Alegre, Brasil**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC8-13Resolucion14-13-es.pdf>. Acesso em 05 nov. 2015.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais E Culturais**, “Protocolo De San Salvador”. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm> Acesso em: 05 de nov. 2015. Art. 11.

privativa de liberdade, a absoluta ausência de políticas públicas de reinserção do preso, somada ao estigmatizante processo de exclusão social - que perpetua a pena para além dos muros - faz emergir a completa falácia do discurso punitivista.

Em verdade, a pena não cumpre nenhuma de suas funções, devendo-se destacar aqui as lições de Nilo Batista e Zaffaroni, lembradas por Roig²¹ quando afirma que “a norma que atribui à execução da pena a finalidade *de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado* confere à prisão uma função que as ciências sociais comprovadamente declaram ser impossível”.

Entretanto, como afirma Zaffaroni,²² o fato de não dispor a pena de função conhecida não implica que ela não exista, mas sim que falta ao poder punitivo legitimidade, impondo-se, portanto, sua redução.

O processo de institucionalização penal se inicia na criminalização secundária, como exercício do poder punitivo em concreto sobre determinados indivíduos - usualmente com alto grau de vulnerabilidade - e atinge o mais alto nível na prisionização, com a acentuação do estigma social e da deterioração do indivíduo enquanto pessoa.

Ao contrário do que o senso comum imagina, a pena não é um instrumento de justiça social, mas sim um instrumento de controle cujo principal efeito é o alargamento das injustiças sociais estruturantes da sociedade neoliberal. Conceber a pena como forma de “retribuição” e “ressocialização” do indivíduo *é um discurso absurdo diante da realidade carcerária latino-americana*.²³

Por isso, ao intérprete e ao aplicador do direito cabem as tarefas de: i) velar pela redução ao mínimo possível dos efeitos deletérios da execução penal; ii) ofertar – e não impor – a oportunidade de redução do nível de vulnerabilidade.

Essas são as duas finalidades que devem ser perseguidas pelas agências de execução penal. A observância de tais caminhos é de fundamental importância para compatibilizar nosso sistema penitenciário com o paradigma de um Estado Constitucional de Direito.

Dessa forma, não tememos em apontar a perspectiva redutora de danos como o norte interpretativo da atuação política e dos procedimentos da execução penal.

Dentro dessa perspectiva, sem dúvida, a Defensoria Pública, como instrumento de acesso à justiça e promoção dos direitos humanos (art. 1º,

²¹ Idem, p. 22-23.

²² E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro, Revan, 2003, 4ª Edição, maio de 2011, p.299.

²³ Ibidem, p.300.

Lei Complementar 80/94 e art.134, caput, CRFB), assume um papel protagonista na redução do nível de vulnerabilidade do indivíduo durante a execução penal.

Tendo como função institucional o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis (art.4º, inciso XI, LC 80/94), cumpre à Defensoria primar pelo controle judicial dos incidentes relativo à população carcerária.

Como nos ensina FERRAJOLI,²⁴ a dimensão substancial da validade no Estado Constitucional de Direito se traduz em uma dimensão substancial da própria democracia, da qual representa um limite e ao mesmo tempo um complemento: um limite porque os princípios e os direitos fundamentais se configuram como proibições e obrigações impostas aos poderes da maioria, de outra maneira absolutos; um complemento, porque essas mesmas proibições e obrigações se configuram como outras tantas garantias para a tutela de interesses vitais de todos (...).

Assim, a premissa sobre a qual se sustenta a discussão do direito pós-positivista é a “função exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios praticados pela maioria no poder”.²⁵

Significa dizer que a vontade da maioria não pode subverter de tal forma as normas jurídicas que acarrete a violação dos direitos fundamentais de uma minoria. O Tribunal Federal Constitucional alemão, inclusive, já reconheceu direitos suprapositivos, que vinculam a Constituição vigente a limites mínimos de obediência aos direitos humanos.²⁶

É preciso, por isso, trazer ao olhar judicial toda a microfísica capilarizada e subterrânea das opressões penitenciárias.²⁷ O acesso aos direitos – e não “benefícios”! – inerentes ao cumprimento da pena é medida imperativa para a redução do vácuo existencial que atormenta o indivíduo no cárcere.

A conversão das penas, a progressão de regime, a concessão do livramento condicional, a declaração de extinção de punibilidade, a unificação das penas, a aplicação da lei posterior que de qualquer forma favorecer o apenado, a detração e remição de pena, a declaração de comutação de pena e indulto; esses são apenas alguns exemplos da infinidade de incidentes do processo executivo.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In: O Estado de Direito: História, teoria, crítica. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Coord.). São Paulo. Martins Fontes, 2006, p.428.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, pág. 48.

²⁶ MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”**. In: Revista Novos Estudos nº58, pág. 191.

²⁷ *Ibidem*, p. 301.

Para que esses direitos subjetivos sejam respeitados, é fundamental o aparelhamento e o fortalecimento do principal órgão atuante em favor da população vulnerável do sistema penal. Esses direitos, como tais, diante de uma relação dual Estado – indivíduo, precisam de garantia pela via judicial; e essa garantia impõe a atuação constante do Defensor Público.

Além disso, cumpre a ele velar pela garantia do respeito à dignidade da pessoa reclusa, representando à autoridade judicial em caso de incidente ou desvio na execução (art. 185 e 186, IV, ambos da LEP).

Também cabe ao Defensor representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violações das normas referentes à execução penal (art. 81-B, IV, LEP), devendo requerer a interdição do estabelecimento penal onde haja sistemática violação de direitos humanos e desrespeito às regras mínimas do tratamento de reclusos.

A Defensoria Pública, como órgão da execução penal incumbido da defesa, individual e coletiva, dos necessitados e da fiscalização da regularidade da execução penal (art. 81-A, LEP), é o instrumento precípuo de acesso à justiça na execução da pena e diminuição da conflitividade carcerária.

Também é neste sentido que se inclina a Lei Complementar nº 80/94, que estrutura a carreira dos Defensores Públicos e dispõe sobre a atuação defensorial, as prisões deveriam oferecer instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos, bem como apoio administrativo.

Ademais, os defensores públicos têm a prerrogativa funcional de acesso aos documentos e informações sobre os internos, além da entrevista reservada (importante instrumento para que se estabeleça o necessário vínculo de confiança entre o preso/interno e o defensor, permitindo o conhecimento de eventuais abusos e ilegalidades que podem permear o ambiente carcerário).²⁸

Como se viu pela análise empírica de nossa realidade prisional, ainda há um longo caminho a percorrer para que o Estado brasileiro respeite os compromissos internacionais assumidos. Sem dúvida, esse objetivo passa necessariamente pela atuação diária da Defensoria Pública, uma vez que, sem a observância dos direitos e no desrespeito das garantias dos reclusos, a conflitividade carcerária alcança graus alarmantes, conforme frequentemente noticiado.

Neste panorama, é gigantesco o hiato entre os direitos formalmente proclamados e a realidade observável no ambiente prisional. Em razão de os reclusos não verem seus direitos mínimos respeitados – como, por

²⁸ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em 09 nov. 2015.

exemplo, a progressão de regime, o livramento condicional, o direito ao trabalho, a remição da pena – há um compreensivo conflito latente.

Conforme assevera Cristina Rauter, citada por Salo de Carvalho:²⁹

“Lancemos um olhar sobre nossas prisões e veremos que elas não podem rigorosamente ser chamadas de espaços disciplinares. Façamos uma visita a nossas delegacias, onde muitos detentos cumprem penas irregularmente, e vejamos que eles estão literalmente amontoados – aqueles corpos promiscuamente misturados, sem qualquer atividade, sem classificação, sem número, permanecendo ali por meses ou até anos. Ou mesmo em penitenciárias, onde o diretor frequentemente não sabe qual é o efetivo carcerário, não sabe quantos presos têm direito a benefícios, o que configura uma realidade bem pouco ‘panóptica’”.

Infelizmente, enquanto minoria, a população penitenciária ainda não ganha a devida atenção dos poderes públicos, sendo, à luz da ideia de *less eligibility*, considerados cidadãos de segundo plano. No entanto, o controle jurisdicional, por meio da Defensoria Pública, como barreira infranqueável em defesa da democracia substancial – o que impõe a consecução do mínimo existencial às minorias – deve priorizar as ações nessa área.

Além da poesia constitucional, a igualdade de tratamento é direito de todos, inclusive - para desespero de muitos – dos excluídos da sociedade. Por conseguinte, a existência de Defensorias Públicas autônomas deve ultrapassar linhas escritas para se tornar uma realidade, já que sua atuação se volta contra o discurso daquele que usa a desculpa da ressocialização para tão somente legitimar a neutralização dos indivíduos em condições subumanas.

Nesse panorama, a Emenda Constitucional nº 80/2014 trouxe mandamentos constitucionais explícitos dirigidos aos Poderes federativos. A equiparação com a magistratura consolida o reconhecimento constitucional da Defensoria Pública como metagarantia.

Assim, como instituição autônoma do ponto de vista funcional, administrativo e orçamentário, a Defensoria Pública desvincula-se da Advocacia e deve receber o mesmo tratamento conferido às demais carreiras jurídicas.

Mais do que projeções institucionais, a garantia da autonomia da Defensoria Pública é uma garantia da democracia substancial, porquanto garante acesso à justiça como a porta de entrada da efetivação dos direitos fundamentais da população excluída socialmente, vulnerável ao arbítrio estatal.

²⁹ Rauter. **Manicômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo**, p.72. Apud CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª Ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 219

Essa percepção conduz-nos à outra: é inegável o choque de conflitos entre a Defensoria Pública, uma vez que ela se coloca como representante jurídica para exercício de direitos subjetivos do cidadão face ao Estado.

Assim, a vinculação ao Poder Executivo implicaria em sério óbice ao exercício de sua função institucional. Por isso, as recentes decisões do Poder Judiciário, reconhecendo e primando pela autonomia da Defensoria Pública³⁰ são coetâneas ao sentido jurídico da democracia substancial.

Sobretudo no âmbito da execução penal, a inescrupulosa defasagem entre os direitos garantidos por lei e a negligência dos poderes administrativos, impõe a expansão da atuação dos Defensores Públicos.

Tão clara e indispensável é a autonomia da Defensoria Pública, especialmente por se tratar de um órgão da execução penal que, alicerçado em direitos fundamentais dos assistidos, volta-se contra o autoritarismo do próprio Estado. Como, por exemplo, cita-se a realização de inspeções pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul no Presídio Central de Porto Alegre e a realização de mutirões de revisões criminais a fim de analisar individualmente a situação jurídica de cada preso.

A proporcionalidade entre a demanda populacional e a prestação de serviço oferecido pela Defensoria Pública é um mandamento constitucional claro, disposto no art. 98 do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº80/2014.

Além disso, o prazo de 08 (oito) anos para a efetivação da presença de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais (art. 98, §1º), dando prioridade para as regiões de maior exclusão social (art.98 §2º) é peremptório, não se olvidando dizer que se trata de uma prestação positiva exigível do Estado.

Por fim, a Defensoria Pública, que integra o patamar constitucional como função essencial à Justiça, traz consigo a missão da pacificação social, mormente no estágio histórico de exclusão e marginalização vivido por grande parte da população, entre elas, a carcerária.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo o debate doutrinário interdisciplinar, promovendo uma crítica do sistema penal brasileiro à luz da disciplina sociológica e criminológica.

Buscamos trazer ao leitor os diferentes casos de reconhecimento, pelo sistema regional americano de direitos humanos, da responsabili-

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4056, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012; ADI 4163, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013.

de internacional do Estado brasileiro em razão das condições degradantes de nossas unidades prisionais.

Se é bem verdade que não há consenso em relação às funcionalidades da pena, também é verdade que é unânime na doutrina a ideia do reestabelecimento de condições mínimas de tratamento de reclusos. Há, ainda, uma convergência quanto a propostas que se apresentem como alternativas à pena privativa de liberdade, como forma de frear o aumento exponencial da população carcerária nos últimos anos.

Para isso, mais do que a disposição do legislador, é preciso um comum esforço das agências judiciais e dos demais operadores do sistema, responsáveis pela efetivação dos direitos e condicionados aos limites da lei.

O sistema penal e sua natureza histórica apontam para a visão de sujeição da pessoa humana ao Estado. Essa perspectiva, todavia, alterou-se a partir do reconhecimento de direitos humanos universais, que se estendem aos indivíduos responsabilizados pela prática de uma infração penal.

Essa perspectiva impõe também um novo horizonte na execução da pena, importando na consolidação do indivíduo preso como sujeito de seu próprio processo de execução penal. Essa nova relação processual, em que temos como partes o reeducando e o Estado-Administração, impõe a jurisdicionalização dos procedimentos, de modo que o controle do respeito às garantias individuais seja realizado pelo Estado-Juiz.

Assim é que a atuação da Defensoria Pública se destaca como órgão da execução penal, haja vista que, diante do alto grau de vulnerabilidade da população penitenciária, incumbe a ela a missão de reverberar perante o Poder Judiciário as pretensões do sujeito face ao Estado, além de zelar para que seus direitos e garantias sejam respeitados pelas agências de execução penal.

Diante do cenário exposto e da absoluta desídia do Estado no que pertine às condições carcerárias, verifica-se a urgente necessidade de se estabelecer o acesso à justiça às pessoas submetidas ao cumprimento de pena, especialmente para que a elas sejam garantidos os direitos básicos previstos pela Constituição Federal de 1988.

Com a afirmação do Estado de Direito, a pena teoricamente passou a ter conotação ressocializadora, de forma a respeitar os direitos fundamentais do apenado e a oportunizar a sua reintrodução na sociedade. Para tanto, deveriam ser oferecidos, no cárcere, ambientes minimamente adequados, o que não se configura na vida real.

Diante de um cenário adverso de inércia estatal, mormente no sentido de dar efetividade às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e à Constituição, a ascensão do regime democrático somente será possível ao se posicionar grande parte da população, sempre margi-

nalizada, como possível protagonista na construção de um novo modelo de Justiça.

Para tal mister, a eficácia dos direitos individuais e sociais é premissa, e a Defensoria é uma escada em busca da cidadania, pois almeja a conservação da integridade física e moral do preso, do custodiado, do internado, ou de qualquer um privado de sua liberdade fisicamente, independentemente do nome que se dê.

Por conseguinte, os direitos fundamentais devem orientar toda ação institucional e individual dos órgãos de execução. Tal atuação deve ir além e permitir ao indivíduo submetido ao cárcere um protagonismo participativo, que não se esgota em sua esfera de direitos, mas leva-o à emancipação por meio de uma instituição pública desatrelada da lógica do lucro.

Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, a omissão estatal na garantia do mínimo existencial de pessoas necessitadas é uma “situação constitucionalmente intolerável”, e a atuação da Defensoria Pública oportuniza que o “reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do ‘direito a ter direitos’, seja visto como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias”.³¹ Também complementa o jurista em julgado distinto que

A Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.³²

Todavia, não basta a mera presença da Defensoria nos processos judiciais referentes aos grupos vulneráveis submetidos ao sistema prisional. É preciso que o serviço tenha qualidade suficiente a compensar a exclusão, e isso só será realmente viável na medida em que as Defensorias Públicas sejam dotadas de estrutura e orçamento suficientes para tanto, com profissionais autônomos e que se identifiquem com as finalidades institucionais.

A atuação exige do defensor público especial esforço, já que este deve contar com conhecimento técnico, preparo pessoal e capacidade de

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 598.212-ED, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-3-2014, Segunda Turma, DJE de 24-4-2014.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em 12 de nov. 2015.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.903, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008.** Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=548579>. Acesso em 12 de nov. 2015.

interação com os detentos. É responsabilidade do defensor que a assistência seja construtiva, e para tanto deve empregar todos os meios ao seu alcance; caso contrário, o serviço prestado configurará somente mais uma formalidade a legitimar a exclusão via procedimento.

Dessa forma, diante de um cenário reconhecidamente caótico no sistema prisional, é fundamental o diálogo na busca por alternativas ao modelo de execução penal atual. Nesse sentido, qualquer medida legislativa tendente a reduzir os níveis de encarceramento é válida; todavia, de nada valem as letras da lei, se não nos esforçarmos para efetivá-las.

É por isso que a consolidação da Defensoria Pública deve ser tratada como prioridade, uma vez que, sem essa instituição, não será possível a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

A reflexão de Eduardo Galeano ao apresentar o belíssimo livro “Veias Abertas da América Latina”, em 1971, ainda é muito presente na atualidade: “O passado é mudo ou quando foi que ficamos surdos?”.³³ Mais do que nunca, é preciso que a Constituição Federal seja lida sem preconceitos ou determinismos, sem raiva ou ódio, para que haja justiça e paz no convívio entre os seres humanos.

5 REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: **Escritos sobre mito e linguagem** (1915 -1921). Editora 34;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em 09 nov. 2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.903, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548579>. Acesso em 12 de nov. 2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4056, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012; ADI 4163, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-201;**

³³ GALEANO, Eduardo H. **Veias Abertas da América Latina**. Tradução de Galeano de Freitas. 39 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 598.212-ED, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-3-2014, Segunda Turma, DJE de 24-4-2014.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em 12 de nov. 2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009;**

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** 3ª Ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008;

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Cremers e Crea-RS entregam laudos à OAB-RS. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/index.php?indice=32&chaveBusca=presidio%20central¬iciaTremo=9> Acesso em: 05 nov.2015;

DOSTOIÉVSKI, Fiodor. **Memórias da casa dos mortos.** Tradução de Natália Nunes e Oscar Mendes. Porto Alegre: L&PM, 2010;

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro.** In: O Estado de Direito: História, teoria, crítica. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Coord.). São Paulo. Martins Fontes, 2006;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 41ª edição. Petrópolis: Vozes, 2013;

GALEANO, Eduardo H. **Veias Abertas da América Latina.** Tradução de Galeano de Freitas. 39 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **MC 8/13 - Personas Privadas de Libertad en el Presidio Central de Porto Alegre, Brasil.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC8-13Resolucion14-13-es.pdf>. Acesso em 05 nov. 2015;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **I/A Court H. R., Matter of the Penitentiary Complex of Pedrinhas regarding Brazil. Order Inter-American Court of Human Rights of November 14, 2014.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf Acesso em 04 de nov. 2015;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana

de Direitos Humanos. **I/A Court H.R., Matter of Urso Branco Prison regarding Brazil. Order of the Inter-American Court of Human Rights of June 18 , 2002.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01_portugues.pdf. Acesso em: 04 nov. 2015;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais E Culturais**, “Protocolo De San Salvador”. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm> Acesso em: 05 de nov. 2015;

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”.** In: Revista Novos Estudos nº58;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013;

REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIROS Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2015;

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica.** São Paulo, SP: Saraiva, 2014;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11ª Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012;

SOCIEDADE MARANHENSE DE DIREITOS HUMANOS. Ofício nº 039/2015/SMDH/Conectas/Justiça Global/OAB-MA. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/RESPOSTA%20PETICION%-C3%81RIAS%20NOTA%20221.pdf>. Acesso em 04 nov. 2015;

ZAFFARONI, Eugênio R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro, Revan, 2003, 4ª Edição, maio de 2011;

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 2ªed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

DO CRIME À PENA: A DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL E A ESTIGMATIZAÇÃO SOCIAL DO CIDADÃO-EGRESSO¹

Vanessa Cerezer de Medeiros²
Daniela Cristien S. M. Coelho³

RESUMO: O presente artigo pretende explicar a crescente ação punitivista do Estado em contraposição à finalidade da pena, a qual acaba resultando na reincidência por não alcançar a sua justificação. Esta concepção, além da ânsia de vingança e o preconceito social, causa o crescimento da sensação de impunidade que aflora em nossa sociedade. Abordar-se-á, em primeiro momento, as finalidades da pena, a fim de demonstrar que estas são inalcançáveis ao tratar-se de penas privativas de liberdade, a qual encontra a sua atual falência. Após, será explicitado sobre a sensação de impunidade, ainda que o crescimento da população carcerária demonstre o contrário. Por fim, serão dadas alternativas possíveis para a diminuição da criminalidade ante penas menos violentas.

PALAVRAS-CHAVE: Pena. Falência. Reincidência. Deslegitimação.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A finalidade da pena: da teoria justificante retributiva à preventiva especial 3. A estigmatização dos cidadãos-egressos: a punição do Direito Penal para além da pena 4. A pena privativa de liberdade como fator criminógeno: alternativas cabíveis para a diminuição da criminalidade diante de penas menos violentas 5. Considerações finais 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

¹ Artigo científico remetido para a chamada de trabalhos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

² Autora. Acadêmica do 9º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA; Membro Sênior do Núcleo de Webcidadania da FADISMA; Aluna do curso de extensão em Processo Penal: Criminologia e Pensamento Crítico da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Estagiária da 3ª Vara Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Santa Maria/RS. Endereço eletrônico: v.cerezer@gmail.com

³ Coautora. Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Membro Sênior do Núcleo de Webcidadania da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Ex-estagiária da 4ª Vara Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Santa Maria/RS e Trabalhadora voluntária da 3ª Vara Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Santa Maria/RS. Endereço eletrônico: danielacristien@gmail.com

No momento atual, nos deparamos com uma sociedade que cada vez mais exaspera a punição pela retribuição do mal causado. A sensação de impunidade presente nos dias de hoje, tanto no que se refere a crimes de grande repercussão quanto aos de menor potencial ofensivo, gera uma concepção equivocada quanto à finalidade da pena, ainda que esta, desde que preferiu um modelo preventivo, sufocasse seu verdadeiro sentido.

Há que se ter em mente que a pena privativa de liberdade, da forma desumana como ela é aplicada, não é um caminho a ser seguido para aqueles que pretendem a diminuição da criminalidade. Isto porque essa privação exercida pelo poder punitivo Estatal sobre o marginalizado⁴ é uma violência, tal qual o delito cometido ou, até mesmo pior que este, e que não atinge o sentido ressocializador da repressão penal.

Esta violência, que passa longe da finalidade desejada da pena, torna-se um mecanismo irracional e gerador de um afastamento do cidadão apenado ainda maior do que o anterior a aplicação da medida, o qual acarreta no aumento da reincidência criminal, visto que mais excluído estará do meio social após o cumprimento da penitência.

Diante deste motivo, é necessário mudar a concepção de que o marginalizado é um inimigo⁵ e que deve, com a ajuda do Direito Penal, ser posto ainda mais à margem da sociedade pelo cometimento de algum ilícito. Assim, para afastar-se de um caráter meramente punitivista, deve ser observada a consequência real da pena, bem como a reincidência, que se demonstra como uns dos indícios de que nosso sistema de repressão na forma de prisão está falido.

Desta forma, o presente artigo realiza a exposição da situação do preso/egresso diante de um sistema penal carecedor de legitimidade, diante de um sistema punitivo irracional e sem finalidade.

2 A FINALIDADE DA PENA: DA TEORIA JUSTIFICANTE RETRIBUTIVA À PREVENTIVA ESPECIAL

A partir do Contrato Social,⁶ houve uma necessidade de o Estado proteger bens e direitos. Dentre estes, há aqueles que são juridicamente

⁴ Aquele que se encontra à margem da sociedade, onde o Direito Penal cumpre sua função diante da criminalização seletiva destes marginalizados.

⁵ A expressão utilizada nada tem a ver com a concepção de Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs. Aproxima-se do sentido utilizado por Eugenio Raúl Zaffaroni em "O Inimigo no Direito Penal". A expressão aqui empregada refere-se tanto ao indivíduo que possui um grau elevado de periculosidade, como aquele que comete pequenos delitos sendo, assim, rechaçado pela sociedade por não se encaixar em um comportamento esperado.

⁶ Segundo Rousseau (2012, p.32), o Contrato Social seria "(...) encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força a pessoa e os bens de cada associado, e, em virtude da qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça a nada mais do que a si próprio e fique tão livre como antes".

mais relevantes, os quais, portanto, necessitam de um amparo mais ríspido do Estado.

O Direito Penal, legitimado para a aplicação de penas, na sua concepção mais rigorosa, é, ou pelo menos deveria ser, utilizado para proteger estes bens, afastando do seio social aqueles que não agiam de acordo com o que preconizava o pacto realizado entre o Estado e seus cidadãos.

Diante da compreensão do Contrato Social, mencionam Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young (1977, p.20 apud BITENCOURT, 2011, p. 54), que “os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade”.

Desta forma, esta concepção aproxima-se mais das teorias absolutas da pena, também chamada de retributivas, pois incorpora na sociedade a ideia de castigo, de que a função da pena deve retribuir ao imputado o mal que este tenha causado a sociedade.

Segundo Pierre Chauvin (1979, p.3 apud BITENCOURT, 2011, p. 55):

(...) esse direito penal, construído em torno do contrato social, não faz mais **que legitimar as formas modernas de tirania**. Sob a ideia de que o criminoso rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se tenha aceito, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade. Tal inimidade levá-lo-á a suportar o castigo que lhe será imposto.

A pena privativa de liberdade tem a ideia de isolamento e destruição do inimigo, agora não sendo mais um castigo destinado ao físico, mas à mente. No presente momento, a pena não representa mais o poder do tirano sobre o condenado – como ocorria nos suplícios⁷ – mas o poder da sociedade sobre este que o transforma em um desumano, um não-cidadão, o qual não merece viver no meio social, lhe ferindo, agora, mais a alma do que o corpo.

Segundo Michel Foucault (2013, p.21):

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que

⁷ Penas que se equiparavam a espetáculos públicos e visavam o sofrimento corpóreo, a fim de retribuir ao infrator o mal que este causou ao Monarca tirano. Eram utilizadas principalmente no governo absolutista, utilizando-se das teorias retribucionistas e preventiva geral para impor temor a população no cometimento de crimes. (Michel Foucault. Vigiar e Punir)

atenue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.

Aparentemente, de contorno mais humanitário, a pena de prisão aproxima-se das formas teatrais dos suplícios, sendo mantida sua função retribucionista, bem como a função preventiva geral, a qual, com a aplicação de penas públicas, impõe ao condenado o castigo a fim de neutralizá-lo, bem como amedrontar a vontade de delinquir dos demais cidadãos.

Michel Foucault (2013, p. 248) aponta que:

O teatro piedoso imaginado pelas folhas volantes, e onde o condenado exortava a multidão a nunca imitá-lo, está se tornando uma cena ameaçadora onde multidão é obrigada a escolher entre a barbárie dos carrascos, a injustiça dos juízes e a desgraça dos condenados vencidos hoje, mas que triunfarão um dia.

O grande espetáculo da cadeia se relacionada com a antiga tradição dos suplícios públicos; relacionava-se também com aquela múltipla representação de crime dada na época pelos jornais, pasquins, palhaços, teatros de bulevar; mas se relacionava igualmente com defrontações e lutas cujo estrondo carrega consigo; ele lhes dá como que uma saída simbólica: o exército da desordem, aterrorizado pela lei, promete voltar, o que foi expulso pela violência da ordem trará ao retornar a reviravolta libertadora.

Ocorre que esta definição não apresenta segurança social alguma, visto que está longe de impedir a reiteração criminosa, não trazendo qualquer prevenção geral da pena. Segundo Maria Lúcia Karam (2009, p. 06) a “falácia da retribuição aparece, ainda mais fortemente, na pretensão de fazer da pena retributiva uma pena justa, quando a reação punitiva não alcança e nem poderia alcançar todos os violadores penais.”

Desta forma, a retribuição não é o melhor caminho a ser seguido pela pena, a não ser que a finalidade social seja a vingança sob a qual se deparam o idealismo do senso comum, afastando-se da realidade que nos cerca, entendendo que os que caem no filtro seletivo⁸ do Direito Penal são o mal que deve ser afastado através da pena. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 81) aponta que:

No retribucionismo, que não enfrenta a crise de legitimidade do sistema penal, mas que a evita sem resolvê-la, deve também ser incluída a reiteração atual da versão

⁸ Seletivo porque o Direito Penal alcança aqueles entendidos como vulneráveis, desprovidos de poder, tirando-lhes a liberdade e a dignidade por toda uma vida, visto que a carta de “alforria” que carregam impossibilita, mais ainda, sua reinserção social, colocando-o no risco da reincidência criminal.

anglo-saxônica de Hart, para quem a pena se legitima em função de dois princípios: o da igualdade e o da liberdade. O princípio da igualdade significa que, quando alguém vive em sociedade sem violar o direito, encontra-se em uma situação diferente daquele que o faz violando o direito, depreendendo-se, portanto, a necessidade de retribuir o violador do direito o mal que causou.

A retribuição, desta forma, está para aqueles que não se encaixam nos ditames daqueles que se entendem como maioria. A pretensão punitiva, como se pode perceber, dificilmente atinge as classes mais abastadas, visto que o alvo do sistema penal são aqueles que justamente estão encarcerados, demonstrando a elitização do Direito Penal.

No entanto, não se pode olvidar que a seletividade do sistema penal não se identifica apenas no contexto econômico do agente. A vulnerabilidade ao Estado predador se dá pela participação em grupos de risco, sejam estes minorias, estereótipos ou características que o sistema impõe como desviantes.⁹

Nesta conjuntura, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p.71) argumenta que:

(...) os iguais, cada vez mais reduzidos em função da polarização de riqueza e da degradação das velhas camadas médias, costumam gozar dos benefícios e garantias dos manuais, nos poucos casos em que são criminalizados.

Assim, há um desejo de vingança sobre aqueles que são diferentes, pretendendo uma retribuição através da pena, enquanto para os iguais esta ideia parece injusta, pretendendo-se penas menos dolorosas e inúteis, tal como a utopia ressocializadora.

Por ora, resta saber que a função preventiva especial da pena se demonstra, ao menos na teoria, a melhor forma de punir,¹⁰ visto que volta seus olhos ao indivíduo que sofre a sanção, a fim de pô-lo novamente em convívio social de forma que, hipoteticamente, nunca mais volte a cometer crime.

Ocorre que, para obter o sucesso hipotético, a pena não pode restringir de forma absoluta os direitos daqueles que pretende atingir, tão somente consubstanciando-se no mal causado ao indivíduo infrator, castigando-o pelos seus atos.

A segregação pela segregação não é compatível com a forma res-

⁹ Nesse sentido, vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

¹⁰ No sentido educacional e não mais como imposição de poder.

socializadora, pois isolar o homem que é naturalmente social, não o reinserir em lugar algum. Conforme Maria de Lúcia Karam (2009, p.5):

A ideia de ressocialização, pretendendo concretizar o objetivo de evitar que o autor da conduta criminalizada volte a delinquir, através de suas reeducação e reintegração à sociedade, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela.

Desta forma, ainda que se adote a teoria preventiva da pena, esbarramo-nos na forma de aplicá-la. Neste sentido, prossegue Maria Lúcia Karam (2009, p.5):

Paralelamente às novas roupagens preventivas, as tradicionais teorias retribucionistas, que acenam para uma compensação do mal do crime com o mal da pena, encontraram espaço para um renascer com as novas propostas de troca da liberdade por segurança, com a exacerbação dos desejos punitivos, com a expansão do poder punitivo que se registra a partir das últimas décadas do século XX.

Como bem disse a autora, o pensamento punitivo inspirado no desejo de segurança, típica manifestação do poder punitivo, conjugado com a falsa sensação de impunidade, faz com que não haja a preocupação com o apenado, a não ser a retribuição do mal causado. Não se vislumbra a ressocialização, pois ausente a vontade de reeducar, imperiosa a vontade de punir.

O estilo punitivo impregnado nas veias sociais se perfectibiliza no discurso jurídico-penal que, mesmo com todas as adversidades e irracionalidades da pena, busca um sentido ao poder punitivo, legitimando-o e entregando aos muros estatais uma função bondosa, de caráter social e recuperador.

Tudo isso, ainda, combinado com um processo penal que não conseguiu se desvincular das raízes inquisitoriais, seja relativizando as nulidades no processo penal, seja menosprezando o princípio da presunção de inocência, ou, até mesmo, burlando o sistema de dosimetria da pena que, pela má-fé ou pela incompreensão, é agravada em decorrência da personalidade do agente.

Não se pode esperar que o fim do processo se exponha verdadeiro, se o próprio processo se mascara com discursos falsamente garantistas, enquanto relativiza a aplicação da forma/garantia ou a aplicação dos princípios basilares do devido processo legal.

Deve-se, portanto, exigir que o processo penal se assumia autoritário e inquisitorial - permitindo que a pena se revele também autoritária e sem serventia - para que, então, se possa combatê-los, ou que se comece, de uma vez por todas, a interpretar e aplicar o Processo Penal à luz da Constituição Federal.

Por fim, a crença na punição através da pena privativa de liberdade é uma justificativa ao modelo bárbaro vigente, onde prisões não se destinam a nenhuma melhora ou possibilidade futura de reconstrução e reinserção social, e mais, onde a instrução processual se confunde com punição; onde acusação se confunde com “justiça pública”; onde o julgador não entende a responsabilidade de suas decisões.

3 A ESTIGMATIZAÇÃO DOS CIDADÃOS-EGRESSOS: A PUNIÇÃO DO DIREITO PENAL PARA ALÉM DA PENA

O Direito Penal tem um poder estigmatizante sobre o cidadão apenado. Isto ocorre justamente porque não houve a ressocialização deste quando preso e, ainda, ao voltar à liberdade, leva consigo um documento que confirma a situação de egresso, dificultando seu convívio em sociedade.

Esta situação não incentiva o agente a reinserir-se, porque, diante do preconceito social, o egresso jamais deixará de ser um criminoso que, além de tudo, não foi ressocializado quando necessário. Vive-se em um status de pena perpétua, ainda que cumpridas todas as etapas de segregação.

Além disso, a situação se agrava quando a sociedade não pretende encaixar no convívio social este condenado que jamais se sentiu inserido, facilitando ainda mais a problemática da reincidência criminal.

Segundo Rodrigo Felberg (2015, p. 67) esta estigmatização seria “o processo pelo qual um papel¹¹ desviante se cria e se mantém através da imposição dos rótulos delitivos”. Ainda, Rodrigo Felberg (2015, p. 68) acrescenta que:

As etiquetas sociais criam autoetiquetas: isso quer dizer que a pessoa se percebe a si mesma como sente que os demais a veem. A autopercepção encontra-se, assim, compelida a situar-se no molde da percepção dos outros. Através de um processo de resignação, de

¹¹ Segundo Gunther Jakobs (2010 p. 22) “Os seres humanos encontram-se num mundo social na condição de portadores de um papel, isto é, como pessoas que devem administrar um determinado segmento do acontecer social conforme um determinado padrão”. Assim, o cidadão egresso, por já ter incorrido em um crime, desviou-se de seu papel pré-determinado, colocando-o fora da confiabilidade social.

vergonha ou de sentimento de estranhamento, o indivíduo começa a percorrer o corredor que vai conduzi-lo a um novo papel. Isso é importante, porque a partir desse momento, e à medida que se avança por este corredor, as possibilidades de “reabilitação” diminuem.

Desta forma, a reinserção deve ocorrer dentro do sistema penitenciário, bem como fora dele, momento em que o Estado deve permanecer dando assistência ao egresso, a fim de que esse possa exercer seu papel livre de estigmatizações, diminuindo a possibilidade de reiteração criminosa.

Ainda sobre o dever do Estado, Rodrigo Felberg (2015, p. 78 e 79) aponta:

Os efeitos do encarceramento não acabam com o término da pena. A extinção da pena é, metaforicamente, a “água que apagou o fogo”. Restam a fumaça, a fuligem e a destruição. Justamente por isso, conforme as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, por conseguinte, dos serviços de organismos governamentais ou privados capazes de prestar à pessoa solta uma ajuda pós-penitenciária eficaz, que tenda a diminuir os preconceitos para com ela e permitam sua readaptação à comunidade.

Ocorre que a adoção de medidas reinsertivas é tão fantasiosa quanto às próprias teorias clássicas justificantes da pena. O Estado, que ao menos deveria estar dentro do sistema prisional, não se interessa em investir neste. Desta forma, prefere colocar os indivíduos que cometeram crimes em situações tão desumanas quanto afrontosas à Carta Magna¹² e, ao fim, espera que a sociedade continue os marginalizando.

A discussão quanto às rotulações daquele que delinque chega a modificar algumas ideias quanto à criminalidade, sendo esta rotulação uma atribuição transgressora dada por alguns indivíduos da sociedade à outros. Neste sentido, reflete Yasmin Maria Rodrigues Madeira da Costa (2005, p. 75), através das lições de George Mead e Alfred Shutz:

A teoria da rotulação, ou “labelling approach”, em sua reflexão acerca do direito penal e o fenômeno criminal, abandona os fatores etiológicos, sendo um marco na superação do positivismo, cuja análise do crime é sempre causalista, e onde jamais se questiona a construção política do direito penal. Este enfoque, designado de etiquetamento, reação social ou “labelling approach”, propõe uma nova perspectiva para a investigação criminológica. Para ele a criminalidade não é ontológica,

¹² No que se refere à dignidade da pessoa humana e proibição de penas cruéis.

mas, sim, uma rotulação que a classe hegemônica atribui ao indivíduo transgressor dos valores por ela impostos por meio dos processos formais (institucionalizados) e informais.

Esse movimento, surgido em meados dos anos 60, demonstrou o abandono do paradigma etiológico-determinista (estudo da criminologia a partir da bilateralidade entre crime e criminoso), voltando sua reflexão ao sistema de controle social (SCHECAIRA, 2014, p. 241).

A Teoria do Etiquetamento busca ampliar o olhar entre o binômio crime-criminoso, analisando o fenômeno como uma criação social que se dividirá na delinquência primária e secundária. Na delinquência primária, observa-se a incidência no tipo penal como primeiro fator estigmatizante, gerando uma etiqueta de identificação social.

Sobre o labeling approach e estigmatização do apenado, Alessandro Baratta (2011, p. 90) aponta:

Na criminologia inspirada no labeling approach, sobre o desvio secundário e sobre carreiras criminosas, põem em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena. Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminoso.

Desta forma, a delinquência secundária se perfectibiliza, isso porque a partir do momento de visualização do criminoso, aquele tende a incorporar o comportamento que lhe fora atribuído, respondendo à sociedade exatamente como esperado.

Esta teoria se consubstancia nas buscas e apreensões genéricas realizadas em favelas, em abordagens pessoais realizadas de forma arbitrária, pois há determinantes ao conceito de criminoso. Absurdo seria argumentar que apenas os pobres cometem crime, porém são estes, por maioria, que coabitam as prisões brasileiras, demonstrando, mais uma vez, o caráter estigmatizante e elitista do Direito Penal.

Airto Chaves Junior Fabiano Oldini (2014, p. 184) reflete quanto à seletividade do Direito Penal:

É que a clientela da justiça penal está centrada preferencialmente entre os explorados que formam a população básica dos equipamentos prisionais. A inequívoca procedência dos que povoam, em percentual quase

que absoluto, os estabelecimentos prisionais (pessoas originárias dos segmentos populacionais menos favorecidos) põe em evidência o estado de miséria social, a situação de abandono cultural e a carência de recursos econômicos indispensáveis ao atendimento das necessidades básicas do ser humano. Tais pessoas não têm motivos, por força do peso das restrições sofridas, para respirar a ordem de valores que os perpetua naquelas situações deficitárias e que privilegia, de outra parte, os integrantes de grupos sociais superiores.

O problema é que a seletividade do sistema penal ocorre desde a elaboração da norma até alcançar o encarceramento, sendo que ainda há a seleção de quem será estigmatizado e caracterizado como delinquente antes e depois do encarceramento.

Desta forma, não é demais referir que a sociedade escolhe seus delinquentes, pois nem todos que infringem a norma penal são considerados como tal, ainda que não seja verdade que indivíduos mais favorecidos não cometem crime, vide os crimes de colarinho branco.

É possível concluir que poucas são as pessoas que passam pelo filtro do Direito Penal. A falsa sensação de impunidade, que deveria se materializar na ausência de responsabilização de qualquer um que tivesse uma conduta tipificada no Código Penal, se apresenta no discurso de tentativa de punição do outro,¹³ esquecendo-se que o próprio já pode ter incorrido em um crime e nunca sofreu um processo criminal, visto que na prática é imune ao sistema.

4 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO FATOR CRIMINÓGENO: ALTERNATIVAS CABÍVEIS PARA A DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE DIANTE DE PENAS MENOS VIOLENTAS

Diante das críticas lançadas pela ausência de ressocialização do egresso, há que se pensar em alternativas menos violentas, capazes de impor a pena de forma mais humana ao apenado.

A forma como ela é imposta, com descaso com o encarcerado, deslegitima a pena, suas vantagens ou desvantagens a sociedade e ao próprio preso. Até que ponto a pena pode reeducar o condenado, a fim de que este volte a conviver em sociedade? Ou a pena seria realmente a dita “escola do crime”, um “depósito de pessoas”?

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 166) o fator criminógeno possui três classificações: fatores materiais, fatores psicológicos e

¹³ Frisa-se: o pobre, autores de crimes comuns de tipo patrimonial; os menos favorecidos.

fatores sociais. Quanto a esta última, a qual se aproxima das acepções do presente artigo, o autor menciona:

A segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. O isolamento sofrido, bem como a chantagem que poderiam fazer os antigos companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal.

A pena de prisão encontra sua falência ao não alcançar seu objetivo principal,¹⁴ pois é questionada diante das teorias e de seu resultado, além de, por vezes, ser papel determinante na reincidência criminal. Isto ocorre por vários fatores, não só pela estigmatização, mas pela falta de zelo do Estado, bem como pelas condições em que se encontram os presos e, até mesmo, fatores da personalidade do egresso que não se pode deixar totalmente de lado.

Nesse sentido, não se pode esperar a recuperação de um apenado que se encontra em um ambiente controlado por facções, ausente de infraestrutura adequada e visível descaso do poder público. Assim, entregar um *ser humano* ao ambiente selvagem de cumprimento de pena, é admitir sua saída em estado *não humano*, isso porque foi enjaulado tal qual um animal feroz.

Há que se ter em mente que o crime é um fato normal que ocorre no meio social e que o Estado opressor, por se colocar como detentor da segurança, não pretende aboli-lo, mas abolir aquele que o cometeu. Esquece-se daquele que está encarcerado, facilitando o seu sentimento de abandono, voltando novamente sua conduta para o crime.

O mesmo autor referido anteriormente (2011, p.168) faz alguns apontamentos sobre a falência da pena de prisão:

Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador. As estatísticas de diferentes países são pouco animadoras, tal como refletem as seguintes: nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40% a 80%. Glaser cita um índice de reincidência da década de 60 que vai de 60 a 70% nos Estados Unidos. Na Es-

¹⁴ Se adotarmos as teorias justificantes da pena, esta deve seguir um objetivo e, desta forma, ela encontra sua atual falência. Porém, se adotarmos a teoria agnóstica de Zaffaroni, a pena tem sucesso em sua aplicabilidade, partindo do suposto de que ela não serve para absolutamente nada, pois é totalmente irracional.

panha, o percentual médio de reincidência, entre 1957 e 1973 foi de 60,3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência. Porém, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos confiáveis (quando apresentam), sendo esse um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira política criminal. Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado.

Diante destes dados, há que buscar alternativas capazes de diminuir a criminalidade, tornando a vida do condenado mais sustentável dentro e fora da prisão, a fim de que ele não tenha mais o animus de delinquir. Porém, para que isto ocorra, é necessário que o Estado volte seus olhos para os internos, bem como à população, deixando de lado a ideia de que investir nos presídios e em políticas públicas é desperdício de tempo e dinheiro.

Primeiramente, deve-se deixar de lado o pensamento de que o preso não é mais humano e, por isso, não tem direito a dignidade. Este, apesar de perder seu direito de votar e ser votado, ainda é um cidadão e está assegurado pelos direitos e garantias constitucionais presentes em nossa Carta de 1988.

Em virtude disso, é imprescindível que os presídios sejam, no mínimo, habitáveis, tendo em vista que o delinquente apenas perdeu seu direito de liberdade, mas não os outros direitos inerentes à pessoa humana.

A diminuição da superlotação, bem como o controle das facções dentro dos presídios, preservaria a intimidade do preso, como também abrandaria os crimes que ocorrem dentro destes, tais como os sexuais, constrangimento do outro apenado a fazer favores e promessas de cometimentos de crimes em troca de segurança na prisão.

A educação nas prisões também vem como alternativa, embora sofra algumas contradições e dificuldades, pois não depende só do preso e dos educadores, mas dos agentes penitenciários, diretores, Estado.

Sobre a educação nas prisões, Carmem Maria Craidy (2010, p.30) menciona:

Afirmamos que uma boa educação deveria partir da experiência do sujeito, valorizar os seus conhecimentos e atender as suas necessidades de aprendizagem. Também para educar é necessário ter uma visão otimista do futuro. Como sugerimos acima, as aprendizagens

que o recluso precisa para sobreviver na prisão não são necessariamente as mesmas que precisa para se reintegrar na sociedade ao cumprir a pena. Como também notamos, a noção de futuro para a maioria dos presos se restringe à data de soltura.

Neste escopo, vale ressaltar que, por mais que se tenha o entendimento de que a pena seja um mal necessário,¹⁵ esta deve ser cumprida da forma menos gravosa possível, seja diante de alternativas, seja pelas diminuições de condenação em caráter privativo em crimes que não abarcam a violência e grave ameaça.

Em suma, trabalha-se com a ideia de redução de danos proposta pelo penalista argentino Eugênio Raul Zaffaroni, entendendo a pena como mal imposto pelo Estado no uso de seu poder punitivo, olvidando do modelo punitivista insistente na bondade da punição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações feitas no decorrer do artigo, cabe salientar que não apenas a pena privativa de liberdade está em crise, como também o sistema penal carece de legitimidade a partir do momento em que seu discurso não alcança a realidade desejada.

Em que pese à seletividade do sistema, seria realmente impossível que o Direito Penal alcançasse todos os cidadãos, sob pena de por a sociedade em colapso. Se houvesse a responsabilização de todo e qualquer cidadão que incorresse em um tipo penal, praticamente não existiria ninguém que não tenha cumprido pena pelo menos uma vez.

Tal demonstração aponta que não é crível que o legislador tenha criado a norma penal a fim de punir todos que incidissem em crimes, senão apenas aqueles membros determinados pela sociedade, trazendo à tona a perversidade do sistema, a estigmatização e a vulnerabilidade.

Desta forma, o panorama crítico da pena privativa de liberdade exige reformulação do pensamento jurídico-penal, não mais entendendo a pena em suas falaciosas finalidades do “dever-ser”, mas sim como verdadeiro estigma imposto pelo Estado na afirmação de seu “ius puniendi” mascarado em um discurso democrático, mas com origens autoritárias.

Perceber a pena afastada de seus objetivos não é admitir apenas a derrota, mas admitir que algo deve ser feito, a fim de reduzir os danos produzidos por ela. Não há mais tempo de pensar em meio à fantasias. Somente a partir de uma visão voltada à realidade é que se iniciam mu-

¹⁵ Seria um mal necessário a partir do momento em que se adota uma das teorias justificantes da pena. Ou seja, a pena deve servir para algum fim.

danças possíveis para que a pena privativa de liberdade não beire a ilegalidade.

Não é demais afirmar que o poder danoso da pena a torna inútil do ponto de vista ressocializador, pois a segregação provou, desde sua implementação, que não é capaz de reintegrar, senão colocar o cidadão apenado em situação ainda mais marginalizada.

Ademais, a estigmatização que impera sobre o apenado não ocorre apenas em sua volta ao seio social, como também o persegue nas abordagens policiais e em suas novas condenações pautadas em seus antecedentes criminais.

Desta forma, é imprescindível que haja reformas em busca de alternativas para a aplicação da pena privativa de liberdade, não a fim de aboli-la totalmente (como aponta a teoria abolicionista), mas que essa seja imposta de forma menos danosa ao condenado, fundada em uma teoria de redução de danos, pois o apenado precisa reeducar-se e não se estigmatizar.

A problemática está na ausência do interesse estatal em aplicar tais modificações, já que o discurso punitivista cai muito melhor que os discursos ressocializadores, no que tange a investimentos em instituições prisionais.

Conclui-se que a sociedade continuará com o sentimento de insegurança, ainda que nunca se tenha punido tanto, pois ainda o senso comum impera, o descaso com o outro cresce e a vingança virou sinônimo de justiça.

6 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAUNU, Pierre, El rechazo de la vida. Madrid, Espasa-Calpe, 1079. In: BITENCOURT, Cesar Roberto. **A falência da pena de prisão: Causas e Alternativas**. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. **O dignificado ideológico do Sistema Punitivo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CRAIDY, Carmem Maria. **Educação em Prisões: direito e desafio**. Porto Alegre: UFRGS, 2010.

FALCONI, Romeu. **Sistema Presidencial: Reinserção Social?**. São Paulo: Ícone, 1998.

FELBERG, Rodrigo. **A Reintegração Social dos Cidadãos-Egressos: Uma nova Dimensão de Aplicabilidade às Ações Afirmativas**. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. 41º ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

JAKOBS, Gunther. **A imputação Objetiva no Direito Penal**. 3ª ed. Revista. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **A Privação da Liberdade: O Violento, Danoso e Inútil Sofrimento da Pena**. Vol. 7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLDINI, Aírto Chaves Junior Fabiano. **Para Que(m) serve o Direito Penal? Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

TAYLOR, I., WALTON, P., e YOUNG, J. La nueva Criminología. Argentina, Ed. Amorrotu, 1977. In: BITENCOURT, Cesar Roberto. **A falência da pena de prisão: Causas e Alternativas**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. Coleção Pensamentos Criminológicos. Tradução de Sérgio Lamarão. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Em busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A PERSONALIDADE DO AGENTE E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Fábio Agne Fayet¹
Ingrid Bays²
Isadora Bays³

RESUMO: A presente pesquisa versa sobre uma das circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro para a aplicação da pena-base, qual seja, a personalidade do agente. O estudo destina-se a demonstrar a importância da vetorial da personalidade na hora da aplicação da pena, se é possível considerá-la desfavorável ao agente, bem como se o magistrado é suficientemente capaz de atestá-la. Não obstante, será aqui apresentada a relevância desta circunstância judicial na motivação da condenação e qual a sua relação com grandes linhas de pensamento do Direito Penal, tais como o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo. Assim, verificar-se-á se pode haver a valoração negativa da vetorial da personalidade, bem como quais são as consequências que resultarão de tal feito.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação da pena. Circunstâncias judiciais. Direito penal do inimigo. Personalidade do agente.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Limites da vetorial da personalidade nas motivações das decisões criminais condenatórias. 2.1. O que é e para que serve a vetorial da personalidade: quem deve atestá-la? 2.2. Importância da vetorial da personalidade na motivação da condenação: manifestação do direito penal do inimigo ou do direito penal do autor? 3. A valoração da vetorial da personalidade como violação ao princípio da individualização da pena. 4. Considerações finais. 5. Referências

¹ Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS; Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal; Professor de Direito Penal; Advogado criminalista com endereço profissional à Rua Múcio Teixeira, nº 660, Bairro Menino Deus, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, CEP: 90.150-090; e-mail: prof.fabio@fayet.adv.br; Professor de Direito Penal da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG;

² Pós-graduanda em Direito Processual Penal pela Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha (2014). Advogada no escritório Fayet Advocacia Criminal (OAB/RS nº 96.662).

³ Graduanda do 5º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha – FSG; Monitora do professor Fábio Agne Fayet na disciplina de Direito Penal I da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG; Estagiária na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Núcleo de Caxias do Sul, com a Defensora Pública responsável Alice Backes de Leon;

1 INTRODUÇÃO

Dentre as muitas circunstâncias eleitas pelo legislador penal brasileiro como critérios para a fixação da pena-base pelo magistrado, uma delas é de grande destaque no artigo 59 do Código Penal Brasileiro por conter um nítido resquício do Direito Penal do Autor e, em seguimento a este, do Direito Penal do Inimigo. Tal circunstância judicial é a personalidade do agente, que aqui será estudada minuciosamente. Ainda, o presente estudo tem como objetivo refletir sobre os limites da vetorial da personalidade nas motivações das decisões, analisando o que é a personalidade e quem poderá atestá-la, qual é a sua importância para a motivação da condenação e qual é a sua relação entre o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo, com o que se pretende atingir o desígnio deste trabalho e concluir as questões que aqui serão formuladas.

É indispensável compreender que a personalidade do agente poderá ser definida de diferentes formas, dependendo principalmente das preferências teóricas do doutrinador que dissertar sobre o tema, bem como que tal circunstância judicial não apresenta possibilidades de ser verificada processualmente pelo magistrado, sendo necessário o auxílio de ciências correlatas ao direito para realizar tal definição. A partir desta afirmação surgem algumas indagações, como se quando existe uma limitação para o juiz utilizar a vetorial da personalidade estará se aumentando a padronização da pena e, conseqüentemente, estará se ferindo o princípio constitucional de direito da individualização da pena. Para responder a tais questões, será verificada, por meio da utilização de doutrinas pátrias e estrangeiras cada subdivisão essencial sobre o referido tema, valendo-se de tantos exemplos e explicações quanto necessários para sanar as dúvidas do leitor.

2 LIMITES DA VETORIAL DA PERSONALIDADE NAS MOTIVAÇÕES DAS DECISÕES CRIMINAIS CONDENATÓRIAS

O legislador estabeleceu no Código Penal limites para a pena, possibilitando que o juiz, na hora de sua aplicação, eleja o quantum ideal entre o mínimo e o máximo, valendo-se da sua discricionariedade e da fundamentada exposição do seu raciocínio. Ou seja, o magistrado está sujeito aos critérios que a lei estabelece, mas tem a possibilidade de fazer as suas opções até chegar a uma aplicação justa da lei.⁴ Deste modo,

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 146/147

ao pré-determinar parâmetros para a aplicação da pena, o Código Penal intenta reduzir ao máximo o arbítrio do juiz, muito embora seja ainda elevada a discricionariedade na fixação da sanção penal em decorrência dos elementos abertos previstos no artigo 59 do Código Penal.⁵

A partir desta afirmativa, analisar-se-á, neste ponto, uma das vetoriais impostas para o estabelecimento da pena-base, qual seja, a personalidade do agente. A pena-base é aquela que atua como ponto de partida, como parâmetro para as operações que virão adiante, correspondendo “a pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos a *priori* na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e aumentos necessários”.⁶ Ressalta-se, também, que a determinação da pena é uma das fases mais importantes do processo penal, visto que é neste momento que se perdem ou se restringem direitos fundamentais da pessoa humana. A sanção imposta pelo Estado, além de necessária, deve ser aplicada de forma justa. Bem por isto, é preciso o que o processo penal se valha de recursos técnico-científicos para conhecer a personalidade do delinquente, circunstância judicial prevista no artigo 59, *caput*, do Código Penal que ora passa a ser analisada.⁷

2.1 O QUE É E PARA QUE SERVE A VETORIAL DA PERSONALIDADE: QUEM DEVE ATESTÁ-LA?

A conduta do indivíduo é seguramente influenciada por seu patrimônio genético, mas não é absolutamente determinada por ele, visto que é, igualmente, consequência do seu processo de vida, configurando a consistência de seu comportamento.⁸ Podem ser considerados como elementos característicos e formadores da personalidade a idade do réu, o seu desenvolvimento físico e mental, a educação que recebeu, o meio em que foi criado e em que tem vivido, seu grau de instrução ou de cultura, o fato de sentir ou não remorso, dentre outros.⁹ Porém, para Boschi, a personalidade é mais complexa do que simples demonstrações de caráter ou de temperamento, não sendo tarefa fácil determinar-lhe o conteúdo,

⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 36.

⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 187.

⁷ ABREU, Ricardo Luiz de. **A personalidade do agente como circunstância judicial da aplicação da pena**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 104, v. 9, p. 14, 2001.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 186. Também neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 517.

⁹ ABREU, Ricardo Luiz de. **A personalidade do agente como circunstância judicial da aplicação da pena**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 104, v. 9, p. 14, 2001.

também porque aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. A personalidade é, então, muito mais do que a singela avaliação que as pessoas fazem uma das outras, sendo indiscutível que ela não se sintetiza “naquele conjunto estático, permanente, de elementos hereditários ou atávicos de identificação humana”.¹⁰

Conforme expõe Toledo, poucos termos são propósitos de definições tão distintas como o da personalidade. Praticamente todos os autores que dissertam a respeito do tema transmitem seu próprio ponto de vista, sua própria descrição, seu próprio método e sua concepção pessoal do que deveria ser o objeto da pesquisa sobre personalidade.¹¹ Deste modo, quando se observa a vetorial da personalidade estabelecida no artigo 59 do Código Penal e as afirmações acima expostas, imediatamente percebe-se que não há viabilidade de uma verificação processual da personalidade do agente pelo magistrado na hora da aplicação da pena.¹²

A personalidade não é algo que se origina com o indivíduo e que nele se consolida. Na verdade, ela se remodela, continuamente, com oscilações na intensidade, abarcando, além das manifestações genéticas, os traços comportamentais e emocionais que são herdados ou que foram adquiridos, sendo que são eles que permitem a distinção de um indivíduo a todas as outras pessoas.¹³ Ainda, contesta-se a própria probabilidade de conhecimento da personalidade, pois se reconhece que ela é dinâmica, visto que por estar à mercê de estímulos e traumas ela se modifica, sendo construída permanentemente, de modo que o juiz não poderia indicar a personalidade do acusado com base nos limitados elementos informativos que os autos de um processo lhe fornecem.¹⁴ Tal entendimento é reforçado por Carvalho e Carvalho, quando estes declaram que “para poder fundamentar o juízo sobre a personalidade do réu, deveria o juiz indicar qual o conceito de personalidade em que se baseou para a tarefa, qual a metodologia utilizada, quais foram os critérios e os passos seguidos e, em consequência, em qual momento processual foi-lhe possibilitada a averiguação” cujo campo não se delimita ao meio jurídico, mas sim à psicologia, à psiquiatria e à psicanálise, sendo, portanto, completamente trans-

¹⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 171

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 253.

¹² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 54.

¹³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

¹⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 173.

disciplinar.¹⁵ Por conta destas limitações, nota-se que hoje, conforme nos traz Boschi, é perceptível a falta de conhecimento técnico do magistrado para julgar a personalidade do réu, quando este, em suposto cumprimento do artigo 59 do Código Penal, restringe-se apenas a fazer declarações genéricas como “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, ou seja, declarações que nada dizem tecnicamente, exceto em nível de caráter ou temperamento.¹⁶

Não obstante, observa-se que a verificação da personalidade do

¹⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 54. Os referidos autores prosseguem no entendimento do tema, mostrando que para haver um parecer técnico sobre a personalidade do autor é necessário, no mínimo, que sejam realizadas algumas etapas: “a primeira, referente à fase da Testagem Psicológica de Inteligência e Personalidade, compreende dois testes: (1º) teste objetivo, baseando em itens e questões específicas para fornecimento de escores e perfis sujeitos à análise (p. ex., Inventário Multifásico da Personalidade Minesota, MMPI, Inventário Multifacial de Milton MCMI, Inventário de Estado-Traço de Ansiedade STAI, Inventário ou Questionário de Personalidade Eysenck EPQ etc.); (2º) teste projetivo, que apresenta estímulo cujo significado não é imediatamente óbvio, pois o grau de ambiguidade força o sujeito a projetar suas próprias necessidades na situação de testagem (p. ex., Teste de Apercepção Temática TAT, Teste de Rorschach, Teste de Associação de Palavras etc.) Contudo, o psiquiatra ainda não está habilitado a produzir diagnóstico acerca da personalidade do indivíduo, requerendo, ainda, realizar a Entrevista Psiquiátrica, onde, entre outros dados, será colhida a História Psiquiátrica do paciente e será feito o Exame do Estado Mental (EEM). Não obstante o percurso já traçado, outros testes ainda podem ser necessários para definir os traços da personalidade do agente, que são os Estudos Diagnósticos. Tais testes compreendem exame neurológico, tomografia computadorizada, entrevistas diagnósticas, psiquiátricas adicionais, entrevistas com familiares etc. Apenas neste momento o profissional (psiquiatra) poderá estar capacitado a fornecer um diagnóstico sobre a personalidade do paciente. Lembre-se, ainda, que o método estabelecido é fruto da eleição de um determinado conceito. Em havendo opção diversa, nova metodologia seria empregue” (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 57). Ainda, ao deslizar pelos entendimentos da psicologia, encontram-se importantes informações sobre a personalidade, como: “(...) são diversas as definições de personalidade, as quais podem tender para diferentes perspectivas. Apesar disso, esses autores alertam que nenhuma definição isolada da personalidade é completa, portanto, não deve ser generalizada. A despeito da divergência sobre como o tema pode ser mais bem definido, há um consenso geral de que a personalidade é uma inferência abstrata, um conceito ou um construto, mais do que um fenômeno tangível com existência material” (COUTO, Gleiber; PIRES, Drummond Pires; NUNES, Carlos Henrique Sancineto da Silva. **Os contornos da psicologia contemporânea: temas em avaliação psicológica**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012, p. 128).

¹⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172. A afirmação do autor é corroborada por jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tais como: “Ementa: APELAÇÃO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. PENA. 1. A reprovabilidade da conduta é informada pelas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Ou seja, quando da fixação da pena-base, são observadas as circunstâncias em seu conteúdo material, desvinculadas de um valor ideal, atribuído a cada uma delas. A circunstância é analisada de forma casuística, inexistindo um quantum pré-definido e fixo. Diante disso, a pena-base é fixada em parâmetros suficientes e necessários à reprovação e prevenção. A partir da pena cominada são identificadas uma série de critérios e orientações doutrinárias orientadores da censurabilidade. A pena-base parte, necessariamente, do mínimo cominado afastando-se desse patamar mínimo, na medida da incidência de circunstâncias desabonatórias, aptas a ensejar o deslocamento penológico, até atingir o termo médio, situação essa restrita aos casos extremos, onde as circunstâncias apresentem-se deveras negativas e dignas de uma maior reprovabilidade. 2. No caso em apreço, mesmo levando-se em conta os vetores judiciais considerados negativos, tais como a culpabilidade (exacerbada por cumprir o réu pena no regime semiaberto), os antecedentes (por registrar, inclusive, sentença penal condenatória transitada em julgado), a personalidade (por ser agressiva) (...)” (Apelação Crime Nº 70054722046, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013).

rêu no decorrer do processo não poderá ser feita mediante um exame de personalidade ou um exame criminológico no decurso da instrução criminal, pois isto seria uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Ainda, a referida análise vem sendo cada vez mais limitada após a criação da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que surgiu, dentre outros motivos, para impedir que os inquéritos e processos inconclusos sejam usados para fins de aferição da personalidade na primeira etapa do sistema trifásico de dosimetria penal.¹⁷ Para Zaffaroni e Pierangelli, tais dificuldades poderiam ser sanadas mediante a utilização de um sistema processual bifásico, ainda não adotado no Brasil.¹⁸

O entendimento de que é necessária uma verificação mais técnica para a valoração negativa da circunstância da personalidade do agente na hora de aplicação da pena, que, inclusive, exigiria o auxílio das ciências correlatas, é colocado a parte por uma cota da doutrina. Neste sentido, Nucci acredita que quando o agente comete um crime, particularmente nas situações em que a característica negativa de sua personalidade for o que o impulsionou, como uma inveja incontrolável, esta deverá ser levada em conta para o estabelecimento da pena, sendo necessário, ainda, que haja um nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente.¹⁹ Para o referido autor, em casos de uma postura de agressividade específica, o magistrado deverá levar isto em conta para a elevação da pena, visto que não foi mera liberdade de expressão a cultivação de inveja que atingiu uma potência suficiente para o agente matar seu semelhante, sendo, portanto, outro elemento da personalidade a ser detectado pelo julgador ao aplicar a pena. Ele também afirma que em casos como o mencionado “não é preciso ser psicólogo para encontrar o tipo invejoso ou maldoso, pois a prova testemunhal é plenamente capaz

¹⁷ SÚMULA 444/STJ que dispõe: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 833. Prossegue o referido autor: “*Creemos que, se efetivamente se quisesse implantar esse informe, se faria mister dividir o processo, ou juízo, em duas partes – como sucede, algumas vezes, nos Estados Unidos –; na primeira se estabelecendo a autoria e a classificação legal do fato, e, numa segunda etapa, procede-se a individualização da pena. De outra maneira, pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar no âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa, que a lei presume inocente, e que de modo algum autorizam os mais elementares princípios do Estado de Direito*”.

¹⁹ Para explicar a relação de nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do acusado, o autor traz o seguinte exemplo: “*(...) não é porque alguém é egoísta ou exageradamente individualista que merecerá pena exacerbada ao cometer um homicídio, por razões outras que não se ligam a tais fatores. Mas, se porventura alguém mata outra pessoa, com quem divide uma habitação, somente para preservar seu ‘espaço’, cultivando e enaltecendo sua porção egoística, tal elemento deve ser levado em consideração para a fixação da pena*” (NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 153 p. 02, 2005).

de ofertar dados para essa busca”.²⁰ Por fim, Nucci menciona que o juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso que é, inclusive, utilizado para descobrir a própria culpa do réu.²¹

2.2 IMPORTÂNCIA DA VETORIAL DA PERSONALIDADE NA MOTIVAÇÃO DA CONDENAÇÃO: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO OU DO DIREITO PENAL DO AUTOR?

Ao estudar a personalidade do agente, verifica-se, logo de início, que a mesma foi mantida como uma vetorial a ser analisada para aplicação da pena-base mesmo após a reforma do Código Penal Brasileiro em 1984. Diante de tal constatação, nota-se que ela é “um dos principais legados da tradição autoritária dos modelos de Direito Penal do Autor”.²² Sabe-se que para a criação de um sistema punitivo, tem-se por base o fato ou o autor. Quando tratamos de um sistema que leva em conta exclusivamente o fato, destacado do agente, tem-se um legítimo “Direito Penal do fato” (Tatstrafrecht). Ao oposto deste, quando se considera unicamente o autor, destacado do fato, há um puro “Direito Penal de autor” (Täterstrafrecht).²³ Encontra-se um exemplo do Direito Penal do Autor nas ideias propostas por alguns positivistas quando estes trazem que é possível identificar no homem as causas mecânicas do crime, abstendo-se do fato em si, e substituindo a imputabilidade pela periculosidade.²⁴ Os doutrinadores Zaffaroni, Batista, Alagia e Skolar, por sua vez, classificam o Direito

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 189/190.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 153, p. 02, 2005.

²² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 60.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 250/251.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 251. Sabe-se ainda que no Direito Penal brasileiro a periculosidade é verificada nos casos de inimputáveis sujeitos à aplicação de medida de segurança, visto que não sofrem juízo de culpabilidade. Nucci explica os casos de periculosidade real e presumida: “*é real quando há de ser reconhecida pelo juiz, como acontece nos casos de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP). Para aplica uma medida de segurança ao semi-imputável, o magistrado precisa verificar, no caso concreto, a existência de periculosidade. É presumida quando a própria lei a afirma, como ocorre nos casos de inimputabilidade (art. 26, caput, CP). Nesse caso, o juiz não necessita demonstrá-la, bastando concluir que o inimputável praticou um injusto (fato típico e antijurídico) para aplicar-lhe a medida de segurança*” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral; parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 597/598). Ainda neste aspecto, extraem-se explicações em: LOPEZ-REY, Manuel. Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 19, p. 19-25, 1983 e RUIZ-FUNES, Mariano. **Algunos conceptos sobre la peligrosidad**. Revista La Ley, Argentina, v.3, p. 943-950, 2011.

Penal do Autor como a situação em que o criminalizado se vê apenado por ser inferior, sendo que “o discurso do Direito Penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoas”.²⁵ Deste modo, cabe aqui analisar se o indivíduo deverá ser punido pelo que ele fez ou pelo que ele é.²⁶

Em uma linha próxima de pensamento, identifica-se que derivado do Direito Penal do Autor tem-se o Direito Penal do Inimigo, ideia desenvolvida por Jakobs. Este, por sua vez, criou essa teoria funcionalista radical que foi muito criticada por retomar elementos positivistas de um Direito Penal do Autor.²⁷ Jakobs acredita que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”, ou seja, para ele é possível dividir o Direito Penal em dois polos: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.²⁸ O Direito Penal do Cidadão é feito para as pessoas, e só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento social, baseando-se na ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.²⁹ Já por inimigo, compreende-se aquele que, em virtude de seu trabalho, comportamento ou ligação com específica organização, assumiu postura de abandono ao direito. Deste modo, visto que o inimigo se recusou a ingressar no estado de cidadania, ele não poderá usufruir dos benefícios daqueles que têm o conceito de pessoa (cidadão), e por ser negado como um sujeito processual, acaba se tornando uma não-pessoa.³⁰

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio Janeiro: Revan, 2003, p. 132/133.

²⁶ Tal indagação já foi análise da biologia criminal, sendo que Cesare Lombroso destacou-se como referência deste movimento ao escrever seu livro, *L'uomo delinquente*. O referido autor acreditava que a delinquência no homem derivava de um retardamento do desenvolvimento embrionário, fazendo com que o indivíduo portasse caracteres próprios de uma condição sub-humana. Ainda, Lombroso desenvolveu um complexo e disseminado movimento teratofóbico fundamentado em teorias da degeneração, ou seja, a criminalidade do homem é hereditária e contagiosa, tanto no plano vertical (da descendência), como no plano horizontal (a comunicação social). Sendo assim, ao analisar a personalidade do agente como circunstância fixadora da pena-base, nota-se que Lombroso ainda se faz sentir (FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 233/237). Ver também, na esteira desse entendimento: ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 297/316.

²⁷ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 386

²⁸ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

²⁹ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo**. Revista Bonjuri, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.

³⁰ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 388. *A análise do Direito Penal do Inimigo não se dá tão somente pela diferenciação entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo. Além, é relevante que se traga a discussão que esta proposta de Jakobs possui fundamentos filosóficos no contrato social de Kant, Fichte, Hobbes e Rousseau. Para Kant aquele que ameaça frequentemente ao Estado e a sociedade e que não aceita o chamado*

Bem pelo fato de ser considerado uma não-pessoa, o inimigo tem um tratamento diferenciado, ou seja, ele será interceptado no estado prévio ao cometimento do delito, uma vez que se combate a sua periculosidade (eliminação de um perigo).³¹ Nessa seara, o controle repressivo do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo se pauta na razão direta da temibilidade do delinquente e não na gravidade de sua ação. Assim, pune-se o ato criminoso quando ele existe, mas o ato ilícito tem valor de sintoma de personalidade, portanto, “o proibido e o reprovável ou perigoso seria a personalidade e não, o ato”.³²

3 A VALORAÇÃO DA VETORIAL DA PERSONALIDADE COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Está bem delineado na doutrina que a punição não será efetivada em consideração do modo de ser de uma pessoa, pois para decidir se

*“estado comunitário-legal” deverá ser tratado como inimigo. Hobbes por sua vez acredita que o criminoso não pode ser castigado como súdito, mas somente como um inimigo nos casos que se de alta traição do Estado. Já Fichte diz que aquele que abandona o contrato de cidadão perde todos os seus direitos. E, por fim, Rousseau afirma que o inimigo, ao infringir o contrato social, está em guerra com o Estado, logo, deixa de ser membro deste. Quanto a isto, Jakobs dissertou que “não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata”. Deste modo, Jakobs prefere as ideias mais moderadas de Hobbes e Kant que classificam os criminosos em autores de fatos normais, cidadãos, e os autores de alta traição, inimigos. Não obstante, ressalta-se que o inimigo não é qualquer indivíduo infrator, visto que possui características próprias bem definidas e é possível classificá-lo diante dos delitos que comete. Ainda, ressalta-se que Jakobs rotula como inimigos aqueles que atuam no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada dentre outras. Aqui se observa o autoritarismo do autor ao etiquetar quem seriam os inimigos, considerando que acata “meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político” (JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). Ver mais sobre o mesmo tema em: DIETER, Maurício Stegemann. **“O Direito Penal do Inimigo” e a “controvérsia”**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiás, v. 33, n. 1, p. 26-36, jan.-jun. 2009; MUÑOZ CONDE, Francisco. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “Direito Penal do Inimigo”**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, Sevilha, v. 3, n. 4, p. 53-82, 2006; ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Direito Penal do Inimigo: alternativa de eficácia do sistema repressivo compatível com o Estado Democrático de Direito?** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais, v. 10, n. 16, p. 66-98, 2011; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013; NEUMANN, Ulfrid. **Direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, p. 156-177, nov.-dez. 2007; CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, Vitória, v. 5, n. 5, p. 209-258, 2006 e ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo**. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.*

³¹ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 389. Bem como no Direito Penal do Autor, aqui, a análise diz respeito puramente a periculosidade do agente.

³² FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 390.

houve ou não o crime, o magistrado não levará em conta a personalidade do agente. Sendo assim, “inexiste punição somente porque alguém é diferente da maioria, retirando-se a sua liberdade de agir ou pensar”.³³ De outro modo, acredita-se que, para evitar a padronização da pena, deverá ser levado em consideração o modo de ser do acusado, analisando a circunstância da personalidade do mesmo.³⁴ Nesta linha de pensamento, pois, o crime previsto no artigo 217-A, § 4º do Código Penal,³⁵ se tivesse como vetorial desfavorável apenas a personalidade do agente, poderia passar de uma pena de 12 anos para uma pena-base de no mínimo 13 anos e 06 meses de reclusão. Neste caso fático, nenhuma explicação seria melhor do que a de Messuti, a qual acredita que, assim como se tem uma ruptura no espaço marcada pelos muros da prisão, existe também uma ruptura no tempo, “porque o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significado da pena e existe uma enorme diferença entre passar três dias na prisão e passar toda a vida: há toda uma vida de diferença”.³⁶ Mesmo em um espaço de tempo mais curto do que o definido pela autora, são perceptíveis as consequências que poderão recair sobre a vida do indivíduo, que estará sendo tanto mais tempo punido somente pelo que é, e não pela conduta que realizou.³⁷

A alegação anterior não é suficiente para comprovar a impossibilidade da análise da vetorial da personalidade do agente para a aplicação da pena, mas, em reforço dela, é possível expor que, mesmo se todas as dificuldades levantadas anteriormente pudessem ser sanadas, e os peritos da psiquiatria, da psicologia ou até mesmo o juiz sem o concurso destas pudessem conhecer a personalidade do acusado para apontar, com um mínimo de certeza, a existência de determinado transtorno, ainda assim seria necessário superar outra dificuldade, qual seja, a de definir

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena.** Boletim IBCCRIM, v. 13, n. 153, p. 02, 2005.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena.** Boletim IBCCRIM, v. 13, n. 153, p. 02, 2005. Sobre o tema, exemplifica o referido autor: “(...) a *premeditação do delito, por exemplo, cultivada de forma lena e gradual, calculada, estudada e maquiavelicamente executada, é demonstrativa de uma personalidade maldosa e desleal, merecedora de maior censura, sem dúvida*”.

³⁵ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: §4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

³⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Traduzido por Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33/34.

³⁷ Na hipótese fática supracitada, o acréscimo a pena-base foi feito da maneira lecionada por Boschi, que se utiliza do princípio da proporcionalidade. Ou seja, pega-se a pena mínima e divide-a pelo valor de vetoriais dispostas no art. 59 do CP. O resultado é somado a pena mínima tantas vezes quanto há de vetoriais consideradas negativamente. Em relação a isto, disserta o referido autor: “(...) *no curso do procedimento quantificador da pena também o juiz não exerce poder arbitrário, pois deve guiar-se fundamentalmente por critérios legais e jurisprudenciais e proclamar a pena em espécie e quantidade que reflita o ideal da proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal. É nesse espaço que se deve estudar o conhecido princípio da proporcionalidade*” (BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 150).

uma justificativa filosófica pela punição ao indivíduo pelo seu modo de ser, pelo que é, e não somente pelo que ele possa ter feito. Então pela amplitude destas dificuldades, nota-se que a questão pouco tem a ver com o bom senso ou conhecimentos técnicos do juiz, dos psiquiatras, ou dos psicólogos, mas sim com a legitimidade do juízo de desvalor sobre a personalidade sob o prisma de um Direito Penal de garantias balizado pelo princípio da secularização.³⁸

De outro modo, a doutrina alerta que não se trata de um juízo moral, visto que a personalidade que se deve levar em conta para a fixação da pena é aquela manifestada no fato cometido, só devendo ser apreciada sob o ponto de vista do direito, sendo possível, inclusive, levar em conta condenações anteriores, visto que o agente demonstra uma personalidade em desconformidade com o direito.³⁹ Porém, tal afirmação não se funda em um Direito Penal decorrente da secularização moderna que tem sua separação com a moral, pois aqui todas as pessoas são penalmente iguais, enquanto apenas aquilo que fazem e não aquilo que são deve ser pela lei previsto e pelo juiz valorado e punido, afinal, a análise da personalidade torna-se ilegítima, visto que está assentada em uma valoração estritamente moral sobre o ser do acusado.⁴⁰

Sabe-se, portanto, que as limitações aqui demonstradas para a análise da personalidade do agente podem criar um cerceamento à atividade do juiz no momento que este aplica a sanção, fazendo com que cresça a padronização da pena e, conseqüentemente, seja ferido o princípio constitucional da individualização da pena.⁴¹ Também resta absolutamente claro na Constituição da República Federativa do Brasil que ninguém poderá ser discriminado, privado de direito e muito menos apenado em virtude de seus valores morais ou religiosos, sendo assim, todas questões exclusivamente da esfera moral do réu jamais poderão ser usadas para aumentar a pena, e sequer deveriam ser indagadas no interrogatório de um processo judicial em um país totalmente laico e amoral.⁴² Considerando que todos estes princípios tem o mesmo valor perante a Constituição Federal e que esta visa a valoração das normas quando há um conflito

³⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 174.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195.

⁴⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 60.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 194.

⁴² VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, p. 307, 2008.

de hierarquia entre elas, a forma de solucionar tal discussão é definir qual deles é mais importante.⁴³ Ora, é fácil tomar tal decisão, principalmente quando se verifica o que é sustentado por Boschi: “os indivíduos devem ser punidos pelos atos ilegais que praticarem, e não pelo que eles são ou pensam que são, para não termos que renegar a evolução do Direito Penal e retornarmos ao medievo, cujos tribunais os executavam porque pensavam, e não porque haviam feito algo”.⁴⁴

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se no decorrer da pesquisa que a circunstância judicial da personalidade do agente, prevista no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, não é passível de ser analisada pelo magistrado, devendo receber o auxílio de ciências correlatas ao direito para que seja verificada. Não obstante, percebeu-se que a personalidade do agente também não pode receber tal verificação durante o processo pelo fato do Brasil adotar um sistema trifásico, e, ainda, ter sua análise limitada pela Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Restou evidente a diferenciação entre o Direito Penal do Fato e o Direito Penal do Autor, sendo que o primeiro é aquele que leva em conta apenas a conduta reprovável realizada pelo agente e o segundo é o qual considera tão somente o próprio agente. Também se observou claramente a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida em uma linha próxima a do Direito Penal do Autor, que consagra, tanto quanto esta segunda, os elementos pessoais do indivíduo para nível de reprovação, sendo observada em grande escala a sua periculosidade.

Sanados os conceitos e as definições de todos estes institutos, realizou-se uma averiguação do quanto é necessário a utilização da personalidade do agente como um critério de fixação da pena-base. Para tanto, foi

⁴³ A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 adotou o neoconstitucionalismo, que tem por criador Konrad Hesse. Isto significa que atualmente o constitucionalismo não se preocupa apenas em dizer o direito, mas sim em efetivá-lo. No neoconstitucionalismo a hierarquia entre as normas acontece por ser necessária, porém, ela não vem apenas de uma formalidade da norma, ela vem do seu valor. Sendo assim, a interpretação axiológica (valoração) é o que compõe o neoconstitucionalismo. Sobre isso: HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁴⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 175. Neste sentido, a primordial lição de Luigi Ferrajoli: “(...) o princípio normativo da separação (entre direito e moral) impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208).

necessário observar se isto constitui uma violação a Constituição Federal de 1988, qual é o verdadeiro significado da pena e, não menos importante, o Direito Penal decorrente da secularização moderna que tem sua separação com a moral, ou seja, que proíbe a análise do indivíduo em suas mais íntimas características para a aplicação da sanção.

Deste modo, ao término da pesquisa se obteve a noção de que é absolutamente incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil a adoção de um Direito Penal de autor, fundado na tutela de valores morais, já que todo o Direito Penal Brasileiro deve ser construído exclusivamente com base na estrita observância de um Direito Penal de ato, fundado na tutela de bens jurídicos. Vê-se, pois, que a valoração da "personalidade do agente" na fixação da pena consagra, em absoluto desacordo com o Estado Democrático de Direito, um inadmissível Direito Penal do Autor, e, portanto, deve ser desconsiderada, pois sendo analisada desfavorável consagra um prejuízo muito maior do que a leve padronização da pena que ocorrerá a partir de sua não utilização.

5 REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo**. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.

ABREU, Ricardo Luiz de. B Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 9, n. 104, p. 14-15, 2001.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Direito Penal do Inimigo: alternativa de eficácia do sistema repressivo compatível com o Estado Democrático de Direito?** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais, v. 10, n. 16, p. 66-98, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL COLETIVO COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO DE POLÍCIA E SUA INADMISSIBILIDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Douglas Roberto Winkel Santin¹

RESUMO: A inviolabilidade domiciliar é direito humano fundamental assegurado no plano constitucional, convencional e infralegal. O mandado de busca e apreensão é meio de obtenção de provas restritivo de direitos fundamentais o qual possui detalhada regulação legal a fim de coibirem-se abusos. A expedição de mandado de busca e apreensão coletivo representa violação aos regramentos estabelecidos no plano processual, constitucional e convencional. Nesse quadro, sustenta-se a inadmissibilidade de tal medida, verdadeira manifestação do estado de polícia, e salienta-se o papel fundamental das agências judiciais na limitação de tal procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Inviolabilidade de domicílio; mandado de busca e apreensão; mandado de busca e apreensão coletivo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O poder punitivo e o estado de direito. 2.1. Estado de direito e estado de polícia. 2.2. A seletividade do sistema penal. 2.3. O sistema penal e a função dos juristas. 3. O direito humano fundamental à inviolabilidade de domicílio. 4. O mandado de busca e apreensão criminal. 5. Mandado de busca e apreensão coletivo: o caso da ocupação do complexo de favelas da maré. 5.1. Mandado de busca e apreensão coletivo em sede criminal. 5.2. O caso do complexo de favelas da maré. 5.3. A expedição de mandados de busca e apreensão coletivos e a fragilização do estado de direito. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a inadmissibilidade da expedição de mandados de busca e apreensão criminais coletivos à luz do ordenamento jurídico brasileiro, bem como denunciar tal prática como mani-

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas; Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus; Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

festação de um verdadeiro estado de polícia incompatível com o padrão jurídico de um estado democrático de direito.

E para tanto, de início buscar-se-á estabelecer um marco teórico a partir das reflexões construídas pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni quanto ao poder punitivo, aos modelos de estado de polícia e estado de direito, ao caráter seletivo do sistema penal e ao papel dos juristas dentro do sistema penal.

Em um segundo momento proceder-se-á no delineamento das características e na apresentação dos fundamentos jurídicos a sustentar o direito humano fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Em seguida, passar-se-á a analisar as características do mandado de busca e apreensão no âmbito criminal, trazendo essencialmente aspectos relativos à sua natureza, requisitos e limites.

Estabelecidas as premissas referidas, passar-se-á à análise do denominado mandado de busca e apreensão coletivo, apontando-se a sua incompatibilidade com os padrões e limites adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, far-se-á uma ponderação crítica acerca da expedição de mandado de busca e apreensão coletivo enquanto prática violadora do ordenamento jurídico, incompatível com os padrões estabelecidos em um modelo de estado de direito, bem como acerca do papel das agências judiciais diante de tal prática.

2 O PODER PUNITIVO E O ESTADO DE DIREITO

2.1 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE POLÍCIA

Para a delimitação do que se entende por estado de polícia conveniente estabelecer seu contraponto com o modelo de estado de direito, na esteira do que leciona o Professor Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, 2003, p.93-94).

O modelo de estado de polícia se caracteriza como aquele em que um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei. O modelo de estado de direito é aquele no qual o bom resulta de uma decisão fundada na vontade da maioria, respeitado o direito das minorias, onde tanto uma quanto as outras precisam respeitar as regras, e estas regras tem ambição de permanência distinguindo-se de meras decisões transitórias ditadas pelo sabor do momento.

Na perspectiva do estado de polícia, a obediência à lei se identifica com a obediência ao governo. Na perspectiva do estado de direito

obediência à lei respeita ao acatamento das regras anteriormente estabelecidas.

O estado de polícia pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e tende a uma justiça substancialista. O estado de direito pressupõe que a consciência do bom pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça procedimental.

O estado de polícia é paternalista por excelência, considera que deve castigar e ensinar aos seus súditos e tutelá-los inclusive contra suas próprias tendências autolesivas. O estado de direito tem por caráter respeitar todos os seres humanos por igual, e quando tem de intervir sobre conflitos ambiciona fazê-lo de modo a afetar o menos possível a subjetividade e autodeterminação de cada indivíduo.

2.2 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Na construção teórica de Zaffaroni, o sistema penal opera a partir de diversas agências, merecendo destaque as agências políticas (poderes políticos), as comunicacionais (meios de comunicação de massa), as policiais (polícias) e as judiciais (Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário, Advocacia, etc.).

A criminalização, de outro lado, consiste em um processo de duas etapas fundamentais. A primeira etapa ou dimensão consistiria na chamada criminalização primária, representada pela eleição de uma conduta e sua tipificação como crime pelas agências políticas. A segunda etapa ou dimensão consistiria na criminalização secundária, representada pela imputação real da prática de uma conduta definida como crime no processo de criminalização primária a um indivíduo determinado (ZAFFARONI, 2003, p.43).

E é na etapa secundária da criminalização que a ideia de seletividade do sistema penal atua de maneira mais acentuada. Isso porque a criminalização secundária é uma tarefa desincumbida fundamentalmente pelas agências policiais, que operam com extrema escassez de recursos e que tem a missão de dar execução ao enorme programa de criminalização estabelecido a partir das agências políticas na atividade de criminalização primária. Nesse contexto só lhes resta como alternativa selecionar condutas e criminosos de modo a ter alguma atividade que justifique sua própria existência (ZAFFARONI, 2003, p.44-45).

Nesse contexto, a seleção operada pelas agências policiais no processo de criminalização secundária acaba por atingir essencialmente os fatos mais grosseiros (obras toscas da criminalidade), cuja detecção é mais fácil; bem como as pessoas que causem menos problemas, aque-

las que são ignoradas e desvaloradas, notadamente as pessoas que não tem acesso ao poder político, econômico e aos meios de comunicação de massa. O alvo, pois, são os vulneráveis por excelência (ZAFFARONI, 2003, p.46-50).

Associando-se a estas condicionantes estruturais o papel central exercido pelos meios de comunicação social, agentes propulsores por excelência da denominada criminologia midiática (ZAFFARONI, 2013, Conferência n.º 23), tem-se o quadro agravador da expansão do sistema penal, marca do tempo hodierno.

2.3 O SISTEMA PENAL E A FUNÇÃO DOS JURISTAS

No modelo acima delineado é de reconhecer o limitado poder das agências judiciais, eis que somente trabalham sobre o material “pré-selecionado” pelas instâncias políticas (legislação posta) e de casos concretos determinados a partir das agências policiais (associadas obviamente as ingerências que as agências políticas e comunicacionais exercem sobre essas).

Nesse contexto, propõe-se aos operadores das agências judiciais que exerçam uma função cautelar de contenção do poder punitivo (ZAFFARONI, 2013, Conferência n.º 25), e de defesa do estado de direito em face do ímpeto das demais agências (cada qual com suas motivações) de expansão do poder punitivo e do sistema penal (e em última análise do próprio estado policial).

3 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Delineado o marco teórico no qual se insere o presente estudo, o qual visa numa dimensão de criminologia cautelar denunciar uma prática violadora do estado de direito (a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos), cumpre delinear os aspectos centrais do direito humano fundamental à inviolabilidade de domicílio.

A inviolabilidade de domicílio é direito fundamental, consagrado nas constituições das nações livres a partir do paradigma inglês. Nesse ponto, cumpre lembrar as palavras sempre atuais de Lord Chatham ao Parlamento Britânico acerca da garantia fundamental da inviolabilidade de domicílio:

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças das Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas

mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar (MORAES, 2006, p.49).

No Brasil, a inviolabilidade do domicílio é assegurada desde o advento da Constituição de 1824, a qual textualmente assegurava em seu artigo 179, inciso VII, que:

Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

Na atual Constituição da República Federativa do Brasil, o dito direito fundamental encontra-se afirmado no artigo 5.º, XI, segundo o qual:

a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

No plano convencional, é de destacar que o mencionado direito fundamental é assegurado, inclusive em sentido mais amplo, nos termos do artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado internamente pelo Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992:

Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

E mais especialmente, no contexto americano, é de registrar o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada internamente por força do Decreto n.º 678, de 06 de dezembro de 1992, que em seu artigo 11.2 aduz em igual sentido:

Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

No plano do direito interno infraconstitucional, é de mencionar que a inviolabilidade domiciliar encontra proteção penal nos termos do artigo 150, do Código Penal, o qual criminaliza a conduta de entrar ou perma-

necer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências. A pena prevista para tal agir é a de detenção de um a três meses ou multa.

Ainda, e com especial relevância no âmbito do presente estudo, nas hipóteses em que a ingerência abusiva é praticada por funcionário público no exercício da função, incide a Lei 4898/65 (Lei do Abuso de Autoridade),² nos termos da qual considera-se abuso de autoridade qualquer atentado à inviolabilidade de domicílio (artigo 3.º), sujeitando-se o autor à sanção de detenção de 10 dias a 06 meses e multa, bem como perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por prazo de até três anos. Ainda, se o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

E a partir do conjunto normativo pontuado acima se pode dizer que, como regra, ninguém pode entrar na casa alheia sem o consentimento do morador, devendo ser entendido por casa o lugar onde uma pessoa vive ou trabalha, não acessível ao público em geral, reservado à sua intimidade e à sua vida privada.

Considera-se domicílio, pois, para fins do texto constitucional, todo local, delimitado e separado, por alguém ocupado de modo exclusivo a qualquer título, inclusive profissionalmente.

E assim, ressalvadas as hipóteses excepcionais de flagrante delito ou desastre, o ingresso no domicílio de um indivíduo somente se pode dar por força de determinação judicial.

E nesse ponto, vale dizer, está-se diante de verdadeira cláusula de reserva jurisdicional, sendo atribuição exclusiva do Poder Judiciário da República, por meio de seus órgãos, autorizar mediante mandado o ingresso no domicílio particular (BULOS, 2014, p.584-585). Assim é, nesses casos, o Judiciário guardião exclusivo dos direitos fundamentais do cidadão frente às ingerências abusivas de terceiros particulares ou, como mais frequentemente sói ocorrer, dos agentes do Estado.

² Nesse sentido é de destacar que apesar do teor do artigo 150, §2.º, do Código Penal, impondo o aumento de pena nas hipóteses em que invasão de domicílio é praticada por funcionário público fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder, para a maioria da doutrina, tal parágrafo foi revogado pela Lei 4898/1965, estatuto este superveniente e especial. Nesse sentido: CUNHA, Sanches. Rogério. Direito Penal Parte Especial, 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.115. Em sentido contrário, sustentando a prevalência do artigo 150, do Código Penal e inclusive suscitando a possibilidade de concurso entre essa figura e o delito previsto na Lei de Abuso de Autoridade, a depender do caso concreto: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, v. 2, 7.º ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 409.

4 O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL

Em que pese o Código de Processo Penal Brasileiro trate a busca e a apreensão como um instituto único, a doutrina disciplina que a busca é instituto diverso ao da apreensão, tendo em vista que busca consiste em medida instrumental (meio de obtenção de prova) que visa encontrar pessoas ou coisas (LOPES Jr, 2012, p. 701) e apreensão em “*medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos*” (BADARÓ, 2014, p. 345).

Dessa forma, tratando-se de institutos distintos, não há óbice ao uso isolado da busca ou da apreensão, uma vez que a diligência de busca pode ser frustrada, não se encontrando a pessoa ou o objeto ao qual se pretendia apreender, ou somente visar a identificação de determinada circunstância, e a apreensão pode ser realizada sem prévia busca – quando, por exemplo, o objeto é entregue de forma voluntária à autoridade competente (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 444).

O Código de Processo Penal Brasileiro disciplina a busca e apreensão no Capítulo XI de seu Título VII, o qual dispõe acerca da prova no âmbito penal. Contudo, a busca e apreensão não se trata de meio de prova, mas sim, consoante leciona Badaró, de meio de obtenção de prova. Isso porque, “*enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática*”, os meios de obtenção de provas – como no caso da busca e apreensão – “são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de prova” (BADARÓ, 2014, p. 266 e 344).

Ou seja, a busca e apreensão destina-se à obtenção de nova prova para o processo, com a finalidade de assegurar o uso de elemento probatório ou simplesmente evitar o seu perecimento, ou assegurar reparação de dano proveniente do crime, caracterizando, assim, sua natureza de medida cautelar ou meio de obtenção de prova, e não de prova, em que pese o tratamento equivocado da legislação processual penal brasileira (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 444).

É verdade que os meios de obtenção de prova implicam, via de regra, em restrição a algum direito fundamental do investigado previsto no artigo 5º da Constituição Federal (BADARÓ, 2014, p. 266), visto que os direitos fundamentais não são absolutos, cabendo sua limitação em casos excepcionais (LOPES Jr, 2012, p. 702).

Não obstante, insta salientar que, conforme menciona Aury Lopes Jr.:

em uma Constituição democrática como a nossa, há que se (re)construir o processo penal desde esse referencial, calculado no respeito aos direitos e garantias fun-

damentais do cidadão, sem que isso se confunda com impunidade, mas também sem jamais deixar escorregar para o abismo do estado-de-polícia” (LOPES Jr, 2012, p. 702).

No caso da busca e apreensão, o direito fundamental a ser restrito depende da espécie de busca, a qual pode ser domiciliar ou pessoal. Tratando-se de busca domiciliar, a garantia constitucional limitada é a da inviolabilidade do domicílio (BADARÓ, 2014, p. 344 e 345), disciplinada no inciso XI do aludido artigo, que assim dispõe:

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

E, em casos de busca pessoal, limita-se o direito fundamental à intimidade (BADARÓ, 2014, p. 344 e 348), garantido pelo inciso X, também do artigo 5º da Carta Magna, o qual estabelece que:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Essa divisão da busca em duas espécies – domiciliar e pessoal – encontra-se prevista no artigo 240 do Código de Processo Penal, no qual o seu §1º trata das hipóteses de busca domiciliar e o §2º prevê que a busca pessoal pode ser realizada conforme as hipóteses descritas nas letras *b* a *f* e letra *h* do já mencionado §1º:

Art.240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2o Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

A busca domiciliar pode ser compreendida como aquela realizada em residência ou, ainda, consoante estipula o artigo 246 do Código Processual Penal, “*em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade*”. Estes locais, bem como os quartos de hotéis, motéis ou equivalentes, são tutelados pela garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), desde que devidamente habitados (PACELLI, 2014, p. 441).

Sem o consentimento do morador, ninguém poderá ingressar no local em que habita, sob pena de violação à sua garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio, exceto em caso de flagrante delito ou em decorrência de ordem judicial, que poderá ser executada apenas no período diurno (BADARÓ, 2014, p. 346).

O artigo 241 do Código de Processo Penal preceitua que, “*quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado*”. Todavia, tal dispositivo é criticável e deve ser desconsiderado na medida em que a Magna Carta dispõe expressamente em seu artigo 5º, inciso XI, que a garantia da inviolabilidade do domicílio apenas pode sofrer limitação mediante ordem judicial ou em caso de flagrante delito. Destarte, inexistindo flagrante delito, para que a inviolabilidade do domicílio seja restringida, tem-se como indispensável a presença da ordem judicial e, conseqüentemente, da expedição do mandado de busca e apreensão.

Para assegurar que o direito constitucional do morador não seja infringido, faz-se indispensável o preenchimento de determinados requisitos para a execução da medida de busca domiciliar, sendo eles, consoante disciplina Eugênio Pacelli:

a) ordem judicial escrita e fundamentada, como qualquer medida cautelar restritiva de direitos (art. 52, XI, CF);

b) indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência (art. 243, CPP);

c) cumprimento da diligência durante o dia, salvo se consentida à noite, pelo morador;

d) o uso de força e o arrombamento somente serão possíveis em caso de desobediência, ou em caso de ausência do morador ou de qualquer pessoa no local (an. 245, §§ 3º e 4º)(PACELLI, 2014, p. 441).

Ainda, conforme Gustavo Badaró leciona em sua obra, os requisitos do mandado de busca e apreensão domiciliar podem ser divididos em intrínsecos, presentes no artigo 243 do Código de Processo Penal, e em extrínsecos, dispostos no *Caput* do artigo 245, do mesmo código (BADA-RÓ, 2014, p. 350 e 351).

Logo, nos termos do artigo 243 do Código Processual Penal, podemos elencar os requisitos intrínsecos do mandado de busca e apreensão domiciliar como sendo os seguintes:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

Cabe ainda mencionar que, tratando do artigo 243, o § 1º institui que, *“se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca”* e o § 2º que *“não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”*.

Já os requisitos extrínsecos, relacionados com o cumprimento do mandado de busca e apreensão, estão previstos no *Caput* do artigo 245 do Código Processual Penal nos seguintes termos:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores

mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o representante, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

O artigo 245 ainda prevê em seus parágrafos algumas peculiaridades que devem ser cumpridas no procedimento do mandado de busca e apreensão:

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

A busca pessoal, por sua vez, incide sobre a pessoa – suspeito, indiciado, acusado, vítima ou terceiro –, abrangendo seu corpo, suas vestes e outros objetos ou coisas que estejam em contato com o seu corpo ou que esteja transportando, não podendo ser confundida com a inspeção corporal, a qual se trata de *“um exame do corpo da própria pessoa para a sua identificação, ou descoberta de sua idade, ou verificação de lesões deixadas pelo crime”*.

E, tal como ocorre na busca domiciliar, faz-se necessária fundada razão para a busca pessoal (BADARÓ, 2014, p. 348 e 349), sob pena de violação ao direito fundamental à intimidade (CF, art. 5º, X). Inexistindo ordem judicial, a busca pessoal só poderá ser efetuada nas hipóteses do artigo 244 do Código Processual Penal, ou seja, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

De toda maneira, insta frisar que para a concessão do mandado de busca e apreensão devem concorrer elementos de urgência e necessidade, não bastando meras suspeitas ou ilações despidas de base probante, ainda que perfunctória (ROSA, 2013, p.145).

5 MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO: O CASO DA OCUPAÇÃO DO COMPLEXO DE FAVELAS DA MARÉ

5.1 MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO EM SEDE CRIMINAL

Pontuadas as características acerca do direito humano fundamental à inviolabilidade domiciliar e da medida cautelar voltada à obtenção de provas da busca e apreensão (instrumento limitador do referido direito fundamental), fica evidente a necessidade de observância a um amplo conjunto de requisitos legais, constitucionais e convencionais (de dimensão formal e substancial) para efeito de restrição ao direito fundamental supracitado por ocasião da expedição de mandado de busca e apreensão.

A indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência (art. 243, CPP) são, como visto, um requisito essencial para a expedição do mandado de busca e apreensão.

Não obstante, a prática judicial não raras vezes vem ignorando tais requisitos, ampliando a possibilidade de ingerência abusiva das agências policiais em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente, os marginalizados, sem voz e ignorados pelos meios de comunicação de massa.

Trata-se do fenômeno da expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, em caráter amplamente genérico, permitindo à autoridade policial e aos seus agentes que ingressem nos domicílios situados em todo um quarteirão, uma rua ou uma vila (ou, como será detalhadamente apresentado, uma favela inteira!) em busca de drogas, armas e objetos suspeitos.

Tal fenômeno não corresponde a evento isolado ou localizado. Efetivamente, mediante pesquisa a portais de notícias é possível verificar a narrativa da barbárie a qual marcou sistematicamente a recente ocupação de favelas pelas forças policiais no Rio de Janeiro. Mais do que isso, a prática não está isolada no âmbito fluminense havendo registros apontando sua adoção em outros estados da federação. Tudo, por óbvio, sempre a pretexto de meras suspeitas ou com base em deduções superficiais para “garantia da ordem pública e segurança coletiva”.

Do ponto de vista do processo penal, especialmente a partir de uma leitura constitucional e convencional, tal prática é de todo absurda e fragiliza de morte os direitos fundamentais das populações atingidas.

Nesse sentir, merece destaque a ponderação do processualista gaúcho Aury Lopes Júnior (2012, p.711):

Situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum, são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual vila. Claro que os juízes somente expedem tais monstruosidades jurídicas quando se trata de barbarizar os clientes preferenciais do excludente sistema implantado, aqueles para quem a proteção constitucional da casa (e demais direitos fundamentais) é ineficaz, até porque favela e barraco não são casas... e quem lá (sobre)vive não merece nenhuma proteção, pois são os “outros”, ou, ainda, a multidão de invisíveis.

Nesse diapasão, é de destacar a menção do autor aos destinatários naturais de tal prática violadora, as populações vulneráveis, clientes preferenciais do sistema penal.

E aqui também cabe o protesto do processualista fluminense Paulo Rangel, que destaca tratar-se a inviolabilidade de domicílio um direito fundamental assegurado na Constituição, a qual também protege as populações marginalizadas e tem vigência também nas áreas periféricas (para aqueles que eventualmente não tenham compreendido isso ainda!):

Do mesmo modo, não pode haver mandado de busca e apreensão coletivo e genérico, ou seja, um só mandado para ingressar em todas as casas de uma vila, por exemplo, sem especificar quais. Muito menos em uma favela que, para quem não sabe, também tem residências que devem ser respeitadas nos estritos limites da Constituição da República. A Constituição foi elaborada para ser respeitada em todo o território nacional e não só no asfalto e nas áreas nobres das cidades. (RANGEL, 2010, item 7.5.3.1)

E tal prática violadora de direitos e garantias fundamentais da cidadania traz consequências tanto do ponto de vista processual quanto penal.

A consequência no plano processual é a inadmissibilidade das provas obtidas no contexto de mandado de busca e apreensão coletivo, porque ilegais (obtidas em ofensa ao direito material e processual), eis que trata-se de procedimento de obtenção de provas que não observa as formalidades e garantias essenciais (RANGEL, 2010, item 7.5.3.1).

Já no plano penal, devem a autoridade policial e seus agentes responder pela violação ilegal de domicílio praticada, sujeitando-se às penas previstas na Lei 4898/1965 (Lei do Abuso de Autoridade).

5.2 O CASO DO COMPLEXO DE FAVELAS DA MARÉ

E no contexto do instituto denunciado acima é que se insere um caso concreto, a expedição de mandado de busca e apreensão criminal coletivo autorizando a ingerência abusiva das agências policiais em relação aos moradores de todo o Complexo da Maré, na cidade do Rio de Janeiro.

Cumprе advertir, desde logo, que a narrativa do caso concreto a partir das peças processuais que lhe instruíram e as valorações e críticas tecidas nesse contexto restringem-se ao caso posto e à solução adotada pelas agências judiciais, em nenhum momento visando-se qualquer juízo de reprovação às pessoas dos agentes judiciais diretamente envolvidos no caso entelado.

Nos últimos dias do mês de março de 2014, o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, através de seu órgão da 39.^a Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, acolheu pedido da Autoridade Policial instruído com parecer favorável do Ministério Público do Estado para autorizar a realização de busca e apreensão coletiva abrangendo toda o Complexo de Favelas da Maré.

Sobre a amplitude e condições do mandado judicial de busca e apreensão concretamente deferido no feito em comento vale trazer a transcrição parcial da decisão que o deferiu, proferida nos autos do processo n.º0101343-46.2014.8.19.0001, nos seguintes termos:

O caso é peculiar, pelo amplo objeto da medida cautelar a ser cumprida. Dessa forma acolho a representação da Autoridade Policial, para deferir a busca e apreensão nas casa situadas nas seguintes localidades: Rua 29 de Julho; Ria Flávia Farnense; Rua Teixeira Ribeiro; Rua Tatajuba; Rua João Pessoa; Rua Darci Vargas; Rua Ari Leão; Rua Nova; Rua Caminho Rubens Vaz; Rua Principal; Rua Massaranduba; Rua Bitencourt Sampaio; Rua 1; Rua 2; Rua 4; Rua Larga; Rua da Praia; Rua Raul Brunini; Rua da Paz; Localidade conhecida coo Sem Terra.

Autorizo a Autoridade Policial a realizar diligências de busca e apreensão nos becos e vielas adjacentes às ruas acima referidas, diante da informação de que tais localidades são utilizadas por criminosos como bocas de fumo e casas de moradores como paióis (fls.40v)."

Chama à atenção a amplitude da autorização deferida, para uma ampla gama de ruas inteiras, bem como para as "ruas e becos adjacentes"; em outras palavras, para qualquer domicílio que a autoridade policial

entendesse suspeito desde que situado no âmbito do Complexo de Favelas da Maré.

Onde está a individualização concreta do local, do objeto e da motivação da restrição ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar?

A decisão em questão foi alvo de mandado de segurança, apresentado por moradora da comunidade cuja residência se encontrava no espectro dos potenciais atingidos pela ingerência abusiva autorizada no mandado em questão (como qualquer outro morador do Complexo da Maré em face da enorme abrangência da ordem) representada pela assessoria jurídica do Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH, 2014).

Nos seus fundamentos, a entidade aduziu a inobservância dos ditames constitucionais e do Código de Processo Penal, atentando para a absoluta monstruosidade jurídica representada pela ordem coletiva de busca e apreensão.

Em sede liminar, o órgão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a inadmissibilidade de ordem coletiva, porém aduziu que no caso concreto não haveria violação(?).

Solicitadas informações ao juízo de primeiro grau responsável pela expedição da ordem atacada no mandado de segurança, este reafirmou a legalidade da medida adotada (expedição de mandado de busca e apreensão coletivo) e justificou a medida em termos de necessidade para a ocupação pelas agências policiais de uma comunidade que há muito era tida como reduto utilizado por criminosos para a prática do tráfico de drogas e para o depósito de armas e munições. Nesse aspecto ainda aduziu que a medida era deferida para a defesa dos próprios moradores da comunidade, supostamente alijados de acesso ao direito à segurança em uma área supostamente submetida ao controle de criminosos, e não com o intuito de vulnerar o direito à inviolabilidade domiciliar dos mesmos.³

Impetrado agravo regimental contra a decisão monocrática que negara a liminar em questão, a decisão foi mantida pela unanimidade dos julgadores por não se verificar no plano preliminar ato de ilegalidade ou abuso de poder(?).

Em outras palavras, no influxo do tradicional discurso de “defesa social” as agências judiciais concretamente ignoraram a função precípua de defesa do estado de direito e cancelaram uma prática que causa ojeziza até mesmo ao chamado “senso comum teórico” dos juristas.

5.3 A EXPEDIÇÃO DE MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS E A FRAGILIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

³ Peças constantes no Mandado de Segurança n.º0016241-59.2014.8.19.0000 que tramitou na Justiça Estadual do Rio de Janeiro.

Nesse sentir, a partir do exposto até este ponto, evidente que a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos no âmbito criminal representa evidente violação a direitos fundamentais da cidadania, que assistem a todos e não apenas a alguns.

E dessa forma tais violações conduzem à expansão do poder das agências policiais, fragilizando um estado de direito que, no caso brasileiro, ainda em grande medida encontra-se por construir.

Nesse aspecto, fundamental a denúncia de tal prática e o chamado dirigido às agências judiciais para que exerçam seu papel de contenção da expansão do poder punitivo.

E nesse encadear de ideias nos valem da ponderação de Salah Khaled Júnior em artigo intitulado “O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: homenagem ao professor Eugenio Raúl Zaffaroni”, nos seguintes termos:

Não é aceitável que os penalistas continuem compactuando – quase que deliberadamente – com o estado de exceção, o que assegura a permanência da opressão dos menos afortunados – muitas vezes tratados como não-pessoas –, principalmente em sociedades com altos índices de exclusão, como a brasileira. Portanto, trata-se de reencontrar a vocação subversiva do discurso e extirpá-la do conformismo que sob alguns aspectos compromete o que deve ser seu sentido último. Desconsiderar o aspecto de garantia que o direito penal representa e pura e simplesmente renegá-lo não pode ser seriamente considerado como o caminho a seguir, pelo menos no contexto contemporâneo.

Efetivamente, aos operadores das agências judiciais cumpre uma função cautelar de contenção do poder punitivo e de defesa do estado de direito em face do ímpeto das demais agências (cada qual com suas motivações) de fazer estender o poder punitivo e o sistema penal (e em última análise estabelecer um verdadeiro estado policial).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da perspectiva adotada na presente manifestação, e com base nos elementos e ponderações trazidos, evidencia-se que a expedição de mandados de busca e apreensão de caráter genérico e coletivo em matéria criminal constitui prática inadmissível à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Tal procedimento mostra-se incompatível com um modelo de esta-

do de direito, constituindo, pelo contrário, verdadeira expressão do estado de polícia.

A inviolabilidade domiciliar é direito humano fundamental assegurado no plano constitucional, convencional (Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e Convenção Americana de Direitos Humanos) e infralegal (Código Penal, Código de Processo Penal e Lei 4898/1965).

O mandado de busca e apreensão é meio de obtenção de provas restritivo de direitos fundamentais o qual possui detalhada regulação legal a fim de coibirem-se abusos.

A expedição de mandado de busca e apreensão coletivo, tal como ilustrado no caso da ocupação do Complexo da Maré, representa violação aos regramentos estabelecidos no plano legal, constitucional e convencional.

Nesse aspecto, merecem destaque as consequências previstas expressamente no ordenamento jurídico pátrio tanto no plano processual (ilicitude das provas obtidas em contexto de violação à inviolabilidade domiciliar) quanto penal (criminalização primária de condutas abusivas praticadas por funcionários públicos no exercício da função ou por terceiros particulares em detrimento da inviolabilidade domiciliar alheia).

Criticamente, cabe a ponderação do papel fundamental a ser exercido pelas agências judiciais na contenção do poder punitivo, notadamente, coibindo os esforços das demais agências do sistema pela expedição de mandado de busca e apreensão criminal coletivo em detrimento dos direitos fundamentais das populações vulneráveis.

7 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. 2, 7.º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>.

br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Decreto n.º 592/1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Decreto n.º 678/1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Lei n.º 4898/1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acessado em: 25 jun. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Sanches. Rogério. **Direito Penal Parte Especial**, 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DDH (INSTITUTO DE DEFENSORES DOS DIREITOS HUMANOS). **DDH e Centro de Assessoria Popular Mariana Criola ingressaram com Mandado de Segurança questionando a legalidade do uso de mandado de busca e apreensão genérico em ocupação militar da Maré**, Disponível em: <<http://ddh.org.br/ddh-e-centro-de-assessoria-popular-mariana-criola-ingressaram-com-mandado-de-seguranca-questionando-a-legalidade-do-uso-de-mandado-de-busca-e-apreensao-generico-em-ocupacao-militar-da-mare/>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: homenagem ao professor Eugenio Raúl Zaffaroni**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-homem-do-dique-e-a-irracionalidade-do-pensamento-juridico-penal-sedimentado-homenagem-ao-professor-eugenio-raul-zaffaroni-por-salah-h-khaled-jr/>>. Acessado em: 27 jun. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 9.^a. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 19.^aed. São Paulo: Atlas, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 18.^aed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 [epub].

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Mandado de Segurança n.º 0016241-59.2014.8.19.0000**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2014.078.00035>>. Acessado em: 07 jun. 2015.

_____. **Inquérito n.º 0101343-46.2014.8.19.0001**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.088427-0>>. Acessado em: 07 jun. 2015.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

O PERFIL DO PRESO EM FLAGRANTE E O DIREITO A TER DIRETOS

Dani Rudnicki¹
Sílvia Pinheiro de Brum²

RESUMO: O artigo versa sobre o perfil da pessoa presa em flagrante na cidade de Porto Alegre, levando em consideração dados oficiais obtidos de 2.539 indivíduos detidos nesta circunstância, durante o ano de 2010, na 2ª Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento. O trabalho objetiva dar visibilidade ao momento da prisão em flagrante, especialmente sobre as pessoas alvo da repressão estatal, registrando suas histórias de vida e características pessoais e, com isto, contribuir para uma reflexão sobre a violência policial nos tempos atuais. Este estudo possibilitou verificar que a característica marcante do preso em flagrante é a sua situação de pobreza, reforçando a seletividade do direito penal e a necessidade da presença da Defensoria Pública como garantidora de direitos.

PALAVRAS CHAVE: Presos. Flagrante. Defensoria Pública. Seletividade. Direito Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O pouco conhecido ritual do flagrante. 3. A seletividade do direito penal. 4. O que dizer desses seres humanos. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como base a dissertação apresentada no mestrado em direitos humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. A pesquisa surgiu a partir do desenvolvimento de trabalho com atuação na Defensoria Pública Especializada em Direitos Humanos, entre os anos de 2010 e 2011 que consistiam em atender, em plantões de 24 horas, os flagrantes realizados, orientando juridicamente os cidadãos apresentados presos na 2ª Delegacia de Pronto Atendimento de Porto Alegre.

Os dados para esta fase da pesquisa e que fundamenta este artigo são provenientes da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio

¹ Dani Rudnicki é Doutor em Sociologia (UFRGS), coordenador do PPGDir do Centro Universitário Ritter dos Reis, conselheiro do Movimento Justiça e Direitos Humanos, advogado.

² Sílvia Pinheiro de Brum é Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis.

Grande do Sul através do Departamento de Planejamento e Coordenação da Polícia Civil, na qual se pretendeu estabelecer um perfil das pessoas presas em flagrante: idade, cor, religião, situação econômica, escolaridade, situação familiar, reincidência/antecedentes, se já esteve preso. Estes dados oficiais, foram formatados em arquivo SPSS, que consiste em software aplicativo, utilizado em pesquisas com possibilidade de trabalho estatístico e análise de diversas variáveis.³

A 2ª DPPA, em Porto Alegre, localiza-se no Palácio da Polícia, edifício no qual está localizada a sede da cúpula administrativa da Polícia Civil no Estado. Registra-se que os flagrantes da delegacia objeto de estudo, não abrangem o tráfico de entorpecentes, que são registrados na 3ª DPPA, nem os delitos que dizem respeito a trânsito e homicídios, que também possuem delegacias especializadas. Todos os demais flagrantes de delitos são atendimentos pela 2ªDPPA.

Desta forma, foi possível pesquisar o perfil da pessoa presa em flagrante na cidade de Porto Alegre, levando em consideração dados oficiais obtidos de 2.539 indivíduos detidos nesta circunstância, durante o ano de 2010, na 2ª Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento. O trabalho objetiva dar visibilidade ao momento da prisão em flagrante, especialmente sobre as pessoas alvo da repressão estatal, registrando suas características pessoais e, com isto, contribuir para uma reflexão sobre a seletividade do direito penal e o papel da defensoria pública, na defesa efetiva dos direitos humanos.

2 O POUCO CONHECIDO RITUAL DO FLAGRANTE

A prisão em flagrante vem descrita no texto legal, possuindo processualística cuja desobediência implica em nulidades capazes de torná-la ineficaz. No entanto, como são as pessoas presas, de que forma são recebidas pelos agentes públicos envolvidos no ato, como se desenvolve essa situação conflituosa, via de regra, não possui relatos ou estudos.

Descrevendo o flagrante, podemos dizer que, via de regra, inicia com a chegada de policiais militares, geralmente dois ou três, com um indivíduo algemado. Apresenta-se o preso ao policial civil plantonista, que

³ Em relação à análise desses dados, destacamos que este é um trabalho descritivo, cujo processamento das informações contou com o emprego do programa SPSS (*Statistical Package for the Social Sciences*), versão 17.0. A escolha por esse software e se justifica por ser ele um aplicativo de análise estatística indicada para fins científicos, conforme pode ser observado na sua ampla utilização na materialização de estudos e pesquisas em diversas áreas das ciências humanas e sociais. A principal técnica de análise empregada nesta investigação foi a construção de frequências simples. Essa leitura dos dados, frequências simples, tem como objetivo agrupar e/ou contabilizar o número de respostas coletada em cada uma das questões presentes no banco de dados. Assim, permite descrever, como um todo, as características predominantes no grupo estudado

passa a identificá-lo (nome, filiação, confere fotos do sistema informatizado) e ouve resumidamente a narrativa dos fatos trazida pelos policiais militares e repassa as informações ao delegado que, por sua vez, se convencido do relato trazido, determina o início da lavratura do flagrante e indica o tipo penal.

Neste momento é informada à pessoa a sua prisão e os motivos, já indagando o telefone dos familiares para o aviso previsto constitucionalmente. Pergunta-se também se possui condições de chamar um advogado, esclarecendo que se não possuir, será assistido pela Defensoria Pública. Em caso de resposta negativa, o defensor público plantonista é chamado.

No prédio há uma sala destinada à Defensoria Pública, local que possui estrutura de informática, telefones, fax, máquina digital, mesa com cadeira, armário; tudo para possibilitar a confecção das peças defensivas. É um local separado fisicamente da área da delegacia, mas integrante de todo arquitetônico do Palácio da Polícia.

Após a identificação prévia, o preso é encaminhado pelos policiais para uma cela de triagem e lá aguarda (algemado ou não) a parte burocrática da confecção do auto de prisão em flagrante.

O indivíduo privado da liberdade é encaminhado ao DML para que um médico apresente auto de exame de corpo de delito. Esta providência não é para garantir o bem-estar nem advém da preocupação de que aquele indivíduo está ferido. Seu objetivo maior é evitar a responsabilização dos policiais civis, principalmente naqueles casos em que o preso chega à delegacia com ferimentos que possam vir a apresentar complicações entre o tempo que permanecer ali até a sua apresentação aos agentes da SUSEPE, no Presídio Central de Porto Alegre. É uma forma de garantir que aquela pessoa apresentava aqueles ferimentos naquele momento, ou não. Se outros advierem dali por diante, não serão da responsabilidade da Polícia Civil.

O defensor ao chegar à delegacia, postula a oitiva do preso, reservadamente. Considerando questões de segurança, o preso é ouvido na cela, pois o momento do flagrante não é calmo. Os ânimos estão acirrados, a “adrenalina” está em alta e o comportamento de todos no ambiente tende à hostilidade, incluindo o cidadão preso (e não raro agredido). Embora muitos policiais e delegados tenham comportamento, em geral, amigável com todos os defensores públicos, a situação nesses momentos é sempre tensa. O que se exige, no entanto, é que esta conversa seja efetivamente reservada, sem a presença dos policiais civis ou militares. E isto é garantido, via de regra, sem questionamentos.

Na entrevista, o defensor público apresenta-se ao preso e passa a ouvi-lo, indagando sobre os fatos que originaram a situação, bem como as denúncias de maus-tratos (se houverem ocorrido). Normalmente ele é

orientado a não prestar declarações sobre os fatos que originaram sua prisão, tendo em vista que a situação de flagrância não recomenda. Somente se o preso possuir uma versão muito favorável à sua defesa técnica, presente e futura, será orientado a falar nesta fase.

Por várias razões: a primeira delas é porque o preso chega muitas vezes em situação pessoal precária, pelo uso de drogas, embriaguez, ou mesmo devido à emoção do momento (nenhuma dessas situações gera depoimento isento, bom para a futura defesa no processo); a segunda razão deve-se à legislação processual penal, pois, no processo criminal, se houver um, o réu será o último a falar, após toda a oitiva das testemunhas, justamente para proporcionar a ampla defesa. Assim, permitir que o preso preste declarações no momento de sua prisão em flagrante deve ser analisado com cautela pelo defensor. Após a oitiva, ou assinatura das peças necessárias, ele é encaminhado para o 'xadrez', onde aguarda, junto com todos os demais presos em flagrante das últimas horas, a chegada de outra equipe de policiais civis, do Grupo de Operações Especiais, que, em carro apropriado levará os presos para o Presídio Central de Porto Alegre, onde aguardarão a decisão judicial a respeito do pedido de liberdade provisória, que será confeccionado pela Defensoria Pública e encaminhado juntamente com as peças do flagrante.

Em Porto Alegre, a comunicação da prisão à família somente ocorre por telefone, salvo se os familiares ou a pessoa indicada pelo preso estiverem na delegacia, no momento da lavratura do flagrante. Ou a pessoa informa um telefone para contato ou ninguém será avisado. A justificativa é a impossibilidade física de designar um policial para ir até as residências dos apreendidos para comunicar a prisão. Muitos presos não possuem vínculos familiares fortes ou a relação está seriamente abalada, em função de abandono, do uso de álcool ou de drogas. Muitos não querem saber da prisão de filhos ou netos que vivem nas ruas, em função do vício em substâncias entorpecentes. Percebeu-se a existência de uma "rede" informal de informações, ou a prisão ocorreu na região onde mora e seus vizinhos fazem circular a informação, ou, no interior do presídio, há pessoas conhecidas, com visitas com vínculos de amizade ou parentesco, e a prisão acaba chegando ao conhecimento de parentes do preso.

Assim, justamente o excluído do mercado de consumo, que não possui acesso à telefonia celular, ao computador, o muito empobrecido, o morador de rua, acabam por não comunicar, de fato, a nenhuma pessoa sua privação de liberdade.

Na 2ª DPPA o preso não é formalmente ouvido antes de ser entrevistado pelo defensor público. A realidade não foi a mesma nos flagrantes acompanhados na delegacia de homicídios. Nesta delegacia, por ocasião de acompanhamento de um flagrante no ano de 2010, houve resistência,

por parte dos policiais e do próprio delegado titular na época, ao trabalho da Defensoria Pública, com insistência na produção de prova que claramente prejudicaria a defesa, com elaboração de perguntas ao preso, mesmo com a afirmação da defesa pública de que ele só prestaria declarações em juízo. Era visível a pressão para que o preso confessasse a autoria ou, descuidadamente, prestasse informações para a investigação. Esta diferença no procedimento tem relação com a maior ou menor presença dos defensores públicos nas delegacias, uma vez que, na 2ª DPPA, a prática policial está habituada com a constante participação da instituição há vários anos, conhecendo e o modo de proceder dos defensores, o que resulta no maior respeito às garantias do preso naquele momento.

Outra situação enfrentada na defesa dos assistidos é a dificuldade na identificação dos policiais militares que realizaram a abordagem, especialmente se esta abordagem resultou em violência. Muitas vezes, os próprios presos não indicavam aqueles policiais que o traziam como os agressores. É comum o nome do policial militar não estar visível na farda que ostenta, sendo proposital para dificultar sua identificação. Dessas observações, ressaltamos que a violência física contra o preso, ocorre longe do olhar do defensor público, e todas as formas para dificultar o acesso à identificação e informação são utilizadas pelos agressores.

3 A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

Levando em consideração os dados quantitativos de 2.539 pessoas presas em flagrante durante o ano de 2010, constatamos que no que diz respeito às características físicas, em sua expressiva maioria, 94,6% das pessoas presas são do gênero masculino. Interessante destacar que nestes crimes não estão incluídos os flagrantes relacionados ao tráfico de entorpecentes, que são delitos direcionados à 3ª DPPA, em Porto Alegre.

Sobre o fator idade dos presos em situação de flagrância, 63,2% são jovens entre 18 e 30 anos. Esta percentagem sobe para 85,2%, se inserirmos pessoas até 40 anos. Nota-se que o número cai drasticamente, se considerarmos uma faixa etária superior a 41 anos, apenas 11,8%.

Outra variável a ser considerada é a própria escolha por parte dos policiais na abordagem de jovens, que também vem expressa por RAMOS e MUSUMECI (2005: p. 40): “A referência à faixa etária – isolada ou combinada a outras variáveis – foi unânime entre os policiais entrevistados. Sem exceção, todos admitiram que jovens do sexo masculino, especialmente em grupo, chamam a atenção do policial[...]”.

Sobre a temática racial, os gráficos mostram uma percentagem de 62% de pessoas brancas presas em flagrante e 37,5% de pessoas de cor/raça preta, parda, mulata e sarará.

No item cor dos olhos, pode residir a real 'gradação' do quão 'branco' é o indivíduo ou o quanto 'escura' é a pele do branco. Note-se que a proporção de prisões de pessoas com olhos azuis, verdes e indefinidos claros é de 6,9% ou apenas 185 pessoas de 2.539.

Os próximos dados demonstram circunstâncias na época do flagrante e dizem muito sobre sua vida familiar, se trabalhava ou não, até quando estudou e qual foi o fato gerador da prisão. Também são expostos fatos do passado sobre a existência de registros policiais ou prisões anteriores à data do flagrante.

O primeiro deles diz respeito à pessoa que o preso escolheu para avisar de sua prisão. Conforme os dados, cerca de 79,7% optam por não avisar alguém ou avisar pessoas que não possuem vínculos familiares. Ressalta-se que o item "advogado", abrange os defensores públicos plantonistas, que tomam ciência da prisão dos seus assistidos e fazem a sua defesa.

Isto reflete o desgaste dos vínculos familiares do preso, agravado pelo uso de drogas ilícitas ou álcool, culminando com sucessivos crimes patrimoniais para manter o vício e o gradativo abandono das famílias. Era comum ver os policiais civis comentarem da ira dos pais, esposas ou avós avisados, pois não queriam saber do parente preso. Frequente, assim, os próprios presos informarem outros nomes, para não ter que contatar seus parentes. Vale lembrar que muitas dessas ligações eram feitas durante as madrugadas, mais uma variável para não informar o nome e telefone de parentes.

Este dado pode ser visto conjuntamente com a informação a respeito dos vínculos familiares, visto que 85,1% declararam ser solteiros. Na coleta de dados, há referência expressa à situação "amigado", em contraposição ao estado civil "casado". Dessa forma, comuns questionamentos nesta fase da formalização do flagrante: se a pessoa respondia "solteiro", o policial complementava, "Não é amigado?". As respostas, considerando as opções, refletem a realidade familiar do preso ou a ausência desta.

Não há nos dados fornecidos pelo órgão estatal item específico sobre a situação econômica do conduzido apresentado, no entanto, o grau de instrução e os itens seguintes, referentes à profissão e à existência ou não de vínculo com empresas (empregadoras), levam a conclusão da pobreza dos presos.

Neste estudo, foi utilizado como parâmetro para constatação da pobreza o inexistente ou baixo grau de instrução das pessoas aprisionadas. No item 'ensino fundamental' não há graduações de completo ou incompleto, mas, ainda assim, é esse o item apto a demonstrar baixa qualificação e a pobreza:

Relacionando a baixa instrução e, conseqüente, nenhuma ou pouca qualificação profissional, este grupo de pessoas (que totalizam 79,7% - somando os não e semialfabetizados aos que possuem até o ensino fun-

damental) reflete diretamente na percentagem de 84,7% de presos sem profissão declarada.

Declarar uma profissão significa ter qualificação para exercê-la. Pode ser pintor, pedreiro, diarista, bem ou mal remunerado; há um conceito interno de dignidade pessoal dizer que possui uma profissão, sabe fazer algo; existe um sentimento de inclusão social. A ausência desse item de humanidade e dignidade pessoal é perceptível no grupo de pessoas em situação de prisão em flagrante.

Na sequência (previsível) de pessoas que não possuem uma profissão declarada, o item “empresa”, presente nos questionários policiais, foi interpretado como a existência ou não de vínculo empregatício. Apenas 10,3%, ou seja, 261 pessoas presas de um total de 2.539, afirmou que possuía, na ocasião do flagrante, um emprego formal, e 89,7% não declararam profissão. Tal informação fecha um ciclo - grau de instrução, profissão e empresa- e indica a pobreza de grande parte da categoria de presos, ora estudadas.

Outro dado solicitado foi sobre a vida anterior do preso em flagrante, sobre sua passagem ou não pelo sistema de registros policiais. De um modo ou de outro, todas as pessoas presas em flagrante possuíam, ao menos um registro de fatos (como autoras de crimes, ou como vítimas, ou como mera comunicante de fato ilícito).

Registramos que a polícia civil ao elaborar seus dados diferencia “autor” de “indiciado”. O segundo também é o autor do ato criminoso, porém indica sua situação de prisão. Adolescente infrator, conceitualmente, foram os registros anteriores à maioridade penal. Diante disso, foi apurado que 27% dos presos em flagrante já foram apontado como autores em outras ocorrências policiais, 60,4% possuíam registros como indiciados e 12,10% apontavam registros como adolescente infrator. Apenas 0,5% das pessoas presas em flagrantes não possuíam antecedentes criminais.

Foi possível confirmar quantitativamente uma percepção da rotina dos plantões: os delitos que mais recebem a atenção da polícia ostensiva são os patrimoniais, furto e roubo, que abrangem 58,9% dos flagrantes no ano de 2010.

Estes dados deram visibilidade ao momento da prisão em flagrante, e contribui para uma reflexão sobre qual criminalidade está sendo priorizada pelas políticas de segurança pública.

4 O QUE DIZER DESSES SERES HUMANOS

Diante do que demonstram os números, existe um tipo de pessoa que será preferencialmente abordada pelo policial, quando ele está pro-

curando o autor de um delito que acaba de ocorrer? Qual o critério de escolha dos crimes prioritariamente “combatidos” pelas forças policiais? O estudo evidenciou que a seletividade do sistema penal, refletida nos números de pobres encarcerados, encontra uma de suas origens na escolha de quais pessoas e crimes a polícia ostensiva escolhe para reprimir. A pobreza mostrou-se pelos gráficos de baixa escolaridade e profissões declaradas, além do baixo percentual e pessoas com vínculo empregatício.

No que diz respeito à política criminal, sempre esteve presente a sensação que policiais e defensores trabalham com a baixa criminalidade, e que ela, naquele contexto, tomava uma proporção absurdamente maior do que representava de lesividade social. Indicava esta percepção, a lista de objetos de crimes, uma sucessão de cadeiras de plástico, botijões de gás, bacia com detergentes, tênis velhos, lápis, fraldas, chocolates, queijos, carnes, e ainda os chamados crimes impossíveis (nos furtos de mercadorias de baixo valor, cometidos em grandes supermercados com reconhecido e estruturado aparato de segurança privada, câmeras e alarmes). Esta observação confirmou-se, pois 830 pessoas foram presas em flagrante por furto e 182 pelo que classifiquei genericamente como fraudes, nas quais incluímos crimes patrimoniais variados, como o estelionato e a violação de direito autoral (venda de CDs falsificados). Tais prisões acabam por reforçar um estereótipo criminal, conforme aponta BARRETO (2007:p.121):

Quando se verifica a lógica estrutural do sistema penal para quem pratica furto, observa-se o quanto o sistema reforça a criminalização desses indivíduos e acaba retroalimentando o estereótipo criminal. As pessoas que no imaginário popular são as que praticam delitos acabam sendo aquelas mais presentes no sistema carcerário.

O sistema penal, desde as autoridades de Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário até o soldado da guarnição que faz o policiamento de rua, privilegia os crimes patrimoniais, sem violência contra a vítima, figurando o furto, o porte de arma e as fraudes⁴ como responsáveis por 55,9% dos 2.539 flagrantes na 2ª DPPA.

Este dado torna-se relevante, ao demonstrar o foco de atenção e os investimentos de tempo, treinamento e recursos públicos em delitos de reduzida gravidade, em detrimento de maior enfoque na criminalidade que efetivamente faz vítimas com a violência. ROLIM (2012:p.42-43) destaca

⁴ Por opção, foram catalogados como “fraudes”, os crimes referentes à fraude (artigos 171 em diante), violação de direito autoral (artigo 189), crimes contra a fé pública (artigos 289 e seguintes) e as demais falsidades (artigos 293 e seguintes), todos previstos no Código Penal.

esta problemática, no que diz respeito à eficácia do trabalho policial, referindo-se ao modelo reativo de policiamento baseado no atendimento de emergências (principalmente os flagrantes) e após ocorrido o delito:

[...] Bayley e Stkolnick (2001) sustentam que os tipos criminais que mais assustam os americanos (roubo, furto no domicílio, assalto à mão armada, estupro e homicídio) raramente são enfrentados por policiais em patrulhamento. A “boa prisão” é um evento raro na patrulha, que presta um serviço passivo de atendimento às emergências.

[...] Quando os criminosos são presos, isso ocorre ou em flagrante ou quando havia uma informação relevante sobre a autoria prestada pela população. Quando isso não ocorre, as chances de identificar o responsável pelo crime caem de 1 em 10. Afirmações como a de Brodeur – para quem “uma polícia a quem não se indicam explicitamente seus culpados fica entregue à interminável errância da investigação, à qual só o acaso põe fim” – tornaram-se comuns.

Ora, se existe toda esta problemática da produção e busca da prova e sendo a prisão em flagrante um recurso reativo em pleno vigor, estaria a polícia em uma zona de conforto, priorizando atender flagrantes de miseráveis, que são pegos com objetos de reduzido valor ou cometendo crimes de subsistência? O gráfico apontando um percentual de furto de 32,7% indica que sim.

Por outro lado, embora a prisão em flagrante leve em conta a descrição de um suspeito feito pela vítima (estas características devam pautar a busca e futura abordagem policial), raramente via esta descrição ser exposta com detalhes nos depoimentos dos policiais. Neste sentido, referem RAMOS E MUSUMECI (2005:p.54), ao trabalharem com a temática das “blitzes” no Rio de Janeiro:

Outro aspecto que chama a atenção na pesquisa junto à PM é a pobreza do discurso sobre a suspeita. Não só não conseguimos localizar um único documento que definisse parâmetros para a constituição da “fundada suspeita” (expressão usada reiteradamente por policiais, mas sem qualquer sentido preciso), como encontramos nas falas de oficiais, antigos ou jovens, de alta ou baixa patente, uma articulação tão precária a respeito desse tema quanto a observada na “cultura policial de rua”, expressa pelas praças de polícia. É surpreendente, para não dizer espantoso, que a instituição não elabore de modo explícito o que seus próprios agentes definem como uma das principais ferramentas do trabalho po-

lial (a suspeita); que não focalize detidamente esse conceito nos cursos de formação, nas documentações e nos processos de qualificação, nem o defina de modo claro e objetivo, deixando-o à mercê do senso comum, da "intuição", da cultura informal e dos preconceitos recorrentes.

Como a questão da suspeição é de difícil elaboração, a análise dos dados quantitativos revelou que a pessoa apresentada presa na 2ª DPPA é do sexo masculino, jovem, magro, estatura mediana, com características do empobrecimento (baixa instrução e sem profissão declarada), com poucos ou nenhum vínculo familiar (solteira, avisando de sua prisão pessoas estranhas à família), com antecedentes criminais, já esteve presa em outro momento da vida e o fato principal gerador da prisão são os crimes patrimoniais.

Em relação à cor/raça devo destacar que, segundo os dados do IBGE do ano de 2010, em Porto Alegre há uma percentagem de 20,24% da população composta por indivíduos de cor/raça preta ou parda e 79,23% de brancos.⁵ Dessa forma, a percentagem de 37,5% de indivíduos de raça/cor preta, mulata, parda e sarará presos, de uma amostragem de 2.539 pessoas, é proporcionalmente alta e indica uma seletividade racial no momento da prisão. Esta proporção será ainda maior se considerarmos os presos que se declararam agredidos, visto que 40,6% de uma amostragem de 140 presos agredidos por policiais militares são de raça/cor preta, mulata, parda e sarará.

Em estudo realizado com 525.406 mulheres, com idades entre 15 e 59 anos em Recife, RIBEIRO e CAETANO (2005), pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais, trazem dados e análises sobre as respostas a um questionário simultâneo indagando sobre a cor da entrevistada e a percepção da cor pela entrevistadora, visando estabelecer categorias de como a mulher se declara e como a sociedade a vê, em termos raciais. Os resultados revelaram 4 grupos de respostas das entrevistadas: 1) as que se declaram negras e a entrevistadora também a classifica como negra; 2) as que se declaram brancas e a entrevistadora também a classifica como branca; 3) as que se declaram negras e a entrevistadora a classifica como brancas – ‘embranqueceram’; 4) as que se declaram brancas e a entrevistadora a classifica como negras – ‘escureceram’.

Um dado interessante apontado pela pesquisa e que, de certa forma, se revela na questão racial ora estudada é que, “Diferente da auto-classificação [sic], onde a identidade, ancestralidade e características

⁵ http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/observatorio/usu_doc/folder_consciencia_negra.pdf último acesso em 26 de março de 2013.

culturais importam, a cor/raça percebida está relacionada à aparência física (cor da pele e outros atributos físicos), combinados com características tais como educação e renda, que se manifesta através de sinais exteriores de riqueza.” RIBEIRO e CAETANO (2005:p.6)

Nos flagrantes, segundo esclarecimento feito pelo delegado Antônio Padilha, responsável pela consolidação dos dados estatísticos, o preenchimento do quesito ‘cor/raça’, integra as ‘características’ do indivíduo e é baseado na auto declaração e/ou na percepção do policial. Seria possível concluir, diante dessa informação que, primeiro, não há um critério claro e objetivo de preenchimento, pois se o preso declara ser branco e o policial o percebe como negro, qual será a resposta preenchida? Uma vez escolhida (auto declaração ou percepção), que realidade ela reflete? Em segundo lugar, levando em conta o estudo referido, o que leva um preso negro (pardo, sarará, mulato) a declarar-se branco? Influenciaria aqui sua baixa instrução, que reflete inconsistência na declaração? Não reconhecer-se negro, mulato, pardo, ou sarará influenciaria no alto percentual de declarações de raça branca, nos dados estatísticos? Todas estas reflexões mostram a necessidade de aprofundamento no tema e o quanto são complexas as relações e declarações que envolvem raça/cor no Brasil.⁶

Certamente outros fatores permeiam a questão racial, o aspecto de um ser humano miserável, cuja pobreza extrema, possui outra cor, que os tornam “escuros” e “acinzentados”. As roupas velhas, rasgadas, sujas. O cabelo desgrenhado, sem corte. Estas características não estão nos dados oficiais, mas foram extraídas da observação do ir e vir de presos durante os sucessivos plantões entre os anos de 2010 e 2011.

Além da pobreza, tenho que a situação de vida pregressa também possui importância no momento da prisão em flagrante, já que, assim que o indivíduo é preso, há um contato, via rádio, com o Centro Integrado de Operações de Segurança Pública (CIOSP), e o policial militar descobre se aquele cidadão já esteve preso ou possui antecedentes. Vários são os relatos que informam a mudança de atitude para pior, quando os policiais militares “descobrem” seus antecedentes. É quase como uma confirmação de que só pode ser ele a pessoa procurada.

5 CONCLUSÃO

⁶ No decorrer da elaboração da dissertação, foi solicitado ao Delegado Antônio Padilha, Delegado de Polícia diretor do departamento que franqueou o acesso aos dados pesquisados, por email, esclarecimentos sobre a forma de preenchimento pelos policiais do quesito cor/raça, no momento do flagrante, e a resposta foi no seguinte sentido: “Quanto ao questionamento referente às características dos presos, estas informações são lançadas pelo policial, de acordo com as informações do presos e/ou mesmo da percepção no momento do APF”

Diante da inegável constatação de que o seletivo grupo do aparato estatal repressivo é composto por pessoas pobres e vulneráveis socialmente, temos que o direito à defesa nesta fase inquisitorial por defensor público é a única forma de minimamente garantir o acesso à justiça penal de forma igualitária. Não se trata apenas de uma defesa técnica. É o que vem sendo chamado de uma meta-garantia: a garantia de efetivar as garantias constitucionalmente asseguradas. Neste sentido o artigo 5º da Constituição Federal afirma que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. No que diz respeito à Defensoria Pública, o texto constitucional não deixa dúvidas da missão constitucional, insculpido no art. 134, ao afirmar 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.

O ser humano que se encontra em situação de flagrância dentro de uma Delegacia de Polícia, se encontra, indubitavelmente, numa situação de extrema vulnerabilidade e a hostilidade do ambiente apenas favorece o Estado Acusador. Manter esta pessoa sem a orientação jurídica adequada vicia, a nosso ver, todo um processo, e deixa sem sentido, o texto constitucional. Sendo a Defensoria Pública, uma das protagonistas na cena do flagrante, acreditamos que a presença de seus agentes, no momento da privação de liberdade do indivíduo na delegacia, é fundamental para sua defesa efetiva, sendo, portanto, o próprio conceito de meta-garantia: a garantia de ter garantias.

Por fim, outros estudos devem surgir a partir dessas reflexões e, com eles, mais visibilidade à parcela da população para a qual se comprovou que o sistema penal é dedicado desde a sua origem. Enquanto vivenciamos o ir e vir de homens e mulheres com características parecidas e, tendo em comum sua “sujeira”, seu mau cheiro, sua baixa instrução e qualificação, restava evidente o grave erro de escolhas políticas para a redução da criminalidade. O ideal de segurança certamente não será alcançado com a prisão (ocultação) dos miseráveis.

6 REFERÊNCIAS

BAYLEY, H. David. **Padrões de Policiamento**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e Prisão Provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BAUMMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RGS. **Apelação crime n. 70035195965. Apelante: Flora Maria Assis da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. Acórdão 05 mai. 2010**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 11 de março de 2013.

BRUYNE, Paul de, HERMAN, Jacques, SCHOUTHEETE, Marc de. **Dinâmica da pesquisa em ciências sociais**. Rio de Janeiro: Francisco ALVES, 1991.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil O longo Caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CARVALHO, Salo de & CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em http://www.dpe.rs.gov.br/site/institucional_relatorio_anual.php Acesso em 13 de janeiro de 2013.

DRESCH, Pio Giovanni. Resposta ao expediente n. 0010-08/0007383-7 da Corregedoria do Poder Judiciário do RS. Porto Alegre: 2008.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Editora Zahar, 1982.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

JUNIOR, Carlos Alberto Sanches & ASSIS, César Grusdat de. **Considerações sobre a persistência da tortura na atualidade: um recorte teórico-metodológico**. In SOUZA, Luis Antônio Francisco de (Coord). **Políticas de segurança pública no estado de São Paulo**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. <http://boooks.scielo.org> em 1 de fevereiro de 2013.

LOPES JR, Aury. **O novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

KATO, Maria Ignez LanzellottiBaldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos e Relações Internacionais**. Campinas: Aga Júris Editora, 2000.

PETERS, Edward. **História da tortura**. Lisboa: Teorema, 1985.

RAMOS, Silvia & MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito**. Abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RIBEIRO, Paula Miranda e CAETANO, André Junqueira. **Como eu me vejo e como ela me vê: um estudo exploratório sobre a consistência das declarações de raça/cor entre as mulheres de 15 a 59 anos no Recife, 2002**. Disponível em <http://cedepiar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20250.pdf>. Fevereiro 2005. Último acesso em 3 de abril de 2013.

Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório Azul – Garantias e Violações dos Direitos Humanos no RS;1997**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa:1998.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

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

RUDNICKI, Dani. **Três dias no Presídio Central de Porto Alegre**: o cotidiano dos policiais militares. Revista de Informação Legislativa n. 193, p. 49-61, 2012.

RUDNICKI, Dani & STOCK, Barbara Sordi. **Formas de Percepção do Direito Penal na Sociedade Contemporânea**. In RUDNICKI, Dani (coord.). Sistema Penal e Direitos Humanos: (im)possíveis interlocuções. Porto Alegre: Editora Uniritter, 2012.

SANDEL, Michael J.. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, José Vicente Tavares. **Violências e conflitualidades**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.

SOARES, Luiz Eduardo; FERRAZ, Cláudio; BATISTA, André & PIMENTEL, Rodrigo. **Elite da Tropa 2**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à Justiça Penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2011.

SOUZA, Simone Brandão. **Criminalidade Feminina**: trajetórias e confluências na fala de presas do Talavera Bruce. In Revista Democracia Viva n. 33, 2005, disponível em http://www.observatoriodeseguranca.org/files/dv33_artigo2.pdf, último acesso em 26 de março de 2013.

TRIPP, David. **Pesquisa-ação**: uma introdução metodológica. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ep/v31n3/a09v31n3.pdf> último acesso em 25 de março de 2013.

VERRI, Pietro. **Observações Sobre a Tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999

UM OLHAR CRIMINOLÓGICO SOBRE A RELAÇÃO A DOIS

Betina Heike Krause Saraiva¹

"[...] com muita frequência, não me é possível encontrar evidências de que o estranho a quem devo amar me ama ou demonstra por mim a mínima consideração".

Zygmunt Bauman

RESUMO: Este artigo consiste em uma reflexão sobre relações violentas entre homens e mulheres com suporte da Psicologia, da Criminologia e do Processo Penal, numa perspectiva menos formal (positivista) que busca valorizar a atuação de outras ciências para a compreensão do crime, do criminoso, da sociedade e da vítima. Indica que a partir da Lei Maria da Penha o Direito não compactua com qualquer forma de violência e, superando a Criminologia tradicional que reduz homens e mulheres a vítimas ou criminosos, o texto aponta que a verdade no processo é uma aparência e que as verdades trazidas pelas partes, homem e mulher, devem ser vistas pelo Juiz de acordo com as provas e alegações que cada um traz ao feito, pressupondo a incidência da Psicologia, da Sociologia, da História e... do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. Direito Penal. Violência de Gênero. Lei Maria da Penha.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Criminologia na relação a dois: mulheres vítimas e criminosas. 3. Direito Penal de gênero: homens vítimas e criminosos. 4. A Lei Maria da Penha e a posição do juiz no processo penal. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

“Eu errei, mas jogue a primeira pedra quem jamais errou, juízo é muito bom para quem não tem paixão [...]”. Essa letra de música, sucesso do início dos anos 90, é inspiradora, quando se pretende tratar da violência nas relações de gênero que, a cada dia, guardam e reforçam o simbólico do Direito Penal como meio de contenção das manifestações de “paixão”.

¹ Advogada. Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Doutora em Direito (PUCRS). Professora de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia na Universidade Feevale. Graduanda em Psicologia (PUCRS). Autora das obras **Maridos homicidas no Direito Penal da paixão: sua psicologia e reflexo na culpabilidade**, publicada pela Editora Feevale e **Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere**, publicada pela Livraria do Advogado.

Como explicar a violência na relação a dois a partir e simplesmente pelo Direito? É o mesmo que ensinarmos aos acadêmicos que recém ingressam na faculdade que Direito é sinônimo de lei, ou pior, de justiça.

O Direito Penal tem admitido algumas complementações a título de nomenclatura: Ambiental, Tributário, Genético... Com o advento da Lei Maria da Penha, poderíamos acrescentar o “Gênero”. Ao que nos parece, esse nomear não se dá para estabelecer uma “guerra de sexos”, aquela mesma retrógrada de movimentos extremados do feminismo, competitivo e intolerante com o masculino. A mulher mantém-se e se sujeita a um relacionamento, se obtiver ganhos com ele. Apenas as perdas e frustrações não suportam uma convivência. A conhecida expressão da Física “os opostos se atraem” é bastante útil para a explicação da manutenção de uma relação fracassada que acaba por ser atraída como um ímã à Lei Maria da Penha.

Para se compreender o universo da violência nas relações a dois, é necessário um olhar sobre a mulher que em muito consente com essas práticas atentatórias à sua dignidade pessoal, permanecendo longos anos junto ao agressor/perseguidor, chegando a completar bodas de ouro em matéria de tempo e de humilhação.

A ideia de que *os outros fazem conosco apenas o que permitimos que façam* denota a subserviência feminina ao domínio, à força masculina. O Direito Penal, tratado nessa abordagem, é chamado como uma maneira de proteção à fragilidade da mulher frente à violência conjugal, como “vítima de um perseguidor”, quando ela não quer mais compactuar com uma morte em vida. Contudo, é necessário que se desacostume a ser agredida.

Essa reflexão sobre a perpetração da violência deve ser debatida de forma histórica, cultural e de educação. Claro que não estamos sequer levantando a discriminação assustadora que sofre a mulher afegã, ou iranian, por exemplo, cujas existências são coisificadas a partir da vontade do proprietário (marido).

Ao mesmo tempo, uma relação a dois tem um funcionamento próprio. Existem alguns ganhos no relacionamento destrutivo que fazem a mulher ficar (“ele é tão bom quando não está embriagado!”). O ditado de que, em briga de marido e mulher, deve-se manter distanciamento requer a compreensão de que, antes de apedrejar o outro, homem ou mulher, ou os dois, deve-se considerar que a dupla se forma por necessidades pessoais, por carências que tentam preencher na convivência com o parceiro, por admirar uma qualidade ou um atributo que o outro tenha e que lhe falta – e se apegar a isso –, mesmo que, para tanto, seja necessário que um deles se desvalorize para enaltecer o outro.

A pergunta central é se o Direito Penal consegue se inserir nesse universo da privacidade, da anuência, do silêncio, da convivência, da cumplicidade, da violência. Existe uma falta do sentimento da alteridade, que é uma das características do Direito e que nos reportam aos ensinamentos das primeiras aulas na graduação, que pode ser traduzido como o respeito às necessidades do outro.

O que a Lei Maria da Penha vem trazer, apesar das inúmeras críticas acerca de sua suposta inconstitucionalidade, é uma explicitação de que o Direito não compactua com qualquer forma de violência, o que nos cabe refletir se quem anui, de alguma forma, com ela, é a mulher. Se esse for o caso, não há nada que possamos fazer, além de orientar acerca das possíveis consequências da manutenção desse relacionamento.

Esse texto consiste mais em uma reflexão totalmente autoral sobre os relacionamentos, com o suporte da Psicologia, da Criminologia, do Direito e do Processo Penal, de maneira menos formal (positivista), trazendo o cotidiano de relações indesejadas e como o que é insatisfatório para um pode tomar proporções às vezes irreversíveis, quando o crime começar a acontecer na vida a dois.

2 A CRIMINOLOGIA NA RELAÇÃO A DOIS: MULHERES VÍTIMAS E CRIMINOSAS

Falar em Criminologia significa pensar em várias ciências que auxiliam na compreensão do crime, do criminoso, da sociedade e da vítima. Pensar na relação a dois pressupõe a incidência da Psicologia, da Sociologia, da História e... do Direito.

O ser humano está situado em uma realidade, em um contexto preexistente ou predeterminado. Para se viver e conviver em sociedade, como ela se impõe, são necessárias certas regras mínimas de conduta. Diante de frustrações, é preciso resiliência, conceito bastante divulgado na Psicologia, ou o que o senso comum dita como “fazer do limão uma limonada”, ou seja, crescer com as dificuldades da vida, aprender com o erro e não persistir nele, seguir adiante depois de um fracasso pessoal, profissional, afetivo.

Em termos de violência doméstica, de gênero, a frustração é algo que já aconteceu. Seja por ciúme, por perda, por rejeição, por qualquer insatisfação.

A criminalidade feminina tem sido alvo de destaque entre os estudos do Direito Penal, em especial, da Criminologia. Mulheres vítimas são aquelas frágeis, geralmente subjugadas por homens que, um dia, foram imaginados como os príncipes que as salvariam da realidade da

vida vazia e as tornariam mulheres amadas e desejadas. Criminosas são aquelas que impõem poder através do crime, da liderança do tráfico de drogas, das quadrilhas de roubos, dos maus-tratos a crianças e das mais diversas formas de homicídio, sem que, em regra, para o êxito de sua empreitada, tenham que se utilizar da força física. Nenhuma mulher minimamente inteligente aguentaria travar uma luta corporal com um homem, ou aventaria essa ideia com alguma perspectiva de sucesso.

A literatura de autoajuda tem sido popularizada e inúmeros exemplares são vendidos, especialmente, quando o tema são os relacionamentos afetivos no século XXI. Existem várias dicas ou “regras” de como as mulheres devem se comportar para se casarem e, para os homens, por exemplo, técnicas de como conquistar “qualquer mulher”. A necessidade de “ter alguém” é algo criado pela sociedade como uma forma de pertencimento e status. Parece um tanto “arcaico”, porém, muitas mulheres estão diante da vontade de compartilhar suas vidas, desejo tamanho que incontáveis se sujeitam a relacionamentos destrutivos e esmagadores.

A frustração faz parte da vida. Em sala de aula, quando alunas perguntam por que os homens “traem tanto”, ou por que as mulheres permanecem em relações fracassadas, inúmeras respostas podem ser dadas, dependendo de situações concretas: a valorização do homem em possuir várias mulheres, mesmo que sem qualquer consideração; a necessidade das mulheres em ter alguém, por mais longínquo da idealização que o seu namorado possa estar, sob o pretexto de que não está sozinha ou “solteira”.

O desgaste de uma relação é algo a ser debatido, e o Direito Penal não dá conta desse problema: por mais que se queira, não se consegue moldar o outro. Ele não dirá o que a mulher quer ouvir, não fará o que ela imagina, não adivinhará seus pensamentos... No momento em que um casal se der conta de que as singularidades de cada um dirão o que são como pessoas, aderir a uma filosofia de não esperar do outro o que é desejável para si e adotar uma postura mais realista, as decepções diminuirão.

A grande questão da mulher vítima e que pode se tornar uma criminosa, quando o amor se transformar em um ódio tão ou mais intenso, é perceber que, quando começar a imperar o desrespeito da parte do homem, a relação se tornará mentalmente doente, insatisfatória e penosa.

Viver a vida do outro não é uma atitude positiva. Absorver os problemas do namorado/cônjuge é condenar-se a uma não existência, a uma vida de sombra, um anular-se, para satisfazer os desejos e as necessidades do outro. E, certamente, o outro não vai reconhecer tamanho sacrifício.

A Psicologia Criminal, mais especificamente, no estudo da Psicanálise, retrata, através de estudos criminológicos, que o crime nasce do

Complexo de Édipo, fase do desenvolvimento ao redor dos três aos cinco anos. Nessa fase, há duas marcas: o registro da lei e a proibição do incesto. A lei é o conhecimento do que se pode e não se pode fazer, o que traz a proibição e a insatisfação de todos os desejos, a chamada frustração, pela qual toda a criança deve passar, sob pena de se criar um psicopata. A proibição do incesto diz com as figuras parentais: o filho não pode ter a mãe somente para si. Assim como o homem não pode se apropriar da mulher como se fosse coisa sua.

A mulher criminosa, ao que indica, identifica-se com o poder do pai, com a agressividade do homem e sua posição de comando. Afinal, quem manda aqui? A violência é uma das chagas de todas as sociedades, e o uso da força, além de uma imposição de poder, ainda que ilícito, é uma maneira de autoafirmação, mesmo que negativa. Mulheres criminosas são detalhistas, minuciosas e, ao praticarem um delito contra a vida ou a integridade física do homem, preferem que sua vítima esteja desprotegida, sem capacidade de revide ou defesa, disfarçando suas reais intenções.

Em um relacionamento, haverá uma relação de poder: um manda e o outro obedece. Em alguns casos, é mais evidente e flagrante, em outros, mais sutil, dependendo da habilidade de quem submete. A mulher que se deixa submeter, na totalidade das situações, e dependendo do companheiro, fragiliza-se. É necessário um equilíbrio. Não raro, as relações a dois acabam sendo uma continuidade ou sofrem forte influência do funcionamento das uniões que os pais dos cônjuges tiveram ou viveram. Não é incomum que o casamento dos pais seja o referencial para os relacionamentos futuros dos filhos, os quais podem ter maior ou menor dificuldade em interagir com outras pessoas.

A violência é um fenômeno que não deixará de existir. Faz parte do universo humano. O que se discute na Psicologia é a demonstração da raiva. Parece que as pessoas, mesmo quando provocadas, devem ser cordatas e benevolentes, por educação, não demonstrando, apesar de estarem contrariadas. O problema não é assumir o sentimento de raiva, mas a forma como é exteriorizada. Em relacionamentos, é comum que casais se desentendam, porém não é aceitável que as diferenças gerem desrespeito.

As mulheres que se submetem à primeira bofetada são aquelas que “chancelam” ao homem um comportamento violento. Para dar um basta à violência, é necessária uma atitude. O Poder Judiciário está aparelhado para isso, através da Lei Maria da Penha. A atitude a ser tomada não é justificar o emprego da força pelo homem, sob o argumento de que “ele estava com ciúmes”, o que envaidece a mulher, ou “ele se preocupa comigo, eu merecia”.

Pensamentos dessa natureza apenas vêm a confirmar que, se a mulher continuar com a compreensão de que o homem é o príncipe que lhe salvará de todas as adversidades, a violência se perpetuará como a idealização de uma pessoa irreal.

Se pensarmos que o outro apenas faz o que permitimos, o Direito Penal trará um caminho, através de medidas protetivas, de afastamento do lar, de não se aproximar do cônjuge agredido, do pensionamento em termos de alimentos, da destituição do poder familiar contra o pai, quando a permissão da violência deixar de acontecer.

3 DIREITO PENAL DE GÊNERO: HOMENS VÍTIMAS E CRIMINOSOS

Na vida, os erros podem ser remediados, corrigidos, às vezes, mediante novas escolhas, que implicam, conseqüentemente, renúncias, por mais difíceis que sejam, principalmente, quando se rompe com uma união, considerando o costume com a presença do outro.

A Psicologia Criminal costuma explicar a reprodução de papéis que nos foram nomeados e significados através das figuras parentais. O filho identificar-se-á mais com o pai ou com a mãe e com a forma como cada um deles se coloca no relacionamento, seja através de submissão ou de enfrentamento, de poder sobre as decisões e sobre a vida, na dinâmica da relação e na condução da família.

A figura de “chefe” e de “cabeça” da família não mais, necessariamente, pode ser delegada ao homem, em que pese uma sociedade patriarcal admitir que a força, não apenas física, como também financeira, está nas mãos do cônjuge varão. As mulheres, na atualidade, têm buscado afirmação através do mercado de trabalho, pois perceberam ou sentiram uma desvalorização nas relações afetivas, quando da permanência no lar, administrando as questões domésticas, invisíveis. Muitas mulheres, hoje, são mais independentes devido a suas carreiras, estão em posição social e profissional de destaque e conseguem receber melhores salários que os homens (algumas). Isso traz a mesma sensação de poder e de segurança econômica que aquele homem da sociedade patriarcal tinha em relação à esposa, à prole e à sociedade. Ou seja, o gênero é mais afirmativo sob o ponto de vista pecuniário, pois o que traz poder gera prazer e o que gera satisfação é fálico.

Aquela ascendência que o homem tinha sobre a mulher começou a ser rediscutida e ressignificada: o mais importante não é o fato, mas a interpretação que se dá a ele. Dependendo da relação que a mulher, como filha, teve com seu pai, ela pode se tornar uma agressora. Não é incomum o conhecimento de casos nos quais mulheres agredem seus “afetos”, com

instrumentos contundentes ou perfuro-cortantes, especialmente, quando suas vítimas estão dormindo, ou empregando veneno, por exemplo. São as transferências de sentimentos do pai para o marido.

Em sala de aula, os professores do Direito incentivam os seus alunos a lerem cada vez mais. A leitura traz conhecimento, o que gera liberdade de pensamento, autonomia e poder sobre aquele que menos sabe.

Ter conhecimento dos rumos que a relação toma e perceber quando a união está desgastada consiste em um insight: um dar-se conta de que, muitas vezes, as diferenças do outro, que, em um primeiro momento, atraíam, agora, se tornaram intransponíveis, insustentáveis. As diferenças podem dar início e fim a um relacionamento, em especial, quando surge o desrespeito, como tivemos a oportunidade de enfatizar.

A Psicologia Criminal, dentro da Criminologia, em muito auxilia na compreensão da violência entre namorados, companheiros e cônjuges. Na ausência do limite, do autocontrole, no deixar-se levar por paixões como o ódio e a vingança, ou até pelo ciúme, que pode gerar delírios paranoides e persecutórios, a violência ingressa como uma forma de imposição de poder mais rudimentar.

O homem criminoso sente-se legitimado a trair, a submeter a mulher aos seus desejos e, dependendo da personalidade, pode ser um psicopata, um portador de um transtorno obsessivo-compulsivo, ou de doenças mentais mais incapacitantes. Nas relações de gênero, geralmente, homens que gostam de submeter procuram mulheres mais submissas: é a formação da dupla. O início de uma relação é um bom termômetro para se ter uma ideia de como será o funcionamento do casal: à medida que um vai cedendo, o outro vai “tomando conta” dos destinos do enlace.

O Direito Penal, através do processo penal, seu instrumento de realização, tem se ocupado de examinar a personalidade de indivíduos cujos *modus operandi* criminosos são mais agressivos. Esse exame se dá através de incidentes de insanidade mental (art. 149, CPP), que, em regra, a defesa requer para o acolhimento de uma tese de semi-imputabilidade (ou até mesmo de inimputabilidade do agente), para que, através do sistema vicariante, seja possível não cumprir uma pena em regime fechado, porém uma medida de segurança.

Esse incidente de insanidade mental consiste em entrevistas, com o indiciado/acusado, por psiquiatras forenses, que emitirão um laudo psiquiátrico acerca da responsabilidade penal (juízo de reprimenda que incidirá sobre o agente), tendo em vista a sua (in) capacidade de discernimento e autodeterminação no momento da prática do crime.

Delitos cometidos com diversas facadas, com emprego de fogo, de asfixia, estrangulamento, diante de inúmeras testemunhas, por questões

de abandono, rejeição, traição (ainda que imaginária), ciúmes são investigados em termos psíquicos pelos profissionais da área da saúde mental, quando dos questionamentos ao autor do fato. A infância, a adolescência, o uso de drogas, as relações com os pais e a escolaridade são questões trazidas para uma melhor compreensão das vivências do agente.

Homens criminosos não são, necessariamente, de baixo nível de instrução, ou trabalhadores “não intelectuais”. Isso independe de qualquer peculiaridade do sujeito. Agredindo-se a mulher, afronta-se a própria mãe, mais odiada que amada.

A repercussão do Direito Penal se dá na consequência jurídica do crime, com o apenamento, e o processo é a única via para se condenar, absolver impropriamente ou absolver o agente de um injusto típico. Por isso, em termos de absolvição por legítima defesa, por exemplo, rechaça-se a honra como argumento para a supressão de uma vida, pela desproporcionalidade.

Assim como se incentiva que a mulher aja contra o seu atual desafeto (agressor), muitos homens agredidos não procuram o Poder Judiciário pela vergonha de permanecerem com uma agressora.

Outro ponto relevante e em que o Direito Penal não interfere, por não ser de sua abrangência, é a perpetuação do relacionamento pelo costume da presença do outro e na imaginação de como seria uma vida sem a companhia, ainda que sacrificante, da outra pessoa. Por isso, muitos homens e mulheres infelizes suportam o desgaste de uma relação, por acomodar-se com as “manias” daquele cônjuge que, um dia, prometeu suprir todos os desejos e as carências da “cara-metade”.

Talvez a maior violência pela qual um homem pode atravessar, em uma união, seja a psicológica, quando a mulher o deprecia em sua virilidade, quando é alvo de chacota por ser traído, também, diante de situações adversas, como o desemprego, resultando na mulher como provedora e desempenhando um “papel” que se atribuiria, historicamente, ao homem - de “sustento” ou de afirmação de sua masculinidade através do trabalho e da apresentação de resultados.

Homens que se mantêm em um casamento, na condição de traídos, perdem sua autoestima e, não raro, perdoam as mulheres, pela acomodação, ou revidam “na mesma moeda”. Essa violência é aquela que desgasta, que pode gerar um alcoolismo, ou uso de outras drogas, quando a dependência é do homem em relação à mulher, assim como dependia da mãe, quando criança.

Como vimos, mulheres que desempenham um gênero masculino (ou fálicas) são aquelas que não se deixam submeter pelo homem e que podem ser chamadas de feministas pelo público leigo, apesar de, reitera-

das vezes, não se imaginarem sem aquele que será o destinatário de seus mandos e vontades.

A Criminologia é, realmente, uma ciência que auxilia o Direito Penal, rica em suas manifestações e dialógica com outras áreas do saber. É fundamental que nós, da área jurídica, possamos nos abrir a outras possibilidades de conhecimento e não sermos tão onipotentes a ponto de acreditar que apenas o Direito (Penal) é suficiente para responder e dar conta dos problemas sociais.

4 A LEI MARIA DA PENHA E A POSIÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Pensar em um juiz aplicando a Lei Maria da Penha significa refletir sobre um homem ou uma mulher que tem uma história, um passado de relacionamentos, que viveu tristezas e alegrias nas relações a dois. Cogitar que um magistrado possa se deixar levar por essas vivências não é algo tão distante assim da realidade.

Quantos não conhecem mulheres que, ao encontrarem seus namorados/companheiros/maridos em uma audiência, resolveram, por bem, seguir suas vidas com esses homens? Quantas mulheres caíram em descrédito diante da autoridade policial, quando registraram algumas vezes ocorrências contra os mesmos homens e, ainda assim, se mantiveram com eles?

A Lei Maria da Penha trouxe maior segurança às mulheres que queiram se socorrer do Poder Judiciário. Entretanto, após a audiência, essas vítimas não conseguem, muitas vezes, se socorrer de si próprias e de seus sentimentos de nostalgia quanto ao que viveram (ou deixaram de viver, o que pode ser pior) e às fantasias que tiveram com aquele homem que, agora, é um algoz, um desafeto, e não mais a salvação de todos os seus problemas.

Por isso, a verdade do processo é uma aparência. É uma verdade que as partes trazem: mulher e homem. Alguns entendem que a verdade real existe, no processo penal, pela possibilidade que o juiz possui de buscar as provas de ofício. Essa busca não gera reconstrução fiel dos fatos: produz uma quebra de igualdade entre os atores do processo. A mulher traz uma “verdade”, e o homem, a dele. Qual deles terá razão? Isso cabe ao juiz decidir de acordo com as provas e alegações que cada um traz ao feito.

O processo penal tem um cunho acusatório. Significa a observância de garantias constitucionais ao réu, como o contraditório e a ampla defesa, a paridade de armas entre defesa e acusação, a possibilidade de que

ninguém seja julgado sem ser ouvido pelo magistrado. Ao mesmo tempo, “Justiça” parcial não é “Justiça”.

É preciso que o juiz, ao julgar situações de violência doméstica, não esteja na audiência, de imediato, pré-condenando o homem, sem ouvi-lo. O magistrado não é um ser dotado de neutralidade. Despir-se de valores, preconceitos coisifica a pessoa, faz com que ela perca sua humanidade, individualidade, e mais, identidade.

Esse juiz teve e tem uma vivência, diferente de qualquer outra pessoa, única. Os preconceitos existem em todos os sujeitos. Isso não é determinismo: é fato e uma herança de nossos pais, que os transmitiram. Mães repressoras, liberais, permissivas, rígidas influenciam a formação da personalidade do filho, sua forma de enxergar o mundo e de julgar os outros. Presume-se que juízes também tenham ou tiveram mães.

Em uma sala de audiências, a clientela é muito variada: psicopatas sedutores e criminosos, portadores de outros transtornos de personalidade, como narcisistas, paranoídes, dependentes ou, simplesmente, pessoas com temperamentos chamados “explosivos”, com baixa tolerância à frustração e pouca capacidade de autocontrole. De uma forma ou de outra, por alguma razão, se as mulheres se associaram a homens assim, a relação, especialmente no início, não foi de todo ruim.

Mulheres vingativas, que não aceitam um rompimento, podem se automutilar para prejudicar um homem. Eis um mau uso da Lei Maria da Penha. Um desvirtuamento em sua aplicabilidade.

A forma como homem e mulher são recepcionados pelo juiz, em audiência, é importante: sem julgamentos das escolhas pessoais. É comum quando, no escritório de advocacia, mulheres buscam amparo, ao mesmo tempo em que querem proteger seus namorados ou companheiros, para não terminar o relacionamento. O juiz deve ter a sensibilidade de perceber, apesar do tempo exíguo de uma audiência, que aquele momento processual é a culminância de, possivelmente, muito desgaste e a destruição da possibilidade da construção – e não da destruição - de uma vida.

Pela valorização da família e da solidariedade que deve imperar, na dosimetria (cálculo) da pena, o Direito Penal prevê como circunstâncias agravantes os crimes cometidos contra ascendentes, descendentes, cônjuge/companheiro e irmão (art. 61, “e” e “f”, CP) e os crimes cometidos com violência à mulher como aumentos de pena (majorantes, como o art. 129, § 10º, CP).

Essa mulher pode ser pós-graduada, uma intelectual, ou uma mulher bastante humilde, com baixa escolaridade. Talvez as necessidades e carências de ambas sejam as mesmas. O julgamento, para a primeira mulher, em seu meio social, pode ser muito mais cruel, do que para a segunda, que, possivelmente, esteja mais exposta a situações de violência

e a mentalidade machista seja ainda mais marcante e delimitada: “é o pai que decide”.

Por isso, a sociedade não pode esperar que o juiz “corrija o mundo”, tampouco ele deve ter essa ideia, sob pena de se tornar mais frustrante a sua atividade. O que se deseja é a diminuição da violência, pelo processo, ou se a mulher entender por bem não prosseguir, que não haja mais desrespeito e que cada um siga sua vida, longe do outro.

5 CONCLUSÃO

Este texto buscou valorizar a atuação de outras ciências no Direito Penal e no Processo Penal, a fim de que possamos refletir sobre as relações humanas, difíceis, mas sem as quais não podemos viver.

Não podemos deixar de enaltecer os relacionamentos felizes que existem, os quais não são perfeitos, mas que geram alegria, companheirismo e um sentimento agradável de compartilhar a vida e o que ela oferece. Basta o comprometimento de ambos com a felicidade do ser amado. Essa é uma matéria atinente à psicologia das relações de casal.

Ainda se percebe, nos dias de hoje, apesar de a transdisciplinaridade ser uma evolução nos debates acadêmicos acerca de diversos fenômenos que preocupam a intelectualidade, como a segurança pública, a criminalidade, de uma forma geral, dentro e fora das quatro paredes de uma relação doméstica, certo preconceito, por parte dos defensores do positivismo purista do Direito, no que toca à Psicologia.

Uma leitura atenta da Teoria Pura do Direito reforça o formalismo kelseniano. Outra, em O que é justiça, revela uma íntima, estreita analogia da ciência jurídica com a explicação taliônica da pena, mediante a compreensão das sagradas escrituras, admitindo a influência dos saberes teológicos frente à elaboração e justificação do Direito.

O ser humano tenta realizar-se com outra pessoa a seu lado para a construção de uma vida, de uma família, buscando, incessantemente, ser feliz, ou ter o máximo possível de momentos felizes, sendo valorizado, querido e amado por alguém que, inconscientemente, o atrai e o “completa”.

A literatura mundial, antiga e atual, ainda se preocupa em escrever histórias entre mocinhas e mocinhos que são impedidos de viverem juntos por pessoas do mal, que os querem longe e que não suportam ver o seu amor.

Esse romantismo nos tem sido arrancado pelos dias que vivemos no presente século, em uma sociedade de visibilidade, de descarte do outro, quando não serve mais aos seus interesses, quando não satisfaz plenamente os seus desejos, quando não quer se anular, para ser subjugado pelo outro. Nas relações humanas afetivas, os sofrimentos vêm

com o desrespeito, com a deslealdade, no momento em que as pessoas querem tamanha velocidade nas relações que não dão tempo ao outro de se “mostrar” interiormente, de se deixar conhecer em suas qualidades e seus defeitos.

No início de um namoro, os defeitos não se tornam visíveis, pois sempre o que se tem de melhor é mostrado. Depois, com a convivência e ainda com o apaixonamento, muitos casais resolvem morar juntos, manter uma união estável, pelas mais diversas razões, ainda com a esperança de que dê certo.

O problema ocorre quando as diferenças são muito grandes, sejam culturais, sociais, financeiras, cronológicas, e outros sentimentos começam a imperar, como o medo do abandono, a rejeição e o ciúme, que pode ser tornar paranoide. Nessas situações de iminência do término de uma relação, homens e mulheres podem se mostrar com maturidade ou com violência. A força física, a violência, seja de que forma for, sexual, psicológica, patrimonial ou moral, resulta de uma tentativa de impor-se sobre o outro na relação e dominar. O domínio nada mais é do que a insegurança de ser “trocado”.

Muitas mulheres são criticadas por se manterem em relacionamentos nos quais o homem já mostrou que não ama, ou que jura que ama, desrespeitando, seja no adultério, seja no primeiro tapa “por ciúme”. O senso comum diz que são mulheres que gostam de apanhar. Olhando de fora, esse julgamento até poderia fazer sentido, quando não se conhece a dinâmica do casal. Analiticamente, essa relação pode gerar um ganho para a mulher, caso contrário, seria difícil suportar tamanha humilhação.

O juiz que atua nas Varas da Violência Doméstica deve ter a sensibilidade de ouvir ambos. Muitas vezes, a mulher deseja apenas vingar-se do homem e até mesmo, depois disso, voltar para ele. A Criminologia e a Psicologia Criminal integram-se para investigar esse fenômeno. Socialmente falando, a famosa expressão “a fila anda” vem, muitas vezes, fazer com que a mulher pense duas vezes e acabe perdendo seu companheiro, para que não o perca para outra. Ou, também, o casamento de seus pais se erigiu com base na agressão, que ela testemunhou por muitos anos. Um pai alcoolista, um marido alcoolista e assim sucessivamente.

A violência contra a mulher pode se dar não apenas nas lesões corporais, ou na afetação do psicológico, como também resultar em homicídio. Nessas circunstâncias, é comum que a defesa peça o incidente de insanidade mental, que cabe desde o inquérito policial. Por quê? Porque não se concebe que quem goste do outro queira destruí-lo.

É bastante comum saber que mulheres e homens que estão em relações destrutivas, nas quais há humilhação, desvalorização, desrespeito, adultério, são julgados por colegas de trabalho, familiares e por amigos.

Esses julgamentos, que não os advindos do Direito, se dão por pessoas que não conhecem o funcionamento de cada um dos sujeitos envolvidos, em especial, em como ambos registraram suas vivências edípicas. Esse registro do Édipo diz com os relacionamentos futuros, na internalização dos papéis que os pais desempenhavam na família, na educação dos filhos e em suas relações de casal. Quem julga, muitas vezes, não percebe que, para uma relação ainda estar acontecendo, ganhos existem, não apenas perdas. Algo deve “segurar” essa união.

Isso é difícil para os juízes perceberem, seja porque eles não conhecem a dinâmica do casal, seja porque lhes falta o conhecimento em saúde mental, o que não é nenhuma obrigação dos magistrados. Juiz deve conhecer a legislação, ter a sensibilidade de julgar com base em percepções de comportamentos processuais em audiências, em fatos, deve ter a capacidade de “sentir”, lembrando que sentença vem de “sentire” quem tem razão. Decidir também é algo intuitivo. A Psicologia ensina que, para decidirmos sobre nossas vidas, nos utilizamos de atalhos mentais, que envolvem pensamentos, com emoções e sensações que aquele pensar gera.

Ao mesmo tempo em que o uso da razão é supervalorizado em detrimento do deixar-se guiar pelas emoções, no presente, temos ainda uma grande necessidade de apego, de construção de vínculos, assim como nos primeiros anos de vida, quando éramos crianças dependentes dos pais. Tentamos negar essa dependência que existe ao longo da vida em maior ou menor escala. Acabamos, então, procurando outra pessoa para exercê-la, talvez um cônjuge.

O contrassenso da sociedade de hoje é uma busca incessante pela independência e liberdade e, concomitantemente a isso, uma sensação de infelicidade com essa conquista, sem alguém ao lado. “Antes só do que mal acompanhado” parece ser um feliz dito popular, ainda que não muito bem recebido por pessoas que desejam “ostentar” uma companhia.

Eis a natureza humana: contraditória e insatisfeita. Enquanto isso, continuaremos chamando o Direito para resolver problemas e o ordenamento jurídico, através do juiz, tem a difícil missão de tentar remediar más escolhas.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 11340/06. Lei Maria da Penha.** Disponível no site www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/.../lei/11340.htm.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

O PAPEL DO ADVOGADO E DA ADVOGADA NO SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (SUAS): ALGUMAS REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS NECESSÁRIAS PARA A SUA EFETIVAÇÃO

Ana Paula Flores¹

RESUMO: O objetivo deste artigo é traçar uma relação entre a Política de Assistência Social, mais especificamente do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), atualmente em processo de implementação, com a atuação do advogado e da advogada, um(a) profissional considerado(a) indispensável à administração da Justiça, também pela Carta Magna de 1988, em seu art. 133. Também objetiva fomentar uma necessária discussão acerca da atuação deste profissional, no âmbito do SUAS, para que o(a) mesmo(a) possa contribuir com a efetivação, com o acesso e com o exercício da cidadania pelos(as) usuários(as) dos serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social.

PALAVRAS-CHAVE: Atuação. Advogado(a). Assistência Social. Sistema Único de Saúde e Assistência Social (SUAS).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os percursos do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) a partir da Constituição Federal de 1988. 3. A função do Advogado(a) a partir da Constituição Federal. 4. A atuação do Advogado(a) no Sistema Único de Assistência Social (SUAS). 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 deflagrou um novo momento para a história da Política de Assistência Social em nosso País. Definida então no art. 194, como uma Política Pública de Seguridade Social não contributiva, a Política de Assistência Social, prevista nos arts. 203 e 204, passou a integrar um novo cenário no País, que, desde então, até o momento

¹ Advogada. Mestranda em Serviço Social pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Serviço Social (PPGSS) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS (2014). Atualmente integra o Núcleo de Pesquisas em Demandas e Políticas Sociais (NEDEPS) na PUC/RS. Especialista em Direito e Gestão Pública Municipal pela Universidade de Caxias do Sul (UCS 2007). Especialista em Democracia Participativa, República e Movimentos Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG 2012).

atual, está buscando sua efetivação, a partir de uma mudança de concepções, passando de uma política prestada na lógica do favor, da benesse, realizada por voluntários e, muitas vezes, vinculada a favores políticos ou a entidades religiosas, para a constituição de uma política pública, de competência do Estado, garantidora de direitos e protetora quando da violação destes.

Desde suas origens, a Política de Assistência Social no Brasil esteve relacionada ao clientelismo, ao apadrinhamento, ao assistencialismo, à tutela, o que desde então configurou um padrão de favor e não de acesso a direitos, caracterizando-a historicamente como uma estratégia política de cunho eleitoral por parte do Estado. “Para o Estado, a ação compensatória tem um uso político que se expressa na viabilidade de tutela e na demonstração da face humanitária do capitalismo”, renegada como secundária e marginal, no conjunto das políticas sociais.” (COUTO, 2008, p. 32).

A partir de sua instituição como política pública, a Política de Assistência Social foi regulamentada pela Lei Federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), passando a estabelecer algumas garantias fundamentais, mas principalmente determinando que deve ser o Estado, por meio dos governos municipais, estaduais e federal, o agente promotor dessas garantias e de direitos, inaugurando, assim, uma nova fase para a cidadania brasileira.

Embora a Constituição Cidadã tenha sido um marco no fortalecimento da cidadania brasileira, muitos de seus dispositivos ainda carecem de regulamentação, sendo possível observarmos que um dos maiores desafios, no mundo jurídico-constitucional pós-1988, está demonstrado na garantia e efetivação, por parte do Estado dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, assegurados na tão comemorada Constituição, principalmente no que se refere aos “Direitos Sociais” (art. 6º).

É fato que, dificuldades na concretização de direitos podem surgir pela ausência de marcos normativos, como também pela inobservância dos mesmos, ou ainda pela mudança necessária de culturas arcaicas instituídas no âmbito da gestão das políticas públicas. A vida cotidiana tem demonstrado isso, no âmbito do acesso às políticas sociais e, mais especificamente, na Política de Assistência Social, ainda impregnada por práticas assistencialistas e clientelistas, bem como por uma visível defasagem nos marcos regulatórios que a instituem e definem nos estados, no DF, e, principalmente, nos municípios.

A partir de 2003, na IV Conferência Nacional de Assistência Social, ocorrida em Brasília, uma grande deliberação foi efetivada, qual seja: a necessidade da imediata implementação do Sistema Único de Assistência

Social (SUAS) no País, que passou a se materializar principalmente com a aprovação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS) em 2004, da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB–SUAS)² em 2005 e, posteriormente, da Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS (NOB–RH SUAS) em 2006, dentre outras normatizações de igual relevância.

Desde a sua instituição pela Constituição Federal de 1988, a Política Pública de Assistência Social passou a ser regulamentada por um vasto aparato legal, ainda em construção atualmente, mas de suma importância para a sua organização e gestão, dentre o qual é relevante destacar:

✓ 1993 – Lei Federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS;

✓ 2004 – Política Nacional de Assistência Social (PNAS), aprovada pela Resolução CNAS 145, de 15 de outubro de 2004;

✓ 2005 – Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB–SUAS), aprovada pela Resolução CNAS 130, de 15 de julho de 2005;

✓ 2006 – Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS (NOB–RH SUAS), atualizada pela Resolução CNAS 17, de 20 de junho de 2011;

✓ 2007 – Decálogo dos Direitos Socioassistenciais, aprovado na VI Conferência Nacional de Assistência Social realizada em Brasília, em 2007;³

✓ 2009 – Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais (TNSS), aprovada pela Resolução CNAS 109, de 11 de novembro de 2009, e reimpressa em 2013;

✓ 2011 – Lei Federal 12.435, de 6 de julho de 2011, que atualizou e acrescentou dispositivos na LOAS;⁴

✓ 2012 – Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB – SUAS), aprovada pela Resolução CNAS 33, de 12 de dezembro de 2012.

Nesse sentido, a definição e a atualização do marco regulatório garantem o embasamento legal deste processo de transformação de política pública, em pleno vigor na atualidade, o qual ainda tem sido insuficiente para possibilitar a mudança de realidades necessárias nas gestões públicas, prioritariamente, as estaduais, do DF e municipais, por uma série de

fatores que ainda necessitam de discussão, fortalecimento, regulamentação e implementação, para que, o SUAS realmente se efetive como sistema descentralizado, participativo e garantidor de direitos, além de protetor destes quando violados.

2 OS PERCURSOS DO SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (SUAS) A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a aprovação da LOAS em 1993, a Política Pública de Assistência Social está em um contínuo processo de implantação e implementação pelos três entes federados, sendo que, desde então e principalmente na atualidade, se materializa na efetivação do SUAS, sendo possível observar, a partir do status em que se encontra o sistema, que o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), mais especificamente através da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), enquanto gestor federal, e o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), enquanto órgão de controle social, tem cumprido seu papel normatizador, cofinanciador e fiscalizador desta política pública, embora ainda existam muitos desafios.

No entanto, também é notório que os estados não têm conseguido cumprir seu papel interlocutório e intermediário com os municípios, podendo esta afirmação ser confirmada a partir de dados oficiais e anuais, principalmente do Censo SUAS,⁵ em que fica evidente que sua implantação ainda ocorre de forma muito desigual. Nesse sentido, também, quando observa-se a evolução do SUAS no Brasil, em relação ao porte populacional dos municípios, é possível constatar uma relação diretamente proporcional, qual seja: quanto menores os municípios,⁶ mais frágeis são os sistemas/gestores que operacionalizam a Política Pública de Assistência Social nos territórios, onde, com grande frequência, não se efetivam, ainda que minimamente, a DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA e tampouco o COMANDO ÚNICO, preconizados como diretrizes do sistema pela LOAS (art. 5º, inciso I) e pela NOB-SUAS 2012 (art. 5º, inciso II).

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS) é um sistema público, não contributivo, descentralizado e participativo, previsto inicialmente pela LOAS em 1993, mas que teve sua implementação iniciada a partir de deliberação aprovada na IV Conferência Nacional de Assistência Social em 2003, posteriormente regulamentada pela NOB-SUAS 2005, e só então instituído legalmente a partir da atualização da LOAS em 2011, pela Lei Federal 12.435, de 6 de junho de 2011.

O SUAS tem por funções: a proteção social, a vigilância socioassistencial e a defesa de direitos (art. 2º LOAS), e se materializa através da provisão e da oferta de projetos, programas, serviços e benefícios socioassistenciais no território nacional. Foi inspirado nos moldes do Sistema Único de Saúde (SUS), organizando seus programas e serviços de assistência social de forma territorializada e instalando suas unidades de atendimento em comunidades com maiores indicadores de vulnerabilidade social dos municípios brasileiros.

Com um modelo de gestão participativa, ele articula os três níveis de governo para a execução e o financiamento da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), aprovada em 2004, envolvendo diretamente as estruturas e os marcos regulatórios nacionais, estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Em julho de 2010, conforme dados do Censo SUAS, 99,7% dos municípios brasileiros já estavam habilitados em algum dos níveis de Gestão do SUAS. Da mesma forma, todos os estados aderiram ao pacto de implantação e aprimoramento de seus sistemas locais e regionais de assistência social, buscando desde então a adequação de suas estruturas de assistência social aos parâmetros instituídos pelo SUAS, embora seja relevante destacar que, o desempenho dos municípios na implantação e implementação do sistema, tem superado o desempenho dos estados, ao observarmos os dados oficiais.

O SUAS, conforme definido pela LOAS, organiza as ações da assistência social em dois tipos de proteção social.⁷ A primeira, é a Proteção Social Básica destinada à prevenção de riscos sociais e pessoais; ao desenvolvimento de potencialidades e aquisições, além do fortalecimento dos vínculos familiares, por meio da oferta de programas, projetos, serviços e benefícios a indivíduos e famílias em situação de vulnerabilidade social (art. 6ºA) (I), donde se destacam, como principais serviços, as unidades públicas denominadas Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) (art. 6ºC, §§1º, 3º), que ofertam o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF) (art. 24A). A segunda, é a Proteção Social Especial, destinada a famílias e indivíduos que já se encontram em situação de risco e que tenham tido algum(ns) de seus direitos violados, por ocorrência de abandono, maus-tratos, abuso sexual, uso de drogas, entre outros. A Proteção Social Especial se subdivide em Média Complexidade, donde se destacam como principais serviços os Centros Especializados de Assistência Social (CREAS) (art. 6ºC, §§2º, 3º), que ofertam o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI) (art. 24B), e de Alta Complexidade, em que se destacam, como principais serviços, os de Acolhimento Institucional, que se subdivide em: Abrigo Institucional, Casa-Lar, Casa de Passagem e Residência Inclusiva.

Em 2011, conforme dados do Censo SUAS, o SUAS no Brasil já contava com 7.600 CRAS e 2.100 CREAS, sendo estes mais comuns em municípios com mais de 20.000 habitantes, enquanto os CRAS já são encontrados inclusive em municípios de até 10.000 habitantes.

É relevante destacar que, os serviços de assistência social além de estarem previstos na LOAS, como os CRAS e CREAS, estão normatizados e com parâmetros definidos na Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais, aprovada pela Resolução CNAS 109, de 11 de novembro de 2009, tendo sido reimpressa em 2013.

O SUAS envolve também a oferta de Benefícios Assistenciais prestados a públicos específicos, de forma articulada aos serviços, contribuindo para a superação de situações de vulnerabilidade. Também gerencia a vinculação de entidades e organizações de assistência social ao sistema, atualmente em processo de constituição da “Rede Socioassistencial Privada do SUAS”.

No que se refere aos “trabalhadores(as) do SUAS”,⁸ conforme dados do IBGE, em 2011, já contava com aproximadamente 220.000 trabalhadores(as), entre servidores(as) públicos efetivos(as) e trabalhadores(as) das entidades não governamentais, que atuam na Política de Assistência Social.

A gestão compartilhada das ações e a aplicação dos recursos públicos do SUAS são negociadas e pactuadas nas “instâncias de pactuação” do sistema, quais sejam: Comissões Intergestoras Bipartite (CIB) e Comissões Intergestoras Tripartite (CIT) previstas inicialmente na NOB–SUAS 2005 e posteriormente nos art. 128 a 137 da NOB–SUAS 2012.

Também, exercendo o controle social e público da Política de Assistência Social, estão os Conselhos de Assistência Social reconhecidos inicialmente como formas de participação popular na gestão das políticas públicas, pela Constituição Federal de 1988 e, no caso específico desta política, regulamentados posteriormente no art. 16 da LOAS em 1993, atualizada em 2011. São eles: o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), os Conselhos Estaduais de Assistência Social (CEAS) e os Conselhos Municipais de Assistência Social (CMAS). Também normatizados nos arts. 113 a 124 da NOB–SUAS 2012.

O SUAS é um sistema em constante e acelerado processo de implantação e fortalecimento, a partir da articulação dos três entes federados, dos seus respectivos Conselhos de Assistência Social, de seus(-suas) gestores(as), de seus(suas) trabalhadores(as), dos(as) usuários(as) e ainda da sociedade brasileira como um todo, o que fundamenta todos os esforços, no intuito de efetivamente alcançarmos os objetivos por ele proposto.

3 A FUNÇÃO DO ADVOGADO E DA ADVOGADA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A advocacia é talvez uma das profissões mais antigas de que se tenha conhecimento, ao passo que todo homem e toda mulher é dotado(a) de direitos e obrigações principalmente elencados na Constituição de seu país. Nas sociedades que nos antecederam já se identificava a presença de advogados(as), bem como de conflitos a serem discutidos e mediados, e, atualmente a necessidade é ainda maior, em face da complexidade das relações pessoais e do nível de civilidade e cidadania exigidos pela contemporaneidade. E nesse sentido, também, a partir do fortalecimento do processo democrático em curso no país, bem como de suas respectivas políticas públicas, com ênfase para as sociais, especialmente, a Política de Assistência Social.

Mas não é só no âmbito da atuação privada que os(as) advogados(as) são indispensáveis, ou seja, no âmbito da gestão pública, este(esta) profissional pode promover um papel essencial na formação de uma sociedade, quando busca a preservação dos direitos, principalmente os constitucionalmente instituídos, tais como: a liberdade de expressão, o acesso aos direitos humanos, sociais, socioassistenciais, dentre outros, o que, com certeza, proporciona o fortalecimento de sua atuação na esfera pública. Sendo assim, atualmente, um novo espaço de atuação para este(esta) profissional tem se avizinado, que é a atuação nas políticas públicas, prioritariamente as sociais e, neste caso específico, na Política Pública de Assistência Social.

A Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, em sua Seção II – Da Advocacia Pública, instituiu a Advocacia Geral da União (AGU), e ainda definiu a atuação dos procuradores de estado e do Distrito Federal. É importante registrar que, não menciona a criação das Procuradorias Gerais dos Municípios, assunto atualmente em discussão e em vias de implantação no País, face à necessidade de autonomia desses profissionais e à crescente demanda deste trabalho nos municípios.

Ainda no Capítulo IV, trata, agora na Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública, em processo de fortalecimento no País, mas ainda com uma frágil estrutura quando comparada à necessidade da sociedade atual.

Nesta parte da Constituição, mais especificamente em seu art. 133, registra a atuação do(a) advogado(a) como indispensável à administração da justiça: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

A partir do dispositivo constitucional acerca da Advocacia, no intuito de regulamentar a atuação desse(a) profissional, foi instituído o Estatuto da Advocacia, a partir da promulgação da Lei Federal 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispôs também sobre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O exercício da advocacia, conforme refere o Estatuto em questão, apregoa a prestação de um serviço público, paralelamente ao desempenho de uma função social. Diz o caput do art. 2º, do referido estatuto: “O advogado é indispensável à administração da justiça”. E, no parágrafo 1º do mesmo artigo, está definido: “No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.”

Certamente, a função social do(a) advogado(a), acompanhada da liberdade no exercício da profissão, consiste num desafio que encontra muitas limitações e restrições, visto estar à margem das inúmeras interpretações do Direito, mas sempre buscando assegurar à sociedade a Justiça, como um bem maior.

Nesse sentido, a atuação do(a) advogado(a), como operador(a) do Direito, no âmbito das políticas públicas, garantidas constitucionalmente, em especial a Política de Assistência Social, é válido destacar o primeiro inciso do art. 44, do Estatuto da Advocacia: “Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.”

No que se refere à legislação que regulamenta o exercício da advocacia no País, posteriormente à Constituição Federal, além do Estatuto da Advocacia de 1994 já mencionado, foram aprovadas também as seguintes normativas:

✓ Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal da OAB, publicado pelo Diário Oficial da União, em 16 de novembro de 1994;

✓ Código de Ética – Conselho Federal da OAB, publicado pelo Diário Oficial da União, em 1º de março de 1995.

Conforme o referido Estatuto da Advocacia, são atividades **privativas** da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, e ainda o visto em atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas para registros nos órgãos competentes, sob pena de nulidade.

Enquanto locus de atuação, o(a) advogado(a) pode atuar na atividade privada, como profissional autônomo; nas sociedades de ad-

vogados(as) e, ainda, na Advocacia Pública, enquanto integrante da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública, das Procuradorias e consultorias dos estados, do DF, dos municípios, nas autarquias e nas fundações públicas.

Sendo assim, é possível observar a existência de uma convergência no que se refere à atuação do(a) advogado(a), na garantia e proteção dos direitos dos(as) cidadãos(ãs), tanto na esfera privada como na esfera pública e, prioritariamente, efetivando a sua função social constitucionalmente assegurada, quando direciona seus serviços às populações mais vulneráveis. Fica evidente, ainda, a necessidade de uma maior abertura e discussão em todos os sentidos para a viabilização do acesso deste(a) profissional na esfera pública, mais precisamente nas políticas públicas, especialmente as sociais e, neste caso específico, a Política Pública de Assistência Social.

É relevante destacar que, o(a) advogado(a) é, igualmente a outros profissionais, uma peça estratégica no âmbito para a efetivação e fortalecimento das políticas públicas sociais, bem como para a viabilização e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos(ãs), e, ainda, a defesa destes quando violados.

4 A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E DA ADVOGADA NO SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (SUAS)

Quando se passa a tratar especificamente da atuação do(a) advogado(a) no âmbito do SUAS, além da previsão constante na NOB–RH SUAS 2006, atualizada pela Resolução CNAS 17/2011, não há maiores fundamentações, sejam legais ou teóricas, acerca da presença deste(a) profissional neste sistema, o que com certeza é uma das principais dificuldades para o fortalecimento desta função na política atual. Nesse sentido, é possível afirmar que, embora havendo a regulamentação supramencionada, a profissão não está efetivada no plano do real, palpável, factível, estando sua existência, ainda, em processo de amadurecimento, enquanto um(a) “trabalhador(a) do SUAS”.

Dentre os vários pontos a serem fortalecidos para que o SUAS de fato se efetive no âmbito dos três entes federados, certamente um dos principais a serem discutidos, amadurecidos e regulamentados, é a questão dos Recursos Humanos para a Política de Assistência Social, de onde também emerge a atual e ainda precária discussão acerca da figura do(a) advogado(a). O SUAS prevê esse(a) profissional como um profissional de nível superior, integrante das “Equipes de Referência”⁹ do sistema em questão, já reconhecido pela normatização supramencionada.

Sendo assim, a partir da atual estrutura de serviços do SUAS já regulamentada e instalada, a principal proposta de reflexão deste artigo está embasada na, ainda escassa, presença do(a) advogado(a), enquanto um(a) servidor(a) público(a) efetivo(a), no âmbito das gestões públicas da Política de Assistência Social, mais especificamente do SUAS, seja nos CREAS, nos Centros Pop Rua ou nas “Equipes de Gestão do SUAS”. Esta reflexão com certeza contribuirá para a efetivação dos princípios e das diretrizes nacionais para a “Gestão do Trabalho”¹⁰ no âmbito do SUAS, definidos no item II da NOB–RH SUAS 2006.

Os(as) advogados(as) surgem neste contexto como protagonistas indispensáveis na operacionalização do Direito, no âmbito da Política de Assistência Social. Certamente, a prioridade neste momento, é desencadear uma discussão nacional com os(as) gestores públicos(as) de assistência social nos estados, no DF e nos municípios, acerca da importância da presença e das atribuições desse(a) profissional nos serviços públicos da Política de Assistência Social. Da mesma forma, em relação às formas de ingresso desses profissionais, bem como os desafios operacionais para tal, enquanto operacionalizador do “Direito à Assistência Social”. Embora a presença dos(as) advogados(as) no SUAS, esteja regulamentada desde 2006, o número de profissionais que atuam nessa política é pouco relevante, enquanto um(a) servidor(a) público(a) efetivo(a), principalmente nas gestões estaduais e municipais.

É importante ressaltar que, a atuação do(a) advogado(a) nas políticas públicas, em diferenciados espaços de orientação, encaminhamento e garantia de direitos, deve pautar-se em uma proposta que, consagre e ofereça à população *serviços legais inovadores* e supere a oferta dos *serviços legais tradicionais*, conforme já referiu Campilongo (1991, p. 24): “A primeira grande distinção associa os serviços legais tradicionais ao atendimento individualizado e os serviços legais inovadores aos casos de interesse coletivo”. Dessa forma, amplia-se o âmbito da atuação deste(a) profissional, até hoje mais focada na prestação tradicional do campo privado, o que contribuirá e facilitará o exercício da cidadania por parte dos(as) cidadãos(ãs) mais vulneráveis, através da viabilização do acesso aos direitos sociais, socioassistências e outros, que já estejam ou venham a ser regulamentados. E, conseqüentemente, fortalece a atuação dos(as) advogados(as) na gestão pública brasileira, principalmente na Política Pública de Assistência Social, mais especificamente no SUAS.

Partindo do pressuposto de que, os Direitos Sociais previstos no Capítulo II inseridos mais amplamente no âmbito Dos Direitos e Garantias Fundamentais, considerando, ainda, que esses Direitos Fundamentais são os direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados na esfera

do Direito Constitucional Positivo de determinado Estado, conforme leciona (SARLET, 1998), é possível afirmar que o Direito à Assistência Social passa a ser um direito público e exigível, por parte dos(as) cidadão(ãs) brasileiros(as). Dessa forma, o Estado deve garantir sua imediata aplicação, com a prestação de serviços públicos, que, no caso desta política pública, estão se materializando através do SUAS.

Esta afirmação encontra amparo legal no § 1º do art. 5º da nossa Carta Magna, que dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e, neste caso, a Política Pública de Assistência Social se configura explicitamente no campo dos Direitos Fundamentais da Constituição, podendo ser, com certeza, interpretada como uma norma constitucional autoaplicável, de eficácia plena. É possível, pois, afirmar que a assistência social e os direitos humanos estão mais do que nunca aproximados, quando se trata da sua proteção e defesa, bem como de sua garantia quando violados, objeto principal dos dois campos.

A Constituição Federal de 1988 viabilizou diversos instrumentos para que se possa assegurar também estes direitos, que, com certeza, serão objetos de orientação e encaminhamento na intervenção de um(a) advogado(a) que atue na Política Pública de Assistência Social, quais sejam: a) *Habeas Corpus*; b) Mandado de Segurança; c) *Habeas Data*; d) Mandado de Injunção; e) Ação Popular; f) Ação Civil Pública; g) Direito de Petição.

A atuação do(a) advogado(a) no SUAS está legitimada desde 2006 na NOB–RH SUAS, inicialmente constando nas Equipes de Referência dos CREAS, no âmbito da Proteção Social Especial, sendo que, com a atualização desta norma em 2011, a partir da Resolução CNAS 17, o(a) advogado(a) passou a integrar também as categorias profissionais das equipes de Gestão do SUAS, além dos Centros Pop Rua. Há ainda expectativas e necessidades de sua atuação no âmbito da assessoria dos Conselhos Municipais, bem como das entidades da sociedade civil integrantes das “Redes Socioassistenciais Privadas do SUAS”.

Nesse contexto, a NOB-RH SUAS define os(as) profissionais de nível superior que integrarão as “Equipes de Referência” dos serviços do SUAS, a saber:

I – Proteção Social Básica: Assistente Social, Psicólogo.

II – Proteção Social Especial de Média Complexidade: Assistente Social, Psicólogo, Advogado.

III – Proteção Social Especial de Alta Complexidade: Assistente Social, Psicólogo.

De forma complementar, em seu artigo 2º, a norma registra as cate-

gorias profissionais de nível superior que poderão atuar nas especificidades dos serviços do SUAS, conforme a necessidade de estruturação de cada município: Antropólogo, Economista Doméstico, Pedagogo, Sociólogo, Terapeuta Ocupacional e Musicoterapeuta. Em seu artigo 3º, ainda, legitima os(as) trabalhadores(as) de nível superior para comporem as “Equipes de Gestão do SUAS”, quais sejam: Assistente Social, Psicólogo(a), Advogado(a), Administrador(a), Antropólogo(a), Contador(a), Economista, Economista Doméstico(a), Pedagogo(a), Sociólogo(a) e Terapeuta Ocupacional.

No que se refere ao órgão de classe representativo dos(as) advogados(as), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), é integrante do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), e participou em nível nacional e em alguns estados, em 2010, das discussões e plenárias regionais brasileiras que discutiram a relação dos(as) trabalhadores(as) de nível superior integrantes do SUAS, que culminou com a aprovação da Resolução CNAS 17/2011. Mas, essa interação da OAB federal com o SUAS, ainda merece amadurecimento e ampliação, bem como de suas representações estaduais e subseccionais em cada cidade brasileira. Relevante registrar que, em pesquisa recente pela internet, nas páginas das subseções da OAB nos estados, foi possível identificar a existência de somente uma Comissão de Assistência Social na OAB do Estado de Santa Catarina, na cidade de Florianópolis, com o objetivo de estudar e acompanhar a política de assistência social naquele estado.

No que se refere à forma de ingresso dos(as) trabalhadores(as) nas “Equipes de Referência” do SUAS, a NOB–RH SUAS 2006 e suas atualizações é muito clara ao definir que o ingresso dos(as) advogados(as) aos serviços do SUAS, se dá por meio da realização de concursos públicos específicos para a Política de Assistência Social, em que é possível contemplar nos conhecimentos dos certames as especificidades dessa política.

No que se refere às normatizações, ou seja, às orientações técnicas, ainda existe pouquíssimo material oficial acerca da atuação do(a) advogado(a) no âmbito do SUAS, tendo sido possível identificar, até este momento, um artigo intitulado “Serviços Socioassistenciais: referências na implantação do SUAS” (SILVEIRA; COLIN, 2007), que refere de forma bastante inovadora, mas ainda genérica, a “orientação técnico-jurídica e social” nos serviços de Proteção Social Básica e o “atendimento jurídico e social” no âmbito da Proteção Social Especial:

✓ **Na Proteção Social Básica**

Orientação técnico-jurídica e social: consiste em orientações acerca de direitos e encaminhamentos para instâncias de mediação e responsabilização jurídica, quando são identificadas situações de vulnerabilidade

pela discriminação; perda ou iminência de perda de bens e acesso aos recursos materiais e culturais; fragilização ou conflito nos vínculos familiares e sociais. No caso de situação de risco, os encaminhamentos são efetuados para a rede de proteção social especial.

✓ Na Proteção Social Especial

Atendimento jurídico e social: consiste na orientação e nas possibilidades de intervenção judicial, na elaboração e no acompanhamento de peças judiciais, que reclamem os direitos legalmente assegurados e nos encaminhamentos para instâncias de mediação e responsabilização jurídica, quando são identificadas situações de risco e violação de direitos.

Também é relevante registrar que a presença do(a) advogado(a), enquanto um trabalhador do SUAS, servidor público efetivo, está indicada no caderno *Orientações Técnicas do Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua*, Centro POP, emitido pelo MDS em 2011.

No que se refere ao financiamento da Política de Assistência Social para a viabilização da contratação dos recursos humanos de forma permanente, ou seja, com ingresso via concurso público, já foram publicadas importantes regulamentações, como o art. 6ºE da LOAS, instituído em sua atualização de 2011, que define que parte dos recursos do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), 11 destinados ao financiamento de ações continuadas da política de assistência social, sejam utilizados para o pagamento dos(as) trabalhadores(as) integrantes das Equipes de Referência do SUAS, tendo o percentual de 60% sido definido posteriormente pela Resolução do CNAS 32, de 28 de novembro de 2011.

Sendo assim, desvenda-se a necessidade de um amplo debate que possa envolver todas as partes protagonistas na viabilização e no fortalecimento da atuação dos(as) advogados(as) no SUAS, realidade ainda não legitimamente efetivada e que, necessita de muitas providências legais, técnicas e estruturantes, no âmbito do sistema e da própria configuração e execução das atividades da profissão.

5 CONCLUSÃO

A atuação do(a) advogado(a) no SUAS, apresenta-se nesse momento como um dos grandes desafios no âmbito dos Recursos Humanos da Política de Assistência Social. Esse tema, com certeza, traz diferenciais e talvez fundamentadores das maiores dificuldades de sua efetivação, quais seja: a questão polêmica acerca da discussão da implementação dos recursos humanos, de forma efetiva e permanente, no âmbito da Política de Assistência Social, que, historicamente, anterior a sua confi-

guração como política pública pela Constituição Federal, sempre foi executada por trabalhadores(as) voluntários(as) ou a ela vinculados(as), por meio de formas de contratação não permanentes, que não eram a via do concurso público.

Nesse contexto, ainda discute-se a urgente necessidade de efetivação da atuação de advogados(as) no âmbito das políticas sociais públicas, mais especificamente na Política de Assistência Social, visto tratar-se de uma profissão que, até então, sempre esteve distante da atuação dessa política. Com certeza, anteriormente à efetivação do(a) advogado(a) como um(a) *trabalhador(a)* do SUAS, enquanto um(a) servidor(a) público(a) efetivo(a) no quadro de Recursos Humanos da Política de Assistência Social, muitas discussões deverão ser travadas em espaços relacionados a esse tema, e também muitas providências deverão ser encaminhadas por todos(as) envolvidos(as), para que, de fato a presença desse profissional possa se tornar uma realidade nos municípios, no DF e nos estados brasileiros. Merecem destaque, sem ordem de prioridade algumas necessidades:

✓ **A revisão da grade das disciplinas no âmbito da formação acadêmica da graduação na área do Direito, de forma a viabilizar ao graduando(a) uma visão ampla das políticas públicas sociais, bem como a perspectiva de atuação dos(as) advogados(as) no âmbito das gestões públicas, inclusive da assistência social;**

✓ **A inclusão da temática das políticas públicas sociais, principalmente a da Política de Assistência Social, nas matérias que compõem a prova de habilitação da profissão de advogado(a), qual seja: o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no intuito de fomentar e viabilizar também o acesso desse profissional no âmbito da gestão pública dos estados e municípios brasileiros;**

✓ **A ampliação do debate e da publicização da legislação, das normativas técnicas e da gestão da Política Pública de Assistência Social, no âmbito dos órgãos representativos da categoria dos(as) advogados(as), quais sejam a OAB nacional, as subseções estaduais e municipais, no intuito de que possam estar acompanhando a execução desta política nos respectivos territórios, aos moldes do que já faz a Comissão de Assistência Social da OAB do Estado de Santa Catarina;**

✓ **O início imediato e urgente das discussões acerca da Política de Assistência Social nas subseções da OAB nos estados e municípios, visto que, esta categoria está legitimada como um(a)**

trabalhador(a) do SUAS, necessitando a regulamentação urgente de seu ingresso e de sua atuação nas gestões públicas da assistência social, mais especificamente no SUAS;

✓ A discussão imediata da representatividade da OAB nos Conselhos de Assistência Social, principalmente os estaduais e municipais, como representação da sociedade civil, na categoria de entidade representativa dos(as) trabalhadores(as) do SUAS, conforme determinam as Resoluções do CNAS 23 e 24, de 16 de fevereiro de 2006;

✓ A viabilização por parte da OAB de um processo de atualização e alinhamento conceitual, técnico e de legislação no âmbito da Política de Assistência Social para os(as) advogados(as) já atuantes, e para os(as) advogados(as) em formação, visto ser este um novo campo de atuação que emerge para esta categoria, tanto no âmbito da advocacia pública quanto da privada;

✓ A realização urgente de um debate com todos os(as) atores(as) envolvidos, acerca da necessidade imediata da inclusão de advogados(as) para atuarem no âmbito do SUAS, mais especificamente nos CREAS, Centros Pop Rua e Equipes de Gestão do SUAS, enquanto servidor público efetivo, conforme normas regulamentadoras já vigentes, com ingresso via concursos públicos específicos para a política de assistência social, face à singularidade dos conteúdos que estes certames públicos devem abranger;

✓ A urgente necessidade de atualização das legislações estaduais e municipais que instituem a Política Pública de Assistência Social nestes territórios, fundamentalmente instituindo seus sistemas municipais de assistência social, de acordo com os parâmetros do SUAS, com o respectivo reordenamento dos quadros de Recursos Humanos, conforme os padrões instituídos pela NOB–RH SUAS 2006 e suas atualizações, principalmente no que concerne à inclusão de advogados nas “Equipes de Referência” do SUAS, de forma legítima, efetiva e permanente;

✓ Há que se traçar, também, estratégias para a publicização dos novos parâmetros propostos pelo SUAS para os demais atores e parceiros da execução da Política de Assistência Social, tais como: membros dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo; do Ministério Público; dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios (onde houver);

✓ Ainda em âmbito acadêmico, há que se discutir e regulamentar a atuação dos(as) estudantes de Direito, enquanto estágios obri-

gatórios e não, nos serviços do SUAS, principalmente: nos CREAS, nos Centros Pop Rua, nas “Equipes de Gestão”, nos espaços de controle social (Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional), bem como ainda nas entidades da sociedade civil integrantes da “Rede Socioassistencial Privada do SUAS”.

Sendo assim, a partir das discussões indispensáveis supramencionadas acerca da Política de Assistência Social, para que possa pensar-se na efetivação do profissional advogado(a), enquanto um(a) *trabalhador(a)* do SUAS, é necessário registrar a necessidade de uma ampla discussão acerca dos Recursos Humanos no sistema em questão, visto que este tema, atualmente, demonstra ser um dos grandes entraves para o prosseguimento efetivo dos sistemas, principalmente nos estados e nos municípios.

Ainda, considerando que, a Política de Assistência Social passa a assumir um caráter de política pública garantidora de direitos, em substituição ao caráter assistencialista historicamente consagrado, é mister que todo este processo de discussão possa imediatamente estar acontecendo neste País, para que de fato o SUAS ofereça projetos, programas, serviços e benefícios socioassistenciais de qualidade para seus usuários.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: mar. 2014.

BRASIL. **Lei Federal 8.742**, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS - Dispõe sobre a organização da assistência social e dá providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: fev. 2014.

BRASIL. **Lei Federal 8.906**, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: fev. 2014.

BRASIL. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil**. Conselho Federal da OAB. Diário Oficial da União, 16 nov. 1994.

BRASIL. **Código de Ética da Advocacia**. Conselho Federal da OAB. Diário Oficial da União, 1º mar. 1995.

BRASIL. **Decreto Federal 7.788**, de 15 de agosto de 2012, que regulamenta o Fundo Nacional de Assistência Social. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7788.htm>. Acesso em: 1º mar. 2014.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social – PNAS**. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB-SUAS)**. Brasília, DF, 2005.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social (NOB-RH SUAS)**. Brasília, DF, 2006.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Decálogo dos Direitos Socioassistenciais, aprovados na VI Conferência Nacional de Assistência Social**, DF, 2007.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais**. Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). **Secretaria da Avaliação e da Gestão da Informação (SAGI)**. Censo do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). **Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS)**. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). **Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua**. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB-SUAS)**. Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Resolução CNAS 17**, de 20 de junho de 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Resolução CNAS 32**, de 28 de novembro de 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Resolução CNAS 23**, de 16 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Resolução CNAS 24**, de 16 de fevereiro de 2006.

BATTINI, Odária (Org.). SUAS – Sistema Único de Assistência Social: **Serviços Socioassistenciais: referências preliminares na implantação do SUAS**, CIPEC, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Assistência jurídica e advocacia popular: Serviços Legais em São Bernardo do Campo**. Organizadores Paulo Abrão e Marcelo Torelly. Porto Alegre: Edipuc, 2009.

COUTO, Berenice Rojas. **Assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão de análise**. São Paulo: Cortez, 2008.

DI GIOVANNI, Geraldo. **Sistema de proteção social: uma introdução conceitual**. São Paulo: Annablume, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVEIRA, Jucimeire Isolda; COLIN, Denise Arruda. **Serviços socioassistenciais: referências preliminares na implantação do SUAS**. In: BATTINI, Odária (Org.). SUAS – Sistema Único de Assistência Social. CNPq. Curitiba: Veras, 2007. (Série Núcleos de Pesquisa).

¹ Direitos Sociais: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional 64, de 2010). Constituição Federal Capítulo II, art. 6º.

² A NOB–SUAS 2005 foi revogada pelo art. 4º da Resolução CNAS 33/2012, que aprovou a NOB–SUAS 2012.

³ Os 10 direitos socioassistenciais são: 1 – Todos os direitos de proteção social de assistência social consagrados em Lei para todos; 2 – Direito de equidade rural-urbana na proteção social não contributiva; 3 – Direito de equidade social e de manifestação pública; 4 – Direito à igualdade do cidadão e da cidade de acesso à rede socioassistencial; 5 – Direito do usuário à acessibilidade, qualidade e continuidade;

6 – Direito em ter garantida a convivência familiar, comunitária e social; 7 – Direito à Proteção Social por meio da intersectorialidade das políticas públicas; 8 – Direito à renda; 9 – Direito ao cofinanciamento da proteção social não contributiva; 10 – Direito ao controle social e à defesa dos direitos socioassistenciais.

⁴ O SUAS só foi instituído legalmente pela Lei Federal 12.435, de 6 de julho de 2011, que atualizou os dispositivos da LOAS.

⁵ O Censo do Sistema Único de Assistência Social – Censo SUAS – foi instituído pelo Decreto Federal 7.334, de 19 de outubro de 2010, e tem como finalidade coletar anualmente informações sobre serviços, programas e projetos de assistência social realizados no âmbito das unidades públicas e provadas de assistência social, bem como sobre a atuação dos Conselhos de Assistência Social.

⁶ A maioria dos 5.565 municípios brasileiros tem pequeno porte I, com menos de 10.000 habitantes, conforme classificação da PNAS 2004.

⁷ Proteção social, conforme Di Giovanni: “[...] chamo de sistemas de proteção social as formas – às vezes mais, às vezes menos – institucionalizadas que as sociedades constituem para proteger parte ou o conjunto de seus membros. Tais sistemas decorrem de certas vicissitudes da vida natural ou social, tais como: a velhice, a doença, o infortúnio e as privações. Incluo neste conceito, também, tanto as formas seletivas de distribuição e redistribuição de bens materiais (como a comida e o dinheiro), quanto de bens culturais (como os saberes), que permitirão a sobrevivência e a integração, sob várias formas, na vida social. Incluo, ainda, os princípios reguladores e as normas que, com o intuito de proteção, fazem parte da vida das coletividades.” (DI GIOVANNI, 2008, p. 10).

⁸ Conforme a NOB–RH SUAS 2006 e sua atualização, são **trabalhadores da assistência social/trabalhadores do SUAS**: todos aqueles que atuam institucionalmente na política de assistência social, conforme preconizado na LOAS, na PNAS e no SUAS, inclusive quando se tratar de consórcios intermunicipais e entidades e organizações de assistência social.

⁹ Conforme a NOB–RH SUAS 2006 e sua atualização, são **Equipes de Referência do SUAS** aquelas constituídas por servidores efetivos responsáveis pela organização e oferta de serviços, programas, projetos e benefícios de proteção social básica e especial, levando-se em consideração o número de famílias e indivíduos referenciados, o tipo de atendimento e as aquisições que devem ser garantidas aos usuários.

¹⁰ Gestão do Trabalho no SUAS: para efeitos desta NOB, considera-se Gestão do Trabalho no SUAS a gestão do processo de trabalho necessário ao funcionamento da organização do sistema, que abarca novos desenhos organizacionais, educação permanente, desprecarização do trabalho, avaliação de desempenho, adequação dos perfis profissionais às necessidades do SUAS, processos de negociação do trabalho, sistemas de informação e planos de carreira, entre outros aspectos.

¹¹ O Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) foi regulamentado pelo Decreto Federal 7.788, de 15 de agosto de 2012.

O DEVER DE CONSULTA AOS POVOS INDÍGENAS COMO DIÁLOGO INTERCULTURAL

Alessandra Quines Cruz¹

RESUMO: O presente artigo busca abordar o dever de consulta aos povos indígenas sob o enfoque do diálogo intercultural. Reconhecendo a importância, mas superando o enfoque do multiculturalismo, defendemos as possibilidades do diálogo intercultural de acordo com a hermenêutica diatópica. Ao lado dessa perspectiva, analisamos brevemente os instrumentos legais que regulam o instituto da consulta, tratando-se da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, para, ao final, estabelecer a relação entre o dever de consulta e o diálogo intercultural.

PALAVRAS-CHAVE: Dever de consulta. Povos indígenas. Diálogo intercultural.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentação Normativa do Instituto do Dever de Consulta. 3. Multiculturalismo e Colonialidades: Implicações. 4. O Diálogo Intercultural e suas Possibilidades. 5. Tradução Intercultural e Hermenêutica Diatópica. 6. O Diálogo Intercultural Aplicado ao Dever de Consulta. 7. Considerações Finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo está fundado na pesquisa sobre o dever de consulta aos povos indígenas, especialmente no que diz respeito à análise de seus fundamentos e características. Nesse sentido, estabelecemos que o instituto do dever de consulta consiste em, de um lado, direito subjetivo assegurado a povos tradicionais – sendo que o objeto do presente artigo são apenas os povos indígenas – e, de outro, numa obrigação procedimental em relação ao Estado, a ser cumprida sempre que uma determinada ação política possa afetar diretamente direitos dos povos indígenas.

Do aprofundamento do estudo acerca das características do instituto, desenvolvemos a relação do instrumento jurídico com as possibilidades do diálogo intercultural, a partir do reconhecimento de que a característica

¹ Alessandra Quines Cruz, Defensora Pública Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPE-RS; Mestra em Direitos Humanos (UniRitter).

da boa-fé é expressamente valorizada pelo texto legal. Necessária, então, a investigação sobre as teorias do multiculturalismo, interculturalidade e diálogo intercultural, para, a partir de sua compreensão, relacionar a consulta de boa-fé com uma verdadeira espécie de dever de diálogo e, mais especificamente, de diálogo intercultural.

2 FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA DO INSTITUTO DO DEVER DE CONSULTA

O dever dos Estados de consultar os povos indígenas tem fundamento normativo na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), principalmente no artigo sexto,² e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que em seu artigo dezoove³ repisa a previsão normativa da convenção citada.

Ambos os instrumentos – Convenção 169 da OIT, tal como a Declaração das Nações Unidas (ONU) – preveem a obrigatoriedade da consulta pelos Estados, de boa-fé, e, no caso da Declaração, com o objetivo de alcançar o consentimento dos povos indígenas, sobre aspectos de formas de gestão ou de projetos estatais que os afetem.

Contudo, numa análise mais profunda sobre os princípios que circundam o dever de consulta e, em especial, os demais direitos reconhecidos aos povos indígenas, como o direito à participação e ao consentimento, assim como a partir do exame acurado das características da consulta, é possível concluir que o processo de consulta prévia é meio de diálogo intercultural. Nesse sentido, considera-se o argumento de que a própria posição de destaque que os textos legais conferem à aplicação do princípio da boa-fé revela que o esforço de diálogo é obrigatório, com a finalidade de que ambos, os Estados e os povos indígenas, construam um consenso em que as prioridades de ambos possam ser satisfatória e minimamente respeitadas.

² Artigo 6º: 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eleitas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem; c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado.

³ Artigo 19: Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

3 MULTICULTURALISMO E COLONIALIDADES: IMPLICAÇÕES.

Enquanto tratamos de diferentes culturas, é imprescindível que exista o respeito às diferenças, e disso cuidou o multiculturalismo, como a seguir veremos. Contudo, a tolerância não impõe convivência, sendo mister agora, após as bases assentadas pela teoria do multiculturalismo, tratarmos da necessidade de um diálogo efetivo. Tal diálogo não se caracteriza se houver qualquer imposição cultural sobre a forma como ele ocorre, o que equivale a dizer que o próprio direito não daria conta de instrumentalizá-lo – ao menos não nos termos como atualmente o compreendemos – enquanto representação da institucionalização de uma cultura definida. Assim é que o conceito de interculturalidade exsurge, caracterizando o diálogo por ocorrer num âmbito crítico e aberto, constantemente em construção pelos participantes.

Não se descuida, portanto, de que o multiculturalismo, ainda que desde uma perspectiva normativa, como o expôs Kymlicka (1989, 1995, 2002, 2003, 2004), não está imune às críticas que consideram mesmo essa perspectiva insuficiente. O argumento central dessa crítica diz com o fato de que o enfoque de Kymlicka trata de alcançar a justiça entre grupos culturais, sem desconsiderar os direitos individuais, com o reclamo de certos direitos diferenciados de grupo; mas, o faz sob uma ótica do “outro” que acaba por defender uma perspectiva assimilacionista, egocêntrica (TODOROV, 2010, p. 161) ao afirmar que a cultura liberal é o meio comum ou o universal em que se deveriam produzir as relações entre as culturas.

De fato, Kymlicka (1996, p. 58) refuta o argumento dos liberais que sustentam que os direitos diferenciados em função do grupo são opostos aos direitos individuais. Nesse momento, distingue as restrições internas como as reivindicações do grupo contra seus membros, das proteções externas, que consistem nas reivindicações do grupo perante a sociedade em que o grupo se insere. Ocorre que, ainda que a distinção entre proteções externas e restrições internas se justifique para proteger os direitos individuais, implica em assumir a concepção liberal dos direitos como superior a de outras culturas. Nesse momento, o multiculturalismo pensa colonialmente, por supor que existe uma cultura superior às demais. (WALSH, 2009, p. 43).

Para Catherine Walsh (2008), existe a necessidade de um novo pensar, compartilhado, na medida em que existem diferentes epistemologias, ou formas de produzir conhecimento. Somente dessa forma se poderá pôr em questão o desenho colonial da “geopolítica dominante” (MIGNOLO, 2000) do conhecimento e a conseqüente subalternização epistemológica. A ideia de que apenas o conhecimento científico é válido,

contribuiu para invisibilizar e silenciar os sujeitos que produzem outros tipos de conhecimento.

Tais teorias são baseadas no pressuposto de que vivemos uma transição do colonialismo moderno à colonialidade global (QUIJANO, 2000) marcada pelo fim da dominação política, mas não da estrutura de relações centro-periferia, em escala mundial. O fim da guerra fria terminou com o colonialismo da modernidade, mas deu início ao processo de colonialidade global. Nesse sentido, Aníbal Quijano se refere precisamente ao uso da raça como critério para distribuição da população, notadamente quanto à divisão do trabalho, como a “colonialidade do poder”; e à repressão de outras formas de produção do conhecimento (as que não são brancas, eurocentradas ou “científicas”), de “colonialidade do saber” (QUIJANO, 2000, p. 204).

A colonialidade do saber e do poder são os conceitos centrais dentro das teorias que ora analisamos, pois matizam uma noção muito utilizada a partir de então, que é a “diferença colonial”, algo que permitiu estabelecer as diferenças e justificar a colonização. Na explicação de Walter D. Mignolo (2005, p. 36):

En esta simetría aparente hay una diferencia: el misionero español y el filósofo francés no debieron incorporar las lenguas ni las experiencias indígenas en su marco de pensamiento teológico o egológico. Los intelectuales aimara o náhuatl de los territorios que hoy ocupan Bolivia, México y América Central no tuvieron otra opción, porque en sus territorios, en los lugares donde ellos vivían, se establecieron instituciones españolas y francesas. Esa es la razón material por la cual el pensamiento fronterizo es la consecuencia del diferencial de poder existente en el contexto moderno/colonial, un diferencial de poder que constituye la diferencia colonial.

Como se vê do desenvolvimento do autor, o diferencial de poder é determinante para o conceito de diferença colonial. A questão assume dois enfoques: um deles é o (re)pensar a estruturação do mundo moderno criada pela colonialidade, e o outro é reconstruir esses conhecimentos, o que pode ser compreendido como “la producción de nuevos conocimientos subalternos y nuevos modelos de análisis, conceptualización y pensamiento” (WALSH, 2002, p. 186), os quais tem um uso estratégico e político.

4 O DIÁLOGO INTERCULTURAL E SUAS POSSIBILIDADES

Nesse cenário, tendo em foco que o dever de consulta aos povos indígenas exige o diálogo entre esses povos e o Estado, surge a pergunta

sobre quais deveriam ser as formas de construir um diálogo entre culturas, considerando que não se trata de qualquer diálogo, mas um diálogo capaz de analisar e valorizar a diversidade de culturas, desviando-se de critérios etnocêntricos e de objetivos de homogeneização cultural, dado o dever de boa-fé imposto pelas normativas supra citadas.

Adotamos, nesse sentido, o posicionamento de Boaventura de Sousa Santos (1998, 2002, 2005 e 2009) que propõe a efetivação de um trabalho de “tradução intercultural”, dentro de uma dimensão teórica mais ampla, que o autor denomina de “epistemologia do sul” (SANTOS, 2009).

A “epistemologia do sul” de Boaventura consiste em uma teoria política e epistemológica movida em um sentido de renovação, desde um ponto de vista crítico e pós-colonial. Está formada por um conjunto de orientações teóricas que buscam resgatar os saberes subordinados, isto é, tudo aquilo que está relacionado aos grupos sociais historicamente excluídos por uma epistemologia que se busca superar: aquela lastreada em uma ideia monocultural, representada pelo colonialismo e pelo capitalismo. Também propõe alternativas epistêmicas e sociais emergentes, por meio do estabelecimento de pontos de convergência entre variadas experiências de conhecimento do mundo.

Sobre a “tradução intercultural”, explica o autor que consiste em um trabalho de “crear inteligibilidad, coherencia y articulación en un mundo enriquecido por tal multiplicidad y diversidad” (SANTOS, 2005, p. 118), no sentido de um procedimento que crie formas de entendimento entre as variadas experiências do mundo. O que se busca é alcançar uma espécie de grau de inteligibilidade mútua, a qual permitirá estabelecer canais de comunicação entre as culturas.

Boaventura trabalha com uma pressuposição de que é possível alcançar algum grau de consenso intercultural. Mais especificamente, defende que tal objetivo deve ser buscado por intermédio do que denomina de “universalismo negativo”, tese que contrapõe o pressuposto do pensamento monocultural e demais teorias totalizantes, no sentido de teoria geral e única que concebe o mundo como uma totalidade social e cultural, que pode ser dessa forma compreendida e explicada.

Com o afastamento, então de um único princípio que possa explicar a transformação social, a teoria da tradução intercultural, para Boaventura, é o procedimento capaz de criar a defendida inteligibilidade recíproca, necessária entre todos os atores sociais. Sem essa aceitação de um consenso intercultural sobre um universalismo negativo, o trabalho de tradução se assemelharia, novamente, a um trabalho colonizador.

5 TRADUÇÃO INTERCULTURAL E HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Para explicar mais especificamente como se daria a tradução intercultural, Boaventura consigna que o procedimento deve observar quatro aspectos básicos (SANTOS, 2005, p. 118). Primeiramente, esse é um trabalho que diz respeito a outras questões que não só uma relação de comunicação entre culturas, mas também se relaciona com os movimentos sociais que se opõem à globalização neoliberal, e ainda, com outras relações entre saberes, entre práticas sociais, e entre as pessoas que estão envolvidas nesses processos. Em segundo lugar, a tradução afasta totalmente o juízo de que as culturas possam ser algo dado, fechado, autossuficiente, assumindo de vez a ideia de incompletude cultural. Em terceiro lugar, a tradução pode ocorrer tanto entre os saberes e práticas hegemônicos como os não-hegemônicos. Por fim, a quarta questão é que o trabalho de tradução deve observar suas dimensões intelectual, política e emocional. A dimensão intelectual diz respeito à busca da inteligibilidade pelos processos de comunicação, dimensionando-se as questões que os unem e que os separam; a dimensão política diz com o fato de ocorrer uma deliberação democrática entre os componentes da tradução; por fim, o aspecto emocional se justifica porque a tradução revela um certo inconformismo ante a carência que supõe a incompletude de um conhecimento de ou de uma prática.

Para utilizar as exatas palavras de Boaventura, o trabalho de tradução intercultural é consolidado concretamente sob a forma de uma “hermenêutica diatópica” (SANTOS, 1998, p. 200). Esse é um conceito central na teoria de Boaventura, o qual é tomado da corrente filosófica de Pannikar (1990), para quem, a hermenêutica está dividida em três aspectos: hermenêutica morfológica, hermenêutica diacrônica e, finalmente, a hermenêutica diatópica. Como hermenêutica morfológica o autor compreende aquilo que permite transmitir uma cultura particular a quem a pode alcançar, por meio dos pais, professores e outras figuras de autoridade. A hermenêutica diacrônica contribui quando é necessário superar distâncias temporais entre culturas, auxiliando na compreensão de textos de outras épocas, por exemplo.

A hermenêutica diatópica é a que permite ir além, não apenas em termos de distância temporal, mas ir além dos lugares comuns teóricos, os “topói” culturais. Assim, o método põe em contato universos de sentidos completamente diferentes, para que, em suas diferenças, possam criar a inteligibilidade, que não pode pertencer exclusivamente a uma cultura ou outra, mas ser “diatópica”, isto é, atravessar os diferentes lugares-comuns culturais.

Ao exemplificar o uso do “topos” de outra cultura, Boaventura (1998,

p. 201) traz o exemplo de como tal ocorreria entre a noção de direitos humanos da cultura ocidental e a noção de “dharma” na cultura hindu:

Vistos desde el topos del dharma, los derechos humanos son incompletos, en cuanto no logran establecer el vínculo entre la parte (el individuo) y el todo (la realidad) o, lo que es aún más fuerte, en cuanto se concentran en lo que es meramente derivado, en los derechos, antes que en el imperativo primordial, el deber de los individuos de encontrar su lugar en el orden de la sociedad entera y del cosmos entero. Vistos desde el topos de los derechos humanos, el dharma es también incompleto, debido a su fuerte prejuicio no dialéctico en favor de la armonía, lo que eventualmente oculta injusticia e ignora por completo el valor del conflicto como vía hacia una armonía más rica. Además, el dharma no se ocupa de los principios del orden democrático, de la libertad y la autonomía, e ignora el hecho de que sin derechos primordiales el individuo es una entidad demasiado frágil para evitar ser superado por cualquier cosa que lo trascienda.

Assim, vê-se que a hermenêutica diatópica consiste em traduzir as premissas de argumentação de uma cultura (topói culturais) em argumentos inteligíveis em outra cultura, tendo sempre em conta que as culturas são incompletas, assim como os argumentos sobre os quais os discursos são construídos. O objetivo do procedimento é levar o máximo de consciência dessa incompletude às culturas, de modo a afastar a errônea percepção de que a parte do conjunto é o todo, o que só é possível para uma cultura na presença de outra cultura.

Panikkar (1990, p. 135) aborda essa ideia de interdependência e complementariedade das culturas por meio de uma metáfora muito útil: a imagem de janelas. Segundo o autor cada cultura é como uma janela aberta para o mundo, e essa janela permite ver e representar o mundo de uma determinada forma. Então, cada cultura é uma janela: ainda que se convença de que tem um panorama completo, tem apenas uma perspectiva parcial, já que “no soy la única ventana por la que se ve el mundo; ni mi yo existe sin un tú” (PANIKKAR, 1993, p. 173).

Importante insistir, portanto, que o trabalho de tradução intercultural não consiste em expressar determinados argumentos de uma cultura na linguagem da outra. Se assim fosse, não passaria de uma busca de correspondências semânticas entre cosmovisões. O procedimento pretende ser algo bem maior, isto é, um procedimento epistemológico e político de interpretação e de confrontação das alteridades, com o objetivo de descobrir os topói culturais que facilitem a comunicação e o entendimento recíprocos.

Interessante também anotar nesse momento que a proposta de Boaventura, para fazer o trabalho da tradução intercultural, é a figura do intelectual cosmopolita (2005, p. 122), que seria um representante eleito de cada cultura ou participante do diálogo, e que conte com uma atitude mental de abertura para trabalhar e para relacionar-se com os sujeitos do diálogo. Os tradutores cosmopolitas devem ser pessoas com fortes vínculos com a cultura que representam, mas, por outro lado, ter suficiente capacidade crítica para experimentar o sentimento de incompletude cultural.

O resultado desse processo significaria o reconhecimento da diversidade epistemológica do mundo, e a desativação da dicotomia hierárquica entre os saberes que são considerados hegemônicos, e os saberes subalternos, indo ao encontro do preconizado pela teoria crítica pós-colonial, isto é, o processo de descolonização do conhecimento baseado na formação de “ecologias dos saberes” (SANTOS, 2005, p. 101), múltiplos saberes configurados a partir do diálogo horizontal de saberes.

Essa a nossa síntese de uma teoria que vem expressada em várias obras de Boaventura, como vimos, com base na filosofia de Panikkar, tratando-se de tema bastante complexo que, por si só, desafiaria outro trabalho investigativo. Contudo, dados os limites que nos propusemos, não nos estenderemos em maiores digressões, encerrando essa pequena janela sobre as possibilidades do diálogo intercultural, para redirecionarmos nossa atenção ao diálogo a ser estabelecido na consulta, pelo que passamos a explorar esse instituto.

6 O DIÁLOGO INTERCULTURAL APLICADO AO DEVER DE CONSULTA

Como já citamos, a consulta fundamentada na Convenção 169 e na Declaração, consiste no dever que incumbe aos Estados de consultar os povos indígenas sobre medidas de cunho legislativo e administrativo que os afetem. O instituto possui características e objetivos bem definidos, conforme o entendimento dessas duas grandes organizações na interpretação das normas citadas. No mesmo sentido, o sistema interamericano de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), embora não disponha, em seu âmbito, de uma norma específica sobre os povos indígenas,⁴ reconhece o dever dos Estados-membros de observar a consulta, com seus princípios e características intrínsecas.

⁴ Existe um projeto de Declaração Americana sobre direitos dos povos indígenas em tramitação na OEA. Não incluímos neste trabalho sua análise, considerando que a aprovação de documentos desse porte junto aos organismos internacionais é sempre acompanhada de numerosos debates e consequentes modificações substanciais no texto. O projeto pode ser acessado pelo link: <<http://cidh.oas.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm>>.

Repisamos a fundamentação do instituto, anotando que as declarações de direitos da ONU são em geral concebidas como instrumentos não vinculantes aos países. Contudo, a nosso ver, tratando-se de instrumento que é firmado de maneira voluntária pelos países, e no caso da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada por um número expressivo de Estados-membros, assume, por essa condição, o teor de compromisso em implementar sua aplicação. Já no que tange à Convenção 169, observa o procedimento de tratado, criando obrigação legal, dos Estados-membros que a ratificaram, de adequar sua legislação nacional e suas práticas internas, além de desenvolver ações visando ao cumprimento integral da Convenção.

No que pese esse cenário de compromissos assumidos, a experiência demonstrou que as principais violações de direitos humanos desses povos, assim como as principais dificuldades de cumprimento da Convenção 169 da OIT relacionam-se com a não-aplicação ou a aplicação deficiente do instituto do dever de consulta (OIT, 2009). De outro lado, alguns países da América Latina – a exemplo do Peru e da Bolívia – Estados-parte da ONU e signatários da Convenção 169 da OIT, optaram por adotar uma legislação interna que regulamenta o instituto. No caso do Brasil, este ratificou a Convenção 169 em julho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143, em vigor desde 2003, não possuindo, contudo, uma legislação própria para a consulta.

O nexó que ressaltamos, então, entre a hermenêutica diatópica como exemplo de diálogo intercultural e a consulta prévia se verifica justamente no fato de que o diálogo a ser estabelecido por intermédio da consulta aos povos indígenas, será necessariamente um diálogo entre culturas. Daí nossa incursão pela seara da interculturalidade e do diálogo intercultural para possibilitar o aprofundamento do estudo deste instituto. Note-se, no ponto, que um uso mais geral do termo interculturalidade, traz uma visão de uma espécie de necessidade permanente de convivência solidária entre culturas diferentes, o que evidencia uma certa inércia, de cunho conservador, que poderia reforçar os preconceitos e injustiças. Por essa razão adotamos essa visão mais crítica do conceito de interculturalidade, a fim de evitar que a defesa do direito à consulta, em efeito reverso ao pretendido, constitua mais um discurso legitimador do exercício do poder já que “[...] el discurso de la interculturalidad es cada vez más utilizado por el Estado y por las agencias multilaterales como um nevo ‘artilugio’ del mercado” (WALSH, 2006, p. 194).

Nesse sentido, o direito à consulta entendido sob a perspectiva da interculturalidade instaura a necessidade do processo dialógico enquanto processo de troca e apresentação sincera de informações com o objetivo

de interação e empoderamento mútuo e, assim, redistribui o poder de decisão ao fixar na busca do consenso a finalidade do diálogo instaurado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse quadro de deveres legais inobservados, exsurge a necessidade de adoção de um novo paradigma, inclusivo e intercultural, de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas na América Latina. O reconhecimento de direitos e deveres diferenciados representa o primeiro passo na superação de uma posição estagnada, por meio da qual a cegueira estatal no que diz respeito às diferenças resta superada. Contudo, pode conduzir a uma convivência entre as denominadas maiorias e minorias marcadas por ignorância e, conseqüentemente, por estereótipos. Nesse diapasão é que a posição que privilegia o diálogo ganha relevo. A proposta de interculturalidade advoga a ideia da possibilidade de um modelo de gestão de diversidade cultural que esteja aberto às modificações culturais de todas as partes envolvidas.

Concluimos então que o dever de consulta enquanto instituto legal obrigatório deve ser realizado por meio do diálogo intercultural. Tal compreensão do instituto desempenharia papel relevante, inicialmente, para prevenir indevidos recortes étnicos, religiosos, linguísticos e culturais e, ao depois, para que diferentes identidades e culturas possam avançar conjuntamente e aceitar as suas diferenças, com base em valores que possam ser partilhados. Somente observando-se uma perspectiva tal é que se poderia alcançar o objetivo de aplicação da consulta mediante es- correita observância do dever de boa-fé.

8 REFERÊNCIAS

KYMLICKA, Will. **Liberalism, Community and Culture**. Nova York: Oxford, 1989.

_____. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1995.

_____. **El nuevo debate sobre los derechos de las minorías**. In: REQUEJO, Ferrán (Coord). Democracia y pluralismo nacional. Barcelona: Ariel, 2002.

_____. **La política vernácula**. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Barcelona: Paidós, 2003.

_____. **Estados, Naciones y Culturas**. Córdoba, Espanha: Almuza-
ra, 2004.

MIGNOLO, Walter. **Diferencia colonial y razón posoccidental**. In: CAS-
TRO-GÓMEZ (ed). Reestructuración de las ciencias sociales en América
Latina. Bogotá: Javeriano, 2000.

**OIT. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica:
una guía sobre el convenio núm. 169 da la OIT**. Ginebra, 2009. Dis-
ponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2014.

PANIKKAR, Raimon. **Paz y desarme cultural**. Maliaño: Sal Terrae, 1993.

_____. Sobre el diálogo intercultural. Salamanca: San Esteban, 1990.
QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder, eurocentrismo y América
Latina**. In: LANDER, Edgardo. La colonialidad del saber: eurocentrismo y
ciências sociales. CLACSO: Buenos Aires, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o
desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **El milênio huérfano: ensayos para una nueva cultura po-
lítica**. Madrid: Trotta, Bogotá: ILSA, 2005.

_____; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (ed.). **Justicia indígena, plu-
rinalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Ediciones Abya-Ya-
la, 2012.

_____. **La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la
regulación y la emancipación**. Bogotá: ILSA, 1998.

_____. **Una epistemología del Sur: la reinención del conoci-
miento y la emancipación social**. Cidade do México: Siglo XXI, Buenos
Aires: CLACSO, 2009.

TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros: para além do choque das
civilizações**. Petrópolis: Vozes, 2010.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad y colonialidad del poder: Un
pensamiento y posicionamiento otro desde la diferencia colonial**. In:

WALSH, Catherine; GARCÍA LINERA, Álvaro; MIGNOLO, Walter. Interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento. Buenos Aires: Del Signo, 2005.

_____. **Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: Las insurgências político-epistêmicas de refundar el Estado. Quito, 2008.** Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-24892008000200009&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. **La (re)articulación de subjetividades políticas y diferencia colonial en Ecuador: reflexiones sobre el capitalismo y las geopolíticas de conocimiento.** In: WALSH, Catherine; SCHIWY, Freya; CASTRO-GÓMEZ, Santiago (Comp.). Indisciplinar las ciencias sociales. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder. Perspectivas desde lo andino. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Ediciones Abya-Yala, 2002.

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A RUPTURA PARADIGMÁTICA COM O ATUAL MODELO CIVILISTA: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A DEFESA DA POSSE?

Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento¹
Rodrigo Paniz Vitória²

RESUMO: O presente artigo tem por escopo investigar o paradigma subjacente ao instituto da usucapião extrajudicial, introduzido pela lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) com o objetivo de auferir seus avanços e retrocessos para a defesa da posse e para o cumprimento da função social da propriedade. A hipótese trabalhada é a de que o histórico inadimplemento do direito à moradia e a legitimidade das ocupações (Cafrune, 2014) foram apenas paliativamente abarcados por este novo procedimento, tendo o legislador desperdiçado a oportunidade de adentrar no debate e proporcionar a defesa da regularização fundiária e urbanística.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião extrajudicial; alterações no Novo Código de Processo Civil; paradigma liberal-civilista; direito à moradia.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre o paradigma inerente ao Novo Código de Processo Civil. 2.1. A judicialização da política e erosão das relações sociais. 3. Os avanços e retrocessos do Novo Código de Processo Civil para a defesa da posse. 4. As causas e objetivos da implantação da usucapião extrajudicial. 5. O Procedimento em si. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As origens da usucapião remontam à Roma Antiga, onde por meio da Lei das XII Tábuas se convencionou que a aquisição da propriedade, mediante o transcurso do tempo, se daria após dois anos para bens imóveis. Há quem diga que o instituto é anterior, estando presente na Bíblia,

¹ Defensora Pública. Dirigente do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia da Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadora da Comissão Especial do Direito Social à Moradia e Questões Fundiárias do CONDEGE.

² Estagiário Forense do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia da DPE/RS. Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais - UFRGS e Bacharel em Ciências Sociais pela UFRGS.

quando da narração da disputa territorial entre israelitas e amonitas. No Brasil, vigora desde a Proclamação da Independência sob a égide das Ordenações do Reino, passando por alterações com o Código Civil de 1916 e inovações com a Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro existem três formas de aquisição da propriedade imobiliária: o registro, a acessão e a usucapião. Como nos debruçaremos apenas sobre a última, vale lembrar sua definição conceitual, proposta por João Moraes Salles (2006), o qual refere que a usucapião é a

aquisição do domínio ou de um Direito Real sobre coisa alheia, mediante posse mansa e pacífica, durante o tempo estabelecido em lei (2006, p.48-49).

Ademais, seis são as espécies de usucapião existentes: extraordinária, ordinária, rural especial ou *pro-labore*, especial urbana, coletiva de imóvel urbano e familiar (em decorrência de abandono do lar por ex-cônjuge, prevista no artigo 1240-A do Código Civil de 2002). No entanto, todas dependem da via judicial para concretização, que pode se prolongar demasiadamente, acarretando prejuízos às partes interessadas. Em respeito ao princípio do devido processo legal, o qual inclui o direito a um processo justo e célere e em observância à função social da propriedade, buscou-se uma alternativa à judicialização dessas demandas, por meio da usucapião extrajudicial (Art. 1.071 do NCPC que inclui o Art. 216-A na Lei nº 6.015, de 31/12/1973, Lei de Registros Públicos).

A Comissão de juristas instituída para elaborar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil elencou três grandes fatores como causadores da morosidade processual: o elevado número de litígios, o formalismo e o demasiado número de recursos. Assim, com o intuito de efetivar ao princípio constitucional de “celeridade processual”, deu-se início à propositura de um novo sistema processual civil. Portanto, existe a percepção da necessidade de se atualizar o ordenamento jurídico nacional frente às novas demandas requeridas pela sociedade, demandas que extrapolam a esfera judicial, devendo ser pensadas em termos de políticas públicas, destinadas a acolher um número maior de indivíduos do que a restrita lide processual.

O deslocamento da centralidade da figura do juiz para a do notário/registrador atende ao apelo de tornar célere o trâmite processual, desburocratizando o procedimento em algumas medidas, como tornando o contato mais próximo com a autoridade responsável pela decisão, além da redução do tempo das ações e diminuição da sobrecarga das varas cíveis.

Analisar criticamente esta mudança pode servir de guia para constataremos os motivos de sua implantação e o porquê da ausência de men-

ção no novel diploma processual aos institutos da Concessão de Direito Real de Uso e Concessão Especial para fins de Moradia. Outras inovações legais pertinentes à regularização fundiária também restaram excluídas, muito embora os institutos da CUEM e da CDRU apareçam no livro destinado ao Processo de Execução, o que representa um avanço em termos de direitos dos concessionários, uma vez que a alienação judicial não produz efeitos em relação aos donos de imóveis e concessionários não intimados (Lei 13.105/2015: Art. 804, §5º e §6º).

José Carlos Barbosa Moreira sabiamente constatou que uma transformação radical nas relações sociais tão desiguais não pode ter outra origem senão no seio da própria sociedade, referindo que “Não se promove uma sociedade mais justa, ao menos primariamente, por obra do aparelho estatal” (Moreira, 2001. p.181).

É o que também enfatiza Paulo Fernando Duarte Ramos:

A sociedade como um todo, a par de encontrar suas próprias soluções de moradia, ainda que contra o Direito na busca pela propriedade, não deveria também ser chamada a legalizar a situação que cria? Ou esta tarefa deve continuar adstrita ao poder público como até agora? Poderia o Estado compartilhar suas prerrogativas constitucionais com a sociedade? Será essa a forma indicada? (Ramos, p.1700).

O direito à moradia, raramente, é judicializado como reivindicação individual a uma prestação por parte do Poder Público, sendo mais comum sua aparição no contexto dos conflitos possessórios, nos quais aparece nas alegações de defesa dos réus (Cafrune, 2014). Como o Poder Judiciário tem se mostrado refratário ao neoconstitucionalismo, uma postura mais ativa por parte dos juízes é fundamental para consolidação do Estado democrático de direito.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PARADIGMA INERENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Brasil: democracia racial? Gilberto Freyre foi duramente criticado após afirmar que o país era exemplo de uma convivência harmoniosa entre raças, nos sobrados, casebres de palha, mocambos, enfim, na urbe e no campo, o que denominou de democracia racial. E as críticas a ele dirigidas não o foram sem razão, uma vez que ao olharmos para aquele dia 13 de maio de 1888, vemos o tamanho da hipocrisia que carregou consigo ao não tecer uma linha sequer sobre direito à reparação pelos danos causados à população negra, que seguiu excluída do processo po-

lítico. Exclusão que abrangeu o acesso à cidade, à moradia, à educação e à igualdade material, dando ensejo à ocupação de áreas periféricas e morros, em um processo de favelização e posse precária.

José Murilo de Carvalho aponta, em seu clássico *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, para a sistemática construção pelo Poder Público de uma cidadania de cima para baixo, pensada para legitimar o *status quo*, fazendo com que os direitos políticos se tornassem o âmbito de garantias que mais esteve presente em nossa história, exceto por alguns períodos, em detrimento das classes de direitos civis e sociais. Mesmo com a restrição dos votos às mulheres, escravos e outros setores, não havia sombra do exercício de igualdade jurídica, direito à propriedade e educação primária a quem não fosse senhor de engenho ou autoridade. Com uma formação exploratória voltada para a metrópole, pouco espaço teve a construção de uma identidade nacional cidadã, uma vez que pipocavam movimentos contrários à coroa portuguesa, todos de caráter regional, muitas vezes dotados de interesses corporativos. Essa falta de unicidade da luta por direitos favoreceu a manutenção da desigualdade entre as classes sociais, acompanhada de perto por uma cidadania também desigual.

Com um histórico tão negativo em termos de cidadania consolidada, não é à toa que o extenso rol de direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição Federal constituísse mais uma promessa do que uma realidade. Não se eleva milhões de pessoas do dia para a noite ao status de cidadãos dotados de isonomia jurídica, sendo necessário um longo caminho para o rompimento com o fetichismo constitucional. E o caminho que aponta para essa ruptura é o retorno à via política de reivindicação de direitos, base da cidadania (Bello, 2009).

Do rompimento com o paradigma liberal-individualista nasce um modelo crítico do atual *modus operandi* acadêmico e judiciário, o qual não tem condições de abrigar o pluralismo cultural hoje experimentado sob as bases do velho sistema. Este que fortemente arraigado no positivismo jurídico, privilegia o enfoque racional sobre o empírico, desconectando o direito (com pretensões à neutralidade) da realidade em constante transformação.

Neste sentido, seguem os dizeres de Fensterseifer, *in verbis*:

Dessa forma, é preciso que o universo jurídico privatista amplie a sua visão, focalizando-a sob as tensões sociais latentes na sociedade brasileira. Tomando por base o quanto alegado por Galeano, é preciso que o “direito” se infiltre em todos os espaços sociais, possibilitando a superação do quadro excludente e marginalizante que hoje se apresenta.” (FENSTERSEIFER, 2008, p.12).

A despeito do caráter absoluto e intangível outorgado aos direitos

de propriedade e liberdade individual pelo liberalismo, que se consubstanciou no Código Napoleônico,³ cada vez mais se torna visível o caráter obrigacional desse direito, em detrimento de seu status de direito real, posto que exige prestações de seus titulares a fim de preservá-lo, em oposição à inércia e especulação imobiliária. Essa virada conceitual pode ser comparada a uma ruptura paradigmática nos moldes de THOMAS KUHN,⁴ segundo o qual:

Paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência (1991, p.21).

Para KUHN, a ciência consiste em uma tentativa de forçar a natureza a encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma, ou seja, há um compromisso entre os atores e praticantes da ciência, firmado no sentido de levar adiante o mesmo esquema conceitual, em torno do qual gravita a comunidade científica. A mudança só pode acontecer quando há rupturas no modo de pensar da ciência normal, com cientistas comprometidos com a evolução da ciência em si e não com a rede formada por seus pares. A jurisprudência é um exemplo da força dos paradigmas no seio de uma comunidade, ao estabelecer um padrão de conduta esperado por parte dos órgãos judiciais. A abertura fornecida pelo legislador, quanto à usucapião extrajudicial, permite uma quebra na lógica da judicialização das relações sociais tão comum em uma sociedade globalizada, que assiste a diversas crises em seu funcionamento.

Tal inovação reflete as consequências que o direito constitucional imprimiu ao ramo processual, tendo estabelecido uma série de normas e direitos fundamentais a serem observados pela legislação infraconstitucional. Uma delas é a nova leitura sobre o direito de propriedade, relativizado em casos de não cumprimento de sua função social, expressa nos artigos 170, inciso III, 182, § 2º e 186 da Constituição Federal. O que se

³ José Maria Tesheiner apud Guilherme Rizzo Amaral: "Até pouco tempo, sob o paradigma do Código de Napoleão, havia certa relutância em admitir-se a exigência de cumprimento específico de deveres e obrigações, contentando-se, doutrina e legislação, com o sucedâneo das perdas e danos. Levava-se às últimas consequências um princípio da liberdade (*"nemo potest praecise cogi ad factum"*)(...) se tratava, na essência, de resguardar a liberdade individual. Contudo, a sociedade moderna tomou novo rumo. Passou a exigir, (...) como regra, o cumprimento específico das obrigações". (In: Guilherme Rizzo Amaral. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Prefácio s/ número de página.)

⁴ Complementa o autor: "*Essas transformações de paradigmas são revoluções científicas*" e "*a transição sucessiva de um paradigma a outro, por meio de uma revolução, é o padrão usual de desenvolvimento da ciência amadurecida* (p.32)." **A estrutura das revoluções científicas**. KUHN, Thomas. São Paulo: Perspectiva, 1991.

almeja é um olhar para além do caráter unicamente patrimonial da propriedade, incluindo em seu núcleo ontológico, valores e princípios como função social, justiça social, dignidade da pessoa humana, proteção ao meio ambiente e solidariedade.

Um bom exemplo de ruptura com modelos anteriores de paradigma vem da própria Constituição Federal de 1988. As posturas anteriores a ela promoviam segregação socio-espacial, sobretudo com a influência dos regimes militares e oligárquicos que predominaram na história brasileira. A regularização fundiária é um instrumento que tem potencial para aliviar esse fardo conjuntural, por carregar explicitamente a noção de que moradia não é apenas direito material sobre imóvel, mas um bem da vida de valor imaterial. A partir disso, pode-se estender o direito à moradia a diversas relações como usucapião, locação, comodato, CUEM, etc. (GODOY, 2015).

Em um mundo em que o ter é mais importante que o ser, a condição de cidadão é mais fortemente percebida através das relações de consumo. Por conseguinte, não nos causa estranheza o fato de a usucapião extrajudicial acompanhar de perto o paradigma liberal clássico predominante nos casos julgados. Uma vez que o maior peso probatório é dado ao título (que é expressão do princípio da cartularidade, tão caro às burocracias modernas e consagrado pelo STF por conta da Súmula 487) se comparado à posse mansa e pacífica, que pode ser comprovada via inspeção judicial prevista no artigo 481 NCPC (artigo 440 do Código de 1973), a referida inovação perdeu a oportunidade de atribuir maior segurança jurídica a condições de posse real frente à posse presumida.

Obviamente, não é o intuito deste artigo conferir um tom maniqueísta às relações entre setor empresarial e sociedade, como se aquele fosse composto, única e exclusivamente, por “vilões” desprovidos de sentimentos. No entanto, o que se pretende é atentar para o fato de que diante da colisão entre direitos fundamentais, os direitos relativos à pessoa humana devem prevalecer ante os direitos patrimoniais, o que de forma alguma é um obstáculo ao desenvolvimento econômico. Pelo contrário, dotar de infraestrutura, áreas pauperizadas possibilita o acesso das pessoas aos bens de consumo e produção, e nesse sentido a regularização fundiária é o primeiro passo para a instalação de equipamentos públicos e comunitários e consequente instauração de uma base social mais equânime. Portanto, se o que se está buscando é o crescimento econômico, é inegável que ele passa por uma distribuição mais justa de recursos e serviços de forma que a todos seja dado acesso a riquezas. Na medida em que a igualdade é materialmente exercida, seus reflexos são sentidos na igual capacidade, das partes, experimentada durante a

lide processual. A isso se deve à preponderância do paradigma privatista no *habitus*⁵ jurídico, que por vezes acaba levando mais em conta o capital econômico e social das partes ao sentenciar, do que aos fatos surgidos durante as fases da luta.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E EROÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

As ocupações irregulares não são um privilégio exclusivo das pessoas de baixa renda, se fazendo presentes quando é o caso de mansões à beira-mar, hotéis de luxo, residências vultosas e outros empreendimentos. A esse tipo de ocupação é garantida uma lenta, gradual e segura desocupação (se vier a ocorrer, o que é pouco provável), enquanto em áreas também consolidadas que, todavia, não dispõem de forte aparato de segurança e são moradias simples, a desocupação é violenta e eficaz. Em estudo realizado pela Câmara Legislativa do Distrito Federal (Unidade de Desenvolvimento Urbano, Rural e Meio Ambiente, 2015), chegou-se à conclusão de que 1.574 hectares ocupados são áreas públicas situadas às margens do Lago Paranoá, privatizadas de maneira irregular, ao passo que todas as vilas irregulares do DF somam 1.500 hectares. A renda familiar média mensal nas vilas gira em torno de R\$ 1.600,00, ao passo que nas ocupações à beira do Lago Paranoá a renda mensal média é de R\$ 17.750,00.

Interessantíssimo exemplo de ativismo judicial nos é dado pelo Juiz de Direito Luís Fernando Camargo Barros Vidal, por ocasião do julgamento do processo nº 0045635-59.2011.8.26.0053, que discute ação de reintegração de posse movida pelo Município de São Paulo em face da Frente de Luta por Moradia e demais ocupantes de área a ser destinada a um circo-escola:

Nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0093100-92.2012.8.26.0000, que resume conflito entre pessoa jurídica de direito privado e a Fazenda Estadual por conta do depósito irregular de veículos em área de interesse ambiental, o E. TJSP houve por bem fixar um prazo escalonado e suave para que o poder público pudesse efetuar a

⁵ O conceito de *habitus* foi desenvolvido pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu com o objetivo de pôr fim à antinomia indivíduo/sociedade dentro da sociologia estruturalista. Relaciona-se à capacidade de uma determinada estrutura social ser incorporada pelos agentes por meio de disposições para sentir, pensar e agir. Em *A Dominação Masculina*, a construção do *habitus* é explicada por Bourdieu da seguinte forma: "... o produto de um trabalho social de nomeação e de inculcação ao término do qual uma identidade social instituída por uma dessas 'linhas de demarcação mística', conhecidas e reconhecidas por todos, que o mundo social desenha, inscreve-se em uma natureza biológica e se torna um *habitus*, lei social incorporada". BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2003, p 64.

remoção dos automóveis, tendo em vista as dificuldades inerentes ao ato dela exigido, e tendo em mira a preservação do meio ambiente, e que resulta em lapso de tempo superior a um ano. Ora, se a mais alta Corte de Justiça Estadual fixa prazos para a remoção de coisas numa ação ambiental, parece evidente como a luz solar que um simples juiz de direito não pode mandar jogar gente na rua numa ação possessória. Se carros não serão tirados de um terreno e colocados na rua ao relento, gente também não pode. Tal é imposição decorrente do já invocado princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (p. 11)

Agiu o Magistrado de forma crítica ao sentenciar, levando em conta princípios que não exclusivamente o da proteção à propriedade, observando postulados constitucionais que tem prevalência sobre regras situadas no nível infraconstitucional. Aqui cabe lembrar a contribuição de STEINMETZ (2001, p.37), o qual pondera que não está o legislador (tampouco o órgão julgador) autorizado a restringir direitos fundamentais sem autorização constitucional para tanto, de modo que ao dispor que a propriedade atenderá sua função social, o constituinte originário estabeleceu limitações internas à própria Constituição, no que diz respeito ao direito à propriedade.

Vê-se, então, que o problema suscitado com a usucapião extrajudicial abrange diversas ramificações atinentes à moradia e propriedade, sem, no entanto, macular esta última, mantendo-a em um status que há tempos vem sendo questionado. Diante de tal cenário deverá o Poder Judiciário coibir os abusos (via ativismo judicial), face à flagrante abstinência legislativa neste particular.

A justificação existencial do Estado não é apenas proteger direitos subjetivos, mas garantir um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e as normas que correspondam ao interesse comum. Numa concepção republicana de direitos, estes nada mais são do que a vontade política preponderante, ao passo que, numa visão liberal, os direitos estão sempre embasados em um “direito supremo” da razão ou revelações transpolíticas. E o âmbito por excelência em que se desenvolve esse processo de inclusão e exclusão é a cidade, composta por uma densa articulação de redes sociais e forças globais, alvo do interesse de grandes corporações, as quais por sua própria natureza disputam espaço e tecem estratégias para compor um discurso hegemônico.

Nas palavras de Michelman:

Em uma visão constitucional cívica, sociedade política é primeiramente uma sociedade de cidadãos e não de

portadores de direitos, uma associação cujo primeiro princípio é a criação e provisão de uma arena pública em que o povo debate sobre os termos do direito à coexistência social, termos que serão definidos conjuntamente e entendidos como bem-comum. Portanto, o Estado é legitimado por seu propósito de estabelecer e ordenar a esfera pública em que as pessoas alcançam a liberdade entendida enquanto autogestão pelo exercício da razão no diálogo público. (F.I. Michelman, 1988. p.284)

A literatura norte-americana chega inclusive a apontar de forma preocupante para o crescente *ensimesmamento* (obsessão por assuntos privados) e erosão do capital social das sociedades (seu potencial de sociabilidade, conectividade e altruísmo) (SANTOS, 2013). Dessa forma, é salutar o que diz GODOY (2015) sobre o papel *desalienador* da Defensoria Pública, que ao cumprir com sua missão institucional de promover a educação em direitos restabelece o sentido das práticas aos sujeitos. Colocar-se no lugar do outro também faz parte desse processo que visa *empoderar* os assistidos, deixando que figurem como objetos-alvo do processo para assumirem a condição de protagonistas de suas histórias. Educar, portanto, difere substancialmente de informar, na medida em que os educandos vão se transformando e reconstruindo o saber aprendido ao lado do educador (2015, p.93).

Por conseguinte, no bojo das alterações trazidas pelo Novo *Codex* se inserem práticas direcionadas para a ampliação da cidadania, ao privilegiar a solução consensual e extrajudicial, impondo a responsabilização dos sujeitos perante as soluções criadas, evitando o chamado processo de *terceirização* de problemas ao relegarem para o juiz as consequências negativas do processo (COSTA; GODOY, 2014 *apud* GODOY, 2015). Ao assumirem de forma consciente e livre suas responsabilidades no pacto, a durabilidade dos acordos gerados é maior, posto que resultantes de um processo de construção da autonomia dos envolvidos, que chegaram a um produto final cientes do caminho trilhado. É vital que se compreenda a política enquanto práxis de autodeterminação dos sujeitos perante o Estado, evitando o recurso frequente à via judicial como única resolução possível. Ao reivindicarem seu papel de protagonistas no processo decisório e de elaboração de políticas públicas, as comunidades ampliam sua capacidade de mobilização e combatem a falta de informação, uma das maiores inimigas da população.

3 OS AVANÇOS E RETROCESSOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA A DEFESA DA POSSE

Um dos objetivos apresentados pela Comissão de juristas quando da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi o de diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário, tornando efetivo o direito a um processo de duração razoável. A usucapião extrajudicial abre a possibilidade para uma espécie de demanda ser resolvida fora do âmbito judicial, de maneira consensual. A título ilustrativo, apenas no ano de 2013, de acordo com dados do CNJ, referentes ao 2º Grau do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, foram propostos 335.996 recursos, os quais somados ao estoque anterior e já descontados os julgados e baixados, geraram um saldo remanescente de 99.137 casos. Em pesquisa junto à jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho, com o termo “usucapião”, resultaram somente 59 (cinquenta e nove) processos julgados no ano de 2013, o que nos leva a 0,016% do total de casos julgados (351.369). Ainda que com o advento do Novo Código todas as ações de usucapião sejam propostas extrajudicialmente, o descongestionamento a ser observado é mínimo. Mesmo no Paraná, Estado que foi pioneiro no ajuizamento de ações de usucapião coletivas, o número de imóveis regularizados por meio do Programa Pró-Rural (restrito às áreas rurais) foi de 1.290 (mil duzentos e noventa) no ano de 2012. Em comparação às ações julgadas no 1º Grau do TJ/PR, que somaram 565.441 no mesmo ano, a proporção de usucapião/total de ações é baixa (0,22%).

Uma hipótese a ser aventada é a de que a usucapião extrajudicial pode incentivar aqueles que não demandaram o pedido judicialmente a fazê-lo perante o registro de imóveis, dada a praticidade do sistema registral, o alto custo e a complexidade relativos à documentação atualmente exigida para a ação de usucapião, assim como as custas e morosidade inerentes ao processo judicial. Ademais, em um claro retrocesso, a disposição que interpreta o silêncio dos titulares e confinantes como discordância, numa primeira análise, nos parece ter esvaziado a mudança tocante à usucapião registral. O procedimento especial de usucapião deu lugar ao por edital, como forma de comunicação dos atos processuais, por meio do qual devem ser provocados todos os interessados a intervir, se houver interesse. No entanto, ante o silêncio das confinantes e titulares de direitos reais, resta obstada a usucapião, o que nos parece obra de setores conservadores que hoje são maioria no Congresso Nacional e atuam na fiscalização de seus interesses.

A velha máxima “*Quem cala consente*” não tem ecoado sob a ótica civilista que rege o direito contratual e processual. Isso porque os adeptos do contratualismo veem como demasiada a interferência na esfera privada do indivíduo que resulte em imposição de uma obrigação. Nesse ínterim, só consentiria aquele que cala quando tem o dever de se manifestar, mas nos parece óbvio que, em sede de conflito entre direitos reais (como

o de propriedade, de um lado) e direitos fundamentais (como a moradia, do outro), há um dever tácito de manifestação dos interessados, sob pena de anuência.

Outro dado importante decorre de que a grande maioria das ocupações ocorre em terras públicas, portanto não passíveis de usucapião. A regularização fundiária revela ser o passo mais importante, a fim de resolver uma série de conflitos pela terra e moradia, que já levaram a óbito 1.521 pessoas no Brasil no período de 1985 a 2008. Desses casos, apenas 7,5% foram a julgamento, segundo o Relatório de Conflitos Fundiários do Conselho Nacional de Justiça, o que demonstra a ineficiência do Sistema Penal em lidar com a questão fundiária de forma apropriada (até porque a via penal não constitui a melhor forma de se tratar uma questão constitucional-civil). É vital que se trabalhe na conscientização dos juristas e magistrados sobre a importância da regularização fundiária, porquanto traz instrumentos capazes de conferir maior segurança jurídica à posse exercida pela população de baixa renda.

Em contraponto ao uso egoístico e degenerado da propriedade, merecem atenção diversas espécies de legitimações da posse que adota o direito brasileiro: a delimitação de Zonas Especiais de Interesse Social, a Concessão de Direito Real de Uso, a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, o direito de Preempção exercido pelo Poder Público, o IPTU progressivo, o Aforamento, as Cessões de Uso e as Autorizações de Uso para fins comerciais e extrativistas ligados a populações tradicionais ribeirinhas da Amazônia (esta última conferida especialmente pela Secretaria de Patrimônio da União). E quanto a esta série de procedimentos o NCPD foi omissivo (salvo exceções pontuais a serem demonstradas a seguir), muito embora, durante as duas últimas décadas, tenham mostrado sua capacidade de resolução coletiva de demandas e aplicação dos princípios constitucionais relativos às políticas urbana e rural.

Ainda que carentes de maior divulgação perante a sociedade e o Poder Judiciário, estes instrumentos têm ganhado força na luta dos movimentos sociais que pressionam o Poder Público a preencher suas lacunas programáticas. Exceção à regra foi a menção às Concessões (de Uso e Moradia) no Livro que trata do Processo de Execução, reservando o direito dos concessionários de serem intimados de alienação de imóveis a eles cedidos. Isso é o que dispõem os artigos 799, inciso V e 804, parágrafo 5º, *in verbis*:

Art. 799. Incumbe ainda ao exequente:

V - requerer a intimação do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia

ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão;

Art. 804. A alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será ineficaz em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado.

§ 5º A alienação de direitos do enfiteuta, do concessionário de direito real de uso ou do concessionário de uso especial para fins de moradia será ineficaz em relação ao proprietário do respectivo imóvel não intimado.

Outra menção de defesa importante é a que traz o parágrafo primeiro do artigo 554, constante no capítulo Das Ações Possessórias:

Art. 554 § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Ao analisar o referido parágrafo, ressaltou o professor Jacques Alfonsín o novo tratamento dado às ocupações, que deixam de figurar como invasões, portanto, restringindo uma consequência penal (crime de esbulho possessório, artigo 161, inciso II CP) para um problema sócio-político. Também vale ressaltar a necessidade de citação individual dos moradores, para que uma multidão pobre não seja processada à revelia, como se tem presenciado em liminares concedidas em desfavor de “invasores”, “desconhecidos” ou até mesmo “fulano de tal”.

Outro avanço é o disposto no artigo 246, § 3º:

Art. 246, § 3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

A referida dispensa de citação dos confinantes de unidade em condomínio objeto de usucapião revela uma preocupação com a celeridade processual, dada a dificuldade de se proceder à citação de todos os confinantes em ações dessa natureza. No entanto, esse avanço não foi reproduzido no artigo que trata da usucapião extrajudicial (artigo 1071), que inclusive retrocede ao dispor que o silêncio dos confinantes importa em discordância.

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de seus Enunciados, tem admitido a ampliação da defesa da posse, muito embora suas orientações deixem de ser observadas pelos órgãos julgadores. Vejamos o conteúdo de alguns destes Enunciados, por conta das I, IV e V Jornadas de Direito Civil, respectivamente:

87 – Art. 1.245: Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil e § 6º do art. 26 da Lei n. 6.766/79).

303 – Art. 1.201: Considera-se justo título, para a presunção relativa da boa-fé do possuidor, o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse.

492 – A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.

Em outra senda, a justificativa do Projeto de Lei 1.092/2007 (que estabelece critérios para regularização fundiária de favelas, malocas, mocambos, loteamentos irregulares e palafitas), em trâmite na Câmara dos Deputados, vai ao encontro do que seria esperado do Novo Código de Processo Civil, se este de fato demonstrasse uma preocupação real com o direito à moradia e qualificação jurídica da posse:

Acontece que, a usucapião, individual ou coletiva, não tem tido fôlego suficiente para ganhar o jogo da regularização fundiária ante ao seu procedimento judicial medieval e dificuldades cartorárias e jurídicas de toda ordem. Por outro lado, a desapropriação, com a outorga de títulos aos moradores, exige gasto público que seria mais bem alocado com equipamentos urbanos e comunitários, que é a etapa final, e extremamente importante, da regularização fundiária. O renascimento do reconhecimento jurídico da legitimação de posses interessa a todos: a) Beneficia o morador da comunidade carente, que poderá solicitar a conversão da posse em propriedade, o que lhe proporcionará a estabilidade de um direito definitivo e seguro; b) Favorece a pessoa que figura no cartório do registro de imóveis como proprietária, pois além de ter à sua disposição todos os meios de defesa, no mais das vezes se interessará por retirar

de sua responsabilidade, inclusive, tributária, um bem que não tem mais serventia; c) Ganha a sociedade em geral, pois a formalização das titularidades é mais um elemento de combate à violência urbana e compromete as autoridades públicas em obras de infraestrutura básica nos assentamentos humanos socialmente pobres.

A população, em especial aquela economicamente mais carente, poderia ser contemplada, diante da redução do custo da peça notarial. Todavia, pecou novamente o legislador ao não prever a gratuidade do serviço para aqueles que forem considerados pobres, constando o pedido na própria escritura pública declaratória da usucapião (à semelhança do disposto no § 3º do art. 1124-A, introduzido no CPC pela Lei 11.441/07) (Lamana Paiva, 2014).

Nos termos do artigo 68, da Lei nº 11.977/2009, há isenção da cobrança de emolumentos na regularização fundiária de interesse social, para os seguintes atos:

- a) abertura de matrícula para a área demarcada, se esta não possuir matrícula, e abertura de matrículas para todas as parcelas resultantes da execução do projeto de regularização fundiária;
- b) averbação do auto de demarcação urbanística (no 26 do inc. II do art. 167 da LRP);
- b) registro do título de legitimação de posse (no 41 do inc. I do art. 167 da LRP);
- c) registro de conversão do título de legitimação de posse em propriedade (no 42 do inc. I do art. 167 da LRP);
- d) registro dos parcelamentos resultantes da execução do projeto de regularização.

Longe da referida lei que dispôs sobre a regularização fundiária e o Programa Minha Casa Minha Vida, o Código objeto deste estudo ainda suprimiu algumas gratuidades anteriormente previstas, como o § 3o do art. 1.124-A (incluído pela Lei nº 11.441/2007), o qual tratava da separação consensual e que previa a gratuidade para a escritura e demais atos notariais àqueles que se declarassem pobres, sob as penas da lei. Também suprimiu a gratuidade dos atos notariais em casos de inventário e partilha aos declaradamente hipossuficientes, como previa o §2º do artigo 982 (o artigo 733 do NCPC menciona que a separação, divórcio e extinção de união estável consensuais poderão ser atestados por escritura pública, independentemente de homologação judicial, em não havendo filhos incapazes ou nascituros).

4 AS CAUSAS E OBJETIVOS DA IMPLANTAÇÃO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

A esfera do diálogo parece ter sido solapada nos tempos atuais, o que pode ser comprovado pelo dado de que um em cada cinco brasileiros litiga judicialmente, fato que compromete a viabilidade da efetiva tutela jurisdicional. Diante desse cenário em que morosidade é a regra, impõe-se a busca por um processo mais célere e justo, rente às necessidades sociais. A Comissão responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo CPC elencou alguns objetivos e causas a serem buscados com as alterações propostas, os quais passaremos a examinar:

✓ Atentar ao Direito Processual Civil como Direito ao Processo Constitucional. A Constituição é o principal substrato jurídico a orientar a atividade jurisdicional, e por isso o processo civil deve estar em sintonia com os direitos e garantias fundamentais. Da forma como vem sendo aplicado, o direito processual civil demonstra um excessivo apego ao modelo formal-civilista de processo, em que os princípios constitucionais passam ao largo da realização da justiça. Denota-se uma conversão do processo em instrumento social (Direito alemão), pois agora a realidade social é legitimada perante o Judiciário por vias extrajudiciais (Registros de Imóveis, os quais facilitam a autocomposição). Por exemplo, o princípio da função social da propriedade sai da abstração programática da Constituição Federal para aplicação no campo processual/registrar. Há a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e não mais o contrário, em que o direito individual é aplicado com supremacia sobre os valores sociais.

✓ Criar condições para o juiz atuar de forma mais próxima à realidade local. Tais condições podem ser exemplificadas pela obrigatoriedade de audiências de mediação e conciliação previamente à tomada de decisões inaudita altera pars, previsão fundamental à proteção dos direitos de ocupantes de áreas objetos de reintegração de posse, por exemplo. As frequentes decisões tomadas em caráter liminar por juízes em questões fundiárias prejudicam excessivamente os mais necessitados, ao não respeitar o direito à moradia e o cumprimento da função social da propriedade. As tentativas de autocomposição prévia servem ao juiz para que este apreenda as condições fáticas sobre as quais está decidindo, podendo inclusive realizar inspeções nos locais (artigo 481 NCPC e 125, parágrafo único CF 1988), a fim de se apropriar melhor da conjuntura social envolvida e dar efi-

ciência à prestação jurisdicional. Comumente, tem-se o entendimento de que a solução criada pelas partes tem mais legitimidade do que a imposta pelo órgão julgador.

✓ O mote central da elaboração do novo diploma processual foi o de que era necessário resolver problemas. E a grande quantidade de subsistemas recursais, procedimentos especiais e rigor formal frente à instrumentalidade das formas dificultam a resolução de contendas, tornando o processo algo distanciado do mundo vivido nas ruas. É nesse ponto que a usucapião consensual ou extrajudicial atende de forma razoável aos anseios da sociedade. É dada às partes a alternativa de requerer a prescrição aquisitiva do bem perante o registro de imóveis, que apenas comunica o juiz quanto à nova titularidade constante na matrícula. A referida simplificação culminou com a supressão da ação de usucapião judicial, além de outros procedimentos especiais do Novo Código.

✓ Presença de provas documentais, portanto, bem objetivas. São necessários para instauração do procedimento extrajudicial, conforme incisos do caput do artigo 216-A Lei de Registros Públicos (o qual trata do reconhecimento extrajudicial da Usucapião), incluído pelo artigo 1.071 do NCCP: ata notarial, planta e memorial descritivo assinados, certidões negativas dos distribuidores da comarca e justo título ou outros documentos que comprovem a origem e natureza da posse etc. Por conseguinte, ante a mostra de toda a documentação, há desnecessidade pelo juiz de alta indagação, o que facilita o deslocamento da competência para o registro de imóveis, sem prejuízo da via judicial.

✓ A capilaridade dos serviços notariais é outro fator que pode simplificar a aquisição da propriedade pelos possuidores. Presentes em quase todas as cidades do país, seu pessoal é dotado de fé-pública, possui horário de funcionamento maior, atendimento mais célere (necessário no setor privado para a sobrevivência da empresa) e podem ser encontrados com maior facilidade.

5 O PROCEDIMENTO EM SI

Quanto ao procedimento, o artigo 216-A, incluído pelo Novo CPC, assim dispõe:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião,

que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

As alterações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil à Lei dos Registros Públicos não criaram uma modalidade de prescrição aquisitiva, ou seja, não estabeleceram mais uma modalidade de usucapião, cujas espécies permanecem sendo as mesmas previstas no Código Civil e na Lei nº 6.969/81. A novel previsão legal teve por escopo estabelecer um procedimento administrativo, extrajudicial para o processamento dos pedidos de usucapião, como alternativa à via judicial.

Disso se depreende que o prescribente poderá optar em postular seu pedido diretamente no Cartório de Registro de Imóveis e vê-lo processado nos termos do artigo 216A, da Lei nº 6.015/73. Ou então, ingressar em juízo, cujo procedimento será o comum, já que não há mais o procedimento especial de jurisdição contenciosa, previsto para o processamento das ações de usucapião.

A crítica aqui tecida é quanto à ausência de previsão expressa de que o interessado possa estar representado pela Defensoria Pública, havendo no texto legal apenas a previsão de advogado. Por certo que esta possibilidade é indubitável, no entanto, a Legislação Processualista teceu cuidados em fazer expressa menção à presença da Defensoria Pública em diversos artigos, tendo restado omissa com relação a este artigo. De todo modo, é certo que os assistidos da Defensoria Pública terão igual possibilidade de ingresso com pedido pela extrajudicial, já que se trata de função institucional da Defensoria Pública a promoção prioritária de solução extrajudicial dos litígios, conforme prevê o inciso II, do artigo 4º, da Lei Complementar nº 80/94.

Inicialmente, o pedido é autuado junto ao tabelionato de notas, responsável pela lavratura da ata notarial, que certifica o tempo da posse do requerente e antecessores, ao que o interessado segue com os demais documentos para processamento do feito junto ao cartório de registro de imóveis. Aqui, discute-se se será um mero ato declaratório, certificando os fatos relatados pelo interessado, ou se haverá uma atuação verificadora por parte do ofício notarial, como, por exemplo, a realização de vistoria in loco. A legislação, por seu turno, não estabelece como será o embaçamento da ata notarial, o que, provavelmente, restará definido com os fatos. Também, cabe pontuar que não há previsão expressa de isenção de emolumentos, o que poderá ensejar outros óbices ao acesso desse instrumento.

Cabe lembrar que o STJ se pronunciou quanto à natureza do justo título, previsto no item IV, em seus Enunciados, como os já citados 87 e 303. Seguem os parágrafos 1º e 2º do supra citado artigo 216-A:

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

Eis o retrocesso que mencionamos acima, fazendo desta espécie de usucapião uma forma meramente consensual, não impondo deveres e obrigações para particulares omissos quanto a suas propriedades. A solução mais adequada seria a de que o silêncio fosse interpretado como anuência, uma vez que é próprio da usucapião a posse mansa e pacífica, sem contestação. No entanto, ante ao temor de falta de segurança jurídica que ainda cercam as decisões extrajudiciais, mesmo que o sejam feitas por agentes dotados de fé pública, como os serventuários, pareceu-nos que o legislador quis compensar a relativa “insegurança” dos cartórios com o silêncio que discorda.

Cabe pontuar que o §2º estabelece a necessidade de anuência de todos os titulares de direitos reais e outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis dos confinantes, assim amplia o rol de citados/intimados, dificultando o acesso do prescribente à declaração do domínio.

Esta previsão, provavelmente, será responsável pelo total esvaziamento do conteúdo legal, já que a praxis forense conclui que tanto o titular quanto os confinantes não irão ao Cartório de Registro de Imóveis para declararem expressamente sua anuência, até mesmo porque, na esfera judicial, é exatamente, o oposto que ocorre.

Neste ponto, vale ressaltar o que dispõe os parágrafos 3º a 10 do art. 216-A da Lei de Registros Públicos:

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imó-

vel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

Diversas vantagens podem ser atribuídas ao procedimento extrajudicial, dentre elas benefícios, tais como agilidade, simplicidade, celeridade e segurança jurídica.

Quanto à sistemática do procedimento, seguem as lições do Prof. Lamana Paiva, *in verbis*:

Mesmo havendo impasse, o procedimento pode ser impugnado perante o Serviço Registral, mas chega ao Judiciário com provas robustas e em etapa avançada. O Juiz da causa, então, antes de proferir decisão, procede à oitiva das partes e à colheita de mais provas, se assim entender necessário (PAIVA, p.9. 2009).

Nos termos do § 10 citado, caso haja impugnação ao pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, o procedimento será remetido ao juízo competente, devendo ser intimado o requerente para emendar a petição inicial, a fim de adequá-la ao procedimento comum. Neste contexto, podemos referir que talvez este procedimento já esteja em grau avançado de instrução, com intimações e documentação farta. Logo, ao tramitar na via judicial, poderá ter, em menos tempo, uma decisão de mérito, daí uma das vantagens indiretas.

Certo é que, como todas as alterações legislativas, caberá aos operadores do direito balizar seus contornos, ampliar ou restringir os institutos, sempre com o escopo no propósito da lei, o que neste caso, imporá grandes esforços.

6 CONCLUSÃO

Por se tratar de uma legislação absolutamente recente, a análise teórica é tênue para chancelar um posicionamento definitivo acerca do tema, uma vez que não existem dados empíricos para sustentar uma conclusão de maior precisão. Todavia, preliminarmente, ousamos afirmar que se trata de uma inovação que traz mais retrocessos do que avanços. Acima de tudo, é importante que desfaçamos as ideologias ocultas por trás de conceitos vazios, operados tecnicamente sem referência semântica alguma, como o conceito de propriedade, que é frequentemente manipulado com economia de esforço e ausência de rigor conceitual.

Observou-se uma ruptura no modelo de pensamento formal-civilista, que se mostra necessária ao respeito à função social da propriedade, princípio aqui entendido como elemento gerador da referida inovação legal. No entanto, trata-se de uma ruptura velada, visto que a espécie extrajudicial não é capaz de proteger efetivamente a moradia dos que ocupam áreas irregulares, e dessa forma evitar conflitos fundiários. Os avanços legislativos não têm força para cambiar os padrões operantes no Poder Judiciário, em especial o liberal-clássico, o qual impede que se faça uma leitura adequada do novo regime jurídico. A ocorrência de novos fenômenos de massa é salutar para que se consolide o paradigma do cidadão insurgente, em que os processos designados por “invasões” passem a ser vistos como exercício ativo do direito à moradia e à desobediência civil a um Estado que falha no cumprimento de seus deveres.

Não há que se negar o avanço proposto pelo instituto analisado, pois, se considerado em si mesmo, representa um avanço na desjudicialização das relações sociais e um incentivo maior às pessoas em revestir de legitimidade e segurança jurídica sua posse precária. Nossas ressalvas dirigem-se ao pequeno passo dado pelo legislador frente a atual situação dos conflitos fundiários no país, que não tem condições de serem resolvidas via usucapião, e que atinge um número expressivo de cidadãos (ainda que tratados como cidadãos em negativo, cf. José Murilo de Carvalho (2010, p.64)) nas áreas urbanas e rurais.

A função social da propriedade tem efeito mitigador sobre o direito patrimonial exercido abusivamente, ao restringi-lo quando operado de forma colidente com os interesses sociais e promoção de uma sociedade mais justa. A fim de dar eficácia plena a este princípio, de forma a romper com o fetichismo constitucional, institutos de defesa da posse foram criados ao longo das duas últimas décadas, porém, relegados pelo Novo Código. Logo, compreendemos que o instituto em questão defende mais efetivamente a propriedade do que a posse, o que pode dotá-lo de pouca eficácia material.

Ao considerarmos a estimativa de que apenas em Porto Alegre 22,11% da população reside em áreas irregulares (285 mil pessoas em média), não nos causa espanto o primeiro lugar ocupado pelo Rio Grande do Sul em número de imóveis irregulares dentre as demais unidades da Federação brasileira. No entanto, os dados relativos à capital do Estado são do Censo IBGE de 1996 e, desde então, a Cidade observou um crescimento médio de 10% em sua população total, o que pode ter ampliado ainda mais o mapa da irregularidade fundiária. Nos últimos três anos, 04 (quatro) mil famílias se somaram a 17 (dezessete) novas ocupações, segundo as contas do Departamento Municipal de Habitação de Porto Alegre. Portanto, é imprescindível a concatenação de esforços entre os

Poderes para que se busquem soluções coletivas para o problema da moradia, cabendo à Defensoria Pública o importante papel de mediadora política e jurídica, ao buscar a solução extrajudicial dos conflitos e promover a educação em direitos como referencial constante de atuação.

Novamente nos valem dos ensinamentos do Dr. Jacques Alfonsín:

(...) presentes obrigatoriamente no processo, tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública, abrir-se-á a oportunidade de exercerem o seu poder institucional para trazer a Juízo a representação da administração pública responsável pela implementação das políticas garantes dos direitos humanos fundamentais sociais, cujo atraso de implementação possa ter causado o conflito. Isso sem se falar na chance de abrir-se, no caso, uma ampla negociação, capaz e suficiente para solucionar o problema sem necessidade de prosseguimento da tramitação do processo até sentença.

Portanto, só o passar do tempo poderá nos dizer se ecoarão nas cabeças e nas sentenças as mudanças pugnadas por um paradigma humanitário ou se os mandados permanecerão refratários aos direitos sociais, cumprindo fielmente a cartilha liberal-civilista. Serão essas alterações pontuais – a maioria delas, admita-se, bem-vindas – suficientes para remediar os conflitos envolvendo a moradia no Brasil? Essa é a pergunta a ser respondida nos próximos anos.

7 REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **A Função Social Da Propriedade Na Constituição Federal De 1988**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/agrario/roberio-a_funcao_social.pdf>. Acesso em: 04 de junho 2015.

ALFONSÍN, Jacques. **Entre o Acesso Social à Terra e a Repressão Ilegal Desse Direito**. Disponível em: <<https://rsurgente.wordpress.com/2015/06/01/entre-o-acesso-social-a-terra-e-a-repressao-ilegal-desse-direito/>>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

BELLO, Enzo. **Cidadania, Alienação e Fetichismo constitucional**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2003.

CAFRUNE, Marcelo Eibs. **Inadimplemento do Direito à Moradia e Legitimidade da Ocupação: o Caso Circo-Escola em São Paulo**. São Paulo: Revista Direito e Práxis Vol. 5 n. 8, 2014, pp.267-283..

CARVALHO, José Murilo de Carvalho. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório sobre a situação dos conflitos fundiários rurais no Brasil em 2008. Departamento de Pesquisa Judiciária, Brasília 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_conflitos_fundiarios_2008.pdf

FENSTERSEIFER, Tiago. **A Propriedade Privada No Direito Brasileiro Contemporâneo - Um Olhar Sob A Perspectiva Civilconstitucional À Luz Da Dignidade Da Pessoa Humana**. Disponível em: <https://najup.files.wordpress.com/2008/08/7-a-propriedade-privada-no-direito-brasileiro-contemporaneo-um-olhar-sob-a-perspectiva-civil-constitucional-luz-da-dignidade-da-pessoa-humana.pdf>. Acesso em 05/05/2015.

GODOY, Arion Escorsin de. **Conflitos Habitacionais Urbanos: Atuação e Mediação Jurídico-Política da Defensoria Pública**. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

HABERMAS, Jurgen. “Três modelos normativos de democracia”. In: *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LAMANA Paiva. **Usucapião Extrajudicial E Sua Viabilidade No Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/usucapiao.pdf. Acessado em 10/05/2015.

MICHELMAN, F.I. “Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights.” *Florida Law Review*, n.41, 1989, p.446.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. *Revista de Processo*.” in São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002. 2001.

RAMOS, Paulo Fernando Duarte. **A Função Da Propriedade E O Direito Social à Moradia Na Construção De Cidadania.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_fernando_duarte_ramos.pdf. Acessado em 15/05/2015.

SALLES, José Carlos de M. **Usucapião de bens imóveis e móveis.** 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 48-49.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A universalização da democracia.** In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio. **Reforma política e cidadania.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. pp. 33-43.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DA LIBERDADE, DA CIDADANIA E DA JUSTIÇA SOCIAL

* JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA

Ministro do Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO: 1. Fundamentos de uma ordem de liberdade e justiça. O desenvolvimento econômico e os justos anseios de todos os homens. Somente no "Estado de Direito" democrático é possível a construção do "Estado de Justiça". 2. O processo como instrumento de garantia da liberdade e dos direitos. O princípio do controle jurisdicional. A unidade de jurisdição. Igualdade formal e igualdade real. O papel do Juiz. 3. A ordem democrática e a tutela jurisdicional a todos. O acesso formal e o acesso efetivo à Justiça. Os pobres e o acesso à Justiça. Constituição, arts. 5º LXXIV, e 134 e parágrafo único. 4. Origem da assistência judiciária no Direito Comparado. 5. A assistência judiciária aos necessitados, no Brasil: evolução e obrigação do Estado. 6. Assistência Judiciária em alguns Estados da Federação. 7. A Defensoria Pública na Constituição de 1988: natureza, fins e Organização. 8. Funções essenciais à Justiça, na Constituição de 1988. Procuraturas constitucionais. 9. Encerramento.

* Aula inaugural da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, a 11.6.1999, na cidade de Porto Alegre - RS.

DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DA LIBERDADE, DA CIDADANIA E DA JUSTIÇA SOCIAL

A liberdade não é apenas um ente ideal, que o homem admira, como se fosse um modelo definitivo. Visualizada em suas dimensões individual e política, compreende-se a liberdade, – que proclama, indiscutivelmente, a grandeza da pessoa humana, – como valor fundamental da vida, também enquanto esta se manifesta e comunica na convivência e na ação, quaisquer sejam as condições concretas, sociais e históricas. Como anota MIGUEL REALE, os valores constituem algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai assumindo expressões diversas e exemplares, através do tempo. Realizabilidade e inexauribilidade, aponta o mestre paulista, são características básicas dos valores. Por via da pri-

meira, confere-se ao valor uma dimensão real, na experiência histórica; a segunda dimensão evidencia que a realidade histórica revela o valor, mas não o esgota.

Dessa maneira, cabe reconhecer, desde logo, que a coexistência social não é justa, se a liberdade dos coexistentes não for assegurada, porque, então, não só se nega, irremediavelmente, a afirmação da personalidade, mas, também, em concreto, se suprime do corpo social elemento básico à formulação e desenvolvimento de um constante diálogo, revestido de autêntico e necessário caráter vital. Mesmo cumprindo admitir que esse diálogo vital nem sempre conduz a um estado de consenso ou de união, precisamente pelo exercício de opções, fruto da liberdade, torna-se, por ele, certo, entretanto, que se encontram todos em face de um destino comum, numa inafastável empresa comunitária.

De outra parte, a cidadania, cuja plenitude constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a par da liberdade e da dignidade da pessoa humana, não se realiza, tão-só, com a assegurarão do exercício de direitos políticos, no periódico participar dos cidadãos na eleição de seus representantes, ou no eventual fato de merecerem o sufrágio dos demais. Decerto, o exercício do direito de voto é expressão significativa da cidadania, sem a qual não resta espaço, desde logo, a falar-se em convívio democrático. Não é possível, entretanto, alcançar a plenitude da cidadania, sem a garantia da definitiva participação de todos na administração e nos destinos da coisa pública, respeitado o áureo princípio da igualdade, inconciliável com qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social serem sujeitos dos benefícios do desenvolvimento, em suas diversificadas manifestações, da cultura, das conquistas do espírito e dos direitos previstos na ordem constitucional.

Neste plano, não é possível omitir nos dias em curso a observação, que seguramente a todos sensibiliza e mesmo angustia, a partir da tensão, constante e crescente, gerada pelos bolsões de pobreza extrema, pelos quadros de marginalidade a se multiplicarem nos centros urbanos, aviltando a dignidade da pessoa humana, com o desemprego, a fome e a falta de habitação. Exsurge, daí, concretamente, a imperiosa necessidade de a ordem jurídica criar e aperfeiçoar instrumentos, que assegurem, com eficácia e urgência, a efetiva participação de todos, e não apenas de alguns, nos bens e benefícios sociais, quanto ao exercício da cidadania e do poder, a do livre gozo da atuação individual.

Para tanto, não é, no particular, admissível, na reflexão em torno de uma ordem de liberdade e justiça, separar o econômico do humano, nem afastar o desenvolvimento das fontes de civilização em que ele se insere.

O verdadeiro desenvolvimento, que todos almejamos, há de significar a passagem de condições menos humanas a condições cada vez mais humanas e condizentes com os legítimos e profundos anseios de felicidade, que povoam o coração de todos os homens. Nesse sentido, se é exato que, em nosso tempo, o desenvolvimento econômico é uma vocação e decisão histórica, as quais correspondem a legítimas aspirações da humanidade, não menos justo é o desejo de todos quanto a dele participarem. Registra-o, de modo enfático, como já anotei alhures, notável documento que é a *POPULORUM PROGRESSIO*, de PAULO VI: "Ser libertos da miséria; encontrar com mais segurança a subsistência, a saúde, um emprego estável; ter maior participação nas responsabilidades, excluindo qualquer opressão e situações que ofendam a sua dignidade de homens; ter maior instrução; numa palavra, realizar, conhecer e possuir mais, para ser mais: tal é a aspiração dos homens de hoje, quando um grande número de entre eles estão condenados a viver condições que tornam ilusório este legítimo desejo."

É certo, de outra parte, que a democracia tem enfrentado desafios imediatos e urgentes, com indiscutíveis pressões e tensões, a ponto de muitos afirmarem a existência de uma "crise de democracia". Roy C. Macridis, em **Ideologias políticas contemporâneas**, nessa linha, observou: "Todo mundo conhece a expressão "a revolução das expectativas crescentes". É comum não apenas entre as nações pobres que ganharam sua independência recentemente e são subdesenvolvidas, mas também entre as pessoas nos países ricos, na Europa Ocidental e nos EUA. A manifestação mais característica da "revolução" é que as pessoas, todas as pessoas, querem "mais de tudo" mais riqueza, um padrão de vida mais alto, melhor educação, maior segurança, melhor proteção à saúde, mais participação na tomada das decisões, mais lazer e mais igualdade. A rapidez com que essas expectativas escalaram e convergiram criou sérios problemas. A crise dos regimes democráticos modernos é primordialmente causada pela disparidade entre ideologia e potencialidades institucionais. A ideologia cria um mundo de abundância e de realização imediata. Ela molda os novos imperativos morais, de igualdade e de distribuição equitativa de oportunidades e também de benefícios. As instituições respondem lentamente à pressão. Em consequência, os regimes democráticos se veem às voltas com as perspectivas de instabilidade. É extremamente difícil atender a todas as crescentes reivindicações não pela limitação de recursos, mas porque são necessárias mudanças estruturais de forma a satisfazê-las. Necessitam-se novos serviços, e novos mecanismos institucionais são criados. Até mesmo os sistemas mais abertos e insatisfatórios experimentam um intervalo entre a elaboração e apresentação das reivin-

dicações e a implementação dos novos mecanismos criados para atendê-las- ou, ao menos, para satisfazê-las" (Correio Braziliense, ed. 24.9.83, Caderno "A", p. 6).

Dessa maneira, a construção de uma ordem jurídica, definitiva e estavelmente fundada na justiça social, na verdade e na liberdade, constitui uma causa comum da Nação, para consolidar a democracia, como valor básico, na coexistência social. Conscientes havemos de estar, pelas fontes inspiradoras de nossas origens e de nossa cultura, que o fundamento primeiro e o fim último da vida humana politicamente organizada é a dignidade da pessoa, que diz respeito a todos e não apenas a alguns, porque é condição da própria humanidade, e qual nobreza inviolável deve ser respeitada por todos; sua promoção é dever de cada um dos homens. Nesta quadra do tempo, assim, mais do que em qualquer outra, aos detentores do poder cumpre tenham lúcida visão do destino fundamental do Direito, que há de ser, nos comandos, na sua exegese e aplicação, na consciência que dele se guarde, instrumento de verdadeiro sistema de justiça entre os homens, sob o influxo de tal ideia, estabelecendo-se o ordenamento positivo.

Nessa linha, se a categoria do "Estado de Direito" é a que mais corresponde, em visualização histórica, à preservação do valor da liberdade, nas dimensões individual e política, e encontra, na vivência democrática, a expressão mais significativa, não é possível, porém, deixar de admitir que seu aperfeiçoamento institucional não se dá sem a simultânea realização do valor da Justiça, enquanto esta entende, na sua perspectiva do social, imediatamente, com a criação de condições básicas, para que todos os membros da convivência e não apenas alguns possam alcançar o exercício das liberdades e dos direitos da cidadania, o efetivo desenvolvimento de sua personalidade, notadamente, em face das situações adversas, criadas pela conjuntura real, econômica e financeira, agravada, de forma substancial, com a inquietante ampliação das áreas de populações menos favorecidas da fortuna ou em estado de extrema pobreza. Cumpre entender que, somente no Estado de Direito, respeitadas as liberdades, será possível, também, a construção do Estado de Justiça. Este pressupõe, além da existência de garantia do livre desenvolvimento da personalidade, também, a eficaz proteção da pessoa humana contra a exploração econômica ou outras formas de opressão, bem assim a asseguaração dos denominados princípios universais da justiça social.

De tal maneira, a ordem jurídica e os poderes políticos do Estado hão de se compreender, como instrumentos historicamente modelados e estruturados, que devem ter, todavia, o objetivo permanente e inafastável de efetivar esses ideais e fins da vida humana, enquanto ela é convívio,

tornando, em consequência, viável a todos o exercício da plenitude da cidadania, o que não se dá, entretanto, se não houver formas eficientes de exigir a garantia dos próprios direitos.

De outra parte, no tempo presente, o processo, enquanto instrumento indispensável à administração e realização da justiça, à busca da verdade nos conflitos de interesses, bem assim enquanto meio de efetiva garantia da liberdade, da defesa dos direitos violados ou ameaçados e ainda na condição também de eficaz instrumento de ação política estatal, não pode deixar de receber o influxo do universal reclamo de justiça social, que é a tônica de nossa época, e se põe entre os objetivos fundamentais da República, ao pretender "construir uma sociedade livre, justa e solidária", afirmando "a dignidade da pessoa humana" (Constituição, arts. 2º, III, e 3º, I). A existência de instrumentos, que tornem reais - e não meramente simbólicos - os direitos do cidadão comum, é imperativo de um Estado Democrático de Direito, tal como o concebe a Constituição de 1988.

Neste plano, dentre os princípios fundamentais da ordem democrática, estabeleceu-se, no Brasil, o compromisso pelo Estado do controle jurisdicional: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição de 1988, art. 5º, XXXV). Não há, nessa norma, simples promessa, senão que, nela, já se retrata, de maneira definitiva, traço marcante da fisionomia do Estado, oriundo do pacto fundamental, que se expressa, basicamente, na garantia maior da inafastabilidade da tutela, por um Poder Judiciário independente, dos direitos e da liberdade dos cidadãos.

Manteve-se, dessa maneira, dos sistemas anteriores, o princípio da unidade de jurisdição, no inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988, ainda com maior amplitude, na medida em que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário "lesão ou ameaça a direito", e não apenas "lesão de direito individual", tal como definido o postulado nas Constituições de 1946 e 1967. Afastou-se, assim, a polêmica perspectiva do que alguns entendiam como "contencioso administrativo", constante do art. 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 1/1969, na redação da Emenda Constitucional nº 7/1977, para certas causas, o que não se fez definitivamente implantado, no regime anterior, por falta da respectiva regulamentação. Observou, nesse sentido, adequadamente, o ilustre Professor CELSO AGRÍCOLA BARBI:

"A redação do inciso legal em exame permite a conclusão de que o direito cuja ameaça ou lesão não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário não é mais apenas o direito subjetivo individual, mas também o direito coletivo, nome que é usado, com frequência, como

sinônimo de interesse difuso ou de interesse legítimo. Desse modo, a Constituição deu um grande passo para o aprimoramento dos costumes na atividade dos órgãos públicos, vedando à lei retirar da apreciação do Poder Judiciário a ameaça ou lesão de direito coletivo, interesse difuso, ou interesse legítimo.

Em outras palavras, a Constituição deu ao Poder Judiciário a atribuição de controlar a legalidade dos atos da Administração, impedindo-a de praticar atos ilegais que firam direito coletivo, interesse difuso ou legítimo, ou tirando os efeitos a esses atos e suas consequências". (in Garantias Constitucionais Processuais, Revista dos Tribunais, vol. 659, pág. 8).

Tornam-se, em decorrência, desde logo, ilegítimas ou injustas as restrições à ação, como poder de exigir do Estado o exercício da jurisdição, que incumbe aos juízes e tribunais, em todo o território nacional, prestar, e à defesa, como instituto também essencial em qualquer processo. Certo está, entretanto, que nem a ação nem a defesa podem ser visualizadas na exclusividade de um ato. Realizar-se-á, assim, a plenitude do controle jurisdicional, de maneira justa, somente quando houver atenção ao devido processo legal, à garantia da participação real no feito de demandante e demandado, e à observância do contraditório, "mediante urna distribuição equitativa de meios e possibilidades processuais" entre as partes. Registrou, nesse sentido, com inteira propriedade, ADA PEL-LEGRINI GRINOVER, em "Novas Tendências do Direito Processual", 1ª ed., 1990, p.11: "A plenitude e a efetividade do contraditório do indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age ou se defende em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões".

De outro lado, na pugna judiciária, para propiciar uma justa solução das demandas, não é suficiente se desenhe mera igualdade formal na relação processual, como assim entendia a antiga concepção privatística do processo. Distante de mais de um século está a quadra em que exacerbado individualismo reduzia a limites estreitos a área de atividade do juiz, aparecendo as demandas como de interesse exclusivo dos litigantes; intervindo o Estado, tão-só, para que as regras fossem observadas pelos contendores e não que se fizesse justiça pelas próprias mãos. Tornada predominante, porém, a concepção publicística do processo, não apenas cresceu de ponto a importância da jurisdição no quadro das funções do Estado, alçada à eminência de prerrogativa da soberania nacional, como

a finalidade do processo deixou de ser exclusivamente a proteção dos direitos subjetivos, passando a garantir ou a atuar o direito objetivo, o que seria de interesse do Estado e não apenas dos particulares.

Nessa linha do pensamento político-filosófico, recolhido pelo constitucionalismo pátrio e expresso na independência institucional e funcional do Judiciário, como Poder Político, fez-se mais significativa a posição do juiz, na cena judiciária, que deixou de ser espectador quase inerte da batalha judicial, cabendo-lhe, impulsionar o andamento das causas, determinar provas, reprimir a má conduta das partes, conhecer, ex-officio, de circunstâncias, até então dependentes de alegação do interessado. E nada parece, todavia, ter ocorrido, como antes se supunha, em prejuízo da imparcialidade do magistrado. Cumpre, nesse sentido, antes de tudo, ter presente que o que bem interessa é a verdade na decisão final. O triunfo na luta judiciária não deve resultar de pequenos lapsos na atividade do adversário, nem convém à Justiça que as demandas se inutilizem por preliminares de natureza processual, mas, sim, que se decidam os conflitos no seu mérito, pela efetiva existência do direito ao lado do vencedor. Manter o juiz, em relação aos membros do Ministério Público, advogados, procuradores judiciais e defensores públicos, que se hão de ter como exercentes de funções essenciais à administração da Justiça (Constituição, arts. 127, 131, 132, 133 e 134), a mais ampla abertura, prestando-lhes, inclusive, se necessário esclarecimentos, chamando a atenção dos litigantes para aspectos da causa não suficientemente elucidados, alertando-os ademais, para circunstâncias descuidadas, por um ou outro dos demandantes, mas que podem ser conhecidas, de officio, pelo magistrado, não constitui, tudo isso, por si só, quebraimento da imparcialidade do julgador, mas representa, positivamente, forma de favorecer o andamento das causas e a justiça das decisões. Não há, inclusive, o juiz de recear que essa atividade esclarecedora denuncie sua opinião sobre certos pontos do processo, pois o derradeiro desate pende sempre da concorrência de uma pluralidade de fatores. Na condução do processo, contribui desse modo, o magistrado para que, da atuação do direito objetivo, concorra, quanto possível, a realização efetiva da justiça, no desate das controvérsias. Não é possível, além disso, deixar, aqui, de ter presente esta lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, em seu "Processo Constitucional em marcha", p.8, item 2:

"Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes em garantias e jurisdição, e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade de jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita

apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição.

Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente".

Exsurge, como decorrência natural, também, que não é possível pensar em uma ordem democrática, sob a égide da justiça social, sem assegurar a tutela jurisdicional a todos os cidadãos, afastada qualquer discriminação, notadamente de fortuna. A garantia, em concreto, do acesso efetivo à jurisdição, por todos, vale ressaltar, inclusive pelos pobres e necessitados, na defesa de seus direitos e da liberdade, quando violados ou ameaçados, constitui, de tal sorte, postulado central dessa ordem, que aos Poderes do Estado cumpre, entre as prioridades, diligenciar em sua plena consecução. Assume, no particular, especial relevo a norma do inciso LXXIV do art. 5º, da Constituição, ao estipular que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", o que se completa com o art. 134 e parágrafo único, da Lei Magna de 1988, quando preveem a Defensoria Pública como "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", e sua organização "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".

Acerca desse tema, MAURO CAPPELLETTI anota que o acesso à justiça pode, hoje, ser encarado como o requisito fundamental - "o mais básico dos direitos humanos" de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos". (in "Acesso à Justiça", 1978, MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, tradução de Ellen Gracie Northfleet, pág. 12) .

Em verdade, superada está a época em que o direito ao acesso à proteção judicial significava, essencialmente, o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda, não constituindo preocupação do Estado, neste plano, afastar a "pobreza no sentido legal" - a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a Justiça e suas instituições. Nessa linha, observa MAURO CAPPELLETTI: "A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O aces-

so formal, mas não efetivo, à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva" (op.cit., pág. 9). A medida, entretanto, que a visão individualista dos direitos, refletida nas "declarações de direitos", dos séculos XVIII e XIX, foi se modificando, com o movimento no sentido de se reconhecerem, também, os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, assegurando-se, nas modernas constituições, entre outros, os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação, - o direito ao acesso efetivo à justiça vem logrando particular atenção, como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua concreta reivindicação. O Estado democrático encontra-se preso a seus jurisdicionados pelo dever de garantir-lhes o regular exercício de seus direitos conquistados, quanto de facilitar-lhes a reintegração ou a defesa de direitos violados, ou ameaçados, ou ainda a reparação de lesões oriundas de atos ilícitos, bem assim de proporcionar-lhes condições de realizar a dignidade da pessoa humana.

É, no particular, pois, questão de primeiro plano a oferta de justiça, pelo Estado, compatível com a procura e a necessidade decorrentes de uma convivência social cada vez mais complexa, o que se acentua, extraordinariamente, nos países de desequilíbrios sociais graves. Entre nós, a melhoria do serviço público de administração da justiça, incumbência institucional do Poder Judiciário, enquanto Poder Político do Estado, afirma-se como anseio profundo da Nação.

Nessa ordem, as preocupações com o acesso efetivo à justiça, por todos, inclusive pelos menos favorecidos da fortuna, tornaram-se, nas últimas décadas de uma forma mais intensa, questão, ao mesmo tempo, do interesse da ciência do direito, quanto da sociologia jurídica. As relações entre o processo civil e a justiça social, entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade socio-econômica, ganham, neste plano, significativas dimensões. A função do Poder Judiciário cresce, em consequência, de interesse, não só para os profissionais do direito, mas, também, relativamente ao domínio da sociologia jurídica.

Estudos de natureza sociológica, no campo da administração da justiça, evidenciam, de outra parte, que dificuldades de todas as ordens cercam os pobres e necessitados, quer as econômicas, quer as sociais e culturais, constituindo, todas elas, obstáculos reais ao acesso à Justiça.

Em tal sentido, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS anota que a sociologia da administração da justiça "tem-se ocupado também dos obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça, por parte das classes populares, e este constitui talvez um dos campos de estudo mais

inovadores". E prossegue: "Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas". A seguir, observa: "Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. (...). Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal. Numa investigação em Nova Iorque junto de pessoas que tinham sido vítimas de pequenos acidentes de viação verificou-se que 27% dos inquiridos da classe baixa nada faziam em comparação com apenas 2% dos inquiridos da classe alta, ou seja, quanto mais baixo é o status socioeconômico da pessoa acidentada, menor é a probabilidade que interponha uma ação de indenização. Dois fatores parecem explicar esta desconfiança ou esta resignação: por um lado, experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reação compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre serviços advocatícios prestados às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos); por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se recorrer aos tribunais.

Em terceiro e último lugar, verifica-se que o reconhecimento do problema como problema jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para o resolver não são suficientes para que a iniciativa seja de fato tomada. Quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão, menos provável é que conheça um advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contactar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais". E remata o ilustre autor: "O conjunto desses estudos revelou que a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socializa-

ção e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar. A riqueza dos resultados das investigações sociológicas no domínio do acesso à justiça não pode deixar de refletir nas inovações institucionais e organizacionais que um pouco por toda parte foram sendo levadas a cabo para minimizar as escandalosas discrepâncias entre justiça civil e justiça social verificadas” (apud Introdução à Sociologia da Administração da Justiça, in “Direito e Justiça” – JOSÉ EDUARDO FARIA, págs.48/49).

Em razão disso, lamentavelmente, são milhares (e cada vez maior se torna o número) os estados de insatisfação que se perpetuam e se convertem em decepções permanentes ou em casos de violência, ou procuram soluções aos conflitos, à margem das estruturas oficiais do Poder Judiciário, porque as pessoas não se animam ou não podem litigar em juízo, nem logram meios a fazê-lo. Disso resulta, em consequência, lhes ficar distante o acesso à tutela jurisdicional, que o Estado moderno lhes promete como um dos princípios fundamentais da ordem democrática. Entre nós, no referido art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, assenta-se o princípio básico da inafastabilidade da tutela jurisdicional, ocorrendo lesão ou ameaça a direito. São, destarte, ilegítimas ou injustas as restrições ou omissões do Poder Público e de quem quer que seja a dificultarem o efetivo acesso de todos ao Poder Judiciário, notadamente, quando respeitam ao regular funcionamento de órgãos oficiais, a tanto existentes. Incompatível com a fisionomia e as metas do Estado de Direito, realmente democrático, sob a égide da justiça social, é não assegurar tutela jurisdicional a todos os cidadãos, de forma especial, quando essa discriminação se dá por razões de fortuna. A garantia pelo Estado, aos acusados, do exercício do direito constitucional de plena defesa está a emprestar, outrossim, em relação aos pobres, ampla atualidade à regra de CONSTANTINO, recolhida pelo DIGESTO, segundo a qual - "si non habebunt advocatum ego dabo".

Tal qual sucede com a proteção pelo Estado de bens fundamentais da vida em sociedade, a carência de recursos pecuniários, por parte de quem quer que seja, cumpre não constituir obstáculo ao pedido da tutela jurídica e jurisdicional, à defesa da liberdade, da honra e dos bens. No Estado Democrático de Direito, impõe-se, efetivamente, se assegure, de igual modo, aos indigentes, aos carentes de fortuna, aos pobres, serem partes no processo, em igualdade de condições com seus contendores, vendo defendidos os seus direitos, mediante patrocínio eficiente e responsável, a fim de que a prestação jurisdicional não lhes seja injusta, por falta ou por precariedade de defesa.

Nos países ocidentais, os primeiros esforços importantes para tornar viável o acesso à justiça a todos concentraram-se em proporcionar

serviços jurídicos e judiciários aos que não os podem custear. Coube, inicialmente, à organização dos advogados prestar esses serviços, sem contraprestação, como *munus honorificum*. Mauro Capeletti e Bryant Garth, em seu esplêndido trabalho- Acesso à Justiça, antes referido, a esse respeito, escreveram:

"O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes. Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. Ademais, para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos do programa geralmente fixaram estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício.

As falhas desses programas tornaram-se sempre mais evidentes. Foram introduzidas reformas relativamente cedo na Alemanha e Inglaterra, em ambos os casos sob regimes social-democratas ou trabalhistas. Em 1919-1923, a Alemanha deu início a um sistema de remuneração pelo Estado dos advogados que fornecessem assistência judiciária, a qual era extensiva a todos que pleiteassem. Na Inglaterra, a principal reforma começou com o estatuto de 1949, criando Legal Aid and Advice Scheme, que foi confiado à Law Society, associação nacional dos advogados. Esse esquema reconhecia a importância de não somente compensar os advogados particulares pelo aconselhamento ('aconselhamento jurídico') senão ainda pela assistência nos processos ('assistência judiciária'). Essas tentativas eram limitadas de diversas maneiras, mas começaram o movimento para superar os anacrônicos semicaritativos programas, típicos do *laissez faire*.

A mais dramática reforma da assistência judiciária teve lugar nos últimos 12 anos. A consciência social que despertou, especialmente, no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias.

A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais intolerável.

A reforma começou em 1965 nos Estados Unidos, com o Office of Economic Opportunity (OEO) e continuou atra-

vés do mundo no início da década de 70. Em janeiro de 1972, a França substituiu seu esquema de assistência judiciária do século XIX, baseado em serviço gratuito prestado pelos advogados, por um enfoque moderno de *securité sociale*, no qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado. Em maio de 1972, o novo e inovador programa da Suécia tornou-se Lei. Dois meses mais tarde, a Lei de Aconselhamento e Assistência Judiciária da Inglaterra aumentou grandemente o alcance do sistema implantado em 1949, especialmente na área de aconselhamento jurídico, e a província canadense de Quebec estabeleceu seu primeiro programa de assistência judiciária financiado pelo governo. Em outubro de 1972 a RFA aperfeiçoou o seu sistema, aumentando a remuneração paga aos advogados por serviços jurídicos prestados aos pobres. Em julho de 1974, foi estabelecida nos EUA a longamente esperada Legal Services Corporation- um esforço para preservar e ampliar os progressos do programa do OEO, já agora dissolvido.

Também durante este período, tanto a Áustria quanto a Holanda reviram seus programas de assistência judiciária, de modo a remunerar os advogados mais adequadamente. Houve várias reformas na Austrália; e a Itália quase chegou a mudar seu sistema anacrônico, que era semelhante ao modelo francês anterior a 1972. Os sistemas de assistência judiciária da maior parte do mundo moderno foram, destarte, grandemente melhorados. Um movimento foi desencadeado e continuou a crescer (...) e excedeu até mesmo as categorias da reforma da assistência judiciária".

Essa sucinta verificação no âmbito do Direito Comparado evidencia que a assistência judiciária tem recebido tratamento especial pelo Estado, de forma institucionalizada, a rigor, a contar de recentes décadas, não obstante, desde remotos tempos, se hajam tentado providências para dar advogado a quem não possua meios de fortuna a constituir patrono, como está inscrito no Digesto (Livro I, Título XVI, de *Officio Provensulis et Legati*), neste excerto:

"§ 5º - Deverá dar advogado aos que o peçam ordinariamente, às mulheres, ou aos pupilos, ou aos de outra maneira débeis, ou aos que estejam em juízo, se alguém os pedir; e ainda que não haja nenhum que os peça deverá dá-los de ofício.

Mas se alguém disser que pelo grande poder de seu adversário, não encontrou advogado, igualmente providenciará para que lhe dê advogado. Demais, não con-

vém que ninguém seja oprimido pelo poder de seu adversário; pois também redundaria em desprestígio do que governa uma província, que alguém se conduza com tanta insolência que todos temam tornar seu advogado contra ele."

Peter Messitte, advogado norte-americano e integrante do Corpo de Paz no Brasil, em 1967, publicou interessante ensaio sob o título "Assistência Judiciária no Brasil: uma Pequena História". Nesse trabalho, anota-se, quanto ao Direito Romano: "No tempo do Império, pelo alargamento dos Tribunais e a organização das quaestiones perpetuae os litigantes tinham de contribuir para as despesas que estes serviços demandavam, pagando as custas dos processos; e Constantino ordenou que os pobres fossem defendidos gratuitamente, e levando tão longe os cuidados dessa defesa, que, para evitar as injúrias e perseguições dos poderosos, determinou que as causas dos pobres fossem levadas em primeira instância perante o próprio Imperador, conforme se vê do Livro 3º, § 14, Lei única do Código "Quando imperator ante pupilos ..." (Revista dos Tribunais, vol. 392, p. 400).

Entre nós, historicamente, a assistência judiciária tem suas raízes nas Ordenações Filipinas que, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, vigoraram, com as modificações que se foram introduzindo, até 1916. Está no Livro III, Título 84, § 10, desse diploma, *verbis*:

"Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo."

PETER MESSITTE, no trabalho aludido, escreve: "A sorte dos pobres no processo judiciário (brasileiro) inquietava vários juristas. O sistema de advogados aceitarem os pobres que os solicitassem, aparentemente não funcionava, embora tratadistas como Ramalho insistissem que o aceite era um dever moral da profissão. Um desses inquietos foi Nabuco Araújo, um estadista de grande reputação, que fora Ministro da Justiça, e em 1870, Presidente do Instituto dos Advogados. Foi Nabuco de Araújo, a par de acontecimentos contemporâneos na Bélgica, na França, na Holanda e na Itália, onde o assunto de assistência judiciária estava sendo muito debatido, que, pela primeira vez, no Brasil, pôs em relevo a questão dos pobres no processo legal e propôs uma ampla solução" (op. cit., pág. 401). Contava NABUCO DE ARAÚJO com a ativa colaboração

dos abolicionistas, que nele encontravam garantia de justiça para os escravos a serem libertados. Nessa linha, o Governo Provisório, proclamada a República, buscando dar efetividade ao princípio da "igualdade perante a lei", editou o Decreto nº 1030, de 1890, disciplinando a Justiça no Distrito Federal. Nesse documento, criou-se uma "comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e no cível." Era essa a segunda providência em favor da gratuidade, eis que o Instituto dos Advogados, no Rio, antes, já criara um Conselho para dar assistência aos humildes. Foi, entretanto, mais tarde, com Amaro Cavalcanti, então Ministro da Justiça, que se operou a execução do Decreto nº 1030. Por força de Decreto nº 2457, de 1897, pretendeu-se definir padrão a ser seguido pelas leis estaduais ao dispor sobre a matéria. A partir de 1900, vários Estados editaram leis sobre assistência judiciária gratuita, destacadamente São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, este, já, a partir de 1895.

Com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil e a disciplina profissional, propôs-se interessante questão fundada no art. 91, do Regulamento aprovado pelo Decreto Federal nº 20.784, de 1931, segundo o qual "a assistência judiciária no Distrito Federal, nos Estados, e no Território do Acre, fica sob a jurisdição exclusiva da Ordem." A dúvida instaurada, a partir dessa regra, quanto à competência para a concessão do favor legal, veio, porém, a ser espancada pelo Código de Processo Civil de 1939 (arts. 68 a 79). De outra parte, no curso do tempo, debateu-se, outrossim, em torno da justeza do munus honorificum, atribuído aos advogados, de prestar, gratuitamente, aos necessitados assistência judiciária. CELSO RIBEIRO BASTOS em trabalho recente, nesse sentido, observou:

"Mas esse acúmulo de trabalho resultante da prestação da assistência judiciária gratuita, por quem já se encontra onerado com os encargos da profissão, da qual depende para sobreviver, não deixou de merecer, desde logo, justas críticas, chegando-se a ver, mesmo, aí uma locupletação ilícita por parte do Estado. É que a prestação ou patrocínio gratuito mantinha uma conotação caritativa e acabava por recair nos advogados, a quem era imposto como um dever. Era caridade prestada pela Ordem, através de seus associados, que tinham seu ministério privado inexplicavelmente, explorado pelo Estado" (in Curso de Direito Constitucional, 11ª edição, p.344).

Com o advento da Constituição de 1934, emprestou-se nível constitucional ao tema, dispondo-se que a União e os Estados concederão aos necessitados defesa judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos (art. 113, inciso 32) . Por igual, a Constituição de 1946 (art.141, § 35), a

Constituição de 1967 (art. 150, § 32) e sua Emenda nº 1, de 1969. (art.53, § 32), ao determinarem que o Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

Já no regime da Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA afirmava que a regra do art. 141, § 35, da Lei Magna, era bastante em si, a despeito da alusão à "forma que a lei estabelecer", acrescentando: "Há direito subjetivo à assistência judiciária, pretensões e ação contra o Estado, conforme a percepção dos emolumentos, custas, taxas e selos (União, Estados-membros). Quer dizer: provada a miserabilidade, que é, na espécie, o não poder alguém pagar advogado, emolumentos, custas, taxas e selos, não podem os Juízes deixar de processar e julgar os feitos. Isso confere valor especial aos artigos da lei processual sobre justiça gratuita. A lei é federal, porém os Estados-membros e os Municípios, desde que não cerceiem, ainda na interpretação, podem legislar sobre assistência judiciária" (in Comentários à Constituição de 1946, vol. III, págs.373/374). Nessa mesma linha, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, depois de observar que a competência é concorrente entre a União e Estados, na espécie, anotou que "a exequibilidade do preceito depende da existência de órgãos necessários, mantidos pelo Estado, sem que o Juiz fique impedido, de pronto, de indicar o advogado para a defesa do necessitado" (apud A Constituição Federal Comentada, de 1946, pág. 286).

A Lei nº 1060/1950, à sua vez, estipulou normas para a concessão da assistência judiciária, embora, como é corrente, diante dos termos de seu art. 3º, não haja consagrado a distinção dos conceitos técnico-jurídicos de assistência judiciária e justiça gratuita. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional, no dizer de PONTES DE MIRANDA, caracterizando-se como um "instituto de direito pré-processual." Ainda na lição do festejado mestre, a assistência judiciária "é a organização estatal ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado", configurando-se como um instituto de direito administrativo.(in Comentários à Constituição de 1967, Tomo V, págs.601/602).

Foi, como se referiu, a Constituição de 1934 que dispôs sobre a existência de "órgãos especiais" para a defesa judiciária dos necessitados, elevando-se, assim, essa atividade à condição de serviço público essencial a ser prestado pela União e os Estados, em favor dos pobres. Com o advento da Lei nº 1060/1950, novo impulso à organização desses serviços surgiu. Prevê-se no art. 5º, § 2º, do diploma mencionado, verbis: "Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais."

Essa obrigação dos Estados de manter serviço de assistência judiciária aos necessitados, notadamente aos réus pobres, antes da Carta de 1988 afirmou-a o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência, consolidada a partir do julgamento, por seu plenário, do Recurso Extraordinário nº 103.950-SP (RTJ 115/878 e ss.), a 14.8.1985, estando o aresto assim ementado: "Honorários de Advogado. Defensor Dativo de réus pobres em processos criminais. Inexistindo, junto ao órgão judiciário, serviço oficial de assistência gratuita a réus pobres, em processo crime, é cabível o pagamento, nesses casos, pela Fazenda Estadual, de verba honorária aos advogados nomeados pelo juiz, para tal fim. Fixação que, no caso, é relegada, porém, para a liquidação por arbitramento. Interpretação dos arts. 153, § 32, da Constituição, e 30 da Lei 4.215/63. Recurso Extraordinário parcialmente provido." Na oportunidade, em rápidas anotações, nos seguintes termos, votei:

Sr. Presidente. Considero essa questão da maior importância, máxime, sob o ponto de vista da necessidade de assegurar efetiva defesa aos que, acusados em Juízo, não têm como remunerar advogado, para defendê-los. Tal é o sentido da norma constitucional (CF, art. 153, § 32), que, hoje, cada vez mais, ganha expressão, quando no País inteiro, todos sabemos, aumentam os processos contra pessoas desprotegidas da fortuna, que não dispõem de meios pecuniários para constituir defensor. Não é cabível, de outra parte, exigir-se, especialmente nas Capitais, onde o volume de processos com réus pobres é, realmente, muito grande, que profissionais liberais possam ser sobrecarregados com ônus de proceder a essas defesas, com a eficiência indispensável, sem honorários, uma vez que o advogado dativo, à evidência, não está autorizado a defender o réu pobre, com menos dedicação do que se estivesse sendo remunerado. O preceito inserto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 30) vem atender a essa realidade, ao prever remuneração para aquele que for nomeado defensor de réu pobre. Parece-me ser esse o ponto precípuo.

O dispositivo do Estatuto da OAB (art. 30) justifica-se pelo grande alcance social da norma. Deve ser remunerado o defensor nomeado, para defender o réu pobre, em processo criminal. É imperioso que o réu pobre tenha assistência eficiente. O só fato de ser pobre o réu não pode conduzir ao entendimento, segundo o qual a qualidade da defesa a lhe ser garantida caiba admitir-se inferior à daqueles réus, em condições de remunerar defensor.

Assim sendo, a Constituição prevê que é obrigação do Estado dar assistência judiciária aos necessitados. E essa assistência judiciária aos necessitados não é só em matéria criminal, prevista na Constituição, mas também em matéria cível.

Tive o ensejo de enfrentar esse problema, quando presidia ao Tribunal Federal de Recursos e também ao Conselho de Justiça Federal. Cuidava-se de questão de maior gravidade, quando é certo que a Justiça Federal funciona nas Capitais e não há advogados de ofício em seus Quadros de Pessoal. Os processos criminais ficavam, por vez, paralisados. Os eminentes Ministros Décio Miranda e Aldir Passarinho têm conhecimento dessa séria dificuldade, que surgiu, especialmente, nos primeiros tempos, depois da restauração da Justiça Federal de Primeira Instância, e havia necessidade de prover a respeito. Encontrou-se solução, ao estabelecer forma de contraprestação pelo serviço dos advogados nomeados. O Conselho da Justiça Federal aprovou uma tabela de honorários a serem pagos aos advogados nomeados, no âmbito da Justiça Federal. Mas a nomeação não se faz arbitrariamente. Adotou-se um sistema semelhante ao do credenciamento. Anualmente, os advogados interessados em prestar assistência judiciária, na Justiça Federal, atendem a edital baixado pelo Juiz Diretor do Foro de cada Seção Judiciária; inscrevem-se e, examinada a idoneidade profissional, passam a ser nomeados. Ao fim do processo, recebem uma remuneração de acordo com a tabela aprovada pelo Conselho da Justiça Federal.

Resolveu-se, assim, o problema, satisfatoriamente. Tenho informação de que se continua a adotar esse sistema. Não se pode proceder, de maneira diferente, em realidade, sob pena de os pobres não serem, devidamente, assistidos, quando acusados em Juízo. Ora, não é isso o que querem a Constituição e o Estatuto da OAB aludido. Assim sendo, tenho corno inequívoca a aplicação ao caso do art. 30 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil."

Não é possível, de outra parte, deixar de reconhecer o esforço das administrações de muitos Estados da Federação, antes de 1988, no sentido de atender ao serviço de assistência judiciária.

Mister se faz destacar, nesse sentido, que o Estado de São Paulo, em 1935, organizou o primeiro serviço governamental de assistência judiciária no Brasil, composto de advogados assalariados pelo Estado. Posteriormente, por forçado DI. 17.330, de 1947, criou-se, no Departamento

Jurídico do Estado de São Paulo, a Procuradoria de Assistência Judiciária. Em 1954, o antigo Estado do Rio de Janeiro criava cargos de "defensores públicos", isolados, os quais, por Lei fluminense de 1970, passaram a ser de carreira, providos por concurso público, na classe inicial.

Em Minas Gerais, embora, até 1947, haja disposições sobre assistência judiciária, foi o Decreto estadual nº 2481, de 23.9.1947, que regulamentou o Serviço de Assistência Judiciária e as disposições do Decreto nº 2131, de 2.7.1947, onde reorganizou o Departamento Jurídico do Estado. Já o Decreto estadual nº 21.453, de 11.8.1981, dispôs sobre a organização e competência da Defensoria Pública, criada, a seguir, a carreira de Defensor Público.

No Rio Grande do Sul, muito embora já houvesse, anteriormente a 1965, o atendimento aos necessitados de assistência judiciária, por intermédio da então Procuradoria-Geral do Estado, hoje Procuradoria-Geral da Justiça, e, pois, no âmbito do Ministério Público, com o aproveitamento de servidores públicos estaduais, bacharéis em direito, posto à disposição desse órgão, cumpre reconhecer que foi com a criação da Consultoria-Geral do Estado, instalada a 19.3.1965, que a Assistência Judiciária passou, efetivamente, a ser executada como serviço público estadual organizado.

De outra parte, concebida pelo Decreto nº-17.261, de 7.4.1965, que organizou a Consultoria-Geral do Estado, a estrutura da assistência judiciária aos necessitados com vistas à Capital, compreendendo três setores: Assistência Judiciária Cível, Assistência Judiciária Penal e Assistência Judiciária Trabalhista, pouco depois era observada a conveniência de alterá-la, criando-se, então, pelo Decreto nº 17.379, de 12 de julho de 1965, o Serviço de Assistência Judiciária no Interior do Estado, com o fim de orientar e coordenar a prestação dessas tarefas nas comarcas interioranas. Poucos meses passados, a assistência judiciária era mantida nas comarcas de Pelotas, Rio Grande, Santa Maria, Santana do Livramento, Alegrete, Canoas, Esteio, São Leopoldo, Novo Hamburgo, Guaíba, Gravataí, Viamão, São Jerônimo, Caxias do Sul, Passo Fundo, Tupanciretã, Santa Rosa e Uruguaiana. Verificada, entretanto, a impossibilidade de funcionar, à época, em cada comarca gaúcha, com exclusividade, um advogado de ofício, mas sentindo a necessidade de o serviço estender-se a todas as regiões do Estado, o Chefe do Poder Executivo, acolhendo os estudos procedidos pela Consultoria-Geral, por meio do Decreto nº 17.861, de 14 de abril de 1966, estabeleceu o "zoneamento do Rio Grande do Sul para os fins de prestação do serviço público de assistência judiciária aos necessitados". Segundo esse Decreto, o território do Estado ficou dividido em cinquenta zonas, compreendendo-se nelas todos os municípios com serviços judiciários instalados. Compôs-se cada zona de um

ou mais municípios. Previa, outrossim, o Decreto que o zoneamento teria revisão de dois em dois anos, devendo, nesse período, o Consultor-Geral, por portaria, incluir em uma das zonas existentes os municípios onde viessem a se instalar serviços judiciários. Além disso, os necessitados de justiça gratuita (e já eram tantos e o seu número, lamentavelmente, cada vez cresceu mais, no Estado e em todo o País), residentes em municípios ainda sem serviços judiciários, poderiam buscar assistência nas comarcas mais próximas integradas no plano referido. Dessa maneira, com decisão política, esperava-se, em breve tempo, ampliando constantemente os serviços, poder assegurar defesa e patrocínio aos que não possuíam recursos, ao longo de todo o território sul-rio-grandense, do que resultaria, ainda uma vez, proeminente posição desse Estado, de aureoladas tradições no concerto nacional, quanto à prática dos princípios que exaltam os direitos fundamentais do homem, - ao assegurar o pontual cumprimento do preceito maior da assistência judiciária aos necessitados, que constitui uma das vias segundo as quais os pobres têm acesso ao aparelho judiciário e aos órgãos de administração da justiça.

Preocupou-se, desde logo, por outra parte, a Consultoria-Geral do Estado com questão de alta importância ao funcionamento de qualquer serviço público, qual seja, a referente a pessoal. Pretendendo-se estruturar a assistência judiciária, em moldes de serviço público, em atenção a preceito constitucional, cumpria fossem executados os encargos por servidores tecnicamente habilitados e percebendo vencimentos compatíveis com a natureza das funções desempenhadas. Resultou daí a criação da carreira de advogados de ofício, por força da Lei nº 5. 161, de 16 de dezembro de 1965, integrada no Quadro que também se instituiu pelo mesmo diploma, de "Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício, da Consultoria-Geral do Estado". Ao propor a criação dos cargos encarregados de advogados de ofício, teve, já, em conta o Governo a necessidade de o serviço de assistência judiciária ser prestado em todo o território do Rio Grande do Sul, e não apenas na Capital ou nas maiores cidades do Estado. Em virtude disso, ficou a carreira ordenada em três classes - "A", "B" e "C" - devendo os titulares de cargos da classe "A", inicial, ter lotação em comarcas de 1º e 2º entrâncias, os de classe "B" em comarcas de 3º entrância, e os de classe "C", final da carreira, em Porto Alegre. Previu a mesma Lei de dezembro de 1965, além disso, a possibilidade de os consultores jurídicos, efetivos, que, à época, estivessem desempenhando tarefas de assistência judiciária, requererem transferência para a carreira de advogado de ofício criada, determinando-se, outrossim, a transferência para a mesma carreira dos titulares de cargos, de igual denominação, que funcionavam junto à Justiça Militar do Estado. Em face dessas dis-

posições, proveram-se, desde logo, dezoito dentre os cinquenta e cinco cargos de advogado de ofício, com que se iniciava a efetiva organização da carreira, procedendo-se, já, a 16 de abril do ano seguinte, o concurso público, imediatamente aberto, para provimento dos dezoito cargos de classe "A", vindo a ser nomeados, a seguir, os que se classificaram, todos, para o interior do Estado, na conformidade da ordem de prioridade da instalação do serviço nas novas zonas do plano estabelecido.

Assim estruturada e em funcionamento, a Assistência Judiciária, em sua fase inicial, deu a Constituição gaúcha, de 14 de maio de 1967, à Consultoria- Geral do Estado, o status de órgão constitucional, reservando-lhe a Seção V, do Capítulo III, sobre o Poder Executivo, e prevendo-a como "órgão de consulta e de unificação da jurisprudência administrativa do Estado". Conferiu-se-lhe, outrossim, competência nova concernente à defesa judicial dos interesses do Estado em Juízo, além de se manterem as atribuições de assistência jurídica aos órgãos da administração estadual e aos Municípios e o patrocínio judicial aos necessitados e aos servidores estaduais administração estadual e aos Municípios e o patrocínio processados em virtude de ato praticado no exercício das respectivas funções (art.66), tudo sendo confirmado na Constituição de 27 de janeiro de 1970 (art. 87), que adaptou o sistema constitucional local às regras da Emenda Constitucional nº 1/1969. Posteriormente, é certo, extinguiu-se a carreira de Advogado de Ofício, atribuindo-se aos cargos de Assistentes Judiciais criados a competência para prestar serviço de assistência judiciária gratuita (Lei 7061/76), o que, à evidência, passou a exigir a colaboração, também, de servidores do Estado, bacharéis em direito, detentores de outros cargos, para que a Assistência Judiciária, já organizada, pudesse prosseguir cumprindo as suas funções institucionais. A Lei Complementar nº 9.230, de 06 de fevereiro de 1991, criou a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, na forma do art. 121 da Constituição Estadual, e dispôs sobre sua competência, estrutura e funcionamento, dentre outras providências, sendo alterada pela Lei Complementar nº 10.194, de 30 de maio de 1994, que criou 132 cargos de provimento efetivo mediante concurso público.

Especial referência merece a organização da assistência judiciária no Estado de Mato Grosso do Sul. A Lei nº 343, de 1º de julho de 1982, alterada pelas Leis nºs 513, de dezembro de 1984, e 769, de 09 de novembro de 1987, dispôs sobre a organização da Assistência Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo "como incumbência a postulação e a defesa, em todas as instâncias, dos direitos dos juridicamente necessitados". Criaram-se, desde aí, logo, a Procuradoria da Assistência Judiciária, com autonomia, relativamente aos demais serviços jurídicos do

Estado, bem assim a carreira de Defensor Público, distribuídos os cargos em primeira entrância, segunda entrância e entrância especial, providos os da classe inicial, mediante concurso público, e compoem a instância superior os cargos de Procurador da Assistência Judiciária. São órgãos de sua Administração Superior: a) a Chefia da Procuradoria da Assistência Judiciária; b) o Colégio de Procuradores; c) o Conselho Superior da Assistência Judiciária, e d) a Corregedoria da Assistência Judiciária. É dirigida a Assistência Judiciária pelo Procurador-Chefe, nomeado em comissão pelo Governador do Estado, dentre os Procuradores da Assistência Judiciária, escolhido em lista elaborada pelo Conselho Superior da Assistência Judiciária. Nos arts. 75 e 76, do diploma estadual aludido, estipulou-se, outrossim, que a Assistência Judiciária gozará de autonomia financeira, dispondo de dotação orçamentária própria, podendo "celebrar convênios com entidades de ensino superior oficiais ou reconhecidas, a fim de propiciar estágio profissional, não remunerado, aos estudantes de Direito e Ciências Sociais (...)".

Antecipou-se, destarte, o Estado de Mato Grosso do Sul ao que haveria de constar da Carta Política de 1988, quanto à Defensoria Pública (art.134 e seu parágrafo único), como adiante se anotar, o que lhe empresta louvável e significativa posição, ao conceber a importância real da Assistência Judiciária na administração da Justiça.

Esteve o constituinte de 1988, sob a melhor inspiração de justiça social, ao emprestar acertado realce à matéria, prevendo, no art. 134, da Lei Magna, entre suas instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, a DEFENSORIA PÚBLICA, com a incumbência de realizar o serviço público de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, defendendo os, em todos os graus de jurisdição. Trata-se, assim, de orientar os necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição, em juízo ou fora dele, onde haverá, inclusive, espaço às atividades de autêntica educação para o exercício dos direitos e prerrogativas da cidadania e para solução extrajudicial de conflitos. Da boa organização e do funcionamento eficiente dos serviços das Defensorias Públicas, da União, do Distrito Federal e dos Estados, resultará, inequivocamente, contribuição inestimável à administração e democratização da Justiça, no País. Enganam-se os que afirmam que o povo brasileiro não acredita no Poder Judiciário. Bastam a desmentir essa assertiva as cifras relativas ao movimento forense nacional, nos três últimos anos, excluídos os números concernentes às Justiças Militar e Eleitoral: em 1996, ajuizaram-se 8.507.499 feitos novos; em 1997, 9.811.498 processos deram entrada, em primeiro grau, nas Justiças Comum, Federal e do Trabalho; em 1998, o montante de novas ações alcançou a 9.195.275. Há, é exato,

milhares de conflitos não trazidos, porém, ao exame do Poder Judiciário, particularmente, pequenas causas, insatisfações não resolvidas ou, por vezes, dúvidas acerca de direitos, que atormentam pessoas desamparadas da fortuna e sem condições de acesso a escritórios de advocacia. Quantas querelas de pessoas carentes, quer no âmbito de vizinhança, que provenientes de incidentes de pequena monta, por simples falta de uma orientação jurídica, ou degeneram em atos de violência ou em dissídios de profundidade! Organizadas as Defensorias Públicas, em todo o País, como ordena a Constituição e já ocorre em significativo de alta competência, selecionados em concurso público, provendo cargos de carreira, com garantias funcionais de independência e inamovibilidade no exercício das funções, afastados de preocupações com a advocacia particular, mas remunerados condignamente, qual se impõe, bem de ver é que se abrem amplas perspectivas de assistência aos necessitados. Estes terão esclarecidos direitos e obrigações, em consultas regulares, inclusive em escritórios localizados em bairros da periferia das grandes cidades e núcleos especializados de atendimento. Disso resultará se prevenirem, também, milhares de ações desnecessárias, realizando-se conciliações, orientando-se, superiormente, soluções no âmbito da família, na proteção a menores e incapazes, na defesa dos consumidores de parques recursos, dentre tantas outras providências, que a boa organização desses órgãos públicos e a experiência de seu funcionamento hão de trazer, tal como já sucede em Estados em que as Defensorias Públicas vêm atuando com regularidade. No que concerne à defesa, em Juízo, dos direitos e liberdades dos pobres, é de esperar, com o exercício efetivo dos defensores públicos, consoante já se verifica em muitos Estados da Federação, dedicados com exclusividade a esse múnus, exista patrocínio competente, abnegado, atento, evitando-se que a desigualdade sócio-econômica por vezes, existente entre as partes, acarrete, também, a desigualdade na sustentação das respectivas razões e defesas no processo. A Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional, alcança, desse modo, status constitucional, a par de outras instituições contempladas no mesmo Capítulo da Lei Fundamental (Ministério Público, Advocacia-Geral da União e dos Estados) e dos advogados.

Nesse sentido, acentua JOSÉ AFONSO DA SILVA, acerca do novo sistema constitucional, no particular: "Os Estados não têm a faculdade de escolher se instituem e mantêm, ou não, a Defensoria Pública. Trata-se de instituição já estabelecida para eles na Constituição Federal, sujeita até mesmo a normas gerais a serem prescritas em lei complementar federal para a sua organização em cada Estado, 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." E acrescenta: "Não satisfaz aos ditames do art. 134 a simples criação ou manutenção de Procuradoria de Assistência Judiciária, subordinada à Advocacia-Geral. A Constituição considera a Defensoria Pública uma instituição essencial à função jurisdicional, destinada à orientação jurídica e à defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, item LXXIV. Se é uma instituição e ainda sujeita a normas gerais de lei complementar federal, a toda evidência, não pode ser órgão subordinado ou parte de outra instituição, que não ao próprio Estado" (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ªed., págs. 533/534).

CELSO RIBEIRO BASTOS, discorrendo sobre Defensoria Pública, à vista do texto constitucional, observa:

"Não se sabe, ainda, qual a coloração que assumirá a Defensoria Pública nos Estados, pois que a matéria depende do que vier a ser estipulado pelas normas gerais a que se refere o parágrafo único do art. 134.

O que é certo é que se excluem outras modalidades de assistência jurídica aos necessitados que não seja a da própria defensoria pública. Esta detém, com exclusividade, a função de orientar juridicamente e de defender, em todos os graus, os necessitados. Impõe-se, portanto, a criação da defensoria pública, tanto no âmbito federal, quanto no estadual" (op.cit., págs.245/246).

No que respeita à organização das Defensorias Públicas, compreendo, por igual, que devem ser entidades com autonomia, em relação ao Ministério Público e à Procuradoria-Geral do Estado, ambas instituições também essenciais à função jurisdicional, nos termos da Constituição, cada qual, todavia, com atribuições específicas. A Defensoria Pública, no patrocínio de direitos de necessitados, poderá, ad exemplum, mover ação contra o Estado, intervindo, então, a Procuradoria respectiva, na defesa da pessoa jurídica de direito público. Pode a Defensoria Pública defender réu em ação cível movida pelo Estado, ou em ações penais patrocinadas pelo Ministério Público. Distintos os domínios de sua atuação, convém sejam órgãos, entre si, não dependentes, na perspectiva da hierarquia administrativa.

Nessa mesma linha, observa o Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, referindo-se aos princípios que informam as "procuraturas constitucionais":

"A igualdade decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essen-

ciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham. A unidade, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no caso do Ministério Público (art. 127, § 1º) e também na Advocacia Geral da União (art.131, § 1º) e implícita, para os Procuradores do Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública (arts.132 e 134)."

Em ensaio de rico conteúdo, intitulado "AS FUNÇÕES ESSENCIAIS A JUSTIÇA E AS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS", o ilustre Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, depois de distinguir a advocacia privada da advocacia pública, considerando as categorias dos interesses defendidos e a institucionalização dos órgãos de atuação, anota:

"A Constituição cria três tipos institucionais de procuraturas, estas encarregadas das funções essenciais à justiça, exercendo, cada uma delas, atribuições consultivas e postulatórias, todas bem definidas a nível constitucional (art.127, 129, 131, 132, 133, 134, CF) e infraconstitucional (Constituições estaduais e respectivas leis orgânicas), voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados.

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da Constituição), detalhados em rol de funções (art.129, CF), em relação aberta, pois pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional (art.129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia da sociedade, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federais, distrital federal e estaduais.

O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que é a advocacia de Estado (art.131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que a têm a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

O terceiro conjunto de interesses são individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os interesses dos necessitados e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública, federal, distrital federal e estadual (art. 134, CF).

Enquanto a advocacia privada pode ser exercida por qualquer profissional de direito, legalmente habilitado por sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 67, da Lei nº 4.215, de 27.4.63), a advocacia pública, das procuraturas constitucionais, além da prévia habilitação profissional, exige a investidura de seus agentes em cargos públicos especiais, dispostos em carreira e acessíveis mediante concurso público de provas e de títulos (art. 129, § 3º; art. 131, § 2º; art. 132 e art. 134)". (apud Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, vol. 36, dez. - 1991, ps. 24/25).

Análise da realidade atual das Defensorias Públicas, se evidencia, desde logo, os bons serviços que já vêm prestando em todo o País, indica, de outra parte, na maioria dos Estados, a deficiência dos quadros de pessoal e organização ainda não compatível com a autonomia que se faz mister lhes seja assegurada, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos da Constituição Federal (art. 134, parágrafo único).

Tenho a convicção de que as Defensorias Públicas, organizadas na forma da Constituição, com a elevada compreensão dos Governos estaduais e da União Federal, quanto às suas altas finalidades, aperfeiçoando os trabalhos da assistência judiciária gratuita, dentro da nova realidade funcional que lhes decorre da Carta Maior, repetida nas Constituições dos Estados, constituirão, no território de cada Estado e junto aos órgãos judiciários federais, instrumento valioso na administração da justiça, e com reflexos sociais específicos, de acordo com a inspirada criatividade desses profissionais e de suas Chefias, também, na educação do povo e dos necessitados, para o exercício de seus direitos e das prerrogativas da cidadania. Certos estejam todos os defensores públicos de que exercem uma maravilhosa profissão jurídica na qual, em cada dia, há a oportunidade de, por palavras e gestos, prestarem ao próximo, nosso irmão, carente, necessitado e, por vez, desorientado, o inexcusável serviço da bondade e do amor.

Decerto, árdua é a missão do Defensor Público; frustrante, por vez, pela precariedade, de condições do assistido, para a obtenção dos meios de prova indicados à causa. Não menos exato é, entretanto, que vale a pena amenizar, com competência e com carinho, aflição dos que nada possuem e muito sofrem; dar o amparo da lei e da justiça aos que não po-

dem, embora queiram, lutar por seus direitos; trazer a paz e a esperança ao coração dos que se desajustam ou desanimam, por não conhecer os seus direitos; mostrar, enfim, aos pobres e humildes, que a Pátria também lhes pertence, garantindo-lhes a igualdade na salvaguarda de seus direitos, na proteção da liberdade, da honra e na conquista de seus legítimos desejos de participar, na forma da lei, dos benefícios sociais e realizar as prerrogativas da cidadania. Como já afirmei alhures certamente, sempre é bom dar pétalas d'alma a suavizarem, um pouco, a vida dos que, sem culpa e sem sandálias, caminham por estradas de espinhos. Muito obrigado.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL