

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: POLÍTICAS PÚBLICAS

OLÍVIO DE SOUZA SANTOS JR

**A DIMENSÃO RESOLUTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA - UMA MUDANÇA DE
PARADIGMA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Brasília-DF

2015

OLÍVIO DE SOUZA SANTOS JÚNIOR

**A DIMENSÃO RESOLUTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA - UMA MUDANÇA DE
PARADIGMA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**Dissertação apresentada ao programado de Pós-
Graduação do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB, como requisito para obtenção do título de
Mestre em Direito e Políticas Públicas.**

**Orientador: Professor Doutor Jefferson Carús
Guedes**

Brasilia-DF

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Jefferson Carús Guedes
Orientador

Professor Doutor Paulo Afonso Cavichioli Carmona
Avaliador interno

Professor Doutor Antônio Carlos Cintra
Avaliador Externo

Brasília-DF

2015

AGRADECIMENTOS

*Celui dont les penses, comme des alouettes,
Vers les cieux le matin prennent un alouettes,
Qui plane sur l'avie, et comprend sans effort
Le langage des fleurs et des choses muettes
(Charles Baudelaire¹, Élévation)*

No início de uma caminhada nunca sabemos a exata trajetória da empreitada proposta em seu nascedouro e nem se lograremos chegar ao fim. Não controlamos todas as variáveis, que são muitas, exceto, no limite, as nossas elocubrações mais ou menos críveis.

Quando porém, consagramos a nossa vida em favor daqueles que estão à nossa volta, o fardo fica mais leve e recompensador ao cabo de tudo. Os momentos difíceis nos fazem mais fortes. As pessoas que encontramos pelo caminho nos fazem mais ricos, mesmo as mais difíceis. Sem a certeza de que estivesse realmente pronto, resolvi tocar em frente, com a faca nos dentes e o sangue nos olhos, ou seja, com muita garra e dignidade acima de tudo. Os momentos de reflexão deram-me a certeza de que navegar é preciso.

Em primeiro lugar, agradeço à Defensoria Pública do Distrito Federal e ao Uniceub. Agradeço ao Nobre Orientador Jefferson Carús Guedes e aos DD. Colegas da Defensoria Pública do Distrito Federal, especialmente Fernando Calmon e Ramiro Nóbrega que fizeram parte da minha pré-qualificação, contribuindo com críticas relevantes. Agradeço aos professores do Uniceub Paulo Carmona e Pablo Malheiros pela briosa participação na qualificação em sentido estrito, ocorrida em 23/09/2015. Agradeço aos professores Carlos Aires Brito, professor Luiz Roberto Barroso, professor Daniel Amin, professor Renné, pelas valiosas contribuições. Agradeço ao Doutor Warton Monteiro pelas considerações valiosas durante a análise.

Agradeço à minha esposa Andréia Cristina Gomes Garcia pela paciência e coragem. Agradeço aos meus pais, (...)

¹ Aquele que, ao pensar, qual pássaro veloz/De manhã rumo aos céus liberto se distende, que paira sobre a vida e sem esforço entende/ A linguagem das flores e das coisas sem voz.” Elevação. Trad. Ivan Junqueira.

RESUMO

A presente pesquisa propõe-se a discutir o papel da Defensoria Pública como instituição voltada para o acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica justa em um cenário demandista, ou seja, de muita dependência do judiciário para a resolução dos conflitos sociais. Entretanto, em uma nova leitura da Defensoria Pública para o futuro é preciso pensar em um cenário que minimize a escalada processual vigente e o possível excesso de judicialização dos conflitos na forma de ajuizamento de ação individual ou coletiva para um novo paradigma, denominado modelo resolutivo de resolução de conflitos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que os Estados, o Distrito Federal e a União devem prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados por meio da Defensoria Pública. No Brasil os indicadores do Conselho Nacional de Justiça apontam para a escalada processual com o possível excesso de demandas judiciais e, nesse prisma, a Defensoria Pública deve discutir e aprimorar o seu modelo de atuação. A postura institucional menos dependente do judiciário para resolução de conflitos de forma resolutive e impõe uma nova cultura, com um posicionamento institucional preventivo, ou seja, mais negociativo, sinérgico e assertivo. A presente pesquisa visa refletir, discutir e permitir uma melhor compreensão acerca do modelo brasileiro de prestação de assistência jurídica em ordem a propor novos rumos à Defensoria Pública. Para cumprir com esse objetivo a pesquisa sobre a Defensoria Pública foi dividida metodologicamente em três partes, consoante critério cronológica: passado, presente e futuro. A pesquisa tem como problema a escalada processual contabilizada pelo Conselho Nacional de Justiça e o papel da Defensoria Pública nesse cenário de excesso de judicialização, em uma postura pouco resolutive e precipuamente demandista, ou seja, dependente do judiciário para a resolução da maioria dos conflitos. A hipótese da pesquisa consiste na assertiva de que a postura resolutive da Defensoria Pública é fator minimizador da escalada processual e do possível excesso de judicialização dos conflitos sociais.

Nessa senda, devem ser enfrentados os aspectos relacionados aos ganhos democráticos e ao acesso à justiça com a Defensoria Pública resolutive, ou seja, com atuação preventiva e extraprocessual que estabelecerão novas bases para a postura resolutive da Defensoria Pública, colocando o judiciário como última trincheira a ser galgada, não mais a “prima ratio”. A pesquisa propõe-se nessa senda, a uma mudança de paradigma da Defensoria Pública em ordem a propor a melhoria contínua dos seus serviços. A política pública de incentivo cultural ao não litígio deve estar no ápice do debate em torno do excesso de demandas e os mecanismos alternativos à solução do conflito judicial. É função precípua da pesquisa perquirir o “locus institucional” da Defensoria Pública para a próxima década, como instituição protagonista do Estado Democrático de Direito. Por fim, uma proposta de atuação da Defensoria Pública restaurativa.

Palavras-chave: Direito, Defensoria Pública, Estado Democrático

ABSTRACT

This research proposes to discuss the role of the Public Defender as an institution focused on access to justice, such as access to fair justice in a claimant scenario, in other words, a lot of dependence on the judiciary for resolution of social conflicts. However, in a new reading of the Public Defender for the future, we need to think of a scenario that minimizes the current procedural escalation and the possible over judicialization of conflicts in the form of individual action of filing or press for a new paradigm, called resolving model conflict resolution. The Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 provides that the States, the Federal District and the Union shall provide full and free an integral judicial assistance to those who needs through the Public Defender. In Brazil the indicators of the National Council of Justice point to the procedural climbing with the possible excess of process and in that light, the Public Defender should discuss and improve their own performance model. The institutional standing less dependent on the judiciary for less dependent on resolution of the court for resolving conflicts of resolute manner and imposes a new culture with a preventive institutional positioning, more negotiable, synergistic and assertive. This research aims to reflect, discuss and give a better understanding about the Brazilian model of providing legal assistance in order to propose new directions to the Public Defender. To meet this goal the research on the Public Defender was methodological divided into three parts, depending on chronological criteria: past, present and future. The research is to issue a procedural climbing accounted for by the National Council of Justice and the role of the Public Defender that excess legalization scenario, in a little resolute and primarily demand posture, that is, depends on the judiciary for resolution of most conflicts. The hypothesis of the research is the assertion that the resolute stance of the Public Defender is minimizing factor procedural climbing and possible excess legalization of social conflicts.

In this path, to confront the issues related to democratic gains and access to justice with the Public Defender termination, that is, preventive and out of the process performance that will establish new bases for resolute stance of the Public Defender, placing the judiciary, as the last trench be cold, no longer the "prima ratio". The research proposed in this path, a paradigm shift of the Public Defender in order to propose the continuous improvement of their services. The public policy of cultural incentive to not dispute should be at the apex of the debate surrounding the excessive demands and alternative mechanisms to the judicial conflict resolution. The primary function of research to assert the "institutional locus" of the Public Defender for the next decade as an institution protagonist of the democratic rule of law. Finally, an action plan of the Public Defender restorative.

Keywords: Law, Public Defender, Democratic State.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA DEFENSORIA PÚBLICA.....	07
2 PASSADO: CONSTRUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DO BRASIL NO SÉCULO XX.....	16
2.1 Defensoria Pública para quem?	16
2.2 Defensoria Pública por que?.....	37
3 PRESENTE: CONTEXTUALIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO SISTEMA DE JUSTIÇA ATUAL.....	51
4 FUTURO: O PAPEL RESOLUTIVO DA DEFENSORIA PÚBLICA	78
4.1 A Defensoria Pública e a Democracia: uma proposta de uma Defensoria Pública resolutiva.....	78
4.2 A Defensoria Pública Resolutiva.....	95
4.3 A Defensoria Pública e os Direitos Humanos: Uma proposta de promoção de justiça restaurativa.....	108
4.4 O tratamento criminal da pobreza no Brasil contemporâneo e o monopólio da violência do Estado fora das balizas jurídicas.....	119
5 A DEFENSORIA PÚBLICA RESOLUTIVA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	133
6 CONCLUSÕES.....	146

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

INTRODUÇÃO: Passado, Presente e Futuro da Defensoria Pública

Primeiras possibilidades de diálogo:

É tão pouco o que sabemos e tanto o que presumimos e tão lentamente aprendemos, que perguntamos e morremos. Melhor guardarmos o orgulho para a cidade dos mortos no dia dos defuntos e ali quando o vento recorra aos buracos da tua caveira te revelará tanto enigma sussurrando-te a verdade onde estiveram as tuas orelhas. (Pablo Neruda)

A dissertação em lume tem como objeto a evolução histórica da Defensoria Pública brasileira em dois paradigmas, ou modelos de atuação, denominados: Demandista e Resolutivo: o primeiro é o “demandista”, cuja prioridade não é a resolução extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos, e o paradigma “resolutivo²”, cujo objetivo precípua é a resolução extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos.

O Tema da Defensoria Pública resolutiva é algo ainda pouco explorado na teoria geral da Defensoria Pública e justifica-se na medida em que pode contribuir para a minimização da avalanche de processos que atolam o judiciário, ao mesmo tempo em que potencializa o “locus” institucional da Defensoria Pública como espaço de resolução autônomo de conflitos individuais e coletivos.

Seu objetivo é percorrer a história jurídica dos modelos de assistência judiciária no Brasil, desde anteriormente à criação formal da Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988 até o quadro presente, como condição de possibilidade para uma compreensão do “locus” institucional da Defensoria Pública para o futuro.

O objeto da pesquisa é portanto vasto e complexo. Não é o objetivo desta o exaurimento do tema, haja vista que do ponto de vista epistemológico esta missão seria impossível. Portanto, a pesquisa tem uma visão provisória e incompleta, mas assertiva e propositiva.

Tem-se a pretensão de pensar a Defensoria Pública atual de forma crítica e propor um caminho sem esgotá-lo. Com efeito, com Luis Alberto Warat³ registre-se que “toda

² Art. 4º, II da lei complementar 80 prevê a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios como dever funcional dos Defensores Públicos. O art. 134 da Constituição Federal também reforça este papel, nos seguintes termos: “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.”

³ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. O direito e sua linguagem. 2a Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. P.7

pesquisa implica em uma seleção arbitrária e fragmentada de informações. O que equivale a dizer que nenhum tema pode ser esgotado.”

A presente pesquisa visa, portanto, refletir, discutir e permitir uma melhor compreensão acerca do modelo brasileiro de acesso à justiça, em ordem a propor novos rumos à Defensoria Pública. Sem embargo da noção filosófica de que toda história apresenta-se como um discurso crítico arbitrário, não é possível pensar o futuro criticamente sem lembrar o passado.

Para cumprir com esse objetivo, a pesquisa sobre a Defensoria Pública foi dividida metodologicamente em três partes, consoante critério cronológico-temporal⁴: passado, presente e futuro. Nesta pesquisa não se pretende neutralidade, mas pretende-se um posicionamento crítico. Advirta-se no entanto, com Luis Albert Warat⁵ que “como toda história, apresenta-se como um discurso crítico arbitrário.”

Sem embargo da impossibilidade de uma pretensa neutralidade epistemológica, pensar o futuro pressupõe conhecer o lugar a partir do qual se fala. Justifica-se assim, a adequação do percurso do passado ao presente, e de igual forma, do presente ao futuro da Defensoria Pública. Com efeito, Clóvis de Barros Filho⁶ alerta que “quando a ciência limita-se a analisar o mundo como ele é, atende aos interesses dos dominantes, que que justamente que o mundo permaneça conforme ele é.”

A pesquisa tem como objeto de forma mais específica, tratar da postura resolutiva e demandista da Defensoria Pública brasileira em face do problema do acesso à justiça, cujo princípio, inscrito no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, consoante Kazuo Watanabe⁷ não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas um “acesso qualificado à ordem jurídica justa”.

⁴ A teoria da relatividade não tem relevância para o estudo proposto. “A teoria da relatividade restrita preceitua que o tempo não é uma quantidade absoluta. Nossas medidas de tempo são afetadas por nosso movimento. O avanço dos relógios depende de seu movimento relativo. A teoria também ensina que a massa de um objeto em movimento aumenta conforme sua velocidade aumenta. Na velocidade da luz que é de 3000.000 km/s, a massa torna-se infinita e, portanto, nada pode mover-se mais rápido que a luz.” VERMA, Surendra. Ideias geniais. 2a Edição. Belo Horizonte. Gutemberg Editora, 2012. P. 132-133.

⁵ Ibidem, p. 17.

⁶ FILHO, Clóvis de Barros; DAINEZI, Gustavo Fernandes. Devaneios sobre a atualidade do capital. Porto Alegre: CDG, 2014. P.13

⁷ “Não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, mas uma acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do poder público.” WATANABE, Kazuo. Cognition no processo civil. 4 Ed. São Paulo .Saraiva. 2012. P.37

A presente pesquisa propõe-se a discutir o papel da Defensoria Pública como instituição voltada para o acesso à justiça⁸ de um cenário demandista, ou seja, de muita dependência do judiciário para a resolução dos conflitos sociais para outro mais resolutivo, com tônica na resolução extrajudicial⁹ das demandas individuais e sociais.

Entretanto, em uma nova leitura da postura institucional da Defensoria Pública para o futuro é preciso pensar-se criticamente em um cenário que minimize a escalada processual vigente, a dependência excessiva do judiciário e o possível excesso de demandas judiciais, para um novo paradigma¹⁰, mais preventivo, célere e inovador, denominado modelo resolutivo de conflitos.

Observa Kazuo Watanabe¹¹ que existem condições fundamentais para o acesso à justiça tais como “o direito à informação, direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social, direito à preordenação dos instrumentos processuais adequados e efetivos, etc.”

Os direitos fundamentais materializam o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana¹². A Defensoria Pública, nessa senda, é uma instituição voltada para promoção dos direitos fundamentais e do acesso à justiça do cidadão necessitado, não apenas

⁸ O termo “acesso à justiça” será utilizado, portanto, na acepção de Kazuo Watanabe, ou seja, acesso à ordem jurídica justa. A questão relacionada ao acesso à justiça no Brasil continua sendo de difícil compreensão em face dos números gerados pelo Conselho Nacional de Justiça. Anota Fernando Calmon que acesso à justiça não pode ser confundido como mais um direito anunciado, mas, antes, como um canal de múltiplas vias, por onde se possa buscar a medida da intervenção em uma situação conflitante, com o objetivo indisfarçável de que não propague o conflito e contamine, pela violência, a própria estrutura do Estado. No entanto, tal qual a complexidade humana, que lhe empresta forma e valor, é preciso compreender não só o que esse instrumento significa, bem como quais são as suas possibilidades e as maneiras de combate (administração) dos conflitos, mas sobretudo de como operá-lo para que possa fazer valer a máxima da efetividade. REIS, Fernando Antonio Calmon. Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos. Dissertação de mestrado do Uniceub. 2014. p. 136.

⁹ Consoante a enciclopédia do advogado, “extrajudicial” é “o ato que se faz fora do juízo. Ato que não faz parte daqueles que são processados em juízo. Ato que não depende das formalidades judiciais. Atos das partes que não estão sob a supervisão do juiz. Atos do foro extrajudicial.” SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do Advogado. 2a ed. Rio de Janeiro: editora rio. 1979. P. 161.

¹⁰ O termo paradigma vem da Filosofia da Ciência de Thomas Khun. Significa os aspectos centrais dos esquemas gerais de pré-compreensão e visões de mundo condicionando o agir humano e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. NICOLA, Abbagnano. Dicionário de filosofia. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006.

¹¹ O direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; direito a remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça. WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade moderna. In: Participação e Processo. DINAMARCO, Candido Rangel; Coordenação de GRINOVER, Ada Pellegrini. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1988. p.135

¹² A dignidade da pessoa humana está capitulada na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

no sentido de ingresso em juízo, mas principalmente como acesso à ordem jurídica justa, consoante célebre expressão cunhada por Kazuo Watanabe.

A Constituição da República Federativa do Brasil determina que os Estados, o Distrito Federal e a União devem prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados¹³ através da Defensoria Pública. No Brasil os indicadores do Conselho Nacional de Justiça apontam para a escalada processual ascendente, com o “excesso¹⁴ de judicialização de conflitos” consoante Fernando Antonio Calmon Reis. Nesse prisma, a Defensoria Pública deve discutir e aprimorar o seu modelo de atuação.

A Defensoria Pública deve prestar assistência jurídica integral e gratuita ao “necessitado.” O termo “necessitado” é objeto de acerba polêmica doutrinária em face de sua polissemia e imprecisão. Do ponto de vista semiótico, “o signo mantém uma ambígua e pouco clara relação com a significação”, conforme observa Luis Alberto Warat¹⁵: “Observando-se a história do saber sobre os signos, podemos apontar uma persistente teimosia em colocar suas questões a margem dos problemas da ideologia e da história”.

O termo “necessitado” é opção política do poder constituinte e decorre da ideologia adotada pela própria Constituição Federal. Na presente pesquisa pautou-se pela escolha do termo pelo critério constitucional, em face do seu amplo espectro semântico, na esteira de Eros Grau¹⁶, para quem “a ideologia do direito é aquela portada pelos textos, pelos enunciados dos quais se extrai o sentido deôntico do direito”, ao passo que a ideologia jurídica “é aquela produzida por quem usa ou fala do direito”.

O Novo Código de Processo Civil¹⁷ foi aprovado com intuito de tornar a prestação jurisdicional mais célere e efetiva, entretanto, a premissa do “sensu comum teórico dos juristas” de que o puro advento de um novo código de processo civil ou de uma lei, qualquer que seja esta, mudará o cenário atual de prestação jurisdicional é simplista e, portanto, equivocada.

Todas as instituições envolvidas nessa senda devem buscar novos caminhos de concretização da ordem jurídica e, nesse contexto, a Defensoria Pública deve buscar uma

¹³ Optou-se nesta pesquisa por denominar de “necessitados” aos destinatários dos serviços da Defensoria Pública, porque é o termo designado pela Constituição Federal de 1988, consoante artigo 134, sem embargo do amplo espectro semântico que será objeto de análise futura.

¹⁴ Ibidem.p.23

¹⁵ Ibidem, p. 11.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 101.

¹⁷ Lei 13.105/15 publicada oficialmente em 16 de março de 2015 e vigência determinada para 16 de março de 2016, conforme o artigo 1045.

postura mais resolutiva e menos demandista, como forma de ampliar o acesso à justiça. Esta aqui é a hipótese da pesquisa.

A postura institucional menos dependente do judiciário para resolução de conflitos é, nesta perspectiva, mais resolutiva e, por conseguinte, menos demandista. O ajuizamento de ação individual ou coletiva deve, nesse sentido, ser um meio subsidiário de resolução dos conflitos sociais, possibilidade que se abre após o esgotamento dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Entretanto, esse paradigma da dimensão resolutiva impõe uma nova cultura, com um posicionamento institucional mais preventivo, negociativo, sinérgico e assertivo.

Após a introdução, no primeiro capítulo a pesquisa versa sobre o modelo brasileiro de assistência jurídica, desde a fase do modelo de assistência meramente judiciária, anterior à Constituição Federal de 1988, até o atual modelo de assistência jurídica integral e gratuita através da Defensoria Pública pós Constituição Federal de 1988, com as suas respectivas Emendas Constitucionais.

No segundo capítulo, a pesquisa versa sobre a escalada processual e o enfoque demandista da Defensoria Pública após a Constituição Federal de 1988, portanto, no modelo constitucional do Estado Democrático de Direito. Entretanto, tal modelo vem demandando correção de rumos com o conseqüente desgaste institucional, razão pela qual propõe-se uma nova postura institucional para o prosseguimento do crescimento institucional da Defensoria Pública no futuro.

No terceiro capítulo, a pesquisa versa sobre a proposta concreta de correção de rumos da Defensoria Pública, através de um modelo resolutivo, ou seja, com foco na prevenção de conflitos judiciais, bem como na resolução extrajudicial de conflitos sociais.

A premissa do problema da pesquisa é a escalada processual contabilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, com o aumento constante do volume processual ano a ano e o papel da Defensoria Pública nesse cenário de possível excesso de judicialização, em uma postura pouco resolutiva e precipuamente demandista, ou seja, dependente do judiciário para a resolução da maioria dos conflitos.

O problema de pesquisa: - a postura prioritariamente resolutiva da Defensoria Pública minimizará o excesso de “judicialização”, melhorando a forma de acesso à justiça a ser proporcionada para os necessitados da sociedade?

A hipótese da pesquisa consiste em que a postura resolutiva da Defensoria Pública é fator minimizador da escalada processual e do possível excesso de judicialização dos conflitos sociais. Nessa senda, devem ser enfrentados os aspectos que otimizarão a postura

resolutiva por parte da Defensoria Pública, colocando o judiciário como última trincheira a ser galgada, não mais a “prima ratio”.

O escopo da presente pesquisa, em outros termos não é fazer uma análise meramente de gestão da política pública, de acesso da população necessitada à ordem jurídica, através da Defensoria Pública, mas também refletir, de forma criticamente construtiva, sobre a sua postura mais ou menos resolutiva ou demandista.

O marco teórico utilizado é eminentemente crítico do “sensu comum teórico dos juristas” na concepção de Luis Alberto Warat¹⁸. Com efeito, segundo Luís Alberto Warat¹⁹, o que ele chamou de “sensu comum teórico dos juristas” há anos, é que “os juristas têm uma compreensão heterônoma das significações do Direito, como fundamento da instituição imaginária das significações dos Direito na sociedade”. Tal realidade imaginária não pode prevalecer como naturalismo, ou seja, “um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito.”

Vários outros autores compõe o acervo crítico do “sensu comum teórico dos juristas” na presente pesquisa, tais como Cleber Francisco Alves, Fernando Antonio Calmon Reis, Eros Grau, etc. No último capítulo, referente ao papel resolutivo da Defensoria Pública, trabalhou-se com a hermenêutica jurídica com Inocêncio Mártires Coelho e Lênio Streck. Quanto ao enfoque de democracia trabalhou-se com Simone Goyard-Fabre. Na abordagem referente à Defensoria Pública e à justiça restaurativa, utilizou-se o enfoque da criminologia crítica, com Vera Regina Pereira de Andrade, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alessandro Baratta.

O leque de atribuições da Defensoria Pública é vasto e complexo. Portanto, o marco jurídico não é apenas interdisciplinar, mas transdisciplinar na medida em que parte de um discurso transversal de várias disciplinas jurídicas e não jurídicas, tais como a filosofia, sociologia, e criminologia crítica, com o escopo de enfrentar os desafios da Defensoria Pública no presente, projetando-a para o futuro.

A metodologia de pesquisa parte da descrição direta e do enfrentamento da realidade construída pela interpretação das experiências sócio-jurídicas, na busca do processo de construção do conhecimento para a compreensão do problema e a apresentação da hipótese.

¹⁸ WARAT, Luis Alberto. O monastério dos sábios: o senso comum teórico dos juristas. In: WARAT. Luis Alberto. A epistemologia da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora. 1995.

¹⁹ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. O direito e sua linguagem. 2a Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. P.119.

A preferência metodológica perseguiu a simplicidade e clareza como atributo altamente desejável, consoante propugna Karl Popper²⁰. Com efeito, não se prescindiu da busca de coerência na visão de mundo, propiciada pelas experiências institucionais afetas à área da pesquisa conjugada a vasta pesquisa bibliográfica que se tem como fundamento para a atividade descritiva e o conhecimento eficaz do problema apontado.

Do ponto de vista epistemológico não se alimenta a ilusão de exaurimento do tema acerca da dimensão resolutiva da Defensoria Pública²¹. Conforme Karl Popper²², “o problema central da epistemologia sempre foi e continua a ser o problema do aumento do saber. O aumento do saber pode ser mais bem analisado, se analisarmos o aumento do conhecimento científico”.

O trabalho apresenta-se na forma de um itinerário cronológico e vale-se de algumas pesquisas empíricas oficiais realizadas, tais como de pesquisas jurídicas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, Associação Nacional dos Defensores Públicos, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e Instituto Pesquisa Econômica.

Não há pretensão de neutralidade do discurso jurídico efetuado, até porque do ponto de vista semiótico, tal pretensão é impossível. Por outro lado, o marco teórico utilizado constitui uma síntese das marchas e contramarchas que se efetuou durante o processo da pesquisa.

Entender-se-á por Política Pública²³ (*public police*²⁴), como “diretriz elaborada para enfrentar um problema público”, em uma análise multicêntrica²⁵, ou seja, abordagem não

²⁰ POPPER, Karl. Tradução de Leonidas Hegenberg. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 2007. P. 155.

²¹ A ampliação do repertório bibliográfico deu-se com o avançar do curso de mestrado, realização dos seminários jurídicos, palestras, fichamentos, publicação de artigos e a alta carga de leitura imposta sobre autores afetos à área de pesquisa em políticas públicas, em ordem a ampliar-se o campo de investigação e crítica sobre o objeto da pesquisa realizada.

²² Ibidem, p. 536,

²³ “Na literatura especializada de estudos de políticas públicas, alguns autores e pesquisadores defendem a abordagem estatista, enquanto outros defendem abordagens multicêntricas no que se refere ao protagonismo no estabelecimento de políticas públicas.” SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas, conceitos, esquemas de análises, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning. 2012. p.2.

²⁴ Anota SECCHI que “a ciência política tradicional sempre encarou as policies com resultado das dinâmicas de enfrentamento, disputa de poder e resolução de interesses entre os atores (politics). Ou seja, sendo politics a variável independente, não havia como perder tempo estudando as policies, pois estas não passam das variáveis dependentes. (SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas, conceitos, esquemas de análises, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning. 2012. p.2)

²⁵ “A abordagem multicêntrica considera organizações privadas, organizações não governamentais, organizações multilaterais, redes políticas públicas (policy networks), juntamente com atores estatais, protagonistas no estabelecimento das políticas públicas. Na abordagem multicêntrica, o adjetivo “pública” a uma política, é necessário quando o problema que se quer enfrentar é público.” (SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas, conceitos, esquemas de análises, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning. 2012. p.2)

estatista ²⁶, para quem, uma política pública possui dois elementos fundamentais: a intencionalidade pública e resposta a um problema público ou coletivamente relevante.

É também uma vasta e complexa atividade transdisciplinar que perpassa vários campos do saber, tais como o Direito, a Política, a Sociologia, a Economia, etc. que tem como objetivo a tomada de decisões fundamentadas, tanto quanto possível, em dados e fatos racionais e mensuráveis na busca de reduzir o aspecto arbitrário, impulsivo, acrítico e irracional da tomada de decisões.

Assim sendo, a pesquisa versa sobre a Defensoria Pública em três perspectivas temporais, ou seja, no passado, no presente e no futuro ²⁷, como uma espécie de política pública de acesso da população hipossuficiente à ordem jurídica justa e o seu “locus” institucional. O tempo foi utilizado na presente pesquisa como ordem mensurável do movimento, como condição de possibilidade para comparação da evolução jurídica da Defensoria Pública ²⁸.

Importa, com efeito, caracterizar o que se entende por postura demandista e o que caracteriza a denominada postura resolutiva de conflitos sociais menos como receituário a ser seguido do que como uma diretriz que marcará a atuação da defensoria Pública como um

²⁶ “Na abordagem estatista (state-centered policy-making) considera as políticas públicas, analiticamente, monopólio de atores estatais. Segundo essa concepção, o que determina se uma política é ou não pública é a personalidade jurídica do ator protagonista. Em outras palavras, é política pública somente quando emana de ator estatal. A abordagem estatista admite que atores não estatais até têm influência no processo de elaboração de políticas públicas, mas não confere a eles o privilégio de estabelecer e liderar um processo de política pública.” (SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas, conceitos, esquemas de análises, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p.2)

²⁷ Pode-se distinguir três concepções fundamentais de tempo. Na primeira, tempo como ordem mensurável do movimento. Na segunda, tempo como movimento intuído. Na terceira, tempo como estrutura de possibilidades. À primeira concepção vinculam-se, na antiguidade, o conceito cíclico do mundo e da vida do homem (metempsicose) e, na época moderna, o conceito científico de tempo. A redução do tempo à ordem causal, defendida por Kant em relação ao conceito de tempo dominante em sua época, derivada da física newtoniana, foi reapresentada em nossos dias com relação à física einsteiniana. Ao afirmar a relatividade da medida temporal, Einstein na realidade não inovou o conceito tradicional de tempo como ordem de sucessão: só negou que a ordem de sucessão fosse única e absoluta. À segunda concepção vincula-se o conceito de consciência, com a qual o tempo é identificado. A terceira concepção, derivada da filosofia existencialista, apresenta algumas inovações na análise do conceito de tempo. Na filosofia moderna, Bergson reexpôs essa concepção, contrapondo-a ao conceito científico de tempo. Segundo ele, o tempo da ciência é espacializado e, por isso, não tem nenhuma das características que a consciência lhe atribui. Ele é representado como uma linha, mas “a linha é imóvel, enquanto o tempo é mobilidade. A linha já está feita, ao passo que o tempo é aquilo que se faz; aliás é aquilo graças a que todas as coisas se fazem”. Bergson insiste na exigência de considerar o tempo vívido (a duração da consciência) como uma corrente fluida na qual é impossível até distinguir estados, porque cada instante dela transpõe-se no outro em continuidade ininterrupta, como acontece com as cores do arco-íris. Não muito diferente é o conceito de Husserl sobre o tempo fenomenológico. Ele afirma que toda vivência efetiva é necessariamente algo que dura; e com essa duração insere-se em um infinito contínuo de durações, em um contínuo pleno. Tem atualmente um horizonte temporal atualmente infinito de todos os lados. Isso significa que pertence a uma corrente infinita de vivências. (NICOLA, Abbagnano. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006. P. 944-948)

²⁸ Não é juridicamente relevante para o objeto da pesquisa, portanto, a apreciação operada no paradigma de tempo do modelo da física de Einstein em relação ao paradigma de tempo newtoniano, nem os aspectos e conseqüências relacionados à dromologia, ou seja, relacionados à velocidade.

“plus” normativo no ganho de efetividade e inovação na prestação jurídica do acesso à justiça. Por derradeiro, concluir em que medida a postura resolutiva minimizará o problema do excesso de judicialização de conflitos na sociedade contemporânea brasileira.

A pesquisa propõe-se nessa senda, à uma mudança de perspectiva da Defensoria Pública que está entre proporcionar o ponto equilíbrio entre proporcionar acesso à ordem jurídica justa e minimizar o excesso de demandas judiciais. a política pública de incentivo cultural ao não litígio deve estar no ápice do debate em torno do excesso de demandas e os mecanismos alternativos à solução do conflito judicial, inclusive deve ser incentivada e financiada também pelo Estado.

Exsurgem nesse prisma, com o passar do tempo, novas leis ²⁹ que vem paulatinamente incluindo cada vez mais a Defensoria Pública como protagonista do Estado Democrático de Direito. A instituição da infância na Constituição Federal de 1988, passa à maioria civil com as Emendas Constitucionais 45 e 80, embora ainda tenha muito a amadurecer.

A pesquisa visa investigar, portanto, qual o “locus” institucional da Defensoria Pública nesse contexto, buscando propostas que satisfaçam às demandas das novas contingências históricas. Destarte, é forçoso reconhecer que, embora a Defensoria Pública tenha crescido muito nos últimos anos, há necessidade de melhoria contínua na qualificação de métodos e serviços, haja vista que todas as instituições necessitam de contínua correção de rumos e permanente busca de melhoria contínua com o propósito de que continue a cumprir as promessas constitucionais em um permanente fazer certo.

²⁹ A título de exemplo, no ano de 2015 a Lei n.13.105/15, que dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil e a Lei n. 13.140/15 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, entre outras coisas.

CAPÍTULO 2- PASSADO: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL A PARTIR DO SÉCULO XX.

2.1 Defensoria Pública para quem?

Historicamente, vários grupos humanos sempre foram alvos de dominação³⁰, perseguição, massacre, violência, desamparo e preconceito, condenados a resignação, por absoluta ausência de instituições que pudessem ouvir a sua voz. Na sociedade contemporânea observa-se que alguns desses grupos são negros, moradores de rua, egressos do sistema penitenciário, gays, lésbicas, transexuais, desempregados, imigrantes e migrantes de regiões mais pobres do país, etc.

A Defensoria Pública foi concebida para atender, prioritariamente, a esses grupos desprovidos de condições pecuniárias e até mesmo culturais para buscar o acesso à justiça e a pesquisa em exame objetiva perscrutar que Defensoria Pública é essa, ou seja, que modelo de Defensoria Pública melhor atende a esses grupos.

Com isso não se afirma de forma “panfletária” que a Defensoria Pública é suficiente para a defesa desses grupos e sua retirada dos estertores da marginalidade social e do preconceito difuso, mas apenas que ela é necessária, como um espaço qualificado de resolução de conflitos para esses grupos sociais.

Ilustra-se bem a complexidade da questão com a telenovela e seu poder simbólico. A telenovela não é somente um entretenimento ingênuo, mas ela consegue fazer com que o dominado compartilhe a mesma ideologia do dominante. Consoante Clóvis de Barros Filho³¹, ela é também um espaço de produção e dominação ideológica, que serve também para mostrar o lugar do pobre e do rico. “A telenovela exclui os miseráveis, mais ou menos um terço da população do Brasil está fora. E o pobre da telenovela é um pobre bizarro, é um pobre sueco.”

Pode-se dizer, com Luis Alberto Warat,³² que “toda história apresenta-se como um discurso crítico arbitrário”, por outro lado, sem nenhuma pretensão de neutralidade, precisa-se

³⁰ “A dominação simbólica é tanto mais eficaz quanto menos é percebida como dominação. “(FILHO, Clóvis de Barros; DAINEZI, Gustavo Fernandes. **Devaneios sobre a atualidade do capital**. Porto Alegre: CDG,2014. P.64)

³¹ Ibidem, p. 94.

³² Ibidem, p.17.

situar o lugar a partir do qual se fala na pesquisa. Assim, é conveniente estabelecer o modelo de assistência judiciária brasileira anteriormente à Defensoria Pública, inclusive porque os fragmentos históricos constituem uma síntese das marchas e contramarchas históricas para chegar à síntese.

As Defensorias Públicas encontram-se em diferentes graus de evolução nas várias unidades federativas do Brasil, haja vista que o investimento na instituição tem sido heterogêneo. Para ter-se uma ideia, na fase da oitava informal do adolescente do Estatuto da Criança e do Adolescente, há Estados que não há Defensor Público para o ato, segundo o terceiro³³ diagnóstico da Defensoria Pública, tais como: Acre, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Tocantins, Roraima.

A busca pela definição de “acesso à justiça” mostra-se vã em face de seus variados sentidos semânticos, como de resto, quase todos os direitos fundamentais ao longo do avançar histórico dos paradigmas dos Estados de Direito. Portanto, esse desiderato deve ser colocado sob perspectiva. Consoante José Augusto Garcia de Sousa,³⁴ “nada mais anti-acesso do que usar esquemas positivistas na sua abordagem”.

O marco jurídico principal da Defensoria Pública brasileira foi a Constituição Federal de 1988. Antes não havia Defensoria Pública como um direito do cidadão, mas modelos de assistência judiciária prestados de forma paternalista pelos entes federados. Entretanto, em sua infância, que vai até as Emendas Constitucionais 45 e 80, estava atrelada ao Poder Executivo, embora no capítulo das funções essenciais à justiça, juntamente com a advocacia privada e pública.

Uma Defensoria Pública temerosa de voltar-se contra o Estado, o seu pai e controlador de todas as suas contas orçamentárias. Portanto, uma Defensoria Pública infantil, haja vista que a sua emancipação deu-se após as Emendas constitucionais 45 e 80 que lhe deram autonomia administrativa, financeira e de iniciativa de proposta orçamentária.

A Defensoria Pública nasce sem legitimidade para a defesa de interesses e direitos coletivos, sem um capítulo na lei de execuções penais, sem um capítulo no código de processo civil, o que se daria posteriormente. O seu modelo de atuação era exclusivamente individual, atomista e com forte tônica na dependência do judiciário para a resolução de todo e qualquer conflito, diferentemente do quadro atual.

³³ O terceiro diagnóstico da Defensoria Pública pode ser acessado no www.anadep.org.br, acessado em 11/11/2015.

³⁴ SOUZA, José Augusto Garcia. A nova lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas. In: a Defensoria Pública e os processos coletivos. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. 2008. P. P.192

A escalada processual no entanto, tem sido uma constante ascendente e contínua no Brasil sob a égide da atual Constituição Federal, conforme os registros do Conselho Nacional de Justiça. De forma paralela, para o que Luís Alberto Warat denominou de “senso comum teórico dos juristas³⁵”, tem-se que a criação³⁶ de leis sucessivas no tempo seria a forma adequada de resolução dos problemas políticos do Brasil, desprezando-se o papel da “semiologia política”³⁷.

Têm-se hoje no Brasil uma forte corrente ideológica³⁸ processualista que propugna pela diminuição de recursos processuais nos tribunais superiores através da limitação dos recursos, maior discricionariedade na seleção dos processos que devem ser admitidos, com maior rigidez dos requisitos de admissibilidade recursais. Segundo essa corrente ideológica, denominada jurisprudência defensiva³⁹, os recursos seriam as causas para a morosidade da prestação jurisdicional.

Tal enfoque é vulnerável a críticas porque não se pauta pelas demandas da sociedade, mas pelas dificuldades materiais do aparelho judiciário. Há provavelmente uma inversão de valores que decorre de que o Direito e o Judiciário existem para a sociedade e não o contrário. Assim, o enfoque nas limitações do aparelho judiciário é equivocado porque subestima as demandas da sociedade, desprezando o enfoque do jurisdicionado. Portanto, não se coaduna com a noção de Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, é importante perquirir também se a Defensoria Pública não esteja dando indícios de uma necessidade de revisão de sua postura institucional para que não

³⁵ Ibidem, p. 119.

³⁶ “Criação seria ruptura e emergência do novo, como também possibilidade de não tentar ler o novo que irrompe a partir de um referencial representativo esgotado ou reduzido a um pequeno número de imagens trivializadas.” Idem, p. 115.

³⁷ “A semiologia política, em suas origens, não considerou a criatividade como objeto de suas preocupações. Nossa abordagem inicial esteve centrada nas questões do poder. Desenvolvemos a semiologia política como semiologia do poder. Tentamos fazer exclusivamente a denúncia dos mecanismos que organizam o polo de captura. Efetuamos a análise crítica da relação sentido-poder. Ignoramos a relação ‘sentido-desejo’ como ingrediente imprescindível para a instituição imaginária para a sociedade de autonomia. Foi uma semiologia do poder, mas não em sentido forte, uma semiologia política. Não ajudou o indivíduo e a coletividade a criar as significações de sua liberdade. Um projeto de semiologia política, para a autonomia individual e coletiva, precisa ser simultaneamente uma ‘semiologia crítica do poder’ e uma ‘semiologia do desejo’. Com isso quero dizer: uma semiologia que escape do poder e do saber para estabelecer as significações no horizonte da liberação. Nos últimos dez anos procurei desenvolver os pontos de desvio desses dois polos.” Ibidem, p. 115.

³⁸ “Ideologia em sentido fraco como conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos, à qual, se opõe a ideologia em sentido forte, esta concebida como discurso que oculta o sentido das relações estruturais entre sujeitos, com a finalidade de produzir os mecanismos das hegemonias sociais.” GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 116.

³⁹ Denomina-se jurisprudência defensiva o posicionamento dos tribunais, especialmente os superiores, que coloca aspectos puramente técnicos ou excessivamente formais como obstáculo para o exame de mérito dos recursos. Tal comportamento possui um propósito claro, que é desafogar as cortes diante da enorme quantidade de processos que chegam diariamente para julgamento.

fique obsoleta, não apenas na dimensão da atividade-meio⁴⁰, mas principalmente na atividade-fim⁴¹. Destarte, mensurando e aperfeiçoando a instituição em ordem a que satisfaça os anseios constitucionais de promoção de políticas públicas inclusivas e acesso à ordem jurídica justa.

O princípio da autonomia funcional da Defensoria Pública é consequência dos processos sócio-democráticos brasileiros no século XXI, após as Emendas Constitucionais 45 e 80. Como afirma Marcelo Pedroso Goulart⁴², “a autonomia institucional só se efetiva no mundo das relações políticas se presentes as suas três dimensões: funcional, administrativa e financeira.”

A autonomia funcional relaciona-se com o exercício da atividade-fim da Defensoria Pública, da sua missão institucional: defesa dos direitos humanos, defesa dos necessitados de forma individual e coletiva. Relaciona-se também com o impedimento de interferências externas na condução dos assuntos do órgão.

A autonomia administrativa da Defensoria Pública é uma atividade-meio que concerne à capacidade institucional de autogestão, definindo as suas políticas públicas, os seus objetivos estratégicos prioritários.

A autonomia financeira é uma atividade-meio da Defensoria Pública e tem duplo aspecto: capacidade de livre elaboração da proposta orçamentária e na capacidade de livre gestão, aplicação e remanejamento dos recursos destinado às atribuições da Defensoria Pública.

Tais “princípios-garantias”, da autonomia financeira, da autonomia administrativa e da autonomia funcional, tem por objetivo instituir, de forma direta e imediata, uma garantia ao cidadão, consoante Marcelo Pedroso Goulart⁴³, haja vista que a sociedade precisa de agentes políticos imunes à pressões dos poderes econômicos e políticos para que possam atuar na linha do estrito cumprimento da estratégia institucional.”

Os princípios da independência funcional, da inamovibilidade, do Defensor natural, da estabilidade e da irredutibilidade de vencimentos e subsídios, enquadram-se nessa categoria e tem como escopo a proteção da instituição contra pressões oriundas de agentes econômicos e políticos que porventura possam querer praticar alguma ingerência indevida.

⁴⁰ Atividade-meio consiste no conjunto de atividades e mecanismos normativos que conduz à otimização da própria atividade-fim, tais como, autonomia financeira, autonomia administrativa, iniciativa de lei, etc.

⁴¹ Entende-se por atividade-fim o conjunto de atividades relacionadas à própria finalidade da instituição da Defensoria Pública, promoção de ações judiciais, atuações extrajudiciais para resolução de conflitos individuais e sociais, etc.

⁴² GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria Geral do Ministério Público. Arraes Editores, 2013. P. 130

⁴³ Ibidem. P. 135.

Os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional da Defensoria Pública foi incorporado ao texto constitucional a partir da Emenda Constitucional 80, que determinou ainda, a aplicação à Defensoria Pública no que couber o disposto no art. 93⁴⁴ e no inciso II do art. 96⁴⁵ da Constituição Federal. Destarte, os princípios constitucionais aplicáveis à magistratura serão no que couber aplicáveis à Defensoria Pública. A locução “no que couber” deve ser explicitada pela lei orgânica da instituição.

⁴⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º; VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; VII - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal; VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; VIII-A - a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a, b, c e e do inciso III - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; XV - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

⁴⁵ Art. 96, II: - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

Do ponto de vista epistemológico, a mudança de paradigma do atual modelo de atuação nas atividades-meio e nas atividades-fim com foco na demanda judicial, excessivamente arraigada e dependente do judiciário para a resolução dos conflitos sociais, para um paradigma⁴⁶ resolutivo, mais preventivo e de busca direta de resolução extrajudicial⁴⁷ dos conflitos implica em mudança cultural do Defensor Público, e de suas pré-compreensões, em ordem a proporcionar menos demandas judiciais.

A mudança cultural⁴⁸ certamente se impõe na transição de paradigmas, não bastando a imposição de metas gerenciais, tampouco a simples mudança da lei, em sentido formal. Consoante Bauman⁴⁹, “assumir a postura cultural não exige a rejeição da atitude que sustenta o projeto da ciência positiva. Mas implica transcender o espectro de questões e ferramentas metodológicas que essa atitude consente em legitimar”.

O papel histórico da cultura está nessa negação e no esforço incessante de refazer as instituições, lembra Zygmunt Bauman⁵⁰. “A cultura, portanto, é o inimigo natural da alienação.” A cultura⁵¹ condiciona a “praxis”, como observa Bauman⁵², sendo a “única faceta

⁴⁶ Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. De um lado o termo paradigma indica toda constelação de crenças, valores e técnicas partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras-implícitas com base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 7 ed. São Paulo: editor Perspectiva. 2003.p.218-219

⁴⁷ Extrajudicial no sentido de fora da instância judicial, anteriormente ao processo.

⁴⁸ Anota Bauman que a cultura é singularmente humana no sentido de que só o homem, entre todas as criaturas vivas, é capaz de desafiar sua realidade e reivindicar um significado mais profundo, a justiça, a liberdade e o bem- seja ele individual ou coletivo. BAUMAN, Zygmunt . Ensaio sobre o conceito de cultura. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2012. P.302

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt . Ensaio sobre o conceito de cultura. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2012. P.301

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt . Ensaio sobre o conceito de cultura. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2012. P. 298.

⁵¹ Esse termo tem dois significados básicos: No primeiro e mais antigo, significa a formação do homem, sua melhoria e seu refinamento. No segundo significado, indica o produto dessa formação, ou seja, o conjunto dos modos de viver e de pensar cultivados, civilizados, polidos, que também costumam ser indicados pelo nome de civilização. Para Linton, é “um grupo organizado de respostas aprendidas, características de determinada sociedade.” O caráter global (mas nem por isso sistemático) de uma Cultura, na medida em que corresponde às necessidades fundamentais de um grupo humano, a diversidade dos modos como as várias culturas correspondem a essas necessidades e o caráter de aprendizado ou transmissão da cultura, todos esses são traços característicos expressos por essas definições e que se repetem em quase todas as definições que hoje podem ser consideradas válidas. (NICOLA, Abbagnano. Dicionário de filosofia. São Paulo: Ed.Martins Fontes. 2006. p. 225-229)

⁵² “O conhecimento cultural é o único que não tem vergonha de seu sectarismo e do viés dele resultante. É, na verdade, o único conhecimento audacioso o bastante para oferecer ao mundo seu significado, em vez de acreditar (ou fingir acreditar), com ingenuidade, que o significado está ali, já pronto e completo, à espera de ser descoberto e aprendido. A cultura, portanto, é o inimigo natural da alienação. Ela questiona constantemente a sabedoria, a serenidade e a autoridade do que o real atribui a si mesmo.” BAUMAN, Zygmunt . Ensaio sobre o conceito de cultura. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2012. P.300-301.

da vida e da condição humana em que o conhecimento da realidade e o interesse humano pelo autoaperfeiçoamento e pela realização se fundem em um só”.

“A cultura determina, em última instância, a própria ideologia”⁵³, senão no sentido forte do termo, ao menos em seu sentido fraco, salienta Eros Graus. As interpretações do texto legal e constitucional dependem das pré-compreensões ⁵⁴do intérprete, não se afastando delas a partir do duplo giro linguístico da filosofia. Consoante esclarece Eros Grau⁵⁵, quem deseja compreender um texto realiza sempre um projetar, que tem na pré-compreensão o seu momento inicial:

É que o intérprete – como o julgador, qual observa Nilo Bairros de Brum(1980:85)- “é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção socioeconômica e todos os demais fatores que forjaram e integram sua personalidade.” Disso não se pode sacar a conclusão de que qualquer texto normativo constitucional, como qualquer outro texto normativo, admite qualquer interpretação. Por certo que não. É certo também, no entanto, que todas essas circunstâncias prosperam no sentido de colocar o intérprete em posição pré-conceituosa (de preconceito ideológico, seu) perante a norma a interpretar, esta também veiculante de mensagem ideológica. Pois, é certo, ainda, que no nível normativo se opera a cristalização de mensagens ideológicas: a norma jurídica é sempre expressiva de uma ideologia, ao menos em sentido fraco.

Do ponto de vista da atividade-meio também não se prescinde da revolução cultural, pois, “compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser”, conforme Lenio Streck⁵⁶. Destarte, a autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública deve ser compreendida como meios para que o Defensor Público resolutivo seja incentivado a realizar a sua tarefa a bom termo.

A Defensoria Pública resolutiva deve proporcionar meios para que o Defensor Público resolutivo privilegie o espaço de soluções extrajudiciais e o aparelhamento da Defensoria Pública é condição “sine qua non” para a obtenção desse desiderato. A mudança cultural é

⁵³ Ideologia em sentido fraco como conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos, à qual, se opõe a ideologia em sentido forte, esta concebida como discurso que oculta o sentido das relações estruturais entre sujeitos, com a finalidade de produzir os mecanismos das hegemonias sociais. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 116.

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 112-114.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 116.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.358.

condição de possibilidade porque, nas palavras de Lenio Streck⁵⁷, o “intérprete não é um ‘outsider’ do processo hermenêutico”.

Há mais do que uma simbiose, uma relação de necessidade entre o Defensor Público resolutivo e a Defensoria Pública resolutive, haja vista que o Defensor Público sem uma estrutura de apoio adequada dificilmente conseguirá deixar o fórum para buscar a resolução extrajudicial dos problemas jurídicos que lhe acorrem. Ele precisa usar de sua independência funcional para construir novas soluções jurídicas que melhor possam atender à altíssima demanda social.

Após a viragem linguística da filosofia, a interpretação do direito sofreu uma revolução, haja vista, que o texto jurídico não existe em si mesmo para uma norma a ser revelada pelo intérprete. Consoante Lenio Streck⁵⁸, “O texto como texto é inacessível e isto é incontornável. O texto não segura por si mesmo a interpretação que lhe será dada. Do texto sairá sempre uma norma. A norma será sempre o produto da interpretação do texto”.

Se o Defensor olvida dessa nova compreensão da hermenêutica, a instituição não adquire a dinâmica requerida pela sociedade e a Defensoria Pública deve buscar o aprimoramento contínuo de suas funções na busca da melhoria de suas atribuições. Destarte, é preciso pensar novas formas de remoção dos obstáculos ao efetivo acesso⁵⁹ à justiça, partindo-se da premissa epistemológica de que não basta um novo código de processo civil, ou uma nova lei, mas é preciso uma mudança cultural.

Uma preocupação semiótica⁶⁰ impõe-se, inicialmente, antes de avançar-se na pesquisa. Consoante preceitua a Constituição Federal, a Defensoria Pública⁶¹ é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos “necessitados”. Embora o termo “necessitado” não seja dos mais claros e precisos,

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 353.

⁵⁸ *Ibidem*. P. 353.

⁵⁹ Cappelletti observa que embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetem a afirmação e reinvidicação dos direitos. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.p. 15.

⁶⁰ A semiótica, utilizada inicialmente para designar a teoria da semiose, mais do que do signo, por E. Morris, dividindo a semiótica em três dimensões da semiose: Semântica, que considera a relação dos signos com os objetos a que se referem; pragmática, que considera a relação dos signos com os intérpretes; e sintática, que considera a relação formal dos signos entre si. (NICOLA, Abbagnano. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006. P. 870)

⁶¹ Nos termos do art. 134 da Constituição Federal de 1988.

é preciso que se adote um critério fixo e determinado, em razão das várias possibilidades semânticas.⁶²

Convém que se delimite o público destinatário dos serviços jurídicos da Defensoria Pública. Nessa senda, “necessitado”⁶³ é termo plurívoco na medida em que a sua polissemia pode indicar muitas coisas, tais como carência de recursos materiais ou imateriais, como dinheiro, casa, saneamento básico, cultura, educação, informação jurídica, etc.

A fim de bem delinear o público alvo da Defensoria Pública é importante perquirir quem é o “povo”⁶⁴ a quem a Defensoria Pública deve dirigir os seus serviços. Com efeito, esclarece Peter Haberle⁶⁵ que: “povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional”.

O “povo” para a Defensoria Pública é o “necessitado”. O termo “necessitado”⁶⁶, embora não seja unívoco, é utilizado nesta pesquisa a fim de tornar homogêneo o amplo espectro semântico que designa a população para a qual os serviços da Defensoria Pública se dirigem, haja vista que há diversas denominações que variam no tempo e no espaço, tais como, hipossuficientes, pobres, desfavorecidos, miseráveis, desvalidos, excluídos, vulneráveis, etc.

Salienta Jefferson Carús Guedes⁶⁷ “que a delimitação conceitual da desigualdade não é possível a partir das denominações,” dada a polissemia e a imprecisão do uso de expressões

⁶² Semântica é a doutrina que considera a relação dos signos com os objetos a que se referem. Mais recentemente, Quine insistiu na diferença entre a referência semântica propriamente dita, que seria o significar, e a referência do nomear. A semântica conteria, assim, duas partes: uma teoria do significado, à qual pertenceria a análise dos conceitos de sinonímia, significação, analiticidade, implicação; e uma teoria da referência, à qual pertenceria a análise dos conceitos de nomeação, verdade, denotação e extensão. (NICOLA, Abbagnano. Dicionário de filosofia. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006. P. 869)

⁶³ utilizado pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu 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 de jurisdição, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

⁶⁴ Povo como comunidade humana, caracterizada pela vontade dos indivíduos que a compõe de viver sob a mesma ordenação jurídica. (NICOLA, Abbagnano. Dicionário de filosofia. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006. P. 783). Entretanto, o termo “povo” tem uma acepção diferente na Teoria Geral do Estado, razão pela qual não se adota o termo com esse sentido.

⁶⁵ HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Editor Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre: 2002.p. 37

⁶⁶ O vocábulo necessitado aparece no dicionário do Aurélio como sinônimo de pobre; miserável; indigente; que não tem o necessário à vida; mal dotado, pouco favorecido; digno de lástima; que inspira compaixão. HOLANDA, Aurélio Buarque. Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira. 1981.

⁶⁷ Observa que “as várias referências semânticas utilizadas são como diversos nomes de um mesmo fenômeno, mas que a imprecisão dos termos têm estabelecido interpretações subjetivas que revisam a disposição da lei, para interpretá-la de modo mais aberto.” GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual,

equivalentes como diferentes. Considera que a semântica da desigualdade tem variado conforme o momento histórico e considerado além da pobreza ou riqueza, a exclusão ou inclusão em grupos, segundo a região geográfica, o acesso ou não a direitos, a oferta ou não de oportunidades, a fragilidade em relação a certos elementos físicos e intelectuais individuais, aspectos culturais ou sociais, a vulnerabilidade, a deficiência ou desvantagem, a discriminação, a desequiparação e a diferença relacionada a fatores adquiridos ou inatos.

É relevante ressaltar a natureza polissêmica do vocábulo “necessitado” distinguindo o aspecto jurídico dos aspectos correntes da linguagem, variáveis “conforme o momento histórico e a latitude geográfica”, consoante anota Cleber Francisco Alves⁶⁸:

Cremos que a melhor alternativa é adotar um conceito que corresponde à definição jurídica de “necessitado”: o pobre, no contexto dos sistemas destinados a assegurar a igualdade de todos no acesso à Justiça, é todo aquele que não possui recursos financeiros disponíveis para arcar com despesas referentes a taxas e emolumentos de qualquer natureza cobrados pelo poder público para acionamento do aparelho jurisdicional do Estado e também para pagar despesas com serviços profissionais jurídicos necessários ao pleno exercício dos direitos.

A preocupação com a estabilização dos conceitos é preocupação constante e fundamental para o “senso comum teórico dos juristas”. Acerca disso, Luis Alberto Warat⁶⁹ faz uma crítica: “a aspiração dos cientistas vinculados à epistemologia neopositivista é a de atingir um nível formal para as suas linguagens. Este ideal está longe de ser atingido nas ciências sociais e são discutíveis as vantagens de tal conquista.”

normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p.182-185. Em abono de sua tese, Jefferson Carús Guedes cita alguns acórdãos do STJ e do TRF-4, tais como: TRF-4 R., ApCiv 5001506-50.2010.404.7202, Rel. Rogério Favreto, j. 13.03.2012; STJ, 3. S., REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.10.2009, DJ 20.11.2009. GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p.185.

⁶⁸ “o pobre” corresponde à pessoa infeliz, envergonhada, explorada, miserável, em contraste com o homem feliz, admirável, importante, ou rico. Todavia, para além dessa imagem que integra a parte variável da idéia subjacente à palavra, estes qualificativos todos têm um ponto comum fixo: servem para designar ou distinguir aquele a quem falta o necessário. Os dicionários normalmente indicam esta definição de pobre: “aquele que não possui o necessário para viver, ou que possui o estritamente necessário”. Há quem adote como sinônimas as expressões “pobre” e “indigente”. Entretanto, para os fins deste estudo, não adotamos tal sinonímia.” ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à Justiça. Tese de Doutorado. In: www.dominiopublico.gov.br dezembro de 2005. Acessado em 29 de agosto de 2015.

⁶⁹ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. O direito e sua linguagem. 2a Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. P.53.

Após o “giro linguístico⁷⁰” da filosofia, e a sua aplicação no campo jurídico, não se parte mais de interpretar do “sentido e alcance da norma”, que não é um dado objetivo da realidade, mas da “interpretação do texto da lei ou da Constituição”, haja vista que a interpretação não é um dado objetivo, nem algo subjetivo, mas parte de um “ser no mundo” que nunca se separa das pré-compreensões do intérprete.

Consoante Eros Grau⁷¹ “o interprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); neste sentido ele produz a norma”. No mesmo sentido, Lenio Streck⁷² “não interpretamos para compreender, mas compreendemos para interpretar”.

Sem embargo da polissemia semântica indicada em linhas volvidas, a resposta há de perpassar pelos objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988 que estão catalogados no art. 3º⁷³. Entretanto, face a baixa densidade normativa das normas constitucionais referidas, os objetivos da República Federativa do Brasil devem ser conjugados ainda com os objetivos da Defensoria Pública⁷⁴: I- A primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II- A afirmação do Estado Democrático de Direito; III- A prevalência e efetividade dos Direitos Humanos; IV- A garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Observe-se ainda que “o Estado prestará assistência jurídica, integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos do art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988”. Do texto da Constituição Federal em exame, o termo “necessitado” foi substituído pelos que “comprovarem insuficiência de recursos”.

Mas para a satisfatória resolução da questão, cumpre responder concretamente qual o limite jurídico-econômico do que pode ser considerado “insuficiência de recursos” ou “necessitado”, em ordem a não excluir quem deveras necessite, nem incluir quem possa arcar

⁷⁰ “Alteração radical na estrutura do pensamento filosófico que proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivista e subjetivista”, consoante Lenio Streck. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.371.

⁷¹ “As normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectual através do qual partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 30-31.

⁷² “a hermenêutica da facticidade inverterá essa relação teleológica entre interpretação e compreensão. O texto será sempre o ‘já normado pelo intérprete. É por isso que um mesmo texto dará azo a várias normas. A norma será sempre, assim, resultado de um processo de atribuição de sentido (sinngbung) a um texto.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.357.

⁷³ O art. 3º da Constituição Federal de 1988 impõe como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil os seguintes: I- a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷⁴ Os objetivos da Defensoria Pública estão capitulados no art. 3.-A da lei complementar 80, com redação determinada pela lei complementar 132/1994.

com as despesas judiciais e honorários advocatícios. A questão, entretanto, é das mais complexas e interessantes.

Para uma ideia da complexidade imanente à questão, tem-se que cada Defensoria Pública Estadual, do Distrito Federal e da União tem uma ordem de regulamentação diferentemente ordenada. A atribuição para exercer o Poder Normativo no âmbito da instituição na respectiva unidade da federação a qual pertence incumbe aos Conselhos Superiores⁷⁵ da Defensoria Pública.

O critério mais adequado da faixa de atendimento econômico pela Defensoria Pública não prescinde da realidade econômica da região e dos indicadores sociais, notadamente o índice de desenvolvimento humano⁷⁶, criado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

A Emenda Constitucional 45, entre outras coisas, conferiu autonomia administrativa, financeira e orçamentária à Defensoria Pública dos estados, enquanto a Emenda Constitucional 80, entre outras coisas, estendeu esta autonomia às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. Observa-se, nessa senda, que cada Defensoria Pública detém autonomia institucional para fixar os limites econômicos para atendimento do cidadão.

Assim, tem-se esse Poder Normativo sendo exercitado de maneira substancialmente diferenciada nas diversas Defensorias Públicas. Nessa senda, a título de exemplificação, na Defensoria Pública⁷⁷ da União a matéria está regulamentada pela resolução 85/2014; na Defensoria Pública⁷⁸ de São Paulo pela deliberação número 89/2008; no Distrito Federal⁷⁹ pela Resolução número 140/2015 e assim sucessivamente.

Observe-se o grau de complexidade da questão: Seria um bom critério o limite de isenção no imposto de renda? O critério partiria de uma análise da renda bruta ou a renda

⁷⁵ Nos termos do art. 10, I e art. 58, I da lei complementar 80, alterada pela lei complementar 132 de 2009.

⁷⁶ O índice de desenvolvimento humano criado pelo PNUD (programa das Nações Unidas para o desenvolvimento) resulta da combinação de dados como longevidade, educação, renda, escolaridade, mortalidade infantil, longevidade média.

⁷⁷ Disponível no site: www.dpu.gov.br, dispõe que “presume-se economicamente necessitada a pessoa natural que integre núcleo familiar, cuja renda mensal bruta não ultrapasse o valor de três salários mínimos. Adotar-se-á a renda mensal bruta de quatro salários mínimos, quando a pessoa natural integrar núcleo familiar que conte com seis ou mais integrantes.

⁷⁸ Disponível no site: www.dpsp.gov.br em 10 de agosto de 2015. “Presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, às seguintes condições: I- aufera renda mensal não superior a três salários mínimos federais; II- não seja proprietária, titular de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 5.000 reais; III- não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a doze salários mínimos federais.”

⁷⁹ Disponível no site: www.defensoria.df.gov.br em 10 de agosto de 2015. Dispõe que: “I- a renda familiar mensal não deve superar os cinco salários mínimos; II- Não possua recursos financeiros em aplicação ou investimento em valor superior a 20 salários mínimos; III- não seja proprietário, titular de direito à aquisição, usufrutuário ou possuidor a qualquer título de mais de um imóvel.”

líquida? Deveriam ser descontados do limite de atendimento na Defensoria Pública apenas os descontos obrigatórios por lei, tais como impostos de renda, contribuições sociais e demais tributos, ou outras dívidas como financiamento da casa própria, do carro, empréstimos consignados, condomínio, etc.? levariam em consideração o pagamento de pensão alimentícia a filho dependente ou incapaz? A renda considerada é a familiar ou a individual? Levariam em consideração a renda individual ou familiar ou também o patrimônio individual ou familiar? Os critérios utilizados devem ser rígidos ou flexíveis?

A solução para esses complexos problemas tem sido da alçada dos respectivos Conselhos Superiores das Defensorias Públicas, que tem o Poder Normativo⁸⁰ para fixar os critérios de atendimento. O exercício de tal Poder Normativo, em alguma medida, dá-se de forma mais ou menos intuitiva, sem que se baseiem em fundado estudo técnico de política pública realizado e indicadores sociais⁸¹ da região.

Para se ter uma ideia da variação da renda, segundo dados do terceiro⁸² diagnóstico da Defensoria Pública, no Acre a renda é de no máximo quatro salários mínimos, no Amapá é de no máximo dois salários mínimos, no Paraná exige-se renda familiar de no máximo três salários mínimos, em Minas Gerais a renda individual deve ser de até três salários mínimos, mas a renda familiar deve ter até cinco salários mínimos, patrimônio pessoal e valor da causa.

Por outro lado, uma hipotética solução legislativa equânime para todo o país teria o inconveniente de tratar igualmente a cidadãos submetidos a condições desiguais pelo país a fora, a depender da região ser mais ou menos desenvolvida sob o viés econômico, cultural, educacional, etc.

Observe-se que a questão em exame, para além de afetar os interesses de milhões de cidadãos da classe baixa da população, também afeta interesses da classe média⁸³ e da Ordem

⁸⁰ Conforme lei complementar 80, com alteração dada pela lei complementar 132 de 2009.

⁸¹ “para cada 100.000 brasileiros, correspondem 7,7 Juízes e 4,22 Promotores, mas apenas 1,48 Defensor Público. Em termos de gastos orçamentários, os Estados brasileiros gastam em média R\$ 85,80 por habitante com três instituições do Sistema de Justiça: 71,3% é destinado ao Poder judiciário, 25,4% ao Ministério Público e somente 3,3% do total é gasto com a Defensoria Pública, valor insuficiente se comparado ao público-alvo.” CASTRO, André Luís Machado de. Construindo uma nova Defensoria pública. In: A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei 11.448/2007. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008. P. 113

⁸² O III diagnóstico da Defensoria Pública encontra-se no www.anadep.org.br, acessado em 01/11/2015.

⁸³ No momento de produção capitalista, há uma camada social que não é proletária-camponesa, nem é proprietária privada dos meios de produção, nem é burguesa; trata-se da classe média ou pequeno-burguesa, constituída por comerciantes, profissionais liberais, intelectuais, artistas, artesãos independentes e funcionários públicos. Essa classe adere completamente aos valores e aos costumes da burguesia e teme a proletarização, sendo por isso, antissocialista e anticomunista. CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 13a ed. São Paulo: ática. 2003. P. 396.

dos Advogados do Brasil⁸⁴ que não tem interesse que esse patamar seja mais alto, a fim de que não se prejudique os interesses⁸⁵ econômicos e corporativos dos advogados particulares.

O investimento⁸⁶ na Defensoria Pública em cada unidade da federação é dado variável e relevante para a análise da questão. Embora as Defensorias Públicas de forma geral tenham critérios de atendimentos acima do limite de isenção do imposto de renda, é forçoso reconhecer que o limite ainda é muito baixo, o que desagrada muitos cidadãos já endividados, que pagam impostos, pensão, financiamento, etc, mas não podem ser socorridos pela Defensoria Pública em face da extrapolação do teto de atendimento.

É recorrente que no dia a dia o público da classe média⁸⁷ também procure a Defensoria Pública para resolução jurídica de seus problemas, o que tem gerado um conflito de interesses com a Ordem dos Advogados do Brasil. A indignação não é desprezível, consideradas as circunstâncias.

Observe-se que a classe média, a par de pagar mais impostos que a classe mais baixa da sociedade, não vive com folga em suas contas, mesmo quando auferir rendimentos superiores a 5 (cinco) salários mínimos e, por vezes, vê-se privado do acesso à justiça por falta de condições de arcar com as despesas judiciais, salvo nos juizados especiais e na justiça laboral, em primeiro grau de jurisdição.

De acordo com o terceiro⁸⁸ diagnóstico da Defensoria Pública, em dezesseis das instituições pesquisadas, possui algum sistema de indeferimento da assistência judiciária e em nove instituições, existe algum tipo de registro ou controle quando é deferida ou indeferida a

⁸⁴ Sobre o assunto a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal ajuizou Ação civil pública em face do Distrito Federal discutindo os critérios de atendimento estabelecidos pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do Distrito Federal no ano de 2013, resolução 25/2006, revogada pela resolução 140/20015. Informação disponível no site: oabdf.org.br em 21/02/2013.

⁸⁵ Sobre o tema relacionado aos interesses econômicos dos Advogados, Eduardo Mudim do Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil da seccional do Distrito Federal declarou sobre a atualização dos critérios de atendimento da Defensoria Pública do Distrito Federal, consoante matéria do conjur que “a Defensoria Pública, que é órgão da maior grandeza constitucional e de notável valor democrático, merece portanto, na pessoa do excelentíssimo defensor público-geral, elogio e agradecimento dos advogados e advogadas, por ter sido acolhido esse importante pleito que era há muito tempo reclamado pela advocacia militante”. Defensoria do DF atualiza critérios para uso da advocacia pública publicado em 08/10/2015, no website: www.conjur.com.br

⁸⁶ Basendo-se em dados colhidos no terceiro diagnóstico da Defensoria Pública verificou-se que os Estados do Rio Grande do Norte, Paraíba, Maranhão e Bahia, que integram os grupos de menor índice de desenvolvimento humano, são os que investem menos de R\$1,00 por público-alvo na Defensoria Pública. Os Estados que investem mais de R\$10,00 por potencial assistido estão concentrados nas faixas de índice de desenvolvimento humano mais elevados, enquanto a média é de R\$5,97.” CASTRO, André Luís Machado de. Construindo uma nova Defensoria pública. In: A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei 11.448/2007. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008. P. 113

⁸⁷ Cujos rendimentos suplantem o teto de atendimento fixado pelos respectivos Conselhos Superiores no exercício do Poder Normativo atribuído “o pe legis”.

⁸⁸ Acessado em 11/11/2015 em www.anadep.org.br. P.133

assistência judiciária à parte. Ainda do total, em quinze instituições possui um procedimento/processo de acompanhamento do caso na Defensoria Pública.

Considere-se ainda que o cidadão da classe média, não raro, paga pensão alimentícia para um ou mais filhos incapazes; ou detém passivo decorrente de financiamento habitacional com a perspectiva futura de livrar-se do aluguel; ou paga mensalidade escolar para filho incapaz, o que compromete eventual ativo financeiro para ajuizar ação judicial mediante pagamento de custas e honorários de advogados, ou mesmo para defender-se de eventual ação. Essas e outras situações culminam por gerar o interesse da classe média pelos serviços da Defensoria Pública.

Sem embargo dessa situação, note-se que no Distrito Federal o impasse plasmou-se em uma ação civil pública⁸⁹ ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil que questionou os limites de atendimento da Defensoria Pública do Distrito Federal. A questão é um paradoxo: observa-se no Brasil de hoje um crescente número de bacharéis que não conseguem passar no exame da Ordem dos Advogados do Brasil e ficam em um limbo profissional.

Há ainda uma tensão entre o crescente número de Advogados para um mercado de trabalho restrito e uma classe média muitas vezes endividada, que busca o atendimento da Defensoria Pública, sendo comumente indeferido pelo Defensor Público gerando insatisfações.

A medida é impopular com esse público, mas é a que melhor se coaduna com a atual ordem jurídica e constitucional em vigor, haja vista que ainda há poucos Defensores Públicos e “os mais pobres continuam excluídos da ordem jurídica”, consoante Cláudio Pereira de Souza Neto⁹⁰.

Somente “de lege ferenda”, através de eventual Emenda Constitucional, ou do hipotético advento de uma nova ordem constitucional, é que seria possível que a Defensoria Pública pudesse patrocinar interesses da classe média. Ainda existe um fosso na classe baixa da sociedade a ser reduzido até que se consiga chegar na classe média. Um patamar mais alto ou critérios mais flexíveis do teto de atendimento pela Defensoria Pública, no entanto, pode ser progressivamente constituído a partir do paulatino aprimoramento institucional da Defensoria Pública.

⁸⁹Defensoria do DF atualiza critérios para uso da advocacia pública publicado em 08/10/2015, no website: www.conjur.com.br

⁹⁰ NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. P.533

Crítica do acesso à justiça feita por Cláudio Pereira de Souza Neto⁹¹, embora restrita à cidade de São Paulo entre os anos de 1997 e 2004, permanece atual:

Descreve que em pesquisa que examinou todas as ações ajuizadas entre 1997 e 2004, verificou-se que, em 67,7% dos casos, os autores eram representados por advogados particulares – o que sugere a possibilidade de arcarem com os custos do processo, nada obstante, em 23,8% possuísem apoio de associações. Essa Conclusão também é confirmada em pesquisa relativa ao ano de 2005, embora restrita à cidade de São Paulo. Em 54% dos casos, a parte autora estava representada por advogado privado (50,8%, por advogados particulares e 3,2% por advogados de e associações) ao passo que 46%, por advogados públicos (37,1 pela Procuradoria Geral do Estado, e 8,9 %, pelo Ministério Público). Esta última pesquisa revela um dado ainda mais expressivo: 63% das ações, o requerente residia nas áreas com menor grau de exclusão social do Município de São Paulo. As decisões que beneficiam cidadãos de classe média reduziriam a capacidade do Governo de prover os mesmos serviços para os cidadãos mais pobres. Na prática, tais decisões propiciariam concentração de renda.

A questão atualmente tem sido colocada sob perspectiva. Quando o cidadão não se enquadrar no perfil de atendimento da Defensoria Pública, o Defensor Público tem o dever legal de indeferir fundamentadamente o pedido⁹², submetendo o seu entendimento ao Defensor Público Geral⁹³, que poderá ou não revisar o ato, designando, naquela hipótese, caso outro membro da Defensoria Pública para fazê-lo⁹⁴, resguardando a autonomia funcional do Defensor que indeferiu o pedido. Entretanto, a classe média muitas vezes teria que contrair dívidas para pagar advogado e não acha “justo” que a Defensoria Pública não esteja à sua disposição.

De ver-se que o problema é muito mais complexo do que “a priori” se supõe, devendo ser colocado sob perspectiva. Cada região do país tem uma realidade econômica, social, cultural e educacional próprias. É cediço que não se pode equiparar para fins de atendimento pela Defensoria Pública os indicadores sociais e econômicos de São Paulo, estado mais industrializado do sudoeste do país, com o do estado do Piauí, estado pouco industrializado do nordeste do Brasil.

⁹¹ NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. P.534

⁹² O deferimento e o indeferimento abusivos, podem ensejar processo administrativo e responsabilidade disciplinar, nos termos da lei complementar 80, com alteração da lei complementar 132 de 2009.

⁹³ Conforme lei complementar 80, com alteração dada pela lei complementar 132 de 2009.

⁹⁴ Conforme lei complementar 80, com alteração determinada pela lei complementar 132 de 2009.

As desigualdades são muitas e de ordem complexa. Uma só unidade da federação, como Minas Gerais, detém uma realidade no sul do país bem mais desenvolvida que outra região, a do Vale do Jequitinhonha, de baixo índice de desenvolvimento humano.

Tome-se ainda o exemplo do Distrito Federal. O cidadão que mora na cidade-satélite de Ceilândia não tem o mesmo perfil econômico e social do cidadão que mora no Plano Piloto. Esses aspectos demonstram a inadequação de um tratamento homogêneo hipoteticamente fixado em lei nacional.

A disciplina normativa do teto de atendimento da Defensoria Pública dificilmente poderia ser feita mediante uma lei nacional, caso consideradas as singularidades sociais, educacionais, culturais e econômicas de cada uma das regiões do país. Assim sendo, o tratamento homogêneo seria mais maléfico do que benéfico, dadas as complexidades inerentes a um país de dimensões continentais com uma sociedade complexa e plural como a brasileira.

Outra questão que se coloca em face do escasso número de Defensores Públicos em relação à demanda, é o que versa sobre os critérios de lotação. Não raro, ajuíza-se ação civil pública⁹⁵ com o fim de ver o judiciário determinando a lotação de Defensor Público em determinada localidade.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu⁹⁶ a repercussão geral da matéria, quanto a decidir se o Poder Judiciário pode determinar à administração pública que preencha cargo de Defensor Público em localidades desamparadas. O recurso de autoria do Ministério Público do Estado Ceará tenta derrubar a decisão do Tribunal de Justiça⁹⁷ do Estado do mesmo Estado, que entendeu haver medidas alternativas para suprir a carência, não cabendo ao Judiciário criar esse tipo de obrigação.

⁹⁵ Vide ação civil pública nos autos número 2009.33.01.000479-1, informação site: www.prba.mp.br em 22 de maio de 2009. Ação civil pública que argui a falta de Defensor Público em região pobre e violação de direitos humanos por falta de Defensor Público no sul da Bahia.

⁹⁶ Recurso Extraordinário 887671, Relator Ministro Marco Aurélio, votou pela repercussão-Geral da matéria.

⁹⁷ Em primeira instância, a Justiça cearense acolheu ação civil pública ajuizada pelo MP-CE para determinar ao estado a obrigação de prover imediatamente o cargo de defensor público na Comarca de Jati, seja pela convocação de candidatos aprovados, remanescentes do último concurso, ou mediante designação de defensor lotado em comarca próxima, para exercício temporário pelo menos por um dia da semana. O governo estadual recorreu ao TJ-CE, que reformou a decisão. Segundo o acórdão questionado, obrigar o governo estadual a nomear um defensor público para a localidade violaria o princípio da separação dos poderes e comprometeria a própria autonomia da Defensoria Pública, que, além de independência organizacional, é quem teria a melhor possibilidade de avaliar necessidades administrativas e possibilidades orçamentárias. Consoante matéria publicada no conjur em 02/10/2015 denominada “STF vai julgar se judiciário pode decidir onde Defensor Público deve atuar.” Em www.conjur.com.br

Sem embargo de estudo do IPEA⁹⁸ de 2014 que aponta que das 2.680 comarcas do país, apenas em 754 a Defensoria Pública está presente, o adequado tratamento jurídico relativo à escassez de Defensores Públicos não prescinde de dados de políticas públicas e dos indicadores sociais da região específica.

A ação levada a efeito pelo Ministério Público não se coaduna com as Emendas Constitucionais 45 e 80 que deram a todos os entes da federação a autonomia financeira, administrativa e orçamentária para a Defensoria Pública. Observe-se que o problema em questão já foi objeto de apreciação política do Congresso Nacional através da Emenda Constitucional 80⁹⁹, que previu que no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais.

A causa promovida de forma intuitiva e açodada, divorciada de estudos técnicos de política pública e dos indicadores econômicos e sociais, valendo-se da simples observação empírica de eventual insuficiência ou ausência de Defensores Públicos em determinada jurisdição, é passível de gerar prejuízo ao erário e à sociedade. Não se tem, nesse tipo de demanda judicial, a visão macroscópica do sistema e em razão da violação ao princípio da separação dos poderes e do princípio do orçamento, a tese tem sido rechaçada por parcela da jurisprudência¹⁰⁰.

Duas Emendas Constitucionais foram de fundamental relevo para as Defensorias Públicas: A Emenda Constitucional 45 e a Emenda Constitucional 80. Observe-se que a Emenda Constitucional 80¹⁰¹ estabeleceu que a lotação dos Defensores Públicos ocorrerá “prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.”

⁹⁸ Estudo do IPEA (instituto de pesquisas econômicas) de 2014 aponta para a falta de Defensores Públicos em 72% das comarcas brasileira. III diagnostic da Defensoria Pública do Brasil. Brasília: Anadep.2013.

⁹⁹ Emenda Constitucional 80 inseriu o seguinte mandamento constitucional: “O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.”

¹⁰⁰ Vide acórdão do STJ e TRF-4 e TRF-5: STJ- REsp 1036931 RN 2008/0049208-3 publicado em 10/09/2008; TRF-4: EINF 3191 RS 2006.71.01.003191-7, publicado em 21/06/2012; TRF-5 AC 719720104058302, publicado em 23/07/2013; TJ-RS AC 70055117477, publicado em 06/09/2013. Acessado em www.jusbrasil.com.br

¹⁰¹ Emenda Constitucional 80, conhecida como PEC das comarcas, inseriu o seguinte mandamento constitucional: Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98 :” Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.”

Estabelece-se a necessidade de ponderação de bens e valores em conflito em face, de um lado a violação ao princípio da separação de poderes e à necessidade de dotação orçamentária, e de outro lado a violação do princípio do acesso à justiça e à assistência jurídica integral e gratuita. Deve-se, assim, privilegiar a isonomia em face do adequado fator de discriminação, consoante Celso Antonio Bandeira de Melo¹⁰².

Faz-se necessária a demonstração com base em dados técnicos e fundado em estudo de política pública, acerca da falta de razoabilidade na lotação de Defensores Públicos. Quando essa demonstração é comprovada na ação, observa-se a procedência da pretensão de lotação de Defensores públicos através ação civil pública em alguns acórdãos¹⁰³.

O fator de “discrimen” constitucional, na acepção de Celso Antonio Bandeira de Melo¹⁰⁴, determina a observância do princípio democrático e a adequação constitucional determina a observância especial onde são menores os indicadores de desenvolvimento humano e social com respectivo adensamento populacional, o que deve ser avaliado por criterioso estudo de políticas públicas, voltado à aferição técnica da questão.

A Emenda Constitucional 45 reformou o judiciário, criou o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e deu autonomia financeira e administrativa às Defensoria Públicas dos Estados e iniciativa de suas propostas orçamentárias.

No Distrito Federal o Centro¹⁰⁵ de Assistência Judiciária foi uma instituição pública criada pelo Distrito Federal para atender a população carente, recrutando os seus membros da mesma forma que a Defensoria Pública, ou seja, mediante concurso público de provas e títulos, haja vista que a Defensoria Pública da União apenas proveu cargos de atuação junto à Justiça Federal Comum, Justiça Federal Militar, Justiça Federal Trabalhista e Justiça Federal Eleitoral.

¹⁰² MELO, Celso Antonio Bandeira. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3a ed. São Paulo: Malheiros. p.23

¹⁰³ Vide acórdãos: TJ-PR – 949964502, publicado em 23/10/2012; TJ-MA AC 72402009, publicado em 07/10/2009.

¹⁰⁴ MELO, Celso Antonio Bandeira. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3a ed. São Paulo: Malheiros.

¹⁰⁵ O antigo Ceajur (Centro de Assistência Judiciária) foi criado antes da Constituição Federal de 1988 no Distrito Federal para atender a população de baixa renda na questão do acesso à justiça. A seleção dos então Procuradores de Assistência Judiciária, que apesar do nome tinha a mesma função material de Defensores Públicos, era feita mediante concurso de provas e títulos, incluindo a fase dos exames orais. Após a Emenda Constitucional 80, esses Procuradores tiveram a opção de permanecer na recém criada Defensoria Pública do Distrito Federal ou ser aproveitado nos quadros do Distrito Federal como procuradores de autarquias, o que de fato ocorreu.

A Emenda Constitucional 80/2014¹⁰⁶ conferiu um perfil constitucional inédito à Defensoria Pública ao dispor do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, que todas as unidades jurisdicionais devem dispor de Defensorias Públicas no prazo de oito anos.

Além disso, inseriu a Defensoria Pública em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça¹⁰⁷, separada da Advocacia. Embora o concurso de provas e títulos da Defensoria Pública exija inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, tal condição de ingresso não é necessária para o exercício da função de Defensor Público, que tem capacidade postulatória “*ope legis*”, consoante disposição da lei complementar 80, com alterações da lei complementar 132, que dispõe que a “capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.”

Além disso, inseriu a Defensoria Pública em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada da advocacia; inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a autonomia administrativa e a iniciativa de lei.

A Emenda Constitucional 80 estendeu essa autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e deslocou a competência política para o Distrito Federal organizar a sua Defensoria Pública, não sendo esta mais da atribuição da União.

¹⁰⁶ Convém ressaltar que na redação original da PEC 247/2013, determinava-se somente a aplicação do artigo 93 da CF à Defensoria Pública, de modo que a instituição teria apenas a iniciativa de lei sobre o seu estatuto jurídico, tal como o STF tem a iniciativa de lei a respeito do Estatuto da Magistratura. Foi apenas com a apresentação (e aprovação) de parecer redigido pela Comissão Especial constituída para analisar a PEC 243/2014 que um substituto se sobrepôs à proposta original, determinando, portanto, que também fosse aplicado à Defensoria Pública o artigo 96, II, já que, conforme anotou o relator, “as modificações propostas [pelo projeto original], ainda que signifiquem notável avanço, não garantem à Defensoria Pública a iniciativa de lei naquilo que concerne diretamente à sua organização e funcionamento, como a criação e a extinção de seus cargos e dos serviços auxiliares. Dispôs no art.134, parágrafo 4º, da CF, será aplicado à Defensoria Pública o disposto no artigo 93 e no artigo 96, II, ambos da CF, que integram o estatuto jurídico da magistratura e estabelecem, respectivamente, que compete ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de lei complementar sobre o Estatuto da Magistratura, e que compete ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa de lei sobre alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; a criação ou extinção dos tribunais inferiores; e a alteração da organização e da divisão judiciárias. f. Parecer da Comissão Especial destinada a analisar a PEC 247/2013, Disponível em: www.camara.gov.br. Acessado no dia 29/09/2015.

¹⁰⁷ Nos termos do art. 134 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 80: 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.”

No formato constitucional atual, pós Emendas Constitucionais 45 e 80, as Defensorias Públicas não são mais instituições pertencentes ao poder executivo, haja vista que detém autonomia administrativa e financeira, além de uma iniciativa de lei. A medida impôs-se para a garantia dos cidadãos que são alvo dos serviços da Defensoria Pública, que por vezes tem que agir contra os interesses do próprio Estado.

Embora guerreada pelo governo através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Daniel Sarmiento¹⁰⁸ propugna, em parecer técnico-jurídico, pela constitucionalidade da Emenda Constitucional 80 que confere autonomia administrativa e iniciativa legislativa para a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, cujo escopo seja tratar de temas afetos à organização da Defensoria Pública, sendo esta um requisito indispensável para assegurar a autonomia da instituição.

Assim sendo, o índice de desenvolvimento social e econômico da região deve ser inversamente proporcional à prioridade de lotação de Defensores Públicos em uma determinada jurisdição, pois a instituição tem por vocação a inclusão social e a redução das desigualdades.

A pedra de toque da discussão que se segue versa sobre as obstruções ao acesso à justiça. Parcela da doutrina marxista argumenta que o problema da desigualdade é insolúvel como subproduto da econômica capitalista, precarizadora das relações entre o capital e o trabalho, ou seja, as forças de trabalho e os detentores dos meios de produção. “O direito servirá como extraordinário cosmético para disfarçar a exploração”, consoante narra Clóvis de Barros Filho¹⁰⁹ sobre a ideologia de “O Capital”.

Tal argumento é falacioso na medida em que utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres, consoante o posicionamento crítico de Cláudio Pereira de Souza Neto¹¹⁰. E pontua uma solução viabilizadora: “A solução é aumentar o acesso à justiça ao pobre, é melhorar a Defensoria Pública e o Ministério Público e fomentar a advocacia que representa a sociedade civil organizada”.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Parecer: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União, p. 39-40. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Anexos_pdfs/Parecer_ANADEF_Daniel_Sarmiento_1.pdf. Acessado no dia 05/10/2015.

¹⁰⁹ “O direito do trabalho, por exemplo, será apresentado como um conjunto de garantias que permitiram ao trabalhador melhores condições, mas este direito tem uma função desarticuladora do processo revolucionário. Os direitos trabalhistas, enquanto apaziguadores de ânimos, funcionam também para articular os movimentos realmente revolucionários de reversão de todo o processo de aniquilamento de todo o capitalismo, em nome de novas relações concretas de produção.” FILHO, Clóvis de Barros; Daineze, Gustavo Fernandes. Devaneios sobre a atualidade do capital. Porto Alegre:CDG,2014. P. 49-50.

¹¹⁰ NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. P.534.

A compreensão do atual modelo de Defensoria Pública brasileira, nesse diapasão, não prescinde da análise do modelo de assistência judiciária anterior à Constituição Federal de 1988. A questão do acesso à justiça ganha relevo em um cenário de crise econômica, política e social, haja vista que a faixa da população mais pobre é a que mais sofre nos momentos de desemprego econômico, redução do dinheiro circulando e de oportunidades de emprego.

Nessa perspectiva não há momento mais oportuno para tratar das causas primárias da necessidade de uma Defensoria Pública, instituição que presta assistência jurídica a quem não possui meios para custear o pagamento de advogado privado e outros vulneráveis. É o que se fará no tópico que se segue.

2.2 Defensoria Pública por que?

Uma máquina crítica, uma máquina que recoloca em questão certas relações de poder, máquina que tem, ou pelo menos deveria ter, uma função libertadora. Na medida em que passamos a atribuir à poesia uma função libertadora, diria não que a arqueologia é, mas que eu desejaria que ela fosse poética. (Michel Foucault)

A necessidade de uma “arqueologia da máquina”, a Defensoria Pública, decorre da necessidade de entender o passado¹¹¹ da prestação judiciária brasileira para compreender o presente, como uma fusão de horizontes que facilita o esforço de sistematização do intérprete, e de forma similar, melhor planejar o crescimento futuro da instituição.

Cumprir neste momento da pesquisa uma digressão histórica do modelo de assistência jurídica no Brasil desde o século XX com o objetivo de que se compreenda de que estado de coisas o país partiu até chegar ao modelo atual de Defensoria Pública. Em paralelo, far-se-á um passeio acerca dos principais marcos jurídicos e da sua evolução histórica, como condição de possibilidade para compreensão da Defensoria Pública, como política pública de acesso à ordem jurídica, pós constituição vigente.

¹¹¹ Com relação ao passado, optou-se pelo recorte histórico a partir do século XX na pesquisa, o que se mostra adequado ao fim proposto, que é o de dar uma visão panorâmica do que houve de mais relevante no cenário de prestação judiciária brasileira, anterior à constituição de 1988.

Essa constante mediação temporal do passado e do presente está na raiz da ideia gadameriana de uma fusão de horizontes, consoante Jean Grondin¹¹², que ressalta, nesse diapasão que “entender o passado não é sair do horizonte do presente, e de seus prejuízos, para se transpor para o horizonte do passado. É, na realidade, traduzir o passado na linguagem do presente, onde se fundem os horizontes do passado e do presente”.

Necessário, portanto, que o acesso à justiça seja observado desde o paradigma do Estado social de Direito, e sua evolução no paradigma do Estado Democrático de Direito, considere-se os três grandes paradigmas de Estado de Direito e o enfoque do acesso à justiça dado a cada um deles, ou seja, no Estado de Direito liberal, no Estado de Direito Social e no Estado de Direito Democrático.

Observe-se que no paradigma do Estado de Direito liberal não havia a preocupação com a igualdade material, mas apenas com a igualdade formal, razão pela o Estado não oferecia ao cidadão necessitado nenhuma condição de acesso à justiça. No Estado de Direito Liberal o poder político era mínimo e pensado para garantir a liberdade individual dos cidadãos, sem a preocupação com o conceito de igualdade substancial e acesso à justiça no sentido substancial.

Diversos são os pontos de estrangulamento do acesso à justiça que devem ser mitigados. Gregório Assagra¹¹³ identifica alguns desses pontos, tais como, altas custas processuais; morosidade da Justiça; despreparo dos operadores do direito; desconhecimento dos direitos por parte dos consumidores da prestação jurisdicional; receio dos jurisdicionados de enfrentar a burocrática, dispendiosa e intimidadora máquina judiciária; complexidade do instrumento processual; excesso de formalismo do instrumento judicial; formação liberal individualista do profissional do direito; neutralidade ideológica dos magistrados decorrente da formação positivista; e falta de conduta ética de grande parte dos profissionais do direito e até mesmo dos auxiliares da justiça.

A concepção do princípio da igualdade varia portanto, conforme o paradigma do Estado de Direito em que se inscreva. No Estado de Direito liberal a igualdade era pensada sob o aspecto formal. No Estado de Direito social, por outro lado a igualdade formal sofre crítica contundente na medida em que essa igualdade entre pessoas substancialmente desiguais tornava o fosso de diferenças entre eles ainda maior.

¹¹² “Desse modo, a fusão é tão bem sucedida que não se consegue mais distinguir o que provém do passado, nem o que resulta do presente, de onde a ideia de “fusão”. Mas essa fusão do presente e do passado também é, mais fundamentalmente, a do intérprete com aquilo que ele entende.” GRONDIN, Jean. Trad. MARCIONILO, Marcos. *Hermenêutica*. São Paulo. Parábola editorial.2012. p. 73.

¹¹³ ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito Processual Coletivo, Um novo ramo do Direito Processual*. Ed Saraiva. São Paulo. 2003. P. 61

A desigualdade é diferenciação entre termos comparados, “podendo expressar-se pelo déficit ou pelo superávit no termo de comparação, ainda que em outro elemento possa ter equivalência”, consoante Jefferson Carús Guedes.¹¹⁴

Podendo ser fática ou jurídica, salienta Jefferson Carus Guedes¹¹⁵ que a desigualdade “pode ser fática mas desconsiderada pela lei e pelo direito, deixando de ser jurídica, portanto. Diz-se jurídica a desigualdade que recebe atenção ou consideração do direito, que é identificada pela norma jurídica ou que é observada e merece correção.”

A igualdade e a desigualdade são temas inseparáveis do debate sobre o direito e sobre a aplicação das leis não prescindindo “para que se completem as funções do direito” sua compreensão discursiva e, especialmente linguística, consoante Jefferson Carús Guedes¹¹⁶, para quem a delimitação conceitual da desigualdade “não é possível a partir das denominações encontradas na lei, dada a polissemia e a imprecisão do uso de expressões equivalentes como diferentes e que pode ser vista na comparação entre tais termos”.

Necessário portanto, que o acesso à justiça seja observado no paradigma do Estado social de Direito e sua evolução no paradigma do Estado Democrático de Direito. Observe-se que no paradigma do Estado liberal de Direito não havia a preocupação com a igualdade material, mas apenas com a igualdade formal, razão pela qual o Estado não oferecia ao cidadão necessitado, nenhuma condição material de acesso à justiça.

O marco zero jurídico da Defensoria Pública foi a Constituição Federal de 1988. Antes porém, na Constituição federal de 1934 houve a primeira previsão constitucional de assistência judiciária. Nesse estágio civilizatório, a assistência judiciária não era ainda um direito legítimo do cidadão, mas um “benefício” típico do paradigma do Estado de Direito social. A Convenção Americana de Direitos Humanos trata da garantia da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

A expressão assistência jurídica, como se sabe, não se confunde com assistência judiciária. A Defensoria Pública nasce com o objetivo constitucional de proporcionar assistência jurídica integral e gratuita, diferentemente da assistência judiciária, prevista na constituição federal de 1934.

¹¹⁴ GUEDES, Jefferson Carús. Dimensões linguísticas da Desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno. Revista Brasileira de Políticas Públicas. ISSN 2236-1677. P.60.

¹¹⁵ Ibidem, P.60.

¹¹⁶ “No que toca à desigualdade, por não haver na legislação uma mínima uniformidade linguística que identifique, classifique ou unifique as diferentes denominações atribuídas aos fenômenos fáticos apreendidos pelo direito, deve-se ao menos reuni-los para exame posterior.” Ibidem, P.59

Não se pode olvidar nessa linha, as três grandes ondas renovatórias de acesso à justiça. O movimento mundial¹¹⁷ de acesso à justiça conduziu a três grandes ondas, denominadas por Mauro Cappelletti¹¹⁸ por ondas renovatórias do acesso à justiça, sendo que a primeira grande onda renovatória foi a “assistência judiciária para os pobres”. Refere-se aos seguintes sistemas: sistema *judicare*; O advogado remunerado pelos cofres públicos; modelos combinados.¹¹⁹

“O segundo grande movimento mundial de acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”, consoante Mauro Cappelletti¹²⁰, modificando muitas noções tais como a noção de “coisa julgada”, a “citação”, “o direito de ser ouvido”, transformando, por assim dizer, o papel do juiz, uma vez que nem todos os titulares dos direitos difusos podem comparecer a juízo. Dessa forma, interesses difusos dos pobres, mas também do público em geral vão sendo representados em juízo.

Interesses antes desabrigados vão paulatinamente sendo protegidos através de seguidas reformas. O progresso na obtenção de reformas de assistência jurídica e da busca de mecanismos para representação de interesses “públicos” foi essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça, consoante Mauro Cappelletti¹²¹.

Segundo Mauro Cappelletti¹²², os programas de assistência judiciária foram finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. Tem havido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradicionais quanto novos, dos menos privilegiados. Anota Gregório Assagra¹²³ que “em sequência mais ou menos cronológica, esses movimentos tiveram início em 1965”.

A primeira grande onda de acesso à justiça foi a assistência judiciária aos necessitados. “O enfoque do acesso à justiça tem uma vasta gama de implicações,

¹¹⁷ Anota Cappelletti que “a maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado sistema *judicare*.” CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.p. 35

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.p. 31

¹¹⁹ Acerca dos modelos combinados recomenda-se a leitura da tese de doutorado de Cléber Francisco Alves em que o autor faz um profundo estudo comparado dos modelos dos Estados Unidos, da França e do Brasil. In: ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à Justiça*. Tese de Doutorado. In: www.dominiopublico.gov.br dezembro de 2005. Acessado em 29 de agosto de 2015. p. 265.

¹²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.p. 50.

¹²¹ *Ibidem*, p. 67.

¹²² *Ibidem*. P. 67.

¹²³ ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito Processual Coletivo, Um novo ramo do Direito Processual*. Ed Saraiva. São Paulo. 2003. P. 64.

demandando o ‘estudo crítico de todo o aparelho judicial’, consoante expôs Mauro Cappelletti¹²⁴. Segundo ele, a segunda grande onda mundial de acesso à justiça se configurou por reformas que objetivavam proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, principalmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor e tutela em juízo dos direitos e interesses coletivos em sentido amplo.

No sistema “judicare”¹²⁵ tem-se a finalidade de proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar advogado. Ressalta Cappelletti que “a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado.”

No sistema do Advogado remunerado pelos cofres públicos, discorre Cappelletti¹²⁶, “os serviços jurídicos deveriam ser prestados por escritórios de vizinhança, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses do pobres, enquanto classe”.

O reconhecimento acerca da importância dessas reformas não impede de conhecer os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados, o que é horizonte assaz limitado, conforme reconhece Mauro Cappelletti¹²⁷, por demandar imenso sacrifício de tempo, dinheiro e talento. “A finalidade não é fazer uma justiça mais pobre, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres.”

Essa pesquisa, no entanto, trata dos ganhos possibilitados às partes e ao próprio sistema na postura resolutiva de conflitos, antes mesmo do ajuizamento de ação na justiça. No Brasil, a trajetória da assistência judiciária tem início com a assistência judiciária gratuita na Constituição Federal¹²⁸ de 1934, que trazia uma previsão à um só tempo de “assistência

¹²⁴ Ibidem, p. 75

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.p. 31

¹²⁶ Ibidem, p. 40.

¹²⁷ “Esse belo sistema é frequentemente um luxo; ele tende a proporcionar alta qualidade de justiça apenas quando, por uma ou outra razão, as partes podem ultrapassar as barreiras substanciais que ele ergue à maior parte das pessoas e a muitos tipos de causas. A abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários. O risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido. E se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior beleza – ou muito melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente.” CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.p. 165.

¹²⁸ art. 113, XXXII: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”

gratuita” e de “assistência judiciária” que não se confundem¹²⁹. Também Pontes de Miranda¹³⁰ ensinava que a “assistência judiciária e benefício da assistência gratuita não são a mesma coisa.”

O modelo dos serviços de “assistência judiciária” tinha um caráter paternalista e priorizava atendimentos em determinadas áreas judiciárias, dando-se a partir do ingresso da ação em juízo, ou seja, sem o atendimento extrajudicial. Não privilegiava o espaço extrajudicial de resolução de conflitos, previamente ao ajuizamento judicial, nem a resolução administrativa do interesse jurídico demandado. Considere-se também que esse modelo vigia no paradigma do Estado de Direito Social.

Se o acesso à justiça não se identifica tão somente com o acesso formal do ingresso em juízo, mas ao acesso qualificado à uma ordem jurídica justa, o acesso à ordem jurídica pode se dar, inclusive, sem ingresso em juízo, de forma preventiva ou através de medidas administrativas.

Conforme esclarece Carlos Weiss¹³¹, o amplo leque da assistência jurídica conferida pela Constituição Federal de 1988 à Defensoria Pública, acabou com o caráter assistencialista e restrito ao serviço público da assistência judiciária. “No paradigma do Estado Democrático de Direito o acesso à justiça não é um “benefício” de caris paternalista, mas um direito legítimo do cidadão.”

O modelo de assistência judiciária era obsoleto porque não tinha por escopo a assistência jurídica integral e gratuita, ou seja, não se comprometia com a assistência, orientação e patrocínio da causa por um profissional habilitado, em todas as instâncias judiciais e administrativas, inclusive a atos extrajudiciais. Nesse passo, a Defensoria Pública

¹²⁹ A lei 1060/50 também utiliza a expressão “gratuidade da justiça” como sinônima de “assistência jurídica”. Com efeito, no art. 3º da citada lei, dispõe que as isenções são compreendidas pela “assistência judiciária”, mas que se trata apenas de gratuidade judiciária. Por outra via, o art. 1º utiliza a expressão “assistência judiciária” no sentido do serviço prestado por profissional habilitado para defesa dos interesses do cidadão. Além disso, observa-se que a lei complementar 80/94 afirma ser da incumbência do Defensor Público pleitear, no uso de suas atribuições legais, a concessão de gratuidade de justiça, razão pela qual ela não é automática, ainda que a causa seja patrocinada pela Defensoria Pública, conforme art. 18,II e art. 64,II da lei complementar 80/94.

¹³⁰ “O benefício da justiça gratuita é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É um instituto de direito administrativo.”MIRANDA, Pontes de. Comentários à constituição de 1967: com a emenda I, de 1969. 2ª Ed. São Paulo. RT.1971.Tomo V.p.383.

¹³¹ “Ensina que ao criar uma nova instituição jurídica, a Constituição atribui-lhe a função de concorrer para o acesso à justiça social, especialmente no que diz respeito à orientação jurídica da população, algo inalcançável pela advocacia privada, seja em razão de sua estrutura pulverizada, seja pela natural finalidade lucrativa que envolve a atividade do profissional liberal.” WEISS, Carlos. Direitos Humanos e Defensoria Pública. Boletim IBCCrim, ano 10, número 115. jun/2002.p.6

tem a atribuição também de prestar educação e conscientização em direitos, tanto em âmbito individual, quanto em âmbito coletivo.

O denominado “benefício da assistência judiciária gratuita” não se trata de “benefício¹³²”, entendido como um favor legal, mas de um direito subjetivo público do cidadão, portanto de um dever do Estado. Consoante Cleber Francisco Alves¹³³, “trata-se de um dever-função que costuma ser denominado de “função protetiva do Estado”. E prossegue, “tratando-se de dever estatal, seu adimplemento não se configura um mero “benefício”, mas um verdadeiro “direito subjetivo público” de que é titular o cidadão.”

A primeira disciplina legal da gratuidade da justiça¹³⁴ passou a vigor com o advento da lei federal 1.060/50¹³⁵. Entende Rogério Nunes de Oliveira¹³⁶ que a gratuidade é definida como “a isenção total, parcial ou diferida, do pagamento das despesas necessárias à realização de um direito subjetivo ou de uma faculdade jurídica, tanto no plano judicial quanto no extrajudicial, conferida a pessoa carente de recursos econômico-financeiros”.

A lei 1060/50¹³⁷, tal como promulgada em sua origem, ainda continha diversas limitações, cujos obstáculos ao acesso à gratuidade da justiça tiveram que ser removidos ao longo da história do país, através de diversas alterações legais¹³⁸ que foram se fazendo necessárias.

Atualmente, a matéria sofrerá nova alteração, com o advento do novo Código¹³⁹ de Processo Civil de 2015, cuja vigência dar-se-á em março¹⁴⁰ de 2016. O conflito de leis no

¹³² Consoante entendia Pontes de Miranda. MIRANDA, Pontes de. Comentários à constituição de 1967: com a emenda I, de 1969. 2ª Ed. São Paulo. RT.1971.Tomo V.p383.

¹³³ ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à Justiça. Tese de Doutorado. In: www.dominiopublico.gov.br dezembro de 2005. Acessado em 29 de agosto de 2015. p. 265.

¹³⁴ Consoante Augusto Tavares Marcacini “a gratuidade da justiça, também conhecida como justiça gratuita ou gratuidade judiciária abrange a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relacionados aos atos processuais necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário.” In: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro. Forense. 1996. P.32.

¹³⁵ A lei federal 1060/50 foi derogada pelo novo código de processo civil.

¹³⁶ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. Assistência jurídica gratuita. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.p.101.

¹³⁷ A lei 1060/50 usa a locução “benefício da justiça gratuita”, como era no revogado Código de Processo Civil de 1939, que tinha um capítulo para a matéria. O Código de Processo Civil de 1973 absteve-se de ter um capítulo do “benefício da justiça gratuita”, o que somente com o atual Código de Processo Civil de 2016, ocorrerá novamente.

¹³⁸ Alterada pelas leis: 6014/73;6465/77;6654/79; 7288/84; 7510/86;7871/89;10317/2001.

¹³⁹ Com o novo código de processo civil¹³⁹, em seu artigo 1072, III, haverá a derrogação dos artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da lei 1060/50, bem como nova regulação da matéria relativas à gratuidade da justiça nos artigos 98 a 102.

¹⁴⁰ Lei 13.105/15 publicada oficialmente em 16 de março de 2015 e vigência determinada para 16 de março de 2016, conforme o art. 1045.

tempo, todavia, será regido pelo princípio “tempus regit actum”, haja vista que se trata de norma processual pura.

O terceiro grande movimento mundial de acesso à justiça compreende “um novo enfoque do acesso à justiça” conforme Mauro Cappelletti¹⁴¹, incluindo as duas ondas renovatórias anteriores, porém indo além, pois representaria “uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

O novo enfoque de acesso à justiça, consoante salienta Cappelletti, tem alcance muito mais amplo. O método dessa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia judicial e extrajudicial, mas vai além. Denomina Cappelletti¹⁴² de novo “enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência e seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades de melhorar o acesso.

Quanto ao “modo de ser do processo”, Cândido Dinamarco¹⁴³ sintetiza como a necessidade de ter-se um processo com feição humana. Entra aqui o valor dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo, para que prevaleçam o contraditório efetivo e a igualdade das partes; não só a participação destas é vital, como a real participação do juiz interessado no correto exercício da jurisdição.

O direito ao efetivo acesso à justiça é um direito fundamental, embora haja divergência quanto à geração, pois parte da doutrina capitaneada por Mauro Cappelletti¹⁴⁴ o considere como um direito social básico, ao passo que outra corrente capitaneada por Angelita Maria Maders¹⁴⁵ o considere como direito civil de primeira geração.

Não havia, portanto, o atendimento jurídico integral e gratuito, consoante determina a Constituição federal de 1988. Observe-se que o termo jurídico é mais amplo do que o termo “judiciário, eis que envolve instancias administrativa e mesmo a resolução extrajudicial dos conflitos.”

A passagem do obsoleto paradigma¹⁴⁶ da assistência judiciária para o atual modelo de Defensoria Pública veio com o advento do Estado Democrático de Direito na Constituição

¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.p. 31

¹⁴² Ibidem.p. 69.

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 378.

¹⁴⁴ Ibidem.p. 15

¹⁴⁵ ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à Justiça. Tese de Doutorado. In: www.dominiopublico.gov.br dezembro de 2005. Acessado em 29 de agosto de 2015. P. 36

¹⁴⁶ “O conceito de paradigma vem da Filosofia da Ciência de Thomas Khun. Significa os aspectos centrais dos esquemas gerais de pré-compreensão e visões de mundo condicionando o agir humano e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.” NICOLA, Abbagnano. Dicionário de filosofia. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006.

Federal de 1988, implicou em uma revolução institucional radical, que corresponde a diferentes perspectivas da relação entre Estado/Sociedade, em relação ao modelo liberal e o modelo social de estado.

O modelo de acesso à justiça está interligado ao desenvolvimento histórico dos modelos de Estado de Direito. No Estado Liberal tinha-se um modelo de assistência jurídica diverso do Estado Social, que por sua vez era diverso do atual modelo do Estado Democrático de Direito.

Após as históricas Revoluções americana e francesa contra o arbítrio do Poder absoluto dos monarcas, sucedeu o Estado de Direito Clássico ou liberal, com a sua ideologia absenteísta característica do “*État Gendarme*” e seu descaso com os problemas sociais, consoante Gilmar Ferreira Mendes¹⁴⁷, pois o ideal era o de “não intervir nas liberdades individuais do homem, individualmente considerado”.

A propriedade privada foi alçada à categoria de direito absoluto e o acesso aos órgãos do Poder judiciário eram para os cidadãos que podiam arcar com as despesas decorrentes do processo. Portanto, a justiça era caracteristicamente elitista. O Estado de Direito liberal, consoante Marcelo Campos Galupo¹⁴⁸, impunha um projeto hegemônico daqueles que controlam o poder. Por isso o direito de greve e o direito sindical não eram tolerados.

No Estado de Direito liberal¹⁴⁹, como observa Daniel Sarmento, não havia ainda a preocupação com problemas decorrentes da falta de igualdade no sentido material. Portanto, a igualdade jurídica era apenas formal. Havia uma crença disseminada na legitimidade dos parlamentos para a criação do Direito e na ilegitimidade dos juízes para a mesma tarefa. Na

Para Thomas Kuhn: “um dos sentidos de paradigmas é o que denota as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. A atividade científica sempre tem como pré-requisito uma fase instável que denomina período pré-científico. Neste período específico, há múltiplos desacordos entre grupos que competem sobre a definição legítima da atividade científica, defendendo cada qual um paradigma específico, denominado, incomensurabilidade do paradigma.” KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7 ed. São Paulo: editor Perspectiva. 2003. Tal período, transposto para as políticas públicas pode ser denominado fase pré política pública para um mais racional sistema de acesso à ordem jurídica justa, na qual corresponde uma maturação progressiva e conjunta de estruturas cognitivas do universo normativo e do sistema de atores com capacidade global de decisão em material de acesso à justiça.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. Saraiva, 2007. P. 223.

¹⁴⁸ “pressupunha uma forma de organização social baseada no consenso radical e homogêneo entre os indivíduos que o compunham, confirmando como irrelevante o dissenso, e impondo um único projeto, a saber, o projeto hegemônico daqueles que controlam o poder central. GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo horizonte: Ed. Del Rey. 2001. P. 53/54.

¹⁴⁹ SAMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: *A Constitucionalização do Direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris. 2007. p.117.

ideologia do “laissez-faire” o Estado não deveria intervir na esfera social, cabendo-lhe apenas proteger a propriedade e a segurança interna e externa do cidadão.

Se o protagonista no Estado de Direito liberal era o Poder Legislativo, no Estado de Direito Social era o executivo e a preocupação com a desigualdade social inexistente no primeiro, passou a ser colocada na ordem do dia, conforme anota Daniel Sarmiento.¹⁵⁰ Por conseguinte, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais e a preocupação com uma justiça acessível para os pobres, não apenas a justiça criminal em que eles normalmente sentavam nos bancos dos réus, começou a ser implementada em seus rudimentos.

Neste Estado de Direito Social as liberdades públicas não prescindiam do dever de fazer por parte do estado, como condição “sine qua non” para implementação dos anseios sociais, propiciando condições de bem estar efetivo à população, tais como previdência social, direitos trabalhistas, educação e saúde para a população, etc.

O Estado de Direito social veicula os chamados “direitos originários à prestação”, consoante Gilmar Mendes¹⁵¹, ou seja, prestação material com o escopo de “atenuar as desigualdades fáticas de oportunidades.” Nada obstante a preocupação com a desigualdade social do Estado de Direito Social, este não considerava o dissenso e o pluralismo político como qualidades apreciáveis pela instâncias políticas e nesse ponto, o Estado Democrático de Direito vai além.

Conforme salienta Marcelo Campos Galupo¹⁵², o Estado de Direito Social pressupunha que se, materialmente, existiam conflitos entre os projetos dos vários grupos sociais, “era possível eliminar juridicamente esses conflitos, impondo-se um projeto ‘alternativo’ e ‘arbitrário’ que corrigisse as distorções produzidas pelo Poder econômico e se anulasse o conflito”.

O acesso à justiça no Brasil até a década de cinquenta era extremamente precário, seletivo e desigual. Até os anos de 1934 não havia previsão constitucional para a justiça

¹⁵⁰ “Se no Estado de Direito liberal ou clássico havia um notório protagonismo do Poder Legislativo e a tônica nas liberdades do cidadão, um “não fazer” do estado e uma igualdade simplesmente formal, no Estado de Direito social esse protagonismo passou a ser exercido pelo Poder Executivo, e a tônica passou a ser a concretização do princípio da igualdade material, através de mais amplas políticas públicas.” SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: A Constitucionalização do Direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007.p. 87.

¹⁵¹ “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.” *Ibidem*, p.250; 227.

¹⁵² “Ao contrário, o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem se interferir na própria auto-identidade de uma determinada sociedade.” GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo horizonte: Ed. Del Rey. 2001. P. 54-55.

gratuita e até 1950 para qualquer cidadão ajuizar ação na justiça, além de ter que contratar advogado, era necessária que arcasse com todos os custos relacionadas às despesas processuais, culminado por produzir um sistema de justiça radicalmente desigual, seletivo, patrimonialista e voltada para os interesses dos detentores de capital.

O Estado Social emerge, consoante observa Sarmiento,¹⁵³ como a necessidade do Estado ser mais ativo na implementação de políticas públicas positivas tais como, direito previdenciário, direito do trabalho, gerando na medida da disponibilidade financeira, o “welfare state”. Como forma de acesso à ordem jurídica justa surgem as primeiras medidas de acesso à justiça, como direito-garantia de todos e dever do Estado, igualando-se em importância aos direitos à vida, saúde, liberdade, igualdade, etc.

No Estado Democrático de Direito não desaparecem as características referentes aos anteriores modelos de Estado de Direito, tanto o liberal quanto o social, mas há um “plus” normativo de promoção do princípio democrático no sentido material, aos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana que interagem. Consoante Gilmar Ferreira Mendes¹⁵⁴ “a visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade.”

No paradigma do Estado Democrático de Direito “ao Estado incumbe, não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garanti-los”, inclusive pelo Poder Judiciário, consoante propugna José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵⁵. Nessa senda, ressalta

¹⁵³ “é o mais básico dos Direitos Humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir não apenas proclamar os direitos de todos. Nessa linha de pensamento, é necessário divisar as diferenças conceituais entre assistência judiciária, assistência jurídica e assistência jurídica integral, a fim de não confundir os institutos.”SAMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.”In: A Constitucionalização do Direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Ed. Saraiva, 2007. P. 224.

¹⁵⁵ “A qualificação democrática do Estado de direito não significa que as características tradicionalmente associada a este conceito desapareçam; significa porém que elas tem de ser lidas a uma luz específica e têm de ser unificadas por este critério. Sobretudo ela obriga a ler o Estado de direito no quadro do princípio democrático concretamente configurado na constituição, apontado como está à um horizonte de democracia material, consubstanciada na realização da democracia econômica, social e cultural, na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, mediante entre outras coisas, a socialização dos principais meios de produção. Ao Estado incumbe, não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garanti-los. Daqui resulta o afastamento de uma concepção puramente formal, ou liberal, dos direitos fundamentais, que restringisse às liberdades pessoais, civis e políticas, e que reduzisse estas a meros direitos a simples abstenções de Estado; por outro lado, direitos fundamentais são também os direitos positivos, de caráter econômico, social e cultural, sendo que em relação a muitos deles é sobre o Estado que impende o encargo da sua satisfação.” CANOTILHO, Gomes José Joaquim; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3a ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1993. V.1. p. 73-74.

Daniel Sarmiento¹⁵⁶ que “o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário”.

Assistência jurídica integral não se restringe ao acesso ao aparelho judiciário, mas abrange a defesa administrativa perante órgãos públicos da administração direta e indireta, cartórios extrajudiciais, a consulta e a orientação jurídica extrajudicial e um vasto leque de possibilidades de acordo, inclusive perante a iniciativa privada na defesa dos direitos e interesses dos consumidores, por exemplo. Consoante Araken de Assis¹⁵⁷ compreende, ainda, “a representação em juízo e gratuidade do respectivo processo, custas e despesas judiciais.

Se no Estado de Direito Social o protagonismo era do Poder Executivo, no atual estágio do Estado Democrático de Direito o protagonismo é deslocado para o Poder Judiciário, que em um maior ativismo judicial passa a “judicializar” a política. Há um “plus” normativo de respeito à democracia e aos direitos fundamentais que decorrem da noção de dignidade humana.

Após as considerações do giro hermenêutico da filosofia, a vetusta classificação entre normas de eficácia limitada, contida e plena, no Brasil introduzida por José Afonso da Silva, não tem sustentabilidade, consoante Lenio Streck¹⁵⁸, pois fazer hermenêutica jurídica¹⁵⁹ é fazer a compreensão do sentido do texto, “recuperando-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto, e não a reconstrução do texto advindo de um significante-primordial-fundante”, sem desprezar que o intérprete parte sempre de suas pre-compreensões e essas nunca serão neutralizadas.

O Estado Democrático de Direito, no entanto não pode ser considerado atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas, sim, o resultado da interpretação

¹⁵⁶ SAMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: A Constitucionalização do Direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007. p.118.

¹⁵⁷ “compreende a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; a assistência judiciária compreende o serviço organizado, consistente na defesa em juízo do as sistido que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidade não estatal, conveniada ou não com o poder público; e, finalmente, a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas aos atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, objeto da lei 1.60/50, sucessivamente alterada.” ASSIS, Araken de. Garantia de Acesso à Justiça: benefício da gratuidade, in: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord. TUCCI, José Rogério Cruz. São Paulo: Ed. RT. 1999.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 290.

¹⁵⁹ Fazer hermenêutica jurídica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o texto de soslaio, rompendo-se tanto com uma hermenêutica jurídica tradicional-objetivante como de um subjetivismo advindo do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Com essa nova compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto, e não a reconstrução do texto advindo de um significante-primordial-fundante. Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. Ibidem, p. 290.

compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo.

A “noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais”, consoante Lenio Streck¹⁶⁰ e, por outro lado, temos uma sociedade carente de realização concreta de direitos.

Embora “na visão contemporânea de Estado Democrático de Direito¹⁶¹, democracia e constitucionalismo sejam corretamente vistos como valores complementares e sinérgicos,” observa Daniel Sarmento que é preciso dosar com cuidado os ingredientes desta fórmula. Limitações exageradas ao poder podem asfixiar a soberania popular e comprometer a autonomia política do cidadão, como coautor do seu destino coletivo. Mas também uma “democracia” sem limites tenderia a por em risco os direitos das minorias, além de outros valores essenciais, que são pressupostos para a própria continuidade da empreitada democrática. Teríamos aqui, provavelmente, um projeto “suicida”.

Assim como o princípio do acesso à justiça tem sofrido mutações semânticas ao longo da história, a dimensão semântica do princípio da legalidade tem sofrido mutações na trajetória de evolução do Estado de Direito, consoante aduz Cleber¹⁶² assim como todos os direitos fundamentais.

A trajetória da assistência judiciária no Brasil tem início com a assistência judiciária gratuita na Constituição Federal¹⁶³ de 1934, ao passo que a primeira disciplina legal da gratuidade da justiça passou a vigor com o advento da lei federal 1.060/50¹⁶⁴, que trata das despesas processuais em sentido amplo. Após diversas alterações legais dessa lei, a matéria passará a ser tratada pelo novo Código de Processo Civil.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.47.

¹⁶¹ SAMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *A Constitucionalização do Direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007. P. 126-127.

¹⁶² “A concepção do princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito difere um pouco daquele clássico ponto de vista do Estado de Direito Liberal: a lei não pode ser vista apenas num enfoque estático, de regramento e disciplina destinados a manter o “status quo”. Ela deve exercer também uma função transformadora, influyendo na realidade social. O Estado de Direito apesar de todas as mutações que vem sofrendo em sua trajetória histórica, tem conservado como característica básica a observância do princípio da legalidade, e a supremacia da lei, como garantia máxima de segurança jurídica para todos os cidadãos. Num regime político que se pretenda democrático o processo de produção do Direito, ou seja, de elaboração e aprovação das normas jurídicas, deve cumprir certos requisitos que permitam reconhecer no produto final a expressão concreta da vontade do povo.” ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à Justiça*. Tese de Doutorado. In: www.dominiopublico.gov.br dezembro de 2005. Acessado em 29 de agosto de 2015. P. 38

¹⁶³ art. 113, XXXII: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e sellos.

¹⁶⁴ A lei federal 1060/50 foi derogada pelo novo código de processo civil.

A expansão dos marcos jurídicos tem sido gradualmente ampliado em relação à Defensoria Pública, com o escopo de desobstruir os obstáculos ao acesso à ordem jurídica. As alterações legislativas, no entanto, não são mais importantes do que a mudança cultural interna da instituição. As primeiras comumente impõem uma mudança de fora para dentro da Defensoria Pública, ao passo que a mudança cultural impõe uma alteração de dentro para fora, a partir da ampliação dos próprios repertórios.

No passado, o acesso à justiça foi, basicamente, o acesso ao judiciário. O acesso à justiça para a doutrina contemporânea não se limita mais à um acesso ao judiciário, haja vista que o acesso à ordem jurídica pode dar-se de múltiplas outras formas de forma a desabarrotar a máquina judiciária.

Na expansão dos marcos jurídicos da Defensoria Pública, em todo o amplo seu espectro de atuação, vem ganhando caráter marcante o espaço de resolução de conflitos na esfera administrativa e autocompositiva, tal como a de promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos, conforme o art. 4º, da lei complementar 80, atualizada pela lei complementar 132.

Mais um esforço de desobstruir o judiciário tem-se dado também no enfoque do reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para promover ações coletivas, de forma a evitar a atomização de conflitos que possam ser resolvidos de forma molecular, ou seja, mediante uma só ação de conhecimento, na expansão dos marcos jurídicos a serem analisados no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3- O PRESENTE: CONTEXTUALIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO SISTEMA DE JUSTIÇA ATUAL.

O MARTELO FALA

Assim falou Zaratustra. 3,90.

"Por que tão duro!" -falou ao diamante um dia o carvão: "não somos afinal parentes próximos?"

Por que tão frágeis? Ó meus irmãos, assim vos pergunto: vós não sois afinal - meus irmãos?

Por que tão frágeis, tão prontos a ceder e a amoldar-se? Por que há tanta negação, tanta renegação em vossos corações? Tão pouco destino em vossos olhares?

E vós não quereis ser destino e algo inexorável: como poderíeis um dia vencer comigo?

E se as vossas durezas não querem relampejar e cortar e despedaçar: como poderíeis vós criar comigo?

Todos os criadores são em verdade duros. E venturança precisa parecer-vos imprimir a vossa marca sobre milênios como sobre cera, -

Venturança de escrever sobre a vontade de milênios como sobre bronze - como sobre algo mais duro do que o bronze. Totalmente duro solitariamente é o que há mais nobre.

Esta nova tábuia, ó meus irmãos, coloco sobre vossas cabeças: tornai-vos duros! –

A questão do acesso à justiça ganha relevo em um cenário de crise econômica, política e social, haja vista que a faixa da população mais pobre é a que mais sofre nos momentos de desemprego econômico, redução do dinheiro circulando e de oportunidades de emprego. Nessa perspectiva, não há momento mais oportuno para tratar do tema Defensoria Pública, instituição que presta assistência jurídica a quem não possui meios para custear o pagamento de advogado privado e outros vulneráveis nos campos criminal e cível.

Conforme será demonstrado, a expansão da litigiosidade no Brasil obedece à uma escalada processual ascendente consoante observa-se dos dados do Conselho Nacional de justiça. A Defensoria Pública deve fazer um exame de autocrítica nesse cenário. A Defensoria Pública é uma instituição recente, consideradas as proporções em relação às demais carreiras jurídicas, pois foi prevista apenas na Constituição Federal de 1988 como a instituição responsável pela assistência jurídica integral e gratuita aos “necessitados”.

A premissa epistemológica da litigiosidade crescente está fundada em dados técnicos e estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, conforme será demonstrado, têm sido objeto de amplo debate nacional. O Novo Código de Processo Civil ganhou impulso com esse dado de excesso de litigiosidade brasileiro. Entretanto, não é realista a premissa estabelecida no “senso comum teórico dos juristas”, veiculado amplamente através dos órgãos de imprensa, de que o

novo código de processo civil, por si só, resolverá os problemas relacionados ao acesso à justiça.

Embora os instrumentos jurídicos disponibilizados tenham o potencial para melhorar a prestação jurisdicional, a cultura jurídica deve ser mudada de forma paralela para que a ideia seja concretizada. O dever de estimular a solução consensual dos conflitos por parte dos protagonistas do sistema de justiça foi prevista¹⁶⁵ no Novo Código de Processo Penal, entretanto, sem uma nova cultura não adversarial isso será impossível. No mesmo diapasão as leis 13.0129/15 e 13.140/15, que cuidam da reforma à lei de arbitragem e lei geral sobre mediação e meios alternativos de soluções de controvérsias.

Por outro prisma, o mesmo não se diga em relação ao incentivo à cultura não adversarial que demanda tempo de formação e pesquisa por parte dos atores jurídicos. Das ações em curso no Brasil, resalta João Batista Damasceno¹⁶⁶, 51% têm como parte os governos federais, estaduais e municipais, 32 % têm como parte os bancos e financeiras e 8% as concessionárias de serviços públicos, dentre as quais as empresas de água, telecomunicações e energia. Apenas 9% das demandas são da sociedade.

Observa João Carlos Medeiros de Aragão¹⁶⁷ que a judicialização no país decorreu inicialmente das consequências dos movimentos operários, que acarretaram a criação do Direito do Trabalho, como também do surgimento do Estado do bem-estar social; dos conflitos coletivos relacionados a consumo, propriedade, produção e distribuição de bens da positivação dos direitos fundamentais. tais fatores ocasionaram a invasão, pelo direito, de espaços antes impenetráveis, institucionalizando a presença da justiça na vida da sociedade nacional.

O aumento da demanda judicial, salienta Damasceno¹⁶⁸, leva o judiciário a estipular metas para julgamentos de feitos em determinados prazos, tal como se todos os casos fossem similares ou se estivéssemos numa simples fábrica de sabonetes ou parafusos. Sem embargo

¹⁶⁵ Art. 3º, §3º do novo código de processo civil. Além disso, o título IV, capítulo III, seção II, prevê a inclusão de mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça. Positiva princípios informadores das práticas conciliatórias no art. 166, caput. Incentiva à resolução extrajudicial dos conflitos envolvendo a Administração Pública no art. 174. Prevê uma etapa consensual no procedimento de tutelas de urgência no art. 303,§ 1º, II. Há a necessidade de indicação pelo autor na peça inaugural, acerca do interesse na composição consensual, nos termos do art. 319,VII. Agora há possibilidade de realização de mais de uma sessão conciliatória, art. 334,§2º. Prevê a utilização da internet, art. 334,§ 7º. A contagem do prazo para contestação a partir da última sessão de mediação, art. 335. A inclusão de etapa consensual prévia no procedimento previsto para conflitos familiares, art. 695. Etc.

¹⁶⁶ DAMASCENO, João Batista. Judiciário e República. São Paulo. Estúdio editores.com. 2014. P.81.

¹⁶⁷ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos intema corporis do Congresso Nacional. Brasília. Câmara dos Deputados, edições Câmara, 2013. p.69.

¹⁶⁸ DAMASCENO, João Batista. Judiciário e República. São Paulo: Estúdio editores.com . 2014. P. 80.

de o Brasil caracterizar-se por estar entre as principais economias mundiais, os recursos sociais existentes estão distribuídos de forma extremamente desigual.

Observe-se ainda que, constantes dados oficiais do Conselho Nacional de justiça em anexo, o poder judiciário contava em 2012 com 17.077 magistrados, sendo que 14.410 atuavam na primeira instância e nos juizados especiais. Por outro lado, 2.379 desses magistrados eram desembargadores, incluídos os 82 Ministros atuantes nos tribunais superiores. Observa-se que pouco a pouco, o quantitativo de magistrados tem aumentado e registra alta de 5,8% no quadriênio que vai de 2009 a 2012¹⁶⁹.

Por outra senda, a despesa total do judiciário girou na ordem de 45 bilhões de reais, ao passo que em 2010, a despesa foi de 47 bilhões; em 2011, 53 bilhões; e em 2012, 57 bilhões. A variação entre 2011 e 2012 é de 7,2%, superior à inflação no período. Tais despesas¹⁷⁰ englobam despesas com RH, despesas com bens e serviços e despesas com informática.

As despesas crescentes¹⁷¹ são acompanhadas pela crescente movimentação processual e taxa de litigiosidade. Observa-se que em 2009 houve 24.580.166 casos novos; em 2010 houve 23.965.266 casos novos; em 2011, houve 26.029.332 casos novos; em 2012 houve 28.215.812 casos novos. Observa-se, ainda, que a variação entre 2011 e 2012 foi de 8,4%, ao passo que a variação de processos novos entre 2009 e 2012 foi de 14,8%.

A justiça é cara, lenta e inacessível ao conjunto mais pobre da população e a escalada processual é ascendente e contínua. Observa-se que o “input”, ou processos que entram, é sempre maior que “output”, processos que saem, nos seguintes termos¹⁷²: os casos pendentes em 2009 eram 58.810.147; em 2010 eram 60.457.501; em 2011 eram 62.408.702; em 2012 eram de 64.018.470. Ressalta Fernando Antonio Calmon Reis¹⁷³ “a extrema concentração na postulação judicial o que não autoriza a inferência de que o acesso à justiça no Brasil é pleno, mas ao contrário há um abismo social”.

Com efeito, informa o Conselho Nacional de Justiça¹⁷⁴, em pesquisa denominada “os 100 maiores litigantes de 2011” que em nível nacional 51% dos processos são relativos ao

¹⁶⁹ Tabela 3 do anexo.

¹⁷⁰ Tabela 1 do anexo.

¹⁷¹ Tabela 1 do anexo.

¹⁷² Tabela 5 do anexo.

¹⁷³ “ O grau de litigiosidade judicial aumentou no Brasil no quadriênio (2009/2012) em 10,6%, passando de 83.390.313 para 92.234.282 processos em tramitação, importando dizer que, em 2012, cerca de 48% da população brasileira (considerando o número estimado de 193.946.886 de habitantes pelo IBGE) estava litigando judicialmente. Em uma leitura precipitada poderíamos afirmar que vivemos em um estado de pleno acesso à justiça, ao menos ao judiciário: metade da população litigando com a outra metade, reforçando a máxima de que atualmente todos estão contra todos.”REIS, Fernando Antonio Calmon. Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos. Dissertação de mestrado do Uniceub. 2014. p. 137.

¹⁷⁴ Disponível em WWW.cnj.jus.br/imagens/pesquisas-judiciarias/pesquisa100miiores_litigantes.pdf

poder público, sendo que federal são 38%, estadual 8% e municipal 5%. Dos restantes, 43% estão divididos pelo setor bancário e de telefonia. Assim, temos que do total de processos em tramitação em 2011, só 6% estavam relacionados às pessoas físicas e jurídicas, cujo segmento de atuação não se relaciona com o setor bancário e de telefonia, ou seja, algo em torno de 5.34.056 processos.

Os dados oficiais do Conselho Nacional de justiça permitem a inferência de que a escalada de gastos e de processos pendentes não se circunscreve a um problema de má gestão de políticas públicas referente ao acesso à justiça. O problema é muito mais complexo, haja vista que a demanda reprimida não foi objeto de estatística e não é um fator desprezível.

O judiciário tem sido levado a reproduzir conceitos e instituir práticas gerencialistas, mas também a “ideologia gerencial na construção de sua forma de atuar, apoiado na ideia da neutralidade das técnicas, constante do título do documento emitido pelo Banco Mundial”.

O Banco mundial construiu a ideia de “controle externo da atividade judicial” como projeto para a América Latina. Visto que um tal controle externo seria inconstitucional no Brasil, por ofensa ao princípio da separação entre os poderes, pensou-se então, através da Emenda Constitucional 45, no Conselho Nacional de Justiça como órgão interno ao Poder Judiciário. Nessa perspectiva, salienta João Batista Damasceno¹⁷⁵ que “a pretexto de controle disciplinar da magistratura o que o Conselho Nacional de Justiça vem fazendo é consolidar um modelo de atuação de judiciário, a partir da edição de metas, enquadrando-o nos interesses do mercado”.

A crítica que se faz a tal modelo gerencial, consoante Damasceno¹⁷⁶, é a de que o judiciário não é uma simples fábrica de sabonetes ou de parafusos para que se imponha o julgamento massivo no cumprimento de metas de casos que nem sempre são semelhantes.

Tais despesas são incompletas e não refletem, por outra aresta, várias outras despesas que se relacionam com o judiciário, tais como as despesas do Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia-Geral da união, Procuradorias dos Estados, Municípios e autarquias, porque não inseridos na estrutura dos órgãos do judiciário. Tais despesas deveriam englobar os diversos atores do sistema jurídico, haja vista que o judiciário somente atua mediante provocação.

Quando se analisa a tipologia “casos novos” ou “casos pendentes”, é impossível desconsiderar a relevância quantitativa decorrente da atuação da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e do Ministério Público.

¹⁷⁵ DAMASCENO, João Batista. *Judiciário e República*. São Paulo: estúdio Editores.2014. p. 78.

¹⁷⁶ DAMASCENO, João Batista. *Judiciário e República*. São Paulo: estúdio Editores.2014. p.80.

Salienta Fernando Antonio Calmon Reis¹⁷⁷ que no relatório Supremo em números de 2013, dos 10 maiores litigantes no Supremo Tribunal Federal, temos: uma autarquia (INSS) e a União Federal, além de três Estados (São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais), a Defensoria Pública e o Ministério Público. Da iniciativa privada, somente uma concessionária de telefonia e um banco. Inegável, portanto, como as instituições públicas tem um forte protagonismo na postulação judicial e, portanto, na responsabilidade pelo excesso de judicialização de conflitos.

No III diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil¹⁷⁸, de 2009, o Ministério da justiça apurou no mesmo sentido que com relação ao orçamento total dos Estados, o judiciário ficou com 5,34%, O Ministério Público com 2,02% e a Defensoria Pública, com 0,4%. O orçamento do Ministério Público somada à da Defensoria Pública equivale a 45,31% dos recursos destinados ao Judiciário.

A solução prevalentemente vislumbrada na agenda política tem sido a criação de tribunais, novos cargos públicos com repercussão que se desdobra entre várias carreiras jurídicas tais como Advocacia Geral da União, Defensoria Pública da União, Ministério Público da União, serventúrios do Judiciário, etc. com a promoção de concursos públicos. Tal é o caso do Projeto de Emenda Constitucional 544/2002, que tem como objeto a criação de novos Tribunais Federais.

Para Joaquim Barbosa,¹⁷⁹ as despesas com a criação de quatro Tribunais Federais no país, decorrente do aludido Projeto de Emenda Constitucional, girariam na casa de oito bilhões reais, sem contar as despesas com pessoal que não há como serem dimensionadas de forma “a priori”, haja vista que não se circunscreve ao Judiciário, haja vista que demandaria mais recursos públicos para fazer face a crescente despesas da Defensoria Pública, do Ministério Público, etc.

É intuitivo dizer que a solução para a escalada das causas judiciais não se dará apenas com a criação de novos cargos, carreiras e tribunais, novos concursos públicos para admissão de pessoal, mais obras, etc. Pois os recursos públicos são finitos.

“A impressão que se generaliza é que muitos falam sobre acesso à justiça e poucos compreendem a sua atual significação teórica”, consoante observa Fernando Antonio Calmon

¹⁷⁷ REIS, Fernando Antonio Calmon. Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos. Dissertação de mestrado do Uniceúb. 2014. p

¹⁷⁸ Acessado em 30 de agosto de 2014 no sítio www.anadep.org.br/wtk/site/iiidiagdefensoriap.pdf

¹⁷⁹ publicado em 07.06.2013 no sítio <http://www.g1.com.br/politica/noticia/2013/06>, publicado em 07.06.2013.

Reis¹⁸⁰, “as abordagens, em regra, são pontuais, ou limitadas à repetição de comando normativo.” Por fim, parece haver uma associação indissociável de acesso à justiça à uma resposta estatal jurisdicionada, quando se tem por óbvio a limitação (humana e material) de se atender a todos que demandam a resolução judicial dos conflitos.

A solução consensual apresenta sensíveis vantagens nas relações multiplexas que se estabelecem ao interno de instituições que tendem à continuidade, tais as que se formam nas escolas, nas famílias, no trabalho, na vizinhança, consoante Rodolfo de Camargo Mancuso.¹⁸¹

Consoante André Luís Machado de Castro¹⁸², apoiando-se no terceiro diagnóstico da Defensoria Pública verificou-se que os Estados do Rio Grande do Norte, Paraíba, Maranhão e Bahia, que integram os grupos de menor índice de desenvolvimento humano, são os que investem menos de R\$1,00 por público-alvo na Defensoria Pública. Os Estados que investem mais de R\$10,00 por potencial assistido estão concentrados nas faixas de índice de desenvolvimento humano mais elevados, enquanto a média é de R\$5,97.

Comparativamente, prossegue André Luís Castro¹⁸³, para cada 100.000 brasileiros, correspondem 7,7 Juízes e 4,22 Promotores, mas apenas 1,48 Defensor Público. Em termos de gastos orçamentários, os Estados brasileiros gastam em média R\$ 85,80 por habitante com três instituições do Sistema de Justiça: 71,3% é destinado ao Poder judiciário, 25,4% ao Ministério Público e somente 3,3% do total é gasto com a Defensoria Pública, valor insuficiente se comparado ao público-alvo.

O baixo investimento na Defensoria Pública, no entanto, tende a aumentar com a aprovação das Emendas Constitucionais 45 e 80 que deram autonomia administrativa, financeira e orçamentária às Defensorias Públicas de todos os entes federativos. Com o crescimento da Defensoria Pública, a tendência ao crescimento da litigiosidade crescerá no modelo demandista atualmente privilegiado, salvo se o paradigma resolutivo for adotado.

As pesquisas mostraram que o modelo demandista, com pouco foco resolutivo, deve ser colocado sob perspectiva, notadamente em face de sua pouca racionalidade diante do princípio econômico da escassez de recursos e do princípio da prestação jurídica célere. É dizer, os recursos financeiros são escassos e o Brasil deve buscar alternativas jurídicas consensuais para os conflitos individuais e coletivos na sociedade.

¹⁸⁰ REIS, Fernando Antonio Calmon. Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos. Dissertação de mestrado do Uniceub. 2014. p.140.

¹⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Prefácio. In: TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. XI.

¹⁸² CASTRO, André Luís Machado de. Construindo uma nova Defensoria pública. In: A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei 11.448/2007. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008. P. 113

¹⁸³ Ibidem.P. 113

Os meios alternativos de solução de conflitos encontra-se na terceira onda de acesso à justiça de Cappelletti¹⁸⁴ e Garth. A ideia de prevenção do conflito subjaz à ideia de mudança do paradigma de assistência judiciária para assistência jurídica. A implementação de postura resolutiva por parte da Defensoria Pública é uma política pública que pugna pela sua concretização, mais do que uma previsão legal. O art. 5º, XXV, da Constituição Federal de 1988, como garantia constitucional do acesso à justiça não pode ser lido como um convite à litigância, em detrimento de soluções negociadas.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸⁵, o “Estado-juiz tentando acompanhar a demanda judicial exacerbada, arrisca-se a fornecer resposta judiciária que deixa a desejar: massificada, funcionarizada, lenta, onerosa, imprevisível.” Insta que se estabeleça um foco na prevenção e nos mecanismos de resolução extrajudiciais de conflitos, tais como arbitragem, mediação e acordos extrajudiciais, maior abertura à negociação e consenso entre os atores.

Pela primeira vez em um código de processo civil brasileiro haverá um título¹⁸⁶ próprio destinado à Defensoria Pública, com o advento do novo código de processo civil, sendo a Defensoria Pública uma instituição recente, cuja previsão normativa deu-se na Constituição Federal de 1988.

Há nítida expansão dos marcos legais e mecanismos jurídicos à disposição da Defensoria Pública para a concretização do paradigma resolutivo. Mais do que uma previsão legal, o Novo Código de Processo Civil baliza uma política pública de extra-judicialidade, como diretriz que obriga o Estado a priorizar as práticas auto-compositivas, quando estabelece que¹⁸⁷ a conciliação, a mediação, e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

É de certa forma um truísmo dizer que não há monopólio da Defensoria Pública na prestação dos serviços de assistência jurídica, pois os escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios com a Defensoria Pública¹⁸⁸ também gozarão das prerrogativas do prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, com início do prazo contado da intimação pessoal, com o advento do novo código de processo civil.

¹⁸⁴ Ibidem. P. 67

¹⁸⁵ Ibidem, p. X.

¹⁸⁶ Trata-se do título VII, do livro III, que trata dos artigos 185 a 187.

¹⁸⁷ Nos termos do art. 3º, parágrafo 3º, da lei 13.105.2015.

¹⁸⁸ Nos termos do art. 186 da lei 13.105/15.

Note-se, todavia, que os convênios deverão ser firmados com a própria Defensoria Pública¹⁸⁹, ao contrário do que ocorria anteriormente, quando os convênios eram feitos com o próprio Judiciário, com exceção do Estado de São Paulo.

Nesse sentido, também o pagamento de verbas relativas a honorários advocatícios de advogados pagos pelo Estado em face de advocacia “pro bono” também dar-se-á através da Defensoria Pública, como já ocorre no Estado de São Paulo. No Distrito Federal, ainda hoje, tal situação não tem ainda a atribuição da Defensoria Pública, haja vista que a lei distrital da Defensoria Pública, não trata da matéria. Tal ordens de coisas, também contribuem para o atual cenário de pouco racionalidade.

Vários são os fatores que contribuem para a postura com foco demandista dos atores jurídicos, tudo começando pela cultura estimulada nas próprias faculdades de Direito, ao passo que, consideradas as proporções, a postura conciliatória e cooperativa não tem sido devidamente valorizada e estudada. Observa Inocêncio Mártires Coelho¹⁹⁰ que “as transformações sociais ocorrem mais depressa do que as mudanças na “letra da lei”, sem que isso impeça que o direito, suscite e antecipe algumas alterações na própria realidade social.”

O ensino jurídico¹⁹¹ tradicional do país tem se voltado mais para a cultura simplificadora do manualismo sem maiores reflexões, em que a tônica é o ajuizamento das ações judiciais e a impugnação de atos judiciais, ao invés de estudo voltado para matérias de sólida formação do jurista, tais como a filosofia jurídica, sociologia jurídica, criminologia, psicologia jurídica, etc.

Os concursos públicos, observa Alexandre Morais da Rosa¹⁹², tem privilegiado a seleção dos candidatos especializados em concursos públicos, de resto, preparados para a resolução de questões que demandam uma grande capacidade de memorização, em detrimento da busca do perfil mais adequado para a carreira.

O Advogado particular amiúde não tem interesse pela resolução extrajudicial porque deixa de auferir os honorários sucumbenciais, porém, a Defensoria Pública, enquanto órgão de estado encarregado do acesso à ordem jurídica e não apenas jurisdicional, tem o dever de privilegiar o espaço de negociação extrajudicial.

¹⁸⁹ Nos termos do art. 186, parágrafo 3o da lei 13.105/15.

¹⁹⁰ Ibidem. P. 396

¹⁹¹ SANTO, José Paulo Schneider; MORAIS, Fausto Santos de. O senso comum teórico dos juristas e o ensino jurídico em terrae brasilis. VI mostra de pesquisa e pós-graduação IMED.

¹⁹² Alexandre Morais da Rosa, em abono de sua crítica, cita Lédio Andrade: “Decora-se o direito dogmático, e a aprovação é corolário. Desnecessária qualquer sensibilidade e senso de justiça social. Um desumano de memória fotográfica pode tirar o primeiro lugar”. In: DA ROSA, Alexandre Morais. Por que alguns jurizes precisam se sentir Deuses e a inspiração laica. www.conjur.com.br, publicado em 22/11/2014.

Quanto aos Juízes de Direito, basicamente a teoria da hermenêutica do direito, capitaneada por Lênio Streck¹⁹³, trabalha com três modelos de Juiz, que simbolizam modelos de direito: O Juiz Júpiter representa o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, sempre dito a partir do alto, de algum “monte sinaí”. O Juiz Hércules está sustentado na figura do Juiz que seria a única fonte do direito válido, tratando-se de uma pirâmide invertida. O Juiz Hermes adota a forma de rede, não sendo nem uma pirâmide, nem um funil, mas seria como uma multiplicidade de pontos de inter-relação, expressa-se sob a forma de um banco de dados. Esse terceiro Juiz seria um Juiz pós-moderno, simbolizando o direito de Hermes. Trata-se para Lênio Streck de uma “teoria lúdica do direito”. Em suma, contrapor o modelo de Hermes ao modelo de Júpiter(Estado Liberal) e Hércules (Estado Social) apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: “como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem o juiz ou tribunal para proferir as respostas aos casos em julgamento.”

Em uma palavra, a mudança paradigmática há de se dar no campo “cultural”. Consoante Zygmunt Bauman,¹⁹⁴ a cultura como tende a ser vista agora, é tanto um agente da desordem quanto um instrumento da ordem; um fator tanto de envelhecimento e obsolescência quanto de atemporalidade. O trabalho da cultura não consiste tanto em sua autopropagação quanto em garantir as condições para futuras experimentações e mudanças.

Consoante Lenio Streck¹⁹⁵ “na doutrina e na jurisprudência do direito ainda domina a ideia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a “vontade da norma”, o “espírito do legislador”, a correta interpretação do texto, etc.”

Embora os instrumentos jurídicos estejam disponíveis, não se pode dizer que há espaço privilegiado na resolução extrajudicial dos conflitos. A cultura¹⁹⁶ jurídica dominante ainda é entrar com a ação e esperar para ver se há possibilidade de acordo depois do ajuizamento ação, o que tem contribuído para solapar os esforços do judiciário.

¹⁹³ STRECK, Lenio. Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 5a Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 391-393.

¹⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt . Ensaios sobre o conceito de cultura. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2012. P28.

¹⁹⁵ “Acredita-se que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que ‘interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém’, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo do conhecimento.” STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.243.

¹⁹⁶ Observa Bauman que “dominar uma cultura” significa dominar uma matriz de permutações possíveis, um conjunto jamais implementado de modo definitivo e sempre inconcluso – e não uma cadeia finita de significações e a arte de reconhecer seus portadores. BAUMAN, Zygmunt . Ensaios sobre o conceito de cultura. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2012. P.43.

Com a crise mundial do Direito, os atores jurídicos, em especial a Defensoria Pública, devem aproveitar o momento para pensar em novas formas de um fazer qualificado, visando a remoção dos obstáculos ao acesso à ordem jurídica. A mudança cultural é uma mudança de dentro para fora, ao passo que a alteração legislativa é uma mudança de fora para dentro.

Destarte, a mudança cultural e a lei são interdependentes no paradigma da Defensoria Pública resolutiva. Consoante Mário Vargas Llosa¹⁹⁷: “A cultura pode ser experimentação e reflexão, pensamento e sonho, paixão e poesia e uma revisão crítica constante e profunda de todas as certezas, convicções, teorias e crenças.”

Outro fator condicionante da atual onda demandista é a que coloca o Judiciário como protagonista de políticas públicas e do próprio modelo de Estado de Direito democrático, entre a judicialização e o ativismo judicial, que não se confundem, embora sejam parentes. Acerca da diferença entre judicialização e ativismo judicial, pontua Luís Roberto Barroso¹⁹⁸ que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.” Sem embargo dessa diferença entre “judicialização” e o “ativismo judicial”, explica Barroso que:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

A solução do impasse para essas despesas crescentes com o aumento de demandas não deve ser buscada apenas na criação de cargos, carreiras e tribunais, mas também na implementação de postura resolutiva por parte dos atores jurídicos, Defensoria Pública,

¹⁹⁷ LLOSA, Mário Vargas. Tradução Ivone Benedetti. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. P. 67.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88

Ministério Público e Procuradorias, bem como, na exploração de mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, tais como arbitragem, mediação e desjudicialização de demandas que impliquem na mudança de paradigma de atuação na justiça de litigiosa e demandista para resolutive com maior abertura à negociação e consenso.

Há tanto a existência de uma demanda reprimida, impossibilitada de fazer uso do sistema jurisdicional, salienta Fernanda Tartuce¹⁹⁹, como também a perversa verificação de uma litigância estimulada por aqueles que se aproveitam do uso da jurisdição estatal para obter vantagens diversas.

A atual postura demandista será capaz de levar o judiciário ao colapso em algum lugar no futuro. É preciso, portanto, pensar novas formas de remoção dos obstáculos ao efetivo acesso²⁰⁰ à justiça”, partindo-se da premissa epistemológica de que não bastam novas leis, novos códigos de processo civil, nem penal.

Demonstrado que o princípio do acesso à justiça, consubstanciado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, não se limita ao acesso ao judiciário, mas acesso à ordem jurídica e que tal acesso pode ser feito pela Defensoria Pública através de medidas extrajudiciais, no próximo capítulo explicitar-se-á as propostas para uma Defensoria Pública com maior assertividade para o futuro.

Com o advento do novo código de processo civil²⁰¹, em seu artigo 1072, III, houve a revogação dos artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da lei 1060/50, bem como, nova regulação da matéria relativa à gratuidade da justiça nos artigos 98 a 102, razão pela qual a lei 1.060/50 foi derogada. O conflito de leis no tempo será regido pelo princípio “tempus regit actum”.

Quanto à Defensoria Pública, o Novo Código de Processo Civil aduz em seu artigo 185 que “a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.” Trata-se da primeira inserção da Defensoria Pública em título específico de um Código, sem precedentes no cenário nacional. O próximo Código de

¹⁹⁹ “em virtude da crise do sistema de justiça de administração e distribuição da Justiça, ensejada principalmente pela limitação de recursos materiais e humanos, a prestação da tutela jurisdicional tem se verificado com grandes percalços.” TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2a ed. São Paulo: Método. 2015. p. 138.

²⁰⁰ Cappelletti observa que embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetem a afirmação e reinvidicação dos direitos. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001. p. 15.

²⁰¹ Lei 13.105/15 publicada oficialmente em 16 de março de 2015 e vigência determinada para 16 de março de 2016, conforme o artigo 1045.

Processo Penal deverá fazer algo similar, haja vista que não havia Defensoria Pública quando da promulgação do Código de Processo Penal atualmente em vigor.

A passagem do obsoleto paradigma²⁰² da assistência judiciária de caris paternalista e assistencial para a Defensoria Pública, no Estado Democrático de Direito, implicou em uma revolução institucional radical, que corresponde a diferentes perspectivas da relação entre Estado/Sociedade. Uma delas é a concepção de acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica, prescindindo da resposta jurisdicional, consoante observa Fernando Calmon²⁰³.

O acesso à justiça compreendido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 não pode ser lido como um incentivo à litigância em detrimento de soluções negociadas, que podem ser buscadas no ordenamento jurídico, sem a intervenção do judiciário com equivalentes jurisdicionais e medidas auto-compositivas. Nesse sentido, a desjudicialização dos conflitos foi o escopo do legislador na criação da lei 13.140/2015.

Antes da Constituição Federal de 1988, havia modelos de assistência judiciária, mas apenas com a Constituição Federal de 1988 é que surgiu o modelo de assistência jurídica integral e gratuita, através da Defensoria Pública²⁰⁴.

Assim, o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, sendo que a primazia para tal assistência é através da Defensoria Pública, instituição incluída no capítulo das funções essenciais à função jurisdicional do Estado, dotada de autonomia financeira e administrativa, não integrante, portanto, dos poderes executivo, legislativo ou judiciário.

A Lei Complementar 80, com alteração da Lei Complementar 132/2009, foi um dos marcos jurídicos de maior relevo para a instituição, conhecida como lei orgânica da Defensoria Pública que conferiu muita atenção aos institutos extraprocessuais e a ampla legitimação “ope legis” para o ajuizamento de ação coletiva em sentido amplo, desde que haja entre os possíveis beneficiários, algum “necessitado” no sentido jurídico-econômico.

²⁰² O conceito de paradigma vem da Filosofia da Ciência de Thomas Khun. Significa os aspectos centrais dos esquemas gerais de pré-compreensão e visões de mundo condicionando o agir humano e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. (Nicola, Abbagnano.2006, p. 453).

Para Thomas Khun, um dos sentidos de paradigmas é o que denota as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. A atividade científica sempre tem como pré-requisito uma fase instável que denomina período pré-científico. Neste período específico, há múltiplos desacordos entre grupos que competem sobre a definição legítima da atividade científica, defendendo cada qual um paradigma específico, denominado, incommensurabilidade do paradigma. (KUHNT,Thomas;2003,p.208-218. Tal período, transposto para as políticas públicas pode ser denominado fase pré política pública para um mais racional sistema de acesso à ordem jurídica justa, na qual corresponde uma maturação progressiva e conjunta de estruturas cognitivas do universo normativo e do sistema de atores com capacidade global de decisão em material de acesso à justiça.

²⁰³ REIS, Fernando Antonio Calmon. Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos. Dissertação de mestrado do Uniceúb. 2014.p. 149-150.

²⁰⁴ Art. 5º, LXXIV e art. 134 da Constituição Federal.

O Direito Processual Coletivo, como observa Gregório de Almeida Assagra²⁰⁵, vem recebendo um tratamento doutrinário de um novo ramo do direito processual brasileiro e um instrumento fundamental de proteção e de efetivação do Estado Democrático de Direito, com objeto e métodos próprios e dignidade constitucional, formando um sistema processual coletivo. Dessa forma, a Defensoria Pública deve privilegiar, sempre que possível, o manejo da ação civil pública.

Com relação à Lei n. 7.347/85, com a alteração da Lei n. 11.448, houve inserção da Defensoria Pública como legitimada ativa “ope legis” à propositura da Ação Civil Pública para a defesa dos interesses e direitos coletivos, em sentido amplo, em ordem a possibilitar a resolução de conflitos não apenas de forma atomizada, mas de forma molecular, ou seja, resolvendo-se em uma só causa o que poderia gerar centenas ou milhares delas, se individuais fossem.

Houve um incremento do âmbito de proteção do acesso à justiça, destarte, reunindo-se as primeiras e segundas ondas do movimento mundial de acesso à justiça ao se franquear à Defensoria Pública à defesa dos pobres não apenas no âmbito individual, mas também coletivo, em sentido amplo.

Gavronski²⁰⁶ aduz que o sistema brasileiro de legitimidade coletiva atende a dois objetivos: igualdade e ampliação da participação e teve a preocupação de se adequar à peculiares necessidades nacionais.

Nessa senda, no âmbito nacional, são instrumentos jurídicos seminais que integram o ramo de Direito Processual Coletivo as leis 7347/85²⁰⁷, lei 7853/89²⁰⁸, lei 8078/90²⁰⁹, lei 8.429/92²¹⁰, lei 8069/90²¹¹, lei 10257/01²¹², lei 10.741/03²¹³, lei 4717/65²¹⁴, lei 11.340/06²¹⁵, lei 13.146/15²¹⁶, e outros diplomas normativos, incluindo dispositivos da própria constituição

²⁰⁵ ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito Processual Coletivo, Um novo ramo do Direito Processual*. Ed Saraiva. São Paulo. 2003. p. 617

²⁰⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva, a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 34

²⁰⁷ Lei da ação civil Pública.

²⁰⁸ Lei de proteção à pessoa com deficiência.

²⁰⁹ Código de defesa do consumidor.

²¹⁰ Lei de improbidade administrativo.

²¹¹ Estatuto da criança e do adolescente.

²¹² Estatuto da cidade.

²¹³ Estatuto do idoso.

²¹⁴ Lei da ação popular.

²¹⁵ Lei Maria da penha.

²¹⁶ Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência.

Federal²¹⁷, que possibilitam a tutela dos interesses e direitos coletivos, em sentido amplo, conjugando-se como um grande sistema de Direito Processual Coletivo.

A expansão do marcos jurídicos-legais em relação à Defensoria Pública tem sido uma tônica, haja vista que a Defensoria Pública é uma instituição relativamente nova. É o que se observa quanto à lei de execuções penais, que não compunha um capítulo para a Defensoria Pública, mas hoje sim. O mesmo ocorrendo com o novo código de processo civil e a atual lei de mediações. A lei 11.448 inseriu a Defensoria Pública como legitimada ativa de ações coletivas em sentido amplo.

A Constituição Federal de 1988 conduziu ao modelo de assistência jurídica integral e gratuita, não apenas judiciária, e, nessa senda, a um modelo de instituição com formato constitucional democrático que visa concretizar os direitos fundamentais do Cidadão inclusive contra o próprio Estado, ao passo que no obsoleto modelo de assistência judiciária de caris paternalista, tal modelo era potencialmente vulnerável a eventuais pressões políticas, econômicas e institucionais, haja vista que era integrante do poder executivo.

O marco jurídico maior da Defensoria Pública é a Constituição Federal de 1988, com as alterações relativas às emendas constitucionais 45 e 80 que deram à Defensoria Pública: autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Outro marco jurídico importante foi a lei complementar 80, com alteração da lei complementar 132, garantindo vários instrumentos jurídicos à Defensoria Pública²¹⁸.

VII- promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes. VIII- exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; X – Promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais; da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; XXII- convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

²¹⁷ Art. 5, XXI; art. 5, LXXIII; art. 8, III e art. 129, III da Constituição Federal.

²¹⁸ Tais com, no art. 4º :VII- promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes. VIII- exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; X – Promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais; da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; XXII- convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

A ação civil pública²¹⁹ constitui um instrumento de molecularização de demandas, importantíssimo para a Defensoria Pública, que pode efetivamente implicar em redução de causas individuais atomizadas, consoante o escólio de Kazuo Watanabe.²²⁰ Por conseguinte, ela se dirige a instrumentalizar vários tipos de tutelas contra lesões aos bens jurídicos do consumidor, aos bens de valor artístico, histórico, turístico, paisagístico, ambiental, de idosos, crianças, mulheres vítimas de violência doméstica, de portadores de necessidades especiais, de índios, de quilombolas, do patrimônio público, etc.

A expansão dos marcos jurídicos continua com o novo código de processo civil que dedica um capítulo à Defensoria Pública, sendo também um importante marco jurídico. A lei de mediação, prevê a possibilidade de participação ativa da Defensoria Pública, tanto como mediador, como assistindo uma das partes.

A Defensoria Pública é uma instituição essencial a função jurisdicional à justiça, orientando e defendendo os necessitados. Incumbe-lhe a missão de garantir o acesso à ordem jurídica justa que, segundo vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, são todos aqueles socialmente vulneráveis, coexistindo a figura de necessitados econômicos, que não possuem recursos para litigar em juízo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, bem como, de necessitados organizacionais ou jurídicos, que se caracterizam pela carência de recursos jurídicos, ou seja, grupos essencialmente vulneráveis, como consumidores, idosos, crianças e adolescentes, etc.²²¹

Nessa senda, passível de críticas a r. decisão do recurso especial 1192577 de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão²²² ao exigir a comprovação da pertinência temática subjetiva, haja vista que afastou a legitimidade da Defensoria Pública ao decidir que “é intuitivo que quando o caso se referir a direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesado, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas”, pois conferiu interpretação jurídica limitadora do acesso à justiça, além de que, é manifestamente contrária à disposição expressa de lei.

²¹⁹ A Defensoria Pública passou a integrar expressamente no rol de legitimados “ope legis” para promoção da ação civil pública a partir do art. 5º, II da lei 7.347/85, alterada pela lei 11.448/07.

²²⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, in: Participação e processo, Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini. 1990.

²²¹ Vide o agravo em recurso especial do Superior Tribunal de Justiça número 50.212- RS (2011/0135599-5)

²²² REsp1192577/RS/RECURSOESPECIAL2010/0080587-7 Relator(a)Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)Órgão JulgadorT4 - QUARTA TURMAData do Julgamento.15/05/2014Data da Publicação/FonteDJe 15/08/2014RT vol. 949 p. 373Ementa:PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES.LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.

Com efeito, essa interpretação judicial vazou-se de forma contrária ao que determina o art. 4º, VII, da Lei Complementar 80²²³, que alude que sempre que a ação puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, deverá ser mantida a legitimidade e não o contrário.

Não se pode excluir a legitimidade da Defensoria Pública, portanto, com base em intuições sem base empírica ou jurídica de forma a obstruir o princípio do acesso à justiça. A questão, no entanto, foi pacificada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, na Ação direta de inconstitucionalidade 5296, em que o plenário decidiu pela legitimidade da Defensoria Pública.

Presunções como a do Superior Tribunal de justiça, contra o acesso à justiça possibilitado pela Defensoria Pública não vão ao encontro dos princípios democrático e republicano que devem cimentar a causa, pois basta que haja probabilidade de que pessoas necessitadas possam ser beneficiadas para que se configure, de plano, a legitimidade ativa da Defensoria Pública, como corolário da cláusula do acesso à justiça.

Observa-se que o ônus da prova de inexistência de pessoas “necessitadas” na ação deve ser da parte adversa, máxime, quando não se possam determinar os interessados individualmente. Nesse sentido, existem alguns precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça.²²⁴ O princípio do acesso à ordem jurídica justa impõe a interpretação tendente à máxima tutela dos direitos, que não foi o vetor observado pela decisão em espécie.

Indaga-se a quem interessa essa limitação de acesso à justiça promovida por alguns julgados. Porque, esse tipo de provimento judicial limitador, somente prejudica a própria sociedade em sua vertente mais pobre. Em julgamento recente perante o plenário do Supremo Tribunal Federal, a legitimidade da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais para propor ação civil pública na defesa de direitos difusos e coletivos foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por unanimidade de votos, o Plenário da corte negou provimento ao Recurso Extraordinário²²⁵, com repercussão geral reconhecida, que atingia vinte e três casos sobrestados.

A discussão da matéria já havia sido abordada no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade na qual a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

²²³ VII- promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

²²⁴ REsp 1275620-RS, AgRg no AREsp 53146-SP; REsp 1264116, REsp 1106515-RS; REsp555111-RJ; AgRg no AREsp 67205/RS Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2011/0185647-7.

²²⁵ Trata-se do Recurso Extraordinário número 733.433 do Supremo Tribunal Federal.

questionava o inciso II do artigo 5º da Lei 7.347/1985, com redação dada pela Lei 11.448/07²²⁶, com efeito vinculante e “erga omnes”.

Em levantamento realizado no terceiro diagnóstico²²⁷ da Defensoria Pública, o ajuizamento de ações coletivas deve ser antecedido de autorização de outro órgão da Defensoria Pública em duas unidades da federação: Roraima e Rondonia. Tal autorização tem um tom de violação à independência funcional do Defensor Público, haja vista que inexistente lei federal que estabeleça condição semelhante, ou seja, seria uma forma de controlar o ajuizamento da ação civil pública.

Em outras instituições, o ajuizamento de ações coletivas deve ser comunicado previamente ao outro órgão da Defensoria Pública, o que ocorre em seis unidades: Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Roraima, Sergipe, Rondonia e Distrito Federal, sendo que nessa última tal exigência foi revogada.

Uma forma de ampliação do debate com a comunidade é através das audiências públicas que podem ser promovidas pela Defensoria Pública para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais junto à população “necessitada”, inclusive, quando for necessário a colheita de informações e a orientação jurídica de um conjunto de pessoas. Possui desta forma, fundamento “ope legis” que decorre do que dispõe a lei complementar 80, art. 4º, VII, segundo o qual dispõe que são funções institucionais da Defensoria Pública: “XXII- convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.”

A criação de Defensorias Públicas da comunidade ou do cidadão poderia ser implementado, de preferência nas periferias mais pobres e desassistidas pelo Estado. O Defensor Público que atua nessas regiões extremamente pobres, ou conforme salienta Marcelo Goulart²²⁸, “espaços de segregação compulsória dos excluídos” deve ser um indutor da implementação de todas as políticas públicas necessárias ao integral atendimento das populações dessas localidades.

Dessa forma, o Defensor Público resolutivo atuaria com um agente político de fomentação e aglutinação da cultura participativa das comunidades, principalmente as mais necessitadas. A maior utilização de audiências públicas pode fomentar a melhor informação da população carente quanto aos seus direitos, possibilitando a promoção de ações judiciais e extrajudiciais.

²²⁶ Os textos definem como uma das competências da Defensoria Pública a legitimidade para a propositura de ações civis públicas, vencido o argumento da Conamp, autora da ação direta de inconstitucionalidade.

²²⁷ Acessado em 11/11/2015 no www.anadep.org.br . p. 135.

²²⁸ Ibidem. P. 162.

Quanto ao aspecto da resolução extrajudicial de conflitos pode possibilitar, inclusive, a melhor decisão do ponto de vista da população carente quanto a mecanismos outros, que não apenas ajuizamento de ações processuais. A Defensoria Pública na defesa dos direitos da população carente e vulnerável, pode expedir recomendações com o intuito de agilizar medidas práticas urgentes, buscar acordos, evitar a judicialização desnecessária de demandas e repassar a órgãos públicos necessidades de providências importantes.

Outra medida extrajudicial é a requisição de documentos aos órgãos públicos, inclusive, concessionários, permissionários e autorizatórios e, caso não se logre resolver o conflito, antes do ajuizamento de ação, ao menos não haverá lides temerárias. A Defensoria Pública, nesse diapasão, deve prezar pela efetividade e celeridade de suas atuações.

Exemplos de recomendação que já foi executada, foi dirigida ao Governo do Distrito Federal para que retire entulho acumulado indevidamente em determinado local por provocação da associação de moradores; também a compra de determinado medicamento que não poderia, em tese, faltar no sistema único de saúde, ou, ainda, o concerto de determinado equipamento hospitalar.

A recomendação é apenas um instrumento jurídico extraprocessual que pode evitar a judicialização da demanda. A atribuição da Defensoria Pública em bem defender os necessitados, no âmbito individual e coletivo, traz ínsita a possibilidade de se valer de todos os instrumentos jurídicos disponíveis para alcançar a sua finalidade, seja propondo ações civis públicas, seja celebrando termos de ajustamento de condutas e claro, expedindo recomendações. A recomendação não é uma ordem, uma requisição ou uma imposição de conduta. Tem a natureza jurídica de um pedido de providência, relacionado a um problema identificado e concreto.

O compromisso de ajustamento de conduta é uma possibilidade que se abriu no ordenamento jurídico nacional de solução negociada que se destina a efetivar direitos e interesses coletivos em sentido amplo. O compromisso de ajustamento de conduta passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro através do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) promulgado pouco antes do Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), onde nesse foi previsto no art. 113, incluindo-se a partir de então, também na lei da ação civil pública (lei 7.347/85), em seu artigo 5º, §6º nos seguintes termos: “§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Portanto, a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta é de um título executivo extrajudicial estabelecido pela via da negociação e se faz materializado no

mundo fenomênico através do termo de ajustamento de conduta que deve descrever as várias cláusulas e condições avençadas no compromisso de ajustamento de conduta.

Somente quem tem legitimidade para propor ação civil pública no caso concreto, o tem para propor termo de ajustamento de conduta. Assim sendo, a Defensoria Pública possui legitimidade ativa para entabular o compromisso de ajustamento de conduta, haja vista que possui legitimidade para propor ação civil pública.

Sustenta Geisa de Assis Rodrigues²²⁹ que a ofensa às regras de legitimidade só deve ensejar a invalidação do ajuste quando o órgão com atribuição regular entenda que o objeto do ajuste importou em transação indevida sobre o direito transindividual, quer porque houve concessão sobre o próprio direito metaindividual, quer porque a flexibilização dos prazos, condições e lugar do cumprimento do ajuste significou uma tutela inadequada do direito.

Diverge a doutrina se o acordo formulado no bojo de uma ação civil pública seja ou outra espécie de ação coletiva seja ou não, propriamente, um compromisso de ajustamento de conduta. Entende Alexandre Amaral Gavrosnki²³⁰, ao contrário do entendimento esposado por Geisa de Assis Rodrigues, que não seria propriamente um compromisso de ajustamento de conduta porque um tal acordo dependerá de homologação judicial para produzir efeitos e que somente com ela alcançará a eficácia de um título executivo, que será judicial e não extrajudicial, como no caso do compromisso de ajustamento de conduta, ficando sujeito a um regime de execução diferente, especialmente após a terceira fase de reforma do Código de Processo Civil.

Tampouco seria o compromisso de ajuste de conduta uma transação em sentido estrito, mas seria uma espécie de acordo, eis que não haveria concessões mútuas, consoante previsto no art. 840 do código civil e somente se admite a transação sobre direitos patrimoniais de caráter privado, nos termos do art. 841 do código civil, ao passo que o compromisso de ajustamento de conduta pode versar sobre bens e interesses coletivos em sentido amplo.

Com relação à lei 7.347/85, com a alteração da lei 11.448, houve importante inserção da Defensoria Pública como legitimada ativa, “ope legis”, à propositura da ação civil pública para a defesa dos interesses e direitos coletivos, em sentido amplo a possibilitar a resolução de conflitos não apenas de forma atomizada, mas de forma molecular, ou seja, resolvendo-se em uma só ação o que poderia gerar centenas ou milhares de ações individuais.

²²⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajuste de conduta: teoria e prática. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2006. p.201

²³⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva, a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.p.380

Nesse passo, o modelo brasileiro diferencia-se do modelo norte-americano de legitimidade, “*ope judicis*” do legitimado para ajuizamento da “*class actio*”, que demonstre ser um representante adequado. Quanto ao modelo europeu, anota Gavronski²³¹, que prefere conferir a legitimidade coletiva predominantemente a associações civis.

Dessa forma, houve um incremento do âmbito de proteção do acesso à justiça, reunindo-se as primeiras e segundas ondas do movimento mundial de acesso à justiça ao se franquear à Defensoria Pública a defesa dos pobres não apenas no âmbito individual, mas também coletivo, em sentido amplo. Com efeito, dois são os pontos nodais de problemas quando o tema é ação coletiva, em sentido amplo, a legitimidade e a execução da medida judicial.

Consoante observa Adriana Brito,²³² abrangidas nas funções típicas da Defensoria Pública as decorrentes tanto da necessidade econômica quanto da necessidade jurídica; e as funções atípicas seriam apenas aquelas totalmente desvinculadas do critério econômico, que não cogitariam, ainda que minimamente, da situação financeira do assistido, ampliando-se ainda mais, a necessidade de um crivo axiológico, presentes nas atividades típicas, mas ancorado no critério da relevância social.

Interesses difusos são transindividuais de titularidade indeterminada e de natureza indivisível,²³³ e, portanto, não cabe fazer qualquer tipo de restrição, não contida na própria lei, dada a impossibilidade de se determinar pessoas individualmente. Quanto aos demais interesses, coletivos e individuais homogêneos, se a hipossuficiência não for econômica ela será jurídica, dada a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, sob o enfoque do acesso à justiça. Com efeito, a hipossuficiência não pode ser avaliada apenas sob o viés econômico, mas social, cultural e jurídico. Por isso, não se pode limitar a atuação da Defensoria Pública a um critério de hipossuficiência meramente econômico, razão pela qual a Defensoria Pública tem atuação típica e atípica.

Como se vê, as funções atípicas da Defensoria Pública prescindem do critério da hipossuficiência meramente econômica, dos quais, são exemplos a curadoria de menores e a curadoria especial de ausentes, erigidos pela lei como indispensáveis ao processo em face da vulnerabilidade jurídica, mas não necessariamente econômica, e em respeito ao princípio do contraditório.

²³¹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva, a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.p.75

²³² BRITO, Adriana. A evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva. Coord. José Augusto Garcia Sousa. In: A Defensoria pública e os processos coletivos. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2008. P. 23.

²³³ Art. 81, I da lei 8078/90

A defesa criminal pela Defensoria Pública visa tutelar o direito fundamental à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, à duração razoável do processo etc., prescindindo, portanto, do critério meramente econômico denominada uma função atípica de sua atuação. Quando o acusado detém situação pecuniária suficientemente cômoda para contratar advogado particular e não o faz, o Defensor Público tem o dever de fazer a sua defesa criminal, mas pode requerer ao Juiz que arbitre honorários que serão depositados em um fundo público da Defensoria Pública.

Gavronski²³⁴ aduz que o sistema brasileiro de legitimidade coletiva atende a dois objetivos: igualdade e ampliação da participação, e teve a preocupação de se adequar às peculiares necessidades nacionais.

No mesmo sentido, Humberto Pinho²³⁵ quando aduz que “normas definidoras de direitos e garantias devem ser interpretadas de forma extensiva”. Com efeito, a legitimidade da ação deve ser tomada no enfoque do acesso à justiça como direito/garantia a ser interpretada de forma ampla.

Assim, a Defensoria Pública tem hoje a legitimidade ampla para a tutela de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, porquanto não vai ao encontro do enfoque do amplo acesso à justiça qualquer tipo de limitação de sua legitimidade²³⁶, conforme decidido pela ação direta de inconstitucionalidade, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

Por meio das ações individuais em escala, a Defensoria Pública toma contato com uma vasta gama de provas documentais, trazidas pelas próprias partes, o que revela uma menor dependência da instituição em relação a procedimentos de instrução, como a inquérito civil público.

Por conseguinte, ela se dirige a impedir lesões ao consumidor, aos bens de valor artístico, histórico, turístico, paisagístico, ambiental, de idosos, crianças, mulheres vítima de violência doméstica, de portadores de necessidades especiais, de índios, de quilombolas, do patrimônio público, etc. Consoante pontua Boaventura de Souza Santos²³⁷:

A construção de uma Defensoria Pública, nos moldes como esta prevista sua actuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência por

²³⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva, a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.p.34.

²³⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernandina. A legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: a Defensoria Pública e os processos coletivos. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. 2008. P. 186.

²³⁶ RESP 912849/ RESP 55111.

²³⁷ SANTOS, Boaventura de souza. O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de justice. Apdedep em notícias, ano 1, número 7, p.6, janeiro/fevereiro de 2009.

profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim, assistência jurídica especializada para defesa de interesses coletivos e difusos, diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, promovendo a conciliação e a resolução extrajudicial dos conflitos e ainda actuando na educação de direitos. A concepção de justiça democrática que tenho defendido tem especial consideração pelo papel da Defensoria Pública na construção de uma nova cultura jurídica de consulta, assistência e patrocínio judiciário.

A recomendação e a requisição de documentos são instrumentos fundamentais na atuação resolutiva da Defensoria Pública. A Defensoria Pública na defesa dos direitos da população “necessitada” pode expedir recomendações com o intuito de agilizar medidas práticas urgentes, buscar acordos, evitar a judicialização desnecessária de demandas e repassar a órgãos públicos necessidades de providências importantes.

Outra medida extrajudicial é a requisição de documentos aos órgãos públicos, inclusive, concessionários, permissionários e autorizatários e, caso não se logre resolver o conflito, antes do ajuizamento de ação, ao menos não haverá lides temerárias. A Defensoria Pública, nesse diapasão, deve prezar pela efetividade e celeridade de suas atuações.

Exemplos de recomendações que já foram executadas foram dirigidas ao Governo do Distrito Federal para que retire entulho acumulado indevidamente em determinado local por provocação da associação de moradores; também a compra de determinado medicamento que não poderia, em tese, faltar no sistema único de saúde; ou, ainda, o concerto de determinado equipamento hospitalar.

A recomendação é apenas um instrumento jurídico extra-processual que pode evitar a judicialização da demanda. A atribuição da Defensoria Pública em bem defender os necessitados, no âmbito individual e coletivo, traz ínsita a possibilidade de se valer de todos os instrumentos jurídicos disponíveis para alcançar a sua finalidade, seja propondo ações civis públicas, seja celebrando termos de ajustamento de condutas e claro, expedindo recomendações.

A recomendação não é uma ordem, uma requisição ou uma imposição de conduta. Tem a natureza jurídica de um pedido de providência, relacionado a um problema identificado e concreto. A matéria comporta outras análises que, face a limitação do tempo, serão objeto de análise na futura dissertação.

Deparando-se a Defensoria Pública com conduta abusiva praticada por instituições financeiras, empresas de telefonia, empresas de energia elétrica, etc, o Defensor Público poderá requisitar documentos necessários e a instauração de procedimento perante as

agências reguladoras, em atuação administrativa de forma a potencializar a eficácia dos provimentos.

Extrajudicialmente, poderá celebrar termos de ajustamento de condutas, diminuindo os custos e desgastes do processo, ou ajuizar ação coletiva de todos os atores envolvidos. O compromisso de ajustamento de conduta é uma possibilidade que se abriu no ordenamento jurídico nacional de solução negociada que se destina a efetivar direitos e interesses coletivos em sentido amplo.

O compromisso de ajustamento de conduta passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro através do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) promulgado pouco antes do Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), onde nesse foi previsto no art. 113, incluindo-se a partir de então, também na lei da ação civil pública²³⁸ (lei 7.347/85).

Portanto, a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta é de um título executivo extrajudicial estabelecido pela via da negociação e se faz materializado no mundo fenomênico através do termo de ajustamento de conduta que deve descrever as várias cláusulas e condições avençadas no compromisso de ajustamento de conduta.

Somente quem tem legitimidade para propor ação civil pública no caso concreto, o tem para propor termo de ajustamento de conduta. Assim sendo, a Defensoria Pública possui legitimidade ativa para entabular o compromisso de ajustamento de conduta, haja vista que possui legitimidade para propor ação civil pública.

A mudança cultural é um imperativo, haja vista que, a mudança de fora para dentro, através de alterações legislativas não prescinde da mudança paradigmática de dentro para fora, através de novos repertórios de modo a ampliar os horizontes da prestação do acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica e não simplesmente ao judiciário.

O aumento da demanda judicial, anota Damasceno²³⁹, leva o Judiciário a estipular metas para julgamentos de feitos em determinados prazos, tal como se todos os casos fossem similares ou se estivéssemos numa simples fábrica de sabonetes ou parafusos. O princípio do acesso à justiça, contudo, pode ser concretizado via judiciário ou de forma extrajudicial.

O tratamento da escalada processual com o possível excesso de demandas no Judiciário deve ser reduzido não apenas com simples imposição de metas pelo Conselho Nacional de justiça que é uma forma superficial de resolução do problema na medida em que

²³⁸ Art. 5º, §6º da lei 7.347/85 dispõe que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” Dispositivos similares tem previsão nas leis ambientais e antitruste.

²³⁹ DAMASCENO, João Batista. Judiciário e República. São Paulo: Estúdio editores.com . 2014. P. 80.

imprime apenas uma abordagem gerencial²⁴⁰ ao complexo problema que deve ser enfrentado pela Defensoria Pública.

No catálogo das funções institucionais da Defensoria Pública, nos termos do art. 4º da lei complementar 80, com alterações da lei complementar 132, inclui-se a de promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos. O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público²⁴¹.

O Defensor Público resolutivo deverá de forma prioritária buscar a solução extrajudicial dos conflitos e promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico. Quanto ao aspecto da resolução extrajudicial de conflitos pode possibilitar, inclusive, a melhor decisão do ponto de vista da população carente quanto a mecanismos outros, que não apenas ajuizamento de ações processuais. A matéria comporta outras análises que, face a limitação do tempo, serão objeto de análise na futura dissertação.

Quanto à orientação jurídica da Defensoria Pública resolutiva, deverá prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições. Esse é um canal para que o Defensor Público possa aproximar-se das comunidades, inclusive, as mais carentes da presença do Estado, protagonizando políticas públicas.

A defesa jurídica do Defensor Público resolutivo, dar-se-á, sempre que possível, nas instâncias administrativas, em todas as instâncias recursais administrativas possíveis, inclusive, de forma a promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais. Outra possibilidade é a de convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

²⁴⁰ Anota LEONARDO SECCHI que o modelo gerencial consiste no modelo organizacional da administração pública que transfere princípios, métodos e ferramentas da administração privada para a administração pública. (LEONARDO SECCHI. Políticas Públicas, conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning. 2012. P.123)

²⁴¹ Nos termos do art. 4. da lei complementar 80, com alteração da lei complementar 132.

As audiências públicas podem ser promovidas pela Defensoria Pública para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais junto à população “necessitada”, inclusive, quando for necessário a orientação jurídica de um conjunto de pessoas.

Possui desta forma, fundamento “*ope legis*” que decorre do que dispõe a lei complementar 80, art. 4º, VII, segundo o qual dispõe que são funções institucionais da Defensoria Pública: “XXII- convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.” A maior utilização de audiências públicas pode fomentar a melhor informação da população carente quanto aos seus direitos, possibilitando a promoção de ações judiciais e extrajudiciais.

A expansão dos marcos jurídicos da Defensoria Pública estende-se em todo o seu amplo espectro de atuação, como exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Na seara criminal deverá acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado e participar do Conselho Penitenciário e demais conselhos dentro de sua esfera de atribuição legal previstos em lei.

A Defensoria Pública resolutiva deve participar, conforme determina o artigo quarto da lei complementar 80, “dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos 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.”

Na esfera da jurisdição voluntária²⁴² ou graciosa, administração pública de interesses privados, a Defensoria Pública deverá exercer a curadoria especial, nos casos previstos em lei, notadamente nos casos determinado pelo código de processo civil. Em alguns casos de jurisdição voluntária a atuação da Defensoria Pública de forma resolutiva pode evitar o

²⁴² “A jurisdição voluntária não visa a atuação do direito mas à constituição de situações jurídicas novas; não há caráter substitutivo; não ha lide, mas negócio jurídico privado; há consonâncias de interesses na consecução do negócio jurídico de uma mesma forma, com a obtenção de um mesmo resultado e não há coisa julgada.(BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol 1. 3ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009. P.261.)

ajuizamento de ação, tais como, divórcio²⁴³ consensual sem filhos incapazes, inventário²⁴⁴ sem interessados incapazes, acordo de alimentos para filhos incapazes.

No entanto, consoante salienta Cassio Scarpinella²⁴⁵, a regra geral é que a jurisdição voluntária seja também necessária e não “voluntária”, não bastando identificar a jurisdição voluntária com o critério subjetivo, porque é prestada pelo Estado-Juiz. E prossegue Scarpinella, “até porque a jurisdição voluntária também é prestada pelo tabelião, pelo juiz de paz, pelos cartórios de protesto, pelos cartórios²⁴⁶ de registro em geral.”

Nesse sentido, algumas formas de atuação da Defensoria pública resolutive seria também uma forma de administração pública de interesses privados e, portanto, jurisdição voluntária. Tal é o acordo de alimentos, acordos cíveis, acordos de família, quando referendados pelo Defensor Público teria eficácia de título executivo extrajudicial.

As funções atípicas da Defensoria Pública prescindem do critério da hipossuficiência meramente econômica, dos quais, são exemplos a curadoria de menores e a curadoria especial de ausentes, erigidos pela lei como indispensáveis ao processo em face da vulnerabilidade jurídica, mas não necessariamente econômica, e em respeito ao princípio do contraditório. Entretanto, os honorários sucumbenciais devem ser arbitrados e destinados ao fundo público da Defensoria Pública destinado ao aparelhamento da instituição.

Diante das incertezas da doutrina sobre qual é a melhor fórmula para caracterizar a jurisdição voluntária, saliente Scarpinella²⁴⁷ que “parece que seu contorno suficiente reside na circunstância de ela pacificar as pessoas mediante a tutela a uma delas ou a ambas em casos de conflito postos diante do juiz, sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra.”

A matéria da jurisdição voluntária, por outro lado, é sobretudo polêmica e muitos autores de nomeada sustentam que a jurisdição voluntária enquadra-se no âmbito da atividade

²⁴³ Nos termos da lei 11.441/2007

²⁴⁴ Nos termos da lei 11.441/07

²⁴⁵ Ibidem. P. 260.

²⁴⁶ Conforme art. 2º da Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 1º - Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei no 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil. Art. 2º - O É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial. Art. 3º - As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.)” disponível no www.cnj.jus.br, acessado em 20/11/2015.

²⁴⁷ Ibidem. p. 260.

propriamente jurisdicional. Athos Gusmão Carneiro²⁴⁸ considera, por exemplo, que na jurisdição voluntária há jurisdição, ação e processo.

Athos Gusmão Carneiro²⁴⁹ faz uma crítica à denominada jurisdição voluntária ao qual seria em alguns casos, uma forma de restrição aos “princípios de autonomia e de liberdade que caracterizam a vida jurídico-privada dos indivíduos, limitação justificada pelos interesses sociais nesses atos da vida privada.”

O Defensor Público demandista ainda é uma necessidade em muitas comarcas que não contam com Defensoria Pública. Entretanto, ao fim do presente capítulo, importa descrever o papel do Defensor Público Resolutivo, que tem um perfil mais moderno. No cenário internacional, de acordo com a Organização dos Estados Americanos, através da Resolução²⁵⁰ 2.714 de 05 de junho de 2012, destaca o trabalho dos Defensores Públicos na defesa das vítimas de violações aos direitos humanos.

²⁴⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competencia. 15a ed. São Paulo, Saraiva.2007.p.45.

²⁴⁹ Ibidem. P. 45.

²⁵⁰ Nos termos da aludida resolução o papel da Defensoria Pública seria o de: “afirmar que o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados; Apoiar o trabalho que vem desenvolvendo aos defensores públicos oficiais dos Estados do hemisfério, que constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do acesso à justiça e à consolidação da democracia; afirmar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade; incentivar os Estados membros que ainda não disponham de Defensoria Pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos; instar os Estados a que promovam oportunidades de cooperação internacional para o intercâmbio de experiência e boas práticas na matéria; incentivar os Estados e órgãos do sistema interamericano a que promovam a celebração de convênios para a oferta de capacitação e formação dos Defensores Públicos oficiais; Apoiar o trabalho da associação interamericana de Defensorias Públicas, no fortalecimento da defesa pública nos Estados membros.

4 - FUTURO: DEFENSORIA PÚBLICA PARA QUE? O PAPEL RESOLUTIVO DA DEFENSORIA PÚBLICA

“Magnus ab integro saeculorum nascitur ordo²⁵¹”. (Virgílio)

4.1 A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEMOCRACIA MATERIAL.

A sociedade contemporânea tem a marca da complexidade. Fenômenos positivos e negativos se entrelaçam em um escala jamais vista, produzindo conflitos de variada ordem. A um só tempo, a “globalização em um mundo líquido” é fator²⁵² de avanços e retrocessos, consoante Zygmunt Baumann²⁵³: “o mundo que chamo líquido porque, como todos os líquidos, ele jamais se imobiliza, nem conserva sua forma por muito tempo.”

De um lado, há a rede mundial de computadores que transforma o mundo em uma aldeia global, o aumento do fluxo do comércio internacional e o maior acesso aos meios de transporte intercontinentais, às relações interpessoais, às empresas, cada vez mais transnacionais, e aos países, cada vez mais unidos em blocos. No Brasil, a internet tem possibilitado a articulação em mídias sociais de milhões de pessoas com finalidades políticas, tais como, protestos contra aumento de tarifas de ônibus, contra a corrupção, etc.

De outro lado, complexas mazelas assolam as pessoas, como o tráfico de drogas, de mulheres, de órgãos humanos e de armas e o terrorismo²⁵⁴ campeia em meio à emigrações de gigantescos contingentes de pessoas²⁵⁵. No Brasil, a proliferação de conflitos internos, tais como, desemprego, violência, precarização das relações de trabalho, tortura policial, sistema

²⁵¹ A grande ordem dos séculos nasce em bases novas.

²⁵² O mundo líquido de Zygmunt Baumann é também uma era de paradoxos que encantam e desencantam, em que a civilização do desperdício, do imediatismo e da superficialidade convive com outra, feita de bolsões de pobreza, fome e violência. Por outro lado, paradoxalmente, houve avanço da democracia e dos direitos humanos em muitas partes do globo, com redução da mortalidade infantil e aumento significativo da expectativa de vida. Um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores. BAUMAN, Zygmunt. 44 cartas do mundo líquido. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. P. 7-12.

²⁵³ BAUMAN, Zygmunt. 44 cartas do mundo líquido. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. P. 7.

²⁵⁴ Um gesto simbólico marca a luta mundial por direitos humanos: Uma Paquistanesa de dezessete anos, Malah Yousafzay, ganhou o prêmio nobel da paz por desafiar o grupo armado Talibã, ao lutar pelo direito de meninas estudarem no país, chegando a sofrer um atentado.

²⁵⁵ Milhões de sírios emigram do país em 2015, buscando refúgio em vários países da Europa, ao fugirem da Guerra contra o Estado Islâmico, que busca o domínio pela força, à revelia dos instrumentos democráticos. Os próprios organismos internacionais multilaterais, surgidos após a Segunda Guerra Mundial, já não conseguem produzir consensos relevantes e impedir conflitos que proliferam pelas causas mais diversas, do expansionismo ao sectarismo religioso.

único de saúde precário, trabalho em condições análogas às de escravos, fraco sistema educacional, vem consumindo vidas, sonhos e projetos de um mundo melhor.

No contexto do “constitucionalismo global”, da “boa governança” e da “interconstitucionalidade”, observa Inocêncio Mártires Coelho²⁵⁶, os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes, como universalizáveis são os princípios democráticos que presidem à organização do Estado e se destinam a assegurar a legitimidade da sua autoridade e a legalidade das suas ações. Ao sistema constitucional dos diversos países compete assegurar operacionalidade a estes princípios, mediante mecanismos de integração/participação.

O mundo contemporâneo globalizado revela-se paradoxal do ponto de vista dos progressos e retrocessos na observância fática e jurídica da dignidade da pessoa humana. Segundo Zygmunt Baumann²⁵⁷, “o retrato que camus pinta do destino humano e de suas perspectivas localiza-se em algum lugar entre sísifo e prometeu, lutando em vão, mas obstinado e incansavelmente para unir e fundir os dois.” Nessa leitura, a famosa frase de Descartes, “cogito, ergo sum”, tem uma releitura filosófica no século XXI: “ eu me revolto, logo, nós existimos.”

Ao longo de três anos pesquisados o volume de dados de acordos extrajudiciais foi significativamente ampliado, conforme demonstra o terceiro diagnóstico²⁵⁸ da Defensoria Pública. No Rio de Janeiro, 52.985 acordos extrajudiciais em 2006, 70.646 em 2007 e 88.311 em 2008. Já no Maranhão foram 27 acordos extrajudiciais em 2006, 51 em 2007 e 45 em 2008.

A pedra de toque do modelo do acesso à justiça está no papel institucional da Defensoria Pública entre a população de baixa renda e o judiciário. A questão do acesso à justiça ganha relevo em um cenário de crise econômica, política e social, haja vista que a faixa da população mais pobre é a que mais sofre nos momentos de desemprego econômico, redução do dinheiro circulando e de oportunidades de emprego.

Consoante dados técnicos do terceiro diagnóstico²⁵⁹ da Defensoria Pública, observa-se que há Defensorias Públicas de algumas unidades da federação que não apresentavam nenhum programa, ação ou projeto que contemple formas alternativas de resolução de conflitos. São eles: Maranhão, Paraná, Minas Gerais, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

²⁵⁶ Ibidem, p. 320.

²⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. 44 cartas do mundo líquido. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. P.220

²⁵⁸ Acessado em 15/11/2015, p. 156 em www.anadep.org.br

²⁵⁹ O terceiro diagnóstico da Defensoria Pública pode ser acessado no www.anadep.org.br, acessado em 10/11/2015.

Esse, portanto, é um dado alarmante, na medida em que o paradigma resolutivo não está nem sequer germinado, quanto mais disseminado.

O judiciário, por outra aresta, com seus esquemas rígidos, burocráticos e escalonados de resolução de conflitos tem testemunhado o mito de Sísifo em seu dia-a-dia, trabalhando exaustivamente sob a pressão de metas do Conselho Nacional de justiça, que se renovam ano-a-ano, sob elevadíssimo custo ascendente, mas com resultado insatisfatório quando comparado ao tempo, energia humana e dinheiro gasto.

O mundo globalizado contemporâneo vem operando uma vertiginosa mudança civilizatória, denominada por Mario Vargas Llosa²⁶⁰ como “civilização do espetáculo”. Segundo ele, a “civilização do espetáculo” está cingida ao âmbito da cultura, não entendido como mero epifenômeno a vida econômica e social, mas como realidade autônoma, feita de ideias, valores estéticos e éticos, de obras artísticas e literárias que interagem com o restante da vida social e muitas vezes são a fonte, e não o reflexo, dos fenômenos sociais, econômicos, políticos e até religiosos.

A democracia contemporânea caracteriza-se pelo autogoverno do povo²⁶¹, pelo povo e para o povo, que nos termos da constituição será exercida diretamente ou por meio de seus representantes. Quando o poder judiciário exerce uma função contra majoritária em alguma decisão, julgando uma lei inconstitucional, o faz também no exercício do princípio democrático, consoante Luis Roberto Barroso.²⁶²

A democracia na sociedade contemporânea brasileira não prescinde de instrumentos de empoderamento da população necessitada, sem a qual, ela será meramente formal. A Defensoria Pública, portanto, deve ser pensada a partir desse pressuposto epistemológico, ou seja, como um órgão com um olhar diferenciado, voltado para a população necessitada.

²⁶⁰ LLOSA, Mário Vargas. Tradução Ivone Benedetti. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. P. 22.

²⁶¹ “todo governo emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.” (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988)

²⁶² BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2010. No mesmo sentido no artigo: “ A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da maioria.” Em sentido contrário, Daniel Sarmiento aduz que: “há uma tensão potencial no convívio entre o constitucionalismo e a democracia. De forma bem esquemática, a democracia identifica-se com o governo do povo, postulando o predomínio da vontade da maioria, enquanto o constitucionalismo preocupa-se com a limitação ao exercício do poder, estabelecendo barreiras para o exercício da soberania popular. São dois ideais que surgiram de concepções distintas: o ideário democrático confia no exercício do poder pelos agentes do povo, ao passo que o ideário constitucionalista, de matriz liberal, busca a contenção jurídica do poder, preocupado com a salvaguarda das liberdades individuais dos governados. A primeira aposta na vontade das majorias como forma de legitimação do exercício do poder e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões.” SAMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: *A Constitucionalização do Direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007. P. 127.

A noção²⁶³ de “democracia” passou por várias mutações semânticas ao longo da história, razão pela qual não se deve com propriedade comparar a “democracia direta” praticada em Atenas na Grécia²⁶⁴, onde não havia sociedade em sentido estrito, mas comunidade, com as democracias praticadas no mundo globalizado do século XXI, notadamente, sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Mas o propósito da pesquisa não é a de fazer a “genealogia filosófica da grande aventura humana chamada de democracia”²⁶⁵. O seu propósito é definir o papel democrático da Defensoria Pública e o seu “locus” institucional no âmbito do Estado Democrático de Direito, em suma: lutar por uma sociedade mais democrática. Afinal, “nenhum movimento do pós-guerra encarnou tão bem essa busca ardente de efetividade como o movimento de acesso à justiça”, conforme José Augusto Garcia de Sousa²⁶⁶.

Decifrar o perfil dessa Defensoria Pública resolutiva é tarefa complexa e em construção, haja vista, que não há modelo pronto e acabado. Conforme cita Inocêncio Mártires Coelho²⁶⁷: “Compreender a coisa que surge diante de mim não é outra coisa senão elabora um primeiro projeto que se vai corrigindo, progressivamente, à medida que progride a decifração.”

Se o paradigma da Defensoria Pública “demandista”, cujo foco é a resolução judicial dos conflitos individuais e coletivos, está superado como modelo hegemônico, no paradigma “resolutivo²⁶⁸”, cujo foco precípua é a resolução extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos, tem-se um amplo espectro de possibilidades para a Defensoria Pública.

²⁶³ “A questão da indeterminação dos conceitos resolve-se na historicidade das noções – lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado, há, na verdade, noção. E a noção jurídica deve ser definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradicções e superações sucessivas que é, pois, homogênea, ao desenvolvimento das coisas (Sartre).” GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006. P.242.

²⁶⁴ “A polis grega, o império Romano e as comunidades feudais e monarcais da idade media constituíam não propriamente sociedades, mas comunidades.” GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo horizonte: Ed. Del Rey. 2001. P. 47.

²⁶⁵ GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande Aventura humana. Trad. BERLINER, Cláudia. São Paulo. Martins Fontes. 2003

²⁶⁶ “basta ver a figura das três célebres ‘ondas’ renovatórias do acesso, símbolo do movimento. As ondas consistem em uma seleção de problemas práticos – os obstáculos econômico, organizacional e processual- a serem atacados e, na medida do possível, solucionados.”SOUZA, José Augusto Garcia. A nova lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas. In: a Defensoria Pública e os processos coletivos. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. 2008. P. 193.

²⁶⁷ Ibidem, p. 151.

²⁶⁸ Art. 4º, II da lei complementar 80 prevê a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios como dever funcional dos Defensores Públicos. O art. 134 da Constituição Federal também reforça este papel, nos seguintes termos: “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.” Disponível no www.planalto.gov.br, acessado em 11/11/2015.

Os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional da Defensoria Pública foram incorporados ao texto constitucional a partir da Emenda Constitucional 80, que determinou ainda, a aplicação à Defensoria Pública no que couber o disposto no art. 93²⁶⁹ e no inciso II do art. 96²⁷⁰ da Constituição Federal. Destarte, os princípios constitucionais aplicáveis à magistratura serão no que couber aplicáveis à Defensoria Pública. A locução “no que couber” deve ser explicitada pela lei orgânica da instituição.

²⁶⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º; VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; VII - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal; VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; VIII-A - a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a, b, c e e do inciso III - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; XV - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

²⁷⁰ Art. 96, II: - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

A unidade institucional deve ser construída democraticamente, de dentro para fora da instituição Defensoria Pública. Em relação à sociedade a Defensoria Pública deve estar aberta para articular e interagir com os diversos sujeitos de direito, individuais ou coletivos, que compõe o seu campo de atuação. Consoante Marcelo Pedroso Goulart²⁷¹, “A construção democrática da unidade institucional supõe a participação da sociedade no processo de definição das prioridades institucionais.

A democracia não deve ser pensada como apenas um regime político possível entre outros modelos de governo. Consoante lembra Simone Goyard-Fabre²⁷², não são os artigos de uma constituição que fazem a democracia. É mais complexo do que isso. A ambivalência da democracia existe em todos os tempos. São suas as palavras que seguem:

Ela faz parte do horizonte da natureza humana, ao mesmo tempo cheio de luz e carregado de nuvens. Porque ela é a energia de uma ideia, ela é uma disposição reguladora rica em esperança; porque ela pertence a um contexto humano, está marcada por uma precariedade essencial. Entre o desejo de uma união harmônica e serena de homens livres e iguais e o peso de um individualismo que ameaça ser anárquico, a democracia é, em sua própria essência, habitada por um déficit que é inerente à sua natureza e que se traduz por um estado de instabilidade e de crise que a ambivalência da natureza humana impõe às suas maiores obras. Ela se alimenta sempre das mais elevadas esperanças e ela é sem trégua, minada pelas mais angustiantes crises; mas ela não é nem a utopia de uma cidade do sol, nem o mito do inferno. Obra humana a ser sempre repensada e recomeçada, ela remete a condição humana, diante de toda a história, a seu sentido mais profundo e mais perturbador: sempre imperfeita, essa grande aventura humana é um fardo pesado de carregar.

Incumbe aos órgãos de execução da Defensoria Pública a implementação do objetivo estratégico construído pela instituição, por meio dos planos e programas de atuação que definem as prioridades administrativas e gerenciais da instituição.

O princípio da “indivisibilidade decorre do princípio da unidade”, consoante Marcelo Pedroso²⁷³, “distinguindo-se deste por sua conotação processual e procedimental, ou seja os membros da Defensoria Pública podem ser substituídos, um pelo outro, no mesmo procedimento ou processo, sem prejuízo para o exercício das funções institucionais.”

²⁷¹ Ibidem. P. 133.

²⁷² GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. BERLINER, Cláudia. São Paulo. Martins Fontes. 2003.p 349.

²⁷³ Ibidem. P. 134.

O princípio do Defensor natural não se conflita com o princípio da indivisibilidade porque é uma garantia que decorre da inamovibilidade, ou seja, o Defensor Público não pode ser removido por eventual ato arbitrário do chefe da instituição, o Defensor Público geral.

É uma garantia, em última instância, da própria sociedade como agente político dotado de efetiva independência para a defesa do cidadão ou grupos de cidadãos, haja vista que o Defensor Público em execução não poderá ser pressionado para agir desta ou daquela maneira, direcionado por interposta pessoa indevidamente. Garante também dignidade institucional e assegura independência funcional ao Defensor Público em execução.

Não bastando a previsão constitucional da Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988, como instituição hábil a prestar assistência integral e gratuita, sem que se dessem os instrumentos institucionais para tal desiderato, duas Emendas Constitucionais foram de fundamental relevo para um modelo mais democrático das Defensorias Públicas: A Emenda Constitucional 45 e a Emenda Constitucional 80.

É que, segundo o programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD),²⁷⁴ “a democracia implica o acesso ao poder do Estado (por meio de eleições) e a vigência do Estado de Direito.” Pressupõe, portanto, um regime político e uma forma de organizar o poder, de forma que o Estado não vulnere os direitos políticos, civis e sociais dos cidadãos e cidadãs.

Em suma, a população necessitada não teria acesso aos seus direitos, sem uma Defensoria Pública estruturada. Nesse sentido a Emenda Constitucional 45 proporcionou avanços democráticos nas instituições nacionais.

A decantada crise do direito é, antes, uma crise da democracia na era da globalização. A variedade da expressão globalização, tais como, universalização, aldeia global, transnacionalização, mundialização, de um certo modo já diz muito sobre o conceito ainda em construção, consoante discorre Alexandre Wundelich²⁷⁵. Não basta, no entanto, a constatação da crise do direito, mas é necessário repensar o próprio modelo democrático e, portanto, a posição da Defensoria Pública nesse cenário.

²⁷⁴ PNUD. A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs. Santana do Parnaíba: LMeX. 2004.

²⁷⁵ “A heterogeneidade da expressão globalização – mundialização, transnacionalização, universalização, aldeia global, Estado ou cidade global, terrapátria, nave espacial, nave de Babel, Disneylandia global, shopping center global, etc.- informa que o próprio conceito ainda não está devidamente concluído, vez que existem múltiplas teorias empenhadas em esclarecer as suas condições e os seus significados.” WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista da barbárie: reafirmação dos direitos humanos. In: Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 10.

A emenda constitucional 45 foi um marco jurídico para o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, notadamente, por ter criado o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e por ter garantido, no âmbito da Defensoria Pública²⁷⁶ a dos Estados, a autonomia financeira, administrativa e iniciativa de proposta orçamentária.

Antes do advento da Emenda Constitucional 45/2004, a Defensoria Pública era um órgão subordinado do poder executivo, com forte dependência governamental, por exemplo para decisão de abertura de concurso público, não havia o repasse duodecimal e, por conseguinte, qualquer pagamento de despesa teria que passar pela autorização do executivo.

Trata-se de medidas assaz pertinentes na medida em que a Defensoria Pública, para a plena defesa dos necessitados, na forma da constituição, muitas vezes não prescindirá de litigar contra a própria unidade federativa em que está vinculada, de forma individual ou coletiva, gerando potencial conflito de interesses.

A autonomia administrativa, financeira, funcional e de iniciativa de proposta orçamentária adveio em ordem a evitar possíveis represálias, com prejuízo ao imperativo da assistência jurídica integral e gratuita prestada pela Defensoria Pública. Assim, a Defensoria Pública não deve obediência a nenhuma autoridade de nenhum dos Poderes do Estado, excetuado o que dispõe a constituição federal e a lei.

Observe-se que, quanto à Emenda Constitucional 80²⁷⁷, houve novos avanços no âmbito da Defensoria Pública: estabeleceu-se que a lotação dos Defensores Públicos ocorrerá “prioritariamente, atendendo às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.” Essa nova cultura de fomento à resolução extrajudicial de conflitos na forma individual ou coletiva deve ser promovida pela Defensoria Pública, não apenas no âmbito interno da instituição, mas externamente para toda a sociedade, através de palestras, seminários, audiências públicas, cursos de orientação jurídica e cidadania, etc.

²⁷⁶ "Art. 134 § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (...) Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º." Disponível no www.planalto.gov.br, acessado em 11/11/2015.

²⁷⁷ Emenda Constitucional 80 inseriu o seguinte mandamento constitucional: Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98 : "[Art. 98.](#) O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional."

Após o advento das Emendas Constitucionais 45 e 80, a insuficiência administrativa e estrutural da Defensoria Pública deve ser colocada sob perspectiva, na medida em que ela é momentânea e transitória. A Defensoria Pública pode protagonizar esse espaço institucional resolutivo.

Os programas, ações e projetos que contemplam formas alternativas de resolução de conflitos na Defensoria Pública, segundo o terceiro diagnóstico²⁷⁸, são: Na Bahia há regulamentação fundiária e mediação familiar. No Ceará há o Núcleo de justiça comunitária. Na Defensoria Pública da União há Câmaras de conciliação previdenciária. No Acre há Central de Alimentos. No Rio de Janeiro há mediação e consultoria. Em Tocantins há mesas de conciliação. No Pará há núcleo de mediação e arbitragem. A tendência, no entanto, é que tais programas devam se disseminar na medida em que o orçamento da Defensoria Pública for aumentado.

Mutirões de mediação poderão ser promovidos pela Defensoria Pública resolutive em comunidades carentes, notadamente, em localidades carentes de recursos onde o Estado ainda é ausente, junto às organizações do terceiro setor, associações sem fins lucrativos, sindicatos, associações de bairro, escolas, escolas-piloto das faculdades de direito que prestem assistência jurídica à população.

A lei complementar 80 e o novo código de processo civil privilegiam o paradigma de atuação resolutive da Defensoria Pública. Portanto, tem-se um bloco jurídico que, por todos os ângulos, recomenda um Defensor Público com uma nova cultura e um novo paradigma de atuação. Nessa perspectiva, indaga-se mais uma vez: que tipo de Defensor Público é esse? Com o auxílio de Inocêncio Mártires Coelho²⁷⁹, vislumbra-se o perfil cultural desse Defensor Público:

O século XXI deve abandonar a visão unilateral que define o ser humano pela racionalidade (homo sapiens), pela técnica (homo faber), pelas atividades utilitárias (homo economicus), pelas necessidades obrigatórias (homo prosaicus). O ser humano é complexo (homo complexus) e traz em si, de modo polarizado, caracteres antagonistas: sapiens e demens (sábio e louco); faber e ludens (trabalhador e lúdico); empiricus e consumans (econômico e consumista); prosaicus e poeticus (prosaico e poético).

²⁷⁸ O terceiro diagnóstico da Defensoria Pública pode ser acessado no www.anadep.org.br, acessado em 11/11/2015.

²⁷⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermeneutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos. 2a ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 97.

Portanto, não há esforço hercúleo que possa definir o Defensor Público resolutivo “a priori”, ou seja, antes da empiria, porquanto essa tarefa é incognoscível após o duplo giro linguístico da filosofia, notadamente porque é um modelo em construção permanente, não havendo um receituário para a questão filosófica do ser no mundo e a noção de que “a pre-compreensão é uma antecipação da compreensão posterior”, consoante Inocêncio Mártires Coelho²⁸⁰. O Defensor Público deve, consoante Inocêncio Mártires Coelho²⁸¹: “compreender sua unidade na diversidade, sua diversidade na unidade.”

Defensor Público resolutivo deve assumir um espaço de maior interlocução com a sociedade, entre outras coisas, antecipando-se os litígios individuais e coletivos, visitando escolas públicas para educação em cidadania e direitos, articulando-se com os movimentos sociais e tomando todas as iniciativas para a concretização da dignidade da pessoa humana.

A positivação do “valor dignidade humana em documentos internacionais, assim como na maioria das constituições de países das mais diversas latitudes ideológicas”, explica Inocêncio Mártires Coelho²⁸², atesta que, muito embora possa comportar formas e graus variados de concretização, o respeito a esse valor alcançou reconhecimento generalizado, apesar de alguns retrocessos pontuais, que não chegam a comprometer essa conquista, antes despertam a comunidade das nações para a necessidade de expandir/adensar o seu conteúdo e tornar irreversíveis os avanços alcançados.

Nessa perspectiva, estará em um plano mais horizontal com as comunidades pobres e, portanto, mais apto à interlocução. Sem mínimas informações sobre seus direitos constitucionais e legais o cidadão, em geral, possui poucas capacidades reais de participação política e influencia na vida pública.

A ampliação do diálogo institucional deve ter um espaço privilegiado na Defensoria Pública, como forma de construção de decisões menos verticais e desgastantes. O processo de judicialização das políticas públicas tem provocado um intenso debate ultimamente, com vozes propugnando que tais políticas dependem de decisões construídas mais horizontalmente, a partir da interlocução permanente entre magistrados, administradores, técnicos, universidades e associações da sociedade civil, consoante propugna Cláudio Pereira de Souza Neto²⁸³.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 96.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 96.

²⁸² *Ibidem*, p. 318.

²⁸³ Como observado anteriormente, decisões judiciais que não observem mais detidamente suas consequências práticas podem acabar por produzir efeitos contrários aos valores que lhes inspiraram. Decisões que levam à retirada da UTI de paciente que se encontra em estado mais grave para que seja internado paciente que está em estado menos grave são injustas e irracionais: tratam desigualmente os cidadãos e impedem a realização de

Pode-se relacionar três modelos principais de tutela extrajudicial pela Defensoria Pública, consoante Júlio Camargo de Azevedo²⁸⁴: o primeiro modelo é o estimulativo no qual a Defensoria Pública se utiliza da estrutura pessoal e administrativa de outras instituições, promovendo o encaminhamento de demandas, sem participar efetivamente do processo consensual desenvolvido. O segundo modelo é o cooperativo: em que a Defensoria Pública se utiliza da estrutura pessoal e administrativa de outras instituições, mas efetivamente participa do processo consensual desempenhado. O terceiro modelo é o autônomo, no qual a Defensoria Pública, por meio de recursos financeiros e administrativos próprios, consolida uma política institucional de resolução extrajudicial de litígios, perseguindo as finalidades constitucionalmente atribuídas à instituição.

Dos três modelos referidos, o modelo autônomo é com maior potencial transformativo e que mais se aproxima do modelo de Defensoria Pública resolutiva, haja vista a maior possibilidade da atuação direta do Defensor Público para resolução dos problemas imediatos apresentados, mas também dos mediatos, que por vezes não ocorrem às partes necessitadas envolvidas.

Impõe-se também uma nova cultura bem como um novo paradigma²⁸⁵ de postura institucional do Defensor Público que envolve aspectos complexos da problemática. A denominada crise do Direito não será resolvida com a simples mudança de códigos ou de leis, nem tampouco com a simples gestão processual realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, consoante exposto no capítulo anterior.

É justamente pela crise do modelo de Defensoria Pública demandista que se pensa, a partir desse “locus”, um novo paradigma de um Defensor Público resolutivo. “A filosofia política não pode se contentar com a constatação da crise e mal estar que caracterizam a democracia, em razão de suas exigências reflexivas,” conforme lembra Simone Goyard-

outras finalidades também positivamente valoradas pela constituição. Para evitar esse tipo de erro, impõe-se ao judiciário aprofundar o diálogo com o executivo, especialmente com as instâncias de execução das políticas sociais. NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2008. P.546.

²⁸⁴ AZEVEDO, Júlio de Camargo; ELTHON, Siecola Kersul. Novo CPC abre novos modelos de participação da Defensoria Pública nos litígios. Publicado em 05 de outubro de 2015 em www.conjur.com.br

²⁸⁵ Um paradigma compreende quatro elementos, como ensina Thomas Kuhn, “princípios metafísicos gerais, hipóteses, metodologias e instrumentos específicos. Os princípios gerais integram algumas indicações abstratas relativamente simples sobre os modos de funcionamento da sociedade e, mais especificamente, do campo político, e constitui uma meta-imagem social coletivamente legítima. As hipóteses e leis disciplinam o conjunto de axiomas, hipóteses ou raciocínios que estabelecem um vínculo entre o sistema simbólico e o universo concreto. Asseguram a operacionalização dos princípios metafísicos gerais. O elemento formal ou facilmente formalizável da matriz disciplinar. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7 ed. São Paulo: editor Perspectiva. 2003.

Fabre²⁸⁶ e que, “repetindo-se ao longo dos séculos, foi se acentuando para atingir hoje, ao que tudo indica, um ponto culminante.”

O Defensor Público resolutivo deve estar consciente de que o sistema democrático não se aparta do modo econômico de produção e que a crise democrática é antes da crise da infraestrutura econômica. No epicentro do discurso político no sistema capitalista situa-se a ideia de democracia, consoante Marilena Chauí²⁸⁷, quando lembra que “as formações sociais totalitárias cresceram à sombra da crítica à democracia liberal, considerada responsável pela desordem e caos socioeconômicos, porque abandona a sociedade à cobiça ilimitada dos ricos e poderosos. A democracia é o mal”.

A democracia não é um fim em si mesmo, mas um meio de melhor servir o povo. Conforme Marilena Chauí²⁸⁸, “na luta contra os totalitarismos, os Estados capitalistas afirmaram tratar-se do combate entre a opressão e a liberdade, a ditadura e a democracia. A democracia é o bem.”

A “política (inclusive a democrática) implica não só consenso e conflito, mas também princípios e políticas públicas”, observa Marta Assumpção Rodrigues²⁸⁹, para quem a democracia não elimina a pobreza, nem produz eficiência administrativa, “contudo é na vigência de um regime democrático que temos a chance de produzir bens comuns, como liberdade, paz social, igualdade, etc.”. Em outras palavras, o que acontece no processo político determina não só nossas metas sociais, como também o conteúdo e a distribuição (civis, políticos e sociais). Para que sejam efetivos, esses direitos dependem, por sua vez, do reconhecimento por parte de uma autoridade – isto é, do Estado.

²⁸⁶ Ela tentou explicar esse mal-estar generalizado de diferentes maneiras. Os marxistas enfatizaram a diferença entre a “democracia formal” e a “democracia real”; Tocqueville deplorou a onda tumultuosa do individualismo e o peso esmagador da opinião pública; Nietzsche procurou no embrutecimento do homem democrático as razões da insatisfação que o mata; Heidegger incriminou a técnica; Hannah Arendt procurou a fonte do mal democrático no divórcio entre a palavra e a ação; J. Habermas deplora a inadequação dos paradigmas do direito político às aspirações dos povos de hoje; Paul Ricoeur fala da diluição dos valores; outros invocam a corrupção dos costumes, o perigo das ideologias, a miragem das fantasmagorias e das utopias, o pagamento da memória histórica, a penumbra do labirinto existencial... pela diversidade de facetas que ela revela e através da multiplicidade de explicações que se tenta dar, percebe-se que a crise atual da sociedade democrática vai ao encontro da “crise da consciência europeia” cujos estigmas Husserl já identificava nos anos trinta. GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande Aventura humana. Trad. BERLINER, Cláudia. São Paulo. Martins Fontes. 2003.p 344-345.

²⁸⁷ CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 13a ed. São Paulo: ática. 2003. P.403.

²⁸⁸ Nos dois casos, a democracia erguida, ora como o mal, ora como o bem, deixava de ser encarada como forma da vida social para tornar-se um tipo de governo e um instrumento ideológico para esconder o que ela é, em nome do que ela vale. Tanto assim, que os grandes Estados capitalistas, campeões da democracia, não tiveram dúvida em auxiliar a implantação de regimes autoritários (portanto antidemocráticos) toda vez que lhes pareceu conveniente. Ibidem, CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 13a ed. São Paulo: ática. 2003. P.403.

²⁸⁹ RODRIGUES, M. Assumpção Marta. Políticas públicas. São Paulo: publifolha.2005.p.67.

A infraestrutura econômica²⁹⁰ determina a superestrutura das instituições. Impossível falar-se sobre a democracia com seriedade, sem se falar nas mazelas do sistema econômico. Conforme Marta Assumpção Rodrigues²⁹¹, “existe de fato uma crise, mas não se trata de uma crise da democracia; é uma crise do sistema econômico predominante do capitalismo.” Por outro prisma, a democracia material deve “fazer com que, em termos de sua eficácia, os direitos políticos predominem sobre o poder econômico” e desenvolver entre os seus membros, um sentimento de responsabilidade comum pelo funcionamento da democracia.”

Essa assertiva não advém de um marxista, nem de um marxiano, mas de um jurista positivista, qual seja Hans Kelsen²⁹², que embora não fosse contra uma democracia combinada com o socialismo, negava que para realizar esse programa, fosse necessário redefinir o conceito de democracia, pois, “uma redefinição da democracia – como nos mostra a teoria soviética – é uma perigosa iniciativa, pois pode fornecer – e quando elaborada nos moldes da teoria soviética de fato fornece – um instrumento ideológico para um movimento político voltado contra a democracia.”

Em seu livro dedicado ao tema da democracia, aduz Kelsen²⁹³ o seguinte:

“uma reforma ou revolução podem ser necessárias ou inevitáveis. Essa reforma ou revolução não implica uma modificação na essência da democracia, mas na supressão do sistema econômico predominante. O estabelecimento de um sistema econômico socialista e a nacionalização dos meios e do processo de produção podem ter o efeito de melhorar o padrão econômico médio da massa do povo, mas não irá reviver a democracia. Já será muito se não destruir a democracia e sem dúvida não terá por efeito “resgatar a importância dos direitos políticos”. Pelo contrário, é bastante possível que, se existir um sistema econômico que assegure a todos a satisfação de suas mais importantes necessidades econômicas, o interesse pela política diminuirá sensivelmente, sobretudo se um sistema econômico socialista for conjugado com uma política externa que consiga estabelecer uma organização internacional capaz de assegurar uma efetiva segurança coletiva”.

A crítica de Kelsen parece atual em vários aspectos. Entretanto, não é o conceito de democracia que muda, mas as pré-compreensões do intérprete é que se ajustam às diferentes noções de ideologia no tempo e no espaço, consoante o giro linguístico da filosofia, haja vista

²⁹⁰ A doutrina de Karl Marx sustentava que a infraestrutura econômica condiciona a superestrutura jurídica e política, fundando a concepção negativa de Estado à crítica dogmática do sistema capitalista. As revoluções industriais dos séculos XVII e XVIII seriam o resultado da emancipação política da burguesia, como detentora dos fatores de produção e, portanto, dos meios necessários ao domínio do restante da sociedade.

²⁹¹ *Ibidem*. P. 68.

²⁹² KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. P. 264.

²⁹³ KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. P. 264.

que o direito é por natureza ideológico. Por isso não se pode falar em neutralidade do intérprete, tampouco em princípio processual da verdade real.

A noção de democracia não prescinde das pré-compreensões do intérprete, assim como de uma Defensoria Pública Democrática. “Ao falar do processo interpretativo é necessário dizer a partir de que se fala, isto é, quais os pressupostos que orientam e condicionam esse processo”, consoante Plauto Faraco Azevedo²⁹⁴. Para uma Defensoria Pública democrática não se prescinde de um contínuo aperfeiçoamento da formação do Defensor Público ao longo da carreira, visando a melhoria contínua de sua atuação.

A dogmática jurídica, por essa via, não se realiza sem passar pelo processo hermenêutica. “O que, a esse respeito se postula, é tão só o reconhecimento da dimensão social desse trabalho, orientado para a reconstrução das normas e conceitos jurídicos em função das necessidades historicamente configuradas”, conforme Plauto Faraco de Azevedo²⁹⁵:

Vale dizer, não pode ele ser um estudo de estática jurídica, das leis pelas leis, dos conceitos jurídicos pelos conceitos jurídicos, de filigranas relativas ao arranjo interno das instituições, tudo impregnado por sutil sistematização lógico-formal. Destinando-se a projetar-se no meio social, não poderá ignorá-lo, sob pena de tornar-se um mero jogo do espírito, destinado a desenfasiar juristas mais interessados em sutilezas analíticas do que nos problemas deste mundo. No desdobramento de sua função “tarefa de investigação-interpretação e de construção-reelaboração da norma e da realidade”, visando a dar solução a problemas emergentes do inter-relacionamento humano, não pode a Dogmática Jurídica perder de vista a perspectiva social a que se destina, exaurindo-se no logicismo ou no formalismo conceitual.

Muitas são as dificuldades para a concretização dos direitos fundamentais e da democracia no Brasil, embora o “senso comum teórico” aponte para a vigência de uma plena democracia no país. Essa visão míope desconsidera que a democracia não decorre das belas palavras utilizadas no texto constitucional, mas em sua implementação no mundo da vida.

No sentido material do termo “democracia”, no entanto, deve haver uma redução das abissais desigualdades sociais, do autoritarismo dos agentes dos poderes da república e do totalitarismo dos interesses do mercado capitalista, como condição de possibilidade de sua existência.

²⁹⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e Hermeneutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1989. P.12

²⁹⁵ *Ibidem*.P.32.

Nossa sociedade “é autoritária porque é hierárquica, pois divide as pessoas em qualquer circunstância em inferiores, que devem obedecer, e superiores, que devem mandar”, ressalta Marilena Chauí²⁹⁶, para quem não há percepção nem prática da igualdade como um direito no Brasil. Nossa sociedade também é autoritária porque é violenta: “nela vigoram racismo, machismo, discriminação religiosa e de classe social, desigualdades econômicas que estão entre as maiores do mundo, exclusões culturais e políticas.”

Assim sendo, o princípio da independência funcional do Defensor Público é uma garantia do cidadão, grupo de cidadãos e da própria sociedade, haja vista que, consoante Marcelo Pedroso Goulart²⁹⁷, “instituída para dar ao povo, segurança de contar com um agente político, que no exercício de suas funções de defesa dos interesses sociais, possa atuar com independência, imune às pressões de poder.”

O Defensor Público, portanto, não tem um chefe, submetendo-se no entanto, nos casos de desvio de finalidade ou omissão, à Corregedoria-Geral do órgão. O Defensor Público-Geral não é um chefe do Defensor Público, mas um chefe administrativo da instituição, submetendo-se também ao controle político e jurídico pelos atos que praticar no exercício de suas elevadas funções. Em suma, pelo princípio da independência funcional, pode-se dizer com Marcelo Pedroso Goulart²⁹⁸ que “no âmbito da estrutura da instituição, não existe hierarquia funcional.”

A democracia em sentido material deve permear o âmago da Defensoria Pública, haja vista que, o Defensor Público, no exercício de suas atribuições só deve obediência à sua consciência e ao Direito. À consciência, consoante Marcelo Pedroso Goulart²⁹⁹, entendida esta como uma “consciência autêntica, emancipada e universal” e não aquela egoísta, tacanha, arbitrária e obtusa.

Para o aprimoramento da Democracia no sentido material faz-se “imprescindível dotar a Defensoria Pública de condições materiais e humanas e de instrumentos adequados para que possa cumprir sua missão constitucional”, conforme registra Cleber Francisco Alves³⁰⁰:

²⁹⁶ CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 13a ed. São Paulo: ática. 2003. P.408.

²⁹⁷ Ibidem. P. 136.

²⁹⁸ Ibidem. P. 135.

²⁹⁹ Ibidem. P. 136.

³⁰⁰ ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à Justiça. Tese de Doutorado. In: www.dominiopublico.gov.br dezembro de 2005. Acessado em 29 de agosto de 2015, p. 44. Em abono de sua tese, cita Canotilho para quem, na verdade esse não é um problema exclusivo das nossas sociedades periféricas. Como afirma Canotilho, nas sociedades contemporâneas que se autoproclamam como Estado de Direito, o “direito de acesso ao direito” consiste num bem “escandalosamente distribuído de forma desigualitária”. (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. P. 69)

Os processos de reforma e modernização do judiciário revelam-se de importância crucial para o avanço das instituições democráticas. Todavia, parece-nos que um aspecto primordial desse processo de reforma tem sido ostensivamente negligenciado, fato que se revela ainda mais grave no plano latino-americano em geral e brasileiro em particular: a necessidade do aprimoramento e aparelhamento das instituições estatais encarregadas de prestar o serviço de assistência jurídica e judiciária aos mais pobres, que são a maioria da população do continente. Uma atenção especial deve ser dada aos setores mais marginalizados dessas sociedades: as mulheres, as crianças, os presidiários, os povos indígenas, os negros, os sem-terra e os sem-teto, que enfrentam barreiras quase intransponíveis para acessar a justiça.

O princípio da democracia material impõe à Defensoria Pública que escolha a sua agenda de acordo com as prioridades legais e constitucionais, observando-se as realidades sociais das regiões de maior pobreza. A Defensoria Pública deverá estar atenta à “implementação de políticas públicas que promovam o desenvolvimento, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, materializando, enfim, os direitos fundamentais” consoante Marcelo Pedroso Goulart.³⁰¹

Após as Emendas Constitucionais 45 e 80, conforme exposto, a Defensoria Pública ganha uma nova arquitetura constitucional, com autonomia financeira, orçamentária e administrativa, não integrando mais o Poder Executivo.

Como observa José dos Santos Carvalho Filho³⁰², “círculo interno de poder, o órgão em si é despersonalizado; apenas integra a pessoa jurídica. A capacidade processual é atribuída à pessoa física e jurídica, como bem averba o art. 7º do CPC³⁰³. O órgão não poderia, em regra, ter capacidade processual.” Por outro lado, pacificou-se o entendimento de conferir capacidade processual a certos órgãos para figurar em qualquer dos polos da relação processual, consoante José dos Santos Carvalho Filho³⁰⁴.

A Defensoria Pública encontra-se nessa situação em razão de sua envergadura constitucional como órgão autônomo, razão pela qual a sua capacidade processual é de rigor. A lei 8.078/90, em seu art. 82, III corrobora essa capacidade processual na medida em que reza: que “as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código.

³⁰¹ Ibidem. P. 135.

³⁰² FILHO, José dos Santos Carvalho. Direito Administrativo. 9a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 10-11.

³⁰³ “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.”

³⁰⁴ Ibidem. P. 70

A autonomia administrativa, financeira e orçamentária da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, passível inclusive de legitimidade para ação de descumprimento de preceito fundamental, conforme reconheceu o plenário do Supremo Tribunal Federal³⁰⁵.

A Defensoria Pública não se substitui ao Ministério Público, nem vice-versa. Em que pese, atualmente, ambos tenham legitimidade para a propositura de ações coletivas, a Defensoria Pública, em regra, deve representar os interesses individuais dos necessitados. Na esfera criminal, o Ministério Público, em regra, atua no polo ativo e o defensor no polo passivo da ação penal pública.

Os “integrantes do estratos sociais de maior poder aquisitivo tem sempre à disposição as “armas” que lhe pareçam mais convenientes para lutar por seus direitos”, conforme Cleber

³⁰⁵ ADPF 307 MC-Ref / DF - DISTRITO FEDERAL (Pesquisa Simultânea de Jurisprudência) REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 19/12/2013 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação/PROCESSO ELETRÔNICO/DJe-060 DIVULG 26-03-2014 PUBLIC 27-03-2014 Parte(s)/REQTE(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP ADV.(A/S) : CIANE FIGUEIREDO FELICIANO DA SILVA INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DA PARAÍBA INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DA PARAÍBA/ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS EMENTA Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Referendo. Ato do Poder Executivo do Estado da Paraíba. Redução, no Projeto de Lei Orçamentária de 2014 encaminhado pelo Governador do Estado da Paraíba à Assembleia Legislativa, da proposta orçamentária da Defensoria Pública do Estado. Cabimento da ADPF. Mérito. Violação de preceito fundamental contido no art. 134, § 2º, da Constituição Federal. Autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas estaduais. Medida cautelar confirmada. 1. A Associação Nacional dos Defensores Públicos, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não detém legitimidade ativa para mandado de segurança quando a associação e seus substituídos não são os titulares do direito que pretende proteger. Precedente: MS nº 21.291/DF-AgR-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 20/10/95. Resta à associação a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, único meio capaz de sanar a lesividade alegada. 2. 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. 3. A arguição dirige-se contra ato do chefe do Poder Executivo estadual praticado no exercício da atribuição conferida constitucionalmente a esse agente político de reunir as propostas orçamentárias dos órgãos dotados de autonomia para consolidação e de encaminhá-las para a análise do Poder Legislativo. Não se cuida de controle preventivo de constitucionalidade de ato do Poder Legislativo, ma, sim, de controle repressivo de constitucionalidade de ato concreto do chefe do Poder Executivo. 4. São inconstitucionais as medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação da autonomia funcional e administrativa da instituição. Precedentes: ADI nº 3965/MG, Tribunal Pleno, Relator a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/3/12; ADI nº 4056/MA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1/8/12; ADI nº 3569/PE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/5/07. Nos termos do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, não é dado ao chefe do Poder Executivo estadual, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública quando essa é compatível com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Caberia ao Governador do Estado incorporar ao PLOA a proposta nos exatos termos definidos pela Defensoria, podendo, contudo, pleitear à Assembleia Legislativa a redução pretendida, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para o debate de possíveis alterações no PLOA. A inserção da Defensoria Pública em capítulo destinado à proposta orçamentária do Poder Executivo, juntamente com as Secretarias de Estado, constitui desrespeito à autonomia administrativa da instituição, além de ingerência indevida no estabelecimento de sua programação administrativa e financeira. 5. Medida cautelar referendada.

Francisco Alves³⁰⁶, já os que pertencem às camadas menos favorecidas na distribuição da riqueza social “ficam privados de tais prerrogativas e somente tem recebido uma certa atenção enquanto inseridos num contexto de alguma coletividade (consumidor, sem-terra, favelados, etc.)”.

No que “tange aos seus interesses individuais, os pobres são tratados como cidadãos de “segunda-classe”, visto que os serviços públicos de assistência jurídica são, na maioria das cidades brasileiras, extremamente precários e até inexistentes”, prossegue Cleber Francisco Alves, aludindo que:

Sem Defensoria Pública, ficam - de fato – impossibilitados de “bater às portas” do judiciário para reclamar seus direitos, especialmente aqueles de caráter individual e patrimonial. Inúmeras situações dos cotidiano poderiam ser citadas como exemplo: defender-se contra um credor que lhe cobra uma dívida não devida, contra seu locador que quer despejá-lo injustamente, contra o ex-marido que não paga a pensão alimentícia, regularizar a situação do apartamento popular que herdou de seus pais, realizando o competente inventário, etc. Em nenhuma dessas situações o Ministério Público tem legitimidade para atuar, sendo imprescindível a representação por um advogado ou um Defensor Público.

A Defensoria Pública resolutiva deve perseguir o escopo de concretização dos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como estar a serviço da concretização dos objetivos constitucionais, tais como, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantindo o desenvolvimento nacional; erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais; promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4.2 A Defensoria Pública Resolutiva

A questão do “acesso à justiça” ganha relevo em um cenário de crise econômica, política e social, haja vista que a faixa da população mais pobre é a que mais sofre nos momentos de desemprego econômico, redução do dinheiro circulando e de oportunidades de emprego. Nessa perspectiva não há momento mais oportuno para tratar do tema Defensoria

³⁰⁶ ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à Justiça. Tese de Doutorado. In: www.dominiopublico.gov.br dezembro de 2005. Acessado em 29 de agosto de 2015. P. 45.

Pública, instituição que presta assistência jurídica a quem não possui meios para custear o pagamento de advogado privado e outros vulneráveis.

Sendo o acesso à justiça um direito fundamental, a importância do modelo de assistência jurídica gratuita exercida pela Defensoria Pública, vem sendo adotado por diversos países latino-americanos e ocupando espaço em fóruns internacionais,” consoante Fernando Antonio Calmon Reis.³⁰⁷

A questão das formas autocompositivas de conflitos individuais e coletivos não prescinde de investimentos públicos, por isso a tônica que foi dada à concretização da autonomia financeira, administrativa e iniciativa orçamentária da Defensoria Pública. Com efeito, salienta Fernanda Tartuce³⁰⁸ que “ faz parte da política pública estatal a administração da justiça em geral, de forma que mesmo nas “redes paralelas” de distribuição de justiça sua presença é marcante.”

Tanto no campo cível, quanto nos campos criminal e trabalhista, a Defensoria Pública pode contribuir com políticas públicas de acesso à ordem jurídica justa, sem a interferência do Poder Judiciário, máxime por sua vocação de defesa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Há também vários espaços para a autocomposição que podem ser supervisionados por um Defensor Público e serem executados por uma equipe composta por voluntários ou estagiários, remunerados ou não, além de psicólogos, assistentes sociais, etc.

Em virtude da crise do sistema de justiça de administração e distribuição da Justiça, ensejada principalmente pela limitação de recursos materiais e humanos, observa Fernanda Tartuce,³⁰⁹ a prestação da tutela jurisdicional tem se verificado com grandes percalços.

Há tanto a existência de uma demanda reprimida, impossibilitada de fazer uso do sistema jurisdicional, salienta Fernanda Tartuce³¹⁰, como também a perversa verificação de uma litigância estimulada por aqueles que se aproveitam do uso da jurisdição estatal para obter vantagens diversas.

A defesa criminal pela Defensoria Pública visa tutelar o direito fundamental à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, à duração razoável do processo etc., prescindindo, portanto, do critério meramente econômico, e por isso denominada uma função atípica de sua atuação. Quando o acusado detém situação pecuniária suficientemente cômoda para contratar advogado particular e não o faz, o Defensor Público tem o dever de fazer a sua

³⁰⁷ Ibidem. P. 174.

³⁰⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2a Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015. p. 166.

³⁰⁹ Ibidem. P. 138

³¹⁰ Ibidem. P. 138

defesa criminal, mas pode requerer ao Juiz que arbitre honorários que serão depositados em um fundo público da Defensoria Pública.

Existem vários instrumentos de autocomposição à disposição da Defensoria Pública que podem ser mais explorados do que o são hoje em dia. Ensina Maurício Godinho Delgado³¹¹ que os métodos de solução de conflitos se classificam em três grandes grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição, diferenciando-se pelos sujeitos envolvidos e pela sistemática operacional do processo de solução de conflitos.

O novo Código de processo Civil incentiva mecanismo de ato-composição e a lei 13.140/2015³¹² rege de forma inovadora o instituto da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A mediação é espécie do gênero auto-composição, sendo ainda considerada “um meio alternativo de solução de controvérsia” ou equivalente jurisdicional.

A conciliação, pontifica Jorge Trindade³¹³, é uma forma de resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um conciliador investido de autoridade ou indicado pelas partes, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar as arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do litígio pelas partes.

Arbitragem, observa Trindade³¹⁴, diferentemente da mediação e conciliação que são mecanismos autocompositivos de solução de controvérsias, onde as próprias partes acordam entre si, a arbitragem é um meio compositivo na medida em que o terceiro, denominado árbitro, resolve o conflito em um processo alternativo, voluntário e extrajudicial entre pessoas físicas e jurídicas capazes de contratar no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, sem a necessária tutela do judiciário. A matéria comporta outras análises que, face a limitação do tempo, serão objeto de análise na futura dissertação.

Para alguns estudiosos, identifica-se com a conciliação, que também busca o estabelecimento de um consenso. Todavia, conforme Fernanda Tartuce³¹⁵, “as técnicas divergem pela atitude do terceiro facilitador do diálogo, que na mediação não deve sugerir

³¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: LTR.2006. p. 1368-1369

³¹² A lei 13.140/2015 dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, considerando-se como mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

³¹³ TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito. 7ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado editora. P. 317

³¹⁴ Ibidem. p. 320.

³¹⁵ Ibidem. TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015. p. XI.

termos para o acordo e pode, na conciliação, adotar conduta mais ativa e influenciadora do ajuste final.”

Entende-se por mediação, consoante Fernanda Tartuce³¹⁶, como o método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, ao compreender melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual.

O paradigma resolutivo de atuação da Defensoria Pública não se resolve em esquemas técnicos de utilidades compatíveis com uma ética das consequências, e por isso relativista, mas demanda uma ética compatível com as concretas necessidades dos envolvidos. Daí falar-se em novas alternativas aos conflitos sociais. Deve, no entanto, buscar a resolução preventiva e extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos.

A mediação, salienta Jorge Trindade³¹⁷, é uma forma de autocomposição assistida, ou seja, são os próprios envolvidos que discutirão e irão compor o conflito, mas com a presença de um terceiro imparcial – o mediador. Que não deve influenciar, emitir juízo de valor ou persuadir as pessoas ao acordo.

O mediador³¹⁸, conforme observa Damasceno, não tem capacidade ou autoridade de impor decisão, ao passo que, na arbitragem as partes se submetem, contratualmente, à decisão de terceiros que elegem. O árbitro pode ser leigo e não está obrigado a decidir de acordo com o Direito, podendo fazê-lo com fundamento no que sinta ser mais justo.

O Defensor Público³¹⁹ pode atuar na mediação e aos necessitados será assegurada a gratuidade³²⁰ da mediação. Entretanto, se o Defensor Público³²¹ atuar como mediador ficará impedido de, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, nos termos do art. 6º da lei 13.140/2015. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

³¹⁶ Ibidem. P. XII.

³¹⁷ TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito. 7ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado editora. P. 318

³¹⁸ DAMASCENO, João Batista. Judiciário e República. São Paulo: estúdio Editores. 2014. p. 37.

³¹⁹ As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, nos termos do art. 10 da lei de regência, ou seja, lei 13.140/2015.

³²⁰ Nos termos do art. 26 da lei 13.140/2015.

³²¹ Na mediação extrajudicial, as partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas leis dos juizados especiais estaduais e federais. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública, nos termos do art. 26 da lei 13.140/2015.

O mediador³²² não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador. O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

O Defensor Público resolutivo deve desenvolver a escuta ativa, como técnica de composição de litígios, concentrando-se no “aqui e agora”, perguntando-se às partes sobre eventuais soluções dos conflitos. Nem sempre é o conteúdo da lei que interessa às partes, mas uma questão moral, tal como um simples pedido de desculpas, ou a definição dos dias e horários do exercício do direito de visitas dos pais, sem a guarda dos filhos menores.

Na mediação, por exemplo, as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, nos termos do art. 10 da lei de regência. Por outro lado, comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

O paradigma³²³ resolutivo não é um esquema técnico e utilitarista, mas um modelo que deve ser perseguido culturalmente. Nessa senda, o mundo da técnica tão criticado por Heidegger em face de suas inexoráveis cadeias de utilidades, não é um fim em si. Assim, o mundo da técnica é não contingente, consoante Martin Heidegger³²⁴, isto é não se submete à esquemas de necessidade “a priori”.

O Defensor Público resolutivo que de forma preventiva, imbuído do propósito de resolução extrajudicial do conflito através da mediação extrajudicial, poderá abreviar a potencial controvérsia na medida em que, na hipótese de celebração de acordo, este constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente³²⁵, título executivo judicial.

³²² No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito. Qualquer pessoa capaz poderá funcionar como mediador, desde que não tenha interesse em determinado desfecho da causa.

³²³ Em sua epistemologia, Thomas Kuhn identifica que as aplicações que emanam do paradigma são tão necessárias para a ciência como as leis e as teorias do paradigma. Nesse sentido, o sistema de Justiça brasileiro vem apresentando sinais claros de crise, o que gerou a criação do Conselho Nacional de Justiça, e, portanto, de falência de um modelo de paradigma de acesso à justiça baseado na litigiosidade. KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 7 ed. São Paulo: editor Perspectiva. 2003.

³²⁴ HEIDEGGER, Martin. Trad. Renato Kirchner. Ontologia: (hermenêutica da faticidade). Petrópolis, RJ: Vozes. 2012.

³²⁵ Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

A mediação é orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé.

Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação³²⁶ ao contrário do que se dá na Argentina. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis³²⁷ que admitam transação. A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

O Defensor Público no âmbito da mediação pode providenciar outros mediadores, com a anuência das partes, para funcionarem no mesmo procedimento³²⁸, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional, a partir da data para a qual foi determinada a primeira reunião.

Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que o Defensor Público requererá ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

O Defensor Público pode convidar a parte adversa para o procedimento de mediação. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião. O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

A passagem do modelo de Defensoria Pública demandista para o resolutivo decorre da necessidade de posicionar-se em função integradora e antecipada do seu “locus institucional”,

³²⁶ Nos termos da lei 13.140/2015, no desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

³²⁷ O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público, nos termos da lei 13.140/2015.

³²⁸ No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

elidindo eventual perda de legitimidade. Alexandre Amaral Gavronski³²⁹ parte da percepção de que a crise da modernidade se confunde com a crise do direito na sociedade complexa e impõe a emergência de um novo paradigma jurídico para o desempenho das funções integradora e reguladora do direito caracterizado por uma crescente informalidade, maior participação social e o que tem se convencionado chamar de dessubstantivação ou procedimentalidade (aposta em um modelo mais instrumental que substantivo de direito).

Nessa senda, a Defensoria Pública pode atuar preventivamente de forma ativa e sinérgica em comunidades carentes, inclusive requisitando apoio de outros órgãos públicos e organizações não governamentais, estimulando a iniciativa de diversos órgão, tais como o “ Conselho Regional de Odontologia”, Conselho Regional de Psicologia, “ Conselho Regional de Assistentes Sociais”, “ Conselho Regional de Medicina”, instituições religiosas, sindicais, associações de bairro, etc.

O paradigma resolutivo da Defensoria Pública exige uma nova cultura com uma nova práxis de seus membros, determinada em grande parte pela cultura. Note-se que apenas o foco na resolutividade deve ser priorizado. Assim sendo, é um truísmo dizer que o aspecto de postulação judicial por parte da Defensoria Pública não será abandonada de forma definitiva, mas melhor utilizada na medida em que a jurisdição será provocada como “ultima rãtio” no enfrentamento dos problemas jurídicos.

Embora o modelo resolutivo³³⁰ já venha ganhando espaço de maneira tópica em alguns núcleos temáticos, é preciso ampliar esse espaço. O Núcleo de Saúde da Defensoria Pública do Distrito Federal tem atuado de uma forma extremamente engajada com a Secretaria de Saúde do Governo do Distrito Federal, com o objetivo de minimizar a necessidade de ajuizamento de ações relacionadas à área de saúde. Também há o projeto conciliar é legal da Defensoria Pública do Distrito Federal, em que há uma estrutura ainda modesta que busca a conciliação parajudicial de conflitos sociais, contando com psicólogos, assistentes sociais, estagiários, etc.

Mudança de paradigma notável foi levada a efeito através da lei 11.441/07 que permitiu a realização de divórcio e inventário consensuais diretamente no cartório

³²⁹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva, a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. P. 38

³³⁰ A escola da associação de Defensores Públicos do Distrito Federal, por exemplo, promove cursos para a população, especialmente jovens da rede pública, com o objetivo de levar à cidadania, informação sobre direitos do consumidor, direito constitucional, direito de família, direito penal, etc. Muito comum a realização de mutirões da Defensoria Pública em matéria de execução penal em que se busca benefícios relacionados à progressão da pena, matéria afeta à área de família, como ações de investigação de paternidade, alimentos, etc., entretanto, todas essas ações são ainda muito pontuais.

extrajudicial de pessoas físicas, sem necessidade de qualquer participação do judiciário, desde que não se envolva nos mesmos interesses de menores. Anteriormente ao advento dessa lei, o divórcio e o inventário consensuais eram realizados apenas mediante a intervenção do judiciário e do Ministério Público.

Entretanto, a Defensoria Pública ainda se vale muito pouco dos benefícios trazidos pela lei 11.441/07, o que poderia ser potencializado se houvesse uma Defensoria Pública itinerante para essa finalidade, podendo deslocar-se para os cartórios, sem prejuízo de suas atividades no fórum.

Nessa senda, para que a função resolutiva da Defensoria Pública seja levada a bom termo tudo aconselha que se utilize todos os mecanismos de resolução de composição, tais como, conciliação, mediação, mini-trial, avaliação de terceiro neutro, negociação, mas sem prescindir dos mecanismos decisórios, tais como arbitragem e jurisdição estatal, consoante o escólio de Alessandra Nascimento Mourão³³¹. O excesso de demandas impõe a busca de soluções alternativas de conflitos interpessoais, tais como a mediação, a conciliação, a negociação, a arbitragem, etc.

São exemplos de medidas resolutivas que podem ser adotadas com o escopo de resolução dos conflitos, antes da judicialização das demandas no âmbito da Defensoria Pública, que serão abordados de forma minudente em capítulo próprio da dissertação, as seguintes: O termo de ajustamento de conduta e o acordo, homologados pelo Defensor Público, tem força de título executivo extrajudicial; Audiências Públicas convocadas pelo Defensor Público; maior utilização do poder requisitório de dados e documentos públicos; utilização de convênios para advocacia preventiva e consultiva com parcerias com associações e organizações não governamentais do terceiro setor, tais como sindicatos e associações de moradores, etc.

Com efeito, não é sem uma revolução cultural que se mostra possível a implementação de uma dimensão resolutiva importante nas instituições jurídicas brasileiras, haja vista, as divergências quanto à efetividade de mecanismos como a arbitragem e a mediação.

Os denominados escopos jurídicos e metajurídicos do processo merecem uma leitura em perspectiva, em face do princípio constitucional do acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

³³¹ MOURÃO, Alessandra Nascimento; CAMPOS, Anita Pissolito; AZEVEDO, Monique Haddad; SIMIONATO, Monica. Fundamentos da negociação para o ambiente jurídico. Série GVLaw. Saraiva. São Paulo: 2014.p.36

Diversas previsões constitucionais que estruturam o acesso à justiça sem direcionamento à providências jurisdicionais, ou seja, que “o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, consagrado pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal, não sugere a tautologia de que o acesso à justiça (de concepção abrangente) tenha que se limitar à resposta jurisdicional,” observa Fernando Calmon³³², para quem:

A Constituição estrutura a proteção ao acesso à justiça em forma de diversas outras cláusulas imutáveis (tal como a da inafastabilidade da jurisdição) quando dispõe sobre a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, “a”), quando determina a observância do devido processo legal (art. 5º, LIV), a ampla defesa e o contraditório (art.5º , LV) quando garante o direito de petição independente de taxas aos Poderes Públicos em defesa de direitos, ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”), quando garante a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º , LXXVII), ou quando determina a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII).

Antes da Constituição Federal de 1988, havia modelos de assistência judiciária, mas apenas com a Constituição Federal de 1988 é que surgiu o modelo de assistência jurídica integral e gratuita, através da Defensoria Pública³³³.

“Cada vez mais crescente a corrente de pensamento que propugna pela concepção da jurisdição não como um monopólio estatal, mas como uma oferta de soluções justas e tempestivas dos conflitos,” consoante relata Rodolfo de Camargo Mancuso³³⁴, ainda que com o “concurso de órgãos e instancias para jurisdicionais”, ou até preferencialmente por meio destes, tais as visíveis vantagens que apresentam.

A questão dos escopos metajurídicos do processo é das mais interessantes e polêmicas da seara processual. Consoante observa Candido Rangel Dinamarco³³⁵, são escopos sociais do processo: pacificar com justiça e educação dos membros da sociedade para o exercício de direitos e obrigações. A técnica processual deve estar a serviço desses escopos sociais.

³³² REIS, Fernando Antonio Calmon. Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos. Dissertação de mestrado do Uniceúb. 2014.p. 149-150.

³³³ Art. 5º, LXXIV e art. 134 da Constituição Federal.

³³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Prefácio. In: TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. X.

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 198.

Entretanto, diverge Aroldo Plínio Gonçalves³³⁶, para quem “os chamados escopos metajurídicos dos processos sociais e políticos, acolhidos em regimes diversificados, são, também sem nenhuma dúvida, escopos jurídicos acolhidos nas ordens constitucionais que organizam a sociedade”.

Nada obstante, a implementação de postura resolutiva por parte da Defensoria Pública deve ser encarado como política pública vital para o país que vai ao encontro do princípio constitucional do acesso à justiça, e não apenas uma previsão legal abstrata. O art. 5º, XXV, da Constituição Federal de 1988, como garantia constitucional do acesso à justiça, não pode ser lido como um convite à litigância, em detrimento de soluções negociadas.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso³³⁷, o “Estado-juiz tentando acompanhar a demanda judicial exacerbada, arrisca-se a fornecer resposta judiciária que deixa a desejar: massificada, funcionarizada, lenta, onerosa, imprevisível.” Insta que se estabeleça um foco nos sucedâneos jurisdicionais e nas medidas auto-compositivas.

Assim é que o art. 1º da lei 13.140/2015 define mediação como: “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para controvérsia.”

Quanto aos escopos políticos do processo, é cediço que o sistema de Direito Processual está comprometido com a jurisdição, enquanto tarefa de dizer e efetivar os direitos. Cândido Rangel Dinamarco³³⁸ afirma que três aspectos fundamentam os escopos políticos do Processo:

Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois polos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político.

³³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Editora. 2001. p. 185

³³⁷ Ibidem, p. X.

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 198.

Uma variante da crítica democrática quanto à tutela jurídica da política, “formuladas pelos setores mais à esquerda do pensamento social”, consoante Cláudio Pereira de Souza Neto³³⁹, alude que:

a concretização judicial de direitos sociais fomenta o estabelecimento de relações individualistas de clientela entre Estado e Cidadãos. A crítica já era formulada contra o próprio estado social, mas a judicialização da política agravaria o problema. A dimensão coletiva da luta pelos direitos sociais perderia lugar par litígios individuais que se instauram em cada ação judicial concreta. No plano conceitual, também é pertinente o contra-argumento de que a garantia de direitos sociais, ao invés de enfraquecer a atuação cidadã, pode fomentá-la, ao capacitar o cidadão para atuar politicamente.

A menor dependência da Defensoria Pública em relação ao Judiciário significa maior ocupação de espaço político na resolução de conflitos sociais o escopo de maior racionalidade jurídica, política, econômica e cultural. Qualidade total como busca da melhoria contínua e do permanente aprimoramento institucional.

Entretanto, o judiciário deve ser a última fronteira do cidadão na tarefa de efetivação dos seus direitos, haja vista o tempo e os custos de um processo. Nessa senda, a Defensoria Pública quando busca a resolução dos conflitos sociais individuais ou coletivos, deve privilegiar a resolução extrajudicial dos conflitos, potencializando assim a sua função política, que não é inerente ao judiciário.

Importa perquirir qual o “locus” institucional da Defensoria Pública no futuro e seus escopos políticos, sociais, jurídicos e econômicos. O problema das formas alternativas de soluções de conflitos sociais diretamente pela Defensoria Pública, isto é, sem a participação direta do judiciário, certamente perpassa pelo questionamento acerca das formas de exercício do poder.

A Política Pública como gênero do qual são espécies a política habitacional, a política criminal, a política agrícola, a política econômica, a política educacional e assim por diante. Assim como a política de segurança pública é espécie do gênero política criminal, a política criminal é espécie do gênero política pública. De igual forma a Defensoria Pública pode ser

³³⁹ NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. P.524

vista sob o ângulo de espécie de política de acesso à ordem jurídica justa e essa como espécie de política pública, dispostas todas como camadas superpostas de uma cebola.

A resolução de conflitos extrajudiciais comporta ainda escopos econômicos, na medida em que a resolução mais rápida do conflito social, sem a intervenção judicial enseja desobstrução do judiciário, importando em ganhos econômicos para o Estado e a Sociedade. A matéria comporta outras análises que, face a limitação do tempo, serão objeto de análise na futura dissertação.

Deve-se ter em vista a busca de uma maior sinergia com as organizações do terceiro setor, tais como sindicatos e organizações não governamentais sem finalidade lucrativa, uma vez que o objeto da Defensoria pública não pode ser desvirtuado.

Sem embargo, se tais grupos ou pessoas jurídicas tiverem finalidade lucrativa, para a atuação da Defensoria Pública é necessário que estejam com provada dificuldade econômica, tal como as que estão em recuperação judicial ou falência.

Com o escopo de informação sobre os direitos dos cidadãos poder-se-ia utilizar o Defensor Público de palestras em locais com baixo índice de desenvolvimento humano, de forma que se forme uma conscientização na comunidade a respeito de seus direitos, possibilitando, ainda, maior participação democrática nas decisões políticas a serem tomadas.

O posicionamento resolutivo da Defensoria Pública significa mais efetividade com menor congestionamento do judiciário, maior ganho de sinergia, tempo e efetividade na resolução de conflitos.

Divergindo de Candido Rangel Dinamarco, aduz Aroldo Plínio Ribeiro³⁴⁰ que “não há outra base na ciência do Direito Processual Civil, para se afirmar a existência de escopos da jurisdição e do processo, como instrumento de sua manifestação, a não ser o próprio ordenamento jurídico, dentro do qual se acomodam as ideologias e, nesse caso, os escopos são todos jurídicos”.

A controvérsia deve ser vista sob perspectiva, com efeito, Warat³⁴¹ identificou um sistema de produção de subjetividades científicas, com uniformização de sentido, as quais agiriam na estabilização de “verdades” impostas pelo Estado para a manutenção do “status quo”, que por sua vez, são reproduzidos no ordenamento jurídico, como o “senso comum teórico dos juristas”.

³⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Editora. 2001. p. 185

³⁴¹ WARAT, Luis Alberto. A epistemologia da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora. 1995.

Aduz ainda que os chamados escopos metajurídicos, sociais e políticos, do processo, acolhidos em regimes diversificados, são, também, sem nenhuma dúvida, escopos jurídicos acolhidos nas ordens constitucionais que organizam a sociedade.

É preciso pensar novas formas de remoção dos obstáculos ao efetivo acesso³⁴² à justiça”, partindo-se da premissa epistemológica de que não basta um novo código de processo civil, como não bastaram os anteriores.

A Defensoria Pública não promove acesso à justiça apenas quando atua perante órgão jurisdicional e, quando a Defensoria Pública soluciona um caso extrajudicialmente, concretiza o princípio do acesso à justiça de forma mais célere e efetiva.

Segundo o texto constitucional, 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.” Entretanto, “necessitado”³⁴³ é termo plurívoco na medida em que a sua polissemia pode indicar carência de recursos materiais ou imateriais, tais como dinheiro, casa, saneamento básico, cultura, educação, informação jurídica, etc.

O Poder Judiciário brasileiro, ressalta Candido Rangel Dinamarco³⁴⁴, tem tido sua legitimidade arranhada pela crônica demora e custos elevados, entre outros males de difícil superação: mas a sólida consistência interna do sistema e o próprio fato de a população sentir que necessita do seu serviço mantêm a sua legitimidade; a implantação dos juizados especiais tem sido motivos de esperanças na melhor eficiência do Poder Judiciário e, portanto, de maior grau de legitimação do sistema processual. Em conflitos com o Estado-inimigo, a população tem ocorrido em massa ao Poder Judiciário e dele obtido tutela (os cruzados bloqueados, os 147% dos aposentados, etc). Esses são também dois dados legitimadores do sistema.

A jurisdição, salienta Candido Rangel Dinamarco³⁴⁵, não tem um escopo, mas escopos(plural): é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade escopos sociais (pacificação com justiça, educação) políticos (liberdade,

³⁴² Cappelletti observa que embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetem a afirmação e reinvidicação dos direitos. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.p. 15.

³⁴³ utilizado pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu 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 de jurisdição, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

³⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; Coordenação de GRINOVER, Ada Pellegrini. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1988. p.374

³⁴⁵ Ibidem. P. 374.

participação, afirmação da autoridade do Estado e dos seus ordenamentos) e jurídico (atuação da vontade concreta da lei).

O Poder judiciário, observa João Batista Damasceno³⁴⁶, foi o que mais falhou na República por não haver assumido o papel que lhe incumbia de garantir as liberdades, garantir os direitos fundamentais individuais e sociais, assumir papel de poder contramajoritário para defender as minorias e os indivíduos violados em seus direitos e realizar jurisprudência construtiva efetivadora da ordem jurídica democrática.

Portanto, conclui-se que os escopos jurídicos, políticos, econômicos e sociais do processo são encontrados na Defensoria Pública resolutiva, haja vista, que tais escopos devem ser entendidos não apenas no âmbito do processo jurisdicional, mas no processo extrajudicial, haja vista que a tônica do princípio do acesso à justiça não está na pessoa do juiz, mas na pessoa das partes que podem ser melhores atendidas com os sucedâneos jurisdicionais e medidas de auto-composição. Além disso, na resolução do conflito extrajudicial o princípio do acesso à justiça estará sendo aplicado como acesso à ordem jurídica justa. No plano individual de resolução de conflitos a nova lei de mediação. No plano coletivo a ação civil pública.

Cumprir perquirir qual o “locus” institucional da Defensoria Pública para próxima década dentro dessa perspectiva de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, ou seja, o crescimento da Defensoria Pública no cenário nacional de resolução de conflitos.

O prêmio “innovare” é um dos mais importantes prêmios nacionais relacionados com práticas exitosas, razão pela qual algumas práticas exitosas relacionadas com a dimensão resolutiva da Defensoria Pública, ou seja, resolução extrajudicial de conflitos, serão referidas:

A Central³⁴⁷ de relacionamento com o cidadão, órgão de atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, criado pela resolução n. 43 de 05/03/2008, de autoria de Libero Atheniense Teixeira e Patrícia Fonseca Carlos Magno. Outra e a “Resolução de conflitos do século XXI: novas opções através de métodos colaborativos – uma mudança cultural para os operadores do Direito.”³⁴⁸ Outra medida é o “programa de atenção integral ao louco infrator³⁴⁹.”

Também o programa de atenção integral ao louco infrator (PAILI) foi instituído em outubro de 2006, teve fundamento nas disposições humanizadoras da lei número 10.216/2001,

³⁴⁶ DAMASCENO, João Batista. Judiciário e República. São Paulo: estúdio Editores.2014. p.82.

³⁴⁷ Mensão honrosa edição V. 2008, acesso em 12/11/2015 em www.innovare.org.br

³⁴⁸ ganhou o prêmio inovare: Edição VI. 2009, acesso em 11/11/2015 em: www.innovare.org.br

³⁴⁹ SILVA, Haroldo Caetano. Edição VI. 2009, acesso em 12/11/2015 em: www.innovare.org.br

a chamada lei anti-manicomial ou lei da reforma psiquiátrica. Desde então, o Paili é o órgão responsável pela execução das medidas de segurança no Estado de Goiás³⁵⁰.

Acordo³⁵¹ Termo de Ajustamento de Conduta – criando novas regras mais rápidas, justas e benéficas para concessão e renovação de bilhete único especial, que confere gratuidade no transporte público para deficientes físicos e mentais. Autor Luiz Rascovski, São Paulo/SP. Edição VIII/2011.

Outro programa premiado foi o “enfrentar para conhecer, enfrentar e resolver: abrigo não é família. Prática premiada na edição X/2013 de autoria da Defensora Pública³⁵² Juliana Nogueira Andrade, de Fortaleza/Ce.”

Observa-se que medidas resolutivas por parte da Defensoria Pública tem sido premiadas como prática de referência que merece ser incentivada e promovida. Cumpre ressaltar que a Defensoria Pública tem muito mais a crescer e para receber este reconhecimento por parte da sociedade ela deve perquirir qual o seu “locus” institucional para próxima década. Dentro dessa perspectiva de acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica justa o crescimento da Defensoria Pública no cenário nacional de resolução de conflitos individuais e coletivos não estará atrelado à outra esfera de poder, no caso, o Judiciário.

4.3 A Defensoria Pública Criminal e os direitos humanos.

Uma das funções institucionais da Defensoria Pública é a defesa dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. O debate mundial encetado no final do século XX sobre formas alternativas à pena privativa de liberdade deu azo à denominada “justiça restaurativa”, modelo em construção, hodiernamente incentivada pela Organização das Nações Unidas.

³⁵⁰ O Paili assume relevante tarefa de acompanhar os pacientes julgados a absolvidos pela justiça criminal, mas submetidos à internação psiquiátrica ou ao tratamento ambulatorial, como medida de segurança. Com o Paili, o sistema único de saúde passa a ser o espaço democrático de atendimentos a esses pacientes. O Paili muda o paradigma na execução das medidas de segurança, fazendo com que a questão deixe de ser focada unicamente sob o prisma da segurança pública para ser acolhida definitivamente pelos serviços de saúde pública. Atualmente, o programa promove a atenção integral de 124 (cento e vinte e quatro) pessoas submetidas à medida de segurança.

³⁵¹ Autor Luiz Rascovski, São Paulo/SP. Edição VIII/2011. acesso em 12/11/2015 em www.innovare.org.br

³⁵² acesso em 12/11/2015 em www.innovare.org.br

O Estado moderno caracterizou-se pelo “confisco” do conflito, ou seja, pelo monopólio da violência pelo Estado, com a substituição das vítimas reais pelas vítimas abstratas, tais como a lei, a sociedade, o Estado, o Soberano.

No polo passivo da relação jurídico-processual, na busca da reconstrução dos fragmentos do passado para imposição de culpa, em sentido amplo, lembra Raquel Tiveron³⁵³, “o ofensor é despersonalizado e transformado em objeto do processo”, desconsiderando-se as suas necessidades.

No Brasil, o Ministério Público³⁵⁴ é o titular privativo da ação penal pública, ou seja, que inicia o processo penal. Portanto, há nítida redução da participação do cidadão nos destinos políticos da nação. Um dado negativo que deslegitima o sistema, notadamente pela seletividade penal.

A Defensoria Pública é uma instituição extremamente heterogênea, a depender da unidade da federação, conforme colheita de dados do terceiro diagnóstico³⁵⁵ da Defensoria Pública. Ilustra-se a assertiva com os seguintes dados, constante do terceiro diagnóstico da Defensoria Pública, consiste na quantidade média de processos por Defensor Público da execução penal, ou seja, que atua junto à vara execução criminal: 5.000 processos por Defensor em Pernambuco; 364 processos por Defensor no Mato Grosso do Sul; 40 processos por Defensor no Piauí; 3.800 processos por Defensor em Rondonia.

Quanto aos procedimentos de apuração de atos infracionais, tem-se que são 250 processos por Defensor em Alagoas; 600 processos por Defensor na Bahia; 1.050 processos por Defensor no Rio de Janeiro; 583 processos por Defensor em Sergipe; 200 processos por Defensor no Piauí.

Com a justiça restaurativa, no entanto, há incremento na participação da comunidade, da vítima e do autor de ilícito na resolução dos problemas sociais vividos. Há, nessa senda, ampliação da participação do cidadão nas decisões políticas da nação, com incremento da legitimidade.

A premissa dogmática é a de que somente com a pena privativa de liberdade a vingança privada seria eliminada, todavia, o interesse da vítima foi colocado em segundo plano, enquanto que, em primeiro plano, houve a ocupação dos territórios da pobreza e a gestão diferencial das ilegalidades. A gestão diferencial das ilegalidades caracteriza-se pela mira ideológica das agências de criminalização nas massas de proletariados, sub-proletariados

³⁵³ p.308.

³⁵⁴ Consoante o art. 129, I da Constituição Federal de 1988.

³⁵⁵ Acessado em 11/11/2015 no www.anadep.org.br

e desempregados, ao passo que, nos crimes do colarinho branco³⁵⁶ a “cifra negra” é gigantesca.

A crise de legitimidade do sistema punitivo é algo de extrema visibilidade contemporânea. A criminologia crítica é o marco teórico que mais tem se debruçado sobre o tema, capitaneado por Alessandro Baratta, Eugenio Raúl Zaffaroni, De Giorgio, Louk Hulsman, etc.

Os sintomas de debilidade do sistema criminal, consoante ressalta Raquel Tiveron³⁵⁷, “manifesta-se na realidade das prisões nas quais ocorrem corriqueiras violações dos direitos fundamentais dos apenados, o que evidencia a fragilidade do modelo punitivo, desafiando a sua legitimidade e a propositura de alternativas a ele.”

Para a compreensão da necessidade de uma alternativa, há penas privativas de liberdade, necessário se faz compreender o estado de desigualdade e seletividade abissal do sistema penal. A Defensoria Pública surge com a função precípua de reduzir o quadro abissal de desigualdade, seletividade e gestão diferencial das ilegalidades, através da assistência jurídica integral e gratuita.

A Defensoria Pública é uma instituição jurídica estatal encarregada constitucionalmente³⁵⁸ da promoção dos Direitos Humanos, além de um vasto repertório de atribuições³⁵⁹, nos termos do art. 134 da Constituição Federal de 1988³⁶⁰. Essa interseção da Defensoria Pública com os Direitos humanos revela a necessidade de que ela trabalhe com a justiça restaurativa, como forma alternativa de resolução dos conflitos sociais.

No plano infraconstitucional, no entanto, a Defensoria Pública já tinha essa função de zelar pelos Direitos Humanos, desde a lei³⁶¹ complementar 80 e as alterações da lei complementar 132/2009, que já previa que “são objetivos da Defensoria Pública a prevalência e efetividade dos Direitos Humanos.”

³⁵⁶ Expressão cunhada por Edwin Sutherland para designar os delitos praticados pela classe alta, notadamente, contra a ordem econômica, tributária e financeira, dentre outros. SUTHERLAND, Edwin. El delito de cuello blanco. Madrid: La piqueta. 1999.

³⁵⁷ Ibidem.p.39.

³⁵⁸ O art. 134 da Constituição Federal, com a atual redação dada pela Emenda Constitucional 80.

³⁵⁹ O leque de atribuições da Defensoria Pública é muito amplo, razão pela qual, o marco teórico do presente capítulo tem seu pilar central na crítica ao “senso comum teórico dos juristas”, conforme expressão cunhada por Luís Alberto Warat e proporcionada também pela criminologia crítica.

³⁶⁰ 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.

³⁶¹ Art. 3, III da Lei Complementar 80, com alterações da Lei complementar 132/2009.

A Defensoria Pública³⁶² deve, além disso, promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, bem como, representar aos sistemas internacionais³⁶³ de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos. Os direitos humanos e fundamentais do cidadão são, nessa senda, uma atribuição da Defensoria Pública.

Os direitos humanos surgiram como um movimento mundial de conjuração às degradações sofridas e praticadas pela humanidade, notadamente após o advento da segunda guerra mundial, página obscura da história do homem, quando deu por si de sua capacidade de descer tão baixo, a ponto de promover as barbáries dos holocaustos, genocídios e bombas atômicas.

“Para conjurarmos o risco de consolidação da barbárie”, observou Fábio Konder Comparato³⁶⁴ que “precisamos construir urgentemente uma civilização que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das múltiplas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, o direito elementar à busca da felicidade”.

O “Direito Penal” fascista na Itália, nazista na Alemanha, comunista na antiga União Soviética e o da segurança nacional³⁶⁵ na América Latina não tiveram como objetivo a defesa da sociedade com o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, mas a defesa do Estado contra seus eventuais inimigos ideológicos.

Os Direitos Humanos surgem como um movimento mundial de antítese à um “Direito Penal” de exceção. Após as quedas das torres gêmeas nos atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, ganha força uma nova doutrina de antítese aos direitos humanos, conhecida por Direito Penal do inimigo, na esteira da proposta de G. Jakobs³⁶⁶ de um Direito Penal diverso do Direito Penal dos cidadãos. O tema é revisitado atualmente com os recentes atentados terroristas de 13 de novembro de 2015 na casa de espetáculos Batacan em Paris.

³⁶² Art. 4º, III da lei complementar 80, com as alterações da lei complementar 132/2009.

³⁶³ Art. 3º, VI da lei complementar 80, com as alterações da lei complementar 132/2009.

³⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos humanos*. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2005. P 540.

³⁶⁵ Vide o relato do período militar, indo da deposição de João Goulart ao final do governo de Ernesto Geisel, nos quatro volumes escritos por Elio Gaspari: *A ditadura envergonhada*, 2002; *A ditadura escancarada*, 2002; *A ditadura derrotada*, 2003; e *A ditadura encurralada*, 2004. Sobre o processo de redemocratização, v. a obra coletiva Alfred Stepan (org.), *Democratizando o Brasil*, 1985, com textos de autores que viriam a ter papel relevante após a redemocratização, como Fernando Henrique Cardoso, Edmar Bacha, Pedro Malan e Francisco Weffort.

³⁶⁶ JAKOBS, Gunther; Meliá, Cancio Manuel. *Direito Penal do Inimigo noções e críticas*. 4ª Ed. Porto Alegre: Editora do advogado, 2010.

A imprensa explora e dramatiza a experiência vivida pela vítima e o ofensor reforçando os estereótipos, consoante lembra Raquel Tiveron³⁶⁷. Daí a importância do pluralismo midiático: tão negativa é a censura estatal autoritária quanto o oligopólio comunicacional. Essa mídia aliena a população na associação da clientela prevalente nas prisões com pretos, pardos e pobres. O pluralismo midiático tende a descolar a “opinião pública” da “opinião publicada” na medida em que se minimizarão os oligopólios midiáticos que estão a serviço do domínio capitalista.

É preciso dimensionar a crise de legitimidade dos sistema criminal contemporâneo. No extremo oposto dos casos do nazismo e do stalinismo, refere Eugênio Raul Zaffaroni, as empresas de comunicação controlam os políticos, impondo-lhes o discurso, podendo decidir livremente a eleição do bode expiatório e semear perigosas sementes de massacres. “A eleição do inimigo, que Carl Schmidt tinha apontado como a essência do político, agora está, em boa medida, nas mãos das empresas de comunicação social.”

A locução “Direito Penal do Inimigo” tem sido usada em diferentes variações semânticas. Em que pese o seu conteúdo polissêmico, parte da doutrina capitaneada por Eugenio Raul Zaffaroni Juarez Cirino dos Santos³⁶⁸, entende o “Direito Penal” do inimigo como discurso do direito penal desigual e seletivo.

Com efeito, nenhum conflito entre o Direito Penal do Inimigo e os fundamentos entre o Estado Democrático de Direito parece impressionar Jakobs³⁶⁹. Ao contrário, o jurista germânico sustenta a superioridade da institucionalização legal do direito penal do inimigo, de matriz funcionalista, propondo a divisão dos seres humanos em cidadãos e inimigos, que seria preferível à atual confusão do inimigo e do cidadão, própria de um “Direito Penal” homogêneo.

Por outra aresta, se o princípio de igualdade perante a lei é substituído pelo princípio da desigualdade legal, afirma Cirino dos Santos³⁷⁰ ou se as garantias constitucionais do processo legal devido são casuísmos dependentes do tipo de autor, aplicadas ao cidadão e negadas ao inimigo, conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social, “então o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial.”

No extremo oposto dos casos do nazismo e do stalinismo, Eugênio Raul Zaffaroni aduz que as empresas de comunicação controlam os políticos, impondo-lhes o discurso,

³⁶⁷ TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília/DF:Thesaurus jurídica,2014,p.312.

³⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino. O direito penal do inimigo – ou o discurso do Direito Penal Desigual. In: www.cirino.com.br/artigos. Acesso em 19.03.12.

³⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino. Idem.

³⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino. Ibidem.

podendo decidir livremente a eleição do bode expiatório e semear perigosas sementes de massacres. “A eleição do inimigo, que Carl Schmidt tinha apontado como a essência do político, agora está, em boa medida, nas mãos das empresas de comunicação social.” Daí a importância do pluralismo midiático: tão negativa é a censura estatal autoritária quanto o oligopólio comunicacional.

Sob a ótica da política-criminal, advoga Luciano Feldens³⁷¹ que “a política criminal é imanente ao sistema jurídico-constitucional, marco legitimador de seu desenvolvimento”. É dizer, a política criminal designa um campo não apenas ampliado em relação ao Direito Penal, mas também aberto à opção legislativa constitucionalmente possível e cujo conteúdo não pode ser exposto de forma exaustiva.

A tensão existente entre o “Direito Penal” máximo e o “Direito Penal” mínimo não pode ficar refém de uma política casuística de governo, mas deve ser pautada por uma política de Estado. Essas ideologias devem presar reverência aos direitos Fundamentais. A ideologia no sentido fraco como “conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos”, consoante Eros Grau³⁷², à qual se opõe a ideologia em sentido forte, esta concebida como “discurso que oculta o sentido das relações estruturais entre sujeitos.”

Com a globalização, as grandes transformações que varrem a sociedade na segunda metade do século XX foram de uma só vez, econômicas, sociais, culturais e políticas. Observa David Garland³⁷³ que muitos tem falado em “pós-modernidade”, “modernidade tardia”, “alta modernidade” ou “modernidade reflexiva”.

Com efeito, o denominado “Direito Penal” máximo, comporta várias subespécies. De outro sorte, o “Direito Penal” mínimo é gênero de variados tipos. O minimalismo ou política criminal do “Direito Penal” mínimo não se confunde com o abolicionismo³⁷⁴, proposta que propugna pela completa extinção da pena privativa de liberdade.

³⁷¹ FELDENS, Luciano. A Conformação Constitucional do Direito Penal. In: A Constitucionalização do Direito. fundamentos teóricos e aplicações específicas . Coordenação de Sarmento, Daniel; Neto, Cláudio Pereira de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 831.

³⁷² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito*. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 116.

³⁷³ GARLAND, David. *A cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan. 2008. P. 184

³⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina p. *Política criminal entre abolicionismos, minimalismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. In: *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da des(ilusão)*. Rio de Janeiro: Revam; ICC, 2012. P.257.

Havendo muitas variantes em relação a cada uma dessas categorias,³⁷⁵ abolicionismo penal, “Direito Penal” mínimo e “Direito Penal” máximo, em relação às duas últimas, que compõe o objeto do marco teórico utilizado, far-se-á um passeio descritivo dos principais autores, porém a descrição não é exaustiva, haja vista a limitação em relação à extensão do artigo.

Os minimalistas, filiado a corrente da política criminal do “Direito Penal” mínimo, formam uma perspectiva teórica de reforma penal, por isso são também conhecidos como minimalistas reformistas³⁷⁶. Vera Regina Pereira Andrade³⁷⁷ cita, de forma não exaustiva, os seguintes:

Entre os minimalistas mais expressivos estão o do filósofo e criminólogo italiano Alessandro Baratta (de base interacionista-materialista), o do penalista e criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (de base interacionista, foucautiana e latino-americanista) e o do filósofo e penalista italiano Luigi Ferrajoli (de base liberal iluminista). Também aqui predomina a diferente fundamentação.

Além desses, outros autores poderiam ser citados, tais como os que surgiram nos Estados Unidos da América, no final da década de 60 com os trabalhos de E. Goffmann, K. Ericson, H. Becker, Lemert, H. Garfinkel, e outros, filiando-se ao “labelling approach”, ou enfoque do interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação, ou, paradigma da reação social.

No extremo oposto do abolicionismo penal, encontra-se a política criminal do “Direito Penal” máximo. Nessa senda, o “Direito Penal” mínimo estaria em um meio termo entre o abolicionismo e o “Direito Penal” máximo, como movimento de política criminal que propugna pelo aumento, recrudescimento das penas e flexibilização das garantias processuais.

Havendo vários tipos de “Direito Penal” do inimigo³⁷⁸, esses, por sua vez, enquadram-se em categoria ainda mais ampla, descritos para efeito desse artigo como

³⁷⁵ “A variante estruturalista do filósofo e historiador francês Michael Foucault; a variante materialista de orientação marxista, do sociólogo norueguês Thomas Mathiesen; A variante fenomenológica do criminólogo holandês Louk Hulsman, e poderia ser acrescentada a variante fenomenológico-historicista de Nils Christie” predominando diferentes fundamentações.” ANDRADE, Vera Regina p. *Política criminal entre abolicionismos, minimalismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. In: *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da des(ilusão)*. Rio de Janeiro: Revam; ICC, 2012. P.257.

³⁷⁶ “Se os adeptos da escola positivista procuraram no corpo de indivíduo, a base para distinguir os ‘normais’ dos homens ‘anormais’ e ‘criminosos’, os partidários do labelling approach, redirecionaram essa busca aos sistemas políticos e à linguagem das normas dos sistemas que as editaram.” BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de interpretação*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P.79.

³⁷⁷ *Ibidem*. P. 258.

³⁷⁸ O termo “Direito Penal” do inimigo foi cunhado por G. Jakobs e, com o avançar do tempo, foi ganhando novos significados semânticos, portanto, não é um termo unívoco. Nessa senda, o discurso do direito penal do inimigo emerge como um discurso de política criminal e de política de segurança pública. Esses pontos são fundamentais para o adequado enquadramento do denominado direito penal do inimigo no Brasil contemporâneo.

correspondente ao “Direito Penal” máximo³⁷⁹, haja vista que dele fazem parte outras correntes, tais como dos denominados “Direito Penal das janelas quebradas”, “Direito Penal da tolerância zero” e outros, cada um deles com diferentes justificativas fundadas em tratados e diversos pontos de partida epistemológicos.

No ano de 2012 o Brasil caiu de 68 para 75 no grau de percepção da corrupção, espécie do gênero crimes do colarinho branco – “White collar crime”, na expressão cunhada por Edwin Sutherland - consoante dados da ONG Transparência internacional,³⁸⁰ atrás de Chile e Uruguai. O Brasil é o quarto país que mais se vale da prisão como pena ou medida cautelar no mundo, atrás apenas de EUA, China e Rússia. A pena privativa de liberdade é seletiva, no entanto. Por outra aresta, em países menos punitivos, como Canadá e Noruega, relatórios oficiais do governo já desmistificam o mito da reeducação ou ressocialização carcerária, em giro Copérnico de contrarreforma³⁸¹ penitenciária.

No Brasil o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da justiça criaram uma iniciativa chamada mutirão carcerário, composto por Juízes, Defensores Públicos, Promotores e Advogados que reexaminam a carga de trabalho em cada Estado, organizando prioridades de tratamento dos casos mais sérios, conforme salienta Roger Mathews³⁸², vide:

Em Novembro de 2009 o CNJ anunciou que depois de examinar 83.803 casos libertaram 16.466 pessoas presas irregularmente. Outras 27.644 estavam presas em níveis de segurança inapropriados. O que sugere que uma parte significativa das pessoas presas não deveria lá estar ou estão entregues a instituições erradas. Também foi descoberto que os juízes no Brasil estão a meter na prisão muitas pessoas acusadas de pequenos delitos.

Essa medida é importante, mas pontual do ponto de vista geográfico e temporal. A escalada ascendente do número de presos no Brasil tem sido uma realidade. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional³⁸³, em 1992 eram 74 presos por cem mil habitantes; mas em 2001 eram 133 presos por cem mil habitantes; 183, em 2004; em 2007 passando a 219 presos por cem mil habitantes, em um universo de 419.551 pessoas encarceradas.

³⁷⁹ Gênero do qual se incluem: direito penal do inimigo, direito penal das janelas quebradas, direito penal de terceira velocidade, etc. Que não se confundem pois partem de pontos de vista epistemologicamente diversos.

³⁸⁰ Brasil é o 75º país em índice de percepção de corrupção, atrás de Chile e Uruguai. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2009/11/17/ult1859u1865.jhtm>. Acesso em: 15 dez. 2012.

³⁸¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Ed. Revan. 3ª edição. Rio de Janeiro. P.194. www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1312053453.pdf. Acesso em: 15 dez. 2012.

³⁸² MATHEWS, Roger; trad. Dores, Antonio Pedro. *Um guia realista para a reforma penal na América Latina*. 2011. p. 11.

³⁸³ KARAM, Maria Lúcia. *A privação da liberdade: o violento, o danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena*. Rio de Janeiro: Ed lúmen júris. 2009.p.14.

A seletividade criminal emerge também no julgamento dos recursos. Muitos processos são julgados pela capa, criando insegurança jurídica. Estudo³⁸⁴ publicado em 2015 pela Associação brasileira de jurimetria de São Paulo analisou 157.329 recursos criminais aviados pela defesa em face do Ministério Público, colocando a segurança jurídica em perspectiva. Basta analisar a média de provimento dos recursos nas 12 turmas criminais. Enquanto na 4^a e na 6^a turma criminal cerca de 75% dos processos não foram providos, na 12^a turma somente 16% dos processos não foram providos.

A pesquisa referida mostra duas hipóteses: ou a distribuição dos processos não é aleatória, ou existe uma discrepância na atuação dos magistrados. De qualquer forma, a segurança jurídica está em questão. Não existe uma relação necessária demonstrada entre o aumento da punição e a redução da criminalidade.

A seletividade penal é ainda mais perversa quando se observa que a polícia vai atrás dos estereótipos “etiquetados” como suspeitos, tais como, pobres, negros ou mestiços e pessoas de baixa escolaridade. Para além das pesquisas quantitativas, basta uma ida aos presídios para a constatação da assertiva anterior.

Observe-se a questão da “cifra negra”, como condutas criminalizáveis que não foram criminalizadas, ou foram resolvidas de forma informal. A cifra negra nos crimes de “colarinho branco³⁸⁵”, em estudo efetuado por Edwin Sutherland³⁸⁶, é sensivelmente maior do que a criminalidade praticada pelos cidadãos pobres. Portanto, a impunidade é seletiva para determinados setores da sociedade e proporcional ao capital econômico e cultural.

Não há relação direta entre produto interno bruto e taxa de aprisionamento, mas entre política criminal e taxa de aprisionamento, consoante Zaffaroni³⁸⁷, ou seja, o modelo neostalinista estadunidense tem o efeito de criar criminosos. As cifras não mentem: é o único país com elevado nível de renda per capita que não consegue diminuir o número de homicídios. Sua taxa é quase análoga à Argentina (5,5 por 100.000) e superior a esta, apesar das mentiras do demagogo Giuliani, em Nova Iorque (8,65) e San Francisco (8,10). Essas taxas são muito maiores que a do Canadá (1,77 por 100.000), embora os Estados Unidos tenham um índice de aprisionamento de quase 800 por 100.000 e a Bolívia de 3,7 sem se fazer nenhum investimento astronômico.

³⁸⁴ NUNES, Marcelo G; TRECENTI, Julio A.Z. *Reforma de decisões das Câmaras de Direito Criminal em São Paulo*. 23/07/2015. Dados da pesquisa acessada através de www.conjur.com.br em 26.10.2015.

³⁸⁵ O crime do colarinho branco é uma etiqueta criminal cunhada por Edwin Sutherland para designer os crimes praticados contra a ordem econômica, financeira e tributária, por agentes detentores de grande capital econômico, cultural e simbólico.

³⁸⁶ SUTHERLAND, Edwin. *El delito de Cuello Blanco*. Madrid: La piqueta. 1999.

³⁸⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Saberes críticas, A palavra dos mortos, Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Ed. Saraiva.2012.p.441

Não é indene de críticas a tentativa de afirmação dos direitos humanos através do punitivismo penal, consoante Vera Regina de Andrade³⁸⁸, para quem o patriarcado e o capitalismo são as matrizes históricas do sistema penal, ou seja, “o sistema penal ocupa assim, um importantíssimo lugar na manutenção do status quo social”.

Observa Vera Regina Pereira de Andrade³⁸⁹ que o déficit de tutela real dos direitos humanos é assim compensado pela criação no público de uma “ilusão de segurança jurídica e de um sentimento de confiança no Direito Penal e nas instituições de controle que tem uma base real cada vez mais escassa”.

Se o capitalismo está na matriz histórica do sistema penal para Vera Regina Andrade, propugna Cirino dos Santos³⁹⁰ que a lei penal é um instrumento de classe, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores; a justiça penal constitui mecanismo de dominação de classe, caracterizada pela gestão diferencial das ilegalidades; a prisão é a instituição central da estratégia de dissociação política da criminalidade, com repressão da criminalidade das classes inferiores e imunização da criminalidade das elites de poder econômico e político.

A criminalidade não se aparta da dinâmica capitalista dos meios de produção e trocas mercantis, consoante David Garland³⁹¹, além de “mudanças na ecologia social das cidades e dos subúrbios; ascensão dos mass media eletrônicos; e democratização da vida social e cultural.” Observa Fábio Konder Comparato³⁹² que “uma civilização que garanta a toda humanidade o direito de buscar uma vida feliz há de contrapor-se radicalmente ao capitalismo, tanto pelo seu espírito, quanto pelo sistema institucional ou prática de vida”.

Se de um lado há o punitivismo de direita, através de alguns movimentos de política criminal, tais como, direito penal do inimigo, direito penal das janelas quebradas, etc., de outro lado há também o punitivismo de esquerda, notadamente com os novos movimentos ecológicos, feministas, idosos, LGBT, etc.

A luta da esquerda na busca de uma repressão à criminalidade através do sistema penal surgiu em meados dos anos 70 através dos “defensores” de grupos sociais específicos. Esclarece, nesse sentido, Rafael Braude Cantarji³⁹³, que as feministas buscavam punições exemplares aos autores de atos violentos contra a mulher; os ecologistas reivindicam desde a

³⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina p. Da Criminologia Crítica à Criminologia Feminista. In: Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da des(ilusão). Rio de Janeiro:Revam; ICC. 2012. P. 140.

³⁸⁹ Idem. P. 226.

³⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. Forense. 1981. p. 50.

³⁹¹ GARLAND, David. Idem. P. 185

³⁹² COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos Direitos humanos. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2005. P. 541.

³⁹³ CANTARJI, Rafael Braude. Política Criminal e Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P.48

criação de novos tipos penais até o aumento das penas já existentes, visando uma maior proteção do meio ambiente; os movimentos raciais requisitavam punição mais severa dos crimes discriminatórios. Aqui, utilizam-se o Direito Penal e o Processo Penal como símbolos de ações estatais.

Nos países centrais, a lógica capitalista do sistema penal não é diferente da lógica dos países periféricos. Os Estados Unidos optaram claramente pela criminalização da miséria como complemento da generalização da insegurança salarial e social. Observe-se, nesse prisma, o quadro do sistema criminal dos Estados Unidos e Europa descrito por Loic Wacquant³⁹⁴ que a Europa está hoje numa encruzilhada, confrontada com uma alternativa histórica: de um lado, a médio prazo, o aprisionamento dos pobres e o controle penal das populações desestabilizadas pelo revolução do salário; de outro, a necessidade de criação imediata de novos direitos do cidadão acompanhada por uma reconstrução ofensiva das capacidades sociais do Estado.

A Justiça Restaurativa ressaí como uma alternativa capaz de fazer face à vários problemas criminais, sem a imposição da pena privativa de liberdade, o qual, consoante Eugenio Raúl Zaffaroni³⁹⁵ é “seletivo, repressivo, estigmatizante e irracional” e, por isso, a tarefa do direito penal seria o de conter os limites do “jus puniendi” do Estado para dentro de limites de menor irracionalidade. Salienta Maria Lúcia Karam³⁹⁶ que “a legislação brasileira não esconde a natureza totalitária da ordem prisional”.

Desta escolha depende o tipo de civilização que pretende oferecer a seus cidadãos, fundamental para a otimização das medidas a existência de uma equipe de apoio de psicólogos. A Defensoria Pública como protagonista da política pública da Justiça Restaurativa, nessa senda, tem a missão constitucional de lutar pelos Direitos Humanos e fundamentais em um direito penal que se caracteriza por ser um direito penal simbólico, inoperante ou super operante a depender do objeto.

Embora a Defensoria Pública não tenha exclusividade na promoção dos Direitos Humanos no Brasil, a inclusão no texto constitucional do papel da Defensoria Pública na promoção dos Direitos Humanos reforça essa sua função moderna como um “locus” institucional. É a única instituição pública com expressa disposição jurídica para a sua

³⁹⁴ WACQUANT, Loic. A tentação Penal na Europa. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: instituto carioca de criminologia. Ano 7.n.11.p.10

³⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio. Sistemas Penales y derechos humanos em América Latina- informe final. Buenos Aires, 1986.

³⁹⁶ KARAM, Maria Lúcia. A privação da liberdade: o violento, o danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Ed lúmen júris, 2009.p.18.

promoção perante as cortes internacionais, nos termos da lei³⁹⁷ complementar 80 e as alterações da lei complementar 132/2009, que já previa que “são objetivos da Defensoria Pública a prevalência e efetividade dos Direitos Humanos”.

O dispositivo referido não estabelece uma divisão de atribuições no tocante à atuação perante os organismos internacionais, razão pela qual as Defensorias Públicas de todas as unidades da federação poderão exercer essa prerrogativa legal e não apenas a Defensoria Pública da União.

Nesse aspecto, o comentário de Franklyn Roger Alves Silva³⁹⁸ ressaltando que “o fato da República Federativa do Brasil” figurar como parte do processo perante o sistema interamericano não significa admitir que a Defensoria Pública da União detenha a atribuição exclusiva para atuar perante o feito”, já que as normas que definem as atribuições são omissas a respeito, significando admitir a existência de uma atribuição concorrente de qualquer Defensoria Pública.

Nesse caso de representação de vítimas de atentados e violações de Direitos Humanos, a Defensoria Pública litigaria contra o próprio Estado brasileiro, ou mesmo, de forma preventiva e educadora. Por isso que Franklyn Roger Alves Silva³⁹⁹ refere, “mutatis mutandis” ao “ombudusman” que “diversos países latinos contemplam a figura do ‘defensor Del pueblo’ constituído nos moldes do ‘ombudusman’ do Direito europeu como um agente de natureza política.”

Isso para explicar a vocação da Defensoria Pública na defesa dos Direitos Humanos. Quanto à Justiça Restaurativa, já existem várias experiências importantes no Brasil sendo semeadas com a cultura da paz e do consenso, entretanto, ainda não há um marco legislativo nacional com homogeneização dos institutos e dimensionado da política pública servindo como marco jurídico.

O espaço legislativo para a construção da justiça restaurativa é fundamental, incluindo-se a política pública para a arquitetura de uma nova cultura de paz. Registre-se, sem embargo, a nova lei de mediação, lei 13.140/2015, bem como o novo Código de Processo Civil que incentiva medidas auto-compositivas.

A Defensoria Pública deve ser um agente catalizador da mudança cultural que a justiça restaurativa demanda, ou seja, a cultura do litígio e da vingança deve ceder espaço à uma

³⁹⁷ Art. 3, III da Lei Complementar 80, com alterações da Lei complementar 132/2009.

³⁹⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. A promoção dos Direitos Humanos como função moderna da Defensoria Pública. Publicado em 27 de outubro de 2015. www.conjur.com.br

³⁹⁹ Ibidem, p.1

nova cultura da paz e do consenso, recomendando, acompanhando e promovendo os assistidos nos encontros restaurativos, sendo nesse aspecto.

4.4 O tratamento criminal da pobreza no Brasil contemporâneo e o monopólio da violência do Estado fora das balizas jurídicas

“Cadê o Amarildo⁴⁰⁰?” Essa pergunta ecoou em estádios de futebol e estampou faixas de protesto em avenidas pelo Brasil afora. No Rio de Janeiro, como em todas as capitais brasileiras, a polícia mata na favela com muita frequência. Ao contrário do que se dá na maioria das vítimas pobres, Amarildo ganhou notoriedade nacional, para o infortúnio dos policiais que fizeram a ação, que certamente não esperavam a repercussão dada ao fato.

O estado de coisas inconstitucional com vulneração sistemática e massiva dos direitos fundamentais do cidadão necessitado é quase uma prática institucional no Brasil, herança do passado escravocrata. O exercício do monopólio do poder pelo Estado fora das balizas legais e constitucionais deve ser combatido, mitigado e, se possível, eliminado.

A pedra de toque da questão é o respeito dos limites materiais negativos da dignidade da pessoa humana, consubstanciado na Constituição Federal de 1988, art. 1º, III. Amarildo foi um cidadão humilde que ganhou notoriedade pelo seu desaparecimento, após um fortuito e infeliz contato com a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e filmado por câmera de vídeo, momento em que entrou na viatura e nunca mais foi visto.

Ressalta Nilo Batista⁴⁰¹ que a tortura como prática clandestina rotineira e escamoteada em nosso sistema criminal tem origem nas matrizes ibéricas e canônicas do direito penal. Anota Salo de Carvalho⁴⁰² que para os militantes da Anistia Internacional, em relatório conclusivo das visitas feitas em 33 instituições de 10 Estados da Federação, o sistema penal não só fracassa quando se propõe a viabilizar a harmônica integração social do condenado, como também, durante o cumprimento desse objetivo inatingível, inflige terríveis violações dos Direitos Humanos a muitos daqueles que passam pela sua engrenagem.

⁴⁰⁰ Assassinatos, desaparecimento e a impunidade da polícia no Rio de Janeiro. Acessado em 27/10/2015 em www.esquerdadiario.com.br

⁴⁰¹ BATISTA, Nilo. Matrizes Ibéricas dos Sistema Penal Brasileiro. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renan, ICC, 2002, p. 267.

⁴⁰² CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 222.

Sem embargo, o relatório da ONU⁴⁰³ de 2013 sobre prevenção à tortura no Brasil aponta sérios problemas, tais como ausência de processos abertos, omissão de autoridades, corrupção, represálias, impunidade, falta de estrutura das Defensorias Públicas, etc.

No Brasil, o Estado providência tardio e insuficiente cedeu espaço ao denominado “Estado Penitência”, ou seja, o “Estado Social Mínimo” cedeu espaço ao “Estado Penal Máximo”. Somente com o advento da lei 11.449, que deu nova redação ao art. 306 do Código de Processo Penal para determinar à autoridade policial que, no prazo máximo de 24 horas, comunique a prisão em flagrante ao juiz, à família do preso ou outra pessoa que ele indique, bem como à Defensoria Pública para tomar as medidas legais cabíveis, no caso do autuado em flagrante não ter advogado constituído.

Antes da lei 11.449, o autuado em flagrante sem condições para pagar advogado não tinha como se socorrer de ninguém e, somente a partir de então, a Defensoria Pública pode ser acionada. Nesse diapasão, pode-se dizer que tal lei concretizou uma política criminal democrática. Entretanto, a cultura prisional deve mudar também, porque a alteração legal, por si só, pouco pode fazer na prática dos fóruns. Exemplo disso, é a prática vezeira do juiz criminal decretar a prisão preventiva sem dar vista da decisão ao Defensor Público.

Consoante Salo de Carvalho⁴⁰⁴, percebe-se uma nítida simetria entre as propostas político-criminais propugnadas pelos movimentos da lei e da ordem e as oferecidas pelos defensores da tolerância zero, baseadas no incremento da repressão penal. Todavia, enquanto estes primam pela repressão à criminalidade de rua e bagatelar, entendendo a intolerância como o único mecanismo de prevenção do caos e da desordem social, aqueles reivindicam alta punibilidade às ofensas dos bens jurídicos interindividuais, sobretudo os delitos contra a pessoa e o patrimônio.

Conforme salienta Di Giorgi⁴⁰⁵, “o sistema penal se dirige seletivamente da mesma forma que a fábrica do sistema capitalista.” Embora a penitenciária nasça e se consolide como realidade subalterna à realidade da fábrica, ocultando a disciplina e a violência, aduz o paralelismo segundo o qual⁴⁰⁶ “o contrato” fixa o tempo de trabalho e a sentença fixa o tempo de reclusão.

⁴⁰³ O relatório da ONU do Subcomitê de prevenção contra a tortura está disponível no sítio: www.onu.org.br/img/2012/07/relatoriospt2012.pdf, acessado em 20/01/ 2014.

⁴⁰⁴ CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Hamilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Reformas Penais em debate. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2005. P. 95.

⁴⁰⁵ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Rio de Janeiro: Renavam, 2006, p. 39.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 41.

Há uma simbiose cárcere/fábrica imanente ao sistema capitalista, em que o cárcere é construído sob a forma de fábrica e vice-versa. Nos confins da economia sufocada que foi a América do século XVIII, ressalta Dario Melossi⁴⁰⁷ que tanto a pobreza quanto o crime não foram alvo da atenção política que caracterizará o período pós-revolucionário, no sentido de que a presença do vagabundo, do louco e mesmo do criminoso não foi vista como reveladora de uma situação socialmente crítica.

Por conseguinte, na busca da conformação social de grandes contingentes populacionais não alcançados pelas promessas do “welfare state” nos países em desenvolvimento como o Brasil, lançou-se mão cada vez mais da pena privativa de liberdade.

A ausência de políticas públicas inclusivas e do Estado Providência coloca o Direito Penal em perspectiva. Afirma Vera Regina Andrade⁴⁰⁸ que na ausência política do Estado e da política como mediação da construção social democrática, o controle penal contemporâneo caminha na direção de um dramático “autoritarismo cool”, genocida, fazendo refém o rumo das democracias, sobretudo aquelas, como as latino-americanas, encarceradas no secular domínio imperial do capital.

A questão das escolhas de políticas públicas está em questão. Ao invés de investimento massivo em políticas públicas inclusivas, tais como esporte, cultura e educação, opera-se o que De Giorgi⁴⁰⁹ chama de governo da miséria através do direito penal. Nesse espaço há guarida à “broken windows theory” ou teoria das janelas quebradas, que propugna pela intolerância com pequenos desvios, eis que teriam o efeito de gerar condutas mais graves, e, portanto, devem ser “reprimidas” de forma exemplar. A seguir ilustra-se a questão com dois paradoxais arestos do Superior Tribunal de Justiça que servem de reflexão. Observe-se⁴¹⁰:

FURTO. PENITENCIÁRIA. PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA

A Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus a paciente condenado por tentativa de furto de um cartucho de tinta para impressora avaliado em R\$ 25,70. Segundo o Min. Relator, não obstante o ínfimo valor do bem que se tentou subtrair, o alto grau de reprovação da conduta não permite a aplicação do princípio da insignificância, pois perpetrada dentro da

⁴⁰⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica. As Origens do Sistema Penitenciário*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. p.153

⁴⁰⁸ ANDRADE, Vera Regina p. *Criminologia Crítica e Controle Penal no capitalismo Globalizado Neoliberal: importância da criminologia na contenção da violência punitiva*. In: *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da des(ilusão)*. Rio de Janeiro: Revam; ICC. 2012. P. 177

⁴⁰⁹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do direito penal*. Rio de Janeiro: Renavam, 2006.

⁴¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Direito Penal*. 5ª Turma. HC 163.435-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 28/9/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>

penitenciária em que o agente cumpria pena por crime anterior, o que demonstra seu total desrespeito à atuação estatal. Precedentes citados do STF: HC 84.412-SP, DJ 19/11/2004; do STJ: HC 104.408-MS, DJe 2/8/2010, e HC 152.875-SP, DJe 7/6/2010. HC 163.435-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 28/9/2010.

De observar-se que o Direito Penal mantém a sua histórica missão de gestão dos excedentes reafirmando o seu delírio de grandeza, consoante as lições de Alessandro Baratta. Observou Alessandro Baratta⁴¹¹ que quanto mais a sociedade é desigual tanto mais ela tem necessidade de um controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é realizado através do aparato penal do direito burguês.

Por outra aresta, considerou-se que desvios muito maiores, contra a economia popular, não caracteriza a gestão temerária, crime próprio praticado pelos ricos e poderosos gestores de sociedades anônimas de capital aberto bancário, desde que não seja comprovada a sua habitualidade. Observe-se.⁴¹²

GESTÃO TEMERÁRIA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.
TRANCAMENTO. AÇÃO PENAL.

Na espécie, a ora paciente, integrante de diretoria colegiada de instituição financeira, foi denunciada por gestão temerária em razão da falta de prudência no processamento de operação de mútuo concedido à empresa construtora. A Turma, ao prosseguir o julgamento, concedeu a ordem para trancar a ação penal, por entender que, para a consumação do crime descrito no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986 (gestão temerária), exige-se uma sequência de atos na direção da empresa, não bastando um fato isolado no tempo. É necessária a habitualidade para que se legitime a denúncia pelo crime mencionado. Ademais, no caso, a conduta não revela temeridade, mas os riscos próprios da atividade financeira, o que afasta o elemento subjetivo (dolo eventual).

A dogmática penal vem estudando o problema há algum tempo, tentando construir uma teoria que possa explicar o fato. Entretanto, lembra Edgar Morin⁴¹³ que “uma teoria fundamenta-se em dados objetivos, mas uma teoria não é objetiva em si mesma.” Na acepção

⁴¹¹ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do Direito penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, p.206.

⁴¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Penal. 6ª Turma. HC 97.357-GO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 28/9/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>

⁴¹³ MORIN, Edgar. Ciência com consciência. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p.40

de Silva Sanchez, referido por Jakobs e Meliá⁴¹⁴, temos aqui velocidades diferentes para o “Direito Penal”.

A primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõe penas privativas de liberdade e no qual, segundo Silva Sanchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direito – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo – caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras clássicos a menor gravidade das sanções. Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma questão que excede dessas breves considerações – a imagem das duas velocidades induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sanchez – no Direito Penal do Inimigo como ‘terceira velocidade’, no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a ‘flexibilização’ dos princípios político-criminais e as regras de imputação.

Ainda não ficou suficientemente clara a legitimidade da dupla velocidade do direito penal, conforme salienta Luis Greco⁴¹⁵, que trata os ‘poderosos’ diferentemente dos ‘miseráveis’, promovendo uma gestão diferenciada das ilegalidades.

Nessa esteira, tem-se a aplicação do direito penal de primeira velocidade no caso do crime de gestão temerária, como espécie de crime do colarinho branco, pois todas as garantias constitucionais e penais são respeitadas e garantidas. Para o pobre, no entanto, o direito penal de terceira velocidade, com imposição de pena privativa de liberdade e flexibilização das garantias legais e constitucionais.

A análise de alguns acórdãos faz-se necessário para ilustrar a questão da “gestão diferenciada das ilegalidades”. Observe-se agora um habeas corpus do Superior Tribunal de Justiça, com contornos de um direito penal garantidor da liberdade individual do sujeito, que no entanto foi negado nas instâncias subalternas. Vide aresto do Superior Tribunal de Justiça⁴¹⁶:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. CRIME DE DANO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO (ART. 163, PAR. ÚNICO, III DO CPB). PRESO QUE EMPREENDE FUGA, DANIFICANDO OU INUTILIZANDO AS GRADES DA CELA ONDE ESTAVA CUSTODIADO. AUSÊNCIA DE DOLO

⁴¹⁴ JAKOBS, Gunther; Meliá, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções críticas*. 4ª Ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010. p.92

⁴¹⁵ GRECO, Luis. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.180.

⁴¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Direito Penal*. 5ª Turma. HC 85.271/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. e. m 06, nov., 2008. Acesso em 05, mar , 2012.

ESPECÍFICO (ANIMUS NOCENDI). PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. ABSOLVIÇÃO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA ABSOLVER O PACIENTE DO CRIME DE DANO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO.

1. Conforme entendimento há muito fixado nesta Corte Superior, para a configuração do crime de dano, previsto no art. 163 do CPB, é necessário que a vontade seja voltada para causar prejuízo patrimonial ao dono da coisa (animus nocendi). Dessa forma, o preso que destrói ou inutiliza as grades da cela onde se encontra, com o intuito exclusivo de empreender fuga, não comete crime de dano.

2. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

3. Ordem concedida, para absolver o paciente do crime de dano contra o patrimônio público (art. 163, par. único, III do CPB).

Consoante lição de Zaffaroni⁴¹⁷ a melhor garantia de eficácia do Direito Penal é o respeito aos direitos fundamentais, haja vista, que “Todo Espaço que se concede ao Estado de Polícia é usado por este para estender-se até chegar ao Estado absoluto”⁴¹⁸. Dentro do Estado de Direito existe um Estado de Polícia que pugna pelo rompimento de seus limites.

Por outro lado, no viés do direito penal do inimigo, desigual e seletivamente dirigido aos “outsiders”, vide acórdão que considerou legítimo atirar em preso desarmado, empreendendo fuga. Nesse toar, salienta Zaffaroni⁴¹⁹ que na medida em que a doutrina penal legitime ou ignore, com o nome que for, o tratamento diferenciado dos inimigos ou estranhos, esse comportamento está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo está invalidando o princípio diretor do Estado de direito, porque toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal.

As medidas carcerizadoras ao invés de “ressocializarem”, estigmatizam o sujeito- apenado, anulando a sua diversidade enquanto pessoa portadora de igual dignidade humana, consoante demonstra Melossi⁴²⁰, até ao desaparecimento que acompanha a solidão do sujeito que não se relaciona com o social, uma vez colocada de frente às necessidades materiais que não pode mais satisfazer autonomamente, tornado, assim, completamente dependente da soberania administrativa, a este produto enfim, da máquina disciplinar, é imposta a única possível alternativa à própria destruição, à própria loucura: a forma moral da sujeição, isto é a forma moral do status de proletário.

⁴¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renam, 2007, p. 43.

⁴¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Idem. p 167.

⁴¹⁹ ibidem, p. 190.

⁴²⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. 2^a Ed. Rio de Janeiro.2006,p.232

Vide o seguinte aresto⁴²¹:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 422 – HOMICÍDIO CONSUMADO E HOMICÍDIO TENTADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE E LESÃO CORPORAL – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – POLICIAIS MILITARES QUE ATIRARAM CONTRA DETENTOS EM FUGA – EXCESSO NÃO CONFIGURADO – EXCLUDENTE DE ILICITUDE – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – RECURSOS PROVIDOS – UNÂNIME.

Age no estrito cumprimento de dever legal o policial que atira contra detento em fuga, valendo-se dos meios necessários, sem excesso, dele não se podendo exigir outra conduta, porquanto esse é o munus que o Estado lhe confere, autorizando-o, inclusive, a portar arma de fogo, devidamente municada.

O termo “Direito Penal” do Inimigo, em que pese o seu conteúdo polissêmico, para efeito de uniformização será invocado na acepção dada por Juarez Cirino dos Santos⁴²³, como discurso do direito penal desigual, diferentemente da proposta de G. Jakobs⁴²⁴ de um tipo de Direito Penal diverso do Direito Penal dos cidadãos. Sem embargo, do ponto de vista epistemológico, é conveniente referir à proposta de Jakobs. Segundo a dogmática penal funcionalista propugnada por G. Jakobs⁴²⁵, tem-se que:

A conveniência em torno de medidas excepcionais além do ordenamento jurídico-penal, portanto, não é uma questão que pertença ao Direito Penal em sentido estrito, mas um problema de política legislativa. Em todo caso, antes de determinar se parecem materialmente adequadas as opções político-criminais do “Direito Penal” do Inimigo, há que assinalar a óbvia fraude de etiquetas que supõe a usurpação do rótulo de “Direito Penal” do inimigo: neste âmbito, chamar as coisas por seu nome tem indubitosa importância e as medidas de exceção deveriam ser identificadas, antes de mais nada, formalmente como tais”.

Com efeito, nenhum conflito entre o Direito Penal do Inimigo e os fundamentos entre o Estado Democrático de Direito parece impressionar Jakobs⁴²⁶. Ao contrário, o jurista

⁴²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Direito Penal*. 1ª Turma. R.S.E 199990810025822, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, julgado em 08/9/2005. Disponível em: www.tjdft.jus.br, acesso em 05, mar, 2012

⁴²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Direito Penal*. RSE n.º 1999.08.1.002582-2, Rel.: Des. LECIR MANOEL DA LUZ. Brasília, DF, j. em 08/09/2005.

⁴²³ SANTOS, Juarez Cirino. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do Direito Penal Desigual*. In: www.cirino.com.br/artigos. Acesso em 19.03.12.

⁴²⁴ JAKOBS, Gunther; Meliá, Cancio Manuel. *Direito Penal do Inimigo noções e críticas*. 4ª Ed. Porto Alegre: Editora do advogado, 2010.

⁴²⁵ Ibidem. p. 117

⁴²⁶ SANTOS, Juarez Cirino. Ibidem. P.2

sustenta a superioridade da institucionalização legal do direito penal do inimigo propondo a divisão dos seres humanos em cidadãos e inimigos, que seria preferível à atual confusão do inimigo e do cidadão, própria do Direito Penal igual para todos.

Tal concepção de política criminal vem ganhando adeptos em escala global, após os ataques às torres gêmeas de 11 de setembro, momento a partir do qual, a finalidade de evitar o terrorismo passou a justificar a redução de garantias legais e processuais penais.

Por outra aresta, denomina Cirino dos Santos⁴²⁷ de direito penal do inimigo a “práxis” do direito penal desigual nas ruas e nos fóruns. Se o princípio de igualdade perante a lei é substituído pelo princípio da desigualdade legal, ou se as garantias constitucionais do processo legal devido são casuísmos dependentes do tipo de autor, aplicadas ao cidadão e negadas ao inimigo, conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social, então o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial.

Sendo o "inimigo" uma não-pessoa, na decisão retro-mencionada, pouco importa se o preso desarmado e em fuga será interceptado vivo ou morto, haja vista que para o direito penal do inimigo isso pouco importa. Na medida em que a doutrina penal legitime ou ignore o tratamento diferenciado dos inimigos ou estranhos, afirma Zaffaroni⁴²⁸, esse comportamento está atingindo o Estado de Direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo, está invalidando o princípio reitor do Estado, porque toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal.

Não é incomum o uso de todo tipo de desqualificação dos réus nos arestos criminais, com a finalidade de justificar defeitos processuais em detrimento da ampla defesa. A desqualificação jurídica do réu almeja convertê-lo num objeto indigno de proteção e misericórdia, ameaçador e temível, “cujo extermínio apenas consumará a danoção irremediável”, conforme Nilo Batista⁴²⁹ e essa objetificação do réu juridicamente desqualificado, consagrado sob aprovação geral à tortura e à morte, produzirá uma nova espécie duradoura de medo, o medo da excomunhão jurídica, o medo do próprio sistema penal.

Escreve Nilo Batista⁴³⁰ que o “nosso pau-de-arara tem uma longa gestação histórica que até mereceria atenção, não fosse, nesse assunto de tortura, o princípio muito mais

⁴²⁷ SANTOS, Juarez Cirino. *Ibidem*. p.3

⁴²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Ibidem*.p.190

⁴²⁹ *Ibidem*. p. 168.

⁴³⁰ *Ibidem*, p.267

importante do que o método.” Conforme ressalta Di Giorgi⁴³¹, “a penalidade se inscreve num conjunto de instituições jurídicas, políticas e sociais (o Direito, o Estado, a Família) que se consolidam historicamente em função da manutenção das relações de classe dominantes.”

Mas, em uma escala macrossocial, essa impostura judiciária, fomentada pelo Direito Penal funcional e simbólico, é deletéria. Sem aptidão para alcançar o objetivo anunciando de erradicar a criminalidade violenta, consoante Paganella Boschi⁴³² a intensificação do direito penal funcional e simbólico acabará atuando como combustível realimentador da violência da qual são vítimas a legião de oprimidos e de excluídos do consumo, da saúde, da habitação, do trabalho, do lazer, enfim, de todos aqueles que, tendo pátria, se equiparam em tudo aos apátridas, por não terem direito algum.

A ideologia retributivo-legalista oculta a realidade de disciplina e violência que se reproduz no interior das penitenciárias, assim como a ideologia contratual-igualitária esconde a realidade de exploração e subordinação que se produz na fábrica, como saliente De Giorgi⁴³³, o salário como justa retribuição pelo próprio trabalho e a pena como justa retribuição do crime. Por outra aresta, o tratamento penal da miséria que decorre do enfraquecimento da capacidade de intervenção social do Estado e o abandono de suas prerrogativas diante da figura supostamente onipotente do mercado, isto é, a extensão da lei econômica do mais forte, consoante Loic Wacquant⁴³⁴.

Observa Salo de Carvalho⁴³⁵, sobre relatório da Anistia Internacional de visitas feitas em 33 instituições de 10 Estados da federação, o sistema penal não só fracassa quando se propõe a viabilizar a harmônica integração social do condenado, como também, durante o cumprimento desse objetivo inatingível, inflige terríveis violações dos Direitos Humanos a muitos daqueles que passam pela sua engrenagem.

Para ser legítimo deverá, portanto, buscar a realização de um Direito Penal mínimo, validado pela concretização dos direitos e garantias fundamentais e por um Direito Social Máximo. Lutar por uma sociedade inclusiva, como definiu Alvaro Cruz,⁴³⁶ importa numa nova

⁴³¹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Renavam, 2006, p. 36.

⁴³² BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

⁴³³ DE GIORGI, Alessandro. *Idem*. p. 47.

⁴³⁴ WACQUANT, Loic; Trad. Telles, André. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 141.

⁴³⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: Uma leitura do garantismo* de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 222.

⁴³⁶ CRUZ, Alvaro. *Processo Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: *Hermeneutica e jurisdição constitucional*. Coord. José Adércio Sampaio Leite. Belo horizonte: Del Rei, p. 202.

relação Estado/sociedade. Tobias Barreto⁴³⁷ já assinalava que o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político.

O garantismo de Luigi Ferrajoli, como um dos movimentos de direito penal mínimo, é uma crítica importante. Anota Ferrajoli⁴³⁸ quanto ao garantismo:

Designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao direito penal, modelo de estrita legalidade, própria do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos Direitos dos cidadãos.

O modelo minimalista denominado “garantismo” propugnado por Luigi Ferrajoli⁴³⁹, expõe como uma das causas de deslegitimação do direito criminal com sendo “a falta de efetividade do texto constitucional.” Conforme o escólio de Luigi Ferrajoli⁴⁴⁰ “a legalidade vem de cima, a legitimidade vem de baixo.” Para esse modelo, o minimalismo penal é um fim em si mesmo, mas não um meio para se alcançar a abolição do sistema de penas privativas de liberdade.

O minimalismo garantista de Ferrajoli critica, portanto, o abolicionismo penal, na medida em que geraria uma anarquia punitiva capaz de por em risco “desviantes” e “não desviantes”. Ao passo que o abolicionismo penal, por sua vez, põe em relevo os astronômicos custos do sistema penal e a seu fracasso pela não realização das funções declaradas da pena. Nem de uma “ressocialização” do “desviante” que já foi etiquetado pelo sistema, tampouco a prevenção e a repressão.

Afirma-se, nessa perspectiva, que em todo Estado de Direito - inclusive no paradigma do Estado de Direito Democrático, mas também nos paradigmas do Estado de Direito liberal e social - existe um Estado de Polícia em seu interior que pugna pelo extravasamento dos seus limites constitucionais, tanto nas ruas, quanto nos fóruns. Sem embargo, a tensão existente entre o modelo constitucional de garantias e a práxis dos tribunais tem sido notável, expressando-se entre um “Direito Penal” máximo e um “Direito Penal” mínimo.

⁴³⁷ BARRETO, Tobias. *Fundamentos do direito de punir*. São Paulo: RT.v727.1996.p.649

⁴³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Ibidem. P785 *A Constitucionalização do Direito fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Coord. Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 858.

⁴³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do garantismo Penal. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2006.p.199

⁴⁴⁰ Ibidem.p.265

Ressalta Regis Prado⁴⁴¹, por outra senda, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais assinala uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, sem incorrer em inconstitucionalidade. “O respeito a dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça de validade ‘a priori’. Isso se o Direito não quer ser mera força, mero terror.”

O discurso da eficiência não deve colonizar a dignidade da pessoa humana. Salienta Gauer⁴⁴² que: “a utilização de uma legislação penal de terror, que aumenta as penas, criminaliza condutas e minimiza garantias não é eficiente na redução da criminalidade.”

Propugna Hassemer⁴⁴³ acerca do chamado Direito Administrativo Sancionador: buscaria reduzir o inflação legiferante e simbólica sobre matéria penal e substituir a tutela penal de tipos penais menos graves, tais como os de perigo abstrato, máxime, porque propugna por um Direito Penal respeitoso das garantias formais e substanciais do cidadão e de seus direitos fundamentais.

É possível falar, em geral, de três paradigmas de Estados de Direito constitucionais que, por sua vez, influenciarão na concepção da política criminal adotada pelo Estado: Estado de Direito liberal, Estado de Direito Social e Estado Democrático de Direito. Consideradas essas ideias, o presente artigo discutirá o panorama do direito penal no mundo globalizado e a tensão existente entre o Direito Penal máximo e o Direito Penal mínimo.

Anota bem Alessandro Baratta⁴⁴⁴, que numa sociedade livre e igualitária, o controle social não autoritário do desvio abriria espaço à diversidade, precisamente aquilo que é garantido pela igualdade e expressão da individualidade do homem, como portador de capacidades e necessidades positivas.

A subsistência da prisão, seja como pena, seja como medida de natureza processual, observa Maria Lúcia Karam⁴⁴⁵, demonstra o quanto ainda é preciso avançar na construção de um mundo em que a liberdade e os demais direitos fundamentais de todos os direitos fundamentais de todos os indivíduos sejam efetivamente concretizados e usufruídos. Com Maximo Pavarini⁴⁴⁶ seria possível dizer que se trata “dos mesmos instrumentos com os quais certos animais são “domesticados” e os “selvagens” são “civilizados”.

⁴⁴¹ PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p.89.

⁴⁴² GAUER, R.M. Chitó. Alguns aspectos da criminologia da violência. In: A fenomenologia da violência. Curitiba: Juruá, 2003, p. 15.

⁴⁴³ HASSEMER, Winfried; Conde Francisco Munoz. Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

⁴⁴⁵ KARAM, Maria Lúcia. *A privação da liberdade: o violento, o danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena*. Rio de Janeiro: Ed lumen júris. 2009.p.8

⁴⁴⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica. As Origens do Sistema Penitenciário*. Rio de Janeiro: Revan:ICC,2006.p. 222

A lei de execuções penais⁴⁴⁷ tem sofrido várias atualizações legislativas desde o seu nascedouro em 1984 . Assim as leis 10.792/2003; 11.942/2009; 12.258/2010; 12.313/2010; 12.433/2011; 12.654/2012; 13.163/2010. Tais alterações foram necessárias para a melhor operacionalização da lei, inclusive com a dedicação de um capítulo próprio da Defensoria Pública, originalmente inexistente. Uma das mutações legais foi a inclusão da Defensoria Pública em capítulo próprio com legitimidade para provocar os diversos órgãos da Execução penal, tais como, o Conselho Penitenciário, O Ministério Público, o Juiz, o diretor do estabelecimento prisional, Conselho da Comunidade, etc.

Pobre de justificativas, consoante observa Louk Hulsman⁴⁴⁸, que expliquem o elevado índice de encarceramento de afrodescendentes e desprovidos financeiros, de incapacitados e inaptos para o trabalho, pobre de estratégia de realocação da pobreza e pasteurização das condições de acesso aos bens imprescindíveis ao mínimo existencial.

As “mudanças sociais em larga escala na segunda metade do século XX têm sido objeto de muito debate e reflexão sociológicos”, Consoante David Garland⁴⁴⁹, para quem:

Para alguns analistas, estas mudanças indicam a chegada da pós-modernidade e de uma forma de organização social e de consciência bem distintas daquelas da modernidade. Outros, desejosos de marcar a singularidade do mundo que essas mudanças criaram, mas também de reconhecer sua continuidade com o anterior, falam de “modernidade tardia”, “alta modernidade” ou “modernidade reflexiva”. Termos como “novos tempos”, “pós-fordismo”, “pós-previdenciário” e “neoliberalismo” identificam igualmente as peculiaridades do presente, porém o primeiro é por demais vago, enquanto os demais são muito específicos. Meu termo preferido é “pós-modernidade do século XX” – que denota uma fase histórica do processo de modernização sem assumir que estejamos chegando ao fim, ou mesmo ao ápice, de uma dinâmica centenária, que não dá nenhum sinal de que irá acabar. Infelizmente, tal termo é ainda mais problemático do que os outros. As grandes transformações que varreram a sociedade na segunda metade do século XX foram, de uma só vez, econômicas, sociais, culturais e políticas. Até onde é possível, elas podem ser resumidas no seguinte: I) a dinâmica da produção capitalista e das trocas mercantis e os correspondentes avanços em tecnologia, transportes e comunicações; II) a reestruturação da família e do lar; III) mudanças na ecologia social das cidades e dos subúrbios; IV) ascensão das mass media eletrônicos; V) a democratização da vida social e cultural.

⁴⁴⁷ Lei 7.210/84.

⁴⁴⁸ HULSMAN, Louk. Discursos sediciosos entrevista Louk Housman. In: discursos sediciosos : crime, direito e sociedade, 1º e 2º semestre de 1998, ano 3, n5-6.p.62

⁴⁴⁹ GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro:: Revan.2008. p. 184;185.

Como se observam em “constantes pesquisas, os índices de criminalidade crescem gradualmente”, observa Rafael Braude Canterji⁴⁵⁰ que, isso possibilita concluir que uma utilização de uma legislação penal de terror, aumentar as penas, criminalizar condutas e minimizar garantias, não é eficiente. Mesmo assim, mantém-se, cegamente – ou com intervenções externas à técnica penal e à processual penal-, essas políticas criminais. O fato é que a criminalidade nunca acabará, podendo ser reduzida a níveis toleráveis, desde que sejam adotadas as medidas políticas adequadas, as quais são políticas sociais e não penais. Entretanto, é preciso ter consciência de que se trata de um processo gradual e lento.

É de certa forma um truísmo dizer que o acesso real aos direitos continua profundamente assimétrico, notadamente, a maior exposição dos mais pobres à seletividade criminal, que são etiquetados como clientela preferencial dos presídios e cadeias locais, expostos ao arbítrio e a idiosincrasias de autoridades públicas e, destarte, ficando expostos mais tempo do que deveriam em condições desumanas⁴⁵¹ nas decrépitas masmorras medievais instaladas atualmente em solo pátrio, nas diversas unidades da federação.

As iniciativas pelo país se fazem presentes, entretanto ainda são muito tópicas. Tais práticas devem ser multiplicadas, haja vista, que são sementes de uma nova cultura da paz, demonstrando a viabilidade da justiça restaurativa.

A lei 50.431/13 do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, cria “procedimentos restaurativos” decorrentes da apuração de atos que violem os direitos humanos individuais ou coletivos e institui a “câmara restaurativa estadual.”

Em levantamento de dados⁴⁵² da central de dados restaurativos, no ano de 2009 registrou-se que foram realizados 209 procedimentos restaurativos, ao passo que no ano 2010 esse número elevou-se para 496 procedimentos restaurativos, porém recuando para 369 no ano de 2011.

No Distrito Federal⁴⁵³ há uma outra iniciativa importante. No fórum do Núcleo Bandeirante do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios começou um projeto

⁴⁵⁰ CANTERJI, Rafael Braude. Política criminal e Direitos Humanos. Porto Alegre: livraria do advogado. 2008.p.113.

⁴⁵¹ O Brasil tem sofrido condenações na corte interamericana de direitos humanos, inclusive, sofreu condenação à elaboração de lei de proteção à mulheres vítimas de violência, gerando a lei 11.340, conhecida como lei Maria da Penha.

⁴⁵² Rio Grande do Sul. Relatório da central de práticas restaurativas do juizado regional da infância e juventude de Porto Alegre. 2013. Disponível em www.Justica21.org.br/imagens/dadosj21jjj.pdf. acesso em 11/11/2015.

⁴⁵³ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Eficiência das estruturas da conciliação e mediação. Centro judiciário de solução de conflitos e cidadania do programa de justiça restaurativa. 2013-a. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/conciliacao/2012/CATEGORIA%20TRIBUNAL%20ESTADUAL/TJDFT%20-%20NUPECON%20-%20INSCRI%20C7LEGAL.DOC>. acesso em 12/11/2015.

piloto no ano de 2005 no âmbito dos juizados especiais⁴⁵⁴, com aplicação nos processos criminais de menor potencial ofensivo e, posteriormente, também em alguns processos⁴⁵⁵ da vara de violência doméstica e familiar.

Para uma noção quantitativa, no ano de 2006 o programa atendeu 23 causas, ao passo que no ano de 2011 já foram 67 causas. Entretanto, a tendência é o crescimento, notadamente com a disponibilidade de mais recursos humanos e materiais.

Em junho de 2012 o programa justiça restaurativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal expandiu-se também para atender a população da cidade satélite de Planaltina. No ano de 2012 seus mediadores se deslocaram semanalmente àquela cidade para atender quarenta e três casos solicitados.

A Justiça restaurativa é uma alternativa pacificadora que tem o potencial de desobstruir a máquina judiciária em uma boa medida a depender do grau de investimento que se fizer. O foco da Justiça restaurativa não é a punição, mas a reparação e composição dos danos, com respeito a todas as partes envolvidas no conflito. Durante todo o processo os interessados participam ativamente na construção de um resultado positivo.

A Justiça Restaurativa, nesse sentido, como política pública recomendada pela Organização das Nações Unidas, pode funcionar como uma alternativa ao modelo de justiça criminal no atual contexto de déficit de legitimidade, ampliando a participação dos envolvidos no processo de tomada de decisões políticas. A participação da Defensoria Pública como protagonista da política pública da justiça restaurativa pode ser potencializada, como se verá no capítulo seguinte.

5 A DEFENSORIA PÚBLICA RESOLUTIVA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça restaurativa aproxima as partes envolvidas em ordem a encontrar fórmulas consensuais de solução do seu problema de forma pacífica, autônoma e emancipadora. Disso decorre o seu elevado cunho pedagógico. Com efeito, salienta Raquel Tiveron⁴⁵⁶ que “a Justiça restaurativa permite uma gestão emancipatória e participativa do conflito por devolver aos protagonistas a sua administração.”

O debate existente entre as vantagens e desvantagens dos meios de composição tem utilidade não para fomentar um posicionamento contrário ou a favor de sua utilização,

⁴⁵⁴ Referem-se aos processos submetidos à lei 9099/95

⁴⁵⁵ São os processos referentes à lei 11.340/06.

⁴⁵⁶ *Ibidem*. P. 149.

conforme observa Fernanda Tartuce⁴⁵⁷, mas sim para que se possa apreciar como, quando e sob quais circunstâncias as pessoas podem resolver o conflito consensualmente ou precisam de um Juiz.

Com a crise de legitimidade da pena privativa de liberdade, o espaço para a construção de uma Justiça menos invasiva e mais pacificadora emerge no mundo contemporâneo. O debate mundial encetado no final do século XX sobre formas alternativas à pena privativa de liberdade deu azo à denominada “justiça restaurativa”, modelo em construção, hodiernamente incentivada pela Organização das Nações Unidas. O Estado moderno caracterizou-se pelo “confisco” do conflito, ou seja, pelo monopólio da violência pelo Estado, com a substituição das vítimas reais pelas vítimas abstratas, tais como a lei, a sociedade, o Estado, o Soberano.

Com a Justiça Restaurativa o sistema judicial seria aliviado do ônus de ter que realizar um julgamento para todos os crimes, salienta Raquel Tiveron⁴⁵⁸, racionalizando o uso de recursos públicos destinados aos seus serviços judiciários, o que desafogaria as sobrecarregadas pautas de julgamento de dedicar-se-ia melhor a outros processos que provocam maior clamor social.

Obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso, ampliação de opções ao cidadão, uma vez que teria diversas oportunidades de tratamento do conflitos, aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso, são as vantagens do sistema autocompositivo, consoante Ferananda Tartuce⁴⁵⁹.

A Justiça criminal atual “é um sistema projetado por Advogados, para Advogados e o resultado é que vítima e ofensores, frequentemente são espectadores do processo”, consoante Raquel Tiveron⁴⁶⁰, incentiva-se o acusado a negar a culpa, mesmo quando responsável pelo ato. No Brasil, quando a mediação penal é feita no âmbito de Judiciário, o acordo restaurativo tem que ser aprovado por um Juiz. Se não houver consenso entre as partes, um relatório é realizado e anexado ao processo para ciência das partes e do Juiz. Se o acordo for feito e cumprido, o processo segue para o Ministério Público que pode pedir o arquivamento ou não, a depender da causa.

⁴⁵⁷ Ibidem. P. 167.

⁴⁵⁸ Ibidem. P. 400

⁴⁵⁹ Ibidem. P. 167.

⁴⁶⁰ Ibidem. P. 300

Observa-se que na lei Maria da Penha⁴⁶¹, nos casos de violência contra a mulher, como a ação penal é pública e incondicionada, mesmo que a vítima queira acabar com o processo, o Ministério Público não vai concordar e o processo continua. A vítima, maior interessada no desfecho do processo, é excluída em relação à sorte do processo.

O modelo de Justiça Restaurativo, ainda em construção, demanda uma postura do mediador que priorize o diálogo e a ajuda recíproca. A Defensoria Pública resolutiva, consoante exposto, deve primar pela resolução preventiva e extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos surgidos no âmbito da sociedade, notadamente, quando a questão insere-se no quadro de Direitos Humanos e Fundamentais, ampliando a esfera pública de resolução de conflitos sociais com maior participação da comunidade e de seu próprio “locus” institucional.

Fernanda Tartuce⁴⁶² define a Justiça Restaurativa como o modelo de justiça em que vítima, ofensor e outros membros da comunidade afetados por um crime participam ativamente da resolução das questões decorrentes do delito com auxílio de um facilitador da comunicação.

Frequentemente, serão necessários pré-encontros, inclusive em separado com vítima e ofensor, para que se explique os limites da liberdade de cada um, bem como de responsabilidade e sobre possíveis pacificações e condições para essa pacificação. A Defensoria Pública, com uma equipe de apoio psicológico, pode promover essa política pública. Há países como Canadá, Estados Unidos e Reino Unido onde os facilitadores são voluntários, Ressalta Raquel Tiveron⁴⁶³, ao passo que na Argentina são remunerados pelo Judiciário local.

Há possibilidade de incremento da Defensoria Pública resolutiva, como instituição brasileira protagonista na causa dos Direitos Humanos, na busca de formas alternativas de resolução de conflitos sociais através da Justiça Restaurativa. Conjuga-se bem com a dimensão resolutiva da Defensoria Pública que propugna pela priorização das formas preventivas de resolução de conflitos sociais, notadamente no campo extrajudicial, com a Justiça Restaurativa, para além do monolítico modelo punitivista-retributivo.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Lei 11.340/2006.

⁴⁶² Ibidem. P. 11.

⁴⁶³ Ibidem. P. 304.

⁴⁶⁴ Uma das funções declaradas da pena privativa de liberdade é a de que somente assim a vingança privada seria eliminada, todavia, o interesse da vítima foi colocado em segundo plano, enquanto que, em primeiro plano, houve a ocupação dos territórios da pobreza e a gestão diferencial das ilegalidades. A gestão diferencial das ilegalidades caracteriza-se pela mira ideológica das agências de criminalização nas massas de proletariados, sub-proletariados e desempregados, ao passo que, nos crimes do colarinho branco⁴⁶⁴ a “cifra negra” é gigantesca.

Impõe-se também uma nova cultura, bem como um novo paradigma⁴⁶⁵ de postura institucional da Defensoria Pública. No polo passivo da relação jurídico-processual, na busca da reconstrução dos fragmentos do passado para imposição de culpa, em sentido amplo, lembra Raquel Tiveron⁴⁶⁶, “o ofensor é despersonalizado e transformado em objeto do processo”, desconsiderando-se as suas necessidades”.

A questão do acesso à Justiça novamente vem a tona com a Justiça Restaurativa, haja vista que do ponto de vista da acessibilidade a Justiça Restaurativa é mais democrática por permitir a atuação direta dos interessados, ao passo que a solução heterônoma do Judiciário importa em uma atuação mais republicana. O acesso à justiça na Justiça Restaurativa não deve ser compreendido como acesso ao judiciário, mas acesso à composição do conflito de forma emancipada e autônoma, pelas próprias partes.

A Justiça Restaurativa proporciona expressão de sentimentos, opiniões, necessidades, o que nem sempre é possível na atuação técnica do Juiz no Processo de forma heterônoma, uma vez que o fundamental no processo penal ou civil não é a expressão dos sentimentos dos envolvidos, mas a busca dos elementos probatórios que vão subsidiar a decisão do juiz e a argumentação das partes.

Lembre-se que, no Brasil, o Ministério Público⁴⁶⁷ é o titular privativo da ação penal pública, ou seja, que inicia o processo penal. Portanto, há redução da participação do cidadão nos destinos políticos da nação, dado negativo que deslegitima o sistema, naqueles casos onde a vítima tem interesse em compor uma resposta pacífica com o autor do fato. Com a justiça restaurativa, no entanto, há incremento na participação da comunidade, da vítima e do autor de ilícito na resolução dos problemas sociais vividos. Há, nessa senda, ampliação da participação do cidadão nas decisões políticas da nação, com incremento da legitimidade.

Os sintomas de debilidade do sistema criminal, consoante ressalta Raquel Tiveron⁴⁶⁸, “manifesta-se na realidade das prisões nas quais ocorrem corriqueiras violações dos direitos

⁴⁶⁵ Um paradigma compreende quatro elementos, como ensina Thomas Kuhn, “princípios metafísicos gerais, hipóteses, metodologias e instrumentos específicos. Os princípios gerais integram algumas indicações abstratas relativamente simples sobre os modos de funcionamento da sociedade e, mais especificamente, do campo político, e constitui uma meta-imagem social coletivamente legítima. As hipóteses e leis disciplinam o conjunto de axiomas, hipóteses ou raciocínios que estabelecem um vínculo entre o sistema simbólico e o universo concreto. Asseguram a operacionalização dos princípios metafísicos gerais. O elemento formal ou facilmente formalizável da matriz disciplinar. KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 7 ed. São Paulo: editor Perspectiva. 2003.

⁴⁶⁶ TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília/DF:Thesaurus jurídica,2014.p.308.

⁴⁶⁷ Consoante o art. 129, I da Constituição Federal de 1988.

⁴⁶⁸ Ibidem.p.39.

fundamentais dos apenados, o que evidencia a fragilidade do modelo punitivo, desafiando a sua legitimidade e a propositura de alternativas a ele.”

No plano infraconstitucional, no entanto, a Defensoria Pública já tinha essa função de zelar pelos Direitos Humanos, desde a lei⁴⁶⁹ complementar 80 e as alterações da lei complementar 132/2009, que já previa que “são objetivos da Defensoria Pública a prevalência e efetividade dos Direitos Humanos.”

A Defensoria Pública⁴⁷⁰ deve, além disso, promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, bem como, representar aos sistemas internacionais⁴⁷¹ de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos. Os direitos humanos e fundamentais do cidadão são, nessa senda, uma atribuição da Defensoria Pública.

A imprensa explora e dramatiza a experiência vivida pela vítima e o ofensor reforçando os estereótipo, consoante lembra Raquel Tiveron⁴⁷². Daí a importância do pluralismo midiático: tão negativa é a censura estatal autoritária quanto o oligopólio comunicacional. Essa mídia aliena a população na associação da clientela prevalente nas prisões com pretos, pardos e pobres. O pluralismo midiático tende a descolar a “opinião pública” da “opinião publicada” na medida em que se minimizarão os oligopólios midiáticos que estão a serviço do domínio capitalista.

O estado de coisas inconstitucional, vulnerador sistemático e massivo de direitos fundamentais no sistema criminal gera o debate sobre a minimização da pena privativa de liberdade, surgindo a proposta da Justiça restaurativa, ainda um modelo em construção no Brasil e no mundo. A Defensoria Pública pode contribuir com políticas públicas nesse cenário, máxime por sua vocação de defesa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

A Defensoria Pública⁴⁷³ resolutive deve primar pela resolução preventiva e extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos surgidos no âmbito da sociedade, notadamente, quando a questão insere-se no quadro de Direitos Humanos e Fundamentais, ampliando a esfera pública de resolução de conflitos sociais com maior participação da comunidade e de seu próprio “locus” institucional.

⁴⁶⁹ Art. 3, III da Lei Complementar 80, com alterações da Lei complementar 132/2009.

⁴⁷⁰ Art. 4º, III da lei complementar 80, com as alterações da lei complementar 132/2009.

⁴⁷¹ Art. 3º, VI da lei complementar 80, com as alterações da lei complementar 132/2009.

⁴⁷² TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília/DF:Thesaurus jurídica,2014,p.312.

⁴⁷³ Consoante o terceiro diagnóstico da Defensoria Pública, são poucos os casos de acordos extrajudiciais com a participação da Defensoria Pública em São Paulo na área criminal. No Tocantins, 16 casos em 2006, 11 em 2007 e 12 em 2008. No Acre foram 27 em 2006, 17 em 2007 e 63 em 2008. Acesso em 15/11/2015. www.anadep.org.br. P. 155

A Justiça Restaurativa é uma política pública que deve ser incentivada, notadamente, com o atual quadro de crise de legitimidade da pena privativa de liberdade. Saliente-se que nem a política criminal se confunde com a política pública, nem tampouco com a política de segurança pública. Se a política criminal é espécie de política pública, por outro lado, a política de segurança pública é espécie de política criminal, ou seja, a política pública abrange a política criminal que, por sua vez, contém a política de segurança pública.

A Justiça Restaurativa conjuga-se bem com a dimensão resolutiva da Defensoria Pública que propugna pela priorização das formas preventivas de resolução de conflitos sociais, notadamente no campo extrajudicial. Impõe-se, nessa senda, a discussão sobre novas formas de resolução de conflitos sociais, para além do monolítico modelo punitivista-retributivo. Impõe-se também uma nova cultura, bem como um novo paradigma⁴⁷⁴ de postura institucional da Defensoria Pública.

Se o paradigma da Defensoria Pública “demandista”, cujo foco é a resolução judicial dos conflitos individuais e coletivos, está fadado a ser superado, no paradigma “resolutivo⁴⁷⁵”, cujo foco é a resolução extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos, tem-se um amplo espectro de possibilidades para a Defensoria Pública,

A Defensoria Pública deve protagonizar esse espaço institucional, principalmente em localidades carentes de recursos e presença do Estado, junto às organizações do terceiro setor, associações sem fins lucrativos, sindicatos, associações de bairro, escolas, escolas-piloto das faculdades de direito que prestem assistência jurídica à população.

No que diz respeito à possibilidade de manutenção do relacionamento entre as partes em uma perspectiva de futuro, os resultados são melhores quando os próprios envolvidos protagonizam sua solução do que quando um terceiro impõe sua decisão, consoante Fernanda Tartuce.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Um paradigma compreende quatro elementos, como ensina Thomas Kuhn, “princípios metafísicos gerais, hipóteses, metodologias e instrumentos específicos. Os princípios gerais integram algumas indicações abstratas relativamente simples sobre os modos de funcionamento da sociedade e, mais especificamente, do campo político, e constitui uma meta-imagem social coletivamente legítima. As hipóteses e leis disciplinam o conjunto de axiomas, hipóteses ou raciocínios que estabelecem um vínculo entre o sistema simbólico e o universo concreto. Asseguram a operacionalização dos princípios metafísicos gerais. O elemento formal ou facilmente formalizável da matriz disciplinar. KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 7 ed. São Paulo: editor Perspectiva. 2003.

⁴⁷⁵ Art. 4º, II da lei complementar 80 prevê a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios como dever funcional dos Defensores Públicos. O art. 134 da Constituição Federal também reforça este papel, nos seguintes termos: “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.”

⁴⁷⁶ Ibidem. P. 169.

A Defensoria Pública deve atuar de forma ativa e sinérgica em comunidades carentes, inclusive requisitando apoio de outros órgãos públicos e organizações não governamentais, articulando horizontalmente a iniciativa de diversos órgão, tais como o “Conselho Regional de Odontologia”, “Conselho Regional de Psicologia”, “Conselho Regional de Assistentes Sociais”, “Conselho Regional de Medicina”, instituições religiosas, sindicais, associações de bairro, etc.

A insuficiência administrativa e estrutural da Defensoria Pública deve ser colocada sob perspectiva, na medida em que ela é momentânea e transitória. Multirões de mediação poderão ser promovidos pela Defensoria Pública resolutiva em comunidades carentes. A lei complementar 80 e o novo código de processo civil privilegiam o novo paradigma de resolução extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos da Defensoria Pública. Portanto, tem-se um bloco jurídico que por todos os ângulos recomenda o foco na atuação preventiva e extrajudicial.

Três modelos principais de tutela extrajudicial pela Defensoria Pública, consoante Júlio Camargo de Azevedo⁴⁷⁷: o primeiro modelo é o estimulativo no qual a Defensoria Pública se utiliza da estrutura pessoal e administrativa de outras instituições, promovendo o encaminhamento de demandas, sem participar efetivamente do processo consensual desenvolvido. O segundo modelo é o cooperativo: em que a Defensoria Pública se utiliza da estrutura pessoal e administrativa de outras instituições, mas efetivamente participa do processo consensual desempenhado. O terceiro modelo é o autônomo, no qual a Defensoria Pública, por meio de recursos financeiros e administrativos próprios, consolida uma política institucional de resolução extrajudicial de litígios, perseguindo as finalidades constitucionalmente atribuídas à instituição.

Dos três modelos referidos, o modelo autônomo é com maior potencial transformativo e que mais se aproxima do modelo de Defensoria Pública resolutiva, haja vista a maior possibilidade da atuação direta do Defensor Público para resolução dos problemas imediatos apresentados, mas também dos mediatos, que por vezes não ocorrem às partes necessitadas envolvidas.

A denominada crise do Direito não será resolvida com a simples mudança de códigos ou de leis, nem tampouco com a simples gestão processual realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, consoante exposto no capítulo anterior. O paradigma resolutivo da Defensoria Pública exige uma nova cultura com uma nova práxis de seus membros, determinada em

⁴⁷⁷ AZEVEDO, Júlio de Camargo; ELTHON, Sicola Kersul. Novo CPC abre novos modelos de participação da Defensoria Pública nos litígios. Publicado em 05 de outubro de 2015 em www.conjur.com.br

grande parte pela cultura. Note-se que apenas o foco na resolutividade deve ser priorizado. Assim sendo, é um truísmo dizer que o aspecto de postulação judicial por parte da Defensoria Pública não será abandonada de forma definitiva, mas melhor utilizada na medida em que a jurisdição será provocada como “ultima r atio” no enfrentamento dos problemas jurídicos.

O paradigma⁴⁷⁸ resolutivo não é um esquema técnico e utilitarista, mas um modelo que deve ser perseguido culturalmente. Nessa senda, o mundo da técnica tão criticado por Heidegger em face de suas inexoráveis cadeias de utilidades, não é um fim em si. Assim, o mundo da técnica   não contingente, consoante Martin Heidegger⁴⁷⁹, isto é não se submete   esquemas de necessidade “a priori”.

Assim sendo, o paradigma resolutivo de atuação não se resolve em esquemas técnicos de utilidades compatíveis com uma  tica das consequências, e por isso relativista, mas demanda uma  tica compatível com as concretas necessidade dos envolvidos. Daí falar-se em novas alternativas aos conflitos sociais.

O Defensor Público resolutivo, deve ser imbuído de espirito público, com vistas não apenas   resolução de um problema judicial que lhe vem à tona, mas buscar atuar nas causas mais profundas e extensas dos problemas sociais, não apenas judicialmente, mas de forma preventiva e, sempre que possível prescindindo do recurso ao judiciário.

A justiça restaurativa⁴⁸⁰   compatível com o modelo de justiça brasileiro e deve ser incentivada de forma ampla, como método alternativo de resolução de conflitos sociais, de forma   superar o modelo monolítico de solução penal retributivo-punitivo.⁴⁸¹

No paradigma da justiça restaurativa, há um espaço privilegiado de interlocução entre a vítima e o infrator, como protagonistas maiores de seus problemas. No modelo retributivo-punitivo a vítima é comumente infantilizada em face de sua absoluta falta de autonomia para decidir o rumo dos processos, mormente nas ações penais públicas, cuja titularidade é o Ministério Público.

⁴⁷⁸ Em sua epistemologia, Thomas Kuhn identifica que as aplicações que emanam do paradigma s o tão necessárias para a ciência como as leis e as teorias do paradigma. Nesse sentido, o sistema de Justiça brasileiro vem apresentando sinais claros de crise, o que gerou a criação do Conselho nacional de Justiça, e, portanto, de falência de uma modelo de paradigma de acesso   justiça baseado na litigiosidade. KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 7 ed. São Paulo: editor Perspectiva. 2003.

⁴⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. Trad. Renato Kirchner. Ontologia: (hermeneutica da faticidade). Petre polis, RJ: Vozes. 2012.

⁴⁸⁰ O termo “justiça restaurativa”   atribuído a Albert Eglash e acabou prevalecendo na língua portuguesa, embora a tradução para “restorative justice” possa ser justiça restauradora”.

⁴⁸¹ A criminologia etiológica não desvendou os déficits do sistema, o que só poderia ser realizado por uma criminologia que levasse em consideração não apenas o autor do fato ou sujeito desviante e os processos de etiquetamento criminal, mas t mbem as agências de criminalização e seus processos de etiquetamento, observando o fen meno do crime em sua integralidade.

No campo criminal, o estado de coisas inconstitucional vulnerador sistemático e massivo de direitos fundamentais no sistema criminal gera o debate sobre a minimização da pena privativa de liberdade, surgindo a proposta da Justiça restaurativa⁴⁸², ainda um modelo em construção no Brasil e no mundo. Com efeito, quanto ao papel da vítima no processo penal, concorda Salo de Carvalho⁴⁸³ com o diagnóstico segundo o qual, “o Estado toma como seu direito de outrem.”

O Defensor Público que atende a uma mulher vítima de violência doméstica não apenas promover a sua defesa judicial no juízo de violência doméstica, mas também ser encaminhada ao serviço psicológico para tratamento psicanalítico ou a uma psicoterapia. Deve obter todas as informações jurídicas sobre um eventual divórcio, guarda e alimentos dos filhos menores. Deve ser encaminhada ao serviço social, se necessário, e obter toda o apoio logístico em ordem a fazer face a essa demanda de empoderamento do cidadão em situação de vulnerabilidade.

Nessa senda, é quase um truísmo dizer que a formação do Defensor Público é algo que se impõe de forma contínua e permanente. Tal formação não se inscreve apenas dentro de uma moldura utilitária para a instituição Defensoria Pública e a população necessitada de seus serviços. Consoante Vera Regina Pereira de Andrade⁴⁸⁴, a justiça restaurativa se baseia num procedimento voluntário e não solene. Prossegue:

procedimento voluntário, dialógico, consensual e relativamente informal, uma vez que são as partes afetadas pelo conflito que devem voluntariamente optar pela sua resolução restaurativa, que se dá mediante diálogos promovidos nos chamados círculos, câmaras ou encontros restaurativos realizados preferencialmente em espaços comunitários, sem a ritualística hierarquizada e solene da justiça tradicional.

A Organização das Nações Unidas pautou princípios, valores e procedimentos experimentados em vários países. O Brasil deve investir na justiça restaurativa e a Defensoria Pública pode ser um protagonista criativo e ousado da Justiça restaurativa. Nos termos da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que validou e recomendou a sua aplicação para todos os países.

⁴⁸² O assunto será tratado no capítulo 5: “A Defensoria Pública Resolutiva e a Justiça Restaurativa”.

⁴⁸³ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual. In: Diálogos sobre a justiça dialógica: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P.129

⁴⁸⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Controle Penal e justiça restaurativa. In: Pelas Mãos da criminologia: o controle penal para além da desilusão. ICC. Florianópolis, 2012. P. 335.

No Brasil, a lei 12.594/12 que instituiu o sistema nacional de atendimento socioeducativo prevê a possibilidade de justiça Restaurativa. Sendo a justiça restaurativa um modelo em construção de acesso à justiça através de sistemas alternativos de administração de conflitos no mundo contemporâneo, a Defensoria Pública deve protagonizar a discussão e construção de uma justiça não necessariamente institucionalizada nos limites do Estado brasileiro, mas se aproximando da comunidade, fortalecendo formas de uma justiça comunitária não limitada pelo que o Direito pode fazer através do sistema de justiça estatal.

Consoante a Resolução 2002/12⁴⁸⁵ referida, tem-se o esclarecimento do que seja “programa justiça restaurativa”, o “processo restaurativo”, o “resultado restaurativo”, o que entende-se por “partes” e “facilitador”. Consoante Traz a resolução, o ‘programa justiça restaurativa’ significa qualquer programa que utilize processos restaurativos e objetive alcançar resultados restaurativos e objetive alcançar resultados restaurativos.

Nos termos da Resolução 2002/12, o “processo restaurativo” significa qualquer processo em que a vítima e o infrator e, quando apropriado, quaisquer outras pessoas ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjuntamente e de forma ativa na resolução das questões que o conflito origina, usualmente com a ajuda de um facilitador. Entre os processos restaurativos, incluem-se a mediação, a conciliação, a celebração de conversas e reuniões para decidir a sanção ou forma de resolução de conflito.

O “resultado restaurativo”, consoante a resolução 2002/12, é aquele acordo oriundo de um processo restaurativo. Tais resultados restaurativos incluem respostas e programas como a reparação, a restituição e o serviço comunitário, objetivando o atendimento das necessidades e das responsabilidades individuais e coletivas das partes e com o escopo de alcançar a reintegração da vítima e do infrator. “partes” são a vítima, o infrator e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime que participem de um processo restaurativo. “Facilitador” se refere à pessoa cuja função é mediar, de maneira justa e imparcial, a participação das partes em um processo restaurativo.

A Organização das Nações Unidas também editou a resolução 40/34 de 29/11/1985 que determina que os mecanismos informais de resolução de disputas, devem ser utilizados sempre que necessário à conciliação e reparação das vítimas. Os danos da vitimização primária podem ser de ordem material⁴⁸⁶, física⁴⁸⁷, psicológica⁴⁸⁸ e social⁴⁸⁹, consoante Salienta Raquel Tiveron.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ A resolução 2002/12, disponível no site www.onu.org em 11.11.2013.

⁴⁸⁶ Danos econômicos ou financeiros, tais como perda de bens, despesas com medicamentos, cirurgias, consultas, exames, etc.

O debate acerca dos modelos de justiça restaurativa apropriado às condições da periferia brasileira, ressalta Vera Regina Pereira de Andrade⁴⁹¹ que, desde que adequadamente potencializado e que não suscite renovadas relegitimações do sistema penal, nem seja ingenuamente concebido como “a” alternativa totalizadora à superação da sua crise, remete para a necessidade vital de um revisionismo corajoso do paradigma punitivo que estamos a reproduzir e dos operadores que estamos a formar, desde a herança cartesiana e positivista da modernidade, que nos deixou prisioneiros de uma visão do mundo do crime e da pena e que não consegue sair da ontologia periculosista, nem da lógica mecanicista problema-solução, crime-castigo, deixando-nos reféns de uma lógica tão encarceradora quanto encarcerada.

Como disse Nilo Batista⁴⁹², “caberia a toda teoria crítica fazer aparecer o invisível.” O sistema penal, após a criminologia crítica, está nu. Assevera Vera Regina de Andrade⁴⁹³ que “nenhum método punitivo, nenhum sistema penal de que se tem conhecimento na história veio para ficar e ficou. E de nenhum, se pode dizer, com Vinicius de Moraes, que “seja eterno enquanto dure”, pois essa eternidade (a pena) é violência e dor.”

O estado de coisas inconstitucional, vulnerador sistemático e massivo de direitos fundamentais no sistema criminal gera o debate sobre a minimização da pena privativa de liberdade, surgindo a proposta da Justiça restaurativa. A Defensoria Pública pode contribuir com políticas públicas nesse cenário, máxime por sua vocação de defesa dos direitos fundamentais e humanos. O aproveitamento das oportunidades potenciais da Justiça restaurativa pode diminuir o índice de criminalização e de processos criminais, proporcionando ganhos econômicos e sociais ao Estado e à sociedade.

A Defensoria Pública deve protagonizar esse espaço de política pública, principalmente em localidades carentes de recursos e presença do Estado, junto às organizações do terceiro setor, associações sem fins lucrativos, sindicatos, associações de bairro, escolas, escolas-piloto das faculdades de direito que prestem assistência jurídica à população.

⁴⁸⁷ Tais como taquicardia, sudorese, espasmos musculares, náuseas, etc.

⁴⁸⁸ Tais como irritabilidade, ansiedade, medo, depressão, raiva, etc.

⁴⁸⁹ Tais como isolamento social, pânico social, isolamento social, etc.

⁴⁹⁰ *Ibidem*. P. 324.

⁴⁹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Controle Penal e justiça restaurativa. In: *Pelas Mãos da criminologia: o controle penal para além da desilusão*. ICC. Florianópolis, 2012. P. 337.

⁴⁹² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. Renavam, p. 33.

⁴⁹³ Vera Regina p. Identidade e funcionalidade do judiciário: a colonização da justiça pelo controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da des(ilusão)*. Rio de Janeiro: Renavam; ICC, 2012. P. 254

A Justiça restaurativa, muitas vezes relaciona-se com um processo de cura emocional, conforme salienta Raquel Tiveron⁴⁹⁴, reportando-se a um caso de estupro em que o contato com o “sujeito desviante” houve o alívio da raiva cega, seguida pelo alívio também da insônia. Enquanto que no processo penal com a imposição de pena privativa de liberdade não haverá contato nenhum entre a vítima e o ofensor.

O Conselho Nacional de Justiça exarou a resolução 125/2010 que determina que os Tribunais de justiça instalem os “Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania”. Nessa senda, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, mediante a resolução 13 de 6/08/2012 criou o “Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – Nupecon”.

Nessa senda, a Defensoria Pública pode atuar de forma ativa e sinérgica em comunidades carentes, inclusive requisitando apoio de outros órgãos públicos e organizações não governamentais, estimulando a iniciativa de diversos órgão, tais como o “Conselho Regional de Odontologia”, Conselho Regional de Psicologia, “Conselho Regional de Assistentes Sociais”, “Conselho Regional de Medicina”, instituições religiosas, sindicais, associações de bairro, etc.

A insuficiência administrativa e estrutural da Defensoria Pública deve ser colocada sob perspectiva, na medida em que ela é momentânea e transitória. Mutirões de mediação poderão ser promovidos pela Defensoria Pública resolutive em comunidades carentes.

A lei complementar 80 vai nesse mesmo diapasão e o novo código de processo civil privilegiam o novo paradigma de atuação da Defensoria Pública. Portanto, tem-se um bloco jurídico que por todos os lados recomenda o foco na atuação preventiva e extrajudicial.

Três modelos principais de tutela extrajudicial pela Defensoria Pública, consoante Júlio Camargo de Azevedo⁴⁹⁵: o primeiro modelo é o estimulativo no qual a Defensoria Pública se utiliza da estrutura pessoal e administrativa de outras instituições, promovendo o encaminhamento de demandas, sem participar efetivamente do processo consensual desenvolvido. O segundo modelo é o cooperativo: em que a Defensoria Pública se utiliza da estrutura pessoal e administrativa de outras instituições, mas efetivamente participa do processo consensual desempenhado. O terceiro modelo é o autônomo, no qual a Defensoria Pública, por meio de recursos financeiros e administrativos próprios, consolida uma política

⁴⁹⁴ Ibidem. P. 320.

⁴⁹⁵ AZEVEDO, Júlio de Camargo; ELTHON, Siecola Kersul. Novo CPC abre novos modelos de participação da Defensoria Pública nos litígios. Publicado em 05 de outubro de 2015 em www.conjur.com.br

institucional de resolução extrajudicial de litígios, perseguindo as finalidades constitucionalmente atribuídas à instituição.

Dos três modelos referidos, o modelo autônomo é com maior potencial transformativo e que mais se aproxima do modelo de Defensoria Pública resolutive, haja vista a maior possibilidade da atuação direta do Defensor Público para resolução dos problemas imediatos apresentados, mas também dos mediatos, que por vezes não ocorrem às partes necessitadas envolvidas.

Nesse aspecto, o comentário de Franklyn Roger Alves Silva⁴⁹⁶ ressaltando que “o fato da República Federativa do Brasil” figurar como parte do processo perante o sistema interamericano não significa admitir que a Defensoria Pública da União detenha a atribuição exclusiva para atuar perante o feito”, já que as normas que definem as atribuições são omissas a respeito, significando admitir a existência de um atribuição concorrente de qualquer Defensoria Pública.⁴⁹⁷

Quanto à Justiça Restaurativa, já existem várias experiências importantes no Brasil sendo semeadas com a cultura da paz e do consenso, entretanto, ainda não há um marco legislativo nacional com homogeneização dos institutos e dimensionado da política pública servindo como marco jurídico. O espaço legislativo para a construção da justiça restaurativa é fundamental, incluindo-se a política pública para a arquitetura de uma nova cultura de paz. Registre-se, sem embargo, a nova lei de mediação, lei 13.140/2015, bem como o novo Código de Processo Civil que incentiva medidas auto-compositivas.

Segundo o terceiro diagnóstico⁴⁹⁸ da Defensoria Pública, somente quarenta e dois por cento das comarcas são atendidas pela Defensoria Pública. Algumas Defensorias Públicas não atendem em todas as áreas, que em tese, deveria atuar, inclusive extrajudicialmente. É o caso de Pernambuco que não atua na Fazenda Pública. Maranhão não atua em segunda instância e nem nos Tribunais Superiores. Alagoas não atende na regularização fundiária.

Oito Defensorias Públicas não atendem a microempresas: Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Paraná, Roraima e São Paulo. Quatro Defensorias Públicas não atendem entidades sem fins lucrativos: Amazonas, Amapá, Minas Gerais, Piauí e Paraná.

⁴⁹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. A promoção dos Direitos Humanos como função moderna da Defensoria Pública. Publicado em 27 de outubro de 2015. www.conjur.com.br

⁴⁹⁷ Nesse caso de representação de vítimas de atentados e violações de Direitos Humanos, a Defensoria Pública litigaria contra o próprio Estado brasileiro, ou mesmo, de forma preventiva e educadora. Por isso que Franklyn Roger Alves Silva⁴⁹⁷ refere, “mutatis mutandis” ao “ombudsman” que “diversos países latinos contemplam a figura do ‘defensor Del pueblo’ constituído nos moldes do ‘ombudsman’ do Direito europeu como um agente de natureza política.”

⁴⁹⁸ disponível em www.anadep.org.br, acessado em 11/11/2015.

Somente dezoito Defensorias Públicas atendem em regime de plantão, Bahia, Minas Gerais, São Paulo, Defensoria Pública da União, Tocantins, Amapá, Sergipe, Espírito Santo, entre outras, mas somente oito delas, o plantão é vinte e quatro horas por dia: Distrito Federal, Defensoria Pública da União, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Piauí, Amazonas e Amapá.

Observa-se, portanto, que o paradigma da Defensoria Pública resolutiva no cenário de pouco investimento da Defensoria Pública nacional parece utópico, mas não é. Deve servir como uma diretiva a ser seguida pela Defensoria Pública, sem se descuidar da difícil realidade social encontrada nos mais longínquos rincões do país.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa propugnou que a política pública de incentivo cultural ao não litígio deve estar no ápice do debate em torno do excesso de demandas e os mecanismos alternativos à solução do conflito judicial, inclusive deve ser incentivada e financiada também pelo Estado. Exsurtem nesse prisma, com o passar do tempo, novas leis ⁴⁹⁹ que vem paulatinamente incluindo cada vez mais a Defensoria Pública como protagonista do Estado Democrático de Direito. A instituição da infância na Constituição Federal de 1988, passa à maioria civil com as Emendas Constitucionais 45 e 80, embora ainda tenha muito a amadurecer.

A partir do estudo da arqueologia da assistência judiciária no século XX foi possível chegar ao modelo atual de Defensoria Pública a partir da Constituição Federal de 1988 e as Emendas Constitucionais 45 e 80, formam o seu principal marco jurídico, com diversas inovações para a Defensoria Pública, inclusive a autonomia financeira, administrativa e iniciativa de proposta orçamentária.

A questão do acesso à justiça ganha relevo em um cenário de crise econômica, política e social, haja vista que a faixa da população mais pobre é a que mais sofre nos momentos de desemprego econômico, redução do dinheiro circulando e de oportunidades de emprego. As pesquisas demonstram que a escalada de processo na Justiça brasileira recomenda o fomento de instrumentos e mecanismos extraprocessuais de resolução de conflitos e a Defensoria Pública resolutiva tem o escopo de otimização dos esforços de acesso à ordem jurídica com ganhos econômicos, políticos e sociais.

No atual cenário mundial de crise econômica, política, social, democrática e jurídica, o momento é oportuno para pensar novas formas de incremento da atuação da Defensoria Pública. Sem embargo do imenso crescimento institucional em face dos marcos legais anteriores à constituição federal de 1988, a Defensoria Pública ainda tem uma postura muito heterocompositiva e dependente do judiciário, arraigada aos instrumentos endoprocessuais, o que demanda uma nova postura precipuamente resolutiva de conflitos e autônoma em relação ao Judiciário.

Obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso, ampliação de opções ao cidadão, uma vez que teria diversas

⁴⁹⁹ A título de exemplo, no ano de 2015 a Lei n.13.105/15, que dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil e a Lei n. 13.140/15 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, entre outras coisas.

oportunidades de tratamento dos conflitos, aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso, são as vantagens do sistema autocompositivo.

Há espaço para a Defensoria Pública resolutiva no âmbito criminal e cível. A inauguração dessa postura mais resolutiva, menos litigante e dependente do judiciário, é talvez a principal marca a ser traçada pela Defensoria Pública em cenário para a próxima década. Esse paradigma resolutivo visa melhor concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que as medidas podem ser preventivas com ganhos econômicos, sociais e políticos, em atuações mais céleres, efetivas e completas.

Essa Defensoria Pública resolutiva deve estar culturalmente disposta à busca da negociação e resolução extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos que surgem no cotidiano. A pesquisa fez uma crítica ao modelo de acesso à justiça precipuamente vinculado ao Poder judiciário e apontou um norte, mostrando que o acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica, prescinde em alguma medida do judiciário.

Entretanto, não há um modelo pronto e definitivo de Defensoria Pública resolutiva, mas esta é uma instituição a ser construída, devendo primar pela qualidade total, como pela busca da melhoria contínua e da permanente busca do “fazer certo”, maior utilização dos instrumentos extraprocessuais, o que culminará na menor dependência do judiciário.

Quando se fala em Justiça Restaurativa, no que diz respeito à possibilidade de manutenção do relacionamento pacífico entre as partes em uma perspectiva de futuro, os resultados são melhores quando os próprios envolvidos protagonizam sua solução do que quando um terceiro impõe sua decisão.

Essa política pública de autocomposição dos conflitos tem muitas vantagens e deve ser estimulada e financiada pelo Estado. Será necessário ir muito além de uma gestão moderna com fixação de metas ou futuros marcos legislativos, mas principalmente o investimento na cultura conciliatória, cooperativa, horizontalmente articulada e negociadora, além do próprio investimento no capital humano para a emancipação institucional em uma postura muito mais célere e eficaz de resolução dos conflitos sociais extrajudicialmente.

A democracia substancial na sociedade contemporânea brasileira não prescinde de instrumentos de empoderamento da população necessitada, sem a qual, ela será meramente formal. A Defensoria Pública, portanto, deve ser pensada a partir desse pressuposto epistemológico, ou seja, como um órgão com um olhar diferenciado, voltado para a população necessitada.

A mudança cultural é um imperativo, haja vista que, a mudança de fora para dentro, através de alterações legislativas não prescinde da mudança paradigmática de dentro para fora, através de novos repertórios de modo a ampliar os horizontes da prestação do acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica e não simplesmente ao judiciário. Geralmente, conforme expõe Inocêncio Mártires Coelho⁵⁰⁰, “as transformações sociais ocorrem mais depressa do que as mudanças na “letra da lei”, sem que isso impeça que o direito, per se, suscite e antecipe algumas alterações na própria realidade social.”

Sem um novo enfoque na resolutividade de conflitos o sistema corre o risco de colapso, razão pela qual é necessária a superação do modelo meramente demandista e judicial. Portanto, o vetor de crescimento do “locus” institucional da Defensoria Pública para as próximas décadas não prescinde do enfoque na remoção de barreiras para o acesso à justiça em uma atuação muito mais resolutiva de conflitos.

O estado de coisas inconstitucional, vulnerador sistemático e massivo de direitos fundamentais no sistema criminal gera o debate sobre a minimização da pena privativa de liberdade, surgindo a proposta da Justiça restaurativa. A Defensoria Pública pode contribuir com políticas públicas nesse cenário, máxime por sua vocação de defesa dos direitos fundamentais e humanos. O aproveitamento das oportunidades potenciais da Justiça restaurativa pode diminuir o índice de criminalização e de processos criminais, proporcionando ganhos econômicos e sociais ao Estado e à sociedade.

A criminologia etiológica não desvendou os déficits do sistema, o que só poderia ser realizado por uma criminologia crítica que levasse em consideração não apenas o “desviante”, mas os processos de etiquetamento criminal, as vítimas e os processos de vitimização, o papel das agências de criminalização, observando-se o fenômeno do crime de forma mais complexa e menos simplista.

A Defensoria Pública tornou-se uma instituição constitucionalmente responsável pela defesa dos Direitos Humanos no nível interno e externo, ou seja, perante a Corte Interamericana de Justiça e, nessa perspectiva, ela pode patrocinar iniciativas relacionadas à Justiça Restaurativa, como forma consensual e autônoma das partes comporem uma resolução para os seus problemas, independentemente da Justiça Criminal.

Embora ainda muito insipientes, a tendência, no entanto, é que tais programas devam se disseminar na medida em que o orçamento da Defensoria Pública for aumentado. Estados como Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Paraná, que na época da realização do terceiro

⁵⁰⁰ Ibidem. P. 396

diagnóstico da Defensoria Pública não tinham ainda nenhum programa, ação ou projeto que contemplasse formas alternativas de resolução de conflitos pela Defensoria Pública, terão a oportunidade de disseminar essas práticas, na medida em que haja implementação da autonomia administrativa, financeira e iniciativa orçamentária que veio com o advento da Emenda Constitucional 80.

Mutirões de mediação poderão ser promovidos pela Defensoria Pública resolutiva em comunidades carentes, notadamente, em localidades carentes de recursos onde o Estado ainda é ausente, junto às organizações do terceiro setor, associações sem fins lucrativos, sindicatos, associações de bairro, escolas, escolas-piloto das faculdades de direito que prestem assistência jurídica à população.

Há uma possibilidade de inserção da Defensoria Pública, como instituição brasileira protagonista na causa dos Direitos Humanos, de buscar formas alternativas de resolução de conflitos sociais através da Justiça Restaurativa. Conjuga-se bem com a dimensão resolutiva da Defensoria Pública que propugna pela priorização das formas preventivas de resolução de conflitos sociais, notadamente no campo extrajudicial, com a Justiça Restaurativa, para além do monolítico modelo punitivista-retributivo.

O estado de coisas inconstitucional, vulnerador sistemático e massivo de direitos fundamentais no sistema criminal gera o debate sobre a minimização da pena privativa de liberdade, surgindo a proposta da Justiça restaurativa, ainda um modelo em construção no Brasil e no mundo. A Defensoria Pública pode contribuir com políticas públicas nesse cenário, máxime por sua vocação de defesa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

A Defensoria Pública resolutiva deve primar pela resolução preventiva e extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos surgidos no âmbito da sociedade, notadamente, quando a questão insere-se no quadro de Direitos Humanos e Fundamentais, ampliando a esfera pública de resolução de conflitos sociais com maior participação da comunidade e de seu próprio “locus” institucional.

A Justiça Restaurativa é uma política pública que deve ser incentivada, notadamente, com o atual quadro de crise de legitimidade da pena privativa de liberdade. Saliente-se que nem a política criminal se confunde com a política pública, nem tampouco com a política de segurança pública. Se a política criminal é espécie de política pública, por outro lado, a política de segurança pública é espécie de política criminal, ou seja, a política pública abrange a política criminal que, por sua vez, contém a política de segurança pública.

A questão do acesso à Justiça novamente vem a tona com a Justiça Restaurativa, haja vista que do ponto de vista da acessibilidade a Justiça Restaurativa é mais democrática por

permitir a atuação direta dos interessados, ao passo que a solução heterônoma do Judiciário importa em uma atuação mais republicana. O acesso á justiça na Justiça Restaurativa não deve ser compreendido como acesso ao judiciário, mas acesso à composição do conflito de forma emancipada e autônoma, pelas próprias partes.

Nessa senda, a política pública de incentivo cultural ao não litígio deve estar no ápice do debate em torno do excesso de demandas e os mecanismos alternativos à solução do conflito judicial. É função precípua da pesquisa perquirir o “locus institucional” da Defensoria Pública para a próxima década, como instituição protagonista do Estado Democrático de Direito.

A Justiça Restaurativa, nesse sentido, como política pública recomendada pela Organização das Nações Unidas, pode funcionar como uma alternativa ao modelo de justiça criminal no atual contexto de déficit de legitimidade, ampliando a participação dos envolvidos no processo de tomada de decisões políticas. A participação da Defensoria Pública como protagonista da política pública da justiça restaurativa pode ser potencializada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Vera Regina p. **Política criminal entre abolicionismos, minimalismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In: Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da des(ilusão).** Rio de Janeiro:Revam; ICC. 2012.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, noções críticas.** 4ª Ed. RS: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A ferida narcísica do Direito Penal: crítica criminológica à dogmática jurídico-penal.** In: Anti-manual de criminologia. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro.2010.

_____. **Anti-manual de criminologia.** in: 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
Fernando. **Política criminal** – col. Ciências criminais 3. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Mandamentos, 2002.

_____. **Inimigo no Direito Penal,** vol. 14. Coleção pensamento criminológico. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

LOIC, **A tentação Penal na Europa. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade.**Rio de Janeiro: instituto carioca de criminologia. Ano7.n.11.

_____. **Matrizes Ibéricas dos Sistema Penal Brasileiro.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renan, ICC, 2002.

_____. **O direito penal do inimigo ou discurso do direito penal desigual.** Disponível em: www.cirino.com.br/artigos/jcs.pdf. Acesso em: 13 mar. 2012.

_____. **Saberes críticos, A palavra dos mortos, Conferencias de criminologia cautelar.** São Paulo: Ed. Saraiva.2012

_____. Salo de. **As reformas parciais no processo penal brasileiro.** In: CARVALHO, Hamilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Reformas Penais em debate. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2005.

VERA Regina p. -**Criminologia Crítica e Controle Penal no capitalismo Globalizado Neoliberal: importância da criminologia na contenção da violência punitiva. In: Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da des(ilusão).** Rio de Janeiro:Revam; ICC. 2012.

ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à Justiça.** Tese de Doutorado. In: www.dominiopublico.gov.br dezembro de 2005. Acessado em 29 de agosto de 2015.

ANDRADE, Vera Regina P. -**Da Criminologia Crítica à Criminologia Feminista. In: Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da des(ilusão).** Rio de Janeiro: Revam; ICC. 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Controle Penal e justiça restaurativa. In: **Pelas Mãos da criminologia: o controle penal para além da desilusão**. ICC. Florianópolis, 2012.

ARAGÃO, João Carlos Mediros de. **Judicialização da política no Brasil: influencia sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília. Câmara dos Deputados, edições Câmara, 2013.

ASSAGRA, Gregório de Almeida. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do Direito Processual**. Ed Saraiva. São Paulo. 2003.

ASSIS, Araken de. **Garantia de Acesso à Justiça: benefício da gratuidade, in: Garantias Constitucionais do Processo Civil**. Coord. TUCCI, José Rogério Cruz. São Paulo: Ed. RT. 1999.

ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Pensamento, 1999.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e Hermeneutica Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor. 1989. P.12

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e critica do Direito penal**. 3ª Ed. Rio de janeiro: Renavam, 1996.

BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. São Paulo: RT.v727.1996

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva.2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de janeiro: Renavam, 2007.

BAUMAN, Zygmunt . **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2012. P28.

_____, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido**. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar,2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BLUMSTEIN, Alfred; Wallman, Joel. **The Crime Drop in América**. Edited by Alfred Blumstein and Joel Wallman of the Cambridge studies in criminology.

BOSCHI, José Antonio Paganella Boschi. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRITO, Adriana. **A evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva**. Coord. José Augusto Garcia Sousa. In: **A Defensoria pública e os processos coletivos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2008.

CAMUS, Albert; Trad. Mauro Gama. **O mito de sísifo. Ensaio sobre o absurdo.** Rio de Janeiro: Ed. Guanabara. 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 3a ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1993. V.1.

CANTARJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, **Política criminal e Direitos Humanos.** Porto Alegre: livraria do advogado. 2008.p.113.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris. 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competencia.** 15a ed. São Paulo, Saraiva.2007

CARVALHO, Salo de. **Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual. In: Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

_____, **Pena e Garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CASTRO, André Luís Machado de. **Construindo uma nova Defensoria pública. In: A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei 11.448/2007.** Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** 13a ed. São Paulo: ática. 2003. P. 396.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos.** 2a ed. São Paulo. Saraiva.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos.**4 ed. São Paulo. Saraiva. 2005.

DAMASCENO, João Batista. **Judiciário e República.** São Paulo: estúdio Editores.2014.

DE GIOGI, Alessandro. **A miséria governada através do direito penal.** Rio de Janeiro: RENAAM, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 5ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: LTR.2006.

DINAMARCO, Candido Rangel; **Coordenação de GRINOVER,** Ada Pellegrini. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1988.

_____,Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo.** 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

ECO, Umberto; trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. **Como se faz uma Tese**. 24^a ed. São Paulo: perspectiva. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito como sistema de garantias, in: o novo em direito e política**, org. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2^a ed. São Paulo: RT, Revista e atualizada, 2006.

FILHO, Clóvis de Barros; DAINÉZI, Gustavo Fernandes. **Devaneios sobre a atualidade do capital**. Porto Alegre: CDG,2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Direito Administrativo**. 9a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau. 2013. p.150.

_____, Trad. MACHADO, Roberto. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal. 1979.

_____, **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 21^a ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo horizonte: Ed. Del Rey. 2001.

GALVÃO, Fernando; Greco, Rogério. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan.2008.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva, a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

GIORGI, Alessandro de; tradução: Sérgio Lamarão. **A miséria governada através do sistema penal**. ICC.Rio de Janeiro: Renavan, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito penal na era da globalização**. Vol 10. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora.2001.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria Geral do Ministério Público**. Arraes Editores, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito**. 4ª edição. Malheiros. São Paulo. 2006.

GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normative e histórica dos princípios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Editor Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre: 2002.

HASSEMER, Winfried; Conde, Francisco Muñoz. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2011.

HEIDEGGER, Martin. Trad. Renato Kirchner. **Ontologia: (hermenêutica da faticidade)**. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012.

HOLANDA, Aurélio Buarque. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira. 1981.

HULSMAN, Louk. **Discursos sediciosos entrevista Louk Housman. In: discursos sediciosos : crime, direito e sociedade**, 1º e 2º semestre de 1998, ano 3, n5-6.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo, noções e críticas**. Tradução André Luís Callegari. 3ª Ed. RS: Livraria do Advogado, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **A privação da liberdade: o violento, o danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena**. Rio de Janeiro: Ed lumen júris. 2009.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. P. 264

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7 ed. São Paulo: editor Perspectiva. 2003.

LLOSA, Mário Vargas. Tradução Ivone Benedetti. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Prefácio. In: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. XI.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro. Forense. 1996. P.32.

MELO, Celso Antonio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3a ed., 17a tiragem. São Paulo: Malheiros.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica. As Origens do Sistema Penitenciário**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967: com a emenda I, de 1969**. 2ª Ed. São Paulo. RT.1971.Tomo V.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998

MOURÃO, Alessandra Nascimento; CAMPOS, Anita Pissolito; AZEVEDO, Monique Haddad; SIMIONATO, Monica. **Fundamentos da negociação para o ambiente jurídico**. Série GVLaw. Saraiva. São Paulo: 2014.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares. **A Constitucionalização do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renavam, 2007.

NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

NICOLA, Abbagnano. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Ed.Martins Fontes. 2006.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **Assistência jurídica gratuita**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernanrdina. **A legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. In: a Defensoria Pública e os processos coletivos. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. 2008.

PNUD. **A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs**. Santana do Parnaíba: LMeX. 2004.

POPPER, Karl. Tradução de Leonidas Hegenberg. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes.2004. p. 253

REIS, Fernando Antonio Calmon. **Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos**. Dissertação de mestrado do Uniceub. 2014.

RODRIGUES, Geisa de Assis.**Ação civil pública e termo de ajuste de conduta: teoria e prática**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTO, José Paulo Schneider; Moraes, Fausto Santos de. **O senso comum teórico dos juristas e o ensino jurídico em terrae brasilis**. VI mostra de pesquisa e pós-graduação IMED.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro:Forense, 1981.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil, Riscos e possibilidades**. Acessado no sítio: www.danielsarmento.com.br , acessado em 14, jan, 2014.

_____, **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: **A Constitucionalização do Direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas, conceitos, esquemas de análises, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**.2a ed. Rio de Janeiro: editora rio. 1979.

SOUZA, José Augusto Garcia. **A nova lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas**. In: a Defensoria Pública e os processos coletivos. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____, **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 5a Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La piqueta. 1999.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª Ed. São Paulo: Método. 2015.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília/DF:Thesaurus jurídica,2014.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito**.7ª Ed.Porto Alegre. Livraria do Advogado editora.

VERMA, Surendra. **Ideias geniais**. 2a Edição. Belo Horizonte. Gutenberg Editora, 2012.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro:F. Briguet, 1899.

WAICQUANT, Loic; tradução: telles, André. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O monastério dos sábios: o senso comum teórico dos juristas**. In:

_____, **A epistemologia da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora. 1995.

_____, **O monastério dos sábios: o senso comum teórico dos juristas**. In: WARAT, Luis Alberto. A epistemologia da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora. 1995.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna, in: Participação e processo**, Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini. 1990.

_____, **Acesso à Justiça e Sociedade moderna**. In: Participação e Processo.

_____, **Cognição no processo civil**. 4 Ed. São Paulo .Saraiva. 2012. P.37

WEISS, Carlos. Direitos Humanos e Defensoria Pública. Boletim IBCCrim, ano 10, número 115. jun/2002.p.6

WUNDERLICH, Alexandre. **Sociedade de consume e globalização: abordando a teoria garantista da barbárie: reafirmação dos direitos humanos**. In: Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2001.