

Coordenadores
Bheron Rocha
Maurilio Casas Maia
Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa

Autonomia & Defensoria Pública

Aspectos Constitucionais,
Históricos e Processuais

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 1

Defensoria Pública: entre o velho e o novo

Amilton Bueno de Carvalho

Para Henrique Marder da Rosa, Rafael Pinheiro Machado, Carlos Almeida Filho, Patricia Kettermann, Marta Beatriz Tedesco Zanchi, Baiano Fabio Jr, Clarice Binda, Helon Nunes, Daniel Lozoya, Claudia Thedin, Cristina Emy Yokaichiya, Igo Sampaio, Caio Paiva, Joaquim Neto.

Estou a escrever no momento em que a atuação da Defensoria Pública sofre ataques judiciais oriundos de forças que, desde meu olhar, têm dificuldade de entender o novo abalador do antigo modelo. Um pouco mais direto: os amantes do passado, as viúvas do antigo (exemplos: a busca de deslegitimar a Defensoria para proposição de ação civil pública; ação de improbidade administrativa proposta contra Defensores que “ousaram” defender em juízo uma delegada de polícia; ataques judiciais à autonomia da Defensoria).

Desde algum tempo, em muito, o papel da Defensoria Pública desperta em mim agressivo interesse. As razões? Não tenho clareza. Mas, no momento unicamente consciente imagino que tudo se deu porque, como magistrado, tive oportunidade de testemunhar o desenvolvimento da Defensoria Pública gaúcha desde sua “inexistência”, quando não estruturada, até o momento em que, via concursos sérios, transformou-se espetacularmente com a vinda de defensores absolutamente qualificados (evidente que, por óbvio, em ambos os momentos exceções se fazem presentes) – a partir desse momento, notou-se que os “esgualcados” começaram a ser defendidos com toda dignidade possível (não reside aí a causa da ira despertada nos amantes do velho? Ora, diriam: “só falta isso: defesa digna para os “indignos” de viver”).

Em tal contexto, e o faço desde o olhar do direito penal (por favor, eventual leitor, que isso fique claro), tenho que a Defensoria pode representar o novo no espetáculo jurídico: se sabe para que (não) veio o

Judiciário, se sabe para que (não) veio o Ministério Público, mas para que virá a Defensoria? Será efetivamente o novo ou será mais um ente burocrático, um nada que levará a lugar nenhum a não ser dar alguma projeção e razoáveis subsídios aos seus integrantes? Será que ela vai ambicionar ficar perto do “trono” – o poder sempre procura cooptar aqueles que lhe pode arranhar -, mas diz Nietzsche, como já denunciei no meu “Direito Penal a Marteladas”, “com frequência a lama se acha no trono – e, também com frequência, o trono se acha na lama” (p. 27)?

Aliás, a Defensoria que sonho não quer ser poder, não quer estar ao lado do poder, não quer chegar próximo do poder, não pode ser poder, ela tem claro que todo o poder tende insuportavelmente ao abuso, que o poder “imbeciliza” (Nietzsche), que o poder não suporta a alteridade, que o poder necessita, em consequência, de verdade absoluta (Bauman), que o poder necessariamente é mentiroso (Heidegger). Ao contrário, a Defensoria deve ser contrapoder (Daniel Lozoya), limitadora do abuso do poder, parceira do débil!

Também não pode se transformar em instituição meramente assistencialista (ingênuo, por certo), que tem o povo com coitadinho, necessitando de espelhos e esmolas – inibindo a luta da população excluída para que ela por si mesma possa ser a construtora de sua história. Essa é a militância do “bom” burocrata: mantenedora inconsciente da alienação-dominação.

Talvez (para mim a vida tem se constituído apenas em “talvezes”) o norte para aqueles que buscam abandonar o velho, seja a lição do precioso pensador francês André-Jean Arnaud: “Se tens uma teoria, se estás disposto a correr riscos, se és militante, então és um jurista do século XXI” (“Magistratura e Direito Alternativo”, p. 137, 7^a. Ed.).

Militância, na linha de Arnaud, parece ser um dos caminhos do Defensor. Mas, militância em que sentido?

Nietzsche dá um sentido para essa palavra-chave: “Não temos nenhum direito de viver hoje se não formos militantes, militantes que preparam um século vindouro, do qual podemos adivinhar alguma coisa em nós através de nossos melhores instantes: pois esses instantes afastam-nos do espírito de ‘nosso’ tempo: em tais instantes sentimos algo dos tempos que virão” (“Wagner em Bayreuth”, p. 27, trecho de carta a Gerstorff).

O dever, preparadores do futuro (pontes entre o homem e o além-do-homem na linguagem nietzschiana), lutadores para que o valor vida

digna se faça presente para todos, absolutamente todos, e não apenas para alguns adocicados perfumados – asquerosos mantenedores, conscientes ou não, da dominação e da demonização do débil que impera no espaço judicial e busca manter tudo rigorosamente como está.

O que essa militância gera? Riscos diz Arnaud, por certo riscos, mas isso é o que demonstra a seriedade e a correção da atuação dos Defensores Públicos. Imaginar que uma Defensoria digna possa receber aplausos dos que estão ao redor do “trono”, é tê-la como incompetente, ineficiente, indigna: mais uma instituição asquerosa.

A militância gera sim sofrimento, angústia, mal-estar, incompreensão. Mas, se não for para isso, melhor voltar ao passado quando os “defensores” sequer eram concursados. Tais dores, porém, são as do parto, da gestação de novas possibilidades democratizantes. Nietzsche, vez mais, demonstra a necessidade do sofrimento que alcança o homem que é “corda” entre o macaco e o além-do-homem e imposição da resistência:

“A tais homens, ‘que me importam de algum modo’, eu desejo sofrimentos, abandono, doença, abuso, desonra – desejo que o mais profundo desprezo de si, o martírio da desconfiança em relação a si, a miséria do superado não permaneçam desconhecidos para eles: não tenho nenhuma compaixão por eles, porque lhes desejo a única coisa que pode demonstrar hoje se alguém possui VALOR ou não – QUE ELE RESISTA...” (Fragmentos Póstumos, 1885-1887, p. 423).

Ou seja, há o desprazer do prazer, por isso penso que ser Defensor não é o caminho para qualquer-um, talvez um profissional do amanhã, que nasceu póstumo. Alguma pista que busco em Nietzsche talvez possa apontar para a missão defensiva (aqui alcança também todo o advogado criminal).

Ser homem? Não, diz ele: “Eu não sou homem, eu sou dinamite” (Ecce Homo, p. 144).

Ser conivente com a fúria persecutória que assola nossa realidade ou destruidor de tal lógica? “- e quem quiser ser um criador, no bem e no mal, tem de ser, antes de tudo, um destruidor e arrebentar valores.” (p. 145).

Entregar-se ao discurso da covardia dos que enxergam “eles” como os maus a serem destruídos via cárcere para que os “nós, bons” sejamos “felizes”? Ora, ” – quanto mais mediano, mais fraco, mais submisso e covarde é um homem, tanto mais coisas ele estipulará como ‘más’: para ele, o reino do mal é o mais abrangente. O homem mais baixo verá o reino do

mal (isto é, do que lhe é proibido e hostil), por toda parte.” (Fragmentos Póstumos, 1885-1987, 9(138), p. 342).

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

E não esperem covardia, pois na: “Na luta contra os ‘grandes homens’ há muita razão. Esses homens são perigosos, acasos, exceções, tempestades, eles são fortes o suficiente para colocar em questão o que foi lentamente construído e fundamentado, homens que se mostram como pontos de interrogação com vistas àquilo em que se acredita firmemente.” (Fragmentos Póstumos, 1887-1889, p. 435).

Amilton, outono de 2015.

CAPÍTULO 2

A Autonomia integral da Defensoria Pública sob a ótica do novo Constitucionalismo

*Jorge Bheron Rocha
e Mariana Urano de Carvalho Caldas*

Sumário: 1. Introdução; 2. Estado da arte da Assistência Jurídica Gratuita no período da Constituinte; 3. Os debates na Assembleia Nacional Constituinte sobre o modelo de Assistência Jurídica; 4. Feição institucional da Defensoria Pública; 5. Autonomia integral da Defensoria Pública no Direito Constitucional contemporâneo; 6. A ADI Nº 5296/DF e as limitações ao Poder de Reforma Constitucional; 7. Conclusão; 8. Referências

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã adveio de longos debates concernentes ao papel das instituições na busca pelo desenvolvimento socioeconômico do País. O constitucionalismo contemporâneo, entre outras mudanças, ampliou o elenco dos direitos e deveres fundamentais, que precisam ser interpretados a partir de indagações jurídicas e filosóficas, em fiel observância aos anseios do Estado Democrático de Direito e da nova hermenêutica constitucional.

Contudo, o sistema de justiça brasileiro não tem seguido inteiramente esses ditames, o que fragiliza o conteúdo da Constituição Federal de 1988. Esta, no art. 134, garante assistência jurídica integral e gratuita a todos os hipossuficientes, ao mesmo tempo em que ela resta inviável em muitas localidades brasileiras. A Defensoria Pública, instituição criada para a prestação desse serviço, não recebe do Estado a devida atenção, sem embargo da imprescindibilidade do fortalecimento dessa função essencial à justiça para o pleno exercício da cidadania.

No presente trabalho, empreende-se, primeiramente, a análise das origens do serviço hodiernamente oferecido pelo aludido órgão estatal, seguindo-se para o exame dos debates travados pela “Comissão dos Notáveis” e pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC) quanto à sua previsão na CRFB/1988. Após essa investigação histórica, discorre-se sobre a feição institucional da Defensoria Pública e a autonomia implicitamente garantida pelo constituinte originário.

Estuda-se a relação existente entre a autonomia da Defensoria Pública, explicitada pelas Emendas Constitucionais nº 45/2004 e nº 74/2013, e os fins do Direito Constitucional contemporâneo, explanando-se, posteriormente, a respeito das características do poder constituinte derivado reformador, visto que, por duas vezes, ele foi o responsável pela imputação formal de autonomia funcional, administrativa e financeira à instituição em comento.

Empós, examina-se os argumentos expostos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5296/DF, proposta em face da EC nº 74/2013, investigando-se ainda os possíveis prejuízos que o seu fim poderá trazer para a sociedade. Trata-se de estudo bibliográfico e documental, de cunho exploratório, apresentando-se alternativas à interpretação obsoleta por vezes conferida às limitações ao poder de reforma constitucional.

2. ESTADO DA ARTE DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO PERÍODO DA CONSTITUINTE

A opção brasileira pelo modelo de assistência judiciária ofertada obrigatoriamente pelo poder público começou a se desenhar e a se fortalecer com a Constituição de 1934, que a incluiu entre os direitos e garantias individuais dos cidadãos. No art. 113, ela aduzia que cometia à União e aos Estados o dever de criar órgãos especiais para assegurar aos necessitados o referido serviço, consagrando-se o modelo do *salaried staff*.

Essa Carta Constitucional foi fortemente influenciada pelas Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, em que, nas palavras de Loewenstein, o “Estado assumiu completamente, pelo menos no papel, a responsabilidade social para garantir uma existência digna a cada um de seus cidadãos”¹. Elencou-se, ao par de garantias nitidamente liberais, dispositivos que impunham uma conduta positiva do Estado para a consecução dos direitos fundamentais de que os indivíduos eram titulares.

1. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 401.

Com fundamento no aludido mandamento constitucional, alguns estados criaram estruturas próprias, a exemplo de São Paulo, que fundou seu órgão especial em 1935, e do Ceará, que, por meio do Decreto Estadual nº 1.560, de 10 de maio de 1935, passou a determinar a nomeação de titulados em Direito para o exercício da assistência judiciária e, excepcionalmente, ainda admitia aos adjuntos de promotor a manutenção das atribuições para o patrocínio dos necessitados na seara cível.

Nacionalmente, o Código de Processo Civil de 1939 contava com um capítulo inteiramente dedicado à questão da assistência judiciária e ao benefício da justiça gratuita, seguido pelo Código de Processo Penal brasileiro que, apesar de não fazer referências expressas e claras aos institutos da assistência judiciária e da gratuidade, prevê, no art. 263, que, se o acusado não tiver advogado, “ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz”; contudo, se “não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo”. Também o art. 32 traz regra sobre assistência judiciária aos que não podem custear advogado, dessa feita, entretanto, para quem deseja ajuizar queixa-crime em ação penal privada.

O dever de o poder público conceder assistência judiciária aos necessitados e a menção ao benefício da justiça gratuita retornaria, de forma expressa, para a sede constitucional com a Constituição de 1946, em seu art. 141, § 35, sendo disciplinados, posteriormente, pela Lei nº 1.060/50, que foi, inclusive, recepcionada pela Constituição de 1988. Entretanto, a Carta Constitucional de 1946 não faz qualquer referência à necessidade de existência de órgãos especialmente criados para esse fim.

Naquele momento de viragem constitucional histórica², plasmado na existência de uma Assembleia Nacional Constituinte, o *salaried staff*, embora fortalecido pelas disposições de constituições anteriores, que reconheciam a importância da assistência judiciária gratuita, ainda disputava espaço no ordenamento jurídico com os modelos *pro bono* e *judicare*. O próprio *salaried staff* se apresentava em modalidades distintas:

1) a que se dava na seara das Procuradorias dos estados federados, ou seja, no âmbito do órgão competente para a defesa e a promoção dos interesses (notadamente administrativos, tributários e fazendários) do ente público federado, onde se criou uma Procuradoria Especial, voltada

2. ROCHA, Jorge Bheron. O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. In: **Os Novos Atores da Justiça Penal**. 1. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2016, p. 265 a 315.

ao apoio judiciário dos necessitados; eram os procuradores do Estado na função de assistência judiciária (*verbi gratia*, a Procuradoria de Assistência Judiciária de São Paulo);

2) no âmbito das Secretarias de Justiça, com a criação de órgão voltado para a assistência judiciária realizada por servidores com inscrição na Ordem dos Advogados, por advogados concursados ou, ainda, por advogados contratados, mas com vencimentos fixos, comumente chamados de “advogados de ofício”, como ocorria quanto à Caixa de Assistência Judiciária do Estado do Ceará;

3) na seara da União, especificamente na Justiça Militar, com a utilização da nomenclatura “advogados de ofício”, com a previsão de provimento do citado cargo por meio de concurso público entre os diplomados em direito que contassem com mais de dois anos de prática forense;

4) na esfera da Defensoria Pública, como instituição e carreira oriundas do Ministério Público, mas já com certa autonomia, especializada na função de assistência jurídica, por meio da criação de cargos específicos para o apoio Judiciário, tomando-se, como exemplo lapidar, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

O sistema do *salaried staff* adotado na Defensoria Pública era o que mostrava a um maior desenvolvimento institucional e uma maior capacidade de atendimento aos assistidos:

A partir do início dos anos 70, como resultado da experiência vitoriosa do antigo Estado do Rio de Janeiro, e por a década de 1980, o direito de acesso dos pobres à Justiça foi objeto de vários debates em congressos, simpósios e outros tipos de encontros jurídicos, inclusive com o decisivo apoio da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, concluindo, todos eles, pela necessidade de a nova Constituição Federal, que estava por vir, criasse, expressamente, o tão reclamado órgão da Defensoria Pública, por intermédio do qual o Estado passaria, também, a garantir, aos juridicamente necessitados, um Defensor Público para o patrocínio de suas causas em juízo, além da assistência técnica em pretensões extrajudiciais e do aconselhamento jurídico³.

Importante notar que a Defensoria Pública do Rio de Janeiro já detinha, entre suas funções, além da assistência jurídica individual, a defesa dos direitos dos consumidores, de nítida índole coletiva, dentre os chamados “novos direitos”, bem como a conciliação das partes antes de se promover a ação, a demonstrar a capacidade de a instituição promover

3. SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Defensoria Pública no Brasil** – Minuta Histórica. Disponível em: <<http://www.jfontenelle.net/publicados4.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

o acesso à justiça na linha das três “ondas” descritas por Cappelletti e Bryant⁴ e de se adaptar às novas necessidades da sociedade.

3. OS DEBATES NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE SOBRE O MODELO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Após 21 anos de Ditadura Militar, assumia, em 15 de março de 1985, um presidente civil. Ele tinha, como principal responsabilidade, a transição pacífica e segura do País para um regime democrático, o que demandava, prioritariamente, a promulgação de uma Constituição, tendo em vista que a anterior⁵ havia sido elaborada nos “Anos de Chumbo”. A nova Constituição, além de ser resultado de um instante volitivo da população e da classe política de então, deveria, nos dizeres de Bonavides, conferir “dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana”⁶.

Era, aliás, uma promessa da campanha eleitoral para a Presidência da República do candidato vitorioso Tancredo Neves, que, por infortúnio, não a assumiu em decorrência de prematura morte, a elaboração de uma nova Constituição que resultasse de uma profunda reflexão nacional, correspondendo a um amplo consenso dos setores componentes da sociedade civil brasileira, e não de um açodamento político⁷.

Em 18 de julho de 1985, o Presidente da República baixou o Decreto nº 91.450, em que instituiu uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – a “Comissão dos Notáveis”, presidida por Afonso Arinos de Mello Franco – a fim de elaborar um Anteprojeto de Constituição. Posteriormente, fora encaminhada ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 43, positivada, em 27 de novembro de 1985, como Emenda Constitucional nº 26. Essa teve, como principal ponto, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, a partir do dia 1º de fevereiro de 1987.

O esforço da “Comissão dos Notáveis” foi concluído um ano e dois meses depois. Contudo, o Chefe do Executivo não teve força política para utilizar o anteprojeto como texto base para as discussões da ANC,

-
4. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.
 5. Na verdade, a Emenda Constitucional nº 1/1967, que, entretanto, alterou inúmeros artigos, sendo considerada por muitos como, de fato, uma nova Constituição.
 6. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 145.
 7. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O anteprojeto dos notáveis**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 1.

sendo este “encaminhado aos constituintes como mero subsídio, tendo sido praticamente ignorado”⁸. A Assembleia Nacional Constituinte, não obstante tenha nascido de uma Emenda Constitucional, era soberana, e não se subordinava a nenhum limite ou orientação advinda do Poder Executivo.

Estava em plena gestação o Estado Democrático de Direito, com a promessa de previsão expressa no texto constitucional de todos os direitos e garantias já delineados em tratados e convenções internacionais, bem como no ordenamento jurídico de países mais socialmente avançados. Os rumos políticos, sociais e jurídicos indicavam a construção de uma Carta que asseguraria a subordinação do Estado à vontade soberana do povo e à promoção do bem-estar social. Conforme ensina Canotilho, um Estado Democrático é:

[...] uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional, no qual o poder político deriva do “poder dos cidadãos”⁹.

Nas disposições constantes no Anteprojeto dos Notáveis encontrava-se, mesmo que de modo insipiente, menção à Defensoria Pública e à carreira dos defensores públicos:

Art. 53 – Todos os necessitados têm direito à justiça e à assistência judiciária pública; a União e os Estados manterão quadros de defensores públicos organizados em carreira e, na falta ou insuficiência deles, remunerarão o defensor dativo, diretamente ou indiretamente, mediante convênio, conforme se dispuser em lei.

[...]

Art. 75 – Compete à União Federal e aos Estados a legislação comum sobre:

[...]

XXVII – assistência judiciária e defensoria pública.

Na ANC, o tema Defensoria Pública foi debatido inicialmente na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, que fazia parte da

-
8. BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos de Constituição Brasileira**: o Estado a que chegamos. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.
 9. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 94.