

**EDILSON SANTANA GONÇALVES FILHO
JORGE BHERON ROCHA
MAURILIO CASAS MAIA**

CUSTOS VULNERABILIS

**A DEFENSORIA PÚBLICA E O EQUILÍBRIO NAS
RELAÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS DOS VULNERÁVEIS**

**APRESENTAÇÃO
PEDRO LENZA**


EDITORA
CEI

Capítulo II

O Custos *Vulnerabilis* e uma contextualização político-democrática

O presente capítulo tem por objetivo contextualizar o quadrante constitucional e político no qual se insere a Defensoria Pública do Brasil, marcadamente expondo seu eixo constitucional como mecanismo que a vincula com o respeito aos direitos dos vulneráveis e à histórica busca por participação político-social de grupos excluídos.

2.1 O constitucionalismo entre a limitação do poder estatal e a garantia de direitos

As revoluções liberais do final do século XVIII marcam a grande transição da idade moderna para a contemporânea. Naquele contexto, apresentou-se o, então novo, Estado Liberal como tentativa de superação do absolutismo, por meio da limitação de poder⁹¹. O Estado de Liberal, pautado por ideias iluministas e marcado pela separação dos poderes, caracteriza-se pela ênfase sobre o indivíduo, daí ter como consequência a ideia de se garantir uma esfera de liberdades, característica dos direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão).

Assim, com o deslocamento da soberania do rei para o povo (ou nação, conforme o contexto político), a garantia desses direitos se consolidou por meio da Constituição, vista como a máxima expressão dos direitos mais básicos de uma sociedade, naquele momento, vinculados à abstenção do Estado frente às liberdades fundamentais do indivíduo, o qual, assim, poderia se desenvolver plenamente.

As promessas de liberdade, igualdade e fraternidade, tão presentes no lema revolucionário francês, não se cumpriram. As vantagens trazidas pelo novo modelo de Estado revelaram-se bastante vantajosos para uma

⁹¹ Existem “três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não devem ser sempre preservados, como a dignidade humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, expressão, de associação. Em segundo lugar, há a específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos de poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal...”. (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5-6).

classe (burguesa), não tendo, contudo, força (ou mesmo a intenção) geral.

Como reação a este cenário, o início do século XX é marcado por demandas político-sociais. Desse modo, não era mais suficiente garantir a abstenção do Estado como forma de buscar efetivar a liberdade dos indivíduos. A “segunda revolução industrial” – entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século seguinte –, como fato histórico desta época e modelo, é exemplo muito revelador da exploração dos grupos mais desfavorecidos e vulneráveis, caracterizados por não deterem bens de produção e nem direitos asseguradores - de vida digna - e possibilidade de ascensão social. Nesse cenário, os anseios sociais, radicais em certos segmentos, forçaram uma reformulação do Estado de Direito, agora adjetivado de “Social”. Com efeito, o Estado Social de Direito exigiria a rearticulação do modelo liberal-capitalista como forma de atender alguns dos anseios dos grupos mais vulneráveis, estabelecendo, por exemplo, direitos trabalhistas, como a limitação de jornada de trabalho.

As constituições, das quais são exemplos a Mexicana (1917) e a de Weimar (1919), passam a prever também direitos sociais, rumando em direção à juridicidade e assumindo a posição de paradigma, alçando posição de superioridade em relação aos códigos (às leis civis). Nesta senda, passou o Estado a assumir simbolicamente a responsabilidade da consecução de uma existência digna a cada um de seus cidadãos⁹². Tais Cartas passaram, então, a elencar “dispositivos que impunham uma *conduta positiva* do Estado para a consecução dos direitos fundamentais de que os indivíduos eram titulares”⁹³, ao lado de garantias nitidamente liberais.

Com o início da “constitucionalização do direito”, passa a ganhar relevância o papel do Poder Judiciário, responsável pela adequação do Estado à constituição e que gradativamente vai ocupando o lugar de destaque e protagonismo antes reservado ao Poder Legislativo.

A tendência deste “novo direito constitucional” – que é *eurocêntrico* e não leva em conta as peculiaridades dos países do Sul, como mais recentemente observou Boaventura de Souza Santos⁹⁴, autor este defensor da

⁹² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 401.

⁹³ ROCHA, Jorge Bheron; CALDAS, Mariana Urano de Carvalho. *A Autonomia integral da Defensoria Pública sob a ótica do novo Constitucionalismo*. Salvador: Juspodivm, 2018.

⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa (2014). La refundación del Estado en América Latina. In: Coraggio, José Luis, Laville, Jean-Louis (orgs.) *Reinventar la izquierda en el siglo XXI: Hacia un diálogo Norte-Sur*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), 299-315. Também publicado na Argentina, por Universidad Nacional de Ge-

necessidade de se debater um novo constitucionalismo latino americano – era, anota Bercovici, “a racionalização do poder e do Estado, com a evolução progressiva no rumo do Estado de direito e da democracia. Mas, na prática, não foi o que ocorreu”⁹⁵.

Com efeito, as duas Guerras Mundiais e a ascensão de movimentos totalitários colocaram a própria condição humana em crise. O final da Segunda Guerra é marco de uma nova grande transição, alguns tratando tal fase sob o rótulo controverso do “neoconstitucionalismo”, o qual buscava construir um novo paradigma de humanidade, por meio das constituições pós-guerra, juntamente com a universalização ou internalização dos direitos humanos. A força normativa das normas constitucionais, que incorporaram temas antes não previstos em seus textos e irradiam seus valores para a legislação ordinária, expande-se, assim como ganha ainda mais importância o papel do Poder Judiciário. Surgem as chamadas constituições democráticas, característica do Estado de Direito Democrático, tentativa de aprimoramento do Estado de Direito Social.

No Brasil esse processo se opera mais tardiamente, somente com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar⁹⁶. Não é por acaso que a Carta é a primeira a alçar ao nível constitucional a previsão da Defensoria Pública como instituição responsável pela assistência jurídica gratuita aos necessitados, mesmo de forma acanhada em sua redação original.

A distribuição de parcelas do poder político, tornando seu exercício difuso, é premissa do Estado de Direito. A questão remonta a Montesquieu⁹⁷, que já alertava para a necessidade de uma constituição balanceada, em que se estrutura um complexo sistema de freios e contrapesos, assim como a Rosseau⁹⁸, embora este, segundo Bercovici⁹⁹, mais se aproxime da

neral Sarmiento/CLACSO.

⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.

⁹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 169.

⁹⁸ ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 22.

⁹⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 114.

ideia do exercício direto pelo povo, sem a necessidade de representantes. Neste contexto, a Defensoria Pública exerce parcela da soberania do Estado (que, em última instância, é do povo, enquanto participante da autoridade soberana), como organismo com a atribuição de apresentar grupos vulneráveis, sem prejuízo da sua participação direta ou por outras vias representativas na vida político-social, especialmente a fim de propiciar real influência nas instâncias decisórias (legislativa, executiva e judiciária), promovendo uma abertura democrática dos poderes e passando a configurar um fator real de influência.

Bonavides foi enfático ao observar que “o constitucionalismo democrático emancipou politicamente as massas com o sufrágio universal. Mas não soube ainda conquistá-las”¹⁰⁰. O constituinte brasileiro optou por um Estado Democrático de Direito (onde o democrático precede o “de Direito”. É o “de Direito” que adjetiva o democrático). Todo este esforço semântico será em vão, todavia, se não for garantido espaço de fala aos grupos sociais, inclusive e especialmente os mais vulneráveis, sob pena de desaguar em uma garantia parcial, propícia à proteção de limitados segmentos da sociedade, problema não muito diferente, em sua natureza, daquele que se constatou já desde o Estado Liberal e a gênese do constitucionalismo.

2.2 A Defensoria Pública como modelo-público constitucional de assistência jurídica (1988)

Fruto do Estado Democrático de Direito, caracterizado por ser um Estado Social com tentativas de maior lapidação, a Defensoria Pública brasileira – em seus moldes atuais - revela uma tentativa de dar voz aos vulneráveis. Não por outro motivo é prevista como expressão e instrumento do regime democrático, responsável, fundamentalmente, pela promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados¹⁰¹:

[...] a feição constitucional assumida pela Defensoria Pública após as alterações e mutações sofridas ao longo dos 30 anos de Constituição Federal mostrou que essas alterações

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 200.

¹⁰¹ O artigo 134 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014, dispõe: “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”.

fortaleceram o acesso aos seus serviços, como a educação em direitos, mediação, conciliação e patrocínio judicial, e, por conseguinte, a possibilidade de se buscar a efetivação de outros direitos e garantias constantes na Constituição e nas leis e a construção de outros tantos que ali não se encontram expressamente previstos.¹⁰²

Sua função, subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representa a busca democrática no progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no cenário jurídico-político, desenvolvendo-se por meio da atuação nas mais diversas esferas, inclusive – embora não seja a única – perante o Poder Judiciário.

O novo papel desempenhado por este poder, capaz de influenciar nos mais variados campos da vida dos indivíduos e determinar os rumos da nação, exige, bem por isso, a garantia de espaço de fala e de escuta democrática aos grupos vulneráveis, em equidade com os demais, o que só se viabiliza por meio de uma abertura do processo e da garantia de paridade de armas, colocando lado a lado, em pé de igualdade, as funções essenciais à justiça. Assim, deve a instituição atuar sempre que os interesses envolvidos em um processo justifiquem a oitiva do posicionamento institucional, inclusive como fator de legitimação decisória, o que decorre diretamente do próprio delineamento constitucional da instituição, conforme se buscará demonstrar no decorrer do presente estudo.

¹⁰² OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron. Noções fundamentais sobre Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal de 1988. In: *Reflexões sobre os 30 anos da Constituição de 1988: mutações e reformas constitucionais*. Rubens Beçak e João Carlos Navarro de Almeida Prado (org.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.