

Direitos Humanos e Defensoria Pública¹

por Carlos Weis²

Quando Ulysses Guimarães apelidou a Constituição Federal de 1988 de “Cidadã”, bem sabia que o avanço mais significativo na nova Carta era, justamente, o tratamento dispensado aos direitos e garantias fundamentais que passaram a ocupar lugar de destaque na ordem jurídica que se inaugurava. Merece aí destaque a previsão de criação de Defensorias Públicas estaduais e a da União. Isso porque, embora em Constituições anteriores já houvesse a previsão de prestação de assistência legal aos necessitados³, somente na ora vigente o tema foi tratado como direito fundamental do cidadão, estabelecendo-se a respectiva garantia institucional, prevista no artigo 134 e parágrafo único. Como se vê, a Constituição Federal estabeleceu o direito fundamental à assistência jurídica, sendo portanto necessário verificar-se qual sua natureza, conteúdo e titularidade, exatamente no momento em que os Estados e a União dão os primeiros passos no sentido de implementar suas defensorias públicas. A começar pelos Direitos Humanos, é bom lembrar que seu conceito tem variado ao longo dos tempos, conforme a conjuntura política predominante e de seus valores imanentes. No entanto, a partir da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, e conseqüente fundação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem-se buscado conferir à expressão um conteúdo jurídico preciso, de modo a garantir o respeito à dignidade fundamental do ser humano independentemente da conjuntura em que vive. O preâmbulo da Declaração, já no primeiro considerando⁵, remete a duas importantes noções: Uma, jusnaturalista, reafirma que a existência dos direitos humanos independe da sanção estatal, uma vez que são eles inerentes à pessoa, como elementos que definem a personalidade moral do ser humano; outra, remetendo esse conjunto normativo à idéia de dignidade do ser humano, sem contudo defini-la. Veja-se que o terceiro considerando da Declaração Universal afirma ser essencial que os direitos da pessoa sejam protegidos pelo “império

¹ Referência Bibliográfica: WEIS, Carlos. *Direitos humanos e defensoria pública*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.115, p. 5-6, jun. 2002.

² Carlos Weis é Procurador do Estado de São Paulo, mestre em Direito do Estado pela USP e autor do livro *Direitos Humanos Contemporâneos* (Malheiros, 1999)

³ v.g. a Constituição de 1967, “emendada” pela junta militar que usurpava o governo brasileiro em outubro de 1969, cujo artigo 153, § 32, rapidamente mencionava que “(S)erá concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.” Veja-se que a Constituição Federal atual cria uma evidente obrigação estatal ao prever que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (artigo 5º, inciso LXXIV)

⁴ Adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

da lei”, aí ficando claro, definitivamente, que tais direitos são tidos como existentes, ainda que não positivados. Mas seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico é de todo desejável, como forma de garantir sua eficácia.⁶ Tendo a dignidade fundamental do ser humano como paradigma, desde 1948 o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem fixado um conjunto normativo que reconhece e dá conteúdo a tal referência, por meio de um normas de âmbito global (oriundas nas Nações Unidas) e regional (conforme provenham de outras Organizações Internacionais). Tal ordenamento jurídico consagra diversos direitos, *grosso modo* classificados como civis e políticos, de um lado, e econômicos, sociais e culturais, de outro, não em oposição, mas como parte de um todo indivisível. Mostra-se assim evidente que o direito de ser assistido juridicamente insere-se no rol dos econômicos, sociais e culturais, uma vez que corresponde a uma contraprestação ativa por parte do Estado, responsável por prover o serviço público correspondente ou, como ocorre em alguns países, custear advogados privados a quem não possa pagá-los. Curiosamente, porém, foi no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁷ que tal direito acabou reconhecido, o que se explica por sua evolução histórica. De fato, a idéia de que todos têm direito a se defender perante um tribunal guarda relação com o estabelecimento do *due process of law* e suas garantias inerentes, como contrafação ao poder estatal de privar o ser humano de um de seus mais caros bens, a liberdade de locomoção.⁸ Assim, estatuiu-se uma nova liberdade, a de constituir defensor, com a finalidade de se preservar outra liberdade, a de ir, vir e permanecer. Ora, se o Estado podia “prender e soltar”, dotado que era de coação irresistível, a alguém deveria ser assegurada a possibilidade de falar pelo detido, com a imunidade que caracteriza a advocacia. Seja como for, é evidente que o direito a ser defendido por advogado pago pelo Estado é coisa distinta da liberdade individual de constituir defensor, uma vez que, neste caso, nada se está demandando do Estado, a não ser que não impeça o livre exercício do direito de defesa. Vale observar, no entanto, que o Pacto Internacional dos

⁵ “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

⁶ Carlos Santiago Nino atenta para a qualidade única dos direitos humanos, qual seja a de que tais direitos têm como beneficiários **todos** os seres humanos e **nada mais** que eles, assim que sua única condição de aplicação é a propriedade do sujeito de direitos se constituir em um ser humano. (*Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 41.)

⁷ Adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 e ratificado pelo Brasil em 24.1.1992.

⁸ A propósito, confira-se o artigo 6º do *Bill of Rights* Norte-Americano (VI Emenda à Constituição do EUA), que prevê: “Em todo processo criminal, o acusado terá direito a um julgamento célere e público, por um júri imparcial (...), de ser acareado com as testemunhas de acusação, de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa.”

Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14.3.d⁹, vai muito além das previsões tradicionalmente associadas à liberdade de defesa, provocando algumas reflexões, a começar pela gratuidade do serviço. Ora, embora o tratado não estipule quem deverá arcar com o ônus de remunerar o defensor, é evidente que se trata de uma obrigação estatal, na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos aponta o Estado como obrigado primário dos direitos ali consagrados. Ademais, ainda que a norma em questão não indique com clareza, o sistema normativo abraçou os dogmas próprios do Estado de bem-estar social, isso desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁰ Mais além, o artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹ é claro ao fixar a responsabilidade estatal de assegurar “o pleno exercício dos direitos ali estabelecidos.” Verificando-se que o direito a ser assistido juridicamente tem natureza de direito social resta evidente a obrigação do Estado de prover o serviço capaz de satisfazer ao interesse em questão, ao menos no âmbito criminal, segundo a normativa internacional. Reforça tal noção o previsto no artigo 8º, 2, e, da Convenção Americana de Direitos Humanos, cuidando da garantia judicial e irrenunciável de “ser assistido por defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.” Como ressalta o texto em questão, tal garantia situa-se, ao menos, no âmbito da proteção máxima da liberdade de locomoção do indivíduo em matéria criminal, sendo irrenunciável o dever estatal de prover defensor ao réu, como expressão do direito à ampla defesa. Outro ponto importa a notar é a grande dificuldade em isolar, em universos estanques, supostas gerações de direitos humanos, pois a eficácia plena de um dado direito somente é possível assegurando-se igual eficácia dos demais, da mesma ou de “natureza” outra que a sua, justamente o que ocorre com o direito em análise, de contar com um defensor proporcionado pelo Estado. Assim é que mesmo o direito humano à assistência judiciária reveste-se das características dos econômicos e sociais, pois demanda providências do Estado para lhe dar efetividade, nem que seja pelo simples custeio dos serviços da advocacia privada. Indo adiante e tendo-se em vista a

⁹ “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.”

¹⁰ fato ressaltado pelo terceiro considerando (comum) do Preâmbulo aos Pactos Internacionais de 1966: “Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.”

¹¹ Adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 e ratificado pelo Brasil em 24.1.1992.

complementariedade entre as normas internacionais e o direito interno dos países¹², é certo que a Constituição Federal alargou a garantia judicial até aqui vislumbrada, convertendo-a em instrumento de acesso à justiça. Assim é que seu artigo 5º, inciso LXXIV prefere falar em “assistência jurídica integral”, partindo da noção de que o acesso à justiça pressupõe que as pessoas tenham noção de seus direitos ou, numa fórmula consagrada, percebam que tem direito a ter direitos. Justamente por isso o artigo 134, complementar ao acima referido, fixa como atribuição das defensorias públicas a orientação jurídica dos usuários desse serviço público. Vale então lembrar, citando Cappelletti e Garth¹³, que o acesso à justiça integra o acesso à justiça social, uma vez que, indo além de simplesmente prover a paridade de armas no processo, é hoje dever do Estado fazer ver à população que esta possui direitos e instrumentalizar sua realização. Dessa forma as defensorias públicas concorrem de forma indissociável para a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil descritos no artigo 3º da Constituição¹⁴. Pode-se afirmar com segurança que a população tem direito a ser juridicamente orientada e a ver seus direitos fundamentais promovidos, daí decorrendo o direito fundamental ao acesso à justiça (social), contando com órgãos capacitados para tanto, denominados defensorias públicas. Estas surgem num contexto em que se reconhece que o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas funções essenciais a realização da justiça social, justiça esta que pressupõe o conhecimento e realização dos direitos fundamentais pelos seus titulares, sejam tais direitos individuais, coletivos ou difusos. Há, portanto, uma evidente transmutação. Passa-se da idéia de assistência judiciária para o de acesso à justiça; de assistencialismo público para serviço público essencial; de extensão da advocacia privada aos financeiramente carentes à promoção dos direitos humanos; de mera promoção judicial de demandas privadas à identificação dos direitos fundamentais da população e sua instrumentalização, eventualmente pela via judicial. Daí porque é essencial a compreensão da natureza distinta das defensorias públicas, em comparação com os serviços de assistência judiciária antes existentes (ainda que nomeados defensorias públicas), a fim de que se organize o novo serviço público em razão de sua real finalidade, constitucionalmente desenhada. Ao prever a criação de órgãos estatais de defensoria pública, a Constituição

¹² Veja-se o que diz o artigo 29, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.”

¹³ *Acesso à justiça* (Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988, p. 8)

¹⁴ “Construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Federal claramente afastou-se do modelo assistencialista vedando que, como regra, sejam celebrados convênios para contratação de advogados privados custeados pelos cofres públicos. Pois, ao criar uma nova instituição jurídica, a Constituição atribuiu-lhe a função a 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. A forja dessa nova e real identidade institucional é crucial para demonstrar a essencial distinção entre os serviços das defensorias públicas e daqueles prestados por advogados conveniados. Em conclusão pode-se dizer que as defensorias públicas são um serviço público essencial, inserindo-se dentre as garantias institucionais dos direitos humanos, vinculando-se ao acesso à justiça e aos objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil, devendo ser criadas e instrumentalizadas no sentido de contribuir para a realização dos direitos humanos em nosso país.