

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Juliana do Val Ribeiro

**A PESSOA EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE ECONÔMICA E O
SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:
O ACESSO À JUSTIÇA E A DEFENSORIA PÚBLICA**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Juliana do Val Ribeiro

**A PESSOA EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE ECONÔMICA E O
SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:
O ACESSO À JUSTIÇA E A DEFENSORIA PÚBLICA**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, subárea de Direito Constitucional, sob orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

Banca examinadora:

RESUMO

O presente estudo pretende analisar o acesso à justiça da pessoa em condição de vulnerabilidade econômica diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a atuação da Defensoria Pública. Considerando que os direitos, para além da previsão precisam de concretização, e que por vezes o Poder Público precisa ser provocado para atuar na proteção dos direitos humanos, o acesso à justiça é importante instrumento para que os direitos deixem de ser meras declarações de boas intenções. O rol de direitos hoje abrange não só as previsões no ordenamento jurídico nacional, mas também as existentes no cenário internacional. Foram identificadas as principais barreiras ao acesso à justiça comumente enfrentadas pelas pessoas economicamente vulneráveis e constatou-se que o recurso ao ordenamento internacional pode ser opção efetiva para a proteção das vítimas. O Brasil é parte do Sistema Regional Interamericano, visto que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Defensoria Pública possui autorização legal expressa para representar vítimas de violação de direitos humanos nos mecanismos internacionais disponíveis. O Sistema Interamericano conta com dois mecanismos de proteção, a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana, sendo essa última o único órgão jurisdicional do Sistema. O acesso dos indivíduos ao Sistema de Justiça Interamericano se dá por intermédio da Comissão, já que não é autorizada a petição individual perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Foi criada a figura do Defensor Interamericano, o qual será designado caso a vítima não possua representação legal. Essa previsão do Defensor Interamericano deixa claro o reconhecimento do *locus standi* às vítimas. Mas, ainda não foi reconhecido o *jus standi*, o que seria de primordial importância para a realização da justiça e garantia de acesso ao Sistema Regional, já que o encaminhamento do caso à Corte por intermédio da Comissão é discricionário.

Palavras-chave: Acesso à Justiça – Defensoria Pública – Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ABSTRACT

This study aims to analyze the access to justice of the person in economic vulnerability condition before the Inter-American Human Rights System and the work of the Public Defender. Whereas the rights in addition to the forecast need embodiment, and that sometimes the Government needs to be brought to work in the protection of human rights, access to justice is an important tool for the rights cease to be mere declarations of good intentions . The list of rights nowadays includes not only the forecasts in national law, but also existing in the international arena. It was found the main barriers to access to justice commonly faced by economically vulnerable people and that the use of international order can be an effective option for the protection of the victims. Brazil is part of the Inter-American Regional System, as ratified the American Convention on Human Rights. The Public Defender has the legal permission to represent victims of human rights violations in international mechanisms that are available. The Inter-American System has two protection mechanisms, the Inter-American Commission and the Inter-American Court, the latter being the only court in the system. The access of individuals to the Inter-American justice system takes place through the Committee, as it is not authorized individual petition to the Inter-American Court of Human Rights. The figure of the Inter-American Defense, to be called if the victim does not have legal representation was created. This prediction of the Inter-American Defense makes clear the recognition of *locus standi* for the victims. But, it was not yet recognized the *jus standi*, which would be very importante for the realization of justice and ensuring access to the Regional System, as the referral of the case to the Court through the Committee is discretionary.

Key-words: Access to Justice – Public Defender - Inter-American Human Rights System

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A PESSOA EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE ECONÔMICA E O ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	10
1.1. CONSTITUIÇÕES ANTERIORES.....	23
1.2. O ART. 5º, INCISO LXXIV.....	29
1.3. O ACESSO À JUSTIÇA NA ATUALIDADE.....	39
2. A INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL.....	54
2.1. ORIGENS.....	58
2.2. ESTATUTO JURÍDICO.....	64
2.3. JURISPRUDÊNCIA.....	69
3. A PESSOA EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE ECONÔMICA E O ACESSO À JUSTIÇA NO PLANO INTERNACIONAL.....	74
3.1. O INDIVÍDUO E O ESTADO.....	81
3.2. AS DECLARAÇÕES DE DIREITO.....	90
3.3. ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL.....	94
4. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A DEFENSORIA PÚBLICA.....	101
4.1. ORIGENS E ESTATUTO.....	114
4.2. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	140
4.3. O SISTEMA EUROPEU E O ACESSO À JUSTIÇA, UM CONFRONTO ENTRE OS DOIS SISTEMAS.....	152
CONCLUSÃO.....	163
BIBLIOGRAFIA.....	168

INTRODUÇÃO

“(…) uma justiça acessível aos não-privilegiados é provavelmente a chave para a necessidade mais urgente nas nossas democracias do final do século: o desafio da inclusão. A não ser que consigamos resolver os problemas da marginalização e exclusão, os regimes que criamos e consolidamos não merecerão o adjetivo ‘democráticos’. (...) A não ser que alcancemos acesso geral e universal, o direito à justiça continuará a ser um privilégio e não um direito.”¹

(Juan E. Méndez)

O acesso à justiça, nos termos em que está positivado no Direito Constitucional brasileiro, é garantia institucional que deve estar à disposição de todos, incluindo as pessoas em condição de vulnerabilidade econômica.

Diante do atual cenário em que a justiça transcende os limites territoriais dos Estados o acesso, hoje, deve ser analisado tanto sob a perspectiva nacional como a internacional.

O Estado Brasileiro é parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de tal sorte que é direito das pessoas desprovidas de recursos econômicos acessar os mecanismos de proteção previstos nesse sistema regional.

Nesse sentido, ganha relevância no ordenamento jurídico brasileiro a atuação da Defensoria Pública, instituição que tem como função precípua a “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.”, nos termos do art. 134.

¹ Democracia, Violência e Injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p.248.

A escolha do tema decorreu da vivência prática na instituição, de tal forma que foi possibilitada a aproximação direta com os problemas enfrentados pelas pessoas hipossuficientes que se encontravam privadas de seus direitos humanos mais básicos, embora também destinatárias diretas destas previsões normativas genéricas.

Percebeu-se que o maior problema a ser enfrentado na dinâmica da cotidiana atuação na instituição da Defensoria² encontra-se na dificuldade de os hipossuficientes conseguirem acessar os mais diversos mecanismos formais de solução de conflitos e de recebimento de denúncias de violação de direitos, somando-se ao efetivo crescimento de uma consciência coletiva de que existem direitos abstratamente previstos que não estão sendo observados pelo Poder Público nem sendo exercidos por grande parcela da população de baixa renda.

Na busca do melhor resultado foi realizado amplo levantamento de subsídios doutrinários e jurisprudenciais que embasassem a pesquisa, incluindo questões analisadas pela jurisdição internacional.

Pretendeu-se então, com o desenvolvimento do presente trabalho, demonstrar a necessidade de debruçar-se sobre o tema a fim de se disseminar a idéia de que a população carente não pode mais ser esquecida pelo atual cenário do sistema de justiça.

O estudo foi estruturado em quatro capítulos, sendo o primeiro destinado à análise do acesso à justiça da pessoa em condição de vulnerabilidade econômica na Constituição de 1988, e o segundo à sua relação com a Defensoria Pública.

Com o terceiro capítulo pretende-se estudar o acesso à justiça no plano internacional, sendo o quarto destinado ao acesso no Sistema

² Em estudo realizado pela Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, chamado “Atlas de Acesso à Justiça, indicadores nacionais de acesso à justiça”, constatou-se o seguinte: “dada a extensão do conceito de Sistema de Justiça utilizado, foi possível compilar dados sobre os tipos de operadores de cada componente. Analisando-se somente os componentes dos ramos mais tradicionais, pode-se verificar a continuidade da assimetria quanto aos valores absolutos totais. Também não há regularidade entre o número de juízes, promotores, defensores e advogados entre os diferentes estados, embora seja possível afirmar a regularidade da composição das grandezas: qtd. Adv>qtd. Juízes>qtd. Promotores>qtd. Defensores”.

Interamericano de Direitos Humanos em sua relação com a Defensoria Pública.

1. A PESSOA EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE ECONÔMICA E O ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

“Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. (...) O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com seu casaco de pele, o grande nariz pontudo e a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada.” (Franz Kafka, “O Processo”)³

A Constituição da República é documento jurídico-político de superior importância no ordenamento brasileiro, sendo considerada como a lei basilar do sistema normativo, servindo de parâmetro e de fundamento de validade para toda a estrutura política e normativa do Estado.

Ferdinand Lassalle considera-a como “lei fundamental de uma nação” e também reconhece que a Constituição possui uma “força ativa que faz, por exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”⁴.

A Constituição está no ápice do ordenamento jurídico, conforme explica a doutrina do escalonamento normativo ditada por Hans Kelsen⁵: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas (...). A Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado”.

³ O Processo, São Paulo: Brasiliense, 1988, pág. 231.

⁴ *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, pág. 10.

⁵ *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pág. 247.

A consequência de estar no ápice do escalonamento jurídico é que, caso as normas infraconstitucionais seriam contrárias às normas constitucionais, elas serão nulas, vez que a Constituição dita a direção para a qual o Estado deve seguir a fim de que sejam alcançados os objetivos primordiais nela traçados, servindo de fundamento de validade para as demais leis. Para Luis Roberto Barroso: “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível.”⁶

Para garantia dessa superioridade, a Constituição traz em seu bojo mecanismos de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, que invalidam leis ou atos normativos que sejam contrários ao texto constitucional.

O texto constitucional, por seu turno, é repleto de princípios e regras que fundamentam o ordenamento jurídico, seu sistema normativo, a estrutura política do Estado, os valores sociais e os direitos e garantias.

Luiz Roberto Barroso, sobre o conteúdo da Constituição: “A Constituição é norma fundamental e superior, que cria ou funda o Estado, organizando o exercício do poder político, definindo direitos fundamentais e indicando valores e fins públicos relevantes.”⁷

A Constituição é, portanto, uma norma jurídica de especial importância e prevalência no ordenamento pátrio, devendo então, nos termos do atual contexto da doutrina do neoconstitucionalismo, também conhecida como constitucionalismo contemporâneo, servir de instrumento pelo qual o jurista vai utilizar para realizar a análise e a aplicação da lei ao caso concreto.

A atual predominância da doutrina do neoconstitucionalismo, sem adentrarmos em divergências doutrinárias sobre o tema, visto que foge do âmbito de análise do presente estudo, coloca em voga a importância de uma releitura da Constituição sob o enfoque da dignidade da pessoa humana e da imperatividade das normas constitucionais, que não se destinam tão somente

⁶ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 84

⁷ ibidem, pág. 395

para limitar o poder estatal, mas também para elencar os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana.

Para Daniel Sarmento:

“ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como a dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do direito para o debate moral. (...) No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios torna-se muito mais porosa, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a ‘levá-los a sério’”.⁸

Ana Paula de Barcelos elenca as três premissas fundamentais do neoconstitucionalismo: “(i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de

⁸ O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 274

Constituição rígida, portanto); (iii) e a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos por força do fato de que os demais ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.”⁹

Em sendo a Constituição o documento político e jurídico que alberga as normas jurídicas de maior importância no ordenamento pátrio, ele é composto por princípios e regras, sendo os primeiro de primordial importância para conferir unidade a todo o sistema normativo, razão pela qual Luis Roberto Barroso afirma: “os princípios- notadamente os princípios constitucionais- são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico.”¹⁰

A validade e a fundamentação das próprias normas constitucionais encontram respaldo nos princípios, que podem ser implícitos ou explícitos e, sem eles, a Constituição não passaria de um amontoado de regras desconexas e sem eficácia perante a sociedade.

Os princípios carregam consigo outra importância: servem de parâmetro para aplicação dos métodos de hermenêutica e interpretação da Constituição, além de servirem como direcionamento para futuras criações legislativas, desde emendas constitucionais até atos do próprio Poder Executivo.

De acordo com os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho os princípios, dentre outras, têm as seguintes utilidades destacadas: “1) constituem padrão que permite aferir a validade das leis, tornando inconstitucionais ou ilegais as disposições legislativas ou regulamentares, ou os atos que os contrariem; 2) são auxiliares na interpretação de outras normas jurídicas; e 3) permitem a integração das lacunas.”¹¹

Para Robert Alexy: “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus

⁹ Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 798

¹⁰ Op. Cit. Pág. 203

¹¹ *Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. Apud.* José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 156.

variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”¹²

Ou seja, os princípios são dotados de elevado grau de prevalência no ordenamento jurídico interno e de força normativa, sendo considerados como de maior valor do que as simples regras, de tal modo que os aplicadores do direito devem utilizá-los cotidianamente, não podendo ignorá-los, a fim de lhes garantir a máxima efetivação quando da subsunção do fato às normas, para a concretização do direito.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato: “a força normativa dos princípios é muito maior que a das simples regras de direito, porque estas vigem na exata medida em que não colidem com aqueles. A função própria dos princípios consiste, justamente, em dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas e gerando novas regras em caso de lacunas.”¹³

Um dos mais importantes princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico, e é considerado¹⁴ pela doutrina como um super princípio, além de embasar a doutrina do neoconstitucionalismo, é o da dignidade da pessoa humana.

Entende-se então que todo ser humano possui intrínseca em sua essência humana, a qualidade da dignidade, pelo simples e único fato de ser humano. Na visão de Luis Garcia San Miguel: “dignidad de la persona quiere decir que ésta tiene valor en sí misma, independientemente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de su raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, etc.; y también independientemente de su conducta, bueno o mala, heroica o delictiva”¹⁵.

¹² Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 90.

¹³ Rumo à Justiça. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 58.

¹⁴ Neste sentido consultar doutrina de Flávia Piovesan.

¹⁵ “dignidade da pessoa humana quer dizer que esta tem valor em si mesma, independentemente de qualquer circunstância ou qualidade interna ou externa. Portanto, independentemente da raça, credo, ideología, sexo, classe social, nacionalidade, etc.; e também independentemente de sua conduta, boa ou má, heróica ou delitiva.” Tradução livre.

In SAN MIGUEL, Luis García (Coordinador). “El libre desarrollo de la personalidad”: Artículo 10 de la Constitución. Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones, 1995. *Apud* Maria

É de se concluir, portanto, que a dignidade da pessoa humana deve servir de base para todas as interpretações normativas e criações legislativas sempre em vista de proporcionar maior segurança, bem estar, justiça e felicidade ao ser humano, que deve ser o fim a que todas as ações tendem, e não objeto, sem valor, sem proteção, sem dignidade.

É importante acrescentar que a noção de dignidade deve ser preservada tanto para uma pessoa individualmente, como para uma coletividade, de modo que, respeitando a dignidade individual será alcançada a dignidade universal.

Luis Roberto Barroso apresentou uma releitura da noção de dignidade da pessoa humana em sua relação com o atual cenário do multiculturalismo que se assenta em nossa sociedade, acrescentando, dentre os elementos valor intrínseco e autonomia, que constituem o conteúdo mínimo da ideia de dignidade, um terceiro elemento, chamado de valor comunitário: “Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”.¹⁶

O valor intrínseco para o autor relaciona-se com o plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, que confere aos indivíduos um status único no mundo, vez que dotados de inteligência, sensibilidade e capacidade de se comunicar.

A autonomia seria o elemento ético, que fundamenta o livre arbítrio dos indivíduos, permitindo que busquem, de sua própria maneira, o ideal de viver bem, tendo como noção central a autodeterminação.

O valor comunitário, se refere aos contornos decorrentes das relações dos indivíduos com os outros, como também com o mundo ao seu redor: “a expressão valor comunitário, que é bastante ambígua, é usada aqui,

Cristina de Souza Alvim. “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Constitucional do Trabalho”. Mestrado em Direito Constitucional, PUC/SP, 1997, pág. 70.

¹⁶ “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *in* Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração: emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pág. 437

por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: (1) os compromissos, valores e 'crenças compartilhadas' de um grupo social e (2) as normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado.”¹⁷

Dentro dos limites de nossas fronteiras, a Constituição, ao fundamentar a República Federativa do Brasil no primado da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, exige o seu respeito, adotando tal princípio sob duplo enfoque: o primeiro, de um direito individual protetivo em face do próprio Estado e dos demais indivíduos; o segundo, como verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário entre semelhantes, o dever de respeitar ao outro como a si mesmo.

Relaciona-se também a dignidade da pessoa humana aos ideais de igualdade, segurança e justiça.

Para que a dignidade seja uma realidade concreta no seio social é necessária a efetiva atuação dos Poderes Públicos e real vontade política, no sentido de conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais, exigindo então atuação positiva do Estado, no sentido de realizações, bem como a negativa, no sentido de abstenção de violações de direitos.

Ingo Wolfgang Sarlet, analisando a dignidade da pessoa humana afirma: “Neste contexto, expressando a noção de pessoa como sujeito de direitos e obrigações, talvez o mais correto fosse afirmar que, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda a pessoa a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade), no âmbito de uma comunidade.”¹⁸

É de se entender então que o primado da dignidade da pessoa humana possui íntima relação com a previsão, garantia e efetivação de direitos fundamentais, necessários para uma vida digna.

¹⁷ Ibidem, pág. 447

¹⁸ Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 96.

Ao lado da importante previsão de direitos fundamentais na Constituição Federal, encontra-se a necessidade de previsão das garantias, para que os direitos não sejam meras declarações. Sobre garantias, Jorge Miranda: “É à efetividade da norma que se liga a garantia, e a virtualidade que qualquer norma tem de a receber assenta na necessidade de observância (ou de um grau satisfatório de observância) sem o qual não se tem razão de ser. Pois que a norma por natureza não pode ser cumprida, por natureza pode (ou deve) ser garantida”.¹⁹

E continua: “o conteúdo e o sentido de uma norma não se garantem de per si, garantem-se através do conteúdo e do sentido de outra ou de outras normas.”

Considerando ser o Estado Brasileiro um Estado Democrático de Direito (art. 1º), tem-se de reconhecer que os direitos previstos no texto constitucional devem adquirir efetividade, fazer parte da realidade, da concretização do direito.

Jorge Miranda conceitua Estado de Direito como: “o Estado em que, para a garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece a divisão do poder em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de acção dos governantes.”²⁰

Para José Afonso da Silva, a adoção do regime de governo democrático pela Constituição significa que o Estado deve destinar-se a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidaria e sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se, assim, de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual o poder emana do

¹⁹ Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 494

²⁰ ibidem, pág. 48

povo, que o exerce por meio de seus representantes, ou diretamente (Parágrafo Único, art. 1º).”²¹

A exigência da democracia nos Estados, no dizer de Dalmo de Abreu Dallari, é norteada pelos seguintes princípios: “a supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margens às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais partidários. A preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado. A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.”²²

Carlos Ari Sundfeld, analisando os fundamentos do direito público, assim se manifesta: “Com a referência à garantia dos direitos individuais, nós, que já havíamos apreendido a dinâmica do funcionamento do Estado de Direito, conseguimos visualizar sua razão de ser, sua finalidade. A separação dos Poderes, a superioridade da lei, a Constituição, não são valores em si mesmos, antes existem para tornar efetiva, permanente e indestrutível, a garantia de direitos individuais. A proteção do indivíduo contra o Estado é o objetivo de toda a magistral construção jurídica que percorremos. Nada mais natural, portanto, que o direito público inteiro esteja embebido desta preocupação última, que exala desde a Constituição até a mais ínfima das normas”.²³

Nesse sentido, considerando a primazia da dignidade da pessoa humana e a necessidade de garantir-se eficácia aos direitos fundamentais dentro da estrutura de um Estado Democrático de Direito, pode-se considerar que o estudo sobre o acesso à justiça no ordenamento jurídico interno, leva a uma constatação: o acesso à justiça no Brasil é uma garantia institucional.

²¹ Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 42

²² Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 151

²³ Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 48

Maria Garcia, em estudo sobre a Constituição e as Instituições, cita Bergel: “as instituições são, não corpos sociais, mas ‘corpos de regras’ organizados a partir de uma idéia central, como por exemplo, a organização da família, do Estado, da propriedade: elas são necessárias à coordenação das regras de direito e à continuidade da ordem jurídica e correspondem a um conceito bem determinado, vinculado à sua especificidade.”²⁴

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, por sua vez, referem: “enxerga-se na comunidade um conjunto de instituições tidas como fundamentais à vida em sociedade, as quais, portanto, reclamam uma proteção específica da Constituição e da ordem jurídica, como um todo.”²⁵

Paulo Bonavides afirma, a respeito das garantias institucionais: “a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.”²⁶

De acordo com o Dicionário Jurídico de Maria Helena Diniz, *instituição*, para a Teoria Geral do Direito, seria: “conjunto de leis de uma sociedade política; complexo de órgãos que administram o Estado; constituição política de uma nação.”²⁷

Garantia é, por sua vez: “ação ou efeito de garantir; segurança dada ao titular de um direito para que possa exercê-lo.”²⁸

Certo que a República Federativa do Brasil constitui-se, conforme expressa escolha do Poder Constituinte Originário, um Estado Democrático de Direito, organizado em torno do fundamento da cidadania e da dignidade da pessoa humana, art. 1º da Constituição, e tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, promovendo o bem de todos e erradicando a pobreza e a marginalização, art. 3º da Constituição, garantir

²⁴ A Constituição e as Instituições: Algumas Notas, a partir da Obra de Cláudio de Cicco sobre Ciência Política. *in* (Re)pensando o Direito. Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio de Cicco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 214

²⁵ Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, pág 171

²⁶ Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 542

²⁷ Vernáculo: instituição

²⁸ Vernáculo: garantia

que o Poder Judiciário seja amplamente acionado é forma para preservação da instituição jurídica denominada 'Estado Democrático de Direito'.

E assim o é porque, conforme recomenda Ronald Dworkin: “O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.”²⁹

Sobre o compromisso assumido pelo Poder Constituinte em 1988, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, analisando a formação política brasileira, conclui: “a tarefa de garante da restauração legitimante coube à Lei Fundamental da Quarta República, promulgada em 1988. A ela se lhe impõe o desafio de proclamar a força cogente de sua normatividade e de fazer valer os princípios do igualitarismo. A ela se lhe impõe, principalmente, a manutenção da estabilidade democrática, tão acutilada pelas vicissitudes das políticas e rupturas institucionais ao longo do Império e da República. Efetivamente, a vigente Constituição, reconhecida como Carta Cidadã, restaurou o Estado Democrático de Direito”³⁰

No mesmo sentido, Gastão Alves de Toledo: “Ao estabelecer a forma de Estado, regime político e respectivos fundamentos, e fixar os objetivos a que todos se devem dedicar, a Carta Magna lançou os alicerces sobre os quais a ordem jurídica se assenta, delimitando-lhe as fronteiras políticas, econômicas e jurídicas, indicando ao legislador, ao administrador, ao juiz e ao povo, as condições sob as quais a vida se deve pautar na grande comunidade nacional. Circunscreve a atuação dos poderes públicos às exigências da democracia e aos parâmetros impostos pela República, sinalizando aos cidadãos as garantias que o regime político lhes confere, ao lado dos respectivos deveres.”³¹

²⁹ Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 314

³⁰ A Formação Jurídico-Política Brasileira. A Constituição de 1988 e o Pacto Democrático. *Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 168

³¹ A Constituição e seus Desafios. *Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 176

Considera-se ainda, agregando-se fundamento à noção de garantia institucional que, a preocupação com os desdobramentos para se conferir efetividade ao acesso à justiça, também está intimamente relacionada a outra preocupação, que transcende o ordenamento jurídico interno, que é a de concretização dos direitos fundamentais.

Sobre essa relação, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior concluem: “veja-se que o conceito exposto não faz das garantias institucionais antagonistas dos Direitos Fundamentais. Antes, entende-se que por meio delas é possível alcançar proteção mais adequada, e institucionalizada, dos Direitos Fundamentais.”³²

A ordem jurídica hoje instalada eleva à importância constitucional as questões de cunho social, de modo que faz com que o Estado assuma uma função de promoção social, o que implica em gastos públicos e vontade política direcionada ao bem comum. Nesse sentido: “A efetividade do direito ao acesso à justiça, como demonstram as correntes teóricas dedicadas ao tema, transcende à mera constatação do grau de aplicabilidade da norma constitucional. Impende sobre o intérprete o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, enquanto diretrizes para a ação estatal.”³³

Também sobre o tema, Flávia Piovesan ensina: “A Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduce indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, situando-se na Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos humanos já adotado no Brasil.”³⁴

Luís Roberto Barroso elaborou interessante análise sobre a nova concepção do Direito Constitucional que se coaduna com os estudos apresentados no presente trabalho.

³² Op. Cit. pág. 172

³³ Milena de Alcantara Martins Scheer. A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental. Direitos Humanos. *Coleção Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 1031

³⁴ A Proteção dos Direitos Humanos. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 284

Entende o autor que as concepções sociológicas e jurídicas elaboradas pelo curso da história convergiram para o que ele chamou de “Constituição Normativa”³⁵ e que teria como função conformar a realidade fática e ser influenciada, ao mesmo tempo, por ela, em síntese dialética. Para ele, nas atuais democracias, as Constituições teriam duas funções principais, que seriam: “a de veicular consensos mínimos essenciais da sociedade, que expressam nos valores, instituições e direitos fundamentais e assegurar o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos, com a participação livre e igualitária dos cidadãos, o governo da maioria e a alternância do poder.”³⁶

Diante dessa constatação, defende Luís Roberto Barroso que as normas constitucionais passam a ser dotadas de *status* de norma jurídica, de modo que carregam então a característica da imperatividade e da garantia.

A Constituição de 1988 estaria inserida em um novo marco filosófico do Direito Constitucional, em que, diante da prevalência da dignidade da pessoa humana e do princípio da razoabilidade, deve lhe ser conferida força normativa, deve ser expandida a jurisdição constitucional e devem ser desenvolvidos novos horizontes para a interpretação constitucional.

O mesmo autor, ao analisar o atual movimento de judicialização das políticas públicas nas demandas pela efetividade dos direitos sociais, faz a seguinte consideração:

“A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de

³⁵ Op. Cit. pág. 396

³⁶ *idem*.

investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.”³⁷

Nesse cenário é que se encontra a garantia institucional do acesso à justiça e no qual ela deve ser analisada.

1.1. CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

Pode-se considerar que a previsão de acesso ao Judiciário, nos termos em que é hoje reconhecida, foi primeiramente instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1946, estando disposta da seguinte maneira: “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos entende que a disposição do inciso XXXV, do art. 5º da Constituição de 1988, “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que ele chama de

³⁷ Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em www.oab.org.br/editora. Acesso em 22 de novembro de 2012.

“princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário”³⁸ foi inicialmente estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1946, mas que, pode-se considerar, estava implícito na sistemática constitucional desde a Constituição de 1891.

E assim o é porque em 1891 houve filiação expressa ao modelo de tripartição de poderes, como bem lembram Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior: “o regime escolhido foi o representativo, com um Presidencialismo à moda norteamericana. Rompendo com a ideia do Poder Moderador, o País adotou a tripartição de Poderes.”³⁹

A tripartição de poderes deixa implícito que, por não estar previsto o contencioso administrativo, é o Poder Judiciário o que detém a última palavra em questão de solução de conflitos e controvérsias sobre lesão e ameaça de lesão a direitos. Esse seria o fundamento do acesso à justiça.

Para Celso Ribeiro Bastos: “desde então firmaram-se duas ideias que, embora de conteúdo aparentemente diversos, no fundo significavam a mesma coisa. Uma é a de que toda lesão de direito, toda controvérsia, portanto, poderia ser levada ao Poder Judiciário e este teria de conhecê-la, respeitada a forma adequada de acesso a ele disposta pelas leis processuais civis. A outra é a de que toda jurisdição, o que significa dizer, toda decisão definitiva sobre uma controvérsia jurídica, só poderia ser exercida pelo Poder Judiciário. Não haveria jurisdição fora deste, nem no Poder Executivo, nem no Poder Legislativo.”⁴⁰

A respeito do acesso ao Poder Judiciário nas Constituições que antecederam a de 1946, a defesa de direitos era estabelecida de forma diferente.

Não se relacionava de forma expressa o acesso ao Judiciário como forma de preservação de direitos, mas estava previsto o direito de petição, o qual, de certa forma, ainda que dele difere, permite que a administração pública seja instada a manifestar-se a respeito de violação a direitos, ainda que não seja por meio do Poder Judiciário. É uma forma de garantir o direito

³⁸ Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 213

³⁹ Op. Cit. pág. 132

⁴⁰ Op. Cit. pág. 213

do cidadão de levar ao conhecimento do poder publico violação de direitos e participar, de alguma forma, da vida pública.

A Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, sobre esse aspecto, assim dispunha: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: “XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.”

Essa mesma disposição acerca do direito de petição foi trazida na Constituição de 1891, mas de forma diferente, porque não fala de violações à Constituição, restringindo-se a abusos de autoridade, conforme se verifica pela leitura do art. 72, § 9º: “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.”

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, manteve a Tripartição de Poderes e previu, em seu art. 113, também de forma mais restrita, sob o título dos direitos e garantias individuais, a seguinte disposição: “ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade”.

Em 1937 foi outorgada a Constituição por Getúlio Vargas, na qual, de acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “formalmente havia três Poderes, mas o Legislativo e o Judiciário tiveram

suas funções esvaziadas. O Poder Executivo, na pessoa do Chefe Supremo do Estado, concentrava a maior parte dos Poderes.”⁴¹ No entanto, o art. 122, 7º, assim dispunha: “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 7º) o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral.”

A Constituição do Brasil de 1946, conforme dito acima, foi a primeira a prever, de forma expressa e nos mesmos moldes da Constituição atual, o direito de acesso aos Tribunais para apreciação de lesões a direitos individuais.

Em 1967, época do golpe militar, houve redução das competências do Judiciário e do Legislativo, mas, no texto constitucional, a previsão do art. 150, § 4º, seguia a disposição iniciada na Constituição anterior sobre o acesso ao Judiciário.

A Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, institui a partir de então a República Federativa do Brasil nos moldes que seguem até os dias atuais.

Ressalte-se, que a Constituição de 1988 foi ainda mais inovadora, haja vista que previu a possibilidade de acesso ao Judiciário não somente em casos de lesão a direitos, mas também em casos de ameaça de lesão, abrangendo a esfera preventiva de proteção de direitos, evitando-se a ocorrência de lesões, por vezes, irreparáveis.

Ao lado da garantia de acesso ao Poder Judiciário, é essencial que se garanta o acesso de forma ampla e irrestrita. Na prática, esse acesso é reservado àqueles que dispõem de condições financeiras para arcar com as custas de uma demanda judicial. Imperioso, por isso, analisar o histórico da previsão da assistência judiciária nas Constituições brasileiras, a qual é instrumento para que o acesso seja igualitário para todos.

A primeira Constituição a prever a assistência judiciária no Brasil foi a de 1934, a qual, em seu artigo 113, item 32, previa que: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a

⁴¹ Op. Cit. pág. 134

inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 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.”

Pela leitura do dispositivo constitucional já se verifica que desde a Constituição de 1934 havia determinação à União e aos Estados para criarem órgãos especiais objetivando a garantia da assistência jurídica. Pode-se, então considerar que, foi a partir de 1934 que a Constituição sinalizou pela necessidade de criação de órgão destinado a esse mister, como aconteceu com a Constituição de 1988 que instituiu a necessidade de criação da Defensoria Pública na União, Distrito Federal e em todos Estados da Federação.

A Constituição de 1937 não seguiu essa tendência, a qual foi retomada pela Constituição de 1946, consoante seu art. 141, § 35: “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguinte: § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”, e mantida pela Constituição de 1967, em seu art. 150, § 32: “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 32 Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.”

A Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 5º, sob o título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, capítulo I: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, ser obrigação do Estado prestar assistência, não só judiciária, mas sim jurídica, de forma integral e gratuita, nos seguintes termos: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Sobre a diferença de terminologia assumida pela Constituição de 1988 ao substituir o termo ‘assistência judiciária’ por ‘assistência jurídica’, Sérgio Luiz Junkes esclarece: “existe certa distinção entre as expressões “assistência jurídica integral”, “assistência judiciária” e “justiça gratuita”. A “assistência judiciária” é um benefício estatal que consiste na defesa técnica gratuita dos interesses da pessoa assistida perante o Poder Judiciário. Apesar de oferecido pelo Estado, tal serviço pode ser exercido por particulares, desde que em convênio com o Poder Público ou por determinação judicial. Já a “assistência jurídica integral” abrange não só o patrocínio judicial como também o extrajudicial. Isto é, através desse benefício, o Estado é incumbido não só de propiciar a defesa gratuita em juízo dos interesses do assistido em juízo, como também prestar-lhe orientação e aconselhamento jurídico gratuito. O benefício da assistência jurídica, portanto, é mais amplo que o da assistência judiciária, englobando-a.”⁴²

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco: “o direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça, para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a *direitos individuais*. (...) Para efetivação da garantia, a Constituição não apenas se preocupou com a assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas a estendeu à assistência jurídica pré-processual. (...) Além de caracterizar a garantia de acesso à justiça, a organização das defensorias públicas atende ao imperativo da paridade de armas entre os litigantes, correspondendo ao princípio da igualdade em sua dimensão dinâmica.”⁴³

A Constituição de 1988, então, deu tratamento mais amplo, tanto em relação ao acesso à justiça quanto em relação à assistência jurídica, garantindo aos insuficientes de recursos contato com o sistema de justiça não só pela via judicial, mas também proporcionando orientação e atuação

⁴² Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social. Curitiba: Juruá, 2008, pág. 81

⁴³ Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2005, pág.84

extra-autos, o que confere o caráter de integralidade à assistência e de isonomia entre o serviço público prestado aos que não possuem condições econômicas e o serviço prestado por advogados particulares.

1.2. O ART. 5º , INCISO LXXIV

Na Constituição de 1988, a garantia institucional do acesso à justiça, como visto, encontra-se positivada no texto do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, que prevê: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Assim como no inciso XXXV do mesmo artigo: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tais dispositivos expressam a importância que o Poder Constituinte Originário conferiu ao Poder Judiciário como guardião da ordem jurídica e dos direitos fundamentais, na medida em que se veda sejam criados obstáculos para retirar da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. É da Constituição, também, que o acesso ao Judiciário será garantido aos que tiverem insuficiência de recursos através da assistência jurídica, integral e gratuita.

Relacionado ao direito de ação, importante diferenciá-lo do direito de petição, previsto no art. 5º, inciso XXXIV, que se presta a possibilitar que se reclame, junto aos Poderes Públicos, a defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder. O direito de petição é um direito político, que pode ser exercido por qualquer pessoa, sem necessidade de se observar forma rígida ou procedimento, diferente, então, do direito de ação, que demanda sejam observadas as condições processuais.⁴⁴

A garantia de se ter efetivo o acesso à justiça deve englobar também a necessidade de participação nas decisões políticas, exigindo cumprimento

⁴⁴ Nelson Nery Junior considera o direito de ação como um direito cívico e abstrato, um direito público subjetivo exercitável, até mesmo contra o Estado. Relembra o autor que não se pode dizer que o direito de ação não foi garantido se a demanda apresentada pelo indivíduo não for acolhida pelo Judiciário, visto que o direito subjetivo que lhe é garantido é o de que seja pronunciada uma sentença judicial, seja-lhe favorável ou não. (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. Pág. 96)

de deveres constitucionais: “No contexto das novas possibilidades nacionais e transnacionais e, sobretudo, de uma nova gramática da vida social brasileira com o advento da Constituição Federal de 1988 e seu amplo catálogo de direitos fundamentais, o Poder Judiciário culmina por desempenhar papel protagonista na proteção da pessoa humana, em geral, e nos esforços para a criação de condições mais propícias ao seu desenvolvimento pleno, em particular. Consequentemente há vinculação estreita dos instrumentos processais com a efetivação dos direitos fundamentais, e garantir o acesso à Jurisdição buscando acessar a justiça material torna-se condição para um pleno desenvolvimento do cidadão.”⁴⁵

Relembra-se Ferdinand Lassalle quando afirma que a Constituição deve refletir os fatores reais do poder, sob pena de se tornar uma simples folha de papel⁴⁶, as Constituições devem representar os anseios sociais e devem, efetivamente, concretizar-se e fazer valer sua força normativa, senão seriam inócuas. A Constituição, entendida como documento político fundamental do Estado, deve ser o espelho da sociedade, segundo Lassalle.

Considerando então ser a Constituição a: “norma fundamental e superior, que cria ou funda o Estado, organizando o exercício do poder político, definindo direitos fundamentais e indicando valores e fins públicos relevantes”⁴⁷, mister se faz fortalecer o acesso à justiça, como forma para permitir que o cidadão recorra ao órgão competente em busca do que lhe é de direito, em busca da materialização e da realização dos direitos previstos na Constituição.

Milena de Alcantara Martins Scheer apresenta interessante análise sobre o tema: “Constata-se, portanto, a composição híbrida do direito ao acesso à justiça posto constituir ao mesmo tempo direito de defesa e direito de natureza prestacional fática e normativa. Isto porque, enquanto veda ao poder estatal qualquer ato tendente à obstrução da busca pela prestação

⁴⁵ Coriolano Aurélio de Almeida Camargo Santos e Fauzi Hassan Choukr. Acesso à Justiça e Construção da Cidadania no Cenário dos Direitos Humanos. *Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 460

⁴⁶ A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

⁴⁷ Op. Cit. pág. 395

jurisdicional, também exige que esta seja concedida segundo determinados parâmetros mínimos de justiça, celeridade e razoabilidade.”⁴⁸

Dada a natureza prestacional, é frequente no cenário jurídico brasileiro a discussão em torno da problemática do ativismo judicial. Sobre este tema, imperioso se faz trazer os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

“A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal

⁴⁸ A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 1033

Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco.”⁴⁹

Por outro lado, Elival da Silva Ramos entende que o ativismo judicial pode configurara uma violação ao princípio da tripartição dos poderes, é o que se extrai do seguinte trecho:

“Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”⁵⁰

A dimensão constitucional do acesso à justiça reforça a ideia de que não serão legítimos os óbices criados como forma de impedir o livre acesso ao Poder Judiciário para a solução de conflitos ou para a cobrança de efetivação de direitos.

⁴⁹ Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível www.oab.org.br/editora. Acesso em 22 de novembro de 2012

⁵⁰ Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009

Assim, considerando a escolha do Constituinte Originário de conferir à esfera pública o monopólio para a solução de conflitos, bem como a possibilidade de demandar do poder público prestações positivas decorrentes de não implementação de direitos juridicamente previstos, o efetivo acesso à justiça somente será concretizado se houver respaldo do próprio poder público, vez que a Constituição conferiu-lhe o encargo da criação de uma instituição destinada a esta finalidade, nos termos do art. 134, da Constituição. Caso contrário, caso relegado às regras da livre concorrência do mercado, os hipossuficientes não teriam condições de arcar com as custas de contratação de advogado nem com as custas processuais.

Essa impossibilidade econômica de contratar os serviços de um advogado e arcar com os encargos de um processo impede a concretização do acesso à justiça, vez que discrimina a possibilidade de acessar o sistema de justiça conforme a condição financeira, de tal sorte que não pode haver barreira à postulação em juízo e nem entraves para que o mandamento constitucional seja amplamente respeitado e exercido.

Nesse sentido, José Renato Nalini: “a barreira da pobreza, impede a submissão de todos os conflitos à apreciação de um juiz imparcial. Mas é verdadeiramente trágica se considerada a dimensão do acesso do pobre aos direitos. Os despossuídos são privados até dos direitos fundamentais de primeira geração, para eles são meras declarações retóricas, sem repercussão em sua vida prática.”⁵¹

Sérgio Luiz Junkes, nessa mesma toada, afirma: “são as pessoas pobres e as demandas que envolvem pequeno valor econômico as mais afetadas pelas barreiras ao acesso à justiça, o que faz com que os ganhos civilizatórios obtidos no presente, com a proclamação de um número extenso de direitos, deixe de se tornar realidade nesses casos.”⁵²

Analisando a vertente penal do acesso à justiça e a condição financeira do acusado, quando o direito à liberdade está em jogo, afirma Luigi Ferrajoli: “Por tanto, es sobre el terreno de la defensa que se mide, más que

⁵¹ Novas Perspectivas no Acesso à Justiça. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>. Acesso em 12 de maio de 2014

⁵² Op. Cit. pág. 101

sobre cualquier outro, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. Que es la desigualdad más odiosa: porque se agrega a las desigualdades económicas e materiales; porque es um multiplicador de las connotaciones de clase de la justicia penal orientada sobre todo hacia la criminalidad dela calle y de la subsistência y porque, finalmente, se traduce em uma desigualdad respecto a las libertades fundamentales, y por ello, en uma discriminación y en um menoscabo de la dignidad del ciudadano.”⁵³

Afirma Juan E. Méndez: “(...) uma justiça acessível aos não-privilegiados é provavelmente a chave para a necessidade mais urgente nas nossas democracias do final do século: o desafio da inclusão. A não ser que consigamos resolver os problemas da marginalização e exclusão, os regimes que criamos e consolidamos não merecerão o adjetivo ‘democráticos’. (...) A não ser que alcancemos acesso geral e universal, o direito à justiça continuará a ser um privilégio e não um direito.”⁵⁴

Partindo dessa ideia de acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth confirmam que o acesso teria duas dimensões, primeiro a dimensão de existência de um sistema em que se pudesse reivindicar direitos, e outra sob a ótica do resultado, em que seja possível a produção destes de forma individual e socialmente justas.

Entendem esses autores que o acesso à justiça seria o modo pelo qual os direitos previstos abstratamente se tornariam efetivos, mas apontam barreiras que frequentemente existentes no sistema de justiça que obstaríam a efetividade deste acesso.

A primeira barreira identificada está relacionada às custas processuais, abrangendo aí o princípio da sucumbência, em que se impõe ao

⁵³ “Portanto, é sobre o terreno da defesa que se mede, mais do que sobre qualquer outro, a desigualdade dos cidadãos frente à lei penal. Que é a desigualdade mais odiosa: porque se agrega às desigualdades econômicas e materiais, porque é um multiplicador das conotações de classe da justiça criminal orientada principalmente para a criminalidade de rua e de sua subsistência e que, finalmente, se traduz em uma desigualdade em relação às liberdades fundamentais e, portanto, em uma discriminação e preconceito a dignidade do cidadão.” Tradução livre.

In Garantismo y Defensa Penal o sobre La Defensa Pública. IX Renión Anual Del Ministerio Público de La Defensa y III Encuentro Nacional Del Ministerio Público de La Defensa

⁵⁴ Democracia, Violência e Injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p.248.

vencido o pagamento das verbas ao vencedor, onerando assim a garantia de acesso aos que não possuem recursos suficientes para arcar com tais ônus.

A segunda barreira relaciona-se ao tempo, ou seja, a demora na solução de litígios e a conseqüente inflação de demandas, que gera desigualdade na atuação judicial, vez que, considerando a vulnerabilidade das pessoas economicamente mais fracas, há maior tendência em se aceitar acordos por valores inferiores ao que seria de direito caso pudessem aguardar a solução jurídica do litígio. Os economicamente mais fortes tendem a ter uma estrutura financeira suficiente para suportar tais delongas.

Por fim, os autores apontam mais uma barreira, que é a problemática dos direitos difusos, no sentido em que se torna difícil imaginar que uma pessoa individualmente busque uma atuação solitária em prol da defesa e tutela de interesses coletivos.

E então os autores afirmam: “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso- a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar a representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; o terceiro – e mais recente – é o que propomos chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras a acesso de modo mais articulado e compreensivo.”⁵⁵

Outro estudo importante sobre o tema foi desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos, em “Para uma Revolução Democrática da Justiça”, em que o autor propõe uma nova acepção do acesso ao direito e à justiça, deixando de lado a antiga concepção de que se busca acesso a algo que já existe, para um acesso que mudará a justiça a que se tem acesso.

Para isso afirma que é preciso de um sistema de transformações recíprocas, jurídicas e políticas, incluindo reformas processuais, novos mecanismos e protagonismos, nova organização e gestão do judiciário, revolução na formação dos magistrados, novas concepções de

⁵⁵ Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, pág. 31

independência judicial, uma relação entre judiciário e poder público mais transparente, assim como com os movimentos sociais e uma cultura jurídica mais democrática e não corporativista.

E conclui: “O sistema judicial está, hoje, colocado perante o seguinte dilema. Se não assumir a quota-parte da sua responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social como politicamente. Deixará de ter aliados na sociedade e isolar-se-á cada vez mais. Se, pelo contrário, assumir sua quota de responsabilidade, politizar-se-á e, com isso, aumentará o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instâncias de poder. Verdadeiramente, ao sistema judicial não resta outra alternativa senão a segunda. Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que o possam ajudar a assumir a sua quota-parte de responsabilidade.”⁵⁶

Para José Chicocki Neto: “A expressão acesso à justiça engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico: mas outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.”⁵⁷

Nesse ponto, é de se reconhecer então quando se trata de acesso à justiça que ao Poder Público se exige, não somente uma postura passiva de não impedir o acesso aos meios formais de solução de conflitos, atitude esta típica de sistemas liberais de condução da vida pública, exige-se também a atuação positiva, no sentido de tornar-se concreta e efetiva a participação isonômica de aos seres humanos na busca por meios lícitos de solução de conflitos e pela realização dos direitos fundamentais.

⁵⁶ Para uma Revolução Democrática da Justiça. São Paulo: Cortez, 2008, pág. 34

⁵⁷ *Apud* Larissa Weyne Torres de Melo. A Defensoria Pública como meio de Acesso do Cidadão à Justiça. Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, 2007, pág. 21

Importante deixar claro que o acesso à justiça não se resume à possibilidade de recorrer-se ao Poder Judiciário diante de uma lesão ou ameaça de lesão a direito, que seria o acesso à justiça em seu sentido formal. Este acesso muito mais do que garantido, deve ser efetivo, ou seja, deve ser apto a viabilizar efetiva disputa, efetiva demanda, efetiva luta por direitos, que seria então o acesso à justiça em seu sentido material.

Frise-se que de nada adianta um extenso rol de direitos na Constituição se não existem mecanismos práticos para torná-los efetivos, exercitáveis, para torná-los realidade. Para tanto, tem-se que o acesso possui dimensão ainda mais ampla, visto que não basta ser apenas, formal, tem de atingir-se um acesso de conteúdo material, abrangendo não só o direito de recorrer ao Judiciário, mas também o respeito aos princípios e garantias processuais, tais como, a igualdade entre as partes, direito ao contraditório e o direito à ampla defesa.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth nesse sentido lecionam: “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é ‘destituída de sentido’, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁵⁸

Canotilho também afirma: “em termos gerais – e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade – o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório (...).

⁵⁸ Op. Cit. pág. 11

Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo (...).⁵⁹

E Antonio Carlos Marcato, quando analisa o princípio da inércia da jurisdição relacionado ao acesso à justiça, refere: “Aquele que pretender valer-se da função jurisdicional do Estado deve provocá-la, mediante o exercício do direito de ação. A todos, independentemente de qualquer condição, é conferido o poder de retirar a jurisdição da inércia. Trata-se de garantia constitucional da ação, segundo a qual não se pode subtrair à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Ao contrário do que muitos pensam, essa garantia constitucional não assegura apenas a possibilidade de alguém dirigir-se ao juiz e formular determinada pretensão. Muito mais do que isso, todos têm o direito de exigir uma resposta do Poder Judiciário, com observância do devido processo legal, tal como regulado pela própria Constituição (art. 5º, LIII, LIV, LV e LVI) e por regras infraconstitucionais.”⁶⁰

E ainda afirma que o acesso à justiça deve na verdade ser acesso a uma ordem jurídica justa: “Todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual.”⁶¹

Note-se que não é somente no ordenamento jurídico interno que se prevê a garantia do acesso à justiça aos hipossuficientes e meios para sua concretização. Está também previsto expressamente no Pacto de San José da Costa Rica (artigo 8º, ‘2’, ‘e’) o direito irrenunciável do acusado de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado nos termos de sua legislação interna, de forma remunerada ou não.

Portanto, o acesso à justiça deve ser efetivamente amplo, integral e gratuito, aos que comprovarem insuficiência de recursos e a todos que dele

⁵⁹ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, pág. 405.

⁶⁰ Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 04.

m.

necessitarem, haja vista a verdadeira primazia da dignidade da pessoa humana, que coloca o homem no centro da preocupação e atenção governamental e do próprio corpo social.

1.3. O ACESSO À JUSTIÇA NA ATUALIDADE

Sobre a situação do acesso à justiça no atual cenário nacional⁶², cuja análise só corrobora e fundamenta a necessidade de fortalecimento dos

⁶² De acordo com o relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, chamado Justiça em Números 2014, ano base 2013, contabilizou-se que em 2013 tramitaram 95 milhões de processos pelo Judiciário brasileiro, tendo sido julgados mais de 27 milhões. Levando em conta a população brasileira, pode-se chegar à proporção de um processo a cada dois habitantes. O mesmo relatório aponta que a despesa com a assistência judiciária gratuita dos Estados em relação à despesa total da Justiça Estaduais representa 0,32% do orçamento. Em São Paulo, o percentual é de 0,009 % da despesa total da Justiça Estadual. O gasto no Estado de São Paulo para cada 100 mil habitantes é de R\$ 1.492,96. Em relação à despesa total do STJ, a assistência jurídica representa 0,014%, são 70 habitantes dentre 100.000 contemplados pela assistência gratuita. Analisando o acesso à justiça entre os Estados da Federação, o relatório identificou, em relação à Justiça Estadual, a discrepância entre os dois extremos, entre o Estado com a melhor proporção e o Estado com a pior, sendo que São Paulo possui 25.515.955 processos em tramitação, contando com 2.501 magistrados e tendo como despesa total da Justiça R\$ 7.658.857.211, enquanto Roraima, no outro extremo, conta com 114.287 processos em tramitação, 44 magistrados e R\$ 141.705.326 em gastos com a Justiça. Constatou-se que tramitaram na Justiça Estadual 74,2 milhões de processos, dentre os quais 20,3 milhões foram iniciados em 2013. Comparando com o total de processos baixados, constatou-se que a Justiça Estadual não tem conseguido baixar nem mesmo o quantitativo ingressado anualmente, o que gera o consequente acúmulo de processos para o período subsequente. Na correlação entre volume processual e habitantes dos estados, verificou-se que os tribunais com maiores índices de acesso à justiça são TJRJ e TJRS, ambos com cerca de 16 mil casos novos por cem mil habitantes. O TJSP foi identificado como o Tribunal como maior volume de processos pendentes, na relação da tramitação por habitante. O relatório também indicou que há correlação entre o grau de desenvolvimento de cada Estado e a respectiva demanda judicial. As unidades da federação com o maior número de casos novos, são aquelas que contam com os dados mais expressivos dos indicadores socioeconômicos e demográficos agregados. Nas regiões com menor desenvolvimento socioeconômico, a tendência é apresentar menor demanda judicial. No Nordeste, seis dos nove Estados da Região situam-se na menor faixa quanto ao índice de demanda judicial, menos de 5.803 casos novos por 100 mil habitantes. De uma maneira geral, concluiu-se que a capacidade produtiva dos magistrados e servidores está estacionada, especialmente quando se analisa os indicadores de produtividade na primeira instância. O total de casos pendentes na Justiça Estadual é composto por processos de execução. Os dados revelaram que o quantitativo de casos pendentes cresce em ritmo mais acelerado do que o crescimento dos casos novos nos processos de execução. Os tribunais com a menor eficiência, a partir da análise do congestionamento *versus* produtividade dos magistrados, são TJPI, TJBA, TJMT, TJTO e TJES, os quais possuem as maiores taxas de congestionamento aliadas às menores produtividades. Em síntese, a Justiça Estadual apresentou, em 2013, taxas de congestionamento mais elevadas que as registradas entre 2009 e 2013, sendo que desde 2010 a constatação é a de que a correspondência entre o número de processos novos e número de processos baixados, não chega a 100%, gerando estoque processual cada vez maior. Do ponto de vista da produtividade, o cenário é de redução da produtividade na Justiça dos Estados.

Em outro estudo, que resultou na elaboração do relatório “Atlas de Acesso à Justiça, indicadores nacionais de acesso à justiça”, pela Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, identificou-se pelas medições realizadas que há disparidade entre a concentração populacional em cada Estado da Federação e o número de operadores da Justiça, sendo que a proporção é alta no DF, GO,

canais internacionais de solução de conflitos, não se pode deixar de analisar a crise em que o Poder Judiciário se encontra, que já se perdura e que já foi objeto de recentes reformas no sistema de justiça, bem como a barreira econômica que continua sendo presente nos dias de hoje.

Estudo elaborado por Maria Tereza Sadek, tentou explicar a crise instalada no Poder Judiciário, principalmente quando se analisa de um lado a discrepância entre a baixa conscientização da população acerca de seus direitos e dos canais disponíveis e de outro a morosidade do judiciário diante do elevado número de demandas judicializadas.

A respeito da crise do Poder Judiciário, Maria Tereza Sadek compreende que: “a situação brasileira difere de todo o período anterior em pelo menos dois aspectos: 1) a justiça transformou-se em questão percebida como problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, passando a constar da agenda de reformas; 2) tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentando a corrosão no prestígio do Judiciário.”⁶³

Para a autora, a crise do Poder Judiciário alcança uma dimensão política, uma vez que se torna crescente a presença do Judiciário na arena pública, seja através da apreciação de ações diretas de inconstitucionalidades, seja através de decisões judiciais que interferem em medidas provenientes do Poder Executivo, e uma dimensão não política, quando o Judiciário falha no seu mister de distribuir justiça, perdendo a sua credibilidade em expressivos setores da população, que passam a se socorrer da justiça paralela, governada pela lei do mais forte.

Conclui a autora, quando analisa dados quantitativos de número de demandas ajuizadas, número de demandas julgadas, número de juízes e relação com o IDH das regiões, que:

SC, RJ e SP, e baixa em PE, BA e MG, o que indica que há discrepância entre a disposição dos serviços de justiça em relação à quantidade populacional entre os Estados, sendo que os Estados com maior índices de desenvolvimento humanos, os que possuem maior proporcionalidade.

⁶³ Judiciário: Mudanças e Reformas. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004, pág. 84

“à primeira vista, caberiam exclamações ressaltando que o Judiciário é um serviço público de primeira grandeza, muito utilizado, apresentando uma tendência de crescimento ainda em seu movimento ascendente. Se assim fosse, pelo menos uma das seguintes hipóteses teria que ser aceita: 1) estamos diante de uma sociedade com alto grau de conflito, conflitos esses que desembocam prioritariamente no Judiciário; 2) trata-se de uma sociedade na qual os direitos consagrados em lei, quando ameaçados, são prontamente reclamados na justiça; 3) teria ocorrida uma democratização do Judiciário, facilitando o ingresso da população. Ora, sabe-se que nenhuma dessas explicações encontra inteira ou medianamente apoio na realidade. Tanto a sociedade brasileira não possui esse grau de organização e autonomia quanto o Judiciário não sofreu qualquer reforma que implicasse a abertura de suas portas para a maior parcela da população. Dessa forma, a explicação deve ser buscada em outra parte. Ou seja, talvez tenhamos que recolocar o problema, salientando que, mais do que a democratização do acesso ao Judiciário, defrontamos com uma situação paradoxal: a simultaneidade da existência de demandas demais e de demanda de menos; ou, dizendo-o de outra forma, poucos procurando muito e muitos procurando pouco. Assim, o extraordinário número de processos pode estar concentrado em uma fatia específica da população, enquanto a maior parte desconhece por completo a existência do Judiciário, a não ser quando é compelida a usá-lo, como acontece em questões criminais”.⁶⁴

⁶⁴ Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, pág 39

Sobre a necessidade de reformas, a autora pondera que: “fortalece-se, assim, a hipótese segundo a qual os ventos de mudança têm atingido e continuarão a atingir o Judiciário. (...) As mudanças em curso e o rompimento com o marasmo são passos surpreendentes para os céticos; pequenos para os idealistas; necessários, bem-vindos, nas insuficientes para garantir uma justiça mais célere, imparcial e de amplo acesso aos realistas, orientados pelos princípios republicanos. É preciso mais – é o clamor da cidadania.”⁶⁵

Já Luis Roberto Barroso, quando analisa o crescimento da demandas no Judiciário brasileiro, considerando os dados do relatório “Justiça em Números 2014”, apresenta como causas para esse fenômeno as seguintes: “a) as pessoas passaram a ter mais consciência dos seus direitos, exigindo-os judicialmente; e b) o Poder Judiciário passou a ocupar um espaço importante no imaginário social, com um nível elevado de credibilidade.” Identificou causas negativas para este excesso de litigiosidade, entre as quais: “a) o Poder Público, em suas diferentes expressões – União, Estados, Municípios e autarquias – é o principal cliente do sistema e, com frequência, adota estratégias puramente procrastinatórias; e b) partes privadas que prestam serviços deficientes congestionam o sistema, mesmo quando claramente não têm razão, adotando políticas hostis à composição amigável dos litígios.”⁶⁶

Flávia Piovesan, por sua vez, apresenta sete desafios diante do diagnóstico apresentado em que o IBGE aponta que apenas 30% dos envolvidos em disputas procuram o Judiciário: “1) Ampliar e democratizar o acesso ao Judiciário sobretudo das populações mais vulneráveis (mediante o fortalecimento das Defensorias, além de outras medidas, como a advocacia pró-bono e os centros integrados de cidadania); 2) Reduzir a distância entre a população e o Judiciário (avanzando na Justiça itinerante e descentralizada); 3) Otimizar a litigância como uma estratégia jurídico-política de proteção de direitos; 4) Democratizar os órgãos do Judiciário e fortalecer o controle social quanto à composição de seus órgãos de cúpula; 5) Sistematizar dados estatísticos visando a aprimorar a prestação jurisdicional; 6) Assegurar a

⁶⁵ ibidem. Pág. 98

⁶⁶ Estado, Sociedade e Direito: Diagnósticos e Propostas para o Brasil. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/discurso-barroso-conferencia-oab.pdf>

observância de *standards* jurisdicionais no âmbito federativo; e 7) Encorajar a aplicação dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos na jurisprudência nacional.”⁶⁷

Dado esse cenário de crise, deve ser analisada a relação entre a vulnerabilidade social e o acesso à justiça. A Constituição faz essa relação em dois de seus dispositivos: o art. 5º, LXXIV, e art. 134. No art. 5º, LXXIV utiliza o termo ‘insuficiência de recursos’. Já no art. 134 fala em ‘necessitados’.

A questão acerca da vulnerabilidade social é de extrema importância, mormente porque se considera um verdadeiro abismo que deve ser superado a fim de que a população de excluídos consiga ter o acesso à justiça de forma integral.

Nesse sentido, Renato Campos Pinto de Vitto e André Luís Machado Castro, sobre o tema:

“É bem verdade que, em nosso país, o enorme abismo social e a vexatória concentração de renda acentua sobremaneira o desafio de universalização dos serviços. Segundo dados divulgados pelo IBGE, aproximadamente 77% (setenta e sete por cento) da população brasileira auferia rendimentos inferiores a 3 (três) salários mínimos mensais, sendo que cerca de 38% (trinta e oito por cento) da população auferia até 1 (um) salário mínimo mensal. Esse enorme contingente populacional já se mostra especialmente vulnerável no que tange à afirmação e efetivação de seus direitos, em razão de sua própria condição econômico-financeira. Como se isso não bastasse, essas vítimas da exclusão social, quando se deparam com uma situação de violação de seus direitos, são as pessoas que mais encontram dificuldades e entraves práticos para reclamar uma prestação jurisdicional reparadora. Isto

⁶⁷ “Acesso à Justiça”. Publicação de 16/10/2014, Jornal O Globo.

porque, desprovidas de informação, muitas vezes sequer se apercebem que tiveram seus direitos violados, pois desconhecem que os possuem. Mesmo quando se apercebem da violação de seus direitos, por vezes não ostentam condições financeiras para locomoverem-se até os locais destinados ao atendimento jurídico gratuito, não aparelhado, via de regra, para o atuar nos grandes bolsões de pobreza. Ainda, assim, quando conseguem reclamar alguma espécie de prestação jurisdicional, em muitos dos casos, a resposta propiciada pelos mecanismos tradicionais do sistema de justiça se mostra ineficaz na resolução efetiva do conflito.”⁶⁸

Analisando a barreira da pobreza para acesso à justiça, José Renato Nalini:

“A dificuldade no custeio das despesas necessárias ao litígio sempre foi considerada em todos os estudos sobre o acesso aos tribunais. A primeira onda nas soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça, segundo Mauro Cappelletti, era justamente a assistência judiciária para os pobres. Hugo Mazzilli, depois de reconhecer que o acesso à Justiça é um dos valores fundamentais da própria democracia, constata: *Entretanto, a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais.*(...) O ideal da igualdade, a inovação revolucionária resultante dos movimentos do século XVIII, não passou de uma proclamação bombástica e estéril. Pois *a igualdade assim atingida era mais freqüentemente uma fachada que uma realidade, era*

⁶⁸ “A Defensoria como Instrumento de Consolidação da Democracia.” In *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*.

uma derrisão em face daqueles a quem se poderia aplicar a frase cáustica segundo a qual eram todos "livres de dormir debaixo das pontes". Foi justamente a mais alta Corte desse país (a Inglaterra) que, nos anos 30, declarou que "a pobreza é uma desgraça pela qual o Direito nenhuma responsabilidade pode assumir". Não se admite hoje esse alheamento. Vencer a pobreza é dever positivado na Constituição da República. Ninguém está liberado desse compromisso. E se a cruzada contra a miséria é a única alternativa para redesenhar o futuro do Brasil, dela não pode estar excluído o juiz."

E, sobre a relação pobreza e justiça, afirma que: "se a distribuição de renda não sobrevier, se a miséria não for amenizada com urgência, já não se justificará a preservação do equipamento estatal chamado Justiça. Escapalhe rapidamente das mãos o poder de restabelecer o justo concreto, pois assim como o capital internacional – e sem pátria – se subtrai à incidência da autoridade judicial, o crescimento da miséria reduz ainda mais o universo de sua atuação. O pobre tem seus problemas resolvidos na polícia, nos postos de saúde ou nas seitas evangélicas. É raro o seu dia na Corte."⁶⁹

A pobreza e a exclusão social ainda são realidades constantes na sociedade brasileira, devendo ser amplamente combatidas.

A respeito da utilização de dois termos pela Constituição, Frederico Rodrigues Viana de Lima:

"a compreensão dos arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição, no entanto, deve ser feita não a partir de um exame literal, mas sim consoante um enfoque jurídico-teológico. Com efeito, a junção das expressões insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF) e necessitado (art. 134, CF) não resulta obrigatoriamente na formula insuficiência de recursos econômicos. O sistema jurídico e a realidade social contemporânea

⁶⁹ Novas Perspectivas do Acesso à Justiça.
Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>

apresentam outros tipos de necessitados e outras espécies de insuficiência de recursos que também reclamam a especial proteção do Estado. Basta imaginar a situação vivenciada pelo réu no processo penal, o qual deve obrigatoriamente ter assistência técnica, seja ele carente ou não, uma vez que somente a autodefesa não se harmoniza com os princípios albergados pela Constituição. Em circunstâncias como esta, é possível identificar uma espécie de insuficiência de recursos (técnicos) que é responsável por produzir uma específica necessidade (jurídica). A insuficiência não é de recursos econômicos e, por conseguinte, a necessidade não é de ordem financeira. Sob este enfoque, a insuficiência de recursos e a necessidade expressam um universo muito mais abrangente que a mera incapacidade financeira, englobando outras situações também carecedoras de auxílio.”⁷⁰

No mesmo sentido, Adriana Britto, sobre *necessitado econômico*, entende que a expressão deve ser analisada de forma ampla, visto que não se refere, tão somente, àqueles que vivem em situação de miserabilidade, mas também àqueles cuja carência material esteja “vinculada ao prejuízo do sustento próprio ou da família. Dessa forma, mesmo que haja razoável condição financeira (rendimentos), mas se demonstre o comprometimento total para as despesas básicas (gastos), haverá carência financeira para despendar com custas e honorários, autorizando que se exerça plenamente o direito à assistência jurídica”⁷¹.

Nos termos da Lei n.º 1050/1960, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, tem-se que, nos termos do art. 2º, parágrafo único: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas

⁷⁰ Defensoria Pública. Bahia: Juspodivm, 2010, pág. 164

⁷¹ “A Evolução da Defensoria Pública em Direção à Tutela Coletiva” in A Defensoria Pública e os Processos Coletivos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pág. 16

do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

Ada Pellegrini Grinover, em parecer emitido após consulta realizada pela ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos), a respeito da arguição de inconstitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público- CONAMP (ADIN n. 3943, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia), afirma que: “Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.

E tanto assim é, que afirma no mesmo estudo: “assistência judiciária deve compreender a defesa penal, em que o Estado é tido a assegurar a todos o contraditório e a ampla defesa, quer se trate de economicamente necessitados, quer não. O acusado está sempre numa posição de vulnerabilidade frente à acusação. (...)Em estudo posterior, ainda afirmei surgir, em razão da própria estruturação da sociedade de massa, uma nova categoria de hipossuficientes, ou seja a dos carentes organizacionais, a que se referiu Mauro Cappelletti, ligada à questão da vulnerabilidade das pessoas em face das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea”⁷².

E respondendo aos quesitos formulados: “Como deve ser interpretado o art. 134 da CF, que atribui à Defensoria Pública a assistência jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados? A exegese do texto constitucional, que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo necessitados abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja os socialmente vulneráveis.”

⁷² Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2014

Celso de Mello, no bojo da decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº. 598.212, julgado em 10 de junho de 2013, resume essa questão de uma forma simples: “é preciso reconhecer desse modo, que assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se trata daquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdade” e também considera os desprivilegiados como os “verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional”.

Nessa ótica da barreira econômica, importante se faz ressaltar a atuação da Defensoria Pública na luta pela efetivação dos direitos, pela inclusão social das pessoas pobres e pela garantia de conferir eficácia e aplicabilidade às normas constitucionais.

Todo o arcabouço constitucional, normativo e internacional, de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos humanos demandam instituição forte e eficiente o bastante para atuar na luta pela concretização das hipóteses abstratas previstas nas normas jurídicas, em defesa daqueles que não possuem condições de arcar com os ônus dos encargos judiciais e custas advocatícias.

Esse é, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro Celso de Mello: “A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas.”⁷³

A Constituição de 1988 foi pioneira ao prever a Defensoria Pública, art.134, enquanto instituição pública com a finalidade principal de garantir a assistência, não mais judiciária, mas jurídica e integral, fazendo parte do rol de instituições essenciais à justiça e assumindo esse dever de forma exclusiva e precípua.

⁷³ ADI 2903, Rel. Min. Celso de Melo. Julgamento 01/12/2005

O texto constitucional prevê a criação da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Defensorias em cada Estado da Federação.⁷⁴

É de se verificar que, em que pese a previsão constitucional de que a Defensoria Pública também faz parte do Sistema de Justiça e considerando o ideal de fortalecimento da instituição para a garantia de acesso à justiça à população pobre, que ainda faz parte da realidade do Brasil⁷⁵ é notória a disparidade no tratamento dedicado em comparação com as demais instituições do sistema de justiça.⁷⁶

Não se pode deixar de considerar também que as Defensorias Públicas dos Estados são instituições com não mais do que 15 anos, exceto

⁷⁴ O cenário atual das Defensorias Públicas Estaduais pode ser analisado a partir do estudo realizado pelo INBRAPE – Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Socioeconômicas que elaborou, em 2009, a pedido do Ministério da Justiça, o 3º Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Conste-se que em 2009 ainda não estavam funcionando as Defensorias Públicas de Santa Catarina e de Goiás, as quais passaram a exercer sua missão constitucional em 2012 e 2011, respectivamente. Chamou-nos a atenção um dado apresentado no diagnóstico a respeito do percentual do orçamento de cada Estado que seria destinado ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Chegou-se a seguinte conclusão: com relação ao orçamento executado pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública das unidades da federação no que diz respeito ao orçamento total do estado, observou-se que em média o Poder Judiciário dos estados absorve 5,34% dos gastos totais do estado, enquanto que o orçamento do Ministério Público foi de 2,02% do orçamento do estado e o da Defensoria Pública foi em média de 0,40% do total de gastos pelas unidades da federação” Disponível para consulta em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagnóstico%20Defensoria%20Pública%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2013

⁷⁵ “Apesar do crescimento econômico, que levou o país a ultrapassar o Reino Unido e consolidar o sexto maior Produto Interno Bruto (PIB) do planeta, o Brasil ainda é uma nação de desigualdades. Segundo relatório sobre as cidades latino-americanas feito pelo Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat), o Brasil é o quarto país mais desigual da América Latina em distribuição de renda, ficando atrás somente de Guatemala, Honduras e Colômbia”. <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/08/brasil-avanca-mas-e-quarto-pais-mais-desigual-da-america-latina-diz-onu.html> Acesso em 27 de novembro de 2013

⁷⁶ A ANADEP, Associação Nacional dos Defensores Públicos, em parceria com o IPEA lançaram, em março de 2013, pesquisa que comprova a “falta de defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras, ou seja, a Defensoria Pública só está presente em 754 das 2.680 comarcas distribuídas em todo o País”. E o estudo concluiu: “O Mapa permite também apontar outros problemas e características até então não sistematizados em nível nacional. Por exemplo, dentro do universo das comarcas atendidas, há casos de defensores públicos que além de sua lotação atendem outras comarcas de modo itinerante ou em extensão. A ausência de defensores é ainda mais preponderante nas comarcas menores, com menos de 100 mil habitantes, onde geralmente o IDH da população é menor e as pessoas são mais carentes. Outro aspecto importante revelado no estudo é a discrepância dos investimentos no sistema de justiça. Para se ter uma ideia, os Estados contam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 Defensores Públicos. Ou seja, na grande maioria das comarcas brasileiras, a população conta apenas com o estado-juiz e com o estado-acusação, mas não conta com o estado-defensor, que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contratar um advogado particular”. Os estudos representam o diagnóstico da realidade, e demonstram que a Defensoria Pública ainda necessita de investimentos dos públicos para poder cumprir com seu mister constitucional de forma adequada, promovendo verdadeira transformação social. <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria> Acesso em 01 de dezembro de 2013

a Defensoria Pública do Rio de Janeiro que completou mais de 50 anos de existência.

As normas gerais sobre a Defensoria Pública dos Estados e a instituição da Defensoria Pública da União estão presentes na Lei Complementar nº. 80, editada em 1994, a qual prevê em seu art. 1º que: “Art. 1º 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, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.”⁷⁷

Em decisão de 2013, o Ministro Celso de Mello sintetiza, de forma brilhante, a função e importância da Defensoria Pública, quando analisa a omissão do Estado do Paraná na sua criação e implantação:

“Defensoria Pública. Implantação. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do

⁷⁷ Interessante acrescentar que em 25 de setembro de 2012, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidades n. 3892 e n. 4270 para declarar a inconstitucionalidade de normas do Estado de Santa Catarina que, sem a criação da Defensoria Pública, previa a existência da defensoria dativa e a assistência judiciária gratuita. Vejamos: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.270 SANTA CATARINA: EMENTA: Art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. **Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano.** Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um). ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).” Com essa decisão, reconheceu o STF que o arranjo institucional do Estado de Santa Catarina que não tinha criado a Defensoria Pública para prestar serviços de assistência jurídica revelou-se inconstitucional por violar o art. 5º e o art. 134 da Constituição. Reconheceu ser o modelo estatal de prestação de assistência jurídica o escolhido pelo Poder Constituinte, com profissionais que se dedicam de forma integral e exclusiva à assistência jurídica.

‘direito a ter direitos’ como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos juízes e tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria das ‘restrições das restrições’ (ou da ‘limitação das limitações’). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (AI 598.212, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 10-6-2013, DJE de 20-6-2013.)

Importante também trazer à baila o resultado de estudo elaborado pela Relatora Especial para a Assembléia Geral da ONU sobre Extrema Pobreza e Direitos Humanos, Magdalena Sepúlveda, em 2012, que se coaduna ao conteúdo do presente estudo:

“States have a legal obligation to ensure that all individuals are able to access competent, impartial judicial and adjudicatory mechanisms equally and

without discrimination. Access to justice is not only a fundamental right in itself, but it is an essential prerequisite for the protection and promotion of all other civil, cultural, economic, political and social rights. Access to justice is essential for tackling poverty and protecting the human rights of persons living in poverty. Even mature democracies with well- functioning State institutions and technically inclusive and fair legal systems struggle to ensure de facto equal access to justice by those living in poverty. When the poor are unable to access justice equally and without discrimination, they are prevented from enjoying and claiming their human rights, and from seeking remedies to violations of their rights. This may exacerbate their situation, or frustrate their efforts to move out of poverty. The principle of the indivisibility and interdependence of human rights requires States to address a range of intersecting and mutually reinforcing deprivations and obstacles which prevent access to justice for the poorest”.⁷⁸

A mesma Relatora, em entrevista publicada pelo sitio eletrônico da ONU no Brasil, afirma que:

“O acesso à Justiça é um direito humano em si mesmo, e essencial para resolver as causas profundas da pobreza. Sem acesso à Justiça, as pessoas que vivem

⁷⁸ “Os Estados têm a obrigação legal de assegurar que todos os indivíduos são capazes de acessar, mecanismos judiciais e contenciosa imparcial, igualmente competente e sem discriminação. O acesso à justiça não é só um direito fundamental em si mesmo, mas é um pré-requisito essencial para a proteção e promoção de todos os outros direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais. O acesso à justiça é essencial para combater a pobreza e proteger os direitos humanos das pessoas que vivem na pobreza. Mesmo as democracias maduras com as instituições do Estado que funcionam bem e os sistemas jurídicos tecnicamente inclusivos e justos lutam para garantir de fato a igualdade de acesso à justiça por aqueles que vivem na pobreza. Quando os pobres são incapazes de acesso à justiça de forma igual e sem discriminação, eles estão impedidos de gozar e reivindicar os seus direitos humanos, e de procurar soluções para violações de seus direitos. Isto pode agravar a sua situação, ou frustrar os seus esforços para sair da pobreza. O princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos exige que os Estados tratem de uma série de interseção e de reforços mútuos contra privações e obstáculos que impedem o acesso à justiça para os mais pobres”. Tradução livre.
<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-67-278.pdf> Acesso em 30 de novembro de 2013

na pobreza são incapazes de reivindicar e perceber toda uma gama de direitos humanos, ou contestar crimes, abusos ou violações cometidas contra eles. As pessoas que vivem na pobreza são muitas vezes impedidas de buscar a Justiça, devido ao custo e tempo de viagem para um tribunal distante, taxas cobradas para pedidos de isenção para a assistência jurídica de qualidade. Ao pobre pode ser negada legitimidade para registrar uma reivindicação, porque eles não têm uma certidão de nascimento oficial. A falta de informação sobre os seus direitos, o analfabetismo ou as barreiras linguísticas, juntamente com o estigma enraizado ligado à pobreza, também tornam mais difícil para os pobres se envolver com o sistema de justiça. Em tais circunstâncias, uma pessoa que vive em situação de pobreza não pode defender os seus direitos ou contestar a injustiça. É fundamental construir um sistema de justiça inclusivo que esteja próximo das pessoas, tanto socialmente quanto geograficamente. Garantir o acesso à Justiça para os pobres exige sistemas judiciais funcionais e leis que não apenas refletem os interesses dos grupos mais ricos e mais poderosos, mas também levem em conta a renda e os desequilíbrios de poder. As reformas devem ser implementadas com a participação efetiva e significativa de pessoas que vivem na pobreza”.⁷⁹

A Defensoria Pública, portanto, é instituição que serve de instrumento para equalizar os desequilíbrios sociais existentes entre a população brasileira, dando efetividade aos objetivos por ela perseguidos desde 1988, positivados pelo art. 3º da Constituição.

⁷⁹ <http://www.onu.org.br/combater-pobreza-requer-melhoria-do-acesso-a-justica-para-pobres-affirma-especialista-da-onu/> Acesso em 30 de novembro de 2013

2. A INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

A Defensoria Pública, conforme preconiza a Constituição da República no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, é uma instituição pública e permanente, pertencente ao rol das instituições essenciais à Justiça, juntamente com o Ministério Público e a Advocacia Pública.

O art. 134, recém alterado pela Emenda Constitucional nº 80 de 04 de junho de 2014, que inclui a Defensoria Pública no texto constitucional, dispõe que: “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.”

Enquanto função essencial à Justiça, a Defensoria Pública torna-se indispensável para viabilizar o efetivo acesso ao Poder Judiciário.

Frise-se que a Defensoria Pública é uma instituição autônoma, e não um órgão do Estado, estando desvinculada da estrutura estatal e livre de qualquer ingerência.

Marivaldo de Castro Pereira e Pierpaolo Cruz Bottini diferenciam as instituições que formam as funções essenciais à justiça da Defensoria Pública da seguinte forma: “assim, tal instituição não se equipara à advocacia pública, pois não representa o Poder Público, judicial ou extrajudicialmente, mas a população carente, podendo, inclusive ajuizar ações contra o Estado, na defesa dos interesses dos necessitados, como ocorre, por exemplo, com a Defensoria Pública da União, que exerce suas atribuições, basicamente perante a Justiça Federal, defendendo seus representados contra a Administração Pública. Da mesma forma, também difere do Ministério Público, uma vez que não lhe cabe a fiscalização da lei ou a defesa do bem

público, devendo ser parcial, nunca neutra, pois representa interesses específicos. Por fim, não pode ser confundida, em hipótese alguma, com a advocacia particular, tendo em vista tratar-se de órgão público, submetido à legislação e a regulamentos específicos, em que pese a capacidade postulatória dos mesmos membros”⁸⁰.

Tal como previsto expressamente no citado art. 134 da Constituição, tem como função precípua conferir efetividade ao direito fundamental previsto no art. 5º, LXXIV, qual seja, o direito das pessoas com insuficiência de recursos de ter assistência jurídica integral e gratuita prestada pelo Estado, para a efetivação concreta dos direitos previstos abstratamente.

Desse modo, pode-se dizer que a instituição Defensoria Pública possui expressa relação com o direito fundamental da dignidade da pessoa humana bem como com os objetivos expressos na Constituição, vez que intimamente ligada com o ideal de promoção da justiça social e efetivação dos direitos existentes no ordenamento jurídico, bem como os princípios que o permeiam.

Pelo seu relevante papel conferido pela Constituição, a de assistência jurídica gratuita, é considerada um direito público subjetivo para os que comprovarem insuficiência de recursos.

Por ser instrumento de garantia do acesso à justiça dos hipossuficientes e ser direito público subjetivo, a instituição da Defensoria Pública deve ser efetivamente implantada nos Estados, no Distrito Federal e na União, constituindo de um lado um dever para o poder público e de outro um direito para os que comprovarem a insuficiência de recursos.

Nesse sentido a lição de José Afonso da Silva quando analisa especificamente o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição: “Esta é cláusula que contém uma imposição constitucional. Não diz que o Estado “poderá

⁸⁰ A Defensoria Pública perante a Tutela dos Interesses Transindividuais: Atuação como Parte Legitimada ou como Assistente Judicial. In A Defensoria Pública e os Processos Coletivos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 264

prestar”, ou que “deverá prestar”. Diz-se que ele tem a obrigação de realizar a prestação determinada na norma constitucional.”⁸¹

Por consequência, esse comando, quando desobedecido, autoriza o ajuizamento de ação de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 103, § 2º da Constituição, quando o Poder Público deixar de implementar a Defensoria Pública assim como previu expressamente o Constituinte Originário.

A Defensoria Pública é, portanto, um instrumento próprio do regime democrático que visa oferecer, de maneira integral e gratuita, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, e âmbitos, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos das pessoas que comprovarem insuficiência de recursos, viabilizando assim o efetivo acesso à justiça: “acesso à justiça significa criar ferramentas para que o cidadão, em especial o cidadão negro e pobre, possa transformar sua relação com o Estado e com elites políticas e econômicas”⁸².

Sobre a característica de instituição necessária à garantia e efetividade de direitos, importante trazer referência ao Preâmbulo da Constituição, em que o Constituinte Originário previu que a construção do Estado Democrático estaria destinada a garantir o desenvolvimento da igualdade e da justiça com valores supremos de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos, destinada a conferir harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Essa foi a primeira referência da Constituição que representa o compromisso assumido pelo Poder Constituinte ao redigir o texto constitucional, demonstrando assim qual a ideologia que permeia a Constituição e que deve servir de norte para sua interpretação.⁸³

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos, quando analisa a revolução democrática do sistema de justiça, assim consignou: “No caso do

⁸¹ Op. Cit. pág. 174.

⁸² André Luís Machado de Castro e Márcia Nina Bernardes. Construindo uma Nova Defensoria Pública. In A Defensoria Pública e os Processos Coletivos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 105

⁸³ Sobre a relevância do Preâmbulo vide: ADI 2.076-AC, Min. Carlos Velloso, 15. 08.2002.

Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional, tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e garantias consignadas na Constituição, de forma que, a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de recurso aos tribunais.”⁸⁴

Ou seja, considerando o extenso rol de direitos previstos abstratamente na Constituição e ainda o crescente acesso à informação na sociedade globalizada, que possibilita o conhecimento, por parte dos menos favorecidos dos direitos que lhes são devidos por mandamento constitucional, a tendência é no sentido do aumento das demandas sociais frente ao Poder Judiciário, de tal sorte que deve existir uma instituição forte e apta a receber esta demanda e direcioná-la ao sistema de justiça, a fim de lhe conferir efetividade e realização.

Deve também ser conferida a assistência àquela demanda reprimida, das pessoas que sequer têm conhecimento dos seus direitos, de forma que a justiça chegue às pessoas, e não as pessoas procurem a justiça.

Considere-se, ainda, dado o elevado compromisso social assumido pela Constituição, que o poder público então deve atuar positivamente para cumprir com esse compromisso para que assim sejam efetivamente realizados os ideais de um Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse sentido, Paulo Osório Gomes Rocha: “Destarte, a participação efetiva dos economicamente pobres no processo democrático brasileiro, através da Defensoria Pública, é que dá legitimação a este Estado Democrático e Social de Direito. Em outras palavras, a observância e concretude dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis é *conditio sine qua non* para legitimar esse modelo estatal vigente entre nós.”⁸⁵

Sobre o compromisso social assumido pela nova ordem constitucional, refere Flávia Piovesan: “a ordem constitucional de 1988

⁸⁴ Op. Cit. Pág. 18

⁸⁵ Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado. *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 225

acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômicos-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer os limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo. Surge verdadeira configuração normativa da atividade política.”⁸⁶

Dessa sorte, em sendo a Defensoria Pública instrumento para um efetivo acesso à justiça, garantindo assistência jurídica aos necessitados, faz valer a ideologia explicitada no Preâmbulo na Constituição bem como colabora com o compromisso social assumido pelo Estado.

De se concluir então que essa instituição auxilia na promoção e na busca de igualdade, garantindo a solução pacífica e equitativa de conflitos, auxiliando, ainda, no alcance do ideal da justiça social e dos objetivos da República.

2.1. ORIGENS

O histórico de consolidação da Defensoria Pública acompanha o desenvolvimento das previsões constitucionais a respeito de assistência jurídica, inicialmente chamada de judiciária.

Como já analisado acima, desde a Constituição de 1934, havia previsão de assistência judiciária aos necessitados como dever do Estado. No entanto, somente com a Constituição de 1988, previu-se a Defensoria Pública enquanto instituição pública destinada a garantir tal assistência de forma exclusiva.

A Constituição de 1988 foi ainda mais inovadora, vez que previu não mais a assistência judiciária, mas jurídica e integral, incluindo a Defensoria Pública no rol de instituições essenciais à Justiça e assumindo este dever de forma exclusiva e precípua.

⁸⁶ Dignidade da Pessoa Humana e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Global, Regional e Local. in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pág. 409

Carlos Weiss resume o caminho percorrido pelo Brasil até a previsão da criação da Defensoria Pública: “Assim, a Constituição brasileira de 1946 previa que “o Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados” (artigo 141, § 35), enquanto que a de 1967, promulgada já sob o Regime Militar, estabelecia: “Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei” (artigo 150, § 32). Por fim, em 1969, a mesma Constituição foi emendada por ato da Junta Militar de Governo (uma vez que o Congresso fora fechado), dando ao tema a seguinte redação: “Será concedida assistência jurídica aos necessitados, na forma da lei” (artigo 153 § 32), aqui valendo notar o emprego do adjetivo “jurí- dica”, ao invés de “judiciária”, ampliando a natureza da assistência a ser prestada, ainda que o texto não se determinasse de quem era a obrigação de fazê-lo. Nos três casos citados, a assistência legal aos necessitados estava incluída no capítulo relativo aos direitos e garantias constitucionais, o que pode ser considerado um avanço para a época, embora seja importante salientar que a falta de previsão do órgão público encarregado de concretizar tal direito possibilitou que, durante muitos anos, as pessoas pobres não tivessem meios efetivos de levar suas causas à Justiça.”⁸⁷

Sobre o histórico de inclusão da Defensoria Pública na Constituição de 1988, José Fontenelle Teixeira da Silva esclarece: “A discussão sobre necessidade de um órgão do Estado que concretizasse, no plano do acesso à Justiça, a afirmação de que todos são iguais perante a lei, pressupondo igual possibilidade de utilização de todos os meios do aparato judiciário, em busca da própria prestação jurisdicional, ocupou, por longos anos, principalmente de meados dos anos 60 até a criação da Defensoria Pública, conforme a dicção do art. 134, da Constituição da República, de 1988, e seu parágrafo único, a agenda de inúmeros congressos da OAB e das demais instituições do chamado *mundo jurídico*, envolvendo, evidentemente, os poucos órgãos públicos que, então, tinham a seu cargo a prestação de

⁸⁷ Boletim da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, N. 4 –jan/dez 2012. Pág. 25

assistência judiciária gratuita, como, antes da Constituição de 1988, era denominada a sua atividade-fim.”⁸⁸

Celso Francisco Alves, no mesmo sentido: “A Constituição Federal de 1988, como se sabe, resulta de intenso processo de mobilização da sociedade brasileira, num movimento que ganhou força no final dos anos setenta e início dos anos oitenta do século passado, de luta pela instauração de uma nova ordem política e jurídica, de cunho verdadeiramente democrático, comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais.”

O mesmo autor entende então que havia a preocupação para que os avanços conquistados não ficassem tão somente em previsões abstratas, de forma que foi conferido ao Poder Judiciário um papel decisivo. Mas, considerando que o Judiciário possui a característica de ser provocado, identificou-se se imprescindível a criação de instrumentos para deflagrar a provocação do Judiciário. Previu-se, assim, considerando que uma larga parcela da população brasileira continuaria às margens do sistema de justiça, surgindo então a necessidade de criação de instituição destinada a tal finalidade.

Carlos Weiss também entende que: “Uma das mais significativas inovações da nova Constituição brasileira foi a criação da Defensoria Pública, como órgão estatal encarregado da efetivação do direito à assistência jurídica, garantida a todas as pessoas que “comprovarem insuficiência de recursos”, avançado significativamente da mera previsão da concessão de assistência jurídica ou jurídica aos necessitados, à criação de um órgão estatal incumbido de prestar tal serviço, o que se assemelha ao que ocorreu no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.”⁸⁹

Verifica-se que a primeira instituição próxima ao ideal de Defensoria Pública foi criada no Estado do Rio de Janeiro, antes mesmo da atual Constituição, em 1977, com a promulgação da Lei Complementar nº 6, de 12 de maio de 1977.

⁸⁸ Defensoria Pública Política Institucional: a Falta de uma Doutrina. *in* Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, n. 17, 2001

⁸⁹ Boletim da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo N. 4 –jan/dez 2012. Pág. 24

No Estado de São Paulo, a Defensoria Pública foi criada com a edição da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006, depois de enorme movimentação social e política exigindo sua implantação, conferindo assim eficácia mínima ao dispositivo constitucional, contando ainda com pequeno quadro de Defensores para um Estado com grande desigualdade social e elevado número de população hipossuficiente.

A organização da instituição pelos entes federados deu-se somente em 1994 quando foi editada a Lei Complementar nº. 80, que estabelece as normas gerais sobre a Defensoria Pública dos Estados e a instituição da Defensoria Pública da União.

Interessante observar que em 2004 o Ministério da Justiça, através do Ministro Márcio Thomaz Bastos, publicou o Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, sob o seguinte fundamento:

“Em um passado não muito distante, a luta do povo brasileiro era que o Estado reconhecesse alguns direitos fundamentais. O país viveu por décadas um período de ausência do Estado de Direito, em que violações de direitos humanos aconteciam com respaldo constitucional. Neste contexto, quando finalmente se convocou uma Assembléia Constituinte, a nação se encheu de esperanças de que, com a positivação de uma série de direitos, teríamos a imediata construção de uma sociedade mais justa. A realidade nos mostrou que a luta por modificações legislativas é apenas o primeiro passo para a efetivação de direitos. O grande desafio, atualmente, é solidificar as instituições democráticas capazes de propiciar a concretização do que foi anunciado pela Constituição de 1988.”

E continua:

“Um dos maiores nós a ser desatado é a questão do acesso à Justiça. (...) Não há dúvidas de que todas as instituições do mundo jurídico têm um papel relevante

na construção do acesso à Justiça. No entanto, é certo que, a Defensoria Pública tem um papel diferenciado. A Defensoria é a instituição que tem por objetivo a concretização do acesso à Justiça, ou pelo menos do acesso ao Judiciário, sendo, portanto, vital no processo de efetivação de direitos. Apesar desta importância, até hoje nenhum estudo nacional sobre a Defensoria Pública no Brasil havia sido feito. É este o objetivo do Ministério da Justiça. Somente conhecendo e publicando essas informações é que o país poderá somar esforços para fortalecer essa instituição tão importante para a consolidação da democracia brasileira.”

Em 2005, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, conhecida como Reforma do Judiciário, foi conferida à Defensoria Pública autonomia orçamentária e funcional através da inclusão do § 2º no art. 134, com a seguinte redação: “§ 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.”

Sobre essa reforma, Leopoldo Portela Junior, no II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, exaltando a importância da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro, refere que:

“Entretanto, é inegável que os Governos Estaduais – apesar da resistência de algumas peças importantes que movem a máquina estatal, resistência essa não só por puro desconhecimento dos avanços constitucionais da Instituição, mas, e principalmente, pela recusa inexplicável de reconhece-los têm, claro, a exata noção da importância da Defensoria Pública para melhorar e tornar digna a vida de nossa população desprivilegiada. Não há outra Instituição, entidade ou órgão público que esteja preparada ou destinada a lidar com os excluídos.

O defensor público é os olhos, ouvidos e voz de milhões de pessoas que vivem na pobreza, muito abaixo da linha de pobreza. Eles não têm a quem recorrer. E a última porta é a da Defensoria Pública. Precisamos reverter o quadro de forma urgente e os dados do novo Diagnóstico mostram isso. Não mais podemos nos preocupar só com o Estado Julgador e com o Estado Acusador, em detrimento do Estado Defensor. E essa obrigação é dos governantes estaduais, a quem compete a iniciativa. Os instrumentos normativos estão à disposição. As Emendas ns. 41 e 45 deram o merecido tratamento constitucional à Defensoria Pública e aos seus membros. Portanto, basta efetivá-las, assegurando o subsídio aos defensores, bem como a dotação orçamentária adequada para garantir a estruturação da Instituição e a efetivação do serviço público obrigatório e essencial, conferido pela Carta Magna.”

Em data recente, mais uma alteração constitucional tratou da instituição da Defensoria Pública, acrescentando o parágrafo ao art. 134: “§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal”, bem como o art. 98 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias: “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.”

De se ver, então, que a importância da consolidação da Defensoria é uma realidade e não pode ser negada. Todavia, ainda são necessários esforços para se conferir efetividade ao direito público subjetivo dos hipossuficientes de contarem com a Defensoria Pública para a defesa de seus direitos.

2.2. ESTATUTO JURÍDICO

O reconhecimento da importância da Defensoria Pública foi fortalecido em data recente após a Emenda Constitucional nº 80. O citado art. 134, § 1º, trata do estatuto jurídico da Defensoria no seguinte sentido: “Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

Em relação aos Estados, dispõe o § 2º que: “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”. O § 3º, dispõe: “Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. “

No esteio de conferir equidade às funções essenciais à Justiça, o § 4º prevê que : “São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal”.

Em relação às autonomias funcional e administrativa, inseridas pela Emenda Constitucional nº. 45, José Afonso da Silva explica que: “autonomia funcional se entende o exercício de suas funções livre de ingerência de qualquer outro órgão do Estado.(...) A autonomia administrativa significa que

cabe à instituição organizar sua administração, suas unidades administrativas, praticar atos de gestão, decidir sobre situação funcional de seu pessoal, propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus serviços auxiliares, prover cargos nos termos da lei, estabelecer a política remuneratória, observando o art. 169, e os planos de carreira de seu pessoal, tal como está previsto para o Ministério Público.”⁹⁰

Carlos Weiss, no mesmo sentido, afirma:

“Como se pode ver, a inovação reside no fato de ter sido assegurada aos integrantes da Defensoria Pública a inamovibilidade, ao tempo em que para às Defensorias Públicas Estaduais asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária. No caso da inamovibilidade, ela indica a impossibilidade de remoção de um membro da instituição de um cargo a outro, contra a sua vontade, de modo a que possa atuar livremente sem ter medo de que seja afastado de suas funções por estar eventualmente incomodando pessoas poderosas por seus atos. Da mesma forma, a inamovibilidade implica que um determinado caso não pode ser retirado arbitrariamente de um membro da Instituição, o que geraria o mesmo resultado prático da remoção do Defensor Público para outro cargo. O segundo bloco de garantias para a livre atuação da Defensoria Pública são as autonomias funcional e administrativa da, ou seja, o exercício de suas funções livre de ingerências de qualquer outro órgão do Estado. É predicativo institucional, tanto que se poderia falar – e às vezes se fala – em autonomia institucional, mas ela se comunica aos membros da instituição, porque suas atividades-fim se realizam por meio deles. Assim, eles compartilham dessa autonomia institucional, porque não tem que

⁹⁰ Op. Cit. pág. 615

aceitar interferência de autoridades ou órgãos de outro Poder no exercício de suas funções institucionais. Esse ponto merece especial destaque, pois se relaciona de maneira muito próximo com a atuação da Defensoria Pública como órgão de realização dos direitos humanos, em especial, dos direitos econômicos, sociais e culturais, consolidados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, notadamente, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966) e o Protocolo de San Salvador, que complementa a Convenção Americana de Direitos Humanos da OEA.”⁹¹

Em nível infraconstitucional, o principal instrumento normativo que disciplina a Defensoria Pública é a Lei Complementar nº. 80, de 1994 (com as alterações posteriores pela Lei Complementar nº. 132 de 2009), a qual prevê, em seu art. 1º ser a Defensoria “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, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.”

Celso Francisco Alves afirma que: “trata-se da primeira legislação em âmbito nacional que dispõe sobre a instituição da Defensoria Pública. Sua origem foi um projeto elaborado sob a coordenação do advogado Saulo Ramos, na época Ministro da Justiça, encaminhado ao Congresso Nacional ainda em 1989, pelo Presidente José Sarney. (...) Com a publicação da Lei Complementar 80/94 o movimento pela criação das Defensorias Públicas em diversos Estados da Federação se intensificou.”⁹²

⁹¹ Boletim da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, N. 4 –jan/dez 2012. Pág. 26

⁹² Justiça para Todos. Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pág. 259

Prevê a referida Lei que as funções institucionais da Defensoria Pública seriam, dentre outras: “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” e “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”.

O art. 3º estabelece que os princípios institucionais da Defensoria Pública são: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Em que pese una e indivisível, a Defensoria Pública organiza-se em três âmbitos de atuação: Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e Defensoria Pública dos Estados.

A citada Lei Complementar nº. 80 organiza a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e ainda estabelece normas gerais para organização das Defensorias Públicas nos Estados.

De acordo com essa Lei, a Defensoria Pública da União deve atuar junto à Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar e a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios e a Defensoria Pública dos Estados devem atuar perante a Justiça Comum.

A Lei exige que o defensor seja aprovado em concurso público de provas e títulos e impõe a ele proibições e, do mesmo modo, o investe de garantias e prerrogativas necessárias ao adequado exercício de suas funções.

A independência funcional garante que os Defensores atuem de acordo com suas próprias convicções, desvinculados de interesses políticos e de ingerência de outros órgãos. Não se tem também subordinação aos interesses dos membros da administração superior. Esse princípio também engloba a independência da Defensoria em relação aos outros organismos estatais, uma vez que, a Defensoria Pública, em defesa de seus assistidos, por vezes atua contra o Estado.

Sobre esse assunto, Celso Francisco Alves acrescenta que: “os Defensores Públicos são plenamente independentes no exercício de suas atividades funcionais, no que se refere aos aspectos e estratégias de

natureza técnico-jurídicas de que pretendam se valer para levar a cabo a assistência e o patrocínio dos interesses das partes que estiverem sob seus cuidados.”⁹³

Os objetivos da Defensoria Pública estão definidos no art. 3º-A, merecendo destaque: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito e a prevalência e efetividade dos direitos humanos.

Frederico Rodrigues Viana de Lima esclarece que: “os objetivos estabelecidos pelo art. 3º-A se harmonizam com as funções institucionais definidas pelo art. 4º da Lei Complementar 80/94. O fato de estarem postados antes da descrição das funções institucionais quer indicar que estas incumbências recebem a influência dos escopos projetados para a Defensoria Pública.”⁹⁴

Dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, pode-se ressaltar: 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; promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; e representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos.

Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, defendem que:

“por restar constitucionalmente incumbida de prestar assistência jurídica aos necessitados, a Defensoria Pública conserva permanente contato com a população carente e marginalizada, possuindo melhores condições de identificar eventuais violações aos direitos humanos – que, via de regra, ocorrem justamente em face dos desprovidos de fortuna. (...) Quando a Defensoria Pública atuar na defesa de direitos humanos

⁹³ Op. Cit. pág. 318

⁹⁴ Op. Cit. pág. 102

coletivamente considerados, essa função institucional terá natureza eminentemente atípica. Desse modo, não importará a condição econômica do grupo juridicamente beneficiado. Por outro lado, quando atua na defesa dos direitos humanos de pessoa individualmente considerada, a função institucional terá natureza típica mitigada. Desse modo, o indivíduo que possuir condições econômicas de arcar com o pagamento de advogado para exercer a defesa de seus interesses junto aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em princípio, não terá o direito ao patrocínio da Defensoria Pública. No entanto, mesmo se tratando de pessoa financeiramente abastada, poderá a Defensoria Pública atuar na defesa de seus direitos humanos se as demais instituições jurídicas se mostrarem falhas ou omissas na tutela desses direitos. Isso porque os direitos humanos nunca e jamais poderão estar desprotegidos, pois a subsistência válida do Estado Democrático de Direito contemporâneo depende do respeito irrestrito à dignidade humana e requer tutela eficiente nas hipóteses de violações. ”⁹⁵

Pode-se verificar, então, que a atuação internacional em prol da defesa dos direitos humanos faz parte das funções institucionais da Defensoria Pública e de seus objetivos.

2.3. JURISPRUDÊNCIA

Confirmando a posição doutrinária acerca da importância da Defensoria Pública para a garantia do acesso à justiça, o Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado em diversos julgados.

⁹⁵ Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 349

O Ministro Celso de Mello, a respeito da importância da instituição e de sua atuação, no julgamento da ADI 2.903 em 1º de dezembro de 2005 sobre a inconstitucionalidade da Lei Complementar 48/2003 do Estado de Paraíba, assim se manifestou:

“É por esta razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconseqüente pelo poder público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas-, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam – além de desrespeitados pelo poder público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. Direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades – direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam. Prerrogativa fundamental que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (...) – significativa importância

jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública”

Em outro julgado, o mesmo Ministro Celso de Mello ressalta que:

“assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam - uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que se põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência jurídica e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado reverter-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredido por particulares – também deixaram de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134,

ambos da Constituição da República.” (AI 598.212, decisão monocrática, julgamento em 10-6-2013, DJE de 20-6-2013.)

No mesmo sentido, o Ministro Ayres Britto:

“A Constituição Federal alçou a defensoria pública ao patamar de instituição permanente e essencial à prestação jurisdicional do Estado. Uma instituição especificamente voltada para a implementação de políticas públicas de assistência jurídica, assim no campo administrativo como no judicial. Pelo que, sob este último prisma, se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciais, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça. Fazendo de tal acesso um direito que se desfruta às expensas do Estado, em ordem a se postarem (as defensorias) como um luminoso ponto de interseção do constitucionalismo liberal com o social. Vale dizer, fazem com que um clássico direito individual se mescle com um moderno direito social. Tornando a prestação jurisdicional do Estado um efetivo dever de tratar desigualmente pessoas economicamente desiguais. Os mais pobres a compensar a sua inferioridade material com a superioridade jurídica de um gratuito bater às portas do Poder Judiciário. O que já se traduz na concreta possibilidade de gozo do fundamental direito de ser parte processual. Parte que, perante outra, vai compor a relação sem a qual a jurisdição mesma não tem como operar na órbita dos chamados processos subjetivos. A jurisdição e os órgãos que lhe são essenciais a se imbricar, portanto, sem que se possa dizer onde começa uma e terminam os outros. Numa frase, aparelhar as defensorias públicas é servir, sim, ao desígnio constitucional de

universalizar e aperfeiçoar a própria jurisdição como atividade básica do Estado e função específica do Poder Judiciário”. (RE 574353, julgado em 10/11/2011)

Em data anterior, o mesmo Ministro Ayres Brito havia se manifestado no seguinte sentido: "Lei 8.742, de 30-11-2005 do Estado do Rio Grande do Norte, que 'dispõe sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de defensor público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado'. A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciais, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/1988). Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade.” (ADI 3.700, julgamento em 15-10-2008, Plenário, *DJE* de 6-3-2009.)

Notório, portanto, o reconhecimento, tanto doutrinário quanto judicial, da importância da Defensoria Pública na manutenção do regime democrático e na efetivação dos direitos fundamentais. Não se pode negar que é instituição essencial para que o acesso à justiça seja concretizado de forma ampla e integral, nos termos constitucionais.

3. A PESSOA EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL E O ACESSO À JUSTIÇA NO PLANO INTERNACIONAL

“Para o pobre, os lugares são mais longe.”
(Guimarães Rosa. Sorôco, sua mãe, sua filha)⁹⁶

Sobre a utilização da expressão vulnerabilidade social e sua relação com o acesso à justiça, interessante trazer à baila algumas referências presentes nos mais diversos órgãos e documentos no cenário internacional.

Em 2005, no seio das Organização das Nações Unidas, através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, sob o argumento de que as Nações Unidas foram criadas para alcance de três objetivos, alcance da paz e da segurança, confirmação dos direitos e liberdades fundamentais e promoção da equidade econômica e da justiça, foi elaborado, com a finalidade de se traduzir as aspirações internacionais para a garantia do acesso à justiça para todos, um guia prático destinado à abordagem dos direitos humanos baseado no acesso à justiça (“A Practitioner’s Guide to a Human Rights-Based approach to Access to Justice”).

O guia tem como objetivo fornecer contribuição para que as práticas entre os setores da justiça e o quadro normativo dos direitos humanos se interliguem, principalmente naqueles países em que se desenvolvem programas para garantir os direitos humanos das pessoas atingidas pela pobreza e por outras desvantagens dos países em desenvolvimento.

A base fundamental para a elaboração do referido guia foi a seguinte: “All human beings are born free and equal in dignity and rights. Therefore, all human beings should have equal access to justice when their dignity or their

⁹⁶ Primeiras Estórias. Livraria José Olympio Editora, 1981.

rights are infringed upon. However, deficient or discriminatory justice systems can undermine this basic human rights principle. When such systems cannot ensure equal access to justice by all, the vulnerable and marginalized become even more vulnerable and marginalized, and their human dignity is placed at risk”⁹⁷.

Nesse documento, a ONU considera que o acesso à justiça, entendido como a habilidade da pessoa procurar e obter remédios através de instituições formais ou informais de justiça, é essencial para a erradicação da pobreza e para o desenvolvimento humano, pelas seguintes razões: a) “groups such as the poor and disadvantaged who suffer from discrimination, also often fall victim to criminal and illegal acts, including human rights violations”; b) “crime and illegality are likely to have a greater impact on poor and disadvantaged peoples’s lives, as it is harder for them to obtain redress. As a result, they may fall further into poverty”; c) “justice mechanisms can be used as tools to overcome deprivation by ensuring, for instance, access to education by girls and minorities”; e) “fair and effective justice systems are the best way to reduce the risks associated with violent conflict”⁹⁸.

A abordagem do Guia considerou que a identificação das pessoas em desvantagem depende do contexto em que se encontram, mas que alguns grupos, tais como idosos, crianças, minorias sexuais, podem emergir como aqueles que enfrentam a maioria dos obstáculos ao acesso à justiça. Reconheceu-se também os problemas enfrentados pelos grupos que agregam múltiplas desvantagens, o que agrava ainda mais tais barreiras.

⁹⁷ “Todo ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos. Consequentemente, todo ser humano deve ter igual acesso à justiça quando sua dignidade ou seus direitos forem infringidos. No entanto, sistemas de justiça deficientes ou discriminatórios podem estragar os direitos humanos mais básicos. Quando referido sistema não pode assegurar o acesso à justiça igualitário para todos, os vulneráveis e marginalizados se tornam ainda mais vulneráveis e marginalizados, e sua dignidade é colocada em risco.” Tradução livre.

⁹⁸ a) “grupos como os pobres e desfavorecidos que sofrem de discriminação, também são frequentemente vítimas de atos criminosos ou ilegais, incluindo violações dos direitos humanos”; b) “o crime e ilegalidade são susceptíveis de terem um impacto maior na vida das pessoas pobres e desfavorecidos, já que é mais difícil para eles obter a reparação. Como resultado, eles podem cair ainda mais na pobreza ”; c) “os mecanismos de justiça podem ser usados como ferramentas para superar a privação, garantindo, por exemplo, acesso à educação das meninas e das minorias”; e) “os sistemas de justiça justos e eficazes são a melhor maneira de reduzir os riscos associados a conflitos violentos.” Tradução livre.

As barreiras identificadas foram: econômicas, falta de consciência das necessidades particulares, discriminação proveniente de leis e instituições, insuficiência na divulgação de direitos, insuficiência de suporte por meio dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, dificuldade com a linguagem utilizada, falta de confiança nas instituições formais ou medo, do ostracismo social e do próprio acesso físico.

No mesmo sentido, pode-se citar outro estudo também desenvolvido no âmbito das Nações Unidas, em 2008, pela Comissão do Empoderamento Legal do Pobre, que resultou na elaboração de um relatório chamado “Fazendo a lei trabalhar para todos”.

Esse relatório registrou que: “Em demasiados países, a legislação, instituições e política que governam os assuntos económicos, sociais e estratégicos, negam a grande parte da sociedade a possibilidade de participarem em condições de igualdade. As regras do jogo são injustas. Isto, não é só moralmente inaceitável; impede o desenvolvimento económico e pode minar rapidamente a estabilidade e a segurança. Os resultados da governação – isto é, o efeito cumulativo das estratégias e instituições sobre a vida das pessoas – só mudarão se os processos de governação forem profundamente alterados.” (pp. 2)

O Relatório contém em seu bojo os pilares da aquisição de poder por via da lei, reconhecendo que o acesso à justiça e o Estado de Direito são estruturas fundamentais para o empoderamento dos pobres: “O acesso à justiça e ao estado de direito são essenciais para a aquisição de poder por via da lei. Reformar a lei no papel não é suficiente para mudar o modo como os pobres a vivem no dia-a-dia. Mesmo as melhores leis são meras ilusões se os pobres não puderem usar o sistema jurídico para lhes dar força. Mesmo as melhores regulamentações não ajudam os pobres se as instituições que as impõem são ineficazes corruptas, ou são controladas pelas elites. Por isso é absolutamente importante reformar as instituições públicas e abolir as barreiras jurídicas e administrativas que impedem os pobres de garantir seus direitos e interesses.”(pp. 31-32)

Guilherme de Almeida, a respeito do referido relatório, resume que: “no tocante às opções de reforma da justiça para estabelecimento de uma agenda de trabalho que tenha como meta a incrementação do acesso à justiça para os pobres, o relatório (2008: 60) indica cinco sugestões: 1) melhoria dos sistemas de registro de identidade sem o pagamento de taxas; 2) efetivos e acessíveis sistemas de solução alternativa de conflitos; 3) simplificação, padronização legal e campanha de esclarecimento legal dos pobres; 4) fortalecimento dos sistemas de ajuda legal e expansão dos quadros legais com a participação de estudantes de direito e paralegais; e 5) reforma estrutural permitindo que grupos comunitário possam compartilhar riscos jurídicos”.⁹⁹

No ano seguinte, em 2009, a Assembleia Geral da ONU apresentou outro relatório sobre desenvolvimento, e elaborou uma relação entre erradicação da pobreza e o empoderamento legal do pobre.

O conceito de empoderamento e sua importância podem ser traduzidos a partir do seguinte trecho: “Legal empowerment of the poor can be understood as the process of systemic change through which the poor are protected and enabled to use the law to advance their rights and their interests as citizens and economic actors. It is a means to an end but also an end in itself. Strengthening the rule of law is an important contributor to the legal empowerment of the poor. While it is not a substitute for other important development interventions, legal empowerment of the poor can be a necessary condition to create an enabling environment for providing sustainable livelihoods and eradicating poverty.”¹⁰⁰

O relatório da ONU considera ainda que: “Legal empowerment is rooted in a human rights-based approach to development, which recognizes

⁹⁹ Acesso à Justiça, Direitos Humanos e novas Esferas da Justiça. Contemporânea, v. 2., n. 1, pp. 94

¹⁰⁰ “empoderamento legal dos pobres pode ser entendido como um processo de mudança sistemática, através do qual os pobres são protegidos e habilitados para usar a lei para promover os seus direitos e os seus interesses enquanto cidadãos e agentes econômicos. É um meio para um fim, mas também um fim em si. O reforço do Estado de direito é um colaborador de suma importância para o empoderamento legal dos pobres. Embora não seja um substituto para outras intervenções de desenvolvimento importantes, empoderamento legal dos pobres pode ser uma condição necessária para criar um ambiente propício para fornecer meios de subsistência sustentáveis e erradicação da pobreza”. Tradução livre

that poverty results from disempowerment, exclusion and discrimination. Thus, legal empowerment fosters development through empowering and strengthening the voices of individuals and communities, starting at the grass roots and from within. It also recognizes that every individual must have access to justice, including due process and remedies and that action must be taken to eliminate discrimination. Legal empowerment promotes a participatory approach to development and recognizes the importance of engaging civil society and community-based organizations to ensure that the poor and the marginalized have identity and voice. Such an approach can strengthen democratic governance and accountability, which, in turn, can play a critical role in the achievement of the internationally agreed development goals, including the Millennium Development Goals.”¹⁰¹

Mais um documento que pode ser citado sobre o tema é o denominado “Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade” ¹⁰², elaborado pelas Cortes Superiores de Justiça dos países Iberoamericanos (Cúpula Judicial Iberoamericana), com a participação da Associação Iberoamericana de Ministérios Públicos, da Associação Interamericana de Defensorias Públicas, da Federação Iberoamericana de Ombudsman e pela União Iberoamericana de Advogados.

Buscou-se com as regras de Brasília estabelecer bases de reflexão sobre os problemas do acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, e também apresentar recomendações para os órgãos públicos e para aqueles que prestam serviços no sistema de justiça.

¹⁰¹ “Empoderamento Legal está enraizada em uma abordagem baseada nos direitos humanos para o desenvolvimento, que reconhece que a pobreza resulta de falta de poder, da exclusão e da discriminação. Assim, a capacitação legal promove o desenvolvimento através de capacitar e fortalecer as vozes de indivíduos e comunidades, a partir das raízes da grama e de dentro. Ele também reconhece que cada indivíduo deve ter acesso à justiça, incluindo o devido processo legal e as garantias que devem ser tomadas para eliminar a discriminação. O empoderamento legal promove uma abordagem participativa do desenvolvimento, e reconhece a importância de envolver a sociedade civil e organizações de base comunitária para garantir que os pobres e os marginalizados tenham identidade e voz. Tal abordagem pode fortalecer a governabilidade democrática e prestação de contas, o que, por sua vez, pode desempenhar um papel fundamental na realização dos objetivos de desenvolvimento acordados internacionalmente, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.”Tradução livre

¹⁰² As Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que teve lugar em Brasília durante os dias 4 a 6 de Março de 2008, tendo como finalidade garantir as condições de acesso efetivo à justiça para as pessoas em condição de vulnerabilidade, recomendando a elaboração, aprovação, implementação e fortalecimento de políticas públicas para alcance de tal finalidade.

Em tal documento, o termo vulnerabilidade foi utilizado de forma ampla, nos seguintes termos: “Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o género e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico.”

A vulnerabilidade tratada perpassa a económica, alcançando as circunstâncias sociais e culturais, bem como as divergências de idade, género, situação física e mental.

Para o efetivo acesso à justiça, reconhecem a importância da promoção da assistência técnico-jurídica à pessoa em condição de vulnerabilidade, não somente na área penal, mas também em todas as ordens jurisdicionais, devendo ser ela de qualidade, especializada e gratuita, essa última destinada àquelas pessoas que estejam impossibilitadas de arcar com as custas por seus próprios recursos. Apresentaram mecanismos alternativos de resolução de conflitos, bem como medidas de revisão dos procedimentos e requisitos processuais para facilitar o acesso.

Nesse sentido, o acesso à justiça é reconhecido, tanto nacional quanto internacionalmente, como uma chave importante para a defesa de outros direitos, especialmente para as pessoas pobres, que devem ser respeitadas em sua dignidade e que devem ser objeto de políticas públicas destinadas a erradicar a pobreza através da educação em direitos, do fortalecimento das instituições democráticas e, especialmente, da garantia do gozo e exercício dos direitos humanos.

Especificamente, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, foi criado o Fundo de Assistência Jurídica, através das Resolução 2426, da Assembléia Geral, em 03 de junho de 2008, tendo como objetivo facilitar o acesso ao Sistema Interamericano, levando em consideração a alteração no Regulamento da Corte ocorrida em 2001, em que foi reconhecido o *jus standi* às vítimas nos procedimentos perante a Corte e que existem um número significativo de vítimas de poucos recursos que na prática não têm acesso real ao Sistema Interamericano devido aos custos consideráveis que os processos acarretam.

De acordo com o *Regulamento da Corte sobre o Funcionamento do Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas*, o qual entrou em vigor em 1º de junho de 2010, a vítima deve demonstrar mediante declaração e outros meios probatórios que carece de recursos econômicos suficientes para saldar os custos do litígio perante a Corte, bem como quais aspectos de sua defesa no processo requerem o uso dos recursos do Fundo: “Com a adoção do presente Regulamento, a Corte deu um passo fundamental na consolidação e ampliação dos horizontes da justiça interamericana, por ter dado vida a um mecanismo que permitirá que aquelas pessoas que carecem de recursos econômicos não se vejam excluídas do acesso ao Tribunal Interamericano.”¹⁰³

E mais, no Sistema Interamericano, em caso de supostas vítimas sem representação legal no processo perante a Corte, esta poderá designar de ofício um defensor, denominado “Defensor Interamericano”, o qual poderá ser custeado pelo Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas.

Observa-se, então, que são diversos os tipos de carências no mundo contemporâneo, assim como diversos são os grupos vulneráveis. A análise do conceito deve ser amplo e extensivo, não podendo restringir-se o acesso à justiça em razão de interpretação sobre o que seria considerada vulnerabilidade social.

¹⁰³ “Fundo específico de contribuições voluntárias intitulado “Fundo de Assistência Jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos” (doravante denominado “Fundo de Assistência Jurídica”), com o objetivo de promover o acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos das pessoas que não disponham atualmente dos recursos necessários para a ele encaminhar seu caso.” Relatório Anual dos Trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010.

3.1. O INDIVÍDUO E O ESTADO

Não é demasiado recordar que o ser humano é o centro das preocupações dos cenários jurídicos nacionais e internacionais, de modo que a busca incessante pela concretização de sua dignidade é o fim da justiça, do direito e dos Estados.

Edilson Pereira Nobre Junior, confirma que: “na atualidade, pauta a tendência dos ordenamentos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do direito. Essa inclinação, reforçada ao depois da traumática barbárie nazi-fascista, encontra-se plasmada pela adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana.”¹⁰⁴

O valor da dignidade da pessoa humana é o novo mote para o desenvolvimento dos Estados e a direção para a qual o direito deve seguir, como um valor irrenunciável, incondicional e superior, configurando verdadeira obrigação de todos os Estados o seu respeito e promoção.

Fato é que todo ser humano tem dignidade, porque possui um valor intrínseco ao seu ser, pelo simples e único fato de ser humano. Na célebre frase de Protágoras: “O homem é a medida de todas as coisas” e como tal deve ocupar a posição mais proeminente no mundo dos fatos e, para o mundo do direito, deve ser o valor supremo de qualquer ordem jurídica, preexistindo até mesmo a uma criação constitucional.

A noção de dignidade da pessoa humana é antiga e pode ser bem representada pela assertiva do poeta John Donne que disse, no século XVII: “homem algum é uma ilha completa em si mesma, todo homem é um fragmento do continente, uma parte do oceano.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 190

¹⁰⁵ John Donne, Meditação, Pág.17, apud Thomas Merton, Homem algum é uma ilha. Pág.18.

Dessa forma, para que o homem chegue à sua completude, é necessária a presença de outros seres humanos, porque a espécie humana não consegue viver isoladamente, ela depende dos outros.

Para tanto, todos os homens devem receber tratamento igualitários sem distinção em razão de qualquer característica física ou psíquica, basta o fato de ser humano.

A dignidade da pessoa humana insere o homem no centro das preocupações do universo, assim como o fez o pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola, que, no início de sua obra afirma: “nada via de mais admirável do que o homem”¹⁰⁶.

Nessa senda, há de se acrescentar a visão kantiana de que o ser humano não é mercadoria, não possuindo um valor de compra ou de troca, assim como os possuem as coisas, porque cada ser humano é insubstituível. O ser humano não pode ser meio, mas sim o fim a que todas as coisas se destinam. Por consequência, deve-se compreender que o ser humano não é objeto de intervenção, é, por outro lado, sujeito de direitos.

Por tais razões, Rizzatto Nunes, quando analisa o princípio da dignidade da pessoa humana, afirma que: “É um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas”¹⁰⁷.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan, analisando o valor da dignidade: “Seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é o princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo,

¹⁰⁶ Giovanni Pico Della Mirandola, Discurso sobre a dignidade do homem. Pág.49.

¹⁰⁷ O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2010, pág.53.

nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.”¹⁰⁸

Fácil perceber, então, que ao homem, em sendo este o centro das preocupações atuais e sujeito de direitos, devem ser conferidas condições para exercício pleno de sua dignidade, de tal modo que se faz importante também analisar sua relação com o Estado.

Monsenhor Guerry, Arcebispo de Cambrai, citado por Álvaro Lazzarini dizia: “O homem é uma pessoa humana que realizará a sua plena autonomia na sua união com os outros e na sua colaboração com os restantes membros da sociedade.”¹⁰⁹

Em sendo o homem um ser social, e que se desenvolve pela sua relação com os demais e com o Estado a que está subordinado, foi necessário reorganizar a estrutura dos Estados para servir ao homem, e não ao contrário, como ocorria nos regimes absolutistas de poder concentrado.

Na nova concepção de Estado, o poder soberano passa a ser reconhecido como pertencente ao povo (soberania popular), sendo o direito um instrumento importante de limitação desse poder, de organização do Estado e de proteção contra arbítrios estatais e contra as violações de direitos.

Antonio Enrique Pérez Luño, ao analisar a problemática em torno da conciliação entre os direitos dos particulares e a soberania estatal, entendendo que a doutrina dos direitos fundamentais do Estado de Direito representa um modelo articulador das exigências, aparentemente antagônicas, que refletem as idéias de liberdade e de lei enquanto imperativo da comunidade social, afirma: “para ello era necesario concebir la ley no como um producto del arbitrio, sino de uma voluntad general encaminhada directamente a garantizar los derechos fundamentales de los individuos. Hacia esa síntesis se dirigió la idea guía del Estado de Derecho, en el que los derechos fundamentales no aparecen como concesiones, sino como el

¹⁰⁸ Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 319

¹⁰⁹ A Doutrina Social da Igreja. Apud Álvaro Lazzarini in Cidadania e Direitos Humanos. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 41

corolário de la soberanía popular, a través de cuyo principio la ley no solo implica um deber, sino también um derecho para el individuo. Se cumplía así el axioma a tenor del cual el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre, y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres”¹¹⁰.

A instituição política *Estado*, pode ser conceituada a partir de J. J. Gomes Canotilho: “uma formação histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder’.”¹¹¹

Refere-se Canotilho à qualidade do poder soberano do Estado, qual seja, a soberania, qualidade esta que engloba o poder político de comando dos cidadãos nacionais em um determinado território, bem como o monopólio da edição do direito positivo e da coação física para impor efetividade de suas regulações e comandos.

A conciliação entre exercício da soberania estatal e exercício dos direitos humanos é o fundamento do regime democrático, na medida em que o governo democrático é o governo do povo, para o povo e pelo povo. (Lincoln)

Canotilho então completa analisando o Estado constitucional: “Ele tem que estruturar-se como Estado de Direito Democrático, isto é, como 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. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’”¹¹².

¹¹⁰ “para isso era necessário conceber a lei não como produto do arbítrio, mas como a vontade geral encaminhada diretamente a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Para essa questão se dirigiu a ideia guia de Estado de Direito, no qual os direitos fundamentais não aparecem como concessões, mas sim como corolário da soberania popular, através de cujo princípio a lei não somente implica em um dever, mas também em um direito para o indivíduo. Se cumprido assim o axioma, o homem somente pode ser livre em um Estado livre, e o Estado somente é livre quando se edifica sobre um conjunto de homens livres.” Tradução livre. in *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2010, pág. 219

¹¹¹ Op. Cit. pág. 85

¹¹² Op. Cit. pág. 94

Norberto Bobbio relacionando os direitos do homem à idéia de democracia e a paz social: “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos, mas não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.”¹¹³

A respeito do termo *democracia* e sua relação com o indivíduo, esclarece Maria Garcia: “democracia significa, um sentido somente, *demos/kratos*: o governo do povo, mediante ações ou medidas que tornem concreta a manifestação de sua vontade, uma forma de liberdade.”¹¹⁴

A mesma autora¹¹⁵, fazendo referência aos princípios essenciais da democracia, considera que estes seriam: garantia de certos direitos fundamentais do homem, valorização do indivíduo como ser humano, nas suas necessidades e manifestações e o compromisso entre idéias opostas para uma solução pacífica.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho: “A democracia implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global. O direito constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais, que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas, que se concretizam, também, por intermédio das ações, processos e procedimentos, que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e consequências. A completa proteção da cidadania depende de práticas

¹¹³ A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, pág. 1

¹¹⁴ Ecos da Constituinte de 1988: Os Writs Constitucionais e o Direito de Petição. Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 473

¹¹⁵ Educação, Problema Básico da Democracia. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 1002

institucionais, constitucionais, jurídicas, processuais e políticas, que protegem o ser humano nas mais variadas situações e posições.”¹¹⁶

No mesmo sentido Álvaro Lazzarini, citando Milena Petters Melo, explica a interrelação entre direitos humanos, democracia e cidadania:

“Falar, portanto, em cidadania, como sustenta Milena Petters Melo, ‘é reafirmar o direito pela plena realização do indivíduo, do cidadão, dos entes coletivos e de sua emancipação nos espaços definidos no interior da sociedade. Os conceitos de cidadania, democracia e direitos humanos estão intimamente ligados, um remete ao outro, seus conteúdos interpenetram-se: a cidadania não é constatável sem a realização dos Direitos Humanos, da mesma forma que os Direitos Humanos não se concretizam sem o exercício da democracia,’ razão de pode-se ‘afirmar, portanto, que a realização plena dos direitos de cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados. No âmbito do direito constitucional positivo, a cidadania, em sua forma integral, pressupõe o exercício de todos os direitos fundamentais e garantias que caracterizam o Estado Democrático de Direito,’ observado que a expressão ‘direitos fundamentais’, no seu estudo em exame, ‘é utilizada para designar os direitos humanos positivados, institucionalizados, que encontram reconhecimento no direito positivo dos Estados.’”¹¹⁷

Uma relação imprescindível de ser realizada neste ponto é a relação entre educação e democracia, e entre educação e cidadania. Para justificar, citamos Maria Garcia: “O controle do Estado – via democracia – somente

¹¹⁶Teoria Geral da Cidadania. *Apud* Álvaro Lazzarini in Cidadania e Direitos Humanos. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 45

¹¹⁷ Cidadania e Direitos Humanos. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 46

poderá advir de uma sociedade esclarecida pela educação de todos – em qualquer nível, indivíduos igualados pelo alcance do conhecimento.”¹¹⁸

E acrescenta: “Exercitar e exigir o que não se conhece torna-se, no entanto, o dilema da atualidade, à vista das dificuldades de acesso ao conhecimento, de aprender a conhecer e, sobretudo, do analfabetismo político, pelo desconhecimento da Constituição e, portanto, dos direitos do homem e do cidadão. A Educação mostra-se, assim, como efetivo instrumento do conhecimento dos direitos e do seu exercício.”¹¹⁹

No mesmo sentido, Lauro Luiz Gomes Ribeiro leciona: “A educação é, sem dúvida, instrumento de construção nacional de um povo, elemento indispensável para o exercício sadio da democracia, pondo-se a serviço da prática da liberdade de opção entre o falso e o verdadeiro, o bem e o mal, o bom e o mau, o certo e o errado, o honesto e o falacioso, formando o cidadão capaz de enfrentar os problemas de sua época e não permitindo a proliferação de autoridades sedizentes ‘experts’, que restringem progressivamente a competência dos cidadãos, condenando-os à aceitação irrefletida das decisões daqueles, que se supõe serem sábias, mas que, em verdade, refletem uma inteligência míope, muitas vezes fracionária e abstrata.”¹²⁰

A educação é também instrumento para exercício da cidadania, entendida esta como: “qualidade ou estado do cidadão; vínculo político que gera para o nacional deveres e direitos políticos, uma vez que o liga ao Estado. É a qualidade de cidadão relativa ao exercício das prerrogativas políticas outorgadas pela Constituição de um Estado Democrático.”¹²¹

Vidal Serrano Nunes Junior, sobre esta relação de dignidade da pessoa humana e cidadania: “a dignidade teria um valor intrínseco, associado à noção de preservação da vida e, neste passo, da integridade física e

¹¹⁸ Educação, Problema Básico da Democracia. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 1001

¹¹⁹ Ecos da Constituinte de 1988: Os Wrts Constitucionais e o Direito de Petição. Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 472

¹²⁰ Direito Educacional: Educação Básica e Federalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pág. 139

¹²¹ Maria Helena Diniz. Dicionário Jurídico. Vernáculo: cidadania.

psíquica, e um valor extrínseco, relacionado à inclusão do indivíduo na sociedade.”¹²²

Coriolano Aurélio de Almeida Camargo Santos e Fauzi Hassan Choukr, estudando a relação entre o acesso à justiça e a construção da cidadania, afirmam: “a noção apresentada de cidadania é promotora de um Direito construído em conjunto do Estado com a Sociedade. A sociedade como participante ativa da ordem jurídica nacional e internacional, e o Estado, enquanto concretizador da garantia dos direitos humanos, e como sujeito internacional de efetivador desses direitos. Logo, a noção atual de cidadania envolve uma perspectiva cosmopolita do direito e do papel dos atores sociais na comunidade internacional.”¹²³

A inclusão do indivíduo na sociedade é um aspecto da cidadania, no sentido de fazer com que o indivíduo participe, pertença, usufrua dos bens coletivos e dos direitos individuais e sociais. A educação, por sua vez, é forma de empoderamento do indivíduo para que busque exercer seus direitos na sua integralidade.

O exercício do poder deve garantir o gozo dos direitos humanos, de modo que seja garantido o pleno exercício da cidadania, ter direitos e exercê-los.

Antonio Enrique Pérez Luño traz também importante consideração sobre a relação entre os direitos humanos, o Estado de Direito e os direitos fundamentais: “si es innegable la dependencia histórica del Estado de Derecho de las declaraciones de derechos humanos, no es menos cierto que éstas no pueden alcanzar su formulación positiva al margen del ordenamiento jurídico del Estado. Si bien los derechos fundamentales encarnan, a su vez, los principios inspiradores de toda la política estatal. Por lo que cumplen una misión de fundamento y límite de todas las normas que organizan el funcionamiento de los poderes públicos y, en suma, de todas

¹²² A Cidadania Social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, pág. 33

¹²³ Acesso à Justiça e Construção da Cidadania no Cenário dos Direitos Humanos. Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 461

las experiencias concretas de juridicidad surgidas en el seno del ordenamiento em que se formulan.”¹²⁴

A noção atual de Estado Social, em contraposição ao modelo liberal, aumenta a responsabilidade do Estado pela preservação da dignidade da pessoa humana, no seguinte sentido: “uma de las mas evidentes mutaciones operativas que comporta el Estado social reside em atribuir a los poderes públicos la consecución de la ‘procura existencial’, es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración de los derechos fundamentales de carácter econômico, social y cultural.”¹²⁵

Nesse ponto, assume importante papel o estudo, o conteúdo e eficácia dos direitos fundamentais, bem como o fortalecimento da importância da efetividade dos direitos sociais, a função ativa assumida pelo poder público depois do liberalismo e o papel do Poder Judiciário neste novo cenário.

Álvaro Lazzarini, sobre o novo papel assumido pelo Judiciário, assim considera: “O Poder Judiciário é um dos principais, senão o principal, instrumento de defesa da cidadania e dos Direitos Humanos Fundamentais contra os desmandos do Estado.” ¹²⁶

Convém ressaltar, por fim, que os direitos humanos, considerados como os direitos destinados à proteção da dignidade humana, quando

¹²⁴ “se é inegável a dependência histórica do Estado de Direitos às declarações de direitos humanos, não é menos certo que estas não podem alcançar sua formulação positiva à margem do ordenamento jurídico do Estado. Se bem que os direitos fundamentais incorporam, por sua vez, os princípios inspiradores de toda a política estatal. De modo que cumprem uma missão de fundamento e limite de todas as normas que organizam o funcionamento dos poderes públicos e, em suma, de todas as experiências concretas de juridicidade sugeridas no seio do ordenamento em que se formulan.” Tradução livre. Op. Cit. pág. 219

¹²⁵ “uma das mais evidente mutações operativas que comporta o Estado social reside em atribuir aos poderes públicos a consecução da procura existencial, é dizer, responsabiliza a Administração da tarefa de proporcionar à generalidade de seus cidadãos as prestações necessárias e os serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento de sua personalidade reconhecida não só através das liberdades tradicionais, mas também a partir da consagração de direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural.” Tradução livre. Antonio Enrique Pérez Luño. Op. Cit. pág. 230

¹²⁶ Cidadania e Direitos Humanos. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 52

positivados, assumem o caráter de fundamentalidade, passando a ser designados como direitos fundamentais aqueles direitos humanos previstos nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Percebe-se então que, para um estudo aprofundado sobre a relação do indivíduo com o Estado, é preciso passar pela análise de diversos institutos jurídicos e políticos, incluindo a noção de democracia, cidadania e, sem dúvida, de direitos humanos e direitos fundamentais.

Dessa forma, o estudo direcionado ao direitos humanos objetiva, principalmente, a preservação da dignidade da pessoa humana, do regime democrático e a garantia do exercício da cidadania.

3.2. AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

Desde o fim das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, é notório que a previsão expressa de direitos, sejam eles individuais, coletivos, civis, políticos ou sociais, é uma constante nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Tais previsões chegam a extrapolar o âmbito interno de cada Estado, havendo, ainda, previsões em instrumentos internacionais e regionais.

André de Carvalho Ramos explicita: “o regime totalitário do nazifascismo produziu gigantescas violações de direitos humanos, desnudando a fragilidade de uma proteção meramente local. Como proteger os direitos dos indivíduos se as leis e Constituições locais falhassem? Além disso, esses regimes totalitários, além de violar os direitos dos seus próprios nacionais, também praticaram políticas internacionais de agressão. Reconheceu-se, então, uma vinculação entre defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional.”¹²⁷

Justamente em razão da importância que se agregou à noção de dignidade e nesse cenário de pós guerra e de positivação de direitos,

¹²⁷ Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 53

buscando instrumentos para manutenção da paz e da segurança internacional, em 10 de dezembro de 1948, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual sinaliza desde o seu Preâmbulo que o reconhecimento da dignidade de todos os humanos, de seus direitos iguais e inalienáveis, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, como o ideal comum que deve ser atingido pelos povos e nações.

Reforça-se, assim, a ideia trazida pela doutrina da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos: “com efeito, a universalidade dos direitos humanos pode ser entendida em três planos. O primeiro plano é o da titularidade. Assim, os direitos humanos são universais porque seus titulares são os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem (religião, gênero, convicção política, raça, nacionalidade, entre outros). O segundo plano é o temporal, no qual os direitos humanos são universais, pois os homens os possuem em qualquer época da história. Por fim, há o plano dito cultural, no qual os direitos humanos são universais porque permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte do globo.”¹²⁸

Norberto Bobbio afirma: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade.”¹²⁹

A Declaração de Direitos, conforme referido por Bobbio é de suma importância para o fortalecimento da proteção dos direitos humanos na atualidade, de forma que serve de fundamento jurídico, político, moral e ético, para a estruturação dos ordenamentos jurídicos pelo mundo, porque decorreu de consenso explicitamente declarado após momento histórico que causou repercussão ampla. É verdadeiro patrimônio moral da humanidade.

Antonio Enrique Pérez Luño, sobre os direitos humanos: “los derechos humanos no son meras exigências éticas, sino aquellas exigencias que deben ser objeto de positivación para hacer que el Derecho sea digno de serlo. Asimismo descuida su no menos insoslayable dimensión política, en

¹²⁸ André de Carvalho Ramos. Op. Cit. pág. 160

¹²⁹ Op. Cit. pág. 26

cuanto implican el principal soporte legitimador de los Estados de Derecho. Los derechos humanos son, en efecto, exigencias morales, pero no son sólo eso; son también derechos, hasta el punto de que deben considerarse ingredientes básicos de los ordenamientos jurídicos.”¹³⁰

Fabio Konder Comparato, assim afirma: “percebe-se, pois, que o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização. É que os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Trata-se, em suma, pela própria natureza, de direitos universais e não localizados, ou diferenciais.”¹³¹

A Declaração é iniciada pelo artigo que dispõe sobre o princípio da igualdade entre os homens, que é seguido pelo artigo II, o qual estabelece expressamente: “Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”

Essa noção de igualdade leva a diversas consequências, como por exemplo, a noção de dever de tolerância, de respeito às diferenças e também, à noção de promoção de igualdades. É dizer, inicia-se a idéia de que os Estados são responsáveis por proporcionar a igualdade entre os cidadãos, conjugando assim à idéia de materialização dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A doutrina apresenta então a característica da indivisibilidade dos direitos humanos, afirmando Flávia Piovesan: “há portanto que realçar a

¹³⁰ “Os direitos humanos não são meras exigências éticas, mas são aquelas exigências que devem ser objeto de positivação para fazer com que o Direito seja digno de ser-lo. Também descuida de sua inevitável dimensão política, enquanto implica no principal suporte legitimador dos Estados de Direito. Os direitos humanos são, efetivamente, exigências morais, mas não são só isso; são também direitos, até o ponto em que devem ser considerados como ingredientes básicos dos ordenamentos jurídicos.” Tradução livre. Op. Cit. pág. 571

¹³¹ Fundamento dos Direitos Humanos. In Cultura dos Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 1998, pág. 74

imperatividade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, com base na doutrina da indivisibilidade dos direitos humanos consagrada pela Declaração Universal, em 1948, e endossada em Viena, em 1993. Há que se propagar a idéia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados e compreendidos como direitos, e não como caridade ou generosidade.”¹³²

A própria democracia está em jogo se não se dá a devida importância e concretude aos direitos humanos, ignorando toda a construção histórica e as conquistas da humanidade, que decorreram de duras lutas. Tem importante papel neste cenário o Poder Judiciário.

Boaventura de Souza Santos, assim afirma: “a frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia.”¹³³

É, a partir do momento em que o Estado assume o monopólio da jurisdição, retirando da iniciativa privada a solução de conflitos sociais e a luta pelos direitos, e, considerando a crescente noção de que ao Estado não incumbe tão somente a garantia dos direitos civis e políticos, os chamados de primeira geração, mas também a garantia de direitos sociais, direitos culturais e econômicos, que demanda prestações, gastos públicos, o Poder Judiciário, passa a assumir importante papel para a preservação das democracias, para garantia do exercício da cidadania, da integração social e para a efetivação dos direitos fundamentais.

É dizer, para a concretização do amplo rol dos direitos e para que seja garantida a força normativa das previsões em abstrato de direitos humanos, é preciso que seja possibilitado, a todos, o amplo acesso ao Poder Judiciário, a fim de que seja permitida, indiscriminadamente e de forma isonômica, a luta pela realização e concretização dos direitos.

¹³² A Proteção dos Direitos Humanos. Direitos Humanos. *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 299

¹³³ Op. Cit. pág. 10

O Poder Judiciário passa a substituir, sem fazer qualquer juízo de valor nem adentrar na discussão sobre o ativismo judicial, o sistema da Administração Pública quando esta não realiza as prestações sociais devidas. Aumenta a legitimidade do Poder Judiciário, em detrimento do Poder Executivo e do Poder Legislativo, aumentando, em consequência, as expectativas e os riscos de frustrações.

3.3. O ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL

O acesso aos tribunais e aos remédios para a tutela dos direitos humanos é imperioso para garantir a possibilidade de execução das previsões abstratas conferindo concretude aos direitos.

E, nesse aspecto, tem-se que o acesso à justiça ganha relevo e demanda que novos mecanismos estejam disponíveis a todos, para que se alcance a proteção aos direitos da forma mais ampla e eficiente possível.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, ao analisar os aspectos das atividades desenvolvidas pelos organismos internacionais para a tutela dos direitos humanos, entende que elas compreendem: a *promoção*, o *controle* e a *garantia*.

A promoção seria a forma de introduzir direitos nos ordenamentos jurídicos que ainda não os tem, e induzir o aperfeiçoamento da tutela nos que já os possuem.

Por controle entende como as medidas que os organismos internacionais adotam para verificar o grau de acolhimento das recomendações expedidas.

Em relação à garantia: “entende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional. A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou aperfeiçoar o sistema jurisdicional

nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente.”¹³⁴

Verifica-se então que o acesso à justiça, para ser efetivamente garantido, diante do atual cenário de fortalecimento dos sistemas internacionais, principalmente dos regionais, deve superar os limites das fronteiras nacionais e, sem dúvida, ser suficientemente isonômico.

Analisando a perspectiva do acesso em âmbito internacional relacionado com os direitos humanos, Emília Simeão Albino Sako afirma que:

“a problemática do acesso à justiça se fez sentir no pós-guerra, com a consagração dos chamados ‘novos direitos’, como fundamento de garantia destes direitos. Os direitos então reconhecidos não se tornariam efetivos se destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito; os novos direitos sociais e econômicos não passariam de meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. (...) Nos séculos XIII e IX o direito à jurisdição representava apenas o direito formal de propor ou contestar a ação; tinha acesso à justiça quem pudesse suportar o ônus da demanda. A desigualdade econômica ou social não era objeto das preocupações do Estado. Quando as democracias passaram a se preocupar com a realidade, com o surgimento dos direitos sociais e econômicos, verificou-se que os desiguais estavam sendo tratados de forma desigual. A partir do momento em que se toma consciência de que as liberdades públicas se transformaram em privilégio de poucos, busca-se salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas também da opressão econômica. O direito à igualdade significa direito à igualdade de

¹³⁴ Op. Cit. pág. 40

oportunidades. Como não há igualdade de oportunidade sem acesso à justiça, foram criados mecanismos e técnicas visando garantir o acesso, com vistas à composição de conflitos e mitigação da desigualdade substancial no processo.”¹³⁵

Ancelmo César Lins de Góis e Ana Flávia Granja e Barros tratam do tema como ‘justiça globalizada’, no seguinte sentido: “a multiplicação dos instrumentos internacionais após o final dessa guerra, como a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de 1966, levaram a uma nova evolução da proteção internacional dos direitos humanos. Por essa razão, o que se verifica na atualidade é uma espécie de busca por uma ‘justiça globalizada’, a qual poderia ser institucionalizada por meio de um tribunal verdadeiramente supranacional, permanente e livremente constituído pela comunidade internacional.”¹³⁶

Mas, o próprio autor faz uma ressalva a respeito da dificuldade prática de se instituir um Tribunal internacional único, diante da assimetria de poderes existente nas relações internacionais, entre os atores envolvidos e conclui, portanto, que: “De qualquer sorte, entende-se que o sistema multilateral ainda é o melhor mecanismo para resolver questões jurídicas apresentadas constantemente no cenário internacional. É preciso estimular o diálogo baseado no respeito ao Direito Internacional, à resolução pacífica de controvérsias e aos princípios reconhecidos como básicos no âmbito do Direitos Humanos.”¹³⁷

Portanto, extrapolando as fronteiras do direito interno e objetivando o acesso à justiça na sua vertente internacional, tem-se que diversos documentos internacionais prevêm o direito das pessoas humanas em terem efetivo acesso à justiça.

¹³⁵ Direitos Humanos e Acesso à Justiça. In *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estudos em Homenagem à Professora Flávia Piovesan*. Curitiba: Juruá, 2006, pág. 131

¹³⁶ *Direito Internacional e Globalização face às Questões de Direitos Humanos in Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estudos em Homenagem à Professora Flávia Piovesan*. Curitiba: Juruá, 2006, pág. 64

¹³⁷ *idem*.

Caio Márcio Loureiro, quando analisa a relação entre acesso à justiça e os direitos humanos: “o tema em testilha encontra suas bases na própria Declaração Universal de Direitos Humanos, que garante a toda pessoa recurso efetivo perante tribunais, e a própria Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), elaborado em 1969, da qual o Brasil tornou-se signatário em 1992, apesar de ter restrições quanto à subscrição do Protocolo Adicional à referida convenção.”¹³⁸

No bojo da referida Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, está previsto de forma expressa, em referência ao acesso à justiça: “Artigo VIII - Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, em vigor no Brasil desde 1992, através do Decreto nº 592, sobre o acesso à justiça dispõe que: “Art. 14, 1 - Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.”

E, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê no art. 8º, que “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”, e no art. 25 a seguinte: “Artigo 25- Proteção Judicial - 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal

¹³⁸ O Acesso à Justiça e os Direitos Humanos *in* Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estudos em Homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006, pág. 87

violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”

A Corte Interamericana, no julgamento do caso Cantos vs. Argentina, entendeu, sobre o acesso à justiça previsto no art. 8º da Convenção que: “Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.”¹³⁹

Com relação ao art. 25, na mesma sentença, a Corte entendeu que “El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y

¹³⁹ “Essa disposição da Convenção estabelece o direito de acesso à justiça. É claro que os Estados não devem obstruir as pessoas que vêm para a juízes ou tribunais por seus direitos determinados ou protegidos. Qualquer regra ou medida de ordem interna que impõe custos ou qualquer caso contrário, o acesso individual aos tribunais, e que não se justifica pela razoavelmente necessária para a boa administração da justiça deve ser contrária ao mencionado artigo 8.1 da Convenção.”Tradução livre.

que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.”¹⁴⁰

A respeito das disposições dos documentos internacionais entende Luiz Flávio Gomes: “a palavra ‘recurso’ empregada nesses textos internacionais deve ser compreendida não só em seu sentido estrito de ‘recurso propriamente dito’ (contra uma decisão já proferida), senão também no seu sentido mais amplo de meio ou instrumento adequado à defesa de um direito.”¹⁴¹

De se notar, então, que o acesso à justiça é reconhecido nos documentos que fundamentam o direito internacional dos direitos humanos, de tal forma que, para que a proteção seja ampla, integral e irrestrita, não se pode depender da eficiência ou não dos tribunais nacionais.

Por consequência, o que se verifica na atualidade é o crescente fortalecimento dos tribunais internacionais de forma que se deve considerar que o acesso, hoje, para atingir sua finalidade, o indivíduo deve alcançar a justiça internacional.

Considerando o escopo do presente estudo, passar-se-á a analisar o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade econômica, em âmbito internacional, porém restrito ao Sistema Interamericano de Direitos

¹⁴⁰ “O artigo 25 da Convenção consagra também o direito de acesso à justiça. Ao analisar o artigo 25, o Tribunal indicou que estabelece a obrigação estatal a todas as pessoas sob sua jurisdição tutela jurisdicional efetiva contra atos que violem seus direitos fundamentais. Foi ainda observado que as garantias nela reconhecidos, não só para os direitos contidos na Convenção, mas também daqueles que são reconhecidos pela Constituição ou pela lei. O Tribunal também tem afirmado repetidamente que a garantia de um remédio eficaz “constitui um dos pilares fundamentais não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática, na acepção da Convenção”, e para o Estado cumprir o disposto no artigo 25 da Convenção não é suficiente existirem formalmente recursos, mas eles devem ter efetividade, ou seja, eles devem fornecer à pessoa a possibilidade real de trazer um recurso que é simples e rápido. Qualquer lei ou medida que impeça ou dificulta o uso do recurso em questão constitui uma violação do direito de acesso à justiça, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana.” Tradução livre.

¹⁴¹ As Garantias Mínimas do Devido Processo Legal Criminal *in* O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 192.

Humanos, que tem como documento basilar a Convenção Americana de Direitos Humanos.

4. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A DEFENSORIA PÚBLICA

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos gerencia a proteção dos direitos humanos nos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), da qual o Brasil faz parte.

O seu principal instrumento normativo é a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica.

Valério de Oliveira Mazzuoli define a Convenção Americana como o: “principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano, e o que confere suporte axiológico e completude a todas as legislações internas dos seus Estados-parte.”¹⁴²

Para Flávia Piovesan: “o sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos no âmbito interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, acolhida por 24 Estados, traduz a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.”¹⁴³

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Sistema Interamericano é também composto por documentos adicionais, tais como o Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de São Salvador”), concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, o Protocolo Adicional Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990 e com os Protocolos e Convenções sobre temas específicos, tais como a Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção sobre o Desaparecimento Forçado e a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a

¹⁴² Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 16

¹⁴³ Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 93

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência.

Analisando o tema sob a perspectiva nacional, verifica-se que o art. 3º-A, da Lei Complementar nº. 80/94, a Lei Orgânica da Defensoria Pública, elenca os seus objetivos, dentre os quais está previsto, de forma expressa, “a atuação para a garantia da prevalência e efetividade dos direitos humanos”.

O art. 4º, inciso VI, por sua vez, estabelece que a Defensoria tem como função institucional, dentre outras, a “difusão e conscientização dos direitos humanos”, bem como a “representação aos sistemas internacionais dos direitos humanos”.

Sobre a atuação da Defensoria Pública em sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva referem que: “sem dúvida, a atuação ativa e permanente da Defensoria Pública nesse campo tende a aprimorar o grau de resposta aos casos de violação a direitos humanos, aperfeiçoando a sistemática nacional de proteção da vida humana digna. Por restar constitucionalmente incumbida de prestar assistência jurídica aos necessitados, a Defensoria Pública conserva permanente contato com a população carente e marginalizada, possuindo melhores condições de identificar eventuais violações aos direitos humanos – que, via de regra, ocorrem justamente em face dos desprovidos de fortuna.”¹⁴⁴

Esse quadro deixa claro que a Defensoria Pública é importante instrumento para a promoção e defesa dos direitos humanos, como forma de se garantir o acesso à justiça, e, por consequência, o acesso aos direitos previstos nos documentos internacionais e aos mecanismos disponíveis para sua proteção.

Certo é que na Convenção Americana, por sua vez, no art. 1.1 está determinado que os Estados-Partes signatários se comprometem a respeitar os direitos e liberdades previstos na Convenção, bem como a garantir o seu livre e pleno exercício, de forma que se pode concluir ser dever dos Estados signatários disponibilizar o serviço de assistência jurídica interna para os

¹⁴⁴ Op. Cit. pág. 349

indivíduos que não possuam condições de chegar à Corte Interamericana para a defesa de seus direitos.

No julgamento do caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, a Corte reconhece, exatamente nesse sentido, que:

“A segunda obrigação dos Estados-Partes é a de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção para toda pessoa sujeita a sua jurisdição. Esta obrigação implica o dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparelho governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais manifesta-se o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados-partes devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ainda, o restabelecimento, se possível, do direito transgredido e, no caso, a reparação dos danos ocasionados pela violação dos direitos humanos. A obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota com a existência de um decreto normativo dirigido para tornar possível o cumprimento desta obrigação, mas sim que compartilhe a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos.”¹⁴⁵

Nesse aspecto, constate-se que Defensoria Pública representa instituição pertencente ao aparato estatal destinada a garantir o livre e pleno exercício dos direitos pelos hipossuficientes econômicos, e buscar a reparação daqueles que foram violados.

¹⁴⁵ Sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 166

Por outro lado, analisando-se a Defensoria Pública pela perspectiva internacional, pode-se dizer que ela se fundamenta no dever assumido pelos Estados de respeito às disposições contidas nos documentos internacionais e nas previsões do art. 8.1, 8.2. “d” e “e” acerca do direito de toda pessoa de ser ouvida, com as devidas garantias judiciais, na apuração de qualquer acusação penal ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, com assistência de advogado de sua escolha ou de defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna.

O histórico de consolidação do Sistema Interamericano, demonstra que o desenvolvimento dessa temática teve início com a Opinião Consultiva nº. 11, de 10 de agosto de 1990, em que a Comissão consultou a Corte a respeito da necessidade ou não de se exigir o esgotamento dos recursos internos quando a pessoa, devido às suas condições econômicas, não é capaz de fazer uso dos recursos judiciais de seus Países.

A Corte entendeu que, se um indivíduo requer efetivamente assistência legal para proteger um direito garantido pela Convenção e sua condição econômica o impede, fica ele dispensado do requisito acerca do esgotamento dos recursos internos, requisito esse estabelecido para o acesso à jurisdição internacional.

A manifestação da Corte, nesse caso, considerou a situação da seguinte maneira: “se por razões de indigência ou pelo temor generalizado dos advogados em representá-lo legalmente, um reclamante, perante a Comissão, viu-se impedido de utilizar os recursos internos necessários para proteger um direito garantido pela Convenção, não podendo ser exigido do mesmo o seu esgotamento”.

Na Opinião Consultiva, de nº. 18, de 2003, a Corte reafirmou, analisando a situação dos imigrantes sem documentação, que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. (...) los Estados deben asegurar,

en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.”¹⁴⁶

E, de forma ainda mais específica e relacionada à instituição da Defensoria Pública, na mesma Opinião Consultiva afirma-se que: “Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real.”¹⁴⁷

Sobre essas manifestações da Corte, Carlos Weis ressalta que: “indo muito além do original direito (liberal) de o indivíduo constituir defensor para a defesa penal, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos fixou-se a noção de que o devido processo legal exige do Estado prestações positivas, dando à luz de um verdadeiro direito de acesso à Justiça, de natureza prestamental próprio da segunda dimensão dos direitos humanos, a saber, os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Mais que isso, a Corte avançou para delinear que tipo de prestação está sujeito o Estado para garantir efetivamente o acesso à Justiça às pessoas desprovidas de recursos, desde logo entendendo que se trata de prestação de um serviço

¹⁴⁶ “os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias existente em suas sociedades, em prejuízo de determinado grupo de pessoas. Isto implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com respeito a atuações e práticas de terceiro que, diante de sua tolerância ou aquiescência, acreditam, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias. (...) Os Estados devem assegurar, em seus ordenamentos jurídicos internos, que cada pessoa tenha acesso, sem nenhuma restrição, a um recurso simples e efetivo que lhe ampare na determinação de seus direitos, independientemente de seu status migratório.” Tradução livre.

¹⁴⁷ “Viola o direito às garantias e à proteção judicial, por diversos motivos: o risco de a pessoa quando recorrem às autoridades administrativas ou judiciais de ser deportado, expulso ou privados de sua liberdade, bem como a recusa da prestação de um serviço de defesa pública gratuita em seu favor, que o impede de fazer valer os direitos feitos em juízo. Neste sentido, o Estado deve garantir que o acesso à justiça não é meramente formal.” Tradução livre

público e gratuito de defesa legal, não o mero pagamento de advogados privados em favor dos despossuídos.”¹⁴⁸

O Sistema Interamericano já reconhece às vítimas o direito de serem representadas por Defensor Interamericano, nos termos do art. 37 do Regulamento da Corte: “Em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do caso.”

O art. 2, 11, do Regulamento da Corte Interamericana, apresenta o seguinte conceito: “a expressão “Defensor Interamericano” significa a pessoa que a Corte designe para assumir a representação legal de uma suposta vítima que não tenha designado um defensor por si mesma.”

Na exposição de motivos da alteração do Regulamento da Corte, em 2009, fica claro que: “En el evento de que existan presuntas víctimas que no cuenten con representación legal en el procedimiento ante la Corte, el nuevo Reglamento, en su artículo 37, consagra la figura del Defensor Interamericano e indica que la Corte podrá designarlo de oficio para que asuma la representación durante la tramitación del caso. La labor del Defensor Interamericano se complementará con el “Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En el antiguo Reglamento era la Comisión quien asumía la representación de las presuntas víctimas que carecían de representación legal. De esta manera, se garantiza que toda presunta víctima tenga un abogado que haga valer sus intereses ante la Corte y se evita que las razones económicas impidan contar con representación legal. Por otro lado, se evita que la Comisión tenga una posición dual ante la Corte, de representante de víctimas y de órgano del sistema.” ¹⁴⁹

¹⁴⁸ A Implementação das Decisões e Recomendações Internacionais de Direitos Humanos em material de Tortura: uma Atuação da Defensoria Pública. In Temas Aprofundados de Defensoria Pública. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014, Vol. 1, pág. 152

¹⁴⁹ “Quando as supostas vítimas não contarem com representação legal no procedimento ante a Corte, o novo Regulamento, em seu artigo 37, consagra a figura do Defensor Interamericano e indica que a Corte poderá designá-lo de ofício para que assuma a representação durante a tramitação do caso. O trabalho do Defensor Interamericano se complementará com o “Fundo de Assistência Legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”. No antigo regulamento era a Comissão quem assumia a representação das supostas vítimas que careciam de representação legal. Dessa maneira, se garante que toda vítima tenha um advogado que possa fazer valer seus interesses ante a Corte e se evita que as razões econômicas a impeçam de contar com representação legal. Por outro lado, se evita que a

Em 18 de outubro de 2003, foi criada a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF), na cidade do Rio de Janeiro, durante o II Congresso Interamericano de Defensorias Públicas. A Associação é instituição de caráter civil, sem fins lucrativos, apolítica e integrada por instituições estatais de Defensorias Públicas.

Pretendeu-se com essa criação: “(i) defender a plena vigência e eficácia dos direitos humanos e as garantias reconhecidas nas declarações de direitos, (ii) estabelecer um sistema permanente de coordenação e cooperação interinstitucional das Defensorias Públicas e das Associações das Américas e Caribe, (iii) prover a necessária assistência e representação das pessoas e dos direitos dos necessitados, garantindo a ampla defesa e o acesso à justiça com a devida qualidade e excelência, (iv) proporcionar que as legislações existentes nos países americanos e no Caribe e suas reformas, respeitem e tornem efetivas as garantias contempladas nos tratados internacionais de Direitos Humanos, especialmente aquelas que protegem os direitos de grupos sociais mais vulneráveis, (v) proporcionar a independência e autonomia funcional das Defensorias Públicas para assegurar o pleno exercício do direito de defesa das pessoas, e (vi) apoiar o fortalecimento institucional das Defensorias Públicas em equilíbrio com aqueles que exercem as funções acusatórias do Estado.”

Atualmente¹⁵⁰, a Associação é composta pelos seguintes países membros: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai,

Comissão tenha uma posição dupla, de representante das vítimas e de órgão do sistema.” Tradução livre.

¹⁵⁰ Em 2012, a Associação elaborou um diagnóstico sobre a Defensoria Pública na América, a fim de se conhecer a realidade da Defensoria em cada país membro, especialmente em relação ao grau de independência e autonomia, a relação entre acusação e defesa pública, número de profissionais, alcance do serviço e áreas de atuação. Para tanto, analisou a situação de 12 países: Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

Os dados colhidos, de acordo com as informações prestadas individualmente por cada país, indicam que:

- (i) Bolívia: de 8.274.325 habitantes, existem 54 Defensores Públicos e 500 Promotores de Justiça. O serviço de Defensoria Pública alcança as Capitais dos Estados e muito poucos Municípios da área rural.
- (ii) Brasil: em 2009 o número de Defensores ativos era de 4.514, o que representa um Defensor para cada 42.244 habitantes, 2,37 Defensores para cada grupo de 100 mil habitantes. Em relação ao judiciário, existem 16.108 juízes, o que representa um magistrado para cada 11.840 habitantes, 8,4 magistrados para cada grupo de 100 mil habitantes. Referente ao número de promotores de justiça, existem 8.716 membros, sendo 4,86 para cada 100 mil habitantes. O estudo registrou que com o Poder Judiciário, o

Peru, Uruguai, Venezuela, Estados Unidos, México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Antigua e Barbuda, Porto Rico e República Dominicana.

A Associação interage com os órgãos do sistema para concretizar a atuação do Defensor Interamericano.

Nesse sentido, após a alteração no Regulamento, em 25 de setembro de 2009, foi firmado um acordo de entendimento entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Associação Interamericana de Defensorias Públicas para viabilizar a indicação na prática do Defensor Interamericano.

Acordou-se que quando a Corte identificar que a suposta vítima não possui representação legal, deverá comunicar a Coordenação Geral da Associação para que designe, em 10 dias, um defensor ou defensora que assumirá a representação ou defesa legal, assim como o lugar em que devem ser enviadas as notificações pertinentes ao caso. A Corte, então, comunicará à vítima o nome do defensor designado. A representação é gratuita e a Associação cobrará unicamente os gastos que a defesa lhe origine, que deverá ser suprido através do Fundo de Assistência Legal às Vítimas.

-
- Estado absorve 5,34 % de seu orçamento, com o Ministério Público 2,02% e com a Defensoria Pública 0,4%.
- (iii) Chile: são 1.448 juízes, 639 Promotores (um para cada 26.992,8 habitantes) e 591 Defensores Públicos, para uma população de 40.117.096 habitantes.
 - (iv) Costa Rica: para cada 100 mil habitantes existem 7,6 Defensores, 10,2 Promotores e 21,4 Juízes.
 - (v) El Salvador: existem 953 Promotores, o que representa 15 por cada 100 mil habitantes, 298 Defensores Públicos, 5 Defensores para cada 100 mil habitantes e 585 Juízes, sendo 5 juízes para cada 100 mil habitantes.
 - (vi) Guatemala: existem 484 Defensores Públicos, para uma população de 14.700.000 habitantes, sendo que existe cobertura em todo o território nacional.
 - (vii) Honduras: são 251 Defensores Públicos, o que equivale a um Defensor para cada 32, 055 habitantes e 500 Promotores.
 - (viii) México: são 54 Defensores Públicos, sendo 47 na área penal e 7 atendendo as demandas cíveis e penais, para uma população de 112.322.757 habitantes.
 - (ix) Panamá: existem 91 Defensores Públicos para uma população de 3.309.679 habitantes.
 - (x) República Dominicana: 9.507.133 habitantes, sendo 176 Defensores Públicos, o que representa um defensor para cada 53.289 habitantes, 631 Juízes, 1 juiz para cada 14.863 habitantes e 403 Promotores, um para cada 23.273 habitantes.
 - (xi) Uruguai: existe 1 Defensor para cada 14.750 habitantes, 1 Juiz para cada 10.000 habitantes e 1 Promotor para cada 12.499 habitantes.
 - (xii) Venezuela: são 3,29 Defensores Públicos para cada 100.000 habitantes.

No acordo, as partes deixaram claro que o convênio entre elas firmado não impede a Associação nem os seus associados de levar, por si mesmos, casos ante o Sistema Interamericano.

Outro acordo de entendimento foi firmado entre a Comissão Interamericana e a Associação de Defensorias, para que, nos casos de grande complexidade, fática ou jurídica, nos casos envolvendo violações a direitos de especial interessa da Associação, tais como direito a vida, integridade física, liberdade e garantias e proteção judicial e nos casos envolvendo grupos vulneráveis, tais como pessoas privadas de liberdade, vítimas de violência institucional, violência de gênero, violação ao direito das crianças e adolescentes, indígenas, imigrantes e/ou refugiados, estando eles na etapa de análise do mérito, superada a admissibilidade, seja designado Defensor Interamericano para atuar perante a Comissão.

E mais, em 7 de junho de 2011, no seio da Assembleia Geral da OEA, foi aprovada a Resolução nº. 2656, que considera ser de “importância fundamental” o serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e proteção do acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade. A Resolução recomenda que os Estados membros disponham desse serviço e apoia o trabalho desenvolvido pelos defensores públicos oficiais dos Estados do Hemisfério, reconhecendo que são essenciais para o fortalecimento do acesso à justiça e para a consolidação da democracia. Dispõe ainda que incentivará os Estados, que ainda não disponham de Defensoria Pública, a criá-la, e apoia o trabalho realizado pela Associação Interamericana de Defensorias Públicas.

No ano seguinte, em 05 de junho de 2012, foram reafirmados tais compromissos através da Resolução nº. 2714, que também pretende acompanhar as implementações da Resolução anterior.

Em 2013, no dia 05 de junho, foi aprovada a seguinte Resolução, de nº. 2801, em que, além de reafirmar os compromissos, encoraja os Estados a promoverem a participação dos Defensores Públicos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a fim de que o direito à defesa técnica seja garantido e exercido desde a primeira atuação no procedimento em sede nacional, até a emissão de sentença pela Corte.

Por fim, em 2014, foi aprovada a Resolução nº. 2821, de 4 de junho de 2014, para a autonomia e o fortalecimento da defesa pública como garantia de acesso à justiça, reconhecendo a importância da independência, da autonomia funcional e financeira, livre de ingerência ou controle indevido por outros ramos do governo.

Em 14 de junho de 2013, entrou em vigor o Regulamento Unificado da Associação Interamericana de Defensorias Públicas para atuação perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De acordo com o Regulamento, as Defensorias Públicas e Associações de Defensores integrantes da AIDEF devem outorgar licença aos Defensores Interamericanos designados para o litígio, sem diminuição de suas remunerações, a fim de que possam dedicar tempo e contar com meios necessários para o desempenho de suas funções, bem como adiantar os gastos necessários para que os Defensores Interamericanos possam se preparar e oferecer o apoio logístico necessário, ainda que seja para atuação em casos em que o país réu não seja o seu, o que inclui a comunicação com as vítimas, testemunhas e demais atores relevantes, acesso à toda documentação necessária, a instalações e equipamentos que sejam importantes para o desempenho das funções, inclusive para aquelas delegações da AIDEF que não possuam Defensor Interamericano e cujo Estado seja o denunciado. Caso a Defensoria Pública ou a Associação não possuam condições fáticas ou jurídicas de arcar com os gastos, o Comitê Executivo da AIDEF deverá apresentar as medidas necessárias para garantir o eficaz desempenho das funções.

Para cada caso serão designados dois Defensores Interamericanos, e um suplente. A Secretaria Geral buscará designar um Defensor que não pertença ao Estado denunciado e outro que pertença, exceto se pela legislação interna do país, não estiver autorizado a acionar contra seu próprio Estado ou quando não existir na lista de Defensores Interamericanos um nacional do país denunciado.

Existem quatro casos ainda em trâmite na Corte em que se conta com a participação de Defensores Interamericanos, tendo outros três casos já sentenciados. São eles:

(i) *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*: a Corte sentenciou o caso, em 25 de novembro de 2013, tendo reconhecido a responsabilidade do Estado por violação ao direito às garantias judiciais, à proteção judicial, à circulação e à residência, bem como à integridade pessoal e os direitos das crianças em prejuízo da família Pacheco Tineo, condenando o Estado da Bolívia a pagar indenização por danos materiais e imateriais ocasionados às vítimas. A família, proveniente do Peru, foi expulsa da Bolívia, em 24 de fevereiro de 2001, após solicitarem asilo político, com base no estatuto dos refugiados, por estarem no país em situação de imigrantes irregulares. A decisão pela expulsão foi proferida em caráter sumário, assim como sua execução, não dando tempo da família recorrer administrativa ou judicialmente. A família teve seus documentos apreendidos pelo serviço Nacional de Imigração e foi expulsa do país, retornando ao Peru, de onde haviam saído por motivos de perseguição política em 1995. A demanda foi iniciada por petição individual das vítimas perante a Comissão, em 25 de abril de 2002, e encaminhada à Corte em fevereiro de 2012.

(ii) *Caso Oscar Alberto Mohamed Vs. Argentina*: este caso foi sentenciado em 23 de novembro de 2012, após ter sido submetido à Corte em 13 de abril de 2011. Trata-se de um caso a respeito da condenação penal em segunda instância de Oscar Alberto Mohamed pelo crime de homicídio culposos vez que, em 16 de março de 1992, teria atropelado uma senhora, levando-a à morte. Oscar, que era motorista de ônibus, foi absolvido em primeira instância e condenado em segunda a 3 anos de prisão e 8 anos de inabilitação para conduzir veículos, sendo que essa última condenação foi fundamentada em uma legislação de trânsito que entrou em vigor após a data dos fatos. Os recursos interpostos foram rechaçados, sob o argumento de que se referiam à reapreciação de provas, o que não era admitido pelo ordenamento jurídico argentino, tendo Oscar sido demitido, por justa causa. A denúncia à Comissão foi apresentada em 1996, alegando violação ao princípio da legalidade, da irretroatividade, ao direito à defesa, ao direito de recorrer de decisão judicial e ao direito à proteção judicial. A Comissão, somente em 2011, remeteu o caso à Corte. Na sentença, a Corte reconheceu a violação ao direito ao duplo grau de jurisdição e, em relação à alegação de violação ao princípio da legalidade e irretroatividade, entendeu a Corte que

tal análise dizia respeito ao mérito da condenação, o que seria de responsabilidade do Estado denunciado, através de um recurso adequado. Para tanto, decidiu a Corte por suspender, até a decisão de mérito desse recurso, os efeitos da decisão condenatória, devendo o Estado proporcionar o direito de recorrer da decisão. O Estado argentino também foi condenado a pagar indenização por danos morais e materiais à vítima.

(iii) *Caso Sebastián Claus Furlán y familia Vs. Argentina*: este caso se refere a um acidente sofrido por Sebastián Furlán, em 21 de dezembro de 1988, quando tinha 14 anos, nas dependências de um prédio abandonado do exército. O prédio não era protegido por nenhum alambrado ou cerco, de forma que as crianças do bairro costumavam brincar no local. Furlán teria se pendurado num travessão, que se quebrou ao meio e caiu em cima da cabeça da criança, causando-lhe traumatismo craniano. Sebastián, em razão do acidente, permaneceu em coma até o 18 de janeiro de 1989 e teve sequelas físicas e psíquicas, o que fez com que tentasse o suicídio por duas vezes, tendo a última vez se jogado do segundo andar de um prédio. Dez anos depois de ajuizada ação de indenização pela família de Sebastián, a sentença de primeiro grau reconheceu culpa concorrente do Estado, por abandonar o local sem restrição de entrada, e da vítima por ter assumido o risco de brincar em local abandonado. A decisão foi mantida em segunda instância. O montante da indenização fixada, que teria de ser pago pelo Estado argentino, foi substancialmente reduzido após alteração na legislação argentina a respeito da forma com o que as dívidas estatais seriam pagas. O pai de Sebastián, em julho de 2001 apresentou denúncia perante a Comissão Interamericana, tendo sido encaminhada à Corte em 15 de março de 2011. Os Defensores Interamericanos foram designados para atuarem no caso em 25 de abril de 2011, tendo a sentença sido proferida pela Corte em 31 de agosto de 2012. Na sentença, a Corte reconheceu que o Estado violou as garantias processuais, diante da demora no julgamento do caso, ainda mais considerando trata-se de criança com deficiência, e da redução substancial do valor que deveria ser pago a título de indenização, o que viola o direito à propriedade da vítima. Foi reconhecido também que os pais e irmãos da vítima sofreram danos psicológicos e morais ao não terem recebido assistência do Estado para lidar com a deficiência de Sebastián e por não

terem recebido rápida resposta judicial, sendo que o pai abandonou o emprego para cuidar do filho e tocou sozinho a denúncia perante a comissão. Especificamente em relação à vítima, foi o Estado da Argentina condenado a disponibilizar assistência médica, psicológica ou psiquiátrica gratuita, imediata, adequada e efetiva a Sebastián e seus familiares, caso solicitarem, bem como a pagar custas, ressarcir o Fundo de Assistência Legal às Vítimas e indenizar Sebastián, seus pais e cada um de seus irmãos, por danos morais e materiais.

(iv) *Caso Agustín Bladimiro Zegarra Marín Vs. Perú*: Caso pendente de julgamento, se refere à violação do princípio da presunção de inocência e do dever de fundamentação, contra o Sr. Agostinho Bladimiro Zegarra Marin, que foi condenado em primeira instância em 08 de novembro de 1996, sob a acusação de falsificação de documentos e corrupção. A condenação se baseou, tão somente, nas declarações dos corréus, não obstante a existência de evidências indicando o contrário. Os Defensores Interamericanos foram designados para atuar no caso em 2 de outubro de 2014.

(v) *Caso José Agapito Ruano torres y Familia Vs. El Salvador*: caso relativo a uma sequência de violações à Convenção Americana, em prejuízo de José Agapito Ruano Torres e os efeitos dessas violações em sua família. José Agapito foi privado de sua liberdade em casa, na madrugada do dia 17 de outubro de 2000, tendo sido maltratado diante de sua família. Foi condenado sem provas suficientes, sendo as únicas provas contra si produzidas com uma série de irregularidades. Nesse caso, a Comissão Interamericana considerou que foi violada a presunção de inocência, e que a atuação da Defensoria Pública foi deficiente, o que representaria uma violação ao direito de defesa. Os Defensores Interamericanos foram designados em 13 de maio de 2014, tendo sido o caso remetido à Corte em 13 de fevereiro de 2014. Caso pendente de julgamento.

(vi) *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú*: relacionado com violação de direitos e garantias processuais em prejuízo de Carlos Alberto Canales Huapaya, José Castro Ballena y María Garcia Barriga Oré, como consequência da falta de resposta adequada e efetiva contra a renúncia ao cargo de funcionários permanentes do Congresso da República do Peru. No caso de Carlos Alberto, o Tribunal Constitucional do Peru declarou

improcedente sua demanda por considerar que houve eleição de via inadequada. Já no caso de José Castro e Maria Garcia, o mesmo Tribunal Constitucional considerou infundado o recurso por considerar que a renúncia se deu com fundamento na lei e na Constituição. Esses fatos se referem a questões já tratadas pela Corte a respeito de demissões de funcionários do Congresso sem que as vítimas tivessem clareza do remédio processual adequado para impugnar as demissões. O caso foi remetido à Corte no dia 5 de dezembro de 2013, os Defensores indicados em 10 de abril de 2014 e está pendente de julgamento;

(vi) *Caso Hugo Oscar Arguelles y otros Vs. Argentina*: caso em que se discute a violação do direito à liberdade e a um julgamento justo, após a manutenção das vítimas em prisão preventiva por excessivo período, nos processos contra oficiais militares por crime de fraude militar, em cumprimento às disposições do Código da Justiça Militar da Argentina. Após solução amistosa durante o procedimento na Comissão, o referido Código Militar foi revogado. O caso foi remetido à Corte no dia 29 de maio de 2012, tendo sido designados os Defensores Interamericanos em 20 de novembro de 2012, estando o caso pendente de julgamento;

Perante a Comissão, estão em curso outros cinco casos acompanhados por Defensores Interamericanos, os quais ainda não foram encaminhados à Corte Interamericana.

4.1. ORIGENS E ESTATUTO

Em razão da prevalência da noção de que o homem é sujeito de direitos pela simples característica de pertencer à espécie humana e dotado de dignidade, resulta que o interesse na preservação dos direitos perpassa o âmbito interno de cada Estado, de modo que se torna de interesse internacional a proteção e promoção dos direitos humanos, como forma de, nas palavras de Elisa Maria Coimbra, “tornar visíveis grupos marginalizados pelas estruturas nacionais”.¹⁵¹

¹⁵¹ O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à Implementação das decisões da Corte no Brasil. In SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos. Número 19. Pág. 57

Considerando a característica de universalidade dos direitos humanos, a doutrina passa a analisar o fenômeno relacionado ao abrandamento do conceito clássico de soberania estatal e confere novos elementos à noção de soberania, tendo em vista que a luta pela defesa dos direitos humanos transcende as fronteiras internas de cada Estado. O homem hoje em dia é homem do mundo, e de Estado determinado.

A esse respeito, Flávia Piovesan: “fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional”.¹⁵²

André de Carvalho Ramos, no mesmo sentido, afirma: “com as sucessivas convenções e declarações internacionais de proteção aos direitos humanos, a positivação e a universalização destes direitos são reconhecidas simultaneamente para toda a humanidade. Consolidou-se, no Direito Internacional contemporâneo, um catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana, e também foram estabelecidos mecanismos de supervisão e controle do respeito, pelo Estado, desses mesmos direitos protegidos. Portanto, não é mais cabível, hoje, que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação *interna* de direitos humanos ofenderia a sua soberania”.¹⁵³

Em razão da relativização do conceito clássico de soberania, no cenário jurídico moderno, começa a desenvolver-se a ideia de uma estatalidade aberta, a qual, conforme Mariela Morales Antoniazzi, representa a abertura: “tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el posicionamiento del Estado en la comunidad

¹⁵² O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 19

¹⁵³ Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 81

internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.”¹⁵⁴

Nesse sentido, a idéia de Estado fechado, direcionado tão somente ao seu ordenamento jurídico interno, ganha contornos de permeabilidade, através da submissão à jurisdição dos Tribunais Internacionais e aos direitos e deveres previstos nos documentos destinados à proteção dos direitos humanos: “aqui se coloca o desafio da convivência entre os sistemas jurídicos distintos e relativamente autônomos, isto é, não assentados na clássica estrutura piramidal hierarquizada, qual seja, empreender um convívio nem sempre harmonioso, mas necessário ao fortalecimento de garantias democráticas, há pouco inexistentes e sem efetividade na história da América Latina.”¹⁵⁵

Os Estados Nacionais são os protagonistas no movimento de ratificação e de incorporação dos tratados ao direito interno, sendo que, em algumas constituições, tal como a brasileira, a submissão a tribunais extra fronteira está previsto de forma expressa no texto constitucional, explicitando assim a relativização da noção tradicional de soberania, em prol da proteção dos direitos humanos. Por outro lado, os Estados representam os principais violadores e os principais condenados nas Cortes Internacionais. A existência, então, dos dois sistemas, nacional e internacional, possibilita que a proteção aos direitos humanos seja ampla e completa, proporcionando a efetivação dos direitos básicos.

¹⁵⁴ “tanto no sentido de cooperação internacional nos planos universal e regional, como no posicionamento do Estado na comunidade internacional e sua subordinação à ordem normativa emanada por ela, sob o primado da dignidade humana e o respeito aos direitos humanos.” Tradução livre.

in La Doble Estatalidad Abierta: Interamericanización y mercosurización de las Constituciones Suramericanas. In Estudos Avançados de Direitos Humanos. Op. Cit. pág. 181

¹⁵⁵ Elisa Maria Coimbra. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à Implementação das decisões da Corte no Brasil. In SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos. Número 19. Pág. 58

SISTEMAS INTERNACIONAIS

Adentrando na análise das ordens normativas internacionais, no Sistema Global de proteção aos direitos humanos, o documento que marca o início do movimento contemporâneo de proteção e propagação dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada no seio da Organização das Nações Unidas, em 1948, que serve de parâmetro e de piso mínimo de proteção dos direitos humanos.

Já o Sistema Regional Americano, tem como documento vinculante principal a Convenção Americana, datada de 1969.

Mas, antes mesmo de analisar esse sistema, importante consignar que, em que pese a existência do fenômeno de regionalização dos sistemas de proteção dos direitos humanos, todos, regionais e o global, devem andar juntos, de tal sorte que não se pode justificar a redução de níveis de proteção através de acordos regionais.

Reafirme-se que o sistema internacional é o parâmetro mínimo de proteção, o mínimo ético irredutível, servindo a Declaração Universal como respaldo principiológico¹⁵⁶. Os sistemas regionais então devem expandir a proteção, criar novos direitos e aperfeiçoar aqueles já protegidos.

¹⁵⁶ Cite-se: arts. XXVIII e XXX da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo XVIII: toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.” “Artigo XXX: nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.”; art. 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “art. 5: 1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.” e art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “art. 2 §1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. §2. Os Estados Membros no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica,

Flávia Piovesan afirma que: “os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõe o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Em face deste complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo, que sofreu violação de direito, a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial.” ¹⁵⁷

Na própria Carta das Nações Unidas, documento que cria a organização internacional, que tem como propósito “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos”, em seu art. 52, há autorização para que os Estados adotem acordos regionais, desde que não violem os princípios e propósitos que fundamentam a ONU: “Nada na presente Carta impede a existência de acordos ou de entidades regionais, destinadas a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem suscetíveis de uma ação regional, desde que tais acordos ou entidades regionais e suas atividades sejam compatíveis com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas.”

Na regionalização dos sistemas de proteção então surge da idéia de que, dentro do cenário de internacionalização dos direitos humanos, bem como diante de seu fundamento axiológico de valorização do ser humano para preservação máxima de sua dignidade, a aproximação regional entre

nascimento ou qualquer outra situação. §3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.”

¹⁵⁷ Op. Cit. pág 24

Estados facilitaria que se chegasse a consensos com relação a parâmetros de proteção, aos sistemas de monitoramento e facilitaria também no acompanhamento e na fiscalização, diante da proximidade territorial e cultural: "regionalism is sometimes put forward as an alternative to globalism, a superior substitute for the principle of universality. Emphasis is placed upon the bigness and heterogeneity of the wide world, and conclusion is drawn that only within limited segments of the globe can we find the cultural foundations of common loyalties, the objective similarity of national problems, and the potential awareness of common interests which are necessary for the effective functioning of multilateral institutions. The world is too diverse and unwieldy, the distances- physical, economic, cultural, administrative, and psychological - between peoples at opposite ends of the earth are too formidable to permit development of a working sense of common involvement and joint responsibility. Within a region, on the other hand, adaptation of international solutions to real problems can be intelligently carried out, and commitments by states to each other can be confined to manageable proportions and sanctioned by clearly evident bonds of mutuality."¹⁵⁸

Nessa senda, ao lado do sistema global começam a surgir sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, principalmente na Europa (Sistema Regional Europeu), América (Sistema Interamericano) e África (União Africana). Há ainda um sistema árabe (Liga dos Estados Árabes) e um sistema asiático (Direitos Humanos na Ásia).

Comparando os dois principais sistemas, verifica-se que a origem do Sistema Interamericano foi diferente do Sistema Europeu, no seguinte sentido:

¹⁵⁸ "regionalismo é por vezes apresentado como uma alternativa à globalização, um substituto superior para o princípio da universalidade. A ênfase é colocada na grandeza e na heterogeneidade de todo o mundo, e conclui-se que apenas em segmentos limitados do mundo podemos encontrar as bases culturais de lealdades comuns, a semelhança objetiva dos problemas nacionais, e a potencial consciência de interesses comuns que são necessários para o funcionamento eficaz das instituições multilaterais. O mundo é muito diverso e de difícil controle, as distâncias físicas, econômicas, culturais, administrativas e psicológica - entre os povos em lados opostos da terra são muito formidável para permitir o desenvolvimento de um senso de trabalho de envolvimento comum e responsabilidade solidária. Dentro de uma região, por outro lado, a adaptação de soluções internacionais para problemas reais podem ser realizadas de forma inteligente, e compromissos de um estado para o outro pode ser confinado a proporções controláveis e sancionado por ligações claramente evidentes de reciprocidade." Tradução livre. In *International Human Rights in Context*. Oxford University Press. Pág. 927

"the development of Inter-American system followed a different path from that of its European counterpart. Although the institutional structure is superficially very similar and the normative provisions are in most respects very similar, the conditions under which the two systems developed were radically different. Within the Council of Europe, military and other authoritarian governments have been rare and short-lived, while in Latin America they were close to begin the norm until the changes that started in the 1980s. In contrast to the type of cases and issues that have preoccupied the ECHR regime, states of emergency have been common in Latin America, the domestic judiciary has often been extremely weak and corrupt, and large-scale practices involving torture, disappearance and executions have not been uncommon. Many of the governments with which the Inter-American Commission and Court have had to work have been ambivalent towards those institutions best and hostile at worst."¹⁵⁹

No mesmo sentido, são as colocações de Flávia Piovesan: “trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de

¹⁵⁹ "O desenvolvimento do sistema interamericano seguiu um caminho diferente da sua congênere européia. Embora a estrutura institucional é superficialmente muito semelhante e as disposições normativas são, em muitos aspectos, muito semelhantes, as condições em que os dois sistemas se desenvolveram foram radicalmente diferentes. no âmbito do Conselho da Europa, militares e outros governos autoritários foram vidas curtas e raras, enquanto na América Latina eles estavam perto de começar até as mudanças que começaram na década de 1980. Em contraste com o tipo de casos e questões que têm preocupado o regime CEDH, estados de emergência têm sido comuns na América Latina, o Judiciário nacional tem sido muitas vezes extremamente fraco e corrupto, e as práticas de grande escala envolvendo tortura, desaparecimento e execuções não foram incomuns. Muitos dos governos com os quais a Comissão Interamericana e a Corte tiveram de trabalhar têm sido ambivalente em relação a essas instituições melhores e hostil na pior das hipóteses." Tradução livre. In *International Human Rights in context*. Pág. 1021

Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.”¹⁶⁰

E diante desse cenário conclui: “isto significa que a região latino-americana tem um duplo desafio: romper em definitivo com o legado da cultura ditatorial e consolidar o regime democrático, com o pleno respeito aos direitos humanos, amplamente considerados – direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.”¹⁶¹

Mariela Morales Antoniazzi, por sua vez, analisa que “a fines de la década de los setenta entra en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) y el sistema interamericano emerge, paradójicamente, en un entorno de marcado autoritarismo, desigualdad social y carencia de una cultura garantista de la tríada democracia”¹⁶²

SISTEMA INTERAMERICANO

Em torno desse contexto histórico deu-se a criação do Sistema Interamericano, mas, pode-se considerar que teve como início de sua história o período a fundação da Organização dos Estados Americanos, em 1948, através da assinatura, em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA, que vigora desde dezembro de 1951.

O propósito da criação da OEA pode ser explicado pela disposição da própria Carta, em seu artigo 1: “Os Estados americanos consagram nesta Carta a organizacão internacional que veem desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboracão e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência.”

¹⁶⁰ Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 88

¹⁶¹ ibidem. pág. 89

¹⁶² “ao final da década de setenta entra em vigor a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978) e o sistema interamericano emerge, paradoxalmente, num contexto de marcado autoritarismo, desigualdade social e carencia de uma cultura garantista da tríade democracia.” Tradução livre. in La Doble Estatalidad Abierta: Interamericanización y mercosurización de las Constituciones Suramericanas. In Estudos Avançados de Direitos Humanos. Op. Cit. pág.188

O Sistema conta também com importante antecedente normativo, que é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também datada de 1948.

Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que: “merece destaque como instrumento antecessor da Convenção Americana, a citada Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que ainda constitui a base normativa de direitos humanos *vis-à-vis* aos Estados que ainda não ratificaram a Convenção Americana”.¹⁶³

Antônio Augusto Cançado Trindade também entende que: “foi, no entanto, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 que formou a base normativa central da matéria no período que antecede a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969. (...) A Declaração Americana de 1948 proclamou os direitos nela consagrados como inerentes à pessoa humana, avançou – distintamente da Convenção Americana e de modo semelhante à Declaração Universal de 1948 –, para uma visão integral dos direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), e assinalou a correlação entre direitos e deveres”.¹⁶⁴

Sobre o tema, ainda, uma questão levantada a respeito da força vinculante das Declarações de Direitos: “ha quedado atrás el tiempo en que se discutía sobre el valor vinculante o apenas orientador de las grandes Declaraciones de Derechos. Hubo debate, por supuesto, en torno a la Declaración Americana, cuya eficacia fue inicialmente objetada por unos, sostenida por otros y finalmente rescatada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En todo caso, desde 1948 América contaba no solo con esa Declaración precursora, sino también con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, auténtico tratado internacional, imperativo para los Estados partes. En ella figuran los derechos humanos a título de principios en los que se funda la Organización, fuente explícita de compromisos políticos y jurídicos”.¹⁶⁵

¹⁶³ Op. Cit. pág. 17

¹⁶⁴ O Sistema Interamericano no Limiar no Novo Século *in* O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. Op. Cit. pág. 109

¹⁶⁵ “Ficou pra trás o tempo em que se discutia sobre o valor vinculante ou apenas orientador das grandes Declarações de Direitos. Tiveram debates, por certo, em torno da Declaração Americana, cuja

A OEA é formada hoje por 35 Estados independentes da América.

Sobre o papel histórico da OEA, Sidney Guerra refere:

“surge, assim, a Organização dos Estados Americanos, que se apresenta como uma organização internacional que tem por fundamento precípua o alcance de uma ordem que consagre a paz, a justiça e a solidariedade entre as nações. Hodiernamente não se pode questionar o importante papel que a Organização desempenha no cenário internacional e, de maneira específica, no contexto Americano. É bem verdade que a partir da década de 90, século passado, a Organização vivencia um novo momento. Isso porque após anos de grandes violações aos direitos humanos, rupturas do Estado de Direito e da democracia, o continente passa a contemplar uma nova agenda política resultante de novo quadro vigente com a valorização desses pontos. Verifica-se, pois, que a Organização dos Estados Americanos assume, de fato, o grande compromisso com a democracia, fortalecendo, por consequência, a governabilidade, a paz, a segurança e a valorização dos direitos humanos.”¹⁶⁶

Diante dessa discussão e da necessidade de se criar um plano intergovernamental para judicializar a tutela dos direitos humanos, depois do exemplo da Europa que havia criado um Tribunal de Direitos Humanos em 1959, com sede em Estrasburgo, cuja jurisdição é destinada aos países signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, foi que vários

eficácia foi inicialmente negada por uns, defendida por outros e finalmente resgatada pela jurisprudência da Corte Interamericana. Em todo caso, desde 1948 a América contava não somente com a Declaração precursora, mas também com a Carta da OEA, autêntico tratado internacional, imperativo para os Estados partes. Nela figuram-se os direitos humanos a título de princípios que fundamentam a Organização, fonte explícita de compromissos políticos e jurídicos.” Tradução livre.

Sergio García Ramírez. Panorama de la Jurisdicción Interamericana sobre Derechos Humanos *in* Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no Diálogo Constitucional e Regional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pág 533

¹⁶⁶ O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade. São Paulo: Atlas, 2013, pág. 10

organismos e Estados Americanos entenderam pertinente a elaboração de um projeto de instrumento regional que reconheceria direitos e garantias.

No mesmo ano de 1959, foi criada a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, por resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile, representando órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano, nos termos do art. 106 da Carta da OEA, com a seguinte redação: “Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.”

Alguns anos depois foi convocada uma Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que resultou com a elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos e a sua abertura à assinatura, mas que somente entrou em vigor em 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado

O Brasil aprovou a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº. 27, de 25 de setembro de 1992, tendo sido promulgado pelo Decreto Presidencial 678, de 6 de novembro do mesmo ano. O art. 1º do referido Decreto confirma, de maneira expressa, a obrigação assumida pelo Brasil de cumprir com as obrigações decorrentes da adesão à Convenção, nos seguintes termos: “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.”

Os Estados-Partes signatários da Convenção “comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

Dos 35 países membros da OEA, somente 25 ratificaram a Convenção.

O Sistema Interamericano é composto principalmente pela Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, conforme exposto.

Importante examinar os considerandos que embasam a Convenção, que são as manifestações das intenções dos Estados signatários e que devem servir de base axiológica para sua interpretação:

Inicialmente a Convenção afirma em seu Preâmbulo que os Estados americanos signatários da Convenção, reafirmam o propósito de consolidar no Continente, “dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”.

Logo em seguida afirma: “reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

Verifica-se assim que o Sistema Interamericano pretende ser coadjuvante ou complementar à jurisdição de cada Estado, é dizer, prioriza-se a atuação do Estado, de forma que se deve conferir ao Estado a possibilidade de resolução do conflito em âmbito interno, respeitando, assim, a sua soberania: “o sistema internacional de direitos humanos somente deve operar depois de dar oportunidade de agir ao Estado. Em outras palavras, a obrigação principal de proteger e garantir os direitos humanos dos cidadãos é do Estado e não da Convenção.”¹⁶⁷

Ana Maria Guerra Martins, sobre o tema, afirma que: “é ainda a soberania do Estado que está na base da proteção do ser humano, uma vez

¹⁶⁷ Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Op. Cit. pág. 22

que o exercício dos direitos não se realiza diretamente, mas sim através do Estado de que se é nacional”.¹⁶⁸

Antonio Augusto Cançado Trindade também entende que: “é precisamente quando as vias internas ou nacionais se mostram incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos que são acionados os instrumentos internacionais de proteção”.¹⁶⁹

Na mesma perspectiva, Sidney Guerra: “a jurisdição internacional dos direitos humanos se apresenta de maneira subsidiária, isto é, compete ao Estado apurar e tomar providências relativas a violações que tenham sido aplicadas em sua base territorial. Os recursos internos devem se apresentar de maneira adequada e acessível para que possam satisfazer as pretensões dos que tenha, sido objeto de violações no plano estatal”.¹⁷⁰

E assim é porque, desde a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas há a previsão de que: “art. 2: Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta”.

No mesmo sentido, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em vigor desde 1969, determina em seu artigo 26: “Pacta sunt servanda: Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”

Tenta-se, portanto, preservar a autonomia e soberania de cada Estado, deixando a atuação dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos como meio secundário de preservação dos direitos.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Agora, analisando o seu conteúdo, Sidney Guerra assim afirma: “a Convenção consagra duas grandes partes, ou seja, a primeira que trata dos

¹⁶⁸ Direito Internacional dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina, 2012, pág. 90

¹⁶⁹ A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, pág. 24

¹⁷⁰ Op. Cit. pág. 67

conceitos relativos aos direitos humanos, e a segunda que corresponde aos mecanismos de proteção, sendo considerado um documento importante por vários aspectos: (a) define de forma clara os direitos humanos protegidos no Sistema Interamericano; (b) cria obrigações para os Estados; e (c) compromete os Estados a adotarem disposições de direito interno para promover os direitos humanos.”¹⁷¹

A Convenção está dividida da seguinte maneira: Preâmbulo, dos Deveres dos Estados e Direitos Protegidos, dos Meios de Proteção e Disposições Gerais e Transitórias.

Analizando todos os dispositivos da Convenção, verifica-se, no entanto, que ela elenca rol de direitos civis e políticos, não tratando dos direitos econômicos, sociais e culturais: “substancialmente, a Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. (...) A Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras medidas que se mostrem apropriadas, nos termos do artigo 26 da Convenção.”¹⁷²

Somente em 1988 foi elaborado o Protocolo Adicional à Convenção Americana, conhecido como Protocolo de San Salvador, em que os direitos econômicos, sociais e culturais foram previstos de forma expressa, tendo o Brasil aderido ao Protocolo e publicado o Decreto 3321, em 30 de dezembro de 1999.

Já se afirmou que o aparato normativo principal do Sistema Interamericano é a Convenção e seu Protocolo Adicional, mas, não se pode deixar de considerar, conforme assinala Norberto Bobbio, que o problema atual dos direitos humanos não reside mais na sua previsão. Atualmente, o que mais preocupa o universo jurídico é sua forma de garantia, de proteção. Nesse sentido: “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos

¹⁷¹ Op. Cit. pág. 41

¹⁷² Flávia Piovesan. Temas de Direitos Humanos. Op. Cit. pág. 91

do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim de protege-los”.¹⁷³ E continua: “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

A preocupação então está na concretização, na realização dos direitos, e não mais na sua previsão. Surge aí a importância de se estudar os mecanismos de proteção previstos na Convenção.

No âmbito da garantia de concretização dos direitos previstos abstratamente, dois são os órgãos de proteção: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana.

Sidney Guerra entende que “o Sistema Interamericano de Direitos Humanos apresenta-se como uma ferramenta de importância inestimável para a garantia efetiva dos direitos humanos no continente americano, pois através dos dois órgãos de proteção dos direitos humanos previstos nos documentos internacionais americanos (Comissão e Corte Interamericana) garante-se não só o acompanhamento da conduta dos Estados-membros, como também a possibilidade de se julgar casos atentatórios aos direitos humanos.”¹⁷⁴

Importante consignar que a Comissão já existia antes da elaboração da Convenção, vez que criada em 1959 no âmbito da própria OEA, de tal modo que atualmente, a competência da Comissão alcança não só os signatários da Convenção, mas também os membros da OEA, mas estes em relação aos direitos previstos na Declaração Americana, de 1948.

Os mecanismos de proteção servem de instrumento para analisar e garantir a implementação dos direitos previstos na Convenção, monitorar os Estados Parte e proteger as vítimas de violações. Em suma, são responsáveis por conhecer os assuntos relacionados ao cumprimento das obrigações assumidas, conforme art. 33º da Convenção.

¹⁷³ Op. Cit. pág. 25

¹⁷⁴ Op. Cit. pág. 59

Flávia Piovesan explicita: “ao acolher o sistema interamericano, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado tem sempre a responsabilidade primária relativamente à proteção dos direitos humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária. É sob essa perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”¹⁷⁵

Nesse sentido e, considerando que é o Estado brasileiro quem responde diante do ordenamento jurídico internacional, foi inserido na Constituição, através da Emenda Constitucional 45, de 2004, o incidente de deslocamento de competência, nos seguintes termos: “Art. 109, § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Diferentemente da Corte que possui competência jurisdicional e que demanda manifestação expressa pelos Estados-Parte para o seu reconhecimento, a Comissão possui competências expressas elencadas no art. 41º da Convenção, dentre as quais se pode destacar, no âmbito do presente estudo, a função de receber petições individuais com denúncias ou queixas de violações dos direitos previstos na Convenção e sua atuação independe de previsão expressa pelos Estados, sendo de competência automática para todos os signatários.

Nos termos do art. 1º do Regulamento da Comissão Interamericana, é ela “um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos que tem

¹⁷⁵ Op. Cit. pág. 93

como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”.

A Comissão tem como função formular recomendações aos Estados sobre o cumprimento dos direitos humanos no âmbito do direito interno, preparar estudos ou relatórios, solicitar informações dos Estados sobre medidas que estão sendo adotadas em matéria de direitos humanos, atender às consultas formuladas pelos Estados e apresentar relatório anual à Assembleia Geral da OEA.

Sobre as funções da Comissão, Maria Neves Feitosa Campos destaca que “a Comissão ou CIDH funciona na averiguação da denúncia, bem como na investigação e conciliação entre os envolvidos no conflito de violação de direitos. Qualquer pessoa, grupo ou entidade de Estados parte da Convenção tem legitimidade para denunciar uma eventual violação aos direitos assegurados pela Convenção.”¹⁷⁶

Em que pese não haver competência jurisdicional, a Comissão, que atua como órgão político e quase-jurisdicional, ao elaborar relatórios anuais à Assembleia Geral da OEA gera um constrangimento internacional do Estado reconhecido como violador dos direitos humanos.

Tal afirmativa é corroborada por Flávia Piovesan: “Para os Estados violadores de direitos humanos estes mecanismos podem gerar situações politicamente delicadas e constrangedoras no âmbito internacional. Estudos e pesquisas demonstram que o risco do constrangimento político e moral do Estado violador (the power of embarrassment ou the power of shame) no fórum da opinião pública internacional pode servir como significativo fator para a proteção dos direitos humanos. Ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, os Estados vêem-se compelidos a apresentarem justificativas a respeito de suas práticas. A ação internacional e as pressões internacionais podem, assim, contribuir para transformar uma prática governamental específica, referente

¹⁷⁶ Acesso à Justiça: dos Tratados e Convenções Interamericanas à Legislação Brasileira Vigente. In Acesso à Justiça e Segurança Cidadã. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013, pág. 197

aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas”.¹⁷⁷

A Comissão, diante de uma denúncia de violação a direitos humanos, realizará a análise da admissibilidade e solicitará informações do Estado a que pertença a autoridade apontada como a violadora.

Poderá a Comissão realizar uma investigação ou pedir informações dos Estados interessados, a fim de se tentar chegar a uma solução amistosa ao caso.

Se não se chegar a uma solução amistosa ao caso, será redigido relatório, o qual poderá conter informações adicionais dos interessados.

O relatório será encaminhado aos Estados interessados, os quais poderão publicá-lo.

Referido relatório poderá conter proposições e recomendações que a Comissão considerar adequadas, conferindo o prazo de 3 meses para o Estado solucionar e se o caso não houver sido encaminhado à Corte, a Comissão poderá, por maioria absoluta dos seus membros, emitir sua conclusão ou opinião sobre o caso submetido à sua apreciação.

No referido relatório a Comissão fará recomendações e fixará prazo para o Estado adotar as medidas que lhe competir para remediar a situação de violação de direitos. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, através do voto da maioria absoluta de seus membros, se o Estado adotou ou não as medidas adequadas.

A Comissão possui competência discricionária para acionar, ou não, a jurisdição da Corte, não sendo garantia que a demanda individual será levada para apreciação de órgão jurisdicional caso não seja resolvido no âmbito da Comissão.

André de Carvalho Ramos, analisando a discricionariedade da Comissão no encaminhamento da demanda à Corte recorda que:

“a própria Comissão alterou seu Regulamento, em 2001, para estimular a propositura de suas ações

¹⁷⁷ Direito ao Desenvolvimento . II Colóquio Internacional de Direitos Humanos.

judiciais perante a Corte. Com efeito, até tal reforma, a Comissão *deveria decidir*, por maioria, se ingressava com a ação contra determinado Estado, mesmo se citado Estado já houvesse reconhecido a jurisdição da Corte e mesmo se a Comissão já houvesse atestado a existência de violação de direitos humanos. Agora, após a reforma, no caso de ter sido constatada a violação de direitos humanos sem que o Estado tenha reparado o dano, a Comissão deve *automaticamente* propor a ação contra o Estado, no caso de ter reconhecido a jurisdição da Corte, *salvo* se houver decisão em sentido contrário da maioria absoluta dos comissários. Ou seja, é necessário que haja mobilização da maioria absoluta dos comissários contra a propositura da ação, o que é, por certo, dificultoso.”¹⁷⁸

Não há na Convenção previsão de órgão para exercer o seu controle externo, estando a Comissão sujeita ao controle político, realizado pelos informes anuais enviados à Assembleia Geral da OEA, bem como ao controle jurídico, exercido pela Corte Interamericana, quando, nos termos da Opinião Consultiva n.º 19/05¹⁷⁹, exerce o controle de legalidade do exercício das atribuições da Comissão.

Valério de Oliveira Mazzuoli, sobre o tema, conclui que: “frise-se não existir nenhum órgão internacional superior à Comissão, com poder de realizar um controle externo sobre ela ou para o qual se possa apelar de suas

¹⁷⁸ Op. Cit. pág. 117

¹⁷⁹ “LA CORTE, DECIDE: por unanimidad, que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva. Y OPINA: por unanimidad, 1. Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de su mandato conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos actúa dentro del marco legal establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ejercicio de las funciones que le competen en el procedimiento relativo al trámite de las peticiones individuales dispuesto en los artículos 44 a 51 de la Convención, así como en el ejercicio de sus restantes atribuciones destinadas a la promoción y protección de los derechos humanos, consagradas en el artículo 41 de ese instrumento. 3. Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de sus funciones, efectúa el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en lo que se refiere al trámite de los asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte, conforme a la competencia que le confiere a ésta la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos.”

decisões. O controle da legalidade dos seus atos é por ela própria realizado. Contudo, a esta regra cabem duas exceções: a) a Comissão deve se sujeitar a um mecanismo político de controle que funciona à base de sua obrigação de apresentar um informe anual à Assembleia Geral da OEA sobre suas atividades; e b) sujeita-se também ao mecanismo jurídico de controle exercido pela Corte Interamericana naquilo que diz respeito ao trâmite de um assunto que esteja sob o conhecimento da Corte, de acordo com a competência que lhe confere a Convenção Americana ou outros instrumentos interamericanos de direitos humanos.”¹⁸⁰

PETIÇÕES INDIVIDUAIS

Importante instrumento é direcionado aos procedimentos da Comissão, que são as petições individuais. Este reconhecimento do direito de indivíduos peticionarem perante um organismo internacional representa grande avanço na história da defesa dos direitos humanos, de tal modo que confere capacidade processual autônoma aos indivíduos, independentemente de sua condição ou não de vítima da violação objeto da denúncia.

O art. 44 da Convenção, reconhecendo a capacidade processual dos indivíduos, prevê que: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.” Essa previsão autoriza que qualquer indivíduo dê início a uma demanda no sistema internacional de direitos humanos, seja ele vítima ou não, seja ele nacional do país em que se alega ter violado a Convenção ou não.

Para todos os procedimentos da Convenção, estão previstos requisitos de admissibilidade, os quais devem ser observados sob pena de arquivamento do expediente.

¹⁸⁰ Op. Cit. pág. 253

O art. 46 estabelece os requisitos para que uma petição ou comunicação sejam admitidas pela Comissão, são eles: i) que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional Geralmente reconhecidos; ii) que seja apresentado dentro do prazo de 6 meses a partir da data em que o presumido prejudicado tenha sido notificado da decisão definitiva; iii) que a matéria não esteja pendente de outro processo de solução internacional, jurisprendência internacional e iv) dados de qualificação das pessoas que submeterem as petições.

Não é necessária a constituição de advogado para apresentar denúncia individual na Comissão, nem que o denunciante seja a vítima bem como não é necessária a anuência da vítima.

ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS

A previsão de esgotamento dos recursos internos (*local remedies rule*), está relacionada com a posição coadjuvante e subsidiária de proteção adotada pelo próprio sistema internacional de direitos humanos, respeitando a soberania nacional de cada Estado.

No Caso Fairén Garbi e Solís Corrales Vs Honduras¹⁸¹, sentenciado em 15 de março de 1989, a Corte analisou o requisito do esgotamento sob a perspectiva da necessidade de utilização do recurso adequado no direito interno, e decidiu no seguinte sentido:

“que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo

¹⁸¹ Série C, n. 6, parágrafo 88

indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. Por ejemplo, un procedimiento de orden civil, expresamente mencionado por el Gobierno, como la presunción de muerte por desaparecimiento, cuya función es el de que los herederos puedan disponer de los bienes del presunto muerto o su cónyuge pueda volver a casarse, no es adecuado para hallar la persona ni para lograr su liberación si está detenida.”¹⁸²

No próprio art. 46, parágrafo 2, a Convenção estabelece algumas exceções ao requisito do esgotamento dos recursos internos, que são: i) quando não existir na legislação nacional o devido processo legal para a proteção dos direitos que se alegue violados; ii) quando não se houver permitido ao prejudicado o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou se houver sido impedido de esgotá-los e; (iii) se houver demora¹⁸³ injustificada na decisão.

A Corte, na Opinião Consultiva nº. 11/90, de 10 de agosto de 1990, emitida após consulta realizada pela Comissão, em que se questionou se seria aplicado o requisito do esgotamento dos recursos internos quando a vítima, em razão de circunstâncias econômicas, não seria capaz de usufruir-

¹⁸² “ser adecuado significa que a função desses recursos dentro do sistema jurídico interno são adequados para lidar com a violação de um direito. Em todos os sistemas internos existem vários recursos, mas nem todos são aplicáveis em todas as circunstâncias. Se, num caso específico, o recurso não é adequado, é óbvio que não se esgotem. Isso é indicado pelo princípio de que a regra se destina a ter um efeito e não deve ser interpretado no sentido de que não se pode negar o seu efeito ou resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado. Por exemplo, num processo civil, especificamente citado pelo Governo, como a presunção de morte por desaparecimento, cuja função é permitir que os herdeiros de dispor dos bens do dado como morto ou seu cônjuge pode se casar de novo, não é adequado para encontrar uma pessoa ou para assegurar a sua libertação se preso.”Tradução livre.

¹⁸³ Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, Párrafo 126: “Asimismo, el tiempo transcurrido desde el momento de los hechos sobrepasa excesivamente un plazo que pueda considerarse razonable para que el Estado realizara las correspondientes diligencias investigativas, máxime que a ese tiempo habrá que sumar el que tome la iniciación y realización del proceso penal, con sus distintas etapas, hasta la sentencia firme. Esta *falta* de investigación durante tan largo período configura una flagrante denegación de *justicia* y una violación al derecho de *acceso* a la *justicia* de los familiares de las víctimas”

se dos recursos jurídicos do país, fundamentando sua opinião na previsão da Convenção a respeito da obrigação dos Estados de respeitar os direitos previstos, na igualdade de todos perante a lei e nas garantias judiciais de toda pessoa, entendeu que a vítima estaria eximida de esgotar os recursos internos.

Tal opinião também serviu de fundamento para se mitigar o requisito do esgotamento dos recursos internos, o que demonstra que esse requisito não é absoluto, e que pode ser sujeito à análise de cada caso concreto.

A Corte entende que o Estado tem o dever de provar que tal requisito não foi cumprido, conforme se verifica no julgamento do *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*: “De los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos resulta, en primer lugar, que se trata de una regla cuya invocación puede ser renunciada en forma expresa o tácita por el Estado que tiene derecho a invocarla, lo que ya ha sido reconocido por la Corte en anterior oportunidad (v. Asunto de Viviana Gallardo y otras, Decisión del 13 de noviembre de 1981, No. G 101/81. Serie A, párr. 26). En segundo lugar, que la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual podrá presumirse la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, que el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad.”¹⁸⁴

E não só, para a Corte, quando a vítima leva sua demanda à Comissão alegando as exceções à regra do esgotamento dos recursos internos, indiretamente se está imputando ao Estado outra violação às obrigações assumidas pela Convenção:

¹⁸⁴ "Dos princípios geralmente reconhecidos do direito internacional indicam, em primeiro lugar, que é uma regra que pode ser dispensada, expressa ou tacitamente pelo Estado o direito de invocar, que já foi reconhecido pelo Tribunal em um caso anterior (v . questão de Viviana Gallardo et al , decisão de 13 de novembro de 1981, n ° 101/81 G . Serie A, 26 par.). Em segundo lugar, a exceção de não esgotamento dos recursos interno, para ser oportuna, deve ser feita numa fase inicial do processo, sob pena de se presumir a renúncia tácita dos mesmos pelo Estado em causa. Em terceiro lugar, o Estado que alega o não esgotamento tem a obrigação de provar que os recursos internos que devem ser esgotados e sua eficácia "

“La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo.”¹⁸⁵

Sobre a demora injustificada, pode-se citar o caso em que o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana que foi o caso *Damião Ximenes Lopes Vs Brasil*:

¹⁸⁵ “A regra do prévio esgotamento dos recursos internos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos tem certas implicações que estão presentes na Convenção. Na verdade, de acordo com a Convenção, os Estados Partes são obrigados a fornecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violação dos direitos humanos (art. 25), recursos que devem ser comprovadas de acordo com as regras do devido processo legal (artigo. 8.1), tudo dentro da obrigação geral dos mesmos Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição (art. 1). Assim, quando certas exceções à regra do esgotamento dos recursos internos são invocados, como a ineficácia de tais recursos ou a inexistência do devido processo legal, não só é alegado que a vítima não é obrigado a interpor tais recursos, mas também é cobrado indiretamente ao Estado em causa uma nova violação das obrigações da Convenção. Em tais circunstâncias, a questão dos recursos internos está intimamente ligada ao mérito”

“Sobre o principio de prazo razoável Além de realizar investigações efetivas, tendentes a elucidar os fatos e possibilitar a punição dos culpados, os artigos aqui implicados exigem que os Estados proporcionem o acesso à justiça das vítimas e de seus familiares em um prazo razoável. Em reiteradas oportunidades, a Corte Interamericana estabeleceu que uma demora prolongada pode constituir uma violação per se das garantias judiciais. Adicionalmente, a Corte observou que recai sobre o Estado o ônus de demonstrar e provar as razões pelas quais teria sido necessário mais tempo do que seria razoável á primeira vista para que se produza um resultado judicial num determinado caso. A fim de analisar a questão da razoabilidade do prazo para a prestação de justiça, faz-se mister ainda mencionar os critérios estabelecidos pela Corte, a fim de demonstrar que o artigo B(1) da Convenção Americana foi violado no presente Caso Segundo a própria Corte, é necessário levar em consideração três elementos para determinar a razoabilidade do prazo de um processo. a) complexidade do assunto, b) atividade processual do interessado e c) conduta das autoridades judiciais. A Corte também esclareceu que a aplicabilidade ou não de todos os três elementos depende das circunstâncias de cada caso 72 Nesse sentido, a Comissão considera relevante ao presente Caso reiterar que, em se tratando de violações do direito à vida, as autoridades devem atuar de ofício e impulsionar as investigações e o processo, sem esperar que os familiares da vítima se encarreguem das atividades próprias do Estado, como a de oferecer provas.” Com efeito, em processos penais, o “interessado” para fins de analisar a razoabilidade do prazo é(são) o(s) acusado(s), e não as vítimas do crime

ou seus familiares A Comissão portanto ressalta que, no presente Caso, a atividade processual dos familiares da vítima não é relevante para analisar a questão do prazo razoável, mas sim apenas a complexidade do assunto e a conduta das autoridades judiciais”

O Regulamento da Comissão estabelece, em seu art. 28, os seguintes requisitos para a consideração das petições individuais: (i) nome, nacionalidade, assinatura do denunciante; (ii) endereço para recebimento de correspondências, (iii) narrativa dos fatos com especificação de lugar e data das violações, (iv) se possível, o nome da vítima e de autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato; (v) indicação do Estado responsável pela ação ou omissão; (vi) observância do prazo de 6 meses a contar da data em que a vítima foi notificada da decisão que esgota os recursos internos e, nos casos de exceção ao requisito do esgotamento interno, dentro de um prazo razoável a contar da data do ocorrido; e (vii) indicação de se a denúncia foi submetida a outro procedimento internacional de solução de controvérsia.

Há previsão no Regulamento de pedido de preservação da identidade do denunciante em face do Estado denunciado, podendo ser requerida na petição individual.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Já em relação à competência da Corte Interamericana, afirma Flávia Piovesan que: “a Corte tem jurisdição de examinar casos que envolvam a denuncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. Note-se que a decisão da Corte tem força

jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento”.¹⁸⁶

“É importante notar que a Corte não pertence à OEA, mas tão somente à Convenção Americana, tendo a natureza de órgão judiciário autônomo. Trata-se da segunda corte de direitos humanos instituída em contextos regionais (a primeira foi a Corte Européia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, competente para aplicar a Convenção de 1950). Seu nascimento se deu em 1978, quando da entrada em vigor da Convenção Americana, mas o seu funcionamento somente ocorreu, de forma efetiva, em 1980, quando emitiu sua primeira opinião consultiva em sete anos mais tarde, ao proferir sua primeira sentença.”¹⁸⁷

É a Corte, ainda, responsável por interpretar os dispositivos da Convenção e supervisionar e acompanhar o cumprimento de suas decisões, através de expedientes chamados “supervisão de cumprimento”.

4.2. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

De acordo com o Estatuto da Corte Interamericana, aprovado pela Resolução AG/RES. 448, adotada pela Assembleia Geral da OEA, em outubro de 1979, a Corte é “instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, exercendo função consultiva e jurisdicional.

Atualmente, a Corte está sediada em São José da Costa Rica.

Nos termos da Convenção, a Corte é, ao lado da Comissão, órgão competente para “conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção”.¹⁸⁸

A Corte, de acordo com o art. 52, é composta por “sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência

¹⁸⁶ Op. Cit. pág. 99

¹⁸⁷ Op. Cit. pág. 254

¹⁸⁸ Art. 33

em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade”.

O reconhecimento da competência da Corte não é automático: “todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.”¹⁸⁹

O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte em 08 de novembro de 2002, pelo Decreto n.º 4463, para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, data em que foi depositada a Declaração de aceitação da competência da Corte junto à Secretaria Geral da OEA.

A função jurisdicional da Corte está explicitada no art. 63 da Convenção, o qual dispõe que a Corte quando decidir que houve violação de um direito ou de uma liberdade prevista na Convenção, determinará que se assegure o gozo do direito, determinando que as consequências da violação sejam reparadas e que seja pago à vítima uma justa indenização.

A função consultiva, por sua vez, está disposta no art. 64, que dispõe que os Estados poderão consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados sobre direitos humanos nos Estados Americanos, bem como solicitar pareceres sobre a compatibilidade de qualquer de suas leis internas com os instrumentos internacionais.

O art. 61º da Convenção, dispõe que só os Estados Parte e a Comissão podem acionar a jurisdição da Corte e submeter um caso para sua apreciação. A Corte somente tem competência para julgar casos envolvendo os Estados Parte da Convenção.

Submetido o caso à Corte e quando esta decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção, determinará que: “se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados.

¹⁸⁹ Art. 62

Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.”¹⁹⁰

Nos termos do art. 66 da Convenção, a sentença da Corte deverá ser fundamentada, e, de acordo com o art. 67, será ela definitiva e inapelável, cabendo à Corte sanar dúvidas sobre o alcance ou o sentido.

O art. 68 da Convenção deixa claro que os Estados-parte se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem parte e, caso não cumpram, incorrem em uma nova violação.

No caso do Brasil, uma vez não cumprida a sentença da Corte, poderá a vítima ou o Ministério Público Federal, com fundamento no art. 109, inciso III da Constituição, ajuizar ação na Justiça Federal, a fim de executar a sentença que é, por si só, um título executivo.

EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Há na doutrina brasileira discussão acerca da forma pela qual se deve executar a sentença da Corte, principalmente no que tange ao pagamento das indenizações.

O art. 68, ao reconhecer que os Estados-parte se comprometem a cumprir as decisões da Corte, dispõe que a parte da sentença que determinar a indenização compensatória, poderá ser executada no país respectivo, pelo processo interno vigente para a execução de sentença contra o Estado.

Por um lado, defende-se que deve ser observada a ordem do pagamento dos precatórios, nos termos do art. 100, § 1º da Constituição: “ Os

¹⁹⁰ Art. 63

pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.” Por outro lado, há quem defenda que o pagamento da indenização deve ser prioritário, de forma que não entraria na fila dos precatórios, uma vez que a demora no pagamento geraria nova responsabilidade internacional do Estado.

A primeira condenação do Estado Brasileiro pela violação dos direitos humanos se deu no caso Damião Ximenes Lopes, ocasião em que a Casa Civil da Presidência da República autorizou, mediante Decreto, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, a dar cumprimento à sentença da Corte no que tange ao pagamento das indenizações aos familiares, sob o fundamento de que havia previsão orçamentária para o pagamento de indenização às vítimas de violações das obrigações contraídas pela União por meio da adesão a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. (Decreto nº. 6.185, de 13 de agosto de 2007).

PETIÇÕES INDIVIDUAIS

Analisando o conteúdo da Convenção, principalmente no que tange aos mecanismos de proteção e a legitimidade dos indivíduos, mister se faz constatar que, diferentemente do tratamento dedicado à Comissão, para a Corte, a Convenção, não se adotou postura parecida, vez que excluiu dos indivíduos a capacidade de levar diretamente casos para sua apreciação.

Tal posição é distinta da adotada pela Convenção Europeia para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que prevê representação individual diretamente na Corte Europeia pelas vítimas de violações de direitos¹⁹¹.

Cançado Trindade apresenta posição no sentido de discordar da opção feita pela Convenção ao retirar o direito de petição individual, entendendo que em sendo o indivíduo o principal destinatário dos direitos humanos, deveria ter também direito de acesso direto à Corte, como forma de se reconhecer que os direitos humanos são direcionados aos indivíduos e não aos Estados, vez ser esse o único órgão com competência jurisdicional no sistema. Para o autor a titularidade de direitos do homem perante o sistema regional pressupõe, de forma indissociável, sua capacidade postulatória.

Nesse sentido afirma: “Sejamos realistas: sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais que letra morta. Sem ele, os injustiçados e excluídos jamais teriam a possibilidade de que seus padecimentos fossem sequer ouvidos por um órgão judicial (no plano internacional), como o ilustra de modo eloqüente o caso paradigmático de *Villagrán Morales e outros versus Guatemala* (1999) perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o primeiro caso dos chamados “meninos de rua” (ou, mais precisamente, meninos na rua em situação de risco) a ser alçado a um tribunal internacional de direitos humanos.”¹⁹²

Em outra manifestação no âmbito da Corte, no voto concordante que faz parte da Resolução da Corte, datada de 17 de novembro de 2005, em que se aprova a adoção de medidas provisórias, apresentada pela Comissão Interamericana de direitos humanos com respeito à República Federativa do

¹⁹¹ Convenção Europeia, Artigo 34º Petições individuais: “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.”

¹⁹² Antonio Augusto Cançado Trindade. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 520.

Brasil, no caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “complexo do tatuapé” da Febem, explica que: “O contencioso dos *“Meninos de Rua”* (caso *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*), concluído ante esta Corte há quatro anos, que hoje faz parte da história dos direitos humanos na América Latina, revelou a importância do acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional, possibilitando-lhes vindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário, e dando um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do direito internacional. Sua relevância foi claramente demonstrada perante a Corte no decorrer daquele histórico caso, no qual as mães dos meninos assassinados, tão pobres e abandonadas como os filhos, tiveram acesso à jurisdição internacional, compareceram a juízo, e, graças às Sentenças quanto ao mérito e reparações desta Corte, que as ampararam, puderam ao menos recuperar a fé na Justiça humana.”

André de Carvalho Ramos também entende que: “essa restrição ao direito de ação da vítima (já conquistado perante a Corte Europeia, como vimos) é criticada pela doutrina especializada. Cançado Trindade é um dos maiores defensores da reforma da Convenção Americana, no sentido de dotar a vítima do direito de ação. Entende o citado autor, que a Comissão é parte apenas processual no feito perante a Corte. A verdadeira parte material é aquela que é titular do direito pretensamente violado. Assim, inexplicável, para o citado autor, que a atual situação perdure.”¹⁹³

Essa discussão sobre a capacidade processual dos indivíduos possui respaldo no direito ao acesso à justiça internacional, de tal modo que para que os direitos humanos sejam plenamente respeitados, mister se faz que não existam barreiras para o recebimento e a apuração de denúncias, assegurando aos indivíduos titulares dos direitos a capacidade para acionar a jurisdição internacional da forma mais ampla e equitativa possível.

Juan Antonio Rosas Castañeda analisa a posição em que o indivíduo assume no direito internacional em relação a sua capacidade de demandar. Fazendo o resgate histórico, entende que para o direito internacional

¹⁹³ Op. Cit. pág. 117

clássico, o indivíduo não era reconhecido como sujeito de direito, e não possuía capacidade de iniciar uma demanda internacional, *jus standi*, em razão da característica contratual assumida pelos documentos internacionais, em que os Estados, em razão de sua soberania, representavam os indivíduos, que eram considerados como assunto interno dos Estados.

Com as transformações ocorridas em razão da prevalência dos direitos humanos, em que houve uma mudança de entendimento no tratamento dedicado ao direito internacional, ocorreram, para o autor, três fenômenos: institucionalização, socialização e humanização.

A partir desses fenômenos, os Estados reconheceram que não seriam autossuficientes e necessitariam de cooperação para alcançar o bem estar de seus cidadãos. Reconheceu-se também que a proteção dos direitos humanos independem da nacionalidade e origem do indivíduo: “así, bajo el fenómeno de humanización se han establecido y consolidado normas y regímenes jurídico-internacionales (el derecho internacional de los derechos humanos) que llevan a una redefinición del tratamiento del individuo por el ordenamiento jurídico internacional, ya no solo como objeto (beneficiário de derechos o destinatário de cargas), sino como sujeto de derecho internacional en su expresión sustancial, dotándolo de derechos y obligaciones directamente conferidos y en su expresión procesal, dotandolo de legitimación procesal para iniciar procedimientos ante órganos supranacionales a través del derecho de petición individual.”¹⁹⁴

Cançado Trindade, em voto no caso *Castillo Petruzi versus Peru*, analisou essa questão do direito de petição individual e defendeu o direito dos indivíduos de peticionar diretamente perante a Corte como forma de se garantir o pleno e livre exercício dos direitos consagrados na Convenção.

¹⁹⁴ "assim, o fenômeno da humanização têm estabelecido regras e consolidado normas e regimes jurídicos internacionais (a lei internacional dos direitos humanos) que levam a uma redefinição do tratamento dedicado à vontade individual pelo ordenamento jurídico internacional, não apenas como um objeto (beneficiário de direitos ou destinatário de cargas), mas como um sujeito de direito internacional na sua expressão substancial, dando-lhe direitos conferidos obrigações de forma direta e sua expressão processual, dotando-a de pé para iniciar procedimentos para órgãos supranacionais através do direito de petição individual" Tradução livre. Hacia el Jus Standi del Individuo en el Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista CEJIL, pp. 82

No voto conconrente no corpo da Opinião Consultiva nº. 16/99, de 1º de outubro de 1999 – solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos – o direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal, o mesmo juiz afirma que: “a titularidade jurídica internacional do ser humano, emancipado do jugo estatal – assim como anteviam os chamados fundadores do direito internacional (o direito das gentes) – é uma realidade nos nossos dias. O modelo wesphaliano do regulamento internacional configura-se esgotado e superado. O acesso do indivíduo à justiça, em nível internacional, representa uma verdadeira revolução jurídica, talvez o legado mais importante que levaremos ao próximo século. Daí, a importância capital, nesta conquista histórica, do direito de petição individual conjugado com a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória das Cortes Interamericana e Européia dos Direitos Humanos, que no meu Voto Conconrente, no caso Castillo Petruzzi versus Peru (exceções preliminares, sentença de 4.9.1998), perante esta Corte, me permite denominar como verdadeiras as cláusulas pétreas da proteção internacional dos direitos humanos (parágrafo 36)¹⁹⁵.”

Referido autor assim se manifestou: “como Juez relator de la Corte, señalé en la ocasión que existe una verdadera línea de evolución que ha transformado a los individuos en verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de plena capacidad jurídica para actuar (*legitimatío ad causam*) en el plano internacional. Al respecto, observe que al reconocimiento de derechos debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, debiendo el individuo peticionario estar dotado de *locus standi in iudicio* en todas las etapas del procedimiento ante el Tribunal, - por cuanto es de la propia esencia de la protección internacional el

¹⁹⁵ “El derecho de petición individual es una cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos que lo consagran, - a ejemplo del artículo 44 de la Convención Americana, - sobre la cual se erige el mecanismo jurídico de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Otra cláusula pétrea es la de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no admite limitaciones otras que las expresamente contenidas en el artículo 62 de la Convención Americana.”

contradictorio entre las presuntas victimas e sus familiares, o sus representantes legales, y los Estados demandados”.¹⁹⁶

Acompanhando essa tendência, em 2001 entrou em vigor alteração no Regimento Interno da Corte, sob a Presidência de Cançado Trindade, em que se reconhece a possibilidade de participação do indivíduo em todas as fases do processo perante a Corte: art. 25, Participação das supostas vítimas ou seus representantes. I “Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo”.¹⁹⁷

Tal novidade veio substituir a disposição anterior em que se autorizava a participação dos indivíduos somente durante a etapa da reparação dos danos.

JUS STANDI

A alteração foi importante, mas somente conferiu aos indivíduos o *locus standi*, que é a capacidade de ser sujeito do litígio e de participar, produzindo provas, acrescentar argumentos, fazer requerimentos, mas não lhe conferiu o *jus standi*, que é a capacidade de ser sujeito de litígio de demandar.

Maria Beatriz Galli, Viviana Krsticevis e Ariel E. Dulitzky sobre este assunto afirmam: “Neste sentido, o art. 22 do Regulamento da Corte contempla a possibilidade de os advogados ou representantes das vítimas

¹⁹⁶ “como Juiz relator da Corte, assinalei na ocasião que existe uma verdadeira linha de evolução que tem transformado os indivíduos em verdadeiros sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotados de plena capacidade jurídica para atuar (legitimidade *ad causam*) no plano internacional. A respeito, observei que o reconhecimento de direitos deve corresponder à capacidade processual de reivindicá-los, devendo o indivíduo estar dotado de *locus standi in judicio* em todas as etapas do procedimento perante o Tribunal, - porque é da própria essência da proteção internacional o contraditório entre as possíveis vítimas e seus familiares, ou seus representantes legais, e os Estados demandados.” Tradução livre da autora.

in El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 28

¹⁹⁷ Regulamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme aprovação pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009

participarem do procedimento perante a Corte na qualidade de assistentes da Comissão e formularem proposições distintas das apresentadas pela Comissão. Dessa forma, ainda que de forma restrita, há alguma possibilidade de atuação dos defensores de direitos humanos perante a Corte, na qualidade de representantes das vítimas.”¹⁹⁸

Essa alteração então representa que foi dado início a algum tipo de avanço no que tange ao direito de acesso à jurisdição internacional, mas não soluciona por si só problema, visto que somente autoriza que os indivíduos participem do processo, mas ainda não confere a capacidade para acionar diretamente a Corte para suas denúncias de violações de direitos humanos.

Mais uma vez, Cançado Trindade se posiciona: “O direito de petição individual internacional, mediante o qual é assegurado ao indivíduo o acesso direto à justiça em nível internacional, é uma conquista definitiva dos Direitos Humanos. É da própria essência da proteção internacional dos direitos humanos a contraposição entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados em casos de supostas violações dos direitos protegidos. Foi precisamente neste contexto que a proteção que se operou no resgate histórico da posição do ser humano como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade processual internacional.”¹⁹⁹

No julgamento do caso Cinco Pensionistas Vs. Peru, primeiro caso tramitado em sua integralidade após a alteração do Regulamento da Corte de 1º de junho de 2001, houve controvérsia entre a Comissão e os representantes das vítimas e seus familiares a respeito da possibilidade de acréscimo de outros fatos ou direitos na demanda.

Sobre os fatos, entendeu a Corte que não seria possível acrescentar fatos novos distintos dos que constam na demanda inicial apresentada pela Comissão, mas, em sendo fatos supervenientes, a Corte admitiu a possibilidade de serem trazidos ao processo antes da sentença.

A respeito da incorporação de outros direitos distintos dos que estariam compreendidos na demanda apresentada pela Comissão, entendeu

¹⁹⁸ Op. Cit. pág. 88.

¹⁹⁹ Op. Cit. pág. 506.

a Corte que aos peticionários estaria reservada essa possibilidade, uma vez que são eles os titulares de todos os direitos consagrados na Convenção Americana e não admitir essa possibilidade seria uma restrição indevida à condição de sujeito de direitos no Direito Internacional dos Direitos Humanos,

E ainda, no próprio bojo da Convenção, está previsto expressamente, quando se tratou do direito à proteção judicial, que: “Artigo 25º - Proteção judicial 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

SÍNTESE

Verifica-se que o sistema interamericano já representa grande avanço na questão da judicialização dos direitos humanos e da possibilidade de o indivíduo, por meio de petições individuais, recorrer à Comissão para denúncia de violação de direitos, ainda que não necessariamente os seus próprios.

Mas, não se pode esquecer que está previsto expressamente na normativa interamericana que toda pessoa tem direito a recurso a qualquer tribunal competente que a proteja contra os atos que violem os direitos previstos no próprio bojo da Convenção. Em sendo a Corte o único órgão jurisdicional desse sistema, viola o direito ao efetivo acesso à justiça internacional, a vedação de recebimento de petições individuais.

Sergio Garcia Ramírez afirma:

“empero, la potestad reguladora del tribunal interamericano, desplegada em sucesivos Reglamentos – hasta 2009, cinco reglamentos; el más reciente fue emitido en ese año e inició su vigencia en 2010 – ha

establecidos nuevos derroteros en el marco de la Convención, que la Corte no podría superar por si misma. Por este medio, la legitimación de la víctima ha ganado amplio terreno: primero figuró en la delegación de la Comisión Interamericana – “invitada”, pues, a su propia causa, si se permite la expresión -; luego se le permitió reclamar directamente las reparaciones a las que pudiera ser acreedora; y hoy dispone de amplias facultades procesales a partir de la presentación de la demanda, o bien, puesto en las palabras de reglamento de 2009, a partir de la apertura de la vía jurisdiccional con la presentación a la Corte del informe de la Comisión Interamericana. Todo apunta, pues, hacia una legitimación extensa de la víctima. Empero, aún parece distante el día en que pueda ejercer la acción procesal con independencia de la Comisión Interamericana. No son pocos, por lo demás, los problemas de orden práctico con los que tropieza el acceso a la justicia.”²⁰⁰

André de Carvalho Ramos também entende que: “ainda em 2009, o novo Regulamento da Corte absorveu tais mudanças e deu mais um passo rumo ao futuro afastamento da Comissão como Parte Autora: a ação; e iniciado pelo envio de Informe da Comissão, que não faz mais uma petição inicial própria. No resto, todas as etapas processuais são focadas nas vítimas, no Estado réu e na Comissão, caso ela mesmo deseje. Simbolicamente, a Corte tenta caracterizar a Comissão não como uma

²⁰⁰ “No entanto, o poder regulador do Tribunal Interamericano, implantado em sucessivos Regulamentos – até 2009, cinco regulamentos; e mais recentemente foi emitido nesse ano e sua vigência teve início em 2010 – tem estabelecido novos caminhos no marco da Convenção, que a Corte não poderia superar por si mesma. Por esse meio, a legitimação da vítima tem ganhado amplo terreno: primeiro figurou na delegacia da Comissão Interamericana – “convidada”, pois, em sua própria causa, se permite-se essa expressão; logo se permitiu reclamar diretamente as reclamações que poderia ser credora; e hoje dispõe de amplas facultades processuais a partir da representação de sua demanda, ou melhor, colocado nas palavras do reglamento de 2009, a partir da abertura da via jurisdiccional com a representação a Corte do informe da Comissão Interamericana. Tudo aponta, pois, a uma legitimação extensa da vítima. No entanto, ainda parece distante o dia em que se poderá exercer a ação processual com independência da Comissão Interamericana. Não são poucos os problemas de ordem prática com os quais se tropeça o acesso à justiça.” Tradução livre.

in Panorama de la Jurisdicción Interamericana sobre Derechos Humanos. Pág. 545

‘Autora’, mas sim como órgão do sistema interamericano, verdadeiro *custus legis*. Simultaneamente, o regulamento faz menção ao ‘Defensor Interamericano’ para representar legalmente as vítimas sem recursos (o que antes era feito pela Comissão).”²⁰¹

Nesse sentido, a conclusão de Flávia Piovesan quando analisa os desafios e perspectivas do Sistema Interamericano: “o acesso à Corte Interamericana remanesce restrito apenas à Comissão Interamericana e aos Estados, sendo negado aos indivíduos e às ONGs. Note-se que, no sistema regional europeu, mediante o Protocolo nº. 11, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1998, qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de indivíduos pode submeter diretamente à Corte Europeia demanda veiculando denuncia de violação de Estado-parte de direitos reconhecidos na Convenção (conforme art. 34 da Convenção Europeia). (...) O acesso direto à Corte permitiria uma arena mais participativa e aberta à relevante atuação das ONGs e dos indivíduos no sistema. O protagonismo da sociedade civil tem se mostrado vital ao sucesso do sistema interamericano.”²⁰²

Portanto, ainda há necessidade de um aperfeiçoamento no sistema, ampliando a forma pela qual os indivíduos possam recorrer, a fim de se garantir que tenham acesso efetivo, justo e equitativo aos mecanismos de defesa de seus direitos humanos disponíveis no cenário internacional.

4.3. O SISTEMA EUROPEU E O ACESSO À JUSTIÇA: UM CONFRONTO ENTRE OS DOIS SISTEMAS

O Sistema Europeu foi o primeiro sistema regional a ser desenvolvido no cenário internacional e teve início com a criação do Conselho da Europa, em 05 de maio de 1949, ocasião em que se assinou o Estatuto do Conselho da Europa.

²⁰¹ Op. Cit. pág. 118

²⁰² Op. Cit. pág. 111

O Estatuto do Conselho da Europa aponta como seu objetivo “realizar uma união mais estreita entre os seus Membros, a fim de salvaguardar e de promover os ideais e os princípios que são o seu patrimônio comum e de favorecer o seu progresso econômico e social”, por meio dos órgãos do Conselho, de acordos, de ações comuns nos domínios econômicos, sociais, culturais, científicos, jurídicos e administrativos, para a proteção e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

No artigo 3º do Estatuto, reconheceu-se “princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, comprometendo-se a colaborar sincera e ativamente na prossecução do objetivo definido no capítulo I”.

No ano seguinte, os Estados Membros do Conselho adotaram a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que foi aberta à assinatura em 04 de novembro de 1950, tendo entrado em vigor em 03 de setembro de 1953, após a ratificação por 10 Estados, como se exige o artigo 59, 2.

Para Ana Maria Guerra Martins “a CEDH enquadra-se no movimento de dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades, que repercute os valores políticos e culturais das democracias ocidentais.”²⁰³

No preâmbulo da Convenção, os governos signatários, membros do Conselho da Europa, “reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem”, convencionaram que os Estados-parte contratantes “reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.”

De acordo com Valerio de Oliveira Mazzuoli, “ a Convenção Europeia de Direitos Humanos tem por finalidade estabelecer padrões mínimos de

²⁰³ Op. Cit. pág. 193

proteção naquele Continente, institucionalizando um compromisso dos Estados-partes de não adotarem disposições de direito interno contrárias às normas da Convenção, bem assim de estarem aptos a sofrer demandas na Corte Europeia de Direitos Humanos (e de não embarçar, por qualquer meio, o exercício do direito de petição) caso desrespeitem as normas do tratado em relação a quaisquer pessoas sob sua jurisdição. As pessoas protegidas – repita-se – são quaisquer pessoas que estejam sujeitas à jurisdição do Estado-parte em causa, independentemente de sua nacionalidade.”²⁰⁴

Sobre o conteúdo da Convenção, Flávia Piovesan confirma que: “o catálogo de direitos da Convenção Europeia compreende fundamentalmente direitos civis e políticos, sob a inspiração do ideário democrático liberal e individualista, a expressar os valores dominantes consensuais da Europa ocidental. Os direitos sociais, econômicos e culturais advieram apenas com a adoção da Carta Social Europeia, que estabelece a implementação progressiva desses direitos, bem como uma sistemática de supervisão restrita a relatórios periódicos, a serem elaborados por Estados-partes e submetidos à apreciação de um Comitê de *experts* (o Comitê Europeu de Direitos Sociais), a respeito dos avanços alcançados.”²⁰⁵

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

Para o monitoramento dos direitos consagrados na Convenção, foi criada a Corte Europeia de Direitos Humanos, com função jurisdicional e consultiva, de competência obrigatória para interpretar e aplicar a Convenção.

Importante consignar que inicialmente, previa a Convenção a existência de uma Corte, de uma Comissão e do Comitê de Ministros, acontece que, após a mudança que ocorreu em 1º de novembro de 1998, através do Protocolo nº. 11, tanto a Corte como a Comissão foram

²⁰⁴ O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Curitiba. V. 1, pág. 35

²⁰⁵ Direitos Humanos e Justiça Internacional.: estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 111

substituídas por uma nova Corte, única e permanente, realizando os juízos de admissibilidade e de mérito dos casos a ela submetidos.

Diferentemente do Sistema Interamericano, no Sistema Europeu existe um órgão responsável pela supervisão das sentenças da Corte, o Comitê de Ministros, que é dotado de característica diplomática e política, composto pelos Ministros de Relações Exteriores dos Estados Parte, nos termos do artigo 46, 2 da Convenção, que dispõe que a sentença definitiva será transmitida ao Comitê que deverá velar pela sua execução.

No caso do Sistema Interamericano, não há disposição expressa na Convenção a respeito do responsável pela execução das sentenças da Corte, de forma que, agregando mais uma função para o único órgão jurisdicional do sistema, resulta em uma sobrecarga que gera morosidade para o exercício da sua função precípua.

O não cumprimento das sentenças da Corte Europeia gera expulsão do Estado do Conselho da Europa, nos termos dos artigos 3º e 8º do seu Estatuto.

A principal diferença que pode ser analisada para fins de comparação do tratamento dedicado ao acesso à justiça nos dois sistemas é a autorização de recebimento de petições individuais diretamente na Corte Europeia.

A cláusula, que antes era facultativa, passou a ser obrigatória, nos termos do artigo 34: “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.”

De acordo com a Convenção, a petição individual deve conter a descrição de um prejuízo pessoal, que seja um caso concreto, de forma que a Corte não analisa situações abstratas.

A parte deve demonstrar que existe um interesse subjetivo para apresentar a demanda individual na Corte, diferente de quando um Estado demanda o outro, em que não se exige a comprovação de que o outro violou

um direito individual, sendo suficiente que se comprove uma violação à Convenção.

O peticionário deve indicar os fatos, a denúncia e a comprovação de que cumpriu o requisito do esgotamento dos recursos internos e do prazo de 6 meses a contar da data em que foi proferida a decisão definitiva.

O requisito de esgotamento dos recursos internos, assim como no Sistema Interamericano, gera discussões e demanda que seja analisado caso a caso, assim como ocorreu no julgamento do caso *Akdivar and Others Vs. Turkey*, de 16 de setembro de 1996:

“However, there is, as indicated above, no obligation to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective. In addition, according to the "generally recognised rules of international law" there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust the domestic remedies at his disposal (see the *Van Oosterwijck v. Belgium* judgment of 6 November 1980, Series A no. 40, pp. 18-19, paras. 36-40). The rule is also inapplicable where an administrative practice consisting of a repetition of acts incompatible with the Convention and official tolerance by the State authorities has been shown to exist, and is of such a nature as to make proceedings futile or ineffective (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 64, para. 159, and the report of the Commission in the same case, Series B no. 23-I, pp. 394-97). In the area of the exhaustion of domestic remedies there is a distribution of the burden of proof. It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible, was one which was capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success. However,

once this burden of proof has been satisfied it falls to the applicant to establish that the remedy advanced by the Government was in fact exhausted or was for some reason inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case or that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement.”²⁰⁶

A Corte entende, a esse respeito, que o esgotamento é exigido apenas quando os recursos internos são relevantes para salvaguardar os direitos da suposta violação, assim como adequados e eficazes para tanto.

PETIÇÕES INDIVIDUAIS

Sobre o direito de peticionar diretamente à Corte, Valério Mazzuoli compreende que: “sem dúvida alguma, a maior inovação (e também o maior avanço) do Protocolo nº. 11 foi ter conferido aos indivíduos, organizações não governamentais e grupos de indivíduos o acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos, com poder inclusive de iniciar um processo diretamente perante ela. Mais do que permitir às vítimas, seus familiares ou representantes legais participarem do processo em todas as suas etapas (*locus standi*), permitiu-se o ingresso direto dos indivíduos ante a Corte Europeia (*jus standi*) para ali interpor-se uma demanda.”²⁰⁷

²⁰⁶ No entanto, não é, como indicado acima, obrigada a recorrer a remédios que são inadequados ou ineficazes. Além disso, de acordo com as “regras geralmente reconhecidas do direito internacional” podem haver circunstâncias especiais que retire do recorrente a obrigação de esgotar os recursos internos à sua disposição (veja a Van Oosterwijck v. Bélgica acórdão de 6 de novembro de 1980, Série A no. 40, pp. 18-19, pars. 36-40). A regra também é inaplicável, onde foi mostrado uma prática administrativa que consiste em uma repetição de atos incompatíveis com a Convenção e da tolerância oficial pelas autoridades do Estado para existir, e é de tal natureza que fazer um processo inútil ou ineficaz (ver a Irlanda v. o julgamento Reino Unido, de 18 de Janeiro de 1978, Série A 25 sem., p. 64, par. 159, bem como o relatório da Comissão, no mesmo caso, Série B no. 23 -I, pp. 394-97). Na área do esgotamento dos recursos internos, há uma distribuição do ônus da prova. Compete ao Governo alegar o não esgotamento e provar que o remédio era efetivo e estava disponível, no momento oportuno, tanto na teoria como na prática, isto é que era acessível, que foi capaz de proporcionar reparação no que diz respeito às reclamações do recorrente e que ofereceu perspectivas razoáveis de sucesso. No entanto, uma vez que este ônus da prova foi satisfeito cabe ao requerente para comprovar que o remédio disponibilizado pelo Governo foi de fato esgotado ou foi por alguma razão inadequada e ineficaz nas circunstâncias específicas do caso concreto, ou que existia circunstâncias especiais que dispensava ele ou ela da obrigação.”

²⁰⁷ O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Curitiba. V. 1, pág. 40

O autor ainda afirma que: “a assimetria mais marcante (e mais importante) entre os sistemas europeu e interamericano de direitos humanos diz respeito à possibilidade que tem o indivíduo, no sistema regional europeu, de demandar diretamente à Corte Europeia, depois da entrada em vigor do Protocolo nº. 11, que garantiu às pessoas, organizações não governamentais ou grupos de pessoas o *locus standi* perante a Corte Europeia. No sistema regional interamericano, apesar do avanço que se teve com o novo Regulamento da Corte Interamericana (de 2000), permitindo (no seu art. 23, 1) que depois de admitida a demanda as vítimas ou seus familiares participem do processo em todas as suas etapas, ainda assim não se encontra nele o direito de ingresso dos indivíduos à Corte Interamericana”.²⁰⁸

Sem dúvida o reconhecimento da legitimidade processual do indivíduo no cenário internacional é de grande valia para a proteção dos direitos humanos, mas, tal previsão, por outro lado, tem como consequência o aumento das demandas, o que gera morosidade diante do elevado volume de queixas.

A esse respeito, a Corte Europeia elaborou documento em que se explica a sua atuação através de 50 questões (The ECHR in 50 Questions). Nesse documento, a Corte deixa claro que “The Court has been a victim of its own success: over 50,000 new applications are lodged every year. The repercussions of certain judgments of the Court, on a regular basis, and the growing recognition of its work among nationals of the States Parties, have had a considerable impact on the number of cases brought every year.”²⁰⁹

E constata que: “Since the Court was established, almost all applications have been lodged by individuals who have brought their cases directly to the Court alleging one or more violations of the Convention.”²¹⁰

²⁰⁸ Valério de Oliveira Mazzuoli. O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos *in* Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Pág. 55

²⁰⁹ “O Tribunal tem sido vítima de seu próprio sucesso: mais de 50 mil novos casos são apresentados a cada ano. As repercussões de certas decisões e o reconhecimento crescent de seu trabalho entre os Estados parte, têm tido um impacto considerável sobre o número de casos levados à Corte a cada ano.” Tradução livre.

²¹⁰ “Desde quando a Corte foi estabelecida, a maioria das denúncias são iniciadas através de petições individuais apresentadas diretamente pelos indivíduos.” Tradução livre.

De acordo com os dados estatísticos disponíveis para consulta no sítio eletrônico da Corte Europeia, no ano de 2013 a Corte julgou 916 casos, uma média de 76 casos por mês.

Pelos dados apresentados, pode-se verificar que a maioria dos julgamentos se referem à violações ao direito de liberdade e de segurança, que representaram 219 casos, sendo a Rússia o Estado em que apresenta maior número de casos, 63. Há também demandas envolvendo lentidão processual com 177 casos, tendo a Turquia com o maior número, 32. Outras violações que geraram demandas de Estados Europeus na Corte são relacionados com a violação ao direito a um julgamento justo com 166 casos, tendo a Rússia com 25 e violação por submissão a tratamento desumano e degradando assumindo 163 casos, tendo a Rússia 49 deles.

Constatou-se que em 2013 foram apresentados 65.900 novos casos, um aumento de 2% se comparado com 2012, em que foram computados 64.900 casos. O número de casos pendentes de julgamento chega a 99.900.

Em 2009 a Corte adotou uma política de prioridade, estabelecendo 7 categorias diferentes para concentrar a atenção nos casos mais importantes. Em 2013 havia 7.368 casos nessas categorias.

Apesar do elevado número de procedimentos na Corte, questão em torno do acesso à justiça, em especial o acesso direto dos indivíduos através de petições individuais, diferentemente do que acontece com a Corte Interamericana, confere ao Sistema Europeu uma maior democratização, vez que retira do sistema um obstáculo que pode dificultar o acesso à justiça, como o que ocorre no Sistema Interamericano, em que, para se chegar à Corte, é preciso superar o obstáculo da Comissão, a qual possui competência discricionária para levar a discussão à Corte ou não.

A opção do sistema europeu deixa claro que “a relação existente entre direitos humanos e acesso à justiça fica evidente no continente europeu. Quer seja por meio de estudos doutrinários, mudanças constitucionais ou novos instrumentos jurídicos, o direito de acesso à justiça

é considerado como verdadeiro direito garantia dos direitos humanos, parte integrante e de fundamental importância para sua efetiva implementação.”²¹¹

Sobre o acesso à justiça e o direito de petição individual, a Corte Europeia assim se pronunciou no julgamento do caso Mamatkulov and Askarov Vs. Turkey, julgado em 04 de fevereiro de 2005:

“The Court has previously stated that the provision concerning the right of individual application (Article 34, formerly Article 25 of the Convention before Protocol No. 11 came into force) is one of the fundamental guarantees of the effectiveness of the Convention system of human rights protection. In interpreting such a key provision, the Court must have regard to the special character of the Convention as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a 'collective enforcement'. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective, as part of the system of individual applications. In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with “the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society”. The undertaking not to hinder the effective exercise of the right of individual application precludes any interference with the individual's right to present and

²¹¹ Guilherme de Almeida. Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Novas Esferas da Justiça. Contemporânea, v. 2., n. 1, pág. 90

pursue his complaint before the Court effectively. That issue has been considered by the Court in previous decisions. It is of the utmost importance for the effective operation of the system of individual application instituted under Article 34 that applicants or potential applicants should be able to communicate freely with the Court without being subjected to any form of pressure from the authorities to withdraw or modify their complaints. As the Court has noted in previous decisions, “pressure” includes not only direct coercion and flagrant acts of intimidation against actual or potential applicants, members of their family or their legal representatives, but also other improper indirect acts or contacts designed to dissuade or discourage applicants from pursuing a Convention remedy. For present purposes, the Court concludes that the obligation set out in Article 34 *in fine* requires the Contracting States to refrain not only from exerting pressure on applicants, but also from any act or omission which, by destroying or removing the subject matter of an application, would make it pointless or otherwise prevent the Court from considering it under its normal procedure.”²¹²

²¹² A Corte já declarou que a disposição relativa ao direito de petição individual (artigo 34, ex-artigo 25 da Convenção antes da entrada em vigor do Protocolo nº 11) é uma das garantias fundamentais da eficácia do sistema de proteção dos direitos humanos da Convenção. Na interpretação de uma disposição, o Tribunal deve ter em conta o caráter especial da Convenção como um tratado para a garantia coletiva de direitos humanos e liberdades fundamentais. Ao contrário dos tratados internacionais clássicos, a Convenção compreende mais do que meros compromissos recíprocos entre os Estados contratantes. Ela cria, para além de uma rede de compromissos bilaterais, as obrigações mútuas objetivas que, de acordo com o preâmbulo, beneficia uma execução coletiva. O objeto e o fim da Convenção como instrumento de proteção dos seres humanos individuais exige que as suas disposições sejam interpretadas e aplicadas de forma a torna-las práticas e eficazes, integrantes do sistema de petição individual. Além disso, qualquer interpretação dos direitos e liberdades garantidos tem de ser coerente com o “espírito geral da Convenção”, instrumento concebido para manter e promover os ideais e os valores de uma sociedade democrática. O compromisso de não dificultar o exercício efetivo do direito de petição individual impede qualquer interferência no direito de apresentar e de prosseguir a sua queixa. Essa questão tem sido considerada pelo Tribunal em decisões anteriores. É de extrema importância para o funcionamento eficaz do sistema que os querelantes possam ser capazes de comunicar-se livremente com o Tribunal, sem ser submetido a qualquer tipo de pressão por parte das autoridades para retirar ou modificar suas reclamações. Como o Tribunal já observou em

Para apresentar a demanda na Corte, os indivíduos não precisam estar acompanhados de advogado. Mas, será exigida a representação legal se a petição for admitida e o Estado denunciado notificado.

Se a Corte decidir que houve violação, poderá requerer que o Estado arque com as custas do procedimento diante da Corte Europeia, caso contrário, caso a Corte entenda que não foi procedente a denúncia, não arcará a vítima com nenhum custo adicional.

De acordo com o Regulamento da Corte, a vítima pode pedir ao presidente da Câmara a concessão de assistência jurídica gratuita, quando não tiver meios para atender a todas ou parte das despesas inerentes ao procedimento, incluindo gastos com passagens e outras despesas necessárias.

Pelo exposto, verifica-se que os avanços positivos do Sistema Europeu devem ser replicados e sedimentados, buscando resolver eventuais consequências negativas e aprimorar a estrutura de proteção dos direitos humanos.

Certo é que a estrutura em torno dos direitos humanos se destina a salvaguardar os indivíduos de arbitrariedades, violações e garantir o exercício dos direitos reconhecidos nos documentos internacionais. Mas, as particularidades de cada região devem ser levadas em consideração, vez que os Sistemas Regionais estão assentados em diferentes continentes, com diferentes realidades, diferentes histórias e estruturas econômicas, sociais e culturais.

decisões anteriores, a pressão inclui, não apenas a coerção direta e atos flagrantes de intimidação, mas também outros atos impróprios ou contatos indiretos destinados a dissuadir ou desencorajar os indivíduos de buscarem um remédio da Convenção. Para os presentes efeitos, o Tribunal considerou que a obrigação prevista no artigo 34 *in fine* requer que os Estados contratantes se abstenham de exercer pressão sobre os querelantes, e de praticar qualquer ato ou omissão que, ao destruir ou remover o objeto de uma petição, tornar inútil ou de outra forma impeça o Tribunal de considerá-la sob seu procedimento ordinário”. Tradução livre.

CONCLUSÃO

1. Através do estudo apresentado, conclui-se que o acesso à justiça é garantia institucional destinada à preservação do Estado Democrático de Direito.

2. Os instrumentos de solução de conflitos e de garantia de direitos devem ser amplamente assegurados perante os sistemas de justiça disponíveis, o que significa dizer que é direito dos indivíduos acessar os sistemas nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos.

3. No âmbito nacional, tendo a Constituição garantido a todos, incluindo as pessoas em condição de vulnerabilidade econômica, o acesso à justiça, cabe ao Poder Público desenvolver estrutura institucional adequada para que os direitos previstos abstratamente sejam efetivamente concretizados e passem a fazer parte da realidade social brasileira.

4. Mas, o acesso à justiça abrange não só o acesso formal ao Poder Judiciário, abrange também o acesso isonômico, respeitando o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o acesso a resultados justos, eficazes e temporâneos.

5. As barreiras ao acesso à justiça dos vulneráveis devem ser superadas pelo Poder Público, sendo que a Defensoria Pública é instituição destinada a romper tais obstáculos, principalmente o da vulnerabilidade social, econômica e organizacional.

6. A Constituição, ao prever expressamente a instituição da Defensoria Pública em seu art. 134, conferiu-lhe importante papel para a efetivação material dos direitos fundamentais, vez que atribuiu-lhe a defesa dos interesses da população de baixa renda.

7. Tem-se assim que, diante de seu contorno constitucional e de sua função precípua, a Defensoria Pública pode ser considerada como um importante instrumento de transformação social, atuando ativamente na efetivação do acesso à justiça e para a preservação da dignidade da pessoa

humana, superando as barreiras existentes ou impostas pela burocracia institucional.

8. À Defensoria Pública foi conferida, pela Lei Complementar nº. 80, a função institucional de representação dos interesses dos hipossuficientes perante os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Reconheceu-se com isso que muitas vezes o sistema de justiça nacional é insuficiente para conferir efetividade aos direitos humanos.

9. Em sede internacional, a normativa existente dedica-se à preservação da dignidade da pessoa humana e à concretização de direitos.

10. Para tanto, são disponibilizados aos indivíduos mecanismos de monitoramento, controle e responsabilização dos Estados, já que estes assumiram, através da adesão voluntária aos documentos internacionais, as obrigações constantes nas Convenções, Declarações e Tratados.

11. Por isso, tendo o Brasil aderido a documentos internacionais, constituiu direito dos seus nacionais terem acesso aos mecanismos de proteção caso o sistema de justiça nacional seja falho para tutela das vítimas.

12. Mas, verificou-se que ainda é necessário o aprimoramento desses instrumentos para concretização dos direitos humanos, de forma a propiciar meios aptos para que os Estados se abstenham de violá-los.

13. É presente no cenário internacional movimento pela regionalização dos organismos internacionais em sistemas específicos de proteção aos direitos humanos, em que Estados se aproximam de seus vizinhos para incremento da proteção dos direitos, respeitando a normativa internacional e as características particulares de cada região.

14. O Brasil é Estado Membro integrante do Sistema Interamericano de Proteção dos direitos humanos, vez que em 1992 ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, assumindo, por consequência, a responsabilidade pelo cumprimento de suas previsões.

15. A Convenção Americana prevê, a partir do artigo 33, os meios de proteção disponíveis para acesso pelas supostas vítimas de violações, a

Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

16. A Comissão possui função extrajurisdicional e a Corte é o órgão jurisdicional do Sistema.

17. A Convenção, em seu artigo 44, autoriza que a Comissão seja acessada por particulares, por Estados ou por organizações destinadas a proteção dos direitos humanos, através de denúncias ou queixas de violações à Convenção. Essas denúncias devem observar os requisitos previstos no artigo 46, dentre os quais se exige o esgotamento dos recursos internos e a ausência de litispendência internacional.

18. Para acessar a Corte, a Convenção somente permitiu a representação pela Comissão ou por um de seus Estados Membros. Ocorre que a Comissão possui competência discricionária para acionar ou não a Corte, representando óbice para que a vítima tenha acesso direto ao único órgão jurisdicional do Sistema.

19. Com isso, constata-se que os indivíduos foram tolhidos do direito de acesso direto à Corte, diferentemente do que acontece, por exemplo, no Sistema Regional Europeu, em que se conferiu às vítimas *jus standi*, que é a capacidade de demandar.

20. No Sistema Regional Americano somente foi conferida às vítimas o *locus standi*, que é a capacidade de ser sujeito do litígio e de participar, podendo, inclusive, produzir provas.

21. Uma novidade criada no Sistema Interamericano é a figura do Defensor Interamericano, nos termos do artigo 37 do Regulamento da Corte, designado quando a pessoa não possui representação legal. Nesse caso fica claro que foi reconhecido o *locus standi* às vítimas, as quais podem atuar ativamente no processo, mas somente quando já tiver sido instaurado por representação da Comissão ou do Estado Membro.

22. Diante dessa novidade, foi criada a Associação Interamericana de Defensorias Públicas, que firmou acordo com a Corte para que seja designado Defensor Interamericano quando se verificar que a vítima não possui representação legal.

23. A atuação de um Defensor Interamericano não acarretará despesa para a vítima, sendo esta custeada pela Associação e pelo Fundo de Assistência Legal às Vítimas.

24. Mas, em que pese tais novidades, a análise do Sistema Interamericano em comparação com o Sistema Regional Europeu permite concluir que o direito de petição individual é importante instrumento de empoderamento dos indivíduos no cenário internacional, sendo ele admitido e amplamente utilizado no continente Europeu.

25. Antonio Augusto Cançado Trindade, analisando o direito de petição individual relembra que “con el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, mediante el ejercicio del derecho de petición individual, se dió finalmente expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos son inherentes a la persona humana y no derivan del Estado”²¹³

26. Pode-se considerar que o rol de direitos hoje existente seja adequado, mas, os mecanismos de controle, fiscalização, monitoramento e responsabilização precisam ser fortalecidos para que as previsões saiam do papel e comecem a fazer parte da realidade da população por todo o mundo.

27. Conferir direito de peticionar diretamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos é um passo a ser dado para aprimoramento do Sistema Interamericano e para que o acesso à justiça da pessoa em condição de vulnerabilidade econômica seja garantido.

28. Há ainda muito a ser feito, como já era reconhecido por Cappelletti e Garth: “embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um 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

213 “com o acesso dos indivíduos à justiça internacional, mediante o exercício do direito de petição individual, se deu finalmente expressão concreta do reconhecimento de que os direitos humanos a serem protegidos são inerentes a pessoa humana, e não derivam do Estado”. Tradução livre.

El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos / Antônio Augusto Cançado Trindade; Manuel E. Ventura Robles - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003, pág. 81.

depende apenas dos méritos jurídicos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica”.²¹⁴

29. Mas, a luta não pode parar: “Mãos à obra da reivindicação de nossa perdida autonomia; mãos à obra da nossa reconstituição interior; mãos à obra de reconciliarmos a vida nacional com as instituições nacionais; mãos à obra de substituir pela verdade o simulacro político da nossa existência entre as nações. Trabalhai por essa que há de ser a salvação nossa. Mas não buscando os salvadores. Ainda vos podereis salvar a vós mesmos. Não é sonho, meus amigos: bem sinto eu, nas pulsações do sangue essa ressurreição ansiada. Oxalá não se me fechem os olhos, antes de lhe ver os primeiros indícios no horizonte. Assim o queira Deus” (Rui Barbosa. Oração aos moços).

²¹⁴ Op. Cit. pág. 15

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVIN, Maria Cristina de Souza. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Constitucional do Trabalho*. Mestrado em Direito Constitucional pela PUC/SP, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.

BALERA, Wagner. (coord.) *Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2^a ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BALLESTEROS, Jesús. *Derechos Humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos, 1992.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em www.oab.org.br/editora/revista

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. Saraiva, 2000.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. (org.) *Direitos Humanos, Democracia e República. Homenagem à Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração: emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no Diálogo Constitucional e Regional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BUCCI, Daniela; SALA, José Blanes; CAMPOS, José Ribeiro de (coords.). *Direitos Humanos: proteção e promoção*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; LEITE, José Rubens Morato. (org.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIREITO, Carlos Alberto; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DORIA, Sampaio. *Direito Constitucional. Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. 3ª ed. Civitas, 2009.

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

FARIA, José Eduardo. (org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo y Defensa Penal o sobre La Defensa Pública*. IX Reunión Anual Del Ministerio Público de La Defensa y III Encuentro Nacional Del Ministerio Público de La Defensa. Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 23 de noviembre de 2005.

_____. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007.

GADOTTI, Moacir. *Perspectivas atuais da Educação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil: Direito Fundamental*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____; PIOVESAN, Flávia. (orgs) *Direitos Humanos, Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v.7.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; PIOVESAN, Flávia. (coords.) *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. *Os Quatorze Princípios*. Revista da OAB-SP, 93ª subseção de Pinheiros.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista. *(Re)pensando o Direito. Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio de Cicco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

GRINOVER, Ada Pelegri, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, G. *Reforma y Mutacion de la Constitucion*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

JUNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social*. Curitiba: Juruá, 2008.

KAFKA, Franz. *O Processo*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LEAL, César Barros; MUÑOZ, Soledad García. (org.) *Acesso à Justiça e Segurança Cidadã*.: Tomo I. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. Bahia: JusPODIVM, 2010.

LUCCA,Newton de;MAYER-PFLUG,Samantha Ribeiro;NEVES,Mariana Barboza Baeta. (coords.) *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010.

MALHEIROS, Antonio Carlos;BACARIÇA, Joseohina;VALIM,Rafael. (coords.) *Direitos Humanos: desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCATO, Antonio Carlos. (org.) *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARCILIO, Maria Luiza;PUSSOLI, Lafaiete. (coords.) *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998

MELO, Larissa Weyne Torres de. *A Defensoria Pública como meio de Acesso do Cidadão à Justiça*. Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, 2007.

MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, Violência e Injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MERTON, Thomas. *Homem algum é uma ilha*. Trad. Timóteo Amoroso Anastácio. Campinas: Verus Editora, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coords.) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2001.

MORAES, Alexandre de. (coord.) *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 1998.

NOVELINO, Marcelo. (org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2008.

NUNES,Luiz Antonio Rizzatto . *O Princípio Constitucional Da Dignidade Da Pessoa Humana Doutrina E Jurisprudência*. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

NUNES JÚNIOR, V. S. . *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PAGLIARINI,Alexandre Coutinho;DIMOULIS,Dimitri. (coords.) *Direito Constitucional dos Direitos Humanos*.Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIMENTA.Paulo Roberto Lyrio.*Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN,Flávia.*Temas de Direitos Humanos*.6^a ed.São Paulo: Saraiva, 2013.

_____.*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____.*Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUARESMA,Regina;OLIVEIRA,Maria Lúcia de Paula;HUALDE,Alejandro Pérez.*Neoconstitucionalismo*.1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS,André de Carvalho.*Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*.3^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (orgs.) *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2014.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Direito Educacional. Educação Básica e Federalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Professora Maria Garcia*. São Paulo: Thomson IOB, 2007.

RIBEIRO, Maria de Fátima. (coord.) *Direito Internacional dos Direitos Humanos: estudos em homenagem à Prof. Flávia Piovesan*. Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. *Concretização de Direitos Fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho “ainda” a ser trilhado*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais, Ano 17, julho-setembro 2009, número 68, pág. 220-245.

SADEK, Maria Tereza. (org.) *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

_____; *Judiciário: Mudanças e Reformas*. Estudos Avançados. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. 2ªed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____;CHAUÍ,Marilena.*Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento*.São Paulo: Cortez Editora,2013.

SARLET.Ingo Wolfgan. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____.*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____;MARINONI,Luiz Guilherme;MITIDIERO,Daniel.*Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____.*Direito Ambiental Constitucional*.2ªed,revista.São Paulo:Malheiros,1995.

SOUSA,José Augusto Garcia de.*A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO,Cláudio Pereira de;SARMENTO,Daniel.*Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013

SUNDFELD,Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, Anísio. *Educação é um direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.