

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS.

XI CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS.

CONCURSO DE TESES

**“PENSANDO O SÉCULO XXI NA DEFENSORIA: SOBRE O CONTEÚDO DO
DIREITO AO DEFENSOR NATURAL”**

RENATA TAVARES DA COSTA

I- INTRODUÇÃO

Segundo o Edital do Concurso de Teses do XI Congresso Nacional da Defensoria, a ideia, de uma forma genérica, é pensar a Defensoria Pública para além da atuação individual que condicionou historicamente a criação das instituições jurídicas e do direito.

O mundo mudou desde a criação do estado nacional. Países se formaram, se separaram, o mundo conheceu os horrores das guerras coloniais e seu pico europeu em 1914 e 1939.

O direito internacional conheceu um novo ramo: o direito internacional dos direitos humanos. O direito deixou de ser somente individual, incorporando novos sujeitos como grupos sociais, povos originários e até mesmo a natureza¹.

Neste contexto, recordo-me de COUTURE e seus 10 mandamentos dos advogados: luta pelo direito, mas quando o direito contrariar a justiça, luta pela justiça². O grande processualista uruguaio, quebrando a dogmática jurídica anterior, já fazia a diferença entre direito e justiça.

Ainda falta diferenciá-los da lei.

O paradigma positivista de que o direito nasce com a lei vem sendo, nesse processo histórico, lentamente fulminado por todos os lados: criminalistas, civilistas, administrativistas e etc... Para tanto, muito colaborou toda a doutrina do Direito

¹ Segundo Pinto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como antecedente histórico o processo que culminou com as Declarações de Direito no Século XIX, mas como condicionante os horrores perpetrados pelas duas guerras. PINTO, Mônica. *Las Fuentes de Derecho Internacional en la era de la globalización*. 1ª Edição. Buenos Aires, Ed. Edeuba, 2009.

²COUTURE, Eduardo. Os 10 Mandamentos do Advogado. Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/833131>>. Acesso em 31 jul.2013.

Internacional dos Direitos Humanos e a Jurisprudência dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos.

E não poderia ser diferente: o “império da lei” corolário do estado de direito sofreu grande impacto com a experiência europeia que antecedeu a Segunda Guerra. O Estado Nazista também era um estado de direito regido sobre o império da lei!

Também a desconstrução do estado nacional que impunha aos povos um território, uma língua, uma cultura sobre a opressão da idéia de nação. A lei, enquanto direito, nasce aí, a fim de regular a ficção da homogeneidade das pessoas³.

A luta pela afirmação das diferenças se contrapõe a quase tudo no estado nacional e o direito internacional dos direitos humanos é a demonstração mais clara de que uma lei geral não pode regular a diversidade que impera no mundo.

Assim, o direito substitui a lei, nas declarações de direito humanos, nos pactos, nos sistemas internacionais e, por fim, nos estados nacionais.

Neste contexto, o objetivo deste trabalho seria analisar grosso modo, o conceito do direito ao defensor natural e os limites de este conteúdo para a efetivação do acesso a justiça a partir de dois casos concretos.

II- SOBRE O CONCEITO DE DEFENSOR NATURAL

³ *Um bom exemplo é a questão dos povos originários. A noção de estado nacional teve impacto muito negativo na incorporação dos povos originários a cultura branca, católica do colonizador europeu. A America Latina é o grande exemplo. A questão indígena demonstrou que num determinado território não existe um só povo, uma só cultura. Neste contexto, ao reconhecer o direito dos povos indígenas, os estados nacionais reconhecem também o direito a autodeterminação que inclui o poder de fazer o direito e julgar. Viveiros de Castro, Eduardo. Encontros: entrevistas organizadas por Renato Sztutman. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2008.*

Diante da atual conjuntura mundial, não se pode negar que a velha forma do direito pensado na lei, fruto do estado nacional está sendo cotidianamente desconstruída, passando à era do direito relacionada a pessoa humana.

Também a Defensoria sente este processo e o marco legal (por mais contraditório que possa ser!!!) foi a Lei Complementar nº 132 que fez modificações importantes na Lei Complementar nº 80.

Para BURGUER e BALBINOT, se a gênese da defensoria está ligada a prestação de assistência judiciária, íntima da atuação individual, a LC 132 inaugura uma nova era onde ao considerar a instituição expressão e instrumento do regime democrático, impõe-lhe o dever de promover a inclusão social das classes mais desfavorecidas⁴. Como explica SADEK, “as possibilidades de inclusão passam necessariamente por políticas voltadas para a efetivação de direitos. Não se trata de sensibilizar para a caridade, mas para a construção da cidadania”⁵.

Deixando de ser a instituição dos pobres para ser a instituição dos cidadãos, a LC 132 estabelece que:

*Art. 4º-A. São **direitos dos assistidos da Defensoria Pública**, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: **IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural.***

Resta saber, agora, o que significa o defensor natural.

⁴ BURGUER, Adriana e BALBINOT, Christine. **A nova Dimensão da Defensoria Pública a partir das Alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94**. In: SOUSA, José Augusto Garcia(Coord.) *Uma nova Defensoria Pede Passagem: reflexões sobre a lei complementar 132/2009*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

⁵SADEK, Maria Tereza. **Defensoria Pública: um agente da igualdade** In: SOUSA, José Augusto Garcia(Coord.) *Uma nova Defensoria Pede Passagem: reflexões sobre a lei complementar 132/2009*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

A origem encontra-se na evolução das garantias judiciais, especificamente no direito de não ser julgado por um tribunal criado após o fato, isto é, a vedação do tribunal de exceção.

Com efeito, a doutrina processualista desenvolve o conceito de jurisdição, função de dizer o direito e resultado do processo histórico que divide o poder central em diversos poderes com funções definidas. Assim, na intenção de subjugar o poder executivo, desenvolveu-se toda uma teoria sobre a independência e autonomia do judiciário.

Conjugando estas ideias, a doutrina nacional é unanime em entender como juiz natural o magistrado investido pela Constituição e pela lei, isto é, a preexistência do órgão⁶.

Segundo DINAMARCO, o conceito de juiz natural carrega o trinômio: ser julgado por um juiz e não por outros funcionários; a preexistência do órgão judiciário; por fim, a competência do juiz estabelecida por lei ou pela Constituição Federal- indicação taxativa das causas em que ele pode atuar⁷.

Assim sendo, Defensor Natural é aquele investido na função por concurso público, designado para atuar num órgão como titular.

III-LIMITES E POSSIBILIDADES DESTE CONCEITO: OS CASOS

1ª HIPÓTESE: O Caso da Associação de Radio Paraíso. São João do Paraíso é distrito de Cambuci, município localizado no noroeste do estado do Rio de Janeiro. Dista mais ou menos 30 km da sede do município e a maioria das estradas que levam até lá não possuem asfalto. Segundo dados da Prefeitura da Cidade, “Paraíso”, como

⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. VOL I. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. Pag. 204.

⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *Idem*.

é conhecida, possui mais ou menos 5.000 pessoas, estando a maioria na zona rural. Esta região do estado, durante muito tempo sofreu com as chuvas de janeiro. Mas no início de ano de 2012, as águas foram mais fortes e deixaram um rastro de devastação desalentador. Muitas pessoas morreram e outras milhares ficaram desabrigadas perdendo tudo ou quase tudo que tinham⁸. Neste contexto, o representante da Radio Comunitária da região procurou o órgão da Defensoria Junto à Vara única da Comarca de Cambuci pois agentes fiscalizadores da Anatel, haviam encontrados algumas irregularidades no aparelho transmissor. Ocorre que justo naquele momento, com a região devastada pelas chuvas, para muitas famílias, principalmente as situadas na zona rural, aquela radio era a única forma de comunicação mais localizada. Através das notícias veiculadas, rapidamente as pessoas sabiam como estavam seus parentes, as condições das estradas dentro dos municípios, os programas de atendimentos, enfim, fazendo chegar rapidamente a todos as últimas notícias bem localizadas. Para completar, as estradas que ligavam Paraíso às comarcas onde havia sede da Justiça Federal estavam interditadas. O único caminho era Cambuci. Diante deste quadro, propus uma ação ordinária com pedido de antecipação de tutela para anular o ato administrativo que desligou o transmissor na justiça estadual. Para tanto, entendi que tal hipótese estaria prevista no §3º do Art. 109 da Constituição Federal:

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, **sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.**

⁸GI NOTÍCIAS. Disponível em < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/01/chuva-deixa-3-mortos-e-mais-de-3-mil-desalojados-no-rj-diz-defesa-civil.html>>. Acesso em 3 jul, 2013.

Infelizmente, o juiz entendeu que não era caso previsto na hipótese constitucional e declinou a competência. A ação ainda tramita na Justiça Federal. O problema técnico da radio foi solucionado.

2ª) HIPÓTESE: Quando o juiz declara o impedimento do Defensor.... Em janeiro assumi a titularidade no Tribunal do Júri- 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias. Neste mesmo mês, fui nomeada pelo juiz da 2ª Vara Criminal para atuar na defesa de mais ou menos 7 réus num processo que tramitava naquele juízo originado numa operação da polícia federal que investigava o envolvimento de policiais militares com traficantes. A nomeação deu-se pois, a juíza entendeu que os defensores das varas singulares, por sempre atuarem nos processos de tráfico de drogas cujas testemunhas eram sempre os policiais, não poderiam defende-los agora. Ela reconheceu o impedimento, ela declarou o impedimento, afastou o defensor natural. Não teria escolhido o defensor?

Assim, no primeiro caso, o conceito de defensor natural, na forma como foi historicamente construído para os juízes, deixaria a parte sem acesso ao judiciário. Em casos assim, o direito ao defensor natural deve ser interpretado de forma abrangente para entender que no caso de completa impossibilidade de acesso a um defensor e tendo em vista uma possível violação de um direito humano fundamental, a atribuição deve ser prorrogada.

No outro caso apresentado, o conceito de defensor natural aparece como uma garantia do usuário da Defensoria Pública. Assim, considerando independência e a autonomia da defensoria e do defensor, os casos de impedimento devem ser determinados pelo Defensor Geral, ouvindo os Defensores envolvidos.

Primeiramente pois ao declarar o impedimento dos defensores das varas singulares, desconsiderou que a defesa no processo penal é uma das atividades fim da defensoria. O mesmo defensor pode atuar em diversos processos na defesa do mesmo acusado. A vedação é a representação, no mesmo processo, de acusados em confronto de defesas.

Depois pois, foi uma decisão tomada sem a oitiva dos defensores envolvidos. Assim, o poder judicial escolheu o advogado dos acusados, desrespeitando a independência da Defensoria como instituição e do defensor público.

Neste sentido, o conceito de Defensor Natural não pode ser interpretado da mesma forma que o de juiz natural. Ele deve sair dele- a preexistência do órgão e a definição por lei e a investidura, mas deverá estar preparado para possíveis prorrogas na iminência da violação de direitos humanos⁹.

IV- CONCLUSÃO

No contexto atual, a crise do estado moderno desemboca na crise do direito e o “império” da lei. A aspiração de tentar reunir todos os conflitos com normas gerais e abstratas vem sendo sistematicamente substituída pela aplicação do direito ao caso concreto.

Para tanto, muito influenciou a doutrina e a jurisprudência do direito internacional dos direitos humanos. Principalmente no confronto entre a lei do estado soberano e o direito em razão da condição de ser humano.

⁹ Neste sentido, concordando com a tese defendida por José de Almeida Junior, Defensor Público do Distrito Federal no Congresso Nacional de Defensores Pública. ALMEIDA JUNIOR, José. *O Princípio do Defensor Natural: Definição, Limites e Previsão Legal*. Tese defendida no Congresso de Defensores Públicos.

A afirmação destes direitos reflete imediatamente nos estados soberanos, principalmente nos latino americanos e a condição de pobreza de uma boa parte de sua população.

Neste contexto, a Defensoria aparece como uma “agência de cidadania”¹⁰, com o dever de promover a inclusão social destas pessoas através da afirmação de seu direito. Essas responsabilidades foram incluídas na Lei Complementar nº 80 pela LC nº 132.

Dentre as inovações, um rol de direitos dos usuários da Defensoria Pública. Entre eles, o direito ao defensor natural.

A idéia de defensor natural guarda estreita relação com a de juiz natural. Conceito este construído a partir da absoluta proibição de tribunal de exceção. Assim, a preexistência do órgão, a investidura da pessoa e um rol taxativo de atuação.

O transplante literal destes elementos para o conceito de defensor natural pode chegar ao limite impedir o acesso do assistido ao poder judicial, como no caso da Radio Comunitária. Mas a ausência completa leva a submissão da Defensoria Pública ao poder Judicial ou a outros poderes, afetando a independência da instituição e, conseqüentemente, a defesa eficaz do usuário.

Assim sendo, o defensor natural deve ser pensado a partir da idéia do juiz natural. No entanto, deve ceder no caso de grave violação dos direitos humanos.

¹⁰ SOUSA, José Augusto Garcia(Coord.) *Uma nova Defensoria Pede Passagem: reflexões sobre a lei complementar 132/2009*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS:

ALMEIDA JUNIOR, José. **O Princípio do Defensor Natural: Definição, Limites e Previsão Legal.** Tese defendida no Congresso de Defensores Públicos

BURGUER, Adriana e BALBINOT, Christine. **A nova Dimensão da Defensoria Pública a partir das Alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94.** In: SOUSA, José Augusto Garcia(Coord.) *Uma nova Defensoria Pede Passagem: reflexões sobre a lei complementar 132/2009.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

COUTURE, Eduardo. Os 10 Mandamentos do Advogado. Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/833131>>. Acesso em 31 jul.2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. VOL I.* São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. Pag. 204.

GI NOTÍCIAS. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/01/chuva-deixa-3-mortos-e-mais-de-3-mil-desalojados-no-rj-diz-defesa-civil.html>>. Acesso em 3 jul, 2013.

PINTO, Mônica. **Las Fuentes de Derecho Internacional en la era de la globalización.** 1ª Edição. Buenos Aires, Ed. Edeuba, 2009

SADEK, Maria Tereza. **Defensoria Pública: um agente da igualdade** In: SOUSA, José Augusto Garcia(Coord.) *Uma nova Defensoria Pede Passagem: reflexões sobre a lei complementar 132/2009.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

SANTANA, Carolina Ribeiro. **Pacificando o direito: desconstrução, perspectivismo e justiça o direito indigenista.** Dissertação de mestrado. PUC- PONTIFÍCIA Universidade Católica. Departamento de Direito.

SOUSA, José Augusto Garcia(Coord.) **Uma nova Defensoria Pede Passagem: reflexões sobre a lei complementar 132/2009.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Vol I. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Encontros: entrevistas organizadas por Renato Sztutman.** Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2008