

INTRODUÇÃO

A criação de comissões parlamentares de inquérito, notícia de prisão e imputação de crime a integrantes dos movimentos sociais, projetos de lei que visam criminalizar a ação de organizações pela defesa de direitos humanos, demonstram que está em andamento um processo de sufocamento dos movimentos sociais por meio da utilização inapropriada de mecanismos legais.

Assim, partindo da premissa de que os movimentos sociais vêm enfrentando um processo de continua criminalização, busca-se, neste artigo, por meio de pesquisa bibliográfica, soluções que possam minorar injustiças na forma como são vistos e tratados ativistas - até então reconhecidos como inimigos do Estado -, por meio da ampliação da esfera defensiva.

O tema foi delimitado ao estudo dos movimentos sociais que tem em seu amago a defesa do direito à moradia e acesso à terra, bem como as soluções aqui são buscadas para uma atuação frente ao Poder Judiciário.

O primeiro tópico trará elementos fáticos que apontam para criminalização dos movimentos sociais. Em seguida, será abordado a imputação mais comum as ocupações de imóveis, o crime de esbulho possessório, e as implicações da ausência de análise pelo juízo criminal de questões que estão afetas ao direito civil e constitucional - a análise da posse sob o enfoque do direito fundamental à moradia e da função social da propriedade.

A hipótese apresentada neste artigo para um necessário combate a indevida utilização da justiça como mecanismo de controle e desvanecimento de vozes e lutas, ocorre por meio da ampliação da defesa em juízo com a efetivação do instituto do custos vulnerabilis nos processos penais em que figurem como réus partes que lutam em defesa do direito de habitar.

A partir da missão da Defensoria Pública, instituição que tem a função de efetivação do acesso à justiça, bem como diante do status constitucional que detém de, como expressão e instrumento do regime democrático, promover os direitos humanos, que aparece a figura dos custos vulnerabilis.

O custos vulnerabilis tem como missão reequilibrar a relação processual, além de incidir na criação de precedentes, sempre em defesa de grupos vulnerabilizados.

1 – CRIMINALIZAÇÃO DA QUESTÃO POSSESSÓRIA

1.1 – Movimentos Sociais

O acesso à terra e à moradia sempre foram privilégios de poucos no Brasil, situação que teve início com a construção da identidade brasileira. Já no período das Sesmarias a luta pela terra era uma realidade dos pequenos posseiros que visavam garantir um quinhão de terra para sobrevivência, do outro lado estavam os grandes fazendeiros que buscavam ampliar suas posses (MOTTA, 1998).

No meio rural os latifúndios e a exploração das riquezas ambientais por empresas e agronegócio estão no cerne da negação da divisão equitativa da terra. Apesar da previsão constitucional da reforma agrária o processo de assentamento é lento, muito provocado pelo poder econômico que o coíbe, pelo desmonte da estrutura do INCRA, que não possui servidores suficientes, o que fomenta os conflitos e as ocupações em terras improdutivas.

No meio urbano, a crise imobiliária é uma situação continua que assola grandes e médias cidades brasileiras, os assalariados não têm meios financeiros de acessar a moradia, a ocupação irregular na maior parte das vezes se torna a única opção.

Diante da desigual distribuição territorial e da negação de direitos fundamentais, movimentos sociais lutam pelo acesso à terra e à moradia, reivindicando o cumprimento de direitos suprimidos.

Todavia, a luta pela justa distribuição de terras e moradia toca em ponto sensível, a preservação da propriedade privada. O medo real do latifundiário de terras improdutivas e do especulador imobiliário é transmitido para a classe média, que muito pouco tem a temer, vez que ou não é proprietária ou na maioria das vezes tem seu bem garantida pelo cumprimento da função social da propriedade. O vulnerável socioeconômico que ocupa o imóvel vazio para transformar em lar é considerado como o outro, o invasor, o criminoso, o que está à margem da sociedade, como tal deve ser punido.

A propagação deste medo pouco racional tem suas bases na ação da mídia. Segundo Zaffaroni (2013, p. 131), ao tratar da criminologia midiática, os meios de comunicação têm o poder de criar delinquentes, propagar o medo, tornam aceitável e até desejável a repressão a certos grupos, *“cria uma realidade que gera tal pânico na sociedade a ponto desta reclamar uma repressão enorme, esta terá de ser feita, porque é necessária para normalizar a situação e reequilibrar o sistema.”*

As consequências são refletidas na repressão aos integrantes de movimentos sociais, que partem de todos os poderes, os quais utilizam do aparato de repressão estatal validado pelo Judiciário.

Assim é que se vê projeto de lei tramitando perante o poder legislativo que tem clara intenção de criminalizar movimentos sociais (PL 732/2022). A ação dos movimentos passa a ser investigada como ato criminoso, a Câmara dos Deputados instaura Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar o MST¹. Na mesma linha a Assembleia Legislativa de São Paulo apresentou em 2023 proposta de instauração de Comissão Parlamentar para apurar ocupações de imóveis realizadas por movimentos sociais (SETO, 2023), com idêntico objeto a Assembleia Legislativa de Curitiba, em 2007, instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar ocupações de imóveis realizadas por movimentos sociais.

O direito penal é utilizado para intimidar dirigentes dos movimentos sociais. Em fevereiro de 2023 dirigentes do Movimento Nacional de Luta pela Moradia (MNLN) foram detidos em Olinda/PE (ARAUJO, 2023), em junho de 2019 são emitidos 9 mandados de prisão em São Paulo contra lideranças dos movimentos CMP (Central de Movimentos Populares), FLM (Frente de Luta por Moradia) e UMM (União dos Movimentos de Moradia) (VASCONCELOS, 2019), advogados do movimento são detidos (TERRA DE DIREITOS, 2014).

O órgão de defesa e promoção de direitos humanos, o Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), em missão realizada no Estado de Goiás, relata a repressão aos que defendem o direito de morar, a estes são imputados crimes, utilizada a força policial sem qualquer ordem judicial, negado o acesso a políticas públicas com o fito de intimidar (2022).

A utilização do aparato estatal contra os movimentos sociais se dissemina país a fora, o direito penal desempenha o papel de eliminar os indesejáveis escolhidos pelos poderes que ditam as regras, Nilo Batista (BATISTA, p. 116) explica esta dinâmica:

Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do direito penal.

O Estado brasileiro escolheu os que não tem onde morar como o inimigo penal para punir e extirpar². Nessa dinâmica alguns tipos penais são escolhidos para excluir o indesejado envolvido em conflitos fundiários.

¹ Informações sobre a CPI instaurada disponíveis no site: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/57a-legislatura/cpi-sobre-o-movimento-dos-trabalhadores-sem-terra-mst#propostas-em-tramitacao>

² Zaffaroni pontifica que o inimigo penal é “aquele que é punido só em razão de sua condição de entre perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação de direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferentes do da pena, e sem

1.2 – Esbulho possessório

Apesar de uma variedade de tipos penais (violação de domicílio; alteração de limites; dano; apologia de crime ou criminoso; quadrilha ou bando; resistência; desobediência e exercício arbitrário das próprias razões)³ que são utilizados com o intuito de criminalizar os movimentos sociais, no caso específico dos que lutam pela moradia o mais comum é o esbulho possessório, que tem seu paralelo, quando se trata de terras públicas, no crime tipificado no artigo 20 da Lei n. 4.947/66. Dessa feita, traremos questões que não podem estar afastadas da discussão do tipo penal quando envolve ocupantes que buscam moradia ou reforma agrária.

Dentro do título referente aos crimes contra o patrimônio do Código Penal consta, ao tratar da usurpação, a tipificação do crime de esbulho possessório, consistente na conduta de invadir “*com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório*”⁴, cuja pena é de detenção, de um a seis meses e multa.

Todavia, o Código Penal, editado em 1940, comporta leituras contemporâneas de acordo com as mudanças sociais e, a partir desta, as transformações sofridas no ordenamento jurídico. A primeira questão que se traz é que o artigo do código penal não pode ser lido de forma isolada, sem que se faça cotejo com a Constituição Federal e normas que tratam de domínio e posse.

O objeto do tipo delitivo consiste no esbulho da posse de imóvel. Para que ocorra a conduta delitiva, destarte, o esbulhado tem que ter legítima posse sobre o bem.

A questão a ser discutida é se a posse dos supostos esbulhadores pode ser tida como ilegal, para tal a análise da consecução do delito depende da avaliação do direito fundamental à moradia e do cumprimento da função social da propriedade e da posse.

A proteção do imóvel contra terceiros depende de ele estar cumprindo sua função socioambiental, requisito que acompanha a propriedade, de acordo com a Constituição Federal.

prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplo.” (O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição, 2007, p. 25)

³ A exemplo os líderes dos movimentos pela moradia que ocupavam o edifício Wilson Paes Leme em São Paulo, edifício que desabou em maio de 2018, foram acusados da prática do crime de extorsão, posteriormente absolvidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal nº 0001692-88.2017.8.26.0050).

⁴ Artigo 161, § 1º, II do Código Penal.

Por sua vez, no âmbito da propriedade urbana, conforme estabelecido no Estatuto da Cidade, a função social é cumprida desde que atendida às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. No que concerne aos imóveis rurais a caracterização do que se considera função social está expressa na própria Constituição Federal.

Ainda, não se pode ignorar a necessária comprovação do cumprimento da função social da posse, que mais do que destinação útil à propriedade, tem relação direta com a função que o bem imóvel vai desempenhar na concretização de um mínimo existencial ao possuir, seja por meio da moradia ou trabalho. Nesse sentido, vale trazer os esclarecimentos de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2008, p. 42):

“Resumindo, a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.”

Deste modo, tem-se que levar em consideração o direito fundamental à moradia, o qual os acusados pela prática delitiva têm reiteradamente violado quando lhes é negado o direito ao habitar, a questão que se impõe é dimensionar se quando ocorre a ocupação para efetivação de uma necessidade humana básica não se estaria diante de uma excludente de ilicitude.

Portanto, os elementos – direito à moradia, função socioambiental da propriedade e função social da posse -, que a princípio estão além de análise da jurisdição penal, devem ser considerados para tipificação, o que inviabiliza o cumprimento de ações policiais com o fito de interromper a prática do suposto crime ante a justificativa de se tratar de delito continuado sem que se tenha feito a análise da legitimidade da posse.

Destarte, a ausência do cumprimento da função socioambiental do imóvel leva a perda do seu título justificativo e, conseqüentemente, afeta as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse.

Da mesma forma, não há cumprimento da função social da posse quando esta está dissociada da concretização do princípio da dignidade humana irradiada por uma posse qualificada pela moradia ou pelo trabalho.

Assim, para caracterização do tipo penal de esbulho possessório imprescindível que se analise a existência de título justificativo da posse pelo suposto proprietário.

Para além, a questão do direito de reivindicar faz parte da análise da tipificação da conduta. Não se pode deixar de destacar o voto do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro no HC 5574/SP, em caso envolvendo ocupação realizada pelo MST, afirmando o Ministro que as reivindicações de reforma agrária estão longe de configurar crime contra o patrimônio, mas sim configuram-se legítima manifestação em face de um direito negado,

A Constituição da República dedica o Capítulo III, do Título VII, à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização. Na ampla arca dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais. A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político da sociedade, de outro gera direitos. É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente. Reivindicar, por reivindicar, insista-se é direito. O Estado não pode impedi-lo. *Modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o princípio da proporcionalidade tão ao gosto dos doutrinadores alemães. A postulação da reforma agrária, manifestei, em *Habeas Corpus* anterior, não pode ser confundida, identificada com o esbulho possessório, ou a alteração de limites. Não se volta para usurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito. Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado há anos vem remetendo a implantação da reforma agrária. Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o patrimônio. Indispensável a sensibilidade do Magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.

O que se verifica, na prática, e que tal análise não é realizada, bem como, com o fito de interromper a suposta prática delitativa medidas policiais são tomadas, sem que o investigado tenha chance de trazer a juízo suas alegações.

2 - DEFENSORIA PÚBLICA

O modelo de prestação de assistência jurídica qualificado e forte, que tenha instrumentos para enfrentar os obstáculos que se impõe para efetivação de direitos, incluindo o enfrentamento do próprio Estado, é fundamental para a dignificação de milhões de pessoas excluídas do sistema e concretização da justiça social. A ONU na Declaração de Joanesburgo sobre a implementação dos princípios e diretrizes das nações unidas sobre o acesso a assistência jurídica em sistemas de justiça penais, realizado de 24/26 de junho de 2014 na cidade de Joanesburgo, aponta para os riscos de um país que não tenham um sistema de assistência jurídica efetivo:

Without access to effective legal representation millions of poor, vulnerable, and marginalised persons face the risk of arbitrary, extended, or illegal pre-trial detention, as well as torture, coerced confessions, wrongful convictions, social stigma, detrimental impacts on health and livelihood and other abuses. In this regard, these groups also have many unmet legal needs in civil matters, which need to be addressed. We acknowledge that in postconflict and developing countries people who are provided free legal aid and representation are less apt to resort to non-lawful self-help alternatives and thereby, avoid situations which erode security and lead to conflict.

No Brasil a assistência jurídica é prestado por meio da Defensoria Pública, criada formalmente na Constituição Federal de 1988, a qual a reconheceu como “*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.*”⁵ Difere dos modelos anteriores de prestação de assistência jurídica, visto que aqueles tinham viés meramente assistencialista, já a função primeira da Defensoria Pública é com a efetivação do acesso à justiça.

É de se dizer que a partir da Emenda Constitucional n. 80/94 a Defensoria Pública passou a ter novo status constitucional, lhe coube a incumbência, como expressão e instrumento do regime democrático, da promoção dos direitos humanos.

Em sendo função essencial à justiça, instrumento do regime democrático, cabe contribuir para o cumprimento dos objetivos fundamentais, em especial a erradicação da pobreza, redução de desigualdades e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Sergio Luiz Junkes (2005) aponta que a função precípua da Defensoria Pública e do Defensor Público é a promoção da justiça social, cabendo a instituição o rompimento de barreiras que impeçam o vulnerabilizado de alcançar seus direitos.

No campo do sistema de justiça a realização da justiça social pela Defensoria Pública se dá: ao garantir que os vulnerabilizados reivindiquem seus direitos perante o Poder Judiciário, permitindo que tenham acesso à jurisdição, sendo esta fonte de justiça social; viabilizando que as partes sejam ouvidas, reduzindo os desequilíbrios sociais, portanto, ao afiançar o contraditório a jurisdição será capaz de produzir justiça social, além de alcançar o desiderato de pacificação social, já que somente a efetiva participação é capaz de levar a aceitação das decisões judiciais e; na medida em viabiliza o direito subjetivo a ação, reduzindo o desequilíbrio social, promovendo a igualdade das pessoas em dignidade,

⁵ Artigo 134 da CRFB/88

liberdade e oportunidade (dignidade de poder exercer seu direito de ação, liberdade de poder ter sua voz ouvida e oportunidade com a remoção de eventuais obstáculos ao crescimento pessoal) (JUNKES, 2005).

De tal modo, a Defensoria Pública, como agente de transformação social, tem o indubitável papel de direcionar todos os seus esforços para a garantia da dignidade humana, por meio da concretização do mínimo existencial, seja na esfera judicial ou extrajudicial, rompendo barreiras para que se realize a justiça social. Para tanto, *“age como instrumento de justiça, capaz de desempenhar a função jurisdicional do Estado, não atuando somente em face do Poder Judiciário, mas como uma das formas de acesso a ele.”* (CAOVILLA, 2006)

Vale destacar, ainda, que a Constituição ao colocar a Defensoria Pública na posição essencial à justiça, igualou as prerrogativas da instituição às aquelas conferidas ao Ministério Público e ao órgão julgador. O acesso à justiça só se efetiva se as partes tiverem paridade de armas, órgão acusador e defensor tem que estar no mesmo patamar.

A simetria entre os órgãos também se depreende de uma interpretação sistemática da constituição, que em inúmeros dispositivos, de teor diversos, coloca as instituições de modo conjunto: artigo 21, XIII, que trata da competência da União para organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios; artigo 22, XVII que remete a competência privativa da União para legislar; artigo 33, que se refere a estrutura nos territórios; artigo 37, XI ao tratar do subsídio; artigo 48, IX que dispõe que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre matérias de competência da União, no caso, para organização administrativa, judiciária do Ministério Público e Defensoria Pública da União e dos territórios; artigo 61, ‘d’, que trata da atribuição privativa do Presidente da República para iniciativa de lei; artigo 235, VII, da investidura dos primeiros membros.

Por fim, há que se dizer que em um país marcado pela desigualdade social e econômica, em que os pobres, povos tradicionais, quilombolas, imigrantes, encarcerados, população LGBTQIA+, mulheres, deficientes e idosos são relegados a segunda categoria, o acesso à justiça dos vulnerabilizados, por meio de uma instituição forte e independente, é essencial para efetivação do regime democrático.

3 – CUSTOS VULNERABILIS

3.1 – Teoria da atuação como Custos vulnerabilis

Maurílio Casas Maia (2020, p. 131) conceitua custos vulnerabilis como a intervenção de terceiros de exclusividade da Defensoria Pública, de lastro constitucional e legal, em que atua em nome própria buscando, "*efetivar seus interesses públicos finalísticos, primários, em prol da efetividade de sua missão constitucional em favor dos vulneráveis.*"

São vários os eixos fundantes da teoria dos custos vulnerabilis, as quais traremos a seguir (OMMATI, 2021, P. 100).

A justificativa desta espécie de atuação é constitucional, visto que ao Estado Defensor cabe a defesa e promoção de direitos humanos dos necessitados, de acordo com o artigo 134, da CF.

Portanto, a missão institucional da Defensoria Pública é a defesa dos vulneráveis, ampliando, como tal, o acesso à justiça, essencial ao Estado democrático de direito. Acesso à justiça que somente será efetivo se as partes possuírem as mesmas paridades de armas no bojo do processo, suas vozes tiverem o condão de influir na decisão judicial.

“O acesso à ordem jurídica justa supõe, ainda, um corpo adequado de juízes com sensibilidade bastante para captar não somente a realidade social vigente, como também as transformações sociais” (WATANABE, 2019, p. 9), e a Defensoria Pública é instituição capaz de fazer esta conexão, trazendo aos autos a realidade dos excluídos. Assim, a atuação como custos vulnerabilis tem o objetivo de ampliar a voz dos vulneráveis, permitindo que, ao ocupar posição processual ativa, possa levar ao decisor as peculiaridades, necessidades e visões do grupo vulnerável.

Ainda, ao dispor sobre a missão institucional da Defensoria Pública, a Lei Complementar n. 80/94, no artigo 4º, incisos X e XI, estabelece que lhe cabe promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela e, no inciso XI do mesmo dispositivo, a exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos dos grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Portanto, dentro da missão institucional está a defesa dos grupos vulneráveis, não podendo jamais se furtar a cumprir seu dever constitucional.

Maurilio Casas Maia (2021, p. 129) afirma que há uma justificativa histórica para atuação como custos vulnerabiis, sendo que a Defensoria Pública herdou sua vocação interventiva de suas origens. Isto porque, a origem da Defensoria Pública vem da

Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro, a mesma carreira exercia o múnus de acusação pública e defesa pública, daí o caráter interventivo de defesa dos vulneráveis expressos da Constituição.

Além disso, Maia aponta que o instituto tem base na teoria garantista de Luigi Ferrajoli (2002). O fundamento do instituto, com base na teoria garantista de Ferrajoli, tem com o intuito ampliar as garantias processuais por meio da figura do Estado Defensor, com poderes idênticos ao do Ministério Público, que teria por escopo eliminar disparidades processuais. Vale dizer que o Defensor Público não substituiria o procurador constituído pela parte, mas junto com este ampliaria o contraditório e a ampla defesa.

A doutrina (GONÇALVES FILHO, 2020, p. 78) aponta, ainda, como justifica desta espécie interventiva a aplicação da teoria dos poderes implícitos, *“Se a Constituição outorga determinada atividade-fim significa dizer que também concede todos os meios necessários para a realização dessa atribuição (“teoria dos poderes implícitos”).”*

Assim, para alcançar o fim a que foi constitucionalmente atribuído, pode utilizar de todas as medidas necessárias para efetivação dos direitos dos vulneráveis.

Outra importante função da atuação como custos vulnerabilis consiste na formação de precedentes para grupos vulnerabilis.

Dessa feita, pode-se dizer que a justificativa da forma interventiva encontra guarida na necessidade de ampliar a participação democrática no processo, dando voz aos vulneráveis. No âmbito dos processos judiciais, o acesso à justiça somente será efetivado quando todos puderem participar, em relação de igualdade da relação processual, com atuações que possam influir na decisão judicial.

3.2 – Posição Processual

A atuação como custos vulnerabilis ocorre como terceiro interveniente, na qual vocaliza a ideia de pluralização do processo a uma comunidade de intérpretes, se de um lado o magistrado, apesar da imparcialidade, julga com toda sua carga valorativa, em um dos polos, em especial no processo penal, está o Ministério Público dotado de todos os meios para exercer sua função institucional, sendo mais do que necessário que se potencialize a voz dos vulnerabilizados.

Peter Häberle (2014, p. 46), ao tratar da pluralidade da comunidade de interpretes, afirma que o processo deve ser instrumento de ampliação de interpretação, com a inclusão de novos participantes:

Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam consequências especiais. Os instrumentos de informações dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.

Na mesma linha Lucas Resurreição (2020, p. 103) que aponta a essencialidade da participação da Defensoria Pública como terceiro interveniente como indispensável a consolidação dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito:

A atuação da Defensoria Pública como interveniente vai ao encontro da ideia de abertura e pluralização do processo a uma comunidade de intérpretes, favorecendo a consolidação dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, na medida em que fomenta a ampliação da efetiva participação de uma Instituição protetora dos direitos humanos na deliberação judicial sobre assuntos de relevância para pessoas em situação de vulnerabilidade.⁶

Portanto, a atuação como terceiro interveniente, em que a atuação se dá em nome próprio em defesa de interesses institucionais, ou seja, defesa do direito dos vulnerabilizados, ocorre com o fito de democratizar o processo. A atuação ocorre nos casos em que a decisão judicial pode ter repercussão direta ou pode formar precedentes de interesse dos vulnerabilizados.

Esta espécie de atuação pode ocorrer quando atua como *amicus curiae* ou *custos vulnerabilis*. Como *custos vulnerabilis* atuará na defesa do interesse dos vulnerabilizados, em nome próprio, assim, “*o fortalecimento das funções institucionais da Defensoria Pública permitem, hoje, falar-se em intervenção processual, como terceiro interessado, sempre que houver interesses em jogo referentes a pessoas em situação de vulnerabilidade.*” (SILVA, 2023, p. 303)

O Estado Defensor atuando como terceiro interveniente não substituirá o procurador constituído pela parte, mas com este se somará para amplificar a ampla defesa e o contraditório do cidadão vulnerabilizado. O *custos vulnerabilis* tem o mesmo poder processual atribuído ao advogado da parte, porém, não lhe cabe contrariar teses defensivas daquele, visto que não se trata de uma intervenção paternalista, mas comprometida com a ética tal qual exige a quarta onda renovatória de acesso à justiça (ECONOMIDES, 1999).

⁶ RESURREIÇÃO, Lucas. As posições processuais da Defensoria Pública. Revista de artigos Grupo de pesquisa sobre a Defensoria Pública. 1ª ed. Salvador: ESDEP. 2020. p. 103.

3.3 Atuação como *custos vulnerabilis* na defesa dos movimentos sociais de luta pela moradia

A criminalização dos movimentos sociais trata da escolha de reprimir efetuada pelo poder dominante contra os corpos indesejados que lutam por acesso a direitos que os detentores do poder gozam, Zaffaroni (2013, p. 180) enfatiza o uso do poder punitivo para hierarquizar:

Este poder punitivo sem controle foi sempre usado para verticalizar e hierarquizar as sociedades, como manifestamos reiteradamente, ou seja, para dotá-las de estrutura colonizadora. Por conseguinte, é natural que esta técnica, ou *governance*, tenha penetrado como uma torrente em todas as instituições sociais. A Inquisição precisou reforçar o patriarcado para assegurar a base da sociedade exércitoforme que em seguida foi lançada sobre a América e a África. Toda inquisição tende a hierarquizar e a produzir homogeneidade e conformismo; o ideal político de todo inquisidor é a colmeia de abelhas ou o formigueiro.

A ocupação de terras para o habitar, reivindicar direitos, é vista como crime cometidos por sujeitos considerados párias, não se pode negar estar-se diante de injustiças contra grupo determinado. Institutos jurídicos que descriminalizam a conduta tida como criminosa são ignorados, os ocupantes são tratados como criminosos sem chance de demonstrar o que alegam, a injustiça epistêmica é evidente (FRICKER, 2007).⁷ É com sua atuação contra majoritária que a Defensoria Pública busca demonstrar no caso concreto que a tipificação de certas condutas tem o condão de punir classes determinadas.

Portanto, no âmbito da criminalização dos movimentos sociais a atuação da Defensoria Pública na qualidade de *custos vulnerabilis* serve para combater e apontar a injustiças, a partir da ampliação do contraditório e da ampla defesa.

Além das já apontadas fragilidades que a sociedade imputa àquele que defende a terra, não há como se ignorar a vulnerabilidade frente ao Estado acusador, razão pela qual, com o intuito de garantia do equilíbrio estatal aparece a figura do *custos vulnerabilis*. Frente ao recrudescimento do aparelho repressivo, Cauê Bouzon Machado Freire Ribeiro (2021, p. 444) aponta a urgência desta forma de atuação da Defensoria Pública, “*O jogo do processo e*

⁷ Segundo Miranda Fricker (2007, 17/18) a injustiça epistêmica é gênero, o qual são espécies a hermenêutica e a testemunhal, “*La injusticia testimonial se produce cuando los prejuicios llevan a un oyente a otorgar a las palabras de un hablante un grado de credibilidad disminuido; la injusticia hermenéutica se produce em una fase anterior, cuando una brecha en los recursos de interpretación colectivos sitúa a alguien en una desventaja injusta en lo relativo a la comprensión de sus experiencias sociales.*”

da execução penal, está cada vez mais desequilibrado. Cabe aos Defensores Públicos, em sua luta diária servir como guardião dos vulneráveis.”

Ressalta-se que a atuação como custos vulnerabilis não visa se sobrepor a atuação do advogado da parte ou mesmo do Defensor Público, mas sim ampliar a defesa, *“Trata-se de uma atividade complementar, com o intuito de fortalecer os argumentos defensivos.”* (MUNIZ, 2021, p. 432)

Portanto, forjada na teoria garantista de Ferrajoli (2002, p. 467), a atuação como custos vulnerabilis visa preservar a igualdade dos cidadãos. O jurista italiano elabora a teoria da necessidade de o processo penal ter lado a lado figuras com pesos e poderes idênticos, se o Estado acusador tem um Ministério Público forte e atuante, de outro o direito de defesa do acusado é garantido por um Defensor Público com as mesmas armas da acusação, que não substituirá o advogado constituído, mas ampliará a defesa,

A segunda condição concerne à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação. A instituição dessa "magistratura" ou "tribuna da defesa" como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi proposta por Filangieri, por Bentham, e depois por Carrara e por Lucchini, sob o pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação às provas de culpabilidade integram funções do interesse não menos público de punição dos culpados e da colheita das provas a cargo da acusação. E claro que apenas desse modo seria eliminada a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa, e que confere ao processo, ainda mais que o segredo e que a escritura, caráter inquisitório. Obviamente, tal magistrado não só não deveria substituir o defensor de confiança, como deveria sustentá-lo como órgão complementar, subsidiário e subordinado às estratégias defensivas previamente selecionadas por este. Dotado dos mesmos poderes da acusação pública sobre a polícia judiciária e habilitado à coleta das contraprovas, ele garantiria todavia uma efetiva paridade entre as funções públicas da prova e aquela não menos pública da refutação. E asseguraria, além disso, contrariamente à hodierna função do "defensor público", uma efetiva igualdade dos cidadãos no exercício do direito de defesa. É fácil compreender que semelhante figura encontrará sempre a oposição corporativa da categoria dos advogados. Mas sem ela resulta comprometida a paridade de partes, que forma um dos pressupostos essenciais do contraditório e do direito de defesa.

Apesar da importância do âmbito de todo o processo penal, com relação a preservação de garantias daqueles que fazem parte de movimentos sociais em defesa da terra e moradia, conforme se viu anteriormente, a atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis é ainda mais imperiosa, inclusive no inquérito policial. Além disso, a defesa ultrapassa os limites do direito penal, sendo primordial que seja trazido ao Judiciário questões atinentes ao direito civil, como a discussão de posse e propriedade, além do direito de reivindicar.

No mais, a atuação também se mostra importante para auxiliar a criação ou evitar precedentes judiciais que terão influência para um grupo de vulnerabilizados, como bem pontua Gina Muniz (2021, p. 432/433):

Uma mera sub-representação do réu prejudicará não só a ele próprio, como também aos potenciais acusados que ocuparem posição processual semelhante, haja vista que a defesa não vai contribuir para formação de precedentes que refletirá efeitos para outros casos penais. A importância da atuação defensorial como custos vulnerabilis perpassa por toda a persecução penal.

No mesmo sentido Gonçalves Filho, Bheron Rocha e Maia (2020, p. 101) afirmam que no processo penal o custos vulnerabilis, além de reequilibrar a relação processual, tem papel essencial na formação de precedentes, *“além de impactar democraticamente na formação dos precedentes, surge no Direito Processual Penal para reequilibrar a relação processual entre cidadão e Estado – por suas esferas policial, ministerial e judicial.”*

A formação de precedentes favorável tem o condão de colocar em outro patamar o inimigo penal, o humanizando e trazendo seus pleitos – luta pelo direito fundamental à moradia e acesso à terra – ao centro do debate.

Destarte, a luta de milhões de brasileiros por direitos básicos não pode ser enquadrada com ato ilegal por aqueles que detém o poder e se beneficiam deste enquadramento.

A atuação da Defensoria Pública na qualidade de custos vulnerabilis tem o condão de, ampliando a defesa, auxiliar a tirar a venda para este pseudo inimigo, o trazendo para o lugar social que ocupa, em verdade, mais um cidadão vulnerabilizado que demanda que seus direitos individuais e sociais sejam efetivados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis se dá em nome própria buscando o cumprimento de sua missão constitucional de defesa dos vulnerabilizados.

A crescente criminalização de integrantes de movimentos sociais de luta e defesa pelo direito à moradia e acesso à terra é uma realidade que desponta, imperioso que se busque mecanismos para reequilibrar esta injusta relação.

Nessa seara, a atuação como custos vulnerabilis tem o potencial de trazer equilíbrio a desigual relação réu versus Estados, conforme bem esclarece a teoria garantista de Ferrajoli,

que aponta como necessária a figura de um Defensor Público, com atuação ao lado do procurador da parte.

Para além, esta defesa ampliada tem a intenção de participar na produção de precedentes que podem ter crucial importância para grupos vulnerabilizados, os quais a Defensoria Pública tem o dever legal de defender.

Busca a Defensoria, com o reequilíbrio da relação processual e na formação de precedentes favoráveis, combater injustiças, possibilitando que os integrantes de movimentos sociais deixem de ser vistos como os inimigos do sistema penal, e que a esfera penal incida de forma igual a todos os cidadãos, deixando de imputar a pecha de criminoso pelo simples fato do indivíduo não ter onde habitar.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gabriel. **Repressão contra as Ocupações 4 de Fevereiro e Hugo Chávez A Guarda Municipal e a Polícia Militar do Estado de Pernambuco, sob ordens da governadora, reprimiram Fortemente as Ocupações 4 de Fevereiro e Hugo Chávez.** Tribuna do Movimento. 16/2/23.

Assembleia Legislativa de Curitiba. CPI das Invasões volta a se reunir na segunda. Disponível em: <https://www.curitiba.pr.leg.br/informacao/noticias/cpi-das-invasoes-volta-a-se-reunir-na-segunda>

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988, Seção I, p. 1.

_____. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940, p. 23911.

_____. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984, p. 10227.

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1990, p. 13563.

_____. Lei Complementar n. 80 de 12 de janeiro de 1994. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 dez. 1994, p. 663.

_____. Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jul. 2001, p. 1.

_____. Lei n. 11.417 de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 dez. 2006, p. 1.

_____. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015, p. 1.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 5.574/SP, relator Ministro William Patterson, relator para acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 8/4/1997, DJ de 18/8/1997, p. 37916. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700102360&dt_publicacao=18/08/1997 Acesso em 15 jun. de 2023.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à justiça e cidadania**. 2 ed. rev. e ampl. Chapecó: Argos. 2006, p. 95.

CARVALHO, Sabrina Nasser. **A Defensoria Pública nos litígios coletivos de posse: propostas para a busca de um modelo procedimental mais garantista**. Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – Vol. 1 (2016)- . – São Paulo : EDEPE, 2016.

CHAVES JÚNIOR, Airto. **Além das Grades: A paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018

CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório da missão à Goiânia sobre o direito à moradia e ao território**. Brasília, dezembro de 2022.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia?** In: PANDOLFI, Dulce et. al. (org). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRICKER, Miranda. **Injusticia Epistémica**. Barcelona: Editora Herder. 2007.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. **Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP. Ano XI, n. 60, nov-dez-2014. Porto Alegre: Síntese. 2014.

JUNKES, Sergio Luiz. **Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social**. Curitiba: Juruá. 2005.

MAIA, Casas Maurílio. **Introdução (breve) ao custos vulnerabilis**. In.: CAMPOS, Adriano Leitinho (et. al). *(Re)Pensando custos vulnerabilis e a defensoria pública: por uma defesa emancipatória dos vulneráveis*. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Balnch. 2021, p. 37.

MAIA, Maurílio Casas. **Custos Vulnerabilis no Processo Penal**. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (org). O processo Penal Contemporâneo e a Perspectiva da Defensoria Pública. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 131.

MOTTA, Marcia Maria Menendes. **Nas fronteiras do poder. Conflito direito à terra no Brasil do século XIX**. Rio de Janeiro: Vício de leitura. 1998.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. **A importância da atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis para efetivação de um processo penal democrático**. In.: CAMPOS, Adriano Leitinho (et. al). (Re)Pensando custos vulnerabilis e a defensoria pública: por uma defesa emancipatória dos vulneráveis. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Balnch. 2021.

OMMATI, José Emídio Medauar (et. al). **“Custos vulnerabilis”: A missão protetiva e a intervenção da Defensoria Pública sob a perspectiva das teorias linguísticas**. In.: CAMPOS, Adriano Leitinho (et. al). (Re)Pensando custos vulnerabilis e a defensoria pública: por uma defesa emancipatória dos vulneráveis. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Balnch. 2021, p. 100.

ONU. UNODC. **Declaración de Johannesburgo sobre la Implementación de los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal**. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/2014_Johannesburg_Declaration_on_Implementation_of_UNPGLA.pdf. Acesso em 10 fev. 2023.

RESURREIÇÃO, Lucas. **As posições processuais da Defensoria Pública**. Revista de artigos Grupo de pesquisa sobre a Defensoria Pública. 1ª ed. Salvador: ESDEP. 2020.

RIBEIRO, Cauê Bouzon Machado Freire. **O Recrudescimento das regras penais e processuais penais e a necessidade de uma Defensoria Pública como custos vulnerabilis no Processo Penal brasileiro**. In.: CAMPOS, Adriano Leitinho (et. al). (Re)Pensando custos vulnerabilis e a defensoria pública: por uma defesa emancipatória dos vulneráveis. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Balnch. 2021.

ROLIM, Jordana de Matos Nunes. **A Atuação da Defensoria Pública como Custos Vulnerabilis em Ações Possessórias Multitudinárias**. Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – Vol. 1 (2016)-. – São Paulo : EDEPE, 2016. PP 45-66.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos Reais**. 5ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL. **Apelação Criminal nº 0001692-88.2017.8.26.0050**. Relator Desembargador Paulo Rossi. Decisão de 21 ago 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/carmen-absolvida.pdf> Acesso em 5 jun. 2023.

SETO, Guilherme. **Furtos de cabos e ocupações de sem-teto devem ser alvos de CPIs na Câmara de SP**. Legislativo municipal pretende escolher suas novas comissões nas próximas semanas. Jornal Folha de São Paulo, de 2 de abril 2023. <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2023/04/furtos-de-cabos-e-ocupacoes-de-sem-teto-devem-ser-alvos-de-cpis-na-camara-de->

[sp.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa](#) Acesso em 5 jun. 2023.

SILVA, DANIEL BETTANIN E. **A Defensoria Pública no exercício da função dialógica em direitos humanos: uma instituição amicus educationis**. In.: ADERMAN, William et. al (org.). Novo perfil de atuação da Defensoria Pública: (Re)descobrimo a missão constitucional. Brasília: Editora Sobredireito. 2023.

Terra de Direitos. **Polícia Militar de São Paulo agride e prende advogado da luta por moradia**. 10/7/2014. Disponível em <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/policia-militar-de-sao-paulo-agride-e-prende-advogado-da-luta-por-moradia/14938> . Acesso em 20 abr. 2023.

VASCONCELOS, Caê. **Quatro lideranças de movimentos de moradia são presas sob suspeita de extorsão em SP**. Ponte, 25/6/2019. Disponível em <https://ponte.org/nove-liderancas-de-movimentos-de-moradia-sao-presos-acusados-de-extorsao-em-sp/> Acesso em 20 abr. 2023.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça). Processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição, 2007.