

ENTRE INTOCÁVEIS, BUGRES E GAROTOS: O SISTEMA DE JUSTIÇA NA CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Ivanilda Figueiredo²

Resumo

Índia, Brasil e África do Sul possuem inúmeros grupos com déficits históricos na fruição de direitos fundamentais. Selecionei três através dos quais irei refletir sobre a efetividade destes direitos a partir da atuação do sistema de justiça.

Palavras-chave

IBAS (Índia, Brasil e África do Sul); sistema de justiça; direitos fundamentais.

Abstract

India, Brazil and South Africa have a large number of groups with lack of Access to fundamental rights. I will present three of them, one from each country for illustrate an analysis about how the justice system is working to provide fundamental rights for these type of group.

Keywords

IBSA (Índia, Brazil and South Africa); justice systema; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Os intocáveis são as pessoas na Índia consideradas impuras dentro de uma interpretação político-social corrente do sistema de castas. Este é o nome pelo qual foram identificados durante séculos. Hoje, utilizam para a auto-designação a alcunha *dalits*. Bugres

¹ Este texto tem por base parte da tese de doutorado da autora defendida em setembro de 2010 na Puc-Rio em banca composta por Flávio Comim, Eliane Junqueira, José Maria Gomez (orientador), José Ricardo Ferreira Cunha e Marcia Nina Bernardes. Diversos dados citados neste texto podem ser encontrados de forma mais detalhada na tese. Todos os textos citados de original em inglês foram traduzidos livremente pela autora. Julho de 2010.

² Doutora (PUC-Rio) e Mestre (UFPE) em Direito. É Coordenadora Geral da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e foi pesquisadora do IBASE. Email: ivanilda.figueiredo@gmail.com.

era um termo pejorativo utilizado em relação aos indígenas brasileiros, impingindo uma conotação de marginais. Garotos se refere ao modo como as crianças brancas sul-africanas se referiam a qualquer adulto negro à época do *Apartheid*. As crianças eram assim ensinadas a agir como forma de se demarcar uma posição social de supremacia.

Principiei com a utilização de nomenclaturas tão ofensivas a estas pessoas não por concordar com elas. Pretendo demonstrar como a violação de direitos fundamentais ocorria não só na negação de direitos por falta de políticas estatais, mas por uma prática social discriminatória que se entranhava nos mais diversos setores sociais e tornava a negação direcionada de direitos apenas parte de um pacote discriminatório vil.

Tecer uma rede protetora de direitos humanos/fundamentais tem sido o objetivo de inúmeros estudiosos e profissionais dos mais diversos campos do saber no pós-segunda guerra. Nos países do IBAS (Índia, Brasil e África do Sul) estes direitos se tornaram temas correntes, notadamente, a partir de suas atuais Constituições que demarcam a passagem para um ambiente democrático, no qual tais direitos têm reconhecido o status de primazia que lhes é merecido. Índia, Brasil e África do Sul passaram a se inserir no mundo internacional associados com os valores de direitos fundamentais exaltados não só em suas Constituições, mas nos diversos tratados internacionais dos quais fazem parte. Uma breve consulta a estas normas dos três países e aos tratados internacionais relativos a direitos humanos assumidos por estas nações, permite verificar que apesar de heranças tão diversas, os sistemas hoje se comunicam através de seu conteúdo material.³

No entanto, a efetivação destes marcos dentro de cada um desses estados ainda depende de um longo percurso que tem de ser traçado enquanto os valores fundamentais aos quais eles aderiram passam cada dia mais a serem contestados na prática pelas políticas anti-terror e anti-imigração nos países do Norte (GOMEZ, 2008, 282) e a própria liderança da ONU nestas questões é diuturnamente posta à prova. Colocar-se diante desta tensão enquanto se formam como líderes em suas respectivas regiões e tentam aderir aos padrões do “desenvolvimento” têm sido um grande desafio para esses três países.⁴

³ Consultar tratados em: <http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx>

⁴ Veja-se o exemplo do Brasil que assinou a maior parte dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem debatido internamente tais direitos através de diversas políticas e três Programas Nacionais de Direitos Humanos, porém acumula condenações no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (três condenações pela Corte nos últimos anos e um considerável número de negociações perante a Comissão de Direitos Humanos. Todas essas condenações se referem a violações praticadas já no período democrático.

Promover um diálogo entre eles nos quais se exponham os modos de tratamento dado por cada um deles aos seus problemas históricos impeditivos da realização de direitos fundamentais, parece-me um modo de contribuir não apenas para a formação de laços mais forte entre os três, mas também por trazer à luz o quanto esses valores ainda são primordiais para a consolidação do estado de direito e precisam ser efetivados tanto no âmbito interno de cada um destes países quanto em suas relações regionais e globais.

Além da importância inerente de se colocar lado a lado discussões sobre grupos aos quais foram negados direitos por diferentes razões histórico-sociais e que permanecem em situação de déficit em relação a tais direitos, esse estudo se insere numa perspectiva mais ampla de comunicação Sul-Sul. O debate pós-colonial, quando realizado em conjunto e por diferentes perspectivas, é capaz de demonstrar de forma ainda mais eloquente o quanto são semelhantes os problemas gerados por processos colonizatórios excludentes. Nas palavras de Boaventura de Souza Santos:

A modernidade ocidental foi na sua origem, simultaneamente um processo europeu, dotado de mecanismos poderosos como a liberdade, igualdade, secularização, inovação científica, direito internacional e progresso, e um processo extra-europeu, dotado de mecanismos não menos poderosos como o colonialismo, racismo, genocídio, escravatura, destruição cultural, impunidade, não-ética da guerra. Um não existiria sem o outro. Por terem sido concedidas aos descendentes dos colonos europeus e não aos povos originários ou aos para aqui trazidos pela escravatura (com exceção do Haiti), as independências latino americanas legitimaram o novo poder por via dos mecanismos do processo europeu para poderem continuar a exercê-lo por via dos mecanismos do processo extra-europeu. Assim se naturalizou um sistema de poder que, sem contradição aparente, afirma a liberdade e a igualdade e pratica a opressão e a desigualdade. Um sistema até hoje em vigor, ou seja, até à entrada no período pós-colonial. (SANTOS, 2009, 2.)

Nisso Índia, Brasil e África do Sul partilham de um passado comum. O Brasil formalmente foi o país que se tornou independente e terminou com o sistema de segregação oficial (escravidão, direito a voto de mulheres e negros) há mais tempo. Ainda assim, os indígenas não são ainda sujeitos de direito em seu sentido pleno e diversas escaras sociais continuam expostas no país. A Índia tornou-se independente há pouco mais de seis décadas, mas ainda luta contra heranças coloniais nefastas. A África do Sul estabeleceu-se independente em 1910, porém logo o grupo social dominante engendrou um sistema de segregação sócio-racial que perdurou até fins do século passado, tornando-se uma democracia apenas em 1994.

Em junho de 2003, foi estabelecido através da Declaração de Brasília o Fórum de Diálogo Índia, Brasil e África do Sul (IBAS) através do qual os três países reconheciam a importância da cooperação sul-sul e selavam a abertura de um espaço multilateral de comunicação. Esse texto pretende contribuir com esse estreitamento de relações. Para dialogar é preciso conhecer. O dever será cumprido se for possível desta narração se apreender um pouco da realidade do sistema de justiça destes três países, se for possível demonstrar que essas nações muitas vezes são irmãs num processo doloroso de tratamento desigual entre seus cidadãos: escravidão, colonialismo, casteísmo são faces de um mesmo espectro. Mas, podem reverter esse quadro e usar essa relação fraterna em prol de um reordenamento social inclusivo.

De acordo com Ana Lucia Lyra Tavares, o objeto do direito comparado “*é o cotejo de sistemas jurídicos, em sentido amplo ou estrito, visando à identificação, justificada de semelhanças e diferenças, em busca de um aprimoramento do direito de cada país e da melhoria dos entendimentos internacionais.*” (TAVARES, 1990, 5) Ressalvo que partirei de uma comparação assistemática, pois seria impossível, em curto espaço, comparar as instituições dos três países sem um risco inenarrável de errôneas suposições.

01. INTOCÁVEIS, BUGRES E GAROTOS: DO CONTEXTO HISTÓRICO AO RETRATO CONTEMPORÂNEO

a) Os Intocáveis

O sistema de castas não foi extinto. A Constituição indiana e diversas normas posteriores determinam a abolição do tratamento negativo baseado em castas conhecido como prática da intocabilidade e todas as violações dele oriundas (desde discriminações na frequência a certos locais até assassinatos e estupros).⁵

O fim do sistema de castas era a mais forte bandeira de B. R. Ambedkar, reconhecido como o jurista artífice da Constituição.^{(THORAT, 2008 (1))} No entanto, além das inúmeras

⁵ Vide argumentos expostos pelo National Campaign on Dalits Human Rights na ação proposta perante a Suprema Corte para debater a não efetivação da Scheduled Castes And Scheduled Tribes (Prevention Of Atrocities), Act 1989. http://www.hrln.org/hrln/index.php?option=com_content&view=article&id=83:national-campaign-on-dalit-human-rights-vs-union-of-india-&catid=56:pils-a-cases-&Itemid=89 Acesso em 20.06.2009

oposições que a quebra de um sistema social hierárquico erguido há séculos naturalmente gera, B. R. Ambedkar tinha um opositor ao qual à época era impossível vencer, Mohandas Karamchand Gandhi. Gandhi lutava pela abolição da intocabilidade, mas era contra o fim do sistema de castas por temer o fenecimento da cultura hindu. (SADANGI, 2008. 257-298.)

A norma constitucional admite a existência de castas e tribos, o seu diferencial é a garantia de respeito às “minorias” (art. 15) e a proibição da prática da intocabilidade (art. 17), bem como, a criação de medidas positivas para favorecer as castas mais baixas. A prática da intocabilidade consiste no tratamento discriminatório concedido aos *dalits* que os isola do convívio com o restante da sociedade reservando-lhes locais de permanência, acesso aos serviços, aos direitos e aos trabalhos diferenciados, sempre os piores.

Colin Gonsalves, afirma que após cinco décadas de independência, casteísmo é mais arraigado hoje do que era na época da independência. (AGRAWAL, 2005, 9) Corroboram esta afirmação os dados colhidos por Mumtaz Ali Khan através de uma pesquisa empírica em Karnataka para identificar se o escalonamento social baseado nas castas ainda reverbera na prática da intocabilidade após a criminalização da conduta por diversas normas infraconstitucionais. O autor identificou que nem os *dalits*, nem tampouco os indivíduos das castas superiores conheciam a legislação e que a intocabilidade era sim praticada. (KHAN, 1995, p 55 e ss.)

A publicação *Combat Law* (HRLN, 2002, 5.) em edição dedica aos *dalits* explica que na esfera social o sistema de castas envolve:

- divisão das pessoas em grupos sociais. Os direitos sociais, econômicos, religiosos e culturais dos membros das castas são predeterminados pelo nascimento;
- há uma desigual distribuição destes direitos entre as castas;
- há mecanismos de ostracismo social e econômico postos em prática para assegurar a rígida aderência ao sistema e justificá-lo filosoficamente.
- Na esfera econômica a desigualdade também se perpetua, pois os trabalhos são pré-definidos de acordo com a casta (ou subcasta) do indivíduo; há desigual distribuição de direitos econômicos relativos a propriedade, comércio, emprego, educação e a hierarquia do trabalho é baseada no estigma social.

Apesar de na Índia existirem diversas vilas de *dalits*, esse grupo não vive isolado da sociedade por traços culturais e religiosos que lhe sejam intrínsecos. Eles compartilham da mesma religião de 80% da população, a Hindu; na verdade fazem parte desse percentual.

ENTRE INTOCÁVEIS, BUGRES E GAROTOS: O SISTEMA DE JUSTIÇA NA CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Porém, por uma conjuntura social de segregação que os reconhece como impuros, são escanteados, lhes ofertam os piores empregos e sobrevivem ante as piores condições.

No conhecimento védico não existe uma casta denominada intocáveis. Na verdade, os intocáveis são uma não-casta. Uma construção social para albergar aqueles que praticariam as atividades consideradas impuras e, portanto, estariam impossibilitados de realizar os ritos sagrados. Com o decurso do tempo, a noção de impureza da atividade passou a agregar-se a pessoa que a praticava e a intocabilidade passou a ser sinônimo de extensa marginalização e submissão a violência.

166 milhões⁶ de indianos/as são considerados/as *dalits*⁷. Os indicadores sociais destas pessoas, bem como dos/as chamados/as *advasis* (tribos cadastradas), são extremamente inferiores aos do restante da população. O Índice de Desenvolvimento Humano varia de uma escola de 0,000 a 1,000, correspondendo zero a extrema pobreza. Em Bihar, o Idh da população *dalit* é de 0,195; enquanto, o do restante da população é de 0,301. A pobreza grassa nesse estado, entretanto, a disparidade persiste mesmo nos estados mais ricos. O Idh máximo de uma população *dalit* é de 0,661 em Kerala; onde, o restante da população detém o índice de 0,755⁸.

A situação se torna ainda mais dramática se a comparação for feita através do Índice de Pobreza Humana (Iph). O Iph mede o conteúdo da privação sofrida através de: a) probabilidade de não sobreviver até os 40 anos; b) analfabetismo adulto; c) coeficiente de pobreza formado a partir de dados sobre partos realizados fora de hospitais, crianças não vacinadas, percentual de crianças com peso abaixo do recomendado. Ao inverso do Idh quanto mais próximo de 1,000 estiver o índice pior é a situação. Em média os *dalits* tem um Iph de 41.47 (e pode chegar a 59.36 nos piores lugares); para o restante da população a média é de 31.34.

⁶ CENSUS INDIA ((2001) Disponível em: http://censusindia.gov.in/Census_Data_2001/India_at_glance/scst.aspx

⁷ O conceito de *Dalits* foi criado por Ambedkar em oposição as designas intocáveis e *harijan*. Harijan significa filhos de Deus e foi criada por Gandhi, mas rejeitada por seu cunho paternalista. A extrema pobreza na qual vive uma parcela significativa da população indiana tem gerado a inclusão de outras categorias oprimidas – como tribos isoladas, mulçumanos e *Sikhs* pobres – na categoria *dalits*. Constitucionalmente *dalits* são tratados como “castas cadastradas” (*Scheduled Castes*) e a Suprema Corte se refere a eles desta forma ou como “castas atrasadas” (*Backward Castes*). A escolha pelo uso da terminologia *dalits* se deve ao seu sentido histórico emancipador. Para mais, ver THORAT, 2009, 1-3.

⁸ PNUD (2000). Disponível em: <<http://data.undp.org/hdrc/dis-srs/HumanPoverty.pdf>> Acesso em: 17.08.09

b) Os bugres

O Estado brasileiro ainda se relaciona com os povos indígenas através de um sistema semi-tutelar no qual os indígenas são representados pela Fundação Nacional do Índio e pelo Ministério Público Federal. A discriminação cultural pode não ser tão ostensiva quanto à época em que os índios eram chamados de bugres e de preguiçosos pelos livros escolares que apresentava como esta a razão para não terem sido escravizados.⁹ No entanto, seus signos culturais ainda são em grande medida ignorados e vistos como exóticos.

Portanto, até a modificação produzida com o advento da Constituição de 1988, todas as políticas sociais voltadas aos povos indígenas tinham por intuito disseminar a prática do assimilacionismo¹⁰, pela qual deveria ser promovida a integração dos povos indígenas com os demais membros da sociedade (ONU, 2009, 48.) através de sua aculturação.

A luta cotidiana dos Índios pela terra, pela exploração do subsolo, pelo reconhecimento de sua cultura e ancestralidade através de uma educação diferenciada fazem parte de uma demanda pelo reconhecimento de sua diversidade dentro de uma sociedade na qual devem ter seu status de cidadão respeitados em paridade com os demais.¹¹

O PNUD publicou o Atlas Racial Brasileiro desagregando diversos indicadores sociais através do critério raça/cor, considerou a dicotomia brancos negros (incluindo pretos e pardos). Tal mapa desvelou dados impressionantes sobre a discriminação por raça/cor no país. Porém, por óbvio os índios não foram contemplados nessa análise. Não há um estudo oficial que apresente o Idh dessa população. No entanto, o pesquisador Marcelo Paixão, que já participou da redação do RDH 2005, usou os parâmetros do índice e gerou uma Idh para a população indígena, obteve o índice de 0,683, o pior dentre todas as cores/etnias.¹² Amarelos têm Idh de 0,937; brancos, Idh de 0,814; e negros, Idh de 0,703.¹³

⁹ <http://www.aguaforte.com/antropologia/povosindigenas.html> "*Caçando e pescando, guerreando feliz*" - representações sobre índios feitas por crianças de uma escola pública de primeiro grau, na cidade de São Paulo (SP) Rita Amara

¹⁰ O *assimilacionismo*, como a sua designação sugere, propõe uma hegemonia político--cultural, apresentada como condição para a solidez política, a paz social e o desenvolvimento econômico; dá preponderância absoluta ao elo nacional sobre as ligações étnicas, considerando o multilinguismo e o multiculturalismo como fases temporárias no processo de aculturação, cuja rapidez favorece a ascensão social e econômica; acentua, ainda, a privacidade dos laços étnicos, cuja presença fora desse círculo, que de outro modo seria disfuncional, se limita a ser iconográfica e informal.

¹¹ Mais de 40 violações são listadas no Mapa de injustiça ambiental. Disponível em: <http://www.conflictoambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=seleção> Acesso em 16.05.2009

¹² Disponível em: http://www.laeser.ie.ufrj.br/pdf/gois_indio.pdf Acesso em: 02.02.09

¹³ Atlas do Desenvolvimento Humano Brasileiro. Disponível em: www.pnud.org.br Acesso em: 02.03.09

Em termos de usufrutos de direitos, os indígenas sofrem as mais diversas violações, entre os adolescentes que concluíram a educação primária o percentual de indígenas está 15% abaixo da educação entre os não índios (63,7% contra 78,6%). No debate sobre direito à alimentação, a população indígena apresentou recentemente surtos de fome¹⁴, em um deles dezenas de crianças tiveram suas vidas ceifadas.¹⁵

Outro exemplo de violação de direitos fundamentais da população indígena é a violência, geradora de inúmeras mortes e lesões, como diagnosticada no relatório da ONU:

Por mais de duas décadas, os conflitos entre indígenas e garimpeiros, pecuaristas e outras pessoas de fora têm sido violenta em todo o Brasil com pouca atenção internacional. Embora a legislação para demarcar terras tenha sido aprovada, a realidade na prática é muito diferente das leis do Estado-nação. Por exemplo, o Relator Especial recebeu urgentes apelos do Guarani-Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul, Brasil relativas aos avisos de despejo recebida apesar do fato de que suas terras foram demarcadas como terras indígenas em 2004.(ONU, 2009, 215)¹⁶

As inúmeras ordens de despejos recebidas por indígenas para desocuparem suas terras em áreas demarcadas como reservas indígenas reflete uma relação tensa entre o movimento indígena brasileiro e o sistema de justiça (especialmente encontrado na primeira e segunda instância); É inconcebível que parcela do Judiciário brasileiro legitime a discriminação arbitrária contra os indígenas em clara oposição a direitos assegurados constitucionalmente.

c) Os garotos

Em 1948, foi o início do regime do *Apartheid* na África do Sul: Brancos; negros e coloridos. Através dessa divisão baseada na cor da pele e traços étnicos a população sul-africana era decomposta nas normas e políticas estatais. O extremo da divisão chegava até

¹⁴ Pesquisa recém-concluída através do Grupo de Educação Indígena da Universidade de São Paulo sobre a situação de saúde dos povos indígenas em São Paulo revela que pelo menos 65% dos 3.000 índios do Estado passam fome. São cerca de 2.000 crianças, jovens e adultos Guarani Mbyá, Nãndeva, Pankararu, Kaingang e Fulni-ô, que vivem em péssimas condições de saúde em aldeias e favelas da Grande São Paulo e do litoral paulista. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/website/parabolicas/edicoes/edicao46/reportag/pg5.htm>

¹⁵ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u89505.shtml>

¹⁶ For over two decades, the conflicts between indigenous peoples and gold miners, cattle ranchers and other outsiders have been raging throughout Brazil with little international notice or attention. Though legislation to demarcate lands has been adopted, the reality on the ground is dramatically different from the laws of the nation-state. For example, the Special Rapporteur has received Urgent Appeals from the Guarani-Kaiowa in the State of Mato Grosso do Sul, Brazil concerning eviction notices received despite the fact that their lands were demarcated as indigenous lands in 2004.

as prisões nas quais os coloridos recebiam melhor tratamento (trabalhos menos insalubres, melhor comida) do que os negros.

Prohibition of Mixed Marriage (1949), Immorality Amendment Act (1950) Population Registration Act (1950) Suppression of Communism Act (1950), Internal Security Act (1950). O *Apartheid* era legalizado. A maior parte dos/as prisioneiros/as estava detido por violar estas leis¹⁷ ou por atividades políticas de oposição a segregação.

Em outros casos, negros e coloridos eram igualados na segregação sob a alcunha de “*não-brancos*”. O termo era amplamente usado em tudo, desde advertências do governo até bancos de praça. (CHRISTOPHER, 1994, 141) A divisão geral nessas três categorias se baseava em cor da pele, aparência física, aceitação social, habilidade linguística, etc. Pessoas de uma mesma família poderiam ser classificadas de modo diferente e, portanto, obrigadas a viver em diferentes áreas, frequentar diferentes escolas, igrejas e exercer diferentes tipos de profissão. (APARTHEID MUSEUM, 2006, 45)

78 mil pessoas negras e coloridas foram presas entre 1960 e 1990 sem julgamento. O tempo de permanência na prisão também era indefinido afinal não havia pena arbitrada. (CHRISTOPHER, 1994, 10)

A extrema separação, a negação de direitos e, notadamente, as políticas de diferenciação nas quais se impingiam aos/as negros/as características identitárias tidas como inferiores foi exacerbada e sedimentada pelo *Apartheid*. Portanto, desde o fim do regime os/as negros/as sulafricanos têm promovido um processo de resgate de sua cultura e identidade, de modo a dar-lhes o devido valor positivo, bem como, têm realizado um movimento de retomada de espaços urbanos que lhes foram tomados, como o *District Six* na Cidade do Cabo.¹⁸

A população negra e colorida¹⁹ sulafricana representa mais de 90% do contingente populacional do país. No entanto, em virtude dos anos de segregação, permaneceram durante mais de quatro décadas com acesso deficitário a direitos fundamentais políticos, civis, econômicos, sociais e culturais. A desigualdade orquestrada entre os diferentes grupos populacionais durante o período permanece insuperada.

¹⁷ O Pass Laws Act 1952 estabelecia pena de privação de liberdade para quem deixasse de carregar um papel de passe que o autorizava a transitar nas cidades sulafricanas. O passe concedido pelo governo permitia a presença de negros e coloridos nas áreas urbanas.

¹⁸ Ver: <<http://www.districtsix.co.za/>> Acesso em 02.10.2009

¹⁹ À época do *Apartheid*, indianos e coloridos se incluíam na categoria coloridos. Hoje, as estatísticas visualizam em geral quatro grupos: negro, branco, colorido, indiano.

O Idh da população negra, em 1996, contabilizava-se em 0,63; da população colorida em 0,70; e da população branca em 0,86.²⁰ Como anteriormente explicado o Idh mensura o acesso a certos direitos, mas não a privação que em contextos de pobreza extrema é mais patente. 56,3% da população negra sulafricana está abaixo da linha de pobreza do país; entre a colorida o percentual é de 36,1% e entre a branca é de 6,9%.²¹

Ainda como referência a situação de prejuízo em relação ao acesso a direitos está o índice de pobreza com dados de 2003 o emblemático caso de disseminação da AIDS que, por não ter contado com uma política de contenção epidêmica se disseminou na África do Sul, atingindo a população negra de modo muito mais intenso do que os demais grupos. (DAY; GRAY, 2005, 1-2)

02. A BASE DA QUAL PARTEM AS ATUAIS CONSTITUIÇÕES DOS PAÍSES DO IBAS

Os sistemas jurídicos dos países do IBAS não partem de pressupostos histórico-teóricos comuns. Todos hoje exaltam através de suas Constituições e dos tratados internacionais de direitos humanos a adesão aos mesmos conteúdos materiais de direitos, bem como, manifestam adesão ao reconhecimento da indivisibilidade, interdependência e a inter-relação. Não se pode negar, entretanto, que o modo como se formaram os sistemas jurídicos destes países e como até hoje se estruturam refletem a desigualdade dessas sociedades.

Os três países tiveram marcante herança de diferentes expressões coloniais. A Índia foi dominada por arianos, mulçumanos e ingleses. (DAVID, 2002, 435-7) O Brasil foi por mais de três séculos colônia portuguesa (MATHIAS, 2009, 51-57). A África do Sul foi colônia holandesa e britânica (SICHONE, 2005, 31-8).

A Índia dominada pelos Arianos em torno no século II A.C construiu um sistema jurídico baseado nas regras religiosas Hindus, especialmente o *Bhagavad Gita* (SEN, 2005, 9) e o Código de Manu (DAVID, 2002, 439), ao qual foram sendo incorporadas tradições islâmicas com a tomada do Islã ao poder em torno do século XII DC. (LOSANO, 2007, 478)

²⁰ Infelizmente, o Idh apresentado acima é o último a que se tem acesso com desagregação por raça/cor se refere ao ano de 1996. No entanto, os demais dados apresentados são suficientes para demonstrar que a desigualdade persiste. Disponível em: <<http://www.statssa.gov.za/publications/P0015/P00151980.pdf>> Acesso em: 23.11.2009 Ver anexo 03.

²¹ Font

e: Human Development Report de 2006. Disponível em: <www.undp.org.za> Acesso em 10.11.2009

A partir de 1621, com a instalação da primeira base da Companhia das Índias Orientais pela Inglaterra, o direito inglês passou a também ser agregado a este repertório. Inicialmente, ele era aplicado apenas aos ingleses lá residentes, paulatinamente se expandiu para os indianos funcionários da Companhia e na medida em que o domínio britânico se ampliava pelo país por óbvio também suas regras e estruturas jurídicas (DAVID, 2002, 435-467).

Interessante notar que a Inglaterra é difusora do sistema do *Common Law* que aplica, dentre outras peculiaridades, a regra do precedente e a valorização das normas consuetudinárias. O respeito devotado pelo direito inglês aos costumes permitiu, em grande medida a sobrevivência do direito hindu, especialmente, para reger as relações privadas. Mas as regras da *Common Law* influenciaram de modo decisivo a estrutura judiciária, processual e procedimental.

Outro aspecto destacável e um tanto contraditório é o fato das regras do direito inglês terem sido codificadas na Índia. A Índia se tornou local de experimentação de juristas ingleses que formaram Códigos mais progressistas do que o costume inglês ou as normas da Europa continental previam à época (DAVID, 1986, 435-467). Por outro lado, o modo como os códigos eram utilizados e a valorização do precedente dos julgados eram similares às práticas do *Common Law*.

Mesmo hoje, a Índia ainda se rege em suas relações privadas, com a anuência ou tolerância do Estado por regras de conduta oriundas do direito hindu (DAVID 1986, 450), apesar das intensas reformas sofridas em sua legislação, incluindo direitos fundamentais (Constituição e tratados) (DAVID, 1986, 450-1).

O direito hindu não tem sua base no direito subjetivo, nem em uma sociedade de iguais. Baseia-se no *dharma* no qual se enunciam modelos de comportamento (ROLAND, 2008, 278), bem como, na divisão de castas que hierarquiza a sociedade. (LOSANO, 2007, 469) A relação da população indiana com os direitos é diversa do modo ocidental de lidar com o tema. Propor a população uma releitura de suas reivindicações a partir de uma noção de direitos não esbarra apenas no desconhecimento do conteúdo jurídico, mas na inadequação de muitos desses conceitos a suas vivências culturais. Ainda assim, quando de sua independência a Índia estabeleceu uma nova Constituição na qual estão expostos diversos direitos fundamentais comuns ao Brasil e a África do Sul, bem como, a proibição da discriminação em razão de castas.

No Brasil, os povos indígenas possuíam regras próprias de convivência, mas elas não foram levadas em consideração pelo colonizador. Considerados selvagens, os índios eram escravizados ou dizimados (WOLKMER, 1998 (2), 76.). Seu sistema era baseado na primazia do coletivo, tanto em termos de responsabilidade quanto nas decisões sobre situações de conflito e baseava-se no costume, nas normas culturais de cada tribo. Em geral, só em casos muito graves a decisão se concentrava no cacique (COLAÇO, 1998, 126-137).

Curioso observar que mesmo as normas de direito português não foram de logo aplicadas, pois o Brasil não despertou inicialmente muito interesse na metrópole. O regime de capitânicas hereditárias concedia ao donatário amplos poderes (administrativos, judiciais e militares). (WOLKMER, 1998, 88) Com a instalação do governo geral em 1549, a estrutura local começou a se tornar mais complexa e as normas a emanar desta autoridade central e seus subordinados diretos (MATHIAS, 2009, 42), sendo controlada pela metrópole (WOLKMER, 1998, 88). Paulatinamente, as regras de direito português, foram se incorporando ao repertório utilizado aplicando-se as Ordenações Manuelinas (1520-1603) e as Ordenações Filipinas (1603-1822), além de leis que foram sendo editadas posteriormente (Leis extravagantes) (LOSANO, 2007, 227-228). As normas portuguesas se baseiam no sistema romano-germânico com a valorização das leis positivas, das codificações e a precedência do direito civil aos ramos do direito público (DAVID, 1986, 17-18.)

Sabe-se que no Brasil a independência não trouxe uma ruptura com a ex-colônia, pois o herdeiro do trono português assumiu o império brasileiro. Apesar da valorização do direito civil pela estrutura romano-germânica, as primeiras normas codificadas no país se referiam ao direito penal e a processo penal. A explicação histórica é simples, uma sociedade dividida governada por juntas provisórias enquanto aguarda-se o “verdadeiro” regente completar a maioria, com grande parte da sua população formada por pessoas negras e indígenas escravizadas, que necessitava de controle social.

Desde a primeira Constituição (1824), o Brasil teve dificuldades de efetivação dos direitos ali elencados. Apesar de ela trazer inúmeros direitos individuais e ser posterior as famosas Declarações de Direitos dos EUA e da França, nela se reconheciam amplos poderes ao Imperador (Poder Moderador) que neutralizava as demais disposições. Nesse período, são ainda dignas de nota as diversas legislações tendentes a extinguir a escravidão que culminaram na abolição da escravatura em 13 de maio de 1888. O período de independência trouxe uma Constituição com marcada influência dos Estados Unidos que ficou registrada na

escolha do sistema federativo, no controle de constitucionalidade adotado à época (controle difuso), e nos direitos individuais.²² A instabilidade política fez surgir inúmeras manifestações constitucionais em menos de dois séculos no Brasil. Algumas editadas e revogadas rapidamente. A maioria criada apenas para legitimar o poder com pouca aplicação na vida cotidiana (NEVES, 2007). Todas as críticas, reformas e discussões a respeito da Constituição de 1988 não são capazes de retirar-lhe o título de Constituição mais utilizada na história brasileira.

É inegável a contribuição das pessoas negras africanas trazidas ao Brasil para tornarem-se escravos e das inúmeras comunidades indígenas aqui presentes ao desenvolvimento social e a incorporação de elementos culturais destes a cultura geral. O Brasil, como nação, é formado pela miscigenação “racial”, cultural, social. No entanto, é inegável a repressão sofrida por estes povos durante séculos.

O direito é um sistema de legitimação do poder que pode remanescer nas mãos das elites ou forma-se a partir de construções sociais democráticas. São os fatores reais de poder identificados por Lassale (LASSALE,1985). Para determinado grupo fazer parte destes fatores reais é necessário possuir voz na estrutura social. Os índios não possuíam. Legislava-se não com eles/as, mas para eles/as: para regulá-los,²³ para libertá-los, para integrá-los. Mas as manifestações organizadas destes e de outros grupos oprimidos socialmente só conseguiu presença relevante a partir da Constituição de 1988 e ainda assim com inúmeras restrições.²⁴

A formação das nações africanas como hoje são concebidas teve igualmente forte influência dos processos colonizatórios sofridos. O continente africano possuía diversos grupos étnicos que não foram respeitados quando das invasões árabes, nem tampouco no processo de tráfico de seres humanos para servir como mão de obra escrava, ou na divisão colonial. Essas interferências externas não permitiam o desenvolvimento da sociedade em nível mais organizado do que o tribal e familiar. Como poderia se esperar a articulação do direito em termos similares ao dos colonizadores?

Ainda assim, o direito da África Subsaariana em tempos pré-coloniais possuía um sistema “*comparável ao dos direitos arcaicos europeus*” (LOSANO, 2007, 353). Para se

²² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm Acesso em 20.06.09.

²³ Ver como exemplo o Ato Adicional de 1834 (emenda constitucional à Constituição de 1824) a tarefa das províncias de normatizar sobre a catequese e a civilização dos indígenas. Disponível em: http://www.cliohistoria.hpg.ig.com.br/biblioteca/brasil/hb_imperio/hb_imperio.htm Acesso em : 23.11.2009.

²⁴ A Constituição não foi clara quanto a capacidade indígena, nem tampouco o Código Civil de 2003, ver: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32654/31861> Acesso em: 23.11.2009.

princípios uma descrição do sistema jurídico da África do Sul é preciso tratar do direito nas sociedades tradicionais do Sul da África, na qual também não se configurava o apreço pelos direitos individuais²⁵. Isso não é demérito. Apenas, diferentes concepções lá vicejavam. A definição ocidental de indivíduo lhe é dificilmente transferível. Na medida em que preferem lidar com uma organização pluripolar da personalidade (em geral diferenciada no aspecto corporal do ser humano, seu espírito e a força vital que o anima). Plural, a pessoa não está sozinha ela pertence a diferentes comunidades. A imagem do indivíduo em face do estado é específica da cultura ocidental moderna (ROLAND, 2008, 273).

Os conflitos eram resolvidos através da negociação e de conselhos comunitários com base nos costumes tribais transmitidos oralmente (LOSANO, 2007, 347). Uma divisão hoje clássica tenta agrupar as organizações jurídicas daquele tempo em dois pólos: a) grupos tribais e/ou familiares se reúnem sob o auspício de um conselho de anciãos responsável por questões jurídicas e religiosas; b) grupos reunidos em torno de um chefe central ao qual obedecem e pagam tributos numa organização mais próxima do que se considera estado. As questões jurídicas são decididas por mediações de interesse sob a forma de sociedades secretas. O poder religioso e a administração da justiça remanescem nas mesmas mãos (LOSANO, 2007, 353-354).

Os portugueses foram quem primeiro se estabeleceram no Cabo da Boa Esperança, utilizando-o como ponto de parada na rota para a Índia e posteriormente como local estratégico para o transporte de pessoas para servir de mão de obra escrava. O interesse dos portugueses assim como de escandinavos, franceses e ingleses eram tratar o local apenas como parte da rota em direção a Índia. Esse também era o intuito inicial dos Holandeses, que no início do século XVII possuíam a maior companhia estatal do mundo conhecido, a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais. No entanto, o império holandês resolveu abrir mais espaços que os demais países para fortalecer, a partir do Cabo da Boa Esperança, o domínio sobre seus protestados orientais. Para isso, a companhia: a) cedeu terras locais para seus funcionários explorarem o local e criarem mecanismos de subsistência aos holandeses que por lá trafegavam tornando o custo das viagens mais barato; b) passou a escravizar locais,

²⁵ Não se está aqui assumindo a relativização dos direitos humanos em face dos contextos culturais. Os países africanos hoje aderiram a padrões de direitos humanos quando voluntariamente tem aderido aos tratados internacionais e criado o seu próprio sistema regional de defesa de dh's. Melhor se discute este ponto noutro texto: FIGUEIREDO, Ivanilda. Os Direitos Humanos como Símbolo: Multiculturalismo Intranacional e a Absorção da Linguagem de Direitos Humanos. Cadernos da Pós-graduação em Direito da PUC-Rio (2009), no prelo.

recrutando-os como mão de obra para a construção da infra-estrutura básica (THOMPSON, 2001, 32-33).

Os holandeses se regem pelo sistema romano-germânico e o impuseram à colônia africana. Os nativos eram dizimados (houve um intenso massacre de Xhosas pela impossibilidade de os tornar escravos, e.g.), ou subjugados a escravidão; portanto, seu direito não era considerado. Os colonizadores pressupunham trazer a civilização às terras atrasadas, a imposição do sistema jurídico era parte desse pacote civilizatório. (VILJOEN, 2002, 35)

Em 1795, a Inglaterra entrou em disputa com a Holanda pelo domínio local tendo saído vencedora. A sociedade local já era efervescente, multiétnica e tinha realizado expedições para a parte interna do território. O interesse da coroa Britânica era mais uma vez fazer do Cabo da Boa Esperança apenas um apoio em sua rota as índias, entretanto, a descoberta de diamantes (1867), colocou em confronto os holandeses e franceses remanescentes no interior do território (chamados Boërs) e os britânicos. Na primeira guerra os Boërs saíram vencedores; na segunda ofensiva, ganharam os britânicos que para evitar novas tensões e confrontos, firmaram um acordo de paz com os Boërs remanescentes. Desse acordo derivou a construção, em 1910, da União Sulafricana.

Inicialmente o parco interesse na colônia fez com que os ingleses continuassem a aplicar o direito romano-germânico. A exploração dos metais preciosos fez surgir a União Sulafricana na qual se agregaram os brancos europeus (ingleses, holandeses e franceses) com o fito de manter para si a riqueza material gerada da extração dos minérios em detrimento da população nativa. A União foi estabelecida através de uma lei do governo britânico, o *South African Act*, através do qual se instituiu um governo central e uma divisão apelatória da Suprema Corte, passando a vigorar a norma da vinculação do precedente. Embora os britânicos não tenham jamais abolido formalmente as legislações holandesas, a influência da Inglaterra e do sistema da *Common Law* passou a vicejar, tornando o sistema sulafricano um sistema híbrido (VILJOEN, 2002, 35-37).

O sistema colonial era racista e pressupunha a superioridade dos/as colonizadores/as. De acordo com a Lei das Terras Nativas (*Natives Land Act*), por exemplo., a posse da terra era proibida aos coloridos; os negros detinham 7,5% dela embora formassem 2/3 da população; e os europeus detinham 92,5% mesmo sendo apenas 1/5 da população. Entre 1910 e 1948, houve intenso crescimento do produto interno bruto por força da exploração de metais preciosos, inversamente, a segregação se tornou cada vez mais ferrenha com normas que

apartavam a população em três classes: brancos, coloridos e negros (THOMPSON, 2001, 154).

Entre 1948 e 1994 vigorou o regime do *Apartheid*, através do qual se proclamava a superioridade dos brancos (também chamados europeus) sob os demais impingindo-lhes as mais severas restrições ao direito de ir-e-vir, moradia, trabalho, voto, propriedade, etc. Em 1994, as primeiras eleições democráticas foram realizadas e o mártir opositor ao *Apartheid*, Nelson Mandela, sagrou-se o primeiro presidente eleito democraticamente após 27 anos preso por suas atividades políticas. Em 1996, foi promulgada a Constituição da África do Sul, expressando já em seu preâmbulo: “*nós, o povo da África do Sul acreditamos que a África do Sul pertence a todos que nela vivem, unidos em sua diversidade*”.

03. O SISTEMA DE JUSTIÇA INDIANO

A Suprema Corte está no topo do sistema de justiça da Índia, dela emanam tanto as decisões em sede constitucional, quanto em termos de competência originária e recursal (JAIN, 2007. 191). Sua composição conta com 27 juízes/as²⁶, sendo um deles o Chefe de Justiça (art, 124). Os/as juízes/as são indicados/as pelo/a Presidente e permanecem vitaliciamente no cargo até completarem 65 anos de idade. Para ser apontado/a à Suprema Corte é preciso ser cidadão/ã indiano/a, ter sido juiz/a de uma *High Court* (tribunais de segunda instância) por ao menos 5 anos ou advogado de uma *High Court* por pelo menos dez anos, e ser na opinião do/a Presidente um/a ilustre jurista. Até o momento, 147 juristas já figuraram como juízes da Suprema Corte, entre estes, apenas três mulheres. Não há nenhuma mulher em sua composição atual.(Art. 124 (3)) Nenhuma delas foi chefe de justiça.

Sua jurisdição original se refere à salvaguarda da Constituição e dos direitos fundamentais nela elencados ou assumidos via tratados internacionais (TEMPLEMAN 2006, 50), bem como a causas que envolvam conflitos entre unidades federativas ou entre o governo da Índia e outro país. Enquanto Corte de Apelação, ela atua na hipótese de um caso julgado pela *High Court* envolver uma substancial questão de direitos, na seara cível ou criminal, de

²⁶ A Constituição inicialmente estabelecia o número de 08 juízes que deveriam sentar juntos. O Parlamento aumentou de 08 em 1950 para 11 em 1956, 14 em 1960, 18 em 1978 e 26 a partir de 1986. Com o aumento do número de magistrados foram criadas câmara que se compõem de 02 ou 3 juízes cada. Disponível em: <<http://www.supremecourtfindia.nic.in>> Acesso em 20.03.2010

acordo com a interpretação da Constituição. Os casos criminais se referem especialmente à possibilidade de se rever a condenação à morte, ou a outros casos que o Parlamento entenda necessária a análise da Suprema Corte em grau recursal. A Suprema Corte também atua como órgão consultivo para esclarecer dúvida sobre relevante questão de direito argüida pelo Presidente. Suas decisões sobre direito são vinculantes para todos os demais tribunais indianos.

Polêmica rondam a atuação da Suprema Corte. Em certos períodos, ela tem conseguido uma considerável legitimidade, em outros, torna-se refém de manobras congressuais. Na década de 1970, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 24, em um claro intuito de nulificar decisões da Suprema Corte prejudiciais ao governo (DAS, 2006, 21). Na última década do século passado, no entanto, a Corte restaurou sua confiabilidade por ter tido decisões paradigmáticas contra as denúncias de corrupção que grassavam à época trazendo grande instabilidade à política indiana (em um período de 10 anos, a Índia teve um total de oito primeiros ministros. As acusações de corrupção atingiam os mais altos cargos governamentais) (DAS, 2006, 21)

A Constituição assegura, em seu artigo 32, o direito de qualquer individuo iniciar um caso perante a Suprema Corte em defesa de direitos fundamentais violados. Com base nessa disposição foi criado jurisprudencialmente um tipo de procedimento no qual a Corte seleciona casos com base na importância do direito violado e gravidade da denúncia, dando-lhes um procedimento menos burocrático e formalista, são os chamados “litígio de interesse público” (*public interest litigation* – PIL) ou “litígio de interesse social” (*social interest litigation* – SIL). (TEMPLEMAN, 2006, 52)

Ainda assim, o acesso à justiça na Índia tem limites muito robustos. O jurista indiano A. G. Noorani chegou a afirmar: “*não é exagero dizer que nunca, desde que o sistema judicial atual foi introduzido pela Inglaterra na Índia, o prestígio do Judiciário despencou tão baixo quanto agora.*” (NOORANI, 2006, 16)²⁷ Já Pratab Metha afirma que o Judiciário indiano é uma das instituições mais controvertidas da Índia. Por um lado, é a instituição responsável pela *accountability*, por outro, com a parcial exceção da Suprema Corte, a maior parte do Judiciário está em permanente crise. (MEHTA, 2007, p 150-160)

Quanto às funções essenciais a justiça, o sistema indiano conta com: um Procurador Geral, um Advogado Geral, *Promotores Públicos*, uma Associação de Advogados e um

²⁷ “it is no exaggeration to say that never, since the present system of judicial administration was introduced by the British in India, has the prestige of the judiciary dropped so low as now.”

sistema de assistência jurídica gratuita (*free legal aid*). O Procurador Geral é nomeado pelo Presidente e tem a função em representá-lo judicialmente e aconselhá-lo sobre assuntos legais.(Art. 76) O advogado geral tem as mesmas funções no âmbito estadual, sendo, portanto, nomeado pelo Governador.

A Índia não tem um Ministério Público forte, não há sequer disposições constitucionais a respeito da instituição. Os crimes são investigados pela policia que comunica a autoridade judicial. O juiz decide se o processo deve ser iniciado e então o promotor público é encarregado de auxiliar a justiça na acusação. Alguns estados possuem um *directorate of prosecution (DOP)*; outros, não. Cada estado possui normas regulamentadoras próprias.²⁸ A associação de advogados tem atuação bastante ativa, através de advogados privados que operam em todos os níveis judiciais, tendo inclusive escritórios nas adjacências da Suprema Corte e das *High Courts*.

Em termos de assessoria jurídica gratuita, a Constituição indiana assegurou a assistência jurídica gratuita aos necessitados, tratando-a como um dever do estado em prover adequado acesso à justiça para a população. Apenas 30 anos após sua edição, o primeiro esforço estatal nesse sentido foi realizado com a instalação do Comitê para Implementação do Plano de Assistência Jurídica (*Committee for Implementing Legal Aid Schemes CILAS*) sob a coordenação do juiz da Suprema Corte N. Bhagwati.

Igual acesso e assistência jurídica gratuita – O estado deve assegurar que o manejo do sistema legal promova justiça, em bases de igual oportunidade, e deve, em particular, prover assistência jurídica gratuita, através de adequada legislação ou estrutura ou em qualquer outro caminho, para garantir a oportunidade do amparo judicial não ser negado a nenhum cidadão em razão de restrições econômicas ou outras deficiências.²⁹

Desde a década de 1970, a Suprema Corte vinha exarando reiteradas decisões no sentido de prover assistência jurídica a acusados em processo penal sob pena de não havendo tal assistência, ser impossível o julgamento ser considerado “*reasonable, fair and just*”, exortando à união e aos estados a criar planos de garantia deste direito. As decisões foram se tornando cada vez mais abrangentes na interpretação do artigo constitucional, inclusive,

²⁸ Mais, veja-se detalhada análise de um dos principais jornais indianos: <<http://www.indiatogether.org/2005/jul/gov-prosecute.htm>> Acesso em 01.12.2009

²⁹ “Equal justice and free legal aid.—The State shall secure that the operation of the legal system promotes justice, on a basis of equal opportunity, and shall, in particular, provide free legal aid, by suitable legislation or schemes or in any other way, to ensure that opportunities for securing justice are not denied to any citizen by reason of economic or other disabilities.” (Artigo 39A. da Constituição da Índia)

reconhecendo a obrigação dos juízes de esclarecer aos cidadãos sobre o direito destes de requererem a assistência. No entanto, a assunção da Corte de que a assistência é um direito fundamental aos acusados de ações que coloquem em risco sua vida ou liberdade, excluí expressamente os casos cíveis. (JAIN, 2007, 1102-4)

As demandas em torno do reconhecimento desses direito foram ampliando seu escopo perante a Corte que passou a reconhecer “*o estado-governo indubitavelmente tem a obrigação de prover um compreensivo e efetivo programa de assistência legal gratuita com o intuito de garantir que a operação do sistema legal promove justiça na base da igualdade.*” (JAIN, 2007, 1103). A concepção operada pela Corte não era da necessidade de criação de um órgão estatal para desenvolver tais atribuições, mas de o estado remunerar advogados privados ou patrocinar organizações voluntárias e grupos sociais para tanto. (JAIN, 2007, 1381)³⁰

A instituição do Comitê aliada a essa decisões da Suprema Corte impulsionaram a instituição do sistema e em 1987 foi editado a Lei de Autoridades de Serviços Legais (*Legal Services Authorities Act*) no qual se definiu o direito a assistência jurídica gratuita em casos cíveis e criminais para qualquer pessoa parte de um dos grupos vulneráveis a seguir elencados: membro de casta ou tribo registrada, vítima de tráfico de seres humanos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência mental ou física, vítima de desastres naturais, vítima de violências étnicas, vítima de atrocidades em virtude de casta, dentre outros.

A lei também constitui a Autoridade Nacional para Serviços Legais (*National Legal Services Authority*), responsável por organizar o sistema de assistência jurídica gratuita em parceria com a associação de advogados e outras instituições, bem como, incentivar a promoção de clínicas universitárias e de programas conscientizadores dos mais vulneráveis acerca dos seus direitos, notadamente, realizando esforços especiais auxiliar instituições voluntárias que desenvolvam atividades de bases para as castas e tribos registradas, as mulheres e os trabalhadores rurais e urbanos. (Art. 4) A Autoridade Nacional só foi designada em 1995 e o órgão só iniciou suas atividades em 1998.³¹

O sistema de assistência jurídica gratuita na Índia seria o categorizado por Garth e Cappelletti como *judicare*, (GARTH, 2002, p 35-46) pois se baseia no pressuposto do

³⁰ “For the legal aid programme to succeed, it is necessary to involve public participation and, for this purpose, the best way is to operate through voluntary organization and social action groups. The state should encourage and support such bodies in operating the legal aid programme.” (Centre for Legal Research v State of Kerala, AIR 1986 SC. 1322:1986 (2) SCC 706)

³¹ Disponível em: <<http://causelists.nic.in/nalsa/index.html>> Acesso em 03.09.09

pagamento pelo estado de atendimento por advogados privados, ou organizações sociais. O atendimento é bastante precário. Não só porque a instituição ainda é muito nova, mas especialmente pelos valores irrisórios pagos aos advogados privados. (JAIN, 2007, 1103-4)

Além disso, a Índia tem construído um sistema altamente burocratizado no qual a defesa das castas registradas é alçada sempre a uma importância primordial. Na realidade, porém, inúmeras atrocidades continuam a ocorrer dia-a-dia com a conivência do poder público, inclusive, dos órgãos judiciais. Há diversas leis penalizadoras da prática da intocabilidade e outras formas de discriminação contra os *dalits*.³² A mera norma não garante o acesso é ainda comum um *dalit* denunciar um abuso cometido contra si e ter o processo invertido em seu desfavor³³, sendo culpabilizado pela agressão sofrida. (KHAN, 1995, p 55 e ss.)

O atendimento jurídico de grupos com defasagem nos desfrute de direitos fundamentais, notadamente, de *dalits*, finda por ser realizado por organizações não governamentais no uso de legitimação extraordinária e com recursos próprios. Gonsalves, em livro direcionado aos ativistas de direitos dos *dalits*, aduz: “*Discriminação sistêmica institucionalizada de castas emerge como o único grande obstáculo dalits tem de enfrentar para acessar a justiça e proteger-se das atrocidades.*” (AGRAWAL, 2005, 07)³⁴ São ativistas de direitos humanos que lutam para ultrapassar as barreiras derivadas.

04. O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

O sistema de justiça brasileiro passou, com a edição da Constituição de 1988, por diversas modificações de interesse a defesa de direitos fundamentais e grupos credores de direitos fundamentais. O Ministério Público teve seu escopo de atuação ampliado, tornando-se também responsável pela *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses*

³² The Protection of Civil Rights Act (1955) (também conhecido como Untouchability (Offences) Act), Scheduled Castes and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act (1989) e Scheduled Castes and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Rules (1995).

³³ Há inclusive uma ação perante a Suprema Corte (*National Campaign on Dalit Human Rights vs. Union of India*) na qual está coalizão apresenta esse dentre outros argumentos para requerer a intervenção da Corte na garantia da eficácia jurídica e efetividade do Scheduled Castes and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act (1989).

³⁴ “Institutionalized systemic caste discrimination emerges at the single greatest hurdle *dalits* continue to face in accessing justice and protection from atrocities”.

sociais e individuais indisponíveis. (Art. 127) A Defensoria Pública se tornou uma instituição estatal obrigatória em todos os estados da federação no plano estadual e federal.

No topo da estrutura judicial permaneceu o Supremo Tribunal Federal (Art. 102), responsável pela defesa da Constituição e dos direitos fundamentais nela consagrados e de determinadas outras competências originárias e recursais. O primeiro Tribunal Superior brasileiro foi fundado em 1829 sob o nome de Supremo Tribunal de Justiça e se transformou em Supremo Tribunal Federal com o advento da República, sua sede se estabelece na capital federal.³⁵ Em sua composição já figuraram 161 ministros. Duas mulheres. Um negro. Nenhum índio. As indicações são realizadas pelo Presidente da República, sob posterior sabatina do Senado Federal³⁶, entre brasileiros/as natos/as de ilibada reputação e notável saber jurídico com idade entre 35 e 65 anos. (art. 101)

O Tribunal Federal de Recursos foi extinto e criado o Superior Tribunal de Justiça ao qual compete o julgamento de recursos provenientes da justiça federal ou estadual por a decisão estar em confronto com legislação federal, bem como, outras competências determinadas constitucionalmente.

A estrutura do Judiciário brasileiro é bastante complexa. Além de possuir duas esferas subdivididas em razão da competência: justiça federal e justiça estadual. Na justiça federal há os juízes e tribunais federais propriamente ditos, a justiça militar e do trabalho; no âmbito da justiça estadual há a justiça estadual propriamente dita e a justiça eleitoral. Com vistas a uma maior democratização do acesso ao sistema de justiça foram criados também juizados especiais nos quais são travadas batalhas cíveis e criminais de menor complexidade, obedecendo também a divisão de competências em federais e estaduais.

Por lidarem com os processos nessas duas esferas, algumas das funções essenciais à justiça seguem essa lógica dual federal/estadual, como o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública.

Importante ressaltar que na divisão orquestrada constitucionalmente a competência para lidar com casos relativos a indígenas, enquanto grupo étnico, é da Justiça Federal e do Ministério Público Federal (MPF). O MPF atua na proposição de ações em defesa de interesses indígenas, assim como, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que têm dentre

³⁵ Entre 1829 e 1960, esteve sediado no Rio de Janeiro e com a transferência da capital para Brasília foi lá estabelecido em 21 de abril de 1960. MELLO, Celso. Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República). Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 23.07.09

³⁶ 21 ministros já exerceram seu papel sem jamais terem sido sabatinados. 05 foram rejeitados, todos no governo Floriano Peixoto. MELLO, Celso. Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República). Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 23.07.09.

suas atribuições legais a função de representar os indígenas em juízo (Art. 3, Decreto nº 4.645/03).

O sistema de assessoria jurídica gratuita brasileira, embora ainda possua limitações contra as quais a instituição diuturnamente luta, é o mais estruturado entre os três países estudados e com discussões mais profundas sobre a abrangência e o significado de seu papel. Na conceituação de Cappelletti e Garth, o Brasil aderiu à alternativa de se criar um corpo de advogados oficiais para se atender a este público, sendo único dos três a possuir uma instituição aberta amplamente aos grupos credores de direito (Lei Complementar 80/94).

Um dos conceitos tratados nos debates teóricos da defensoria brasileira e que não condiz ainda com o aprofundamento das discussões trazidas nos outros dois países se refere ao conceito de assistência jurídica integral aos vulneráveis. Nele há três expressões que precisam ser exploradas:

(01) assistência jurídica: é mais do que assistência para demandar perante o Judiciário, trata-se de prestar serviços jurídicos, judiciais e extrajudiciais (consultoria, ações, resoluções alternativas de litígio, etc.); (BERNARDES e CASTRO 2008, 109)

(02) integral a noção de integralidade refere-se à extensão subjetiva e objetiva do serviço. Objetivamente, indica que todos os ramos do direito poderão ser objeto de tratamento. Subjetivamente, diz respeito a quem pode ser atendido pela Defensoria Pública;(BERNARDES e CASTRO , 2008, 110-1.)

(03) vulneráveis: o atendimento da Defensoria Pública não é mais um benefício exclusivo do “pobre na forma da lei”, pois o inciso XI do artigo 4º da Lei Complementar n.º 132, de 07 de outubro de 2009, reconhece como direito da defensoria: exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da com deficiência, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais que mereçam proteção especial do Estado.

Interessante notar que a defensoria brasileira também é uma instituição nova reconhecida constitucionalmente apenas a partir da Constituição de 1988 que promoveu uma intensa reestruturação da instituição, determinando, inclusive, a obrigatoriedade de sua instalação nas unidades federativas e sua edificação no âmbito da União. Santa Catarina é a

única unidade federativa a não possuir defensoria no âmbito estadual³⁷, contando com um corpo de advogados dativos indicados pela seccional da OAB e remunerados pelo estado.³⁸

As primeiras iniciativas se referiam à assistência judiciária, conceito bem mais restrito do que o de assistência jurídica integral utilizado hoje pela defensoria. Inicialmente, o Instituto dos Advogados Brasileiros criou em 1870 um Conselho para prover advogados do instituto numa atuação *pro bono* as pessoas em situação de pobreza. (MORAES, 1984, 81). Por melhores que fossem as intenções era uma atuação caritativa e insuficiente.

Dessa iniciativa, gerou-se certa pressão e em 05 de maio de 1897, foi criada a primeira instituição pública de assessoria jurídica gratuita. O órgão funcionava apenas na cidade do Rio de Janeiro que à época era a capital da República.(MORAES, 1984, 98) Constitucionalmente, a assessoria jurídica gratuita patrocinada pelo Estado passou a constar a partir da Constituição de 1934.

Como podemos observar esta Constituição trouxe à assistência judiciária importantes inovações, entre outras: 1. a competência concorrente da União e dos Estados para a concessão deste préstimo; 2. a criação de órgãos especiais e organizados com a finalidade desta prestação; e 3. a primeira alusão constitucional à justiça gratuita, através da “isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.³⁹

Em 1935, cumprindo o que determinava esta Constituição, o Estado de São Paulo criou o primeiro serviço governamental de assistência judiciária no Brasil. Este órgão contava com advogados assalariados, pagos pelo poder público.

No entanto, sabe-se que tal Norma Fundamental teve pouco ou nenhum alcance prático, como também o foi sua sucessora (a Constituição de 1937), norma fundante de uma ditadura constitucional, que em verdade, não repete em seu texto a disposição anterior. O Código de Processo Civil de 1939 dedicava o Capítulo II a estruturação de um sistema de assistência jurídica não-paga.⁴⁰

A norma Constitucional de 1946 determina a obrigação de o estado custear o amparo de advogados àqueles que não dispuserem de recursos suficientes para tanto. A regulamentação do artigo 141, § 35 se deu com a edição da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 01 de 1969 mantiveram a mesma

³⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: <www.mj.gov.br/reforma> Acesso em 03.03.09

³⁸ Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/jur/custas/a_juridica.htm> Acesso em: 21.11.09.

³⁹ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/3exec/defensoria/defensoria1.html>> Acesso em: 05.07.08.

⁴⁰ Artigos 68 a 79 do Código Civil de 1939. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>> Acesso em: 04.10.09

disposição da Constituição de 1946. Diante desse arcabouço legal alguns estados passaram a timidamente organizar serviços de assistência judiciária gratuita.

O fato é que a situação mostrou-se sempre insatisfatória. Muitas unidades federadas acabaram por não criar órgãos específicos e apenas pagavam advogados dativos⁴¹ quando “necessário” nos processos criminais; (LIMA, 2010, 17-21) já a União se sentia sem responsabilidade para com o assunto.

A Constituição de 1988 mais uma vez expressou seu papel de garante de direitos quando reestruturou o instituto, tratando não mais de assistência judiciária, mas de assistência jurídica integral prestada por um órgão estatal, a Defensoria Pública as quais a partir da Emenda Constitucional 45 gozam de autonomia administrativa e financeira.

05. O SISTEMA DE JUSTIÇA SUL-AFRICANO

A Constituição sulafricana foi debatida por Assembléia Constituinte entre maio de 1994 e outubro de 1996, interregno durante o qual foram realizadas diversas reuniões entre os líderes dos partidos eleitos⁴² e a população nas mais diversas partes do país.(EBAHIM,1998, 240)

O processo constituinte representou o ponto culminante após quase um século de luta pela democracia na África do Sul. O Congresso Nacional Africano (*African National Congress* – ANC) passou de um movimento de resistência *anti—Apartheid* perseguido violentamente pelo governo a partido com maior número de representantes na Assembléia Constituinte. Apesar de possuir 63% dos membros da Assembléia, a ANC não teria como aprovar as disposições constitucionais solitariamente, pois era preciso 2/3 dos votos. Além disso, os líderes preocupadas com a legitimidade da Constituição Constitucional perante toda a população valorizaram, com sucesso, a formação de consenso.(EBAHIM,1998, 190)

⁴¹ Esse esquema de pagamento a advogados dativos, muitas vezes, intermediado pela própria OAB se solidificou e criou inúmeros óbices a instalação da Defensoria Pública em certas unidades federadas (ver o caso de Santa Catarina que não possui sequer

⁴² African National Congress (312), National Party (99), Inkatha Freedom Party (48), Freedom Front (14), Democratic Party (10), Pan Africanist Congress (5), African Christian Democratic Party (ACDP). O Partido Nacional foi a organização no poder durante o Apartheid.

As estruturas organizacionais do país têm a insígnia dessa luta em prol da democracia e de uma sociedade baseada na igualdade que se constitui numa república soberana, democrática fundada nos valores da dignidade humana, na obtenção da igualdade, no avanço dos direitos humanos, na liberdade, no não-racialismo e no não-sexismo.(art. 1) A Carta de Direitos da Constituição sul-africana foi a mais abrangente na defesa da igualdade, sendo inclusive, a primeira do mundo a fazer constar o direito a orientação sexual como uma manifestação regular do princípio igualitário, num continente no qual muitos países ainda condenam pessoas à morte pelo livre expressar de sua sexualidade.

A instauração de uma Corte Constitucional responsável unicamente pela defesa da Constituição e dos direitos nela expressos, bem como, a criação das *Chapter 9 Institutions* traduzem essa luta. Embora existam críticas de como essas instituições do Capítulo 9 burocratizaram o sistema sem trazer necessariamente uma resposta efetiva aos direitos (BUDLENDER, 2008, 10), a criação de seis instituições exclusivamente responsáveis pela defesa e promoção dos valores da nova África do Sul é bastante significativa, são elas: Protetor Público (ombudsman); Comissão de Direitos Humanos; Comissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Culturais, Religiosos e Lingüísticos das Comunidades; Comissão para a Igualdade de Gênero; Auditor Geral; e, Comissão Eleitoral.

Essas instituições fazem parte do corpo Executivo. O sistema judicial da África do Sul se organiza através de duas cortes superiores: a Corte Constitucional e a Suprema Corte de Apelação. Seguidas das Altas Cortes (2º instância) e das Cortes de Magistrados (1º instância).(Capítulo VIII) Nesta estrutura, há cortes especializadas em matéria trabalhista, pequenas causas e uma direcionada a defender a igualdade (*equality courts*)⁴³.

A Corte Constitucional não está localizada na capital judiciária do país (Bloemfontein), mas em um local símbolo da memória dos “erros do passado” (preâmbulo) a *Old Fort Prison* no coração de Johannesburgo. Lá já foram aprisionados diversos líderes políticos, de Mahatma Gandhi à Nelson Mandela, assim como um número significativo de sul-africanos comuns pegos na teia da repressão colonial e do *Apartheid*.|

Não é demais lembrar que Suprema Corte anterior, toda masculina e branca, era inacessível às demandas de igualdade.(DEVENISH, 1999, 499) Os/as juízes/as da Corte Constitucional são indicados pelo Presidente. Não há requisitos subjetivos definidos (idade, e.g.), mas sim, um procedimento através do qual a composição é formada. A Comissão de

⁴³ Em verdade, as *equality courts* funcionam apenas quando um caso relativo a equality é suscitado. Nestas situações, os juízes eleitos para fazer parte destas cortes se reúnem extraordinariamente para decidir.

ENTRE INTOCÁVEIS, BUGRES E GAROTOS: O SISTEMA DE JUSTIÇA NA CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Serviço Judicial faz uma lista com três vezes o número de vagas e faz entrevistas públicas com os candidatos. Então, o Presidente após consultar o Chefe de Justiça, cargo este de sua indicação, e os líderes dos partidos na Assembléia Nacional, escolhe, assim, os novos componentes do Tribunal. A Corte é composta por onze magistrados/as que permanecem no cargo por um período de até 12 anos ou até completar 70 anos, o que primeiro ocorrer.(arts. 174, 175 e 176) De sua fundação até hoje, possuiu 22 juízes/as: 7 homens negros, 3 homens coloridos, 3 mulheres negras, 1 mulher branca e 9 homens brancos.

Sua jurisdição é: a) originária quando são debatidos assuntos constitucionais através de controle de constitucionalidade de atos e normas, bem como, nos casos de litigância de impacto; b) recursal, quando dentro de um processo em curso é suscitada a interpretação de um dispositivo constitucional.(Art. 167) Como realça o recentemente aposentado juiz da Corte Constitucional Albie Sachs: *“no nível constitucional, a questão não é mais se há democracia e direitos iguais, mas se no esquema geral, a diversidade cultural do país é acomodada e os direitos individuais dos/as cidadãos/ãs respeitados.”* (SACHS, 1990, 01.)⁴⁴

Quanto às funções essenciais a justiça, na terminologia constitucional brasileira, a África do Sul apenas estrutura através da Constituição o Ministério Público. (art. 179) O sistema de assistência legal gratuita foi orquestrado a partir da interpretação do artigo 35(3)(g), que trata dos direitos das pessoas presas ou acusada de crimes.

As ações coletivas, os casos de impacto que debatem os direitos fundamentais e a defesa da constituição são trabalhados por Organizações Não Governamentais no uso da legitimação extraordinária reconhecida pelo dispositivo relativo ao *enforcement of rights* (art. 38). Nele se elencam os legitimados a propor ações judiciais, quando algum direito fundamental tenha sido violado ou esteja ameaçado, quais sejam: a) qualquer pessoa agindo em interesse próprio; b) qualquer pessoa agindo em nome de alguém que não pode agir em nome próprio; (WAAL, 2000, 87)⁴⁵ c), qualquer pessoa agindo como membro de, ou no interesse de, uma classe ou grupo;(WAAL, 2000, 88) d) qualquer pessoa agindo em nome do interesse público; e) associações agindo no interesse de seus membros.

Dessas categorias a que mais interessa aos propósitos deste estudo é a moldura desenhada para permitir legitimação extraordinária em nome do interesse público.

⁴⁴ “At the constitutional level, the issue is no longer whether to have democracy and equal rights, but the overall democratic scheme, the cultural diversity of the country is accommodated and the individual rights of citizens respected.”

⁴⁵ Neste caso se exige o consentimento do ofendido ou representação legal (um dos pais em relação ao filho menor de idade).

Primeiramente, é preciso se comprovar ser a atitude derivada do interesse público; depois, a existência do interesse do “público”. Não há uma fórmula através da qual possam ser enumerados os requisitos para cumprimento destes dois pressupostos. O grau de vulnerabilidade de uma pessoa ou grupo, a natureza do direito em questão, as consequências da violação ou ameaça aquele direito podem ser fatores aptos a demonstrar que aquela pessoa ou organização está agindo no interesse público.⁴⁶ O segundo ponto é ainda mais controvertido e se subsume da argumentação trazida caso-a-caso.(WAAL, 2000, 90-1) As decisões altamente progressistas emanadas da Corte Constitucional a dotou de grande prestígio nacional e internacionalmente.

Quanto à assistência jurídica gratuita, o foco nas causas cíveis ou criminais é um divisor do modo como tem se estruturado a assistência legal gratuita sul-africana desde 1935 quando se principiou a discussão a esse respeito. Se o sistema era edificado para prover advogados/as a pessoas pobres, a população negra e colorida, que nesses anos pré-oficialização do *Apartheid* já sofria com políticas segregacionistas, seria um grande público. Com a institucionalização do regime, milhares de pessoas eram presas simplesmente por não portarem um passe para se locomover de uma cidade a outra, seria lógico supor que proliferassem casos criminais. No entanto, o interesse do estado não era favorecer a defesa criminal destas pessoas e, até a década de 1990, a predominância era de casos cíveis.

No pós-*Apartheid*, no qual é preciso a defesa de inúmeros casos cíveis – e.g., relativos a moradia (inúmeras pessoas negras e coloridas foram forçadamente expulsas de suas casas nos tempos de segregação), concernentes a indenizações – a maior partes dos casos se refere a natureza criminal. Prever uma assistência jurídica gratuita estrutura e apta a advogar na seara cível imediatamente após o *Apartheid*, provavelmente revolveria escaras do regime que foram expostas, mas não reparadas. A África do Sul tem sido muito aberta em falar sobre o passado e até debater grandes causas perante a Corte Constitucional. Ressalte-se que Comissão de Verdade e Reparação tinha uma característica de resgate histórico louvável nem um aspecto punitivo, nem reparatório.

Essa concepção restrita do direito a assistência jurídica gratuita impede grande parte da população, especialmente os mais vulneráveis (negros, pobres, rurais, tribais, etc), a terem acesso ao sistema de justiça.(DEVENISH, 1999, 487)

Mesmo hoje, na segunda década da democracia na África do Sul, o acesso à

⁴⁶ Lawyers for Human Rights v Minister of Home Affairs 2003 (8) BCLR 891 (T)

ENTRE INTOCÁVEIS, BUGRES E GAROTOS: O SISTEMA DE JUSTIÇA NA CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

justiça permanece algo que a maioria dos/as sulafricanos/as não podem sequer sonhar a respeito. As razões incluem o nível de pobreza e a marginalização associada, particularmente nas áreas rurais à falta de infraestrutura e capacidade do estado, a escassez de conhecimentos legais nas áreas empobrecidas, analfabetismo e ignorância sobre o que a Carta de Direitos e a Constituição confere às pessoas (tradução livre da autora).⁴⁷

A concepção de que existem instituições públicas, instituições do Capítulo 09, para investigar a má-administração, os conflitos de gênero e as violações de direitos humanos, embasa a pressuposição de que a falta de assistência jurídica gratuita não é prejudicial: “*não há indicações ainda de que a assistência jurídica seja necessária em assuntos civis para facilitar o acesso às cortes.*” (DEVENISH, 1999, 488)⁴⁸

Historicamente, a população negra percebia o Judiciário como hostil as suas demandas. Até mesmo quando a *Common Law* seria capaz de prover remédios que as leis do *Apartheid* não haviam atingido, as cortes eram inacessíveis aos/as de cor negra. (DEVENISH, 1999, 499) As mudanças legais pós-Constituição, a edificação dos direitos fundamentais como baluartes da sociedade, bem como, a formação da Corte Constitucional podem até estar influenciando uma mudança nessa percepção. Mas, o caminho para se assegurar o acesso ainda é árduo e refere-se, dentre outras coisas, a prover advogados/as em causas cíveis de limitado impacto social, mas de relevante importância para o/a pleiteante, bem como, a disseminação de conhecimento sobre direitos fundamentais e sobre a função da Corte Constitucional.

Isso não passou despercebido pelos juristas e juízes sulafricanos. Paulatinamente, tem se alterado essa visão restrita com a ampliação do entendimento sobre a expressão “*se de outra forma resultar uma substancial injustiça*”. O comitê em direitos fundamentais expressou “*é necessário sob as expensas pública, por força do movimento para uma Constituição justiciável e baseada em direitos enfatizar a importância do processo legal. Sem*

⁴⁷ “Even today, in the second decade of democracy in South Africa, access to justice remains something that the majority of South Africans cannot even dream about. The reasons include the level of poverty and associated marginalization particularly in the rural areas, the lack of infrastructure and State capacity, the scarcity of legal skills in impoverished areas, illiteracy and ignorance of what the Bill of Rights and the Constitution entitles people to”. LEGAL RESOURCES CENTRE. Access to Justice and Networking. Disponível em: http://www.lrc.org.za/Focus_Areas/access.asp.

⁴⁸ “There is no indication as yet that legal aid may be necessary in civil matters to facilitate Access to courts.”.

representação legal, a acessibilidade das cortes é consideravelmente restrita.” (DEVENISH, 1999, 503)⁴⁹

O *legal aid board*, instituição oficial responsável por prover assessoria jurídica as pessoas com déficit de acesso a recursos, foi estabelecido em 1969 e remodelado a partir das novas diretrizes constitucionais. O sistema oficial de *legal aid board* passou a expandir suas atividades também a jurisdição civil, mas ainda é um movimento lento envolvendo apenas 10% das causas patrocinadas pela instituição. (LEGAL AID BOARD. Annual Report 2007/2008, 17)

As organizações não governamentais da África do Sul têm sido muito atuantes ao lidar com a justiça desde a luta anti-*Apartheid*. Algumas delas como o *Legal Resources Centre*, o *Lawyers for Human Rights* e o *Black Sash* gozam de uma extraordinária reputação; é através delas que muitos dos casos graves de violações de direitos humanos chegam as Cortes. Entretanto, por mais que sejam organizações de grande estrutura, elas não têm como abarcar a demanda reprimida de acesso a cortes de toda a população sem recursos para bancar a assessoria privada. Desta forma, estas instituições têm se especializado nas chamadas litigâncias de impacto, através das quais conseguem ter debates sobre temas essenciais e expandir a decisão a inúmeros indivíduos.

O respeito conquistado por essas organizações é tamanho, que o primeiro presidente da Corte Constitucional sulafricana, indicado pelo presidente Nelson Mandela, foi Arthur Chaskalson, diretor do *Legal Resources Centre*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Não é por acaso que as constituições quase sempre nascem como resultado de más ao invés de boas experiências. Seu texto, ou subtexto, é quase sempre: nunca de novo”⁵⁰

Índia, Brasil e África do Sul disseram jamais novamente através de suas atuais Constituições. Nelas estabelecem a centralidade dos direitos fundamentais e para assegurá-los além de prever instrumentos processuais e determinações a serem seguidas pelo Executivo e

⁴⁹ “It is necessary at public expense, because the move to a rights based and justiciable constitution emphasizes the importance of the legal process. Without legal representation, the accessibility of the courts is considerably narrowed”

⁵⁰ “It is no accident that constitutions have almost always come into being as a result of bad rather than good experiences. Their text, or sub-text, is almost invariably: never again.” SACHS, 1990, 203.

pelo Legislativo, elegeram uma Corte que tem por responsabilidade precípua zelar pela efetivação dos direitos lá expostos. A África do Sul optou pela criação de uma Corte Constitucional, já Índia e Brasil prevêm uma Corte Suprema que, além da atribuição constitucional, é o órgão de cúpula do Judiciário e dentro desse matiz detém outras funções essenciais a manutenção do estado de direito.

Ao narrarmos de forma breve o processo histórico, social e as construções jurídicas da Índia, do Brasil e da África do Sul que nos levam ao atual contexto no qual as três nações possuem Constituições cravejadas de direitos fundamentais e Cortes Supremas/Constitucional engajadas na consolidação de um estado de direito democrático, podemos, a partir das informações apresentadas, propor algumas considerações:

- como bem assevera Sachs o sistema de justiça é parte essencial de um processo de *accountability* para o sucesso desse contrato social estabelecido via norma constitucional (SACHS, 1990, 204);
- apenas no ambiente democrático os três países conseguiram estabelecer um fluxo de demandas acerca de direitos fundamentais com respostas efetivas. O colonialismo, o *apartheid* e a ditadura impediam o primeiro acesso ao sistema de justiça, pois os grupos eram subjugados por um regime que de modo implícito ou explícito influenciava os três poderes criando barreiras institucionais e até mesmo legais para o acesso a direitos;
- o acesso formal ao sistema de justiça, por meio de um arcabouço legal é condição essencial, mas não suficiente para a garantia de direitos fundamentais. Dentre as exigências para a real efetividade destes direitos estão: instituições públicas de assistência jurídica gratuita; ampliação da educação em direitos humanos; instrumentos e trâmites processuais especializados; decisões judiciais paradigmáticas que demonstrem o comprometimento do sistema de justiça com a nova ordem constitucional; o fortalecimento de uma democracia e de respeito aos direitos fundamentais.

Índia, Brasil e África do Sul têm se preocupado em dialogar em torno de uma agenda comum de cooperação para o desenvolvimento, é essencial que se inclua cada vez mais nesse debate tanto as escaras do passado que ainda refletem na composição social e no acesso a direitos fundamentais, quanto à concepção de que direitos fundamentais são parte constituinte do desenvolvimento.

Referências Bibliográficas

- APARTHEID MUSEUM. *Understanding Apartheid: learner's book*, Cape Town: Oxford Press Southern Africa, 2006.
- BERNARDES, Márcia Nina; MACHADO DE CASTRO, André Luís. Construindo uma Nova Defensoria Pública. In: GARCIA DE SOUSA, José Augusto (coord.). *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a lei federal 11.448. de 15 de janeiro de 2001*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BUDLENDER, Steven e MARCUS, Gilbert. *A Strategic Evaluation of Public Interest Litigation in South Africa*. Johannesburg: The Atlantic Philantropies, 2008.
- DAS, Kumar B. In: SINHA, Ajit Kumar; SEN, Raj Kumar. *Economics of Amartya Sen*. 2 ed. New Delhi: Deep e Deep publications, 2006, 268p.
- DEVENISH, Prof GE. *A Commentary on the South African Bill of Rights*. Durban: LexisNexis, 1999.
- EBAHIM, Hassen. *The Soul of a Nation: constitution-making in South Africa*. Cape Town: Oxford, 1998.
- GÓMEZ, J. M. . Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo. Desterritorialização e Confinamento na "Guerra contra o Terror". In: *Contexto Internacional*, v. 30, p. 210-230, 2008.
- HUMAN RIGHTS LAW NETWORK. *Combat Law*, Out.-Nov./ 2002, p. 5. Disponível em: <<http://www.combatlaw.org/>> Acesso em: 15.09.09
- JAIN, M. P. *Indian Constitutional Law*. New Delhi: Wadhwa Nagpur, 2007.
- KHAN, Mumtaz Ali. *Human Rights and the Dalits*. New Delhi: Uppal Publishing House, 1995. APARTHEID MUSEUM. *Understanding Apartheid: learner's book*, Cape Town: Oxford Press Southern Africa, 2006.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
- LOSANO, Mário G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Trad. Marcela Varejão, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 478.
- MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.
- MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do estado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1984.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NOORANI, A.G. *Constitutional Questions and Citizen's Rights*. New Delhi: Oxford, 2006.
- ONU. *State Of The World's Indigenous Peoples*. New York: 2009. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/sowip.html>
- ROLAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. trad. Maria Ermantina de Almeida, São Paulo: Martins Fontes, 2008,
- SACHS, Albie. *Protecting on Human Rights in a New South Africa*. Cape Town: Oxford University, 1990.

ENTRE INTOCÁVEIS, BUGRES E GAROTOS: O SISTEMA DE JUSTIÇA NA CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

SADANGI, H.C. *Emancipation of Dalits and Freedom of Struggle*. New Gupta Colony: Isha Books, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SUKHADEO; Kumar, Narender (Ed.). *B.R. Ambedkar: Perspectives on Social Exclusion and Inclusive Policies*. New Delhi: Oxford University Press, 2008 (1).

TAVARES, Ana Lucia Lyra. TAVARES, A. L. L. . O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. In: *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro, v. 1, 1990.

TEMPLEMAN, Lord. The Supreme Court and the Constitution. In: KIRPAL, B. N. et al (Ed.). *Supreme but not Infallible*. New Delhi: Oxford University Press, 2006.

THORAT, AGRAWAL, Girish; GONSALVES, Colin. *Dalits and the Law*. New Delhi: Human Rights Law Network, 2005.

VILJOEN, Frans. *Beginner's Guide for Law Students*. Cape Town: Juta, third edition, 2002.

WAAL, Johan; CURRIE, Iain. *The Bill of Rights: handbook*. 5.ed. Cape Town: Juta, 2000.