

A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA PENAL: BREVES NOTAS

Geraldo Prado¹

Resumo: “O estudo propõe a superação da dicotomia «teoria do órgão» e «teoria dos interesses da parte» no âmbito da defesa criminal e da responsabilidade da Defensoria Pública no Brasil, atentando para o fato de que ambas as teorias foram concebidas no contexto de sociedades menos desiguais que a brasileira. A profunda desigualdade social e econômica no Brasil reflete-se em um modelo de política criminal que faz recair sobre a população mais carente o peso maior da repressão penal, exigindo em contrapartida visão orgânica e atuação estratégica que hoje podem ser levadas a cabo porque as Defensorias Públicas atuam articuladamente em casos criminais e nas ações constitucionais no Supremo Tribunal Federal.”

Palavras-chave: Ampla Defesa. Política Criminal. Defensoria Pública. Teoria do órgão. Teoria dos interesses da parte. Ações constitucionais.

Abstract: “The study proposes to overcome the dichotomy «theory of the organ» and «theory of interests of the party» in the scope of criminal defense of the responsibility of the Public Defender Office in Brazil, drawing attention to the fact that both theories were conceived in a context of less unequal societies than the Brazilian. The profound social and economic inequality in Brazil is reflected in a model of criminal policy that makes the most deprived population endure the greatest weight of criminal repression, demanding, in counterpart, an organic vision and strategic action that can be carried out today because the Public Defender Offices act articulately in criminal cases and in the constitutional actions in the Federal Supreme Court.”

Keywords: Due process. Criminal Policy. Public Defender Office. Theory of the organ. Theory of the interests of the party. Constitutional actions.

1 INTRODUÇÃO

Um dos privilégios de uma longa vida consiste em poder acompanhar a consolidação de instituições como a Defensoria Pública brasileira, testemunhando o crescente e essencial papel político que desempenha na nossa sociedade, motivo pelo qual agradeço à Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná o convite para participar da 1ª Edição da sua Revista Jurídica, cujo tema central são os 30 anos da Constituição da República.

Lembro que em 2010 elaborei artigo que ressaltava os avanços até então obtidos pela Instituição e seu destacado relevo na área criminal relativamente à implantação de um modelo acusatório de processo penal.

Na ocasião sublinhei – e reproduzo por necessário, para os fins desta comunicação:
1 Doutor em Direito. Concluiu estudos em nível de pós-doutoramento em História das Ideias e Culturas Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Professor Associado de Direito Processual Penal da UFRJ. Professor visitante da Universidade Autónoma de Lisboa e investigador da Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa.

Em 07 de outubro de 2009 foi editada a Lei Complementar (LC) nº 132, que alterou dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, responsável pela organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e pela prescrição de normas gerais para organização da Defensoria Pública nos Estados da Federação.

Sob a ótica da nova lei e dos objetivos declarados para a Defensoria Pública justifica-se refletir sobre alguns importantes aspectos do processo penal brasileiro.

Compreende-se que seja assim por muitas razões: em primeiro lugar porque é inegável que a LC 132 veio fortalecer o sistema de assistência judiciária estatal no contexto de um país de dimensões continentais e distorções de renda e de qualidade de vida ainda bastante significativas, em que a judicialização de pretensões próprias das aspirações de um estado do bem-estar social desafia dificuldades de acesso à justiça, inaceitáveis para os padrões civilizados; em segundo lugar porque a vida e a liberdade das pessoas dos grupos e classes sociais mais desfavorecidos não podem ficar à mercê das políticas de índole punitiva, levando-se em consideração o fato indiscutível de que a “promessa constitucional” de realização de um estado de bem-estar social frustrou-se com a reviravolta neoliberal da década de 90 do século passado, e uma das expressões mais claras disso consistiu na multiplicação do encarceramento de pessoas, nos últimos dez anos, a comprovar empiricamente que há um “Estado Policial” embutido na democracia liberal.

A correia de transmissão que faz passar a energia gerada pela tensão entre as promessas e ações em busca de dignidade para todos e a reação das forças econômicas e políticas que sustentam, com base em uma ideologia do individualismo possessivo, que o paraíso na terra depende das conjunções favoráveis do mercado, é afetada pelo invariável recurso de se valer do sistema de justiça criminal para dar conta das disfunções que surgem, transformando a Justiça Criminal em locus privilegiado de luta, que não raro colhe de um lado (dos acusados) uma multidão de pessoas às quais se nega em concreto a possibilidade de acesso a meios e recursos para enfrentar por conta própria as dificuldades reais e do outro encontra o aparato estatal de repressão, que se consolidou ao longo de dois séculos e que se aperfeiçoou na tarefa de funcionar por fora dos limites que são reconhecidos como próprios do Estado de Direito. A tradição inquisitorial do processo penal brasileiro revela-se neste aparato, cujas ações ainda são dirigidas prioritariamente contra os que estão na base econômica da sociedade ou integram grupos frágeis assim definidos historicamente. E mesmo encerrado o ciclo das ditaduras, com a Constituição da República de 1988, esta tradição sobrevive da permanência de uma cultura inquisitorial que se vale de tudo: desde leis manifestamente inconstitucionais, que violam o direito de defesa e a garantia do contraditório, a práticas policiais e judiciais igualmente em desarmonia com os direitos fundamentais.

Por isso uma instituição como a Defensoria Pública não apenas é necessária no Brasil, mas é verdadeiramente essencial, se o que se quer é trilhar o caminho do Estado de Direito e da universalização dos meios para que se assegure a todos a condição de vida digna que está na base de nosso pacto social (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República).

Sem dúvida que do ano de 2010 em diante muita coisa mudou. As Defensorias Públicas estão criadas em todos os Estados da Federação², malgrado até 2016 apenas em quatro estivessem presentes em todas as Comarcas³.

À estruturação funcional e à autonomia administrativa e financeira seguiu-se a percepção alargada de que as estratégias de atuação, no que concerne às atividades-fim, haveriam de ser planejadas. Nesta hipótese, a quantidade do planejamento requisitou a implantação de centros e programas de pesquisa⁴, cujas investigações subsidiam ações estratégicas com alto percentual de êxito⁵.

2 LC 575/12. <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140926-08.pdf>; LC 130/17. http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=21596 (que revogou a LC 51/05). Consultado em 30 de agosto de 2018.

3 <https://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>. Consultado em 30 de agosto de 2018.

4 Exemplo disso pode ser visto no rico sítio eletrônico de pesquisa mantido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: <http://www.defensoria.rj.def.br/Documento/Institucional-pesquisas> Consultado em 30 de agosto de 2018.

5 Assim, por exemplo, o habeas corpus coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo em favor de todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte. Agravo regimental no

É possível reconhecer nestes movimentos, que viabilizaram a presença das Defensorias Públicas no cenário nacional, especialmente pela intervenção em processos em curso no Supremo Tribunal Federal (STF)⁶, a compreensão compartilhada internamente de que a ação na seara criminal, entre outras, demandava enxergar-se a si própria, Defensoria Pública, bem como aos demais protagonistas do processo penal, como organizações providas de certa estrutura, mas também fundadas em determinada cultura.

Para ilustrar o sentido dessa autoimagem e capacidade de operar como organização, algo que convoca à ação estratégica, basta ver que a Defensoria Pública postulou admissibilidade como *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que trata da descriminalização do aborto, tema que no campo concreto dos processos criminais implica, como *acusadas*, de modo majoritário, mulheres economicamente vulneráveis⁷.

A crescente importância da Defensoria Pública, no entanto, parece impor à Instituição novo desafio em matéria de atuação criminal em decorrência da verdadeira mutação processual gerada no âmbito da denominada «Operação Lava Jato».

É que, com a popularização da «colaboração premiada» e a baixa densidade teórica ainda vigente acerca do que é ou deve ser a «defesa penal» no direito brasileiro, fica-se com a sensação de que, ainda que despidos dessa consciência, práticos e teóricos do processo penal litigam entre os extremos da «teoria do órgão» e «teoria dos interesses da parte» relativamente à concepção do estatuto jurídico da defesa penal.

A colaboração premiada é uma espécie de defesa penal sem resistência à pretensão acusatória.

Relembrando a advertência contida no texto de 2010, a impressão que se tem da teorização dominante é que a defesa penal no Brasil é exercitada em um contexto de sociedade menos desigual e, pois, econômica e socialmente mais equilibrada, como são, hipoteticamente, aquelas no interior das quais o citado debate tem lugar, como a Alemanha, sendo isso decisivo na definição do estatuto jurídico do defensor criminal.

Os censos penitenciários denunciam, todavia, a enorme seletividade penal que

HC 143.988/ES. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Paciente: Todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte. Decisão liminar deferida em 16 de agosto de 2018. De ressaltar que o conhecimento deste habeas corpus coletivo foi precedido da decisão de conhecimento e concessão de habeas corpus coletivo impetrado pela Defensoria Pública da União no que diz respeito ao direito das mulheres submetidas à prisão cautelar, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade de permanecerem em regime domiciliar: Habeas Corpus nº 143.641/SP. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Data do julgamento: 20 de fevereiro de 2018. Em artigo anterior aos mencionados julgados este autor já defendia o cabimento de habeas corpus coletivo em determinadas hipóteses: PRADO, Geraldo. Habeas Corpus Coletivo. Disponível em: https://www.academia.edu/12142523/O_Habeas_Corpus_Coletivo. Data de acesso: 04 de setembro de 2018.

6 ADPF 336; ADPF 347; ADIn 4162; REEx 776823; AREx 848107; REEx 638239; RE 972598; ADIn 5874. (em matéria de execução penal).

7 ADPF 442 / DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 28/06/2018. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimado: Presidente da República. Amicus Curiae: Partido Social Cristão (PSC). Amicus Curiae: União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP). Amicus Curiae: Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF).

caracteriza o Sistema Penal Brasileiro⁸. Definir o estatuto jurídico da «defesa penal» sem considerar isso, ao revés, partindo de premissas que podem valer para outras sociedades, mas não para a nossa, configura erro metodológico com grave implicação prática.

Disso fala o artigo.

2 O CARÁTER INDIVIDUALISTA DO «DIREITO DE DEFESA»

Alguns consensos extraídos da tradição jurídica mais ampla na qual se inscreve o processo penal brasileiro podem orientar a definição dos conceitos fundamentais relativos ao tema.

Com efeito, Karl Heinz Gössel sublinha que na vigência do Estado de Direito um Estado não pode submeter alguém ao processo e às sanções jurídico-penais sem considerar que a superioridade dos seus órgãos de persecução penal sobre o imputado obriga este Estado a assegurar àquele uma defesa eficaz, apta a influir na decisão final da causa penal⁹.

Garantir a defesa em processo penal, portanto, é um *múnus* da ordem do público. Claus Roxin, por sua vez, além de enfatizar este caráter público da «defesa penal», derivado do dever estatal dirigido a assegurar um processo penal justo, lembra da prioridade axiológica da presunção de inocência.

Assim é que a presunção de inocência instaura um «estado de incerteza» que, a não ser superado pela acusação no curso do processo, interdita a condenação do imputado. Sem dúvida que por esse prisma o defensor é o responsável jurídico-penal por velar pela presunção de inocência do acusado, impondo ao acusador, pela atuação da defesa, o peso da demonstração indubitável de que à luz das provas produzidas o imputado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída na denúncia ou queixa¹⁰.

Em alguma medida essa visão é compartilhada por Mirjan Damaska, para quem, ademais do referido dever estatal orientado à solução justa da causa penal, há de se levar em conta o caráter técnico que domina as demandas na atualidade. A tecnicidade do direito contemporâneo é um fator que não pode ser desprezado ao se cogitar de garantir a alguém o exercício do direito de defesa no processo penal¹¹.

Por este ângulo a «defesa penal» é compreendida como tutela dos interesses legítimos do imputado – suspeito, acusado ou condenado – concebida na forma de um conjunto de práticas destinadas a realizar uma contrapretensão, oposta naturalmente à pretensão acusatória.

8 Conforme relatório de monitoramento de prisões publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em agosto de 2018, do total de 602.217 presos no sistema carcerário brasileiro, 95% são homens (572.764); 30,52% (165.794) têm entre 18 e 24 anos de idade; 85,65% (179.001) são de cor parda/preta; e 26,55% (55.170) não possuem nível de escolaridade fundamental completo. (Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Data de acesso: 04 de setembro de 2018).

9 GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el estado de derecho. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 62.

10 ROXIN, Claus. Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 52.

11 DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1986. p. 248-249.

Nessa linha situa-se a lição de Maria Thereza Moura e Cleunice Bastos, que assim definem a defesa penal:

“A defesa sob o enfoque jurídico, e em rigor técnico ‘é o exercício da pretensão à tutela jurídica por parte do acusado’. Diga-se contrapretensão, ressalvando-se eventual ambiguidade que a palavra ‘pretensão’ venha a ter, no processo penal. Sempre, sem esquecer a execução penal, que comporta defesa limitada. A defesa, no processo penal, tem como escopo preservar os direitos do acusado – ou do condenado –, de tratamento injusto e inadequado. Consiste em momento infalível no processo, representando instrumento indispensável à realização da justiça¹².”

Justamente a circunscrição da «defesa penal» com exclusividade ao âmbito de tutela dos legítimos interesses processuais do acusado, como sustentam Roxin, Moura e Bastos, limita demasiado o conceito, com reflexos prejudiciais ao imputado e ao coletivo de pessoas que de ordinário configuram o público preferencial do sistema de justiça criminal.

As fronteiras individualistas traçadas neste quadro não desaparecem ainda quando Roxin postula o carácter público – de dever do Estado – do exercício do direito de defesa.

Com efeito, ao analisar a «defesa penal» o professor alemão estabelece uma espécie de oposição dicotômica entre as teorias do órgão e do interesse legítimo das partes que toma por premissa o carácter individualista da ação penal – e de seu respectivo processo – confrontando a perspectiva funcional própria da teoria do órgão à que privilegia interesses da parte (do imputado), mas que se enquadraria esta última num modelo de legitimidade que, pelo que entendi, estaria submetido a limites caracterizados por serem os «interesses defensáveis do acusado».

Textualmente afirma Roxin:

“Se puededecir, si uno quiere adherirse a términos coloquiales, que el defensor está llamado únicamente a la realización de los intereses jurídicamente legítimos y defendibles del imputado y en esa función el es órgano de la administración de justicia; con lo cual, entonces, se recogería la oposición teórica en una síntesis más alta¹³.”

Uma oposta «teoria do órgão», ainda que restrita ao «núcleo essencial da efetividade da administração da justiça» tanto quanto uma teoria dos interesses legítimos do acusado, tratada como o fazem Roxin¹⁴ ou as autoras brasileiras, Moura e Bastos, terminaria por fundamentar uma defesa quase que meramente reativa, dando por incontroversos os termos abstratos da lei penal e a normalidade do processo incriminador, como se este processo, na via administrativa e judicial, pudesse estar isento de críticas.

A defesa, portanto, seria basicamente uma atividade «reativa», despojada de uma autonomia em face da acusação que permitisse ao defensor superar as barreiras instituídas por uma legalidade penal dada como justa *a priori*.

A noção de «direito de defesa» estritamente como direito de resistir à pretensão acusatória em uma visão de «reação defensiva» é a prevalente no direito brasileiro,

12 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 4, v. 1, 1993. p. 113.

13 ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho. In: Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 52.

14 ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho. In: Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 57.

inspirando as análises dos instrumentos jurídicos à disposição do defensor¹⁵.

3 O «DIREITO DE DEFESA» EM SUA FACETA ATIVA: A CENTRALIDADE POLÍTICA DA E NA DEFESA PENAL

Talvez a melhor forma de romper a oposição dicotômica entre a «teoria do órgão» e a «teoria dos interesses legítimos do acusado» esteja em reconhecer *a priori* o aspecto marcante da jurisdição penal, retratado na nota nº 8: a seletividade do sistema.

Releva notar que não por acaso os presídios e penitenciárias brasileiros assemelham-se a modernas senzalas, hospedando compulsoriamente os herdeiros dos antigos escravos.

Leonardo Yarochevsky e Bárbara do Nascimento realçam o fato. Convém transcrever:

“Não é sem razão que a grande maioria da população carcerária é composta por negros e pobres. O sistema penal é seletivo. [...]. No Brasil, inúmeras vezes, o negro é marcado pelas autoridades (sistema penal) como indivíduo violento, perigoso e até mesmo bestializado. Não se pode olvidar que o Brasil foi o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão. Mesmo anos depois da assinatura da Lei Áurea, negros continuavam a servir seus senhores em troca de comida e repouso. Quase todos passaram a ser marginalizados. Daí para a criminalização foi um salto. De lá até os dias de hoje, o negro continua sofrendo preconceito e discriminação. Discriminação que resulta no processo de criminalização. De um modo geral, aos negros, no Brasil, nunca foi dada oportunidade de ascensão social¹⁶.”

Prefigura-se na prática um contexto oposto ao da presunção de inocência. Para setores inteiros de nossa sociedade o estado de suspeição – a presunção de que são criminosos – é a realidade e a persecução penal espelha isso em todos os momentos.

A visão individualista moderada da «defesa penal» não dá conta de algo que forma a «cultura da polícia, do Ministério Público e da magistratura» como organizações que no âmbito criminal assumem a tarefa de garantir a segurança pública.

A história da magistratura criminal brasileira confunde-se com a história da polícia e, por exemplo, até 1988 era possível ter um processo penal instaurado por acusação formulada por um juiz criminal.

Seria de supor que o advento da Constituição teria condições de modificar esse cenário, mas fato é que não é a mera mudança de texto, mesmo se tratando o texto da Constituição da República, que singularmente alavanca transformações estruturais e a mudança de cultura da organização.

A hipótese mais aceita articula a cultura das organizações ao fenômeno da mudança institucional e suas dificuldades.

Como em outra oportunidade salientei, a prática judicial dominante no Brasil conteve o processo de mudança.

A Justiça Criminal funciona tendencialmente de uma determinada maneira,

¹⁵ É a posição de Cristiano Barros, salvo melhor juízo. BARROS, Cristiano. A resposta à acusação como instrumento da reação defensiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 69.

¹⁶ YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac; NASCIMENTO, Bárbara Bastos Sérgio do. Da senzala ao cárcere: o caso Rafael Braga e a seletividade do sistema penal. In: SOBRINHO, Sergio Franco Carlos Graziano; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (org.). Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018. p. 199.

preexiste às reformas, evidentemente, e pode estar permeável ou não a elas. Por este ângulo, o «acusatório» em tese instituído pela Constituição em 1988 pode ser apenas um elemento (fundamental) do discurso dos juristas, mas as práticas concretas estarão em concordância ou alheias à previsão dos juristas.

Binder chama atenção para o fato de o processo penal ser um «saber prático», que não pode ignorar a realidade das organizações e instituições que compõem o denominado «Sistema Penal» de arbitramento de responsabilidade¹⁷.

Existem Poder Judiciário, Ministério Público, Ordem dos Advogados, Defensoria Pública e Polícia. São organizações com história, cultura e características próprias. A Justiça Criminal é uma instituição no interior da qual estas organizações e muitas outras interagem, influenciando-se reciprocamente.

Os procedimentos adotados em conjunto ou separadamente obedecem ao padrão de interpretação vigente em cada uma das organizações acerca do desenho institucional que corresponde às funções que lhes são atribuídas, de forma expressa ou tácita.

Tomando as coisas por este ângulo, entende-se a afirmação de Ellen Immergut, em *As regras do jogo*¹⁸, de que «a mudança é um problema essencial para a análise institucional».

A «reforma» da Justiça Criminal à vista do texto constitucional de 1988 constituiria processo de mudança.

De acordo com Immergut, em sua análise sobre a lógica da política de saúde na França, Suíça e Suécia, não são suficientemente explicativos, de modo isolado, o «poder da profissão», lealdades políticas ou mesmo a força das burocracias.

É inegável que dinâmicas institucionais e cadeias de decisão política extremamente complexas tenham peso no processo decisório, algo que não é apropriável, analiticamente, pelo exame singular da atuação e do propósito dos atores envolvidos.

O problema, como salienta Immergut, é que «instituições devem ter uma espécie de capacidade de permanência».

Quando se cogita de um setor significativo do Estado e da sociedade, como é o caso da Justiça Criminal, independentemente da inclinação inquisitória do modelo vigente e de sua recriminação por toda uma geração de juristas com formação e profissão de fé no Estado de Direito, as forças de resistência à mudança estão presentes e atuam em todos os âmbitos, o que leva a crer que mudanças institucionais «ocorrem durante períodos de tempo mais longos», como adverte Wolfgang Streeck¹⁹, confrontando-se com «causas contrariantes que as desaceleram».

Por este ângulo, o que se observa concretamente é que o esforço de revisão legal do processo penal brasileiro é obstado por causas contrariantes que podem ser reconduzidas à mentalidade autoritária que coloniza o imaginário da Justiça Criminal de que cabe ao juiz criminal executar políticas de segurança pública.

Complementando o contexto de instituição de um «território jurídico de exceção» no âmbito do processo penal brasileiro mesmo depois de 1988, a ideologia autoritária seguiu

17 BINDER, Alberto M. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013. p. 13-29.

18 Disponível em <https://pmcspraca.files.wordpress.com/2013/01/immergut-1996-regras-do-jogo-na-polc3adtica-de-sac3bade.pdf>. Consultado em 29 de julho de 2016.

19 Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013. p. 16-18.

curso livre por meio de uma série de leis tipicamente de processo penal de emergência²⁰, várias delas flagrantemente inconstitucionais, que foram e continuam sendo aplicadas no cotidiano dos tribunais²¹.

No entanto, como ressaltado por Binder²², referido linhas atrás, não há como ignorar a realidade de que as organizações e instituições que compõem o denominado «Sistema Penal» podem ser responsáveis pela implementação das mudanças necessárias à harmonia do Código de Processo Penal (CPP) à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos ou podem obstar essa mudança, total ou parcialmente.

Ao pensar a «defesa penal» em termos nitidamente endoprocessuais e individualistas, desconsiderando as tendências incriminatórias reveladas pela criminologia, tendências que operam no seio da cultura de organizações que se imaginam tutelares da segurança pública, a teoria jurídica colabora com a perpetuação de perseguições injustas que somente observadas em horizontes ampliados logram ser corretamente apreendidas.

O fenômeno é semelhante ao que ocorre em outros países no contexto da incriminação de imigrantes pretensamente terroristas, o que tem levado à limitação legal do exercício do «direito de defesa» por defensores públicos e advogados.

Vale registrar a respeito que embora certos conceitos sejam de conhecimento comum aos juristas do campo processual penal, convém explicitar a noção, gênese e função das garantias da advocacia de sorte a perceber a conexão com algo que transcende o dado como aparentemente legítimo e mostra como em Estados tão desiguais como o Brasil o caráter público e político da «defesa penal» é exercitado por advogados, mas predominantemente pelos Defensores Públicos.

Com efeito, as sociedades contemporâneas creditam à advocacia e à defensoria, exercidas com independência em relação aos poderes político e econômico, relevante papel para a estabilidade social e a defesa dos direitos dos indivíduos contra toda sorte de abusos.

Não é necessário voltar tanto assim no tempo para constatar que em determinadas circunstâncias o conjunto de forças dominantes no corpo social pode facilmente orientarse ao sacrifício das mais elementares práticas civilizatórias, não raro incentivado por certo consenso moralizante que elege os fins em detrimento dos meios.

O drama do «11 de setembro de 2001», nos Estados Unidos da América, com as mortes provocadas por ato terrorista de proporções inéditas naquele país, levou em reação à edição de atos normativos que limitaram de modo extremo o exercício de direitos e garantias individuais de pessoas e grupos sociais sobre os quais lançou-se alargado

20 CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

21 Destacam-se as seguintes leis do Processo Penal de Emergência no Brasil Pós-1988: Lei 7.960/89. Dispõe sobre prisão temporária; Lei 8.072/90. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências; Lei 9.034/95. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (revogada); Lei 9.807/99. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal; Lei 12.850/13. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

22 BINDER, Alberto M. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013. p. 13-29.

manto de suspeição.

Mesmo com a restrição significativa imposta às garantias do processo, sucessivos governos norte-americanos apelaram a práticas presumivelmente banidas das democracias pós-Segunda Guerra Mundial.

Assim é que o governo norte-americano reativou a prisão existente na Base de Guantánamo, lugar mantido idealmente à margem dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico daquele país, em um evidente contexto de «Estado de Exceção». A rigor, coube quase que unicamente aos advogados, defensores, defensoras e advogadas elevar a voz em defesa dos direitos e garantias daquelas pessoas presas em Guantánamo, isoladas do resto do mundo, que sequer estavam sendo acusadas do cometimento de crimes.

O relato das atividades e da postura combativa e independente dos «advogados de Guantánamo» é impressionante. Dessas narrativas pode ser extraída com segurança a conclusão de que juízes e tribunais federais norte-americanos somente puderam iniciar o processo de restabelecimento do império das leis, tão caro àquele povo, porque «havia advogados em Guantánamo», como um dia, para um moleiro, «houve juízes em Berlin». Convém relembrar o episódio recente a partir das palavras dos próprios envolvidos:

“A princípio somente um pequeno número de advogados saiu em defesa dos prisioneiros em Guantánamo. Nos meses seguintes ao 11 de setembro, a maioria das pessoas não questionava os atos do governo dos Estados Unidos e sabia-se pouco do novo centro de detenção. Mas com o passar do tempo começou a ficar claro que o Estados Unidos estava cometendo abusos e negando aos prisioneiros as garantias processuais básicas. A advocacia esteve à altura das circunstâncias, e se uniram juristas de todos os lugares, origens e especialidades de todo o tipo para proporcionar representação legal aos prisioneiros e para exigir que se fizesse justiça. Assim explicam alguns deles sua participação.”

Compreende-se que se a jurisdição na atualidade é, por vocação, contramajoritária sempre que necessário à defesa dos direitos fundamentais, a «defesa penal» independente é o esteio dessa garantia que toma corpo na independência dos juízes. É impossível conceber um Estado democrático com juízes independentes que se veja privado de uma advocacia e de uma Defensoria Pública igualmente independentes.

O sentido da independência dos defensores, será visto adiante, é construído em oposição às forças de que dispõe o Estado para atuar em face do indivíduo. Por evidente que o «arsenal» estatal não é pura força. No Estado de Direito a compressão do exercício de direitos e garantias está juridicamente delimitada.

Danilo Zolo e Pietro Costa, juristas e cientistas políticos, lembram que, «colocado no seu horizonte histórico-genético, o Estado de Direito evoca, portanto, o problema da relação entre os sujeitos, o direito e o poder²³» e se caracteriza por instaurar um nexos funcional (direito) entre o poder e os sujeitos de modo a controlar o poder e a direcioná-lo à realização das plenas potencialidades dos seres humanos na busca por sua autodeterminação (dignidade).

Luigi Ferrajoli preconiza a superioridade ética do estado de direito, que tem lugar justamente porque os direitos fundamentais dos cidadãos operam na dimensão de

23 COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Estado de Direito: história, teoria e crítica. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. XIV.

«vínculos funcionais», que condicionam a validade jurídica de toda a atividade do Estado²⁴.

Não se desconhece, no entanto, que os mencionados vínculos funcionais existem porque também é real a possibilidade de violação dos direitos, ruptura tantas vezes causada por atos de agentes do próprio Estado.

A «defesa penal» configura missão constitucional cuja ancestralidade remonta aos mitos fundantes do Ocidente e confere ao seu exercício peculiaridades que as democracias contemporâneas reconhecem e que fundam um modelo complexo, quer na definição das atividades que a caracterizam, quer na previsão dos instrumentos jurídicos de que a advocacia se vale para cumprir suas múltiplas e delicadas funções.

Defender significa algo mais do que ser a voz das pessoas perante os tribunais. Uma das notas distintivas da vida nesse mundo global é o domínio do «jurídico» em praticamente todas as dimensões existenciais. A pluralidade de fontes jurídicas, com regulamentos, decretos, contratos variados, instrumentos econômicos sofisticados etc. coloca as pessoas permanentemente diante de questões cuja resolução prática demanda conhecimento e habilidades próprios dos juristas.

Também é inequívoco que a multiplicação dos casos de regência da vida pelo Direito provoca séria reflexão sobre a possibilidade de os tribunais estatais monopolizarem a tarefa de resolução de conflitos. O Poder Judiciário em todo o mundo não está em condições de dar conta das demandas que encontram no «jurídico» a chave de solução das controvérsias.

Essa é a razão pela qual as últimas décadas testemunharam o renascimento da arbitragem, da mediação, das iniciativas de consenso a reclamar a intervenção do profissional com *expertise* jurídica.

A defesa cumpre a função de estabilização do corpo social, buscando o equilíbrio entre os membros da sociedade que de ordinário, por ocuparem posições desiguais, também perseguem de forma desigual a proteção de seus interesses.

A tutela dos interesses individuais e coletivos passa pela capacidade de se traduzirem esses interesses em interesses jurídicos. Os defensores são os «tradutores primários» e devem poder realizar suas tarefas ainda que em oposição a outros interesses igualmente legítimos.

A defesa da liberdade de locomoção, por exemplo, sempre se colocará em oposição aos atos dos agentes estatais interessados em restringir essa liberdade. A garantia de que o Poder Judiciário terá condições de exercer sua função decisória com justiça, no sentido de prover a decisão adequada a cada caso de pretensão de privação da liberdade, somente será uma garantia jurídica «conforme o Estado de Direito» se o ambiente dialético do processo contemplar o exercício da defesa da liberdade contra os riscos historicamente confirmados do abuso do poder de encarcerar e castigar.

A dualidade de estatutos jurídicos resulta ser uma necessidade que decorre dessas tarefas. O estatuto jurídico do assistido ou representado é próprio. Ele é o titular da presunção de inocência. O estatuto jurídico do advogado ou defensor igualmente é peculiar.

A «presunção de inocência» não é uma expressão mágica. Trata-se de um

24 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal, 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 905.

instituto jurídico complexo, cuja dimensão alcança vários âmbitos da vida protegidos contra os impulsos de punição fora dos marcos do Estado de Direito. As pessoas comuns desconhecem essa dimensão rica e complexa do âmbito normativo da presunção de inocência, que contempla, por exemplo, a tutela contra a autoincriminação compulsória.

A rigor, as pessoas não têm uma compreensão precisa do que em toda a sua extensão significa não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Cabe ao defensor criminal «traduzir» o significado da tutela contra a autoincriminação compulsória para o assistido ou representado. Este «processo de tradução», que em realidade compreende as atividades de comunicação, instrução e esclarecimento do assistido ou representado, inscreve-se como «dever jurídico-político» de todo advogado ou defensor relativamente às pessoas que assiste ou representa.

Contra os abusos autoritários de um delírio de conhecimento total dos fatos – conhecimento da «verdade absoluta» - muitas vezes penetrando nos lugares mais recônditos da existência individual por meio da vigilância acústica ambiental, das comunicações de dados e telefônicas, delírio que se manifesta pelos «dotes interpretativos» dos verdugos de todos os tempos, recortando frases e retirando-as de seu contexto para edificar um relato incriminador que sustente a «presunção de culpa» alheia, é impositivo o dever de orientação do advogado ou defensor ao assistido ou representado.

A «defesa penal», portanto, não é somente reação. É também ação, em sentido talvez menos técnico.

No processo penal italiano a previsão da participação da defesa na investigação criminal denuncia uma visceral mudança de foco que, pelo menos em tese, como ressalta a doutrina, busca abandonar a perspectiva inquisitorial estribada no *in dubio contra reum*, peculiar ao modelo inquisitório, em favor de um concreto *in dubio pro reo* consequente ao processo regido pela presunção de inocência (art. 27, inc. 2, da Constituição da Itália).

A cultura das organizações que ainda é dominante em amplos setores da polícia, do Ministério Público e da magistratura criminal, ao apoiar-se na ideia de realização de funções de segurança pública termina por consagrar o *in dubio contra reum* contra o qual opõe-se a cultura disseminada na Defensoria Pública porque dotada da visão de conjunto do Sistema Penal.

A legislação vigente na Itália prescreve a obrigatória assistência do defensor desde a fase das investigações criminais e regula a forma das sanções processuais decorrentes da desobediência ao mandamento, como assinala Antonio Cavaliere²⁵, professor titular de Direito Penal da Universidade de Nápoles, abandonando «o princípio de que todas as nulidades são sanáveis» para «introduzir uma sanção específica para a violação de proibições probatórias – vale dizer a impossibilidade Direito Penal da Universidade de Nápoles, abandonando «o princípio de que todas as nulidades são sanáveis» para «introduzir uma sanção específica para a violação de proibições probatórias – vale dizer a impossibilidade de utilização da prova ilegalmente obtida – que se caracteriza porque pode dar-se de ofício em todo estado ou grau de procedimento, art. 191 CPP²⁶» uma

25 Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares. In: Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. México: Porrúa, 2007. p. 183.

26 Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones

vez que os italianos se deram conta de que a ampliação do âmbito normativo da «defesa penal» era uma decisão política fundamental.

Em Estados como o Brasil, caracterizados pela profunda desigualdade econômica e social e com passado escravagista a dominar o imaginário social ainda no presente, as mencionadas lições de «Guantánamo» e do processo penal italiano, entre tantas outras ilustrações possíveis, estão a revelar que a mudança institucional na direção de um aparelho penal menos seletivo, abrangente – e também menos brutal – demanda uma instituição que tenha a capacidade de se organizar e de se fazer presente nas instâncias decisórias tanto de forma concentrada como com efetiva capilaridade.

Isto é, litigar estrategicamente no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em ações de descumprimento de preceito fundamental e habeas corpus coletivos e também marcar presença de maneira difusa, de norte a sul do país, mantendo muito bem ajustadas as engrenagens entre as diversas defensorias em cada processo criminal singular, de modo a fazer da «defesa penal» concreta um ato político de implementação do Estado de Direito e da democracia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão deste modesto contributo em homenagem à Defensoria Pública pode ser sintetizada na seguinte ideia-chave: a «defesa penal» no Brasil é um ato político por excelência e na atualidade essa noção toma corpo de forma mais completa na Instituição que melhor representa o Estado de Direito que queremos, no caso, a Defensoria Pública.

REFERÊNCIAS

BARROS, Cristiano. **Aresposta à acusação como instrumento da reação defensiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BINDER, Alberto M. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

CAVALIERE, Antonio. **Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares**. In: Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. México: Porrúa, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. **Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: **Teoría del garantismo penal**. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001.

GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el estado de derecho. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. **Defesa penal: direito ou garantia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 4, v. 1, 1993.

PEDRINHA, Roberta Duboc (org.). **Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

SOBRINHO, Sergio Franco Carlos Graziano; DORNELLES, João Ricardo Wanderley.

STREECK, Wolfgang. **Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático**. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac; NASCIMENTO, Bárbara Bastos Sérgio do. **Da senzala ao cárcere: o caso Rafael Braga e a seletividade do sistema penal**. In: BINDER, Alberto M. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

Links da internet:

LC 575/12. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140926-08.pdf>.

LC 130/17. Disponível em http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=21596.

Apenas quatro estados têm defensoria pública em todas as comarcas. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>.

Pesquisas realizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. <http://www.defensoria.rj.def.br/Documento/Institucional-pesquisas>.

As regras do jogo: A lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. <https://pmcspraca.files.wordpress.com/2013/01/immergut-1996-regras-do-jogo-na-polc3adtica-de-sac3bade.pdf>.

Banco Nacional de Monitoramento das Prisões. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>.

PRADO, Geraldo. **Habeas Corpus Coletivo.** Disponível em: https://www.academia.edu/12142523/O_Habeas_Corpus_Coletivo.

Supremo Tribunal Federal:

ADPF 442/DF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 28/06/2018. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimado: Presidente da República. Amicus Curiae: Partido Social Cristão (PSC). Amicus Curiae: União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP). Amicus Curiae: Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF).

HC 143.988/ES. **Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Edson Fachin. Impetrante: **Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.** Paciente: Todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte.

HC 143.641/SP. **Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Data do julgamento: 20 de fevereiro de 2018.

ADPF 336. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional.

ADPF 347. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União.

ADIn 4162. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministra Rosa Weber. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República.

REx 776823. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Edson Fachin. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Felipe de Oliveira Lopes.

AREx 848107. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Rodrigues de Oliveira.

REx 638239. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Anderson Pablo Figur Ribeiro.

REx 972598. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Roberto Barroso. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Maria Edna Silva de Paiva.

ADIn 5874. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Requerente: Procuradora Geral da República. Intimado: Presidente da República.