

O ACESSO À JUSTIÇA PENAL E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA

ACCESS TO CRIMINAL JUSTICE AND THE ACTIVITY OF THE PUBLIC DEFENSE OFFICE IN REALIZING THE RIGHT OF DEFENSE

Renan Posella Mandarin¹

RESUMO: O objetivo do estudo é examinar a forma como a atuação da defensoria pública, no exercício da defesa dos direitos dos indivíduos hipossuficientes e marginalizados pelo sistema penal, pode viabilizar o seu acesso à justiça. A realidade jurídica brasileira apresenta um quadro seletivo de criminosos, vulneráveis ao exercício do direito de defesa técnica. O processo penal é um procedimento dialético, que exige a constante participação do defensor para consecução da demanda. Desenvolvem-se conceitos relativos ao direito de defesa e vulnerabilidade criminosa e encontra no acesso à justiça penal seu objeto de análise crítica e perspectiva metodológica.

Palavras-chave: Justiça penal. Defensoria pública. Direito de defesa. Processo penal. Seletividade penal.

1753

ABSTRACT: The objective of the study is to examine how the performance of the public defender, in the exercise of the rights of hyposufficient and marginalized by the criminal justice system individuals can realize access to justice. The Brazilian legal reality presents a selective framework of criminals, vulnerable to the exercise of the right of defense technique. The criminal process is a dialectical procedure that requires constant participation of the defender to achieve the demand. They develop concepts concerning the right criminal defense and vulnerability and in accessing the criminal justice its object of critical analysis and methodological perspective.

Keywords: Criminal justice. Public defender. Right of defense. Criminal proceedings. Criminal selectivity.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça penal é um tema muito discutido nos estudos de processo penal. A partir da Constituição Federal de 1988, surgiu a defensoria pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tornando-se, dentre as várias

¹Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP/Jacarezinho-PR). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca-SP). Docente no curso de Direito da Universidade Paulista (UNIP) e da Faculdade Rede Gonzaga de Ensino (REGES).

competências que lhe foram conferidas pelo texto constitucional, instrumento para efetivação dos direitos de defesa dos criminosos hipossuficientes e marginalizados pelo sistema penal. O acesso à justiça é a materialização da dignidade da pessoa humana, valor indicativo de que o Estado deve sempre existir em razão da pessoa humana, porquanto o ser humano constitui uma finalidade precípua e não o meio da atividade estatal.

Diante da perniciosa seletividade das condutas criminais, o processo penal passa ser ferramenta para concretização dos direitos do acusado. A atuação da defensoria pública pode ser um caminho salutar para o equilíbrio entre os sujeitos processuais, principalmente através da promoção da defesa técnica do acusado vulnerável frente à justiça penal.

O presente trabalho pretende apontar alguns problemas existentes na justiça penal que têm dificultado o acesso desses criminosos na concretização do seu direito de defesa e mostrar como a defensoria pública pode dirimir essas desigualdades perenes na realidade jurídica brasileira.

1. UMA CONTEXTUALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA

O significado de acesso à justiça evoluiu conforme a transformação sofrida pelo próprio Estado e sua ideologia política. No Estado Liberal, século XVIII e XIX, seguindo a ideologia abstencionista, cabia tão somente assegurar formalmente a possibilidade daquele que tivesse um direito violado de propor ou contestar uma ação; o fundamento era essencialmente individualista e não havia preocupação com a efetividade dos direitos do acusado.

O acesso à justiça, assim como os demais direitos individuais formalmente assegurados, somente poderia ser obtido por aqueles cidadãos que tivessem condições materiais de fazê-lo. Aqueles que fossem privados de recursos materiais eram deixados à sua própria sorte, já que, formalmente, tinham as mesmas possibilidades de recorrer ao Poder Judiciário. O discurso liberal se limitava ao plano formal.

Após a consagração dos direitos sociais, final do século XIX e meados do XX, cresceu a consciência de que para sua realização é essencial a atuação positiva do Estado, iniciando-se a busca por instrumentos jurídicos específicos que garantam ao cidadão o acesso à justiça. Com o advento das revoluções burguesas e a consagração das chamadas liberdades públicas com uma conseqüente imposição de limites ao agir do Estado, o processo passa a ser um instrumento posto formalmente nas mãos do cidadão para

assegurá-lo na defesa de seus direitos quando esses forem ameaçados ou efetivamente atingidos por atos do poder público. Posteriormente, com a democratização do Estado, o acesso à justiça adquire *status* de garantia constitucional (SILVA, 2001, p. 75-79).

No Brasil, o acesso à justiça teve sua evolução tardia e gradual. A história do país foi feita com pouca participação popular, tanto que somente com a revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas, a classe operária começa a organizar sindicatos, contudo ainda submissa à imposição política do Estado. A situação se agrava em 1964, com a submissão do povo a um governo autoritário, que sufocava os pequenos avanços em termos de participação política popular e de conquistas de direitos sociais instaurados com a Constituição de 1946.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição Federal de 1988, foi ampliada as garantias constitucionais, inclusive com a previsão dos direitos fundamentais à defesa, à assistência jurídica gratuita e ao acesso à justiça (artigo 5º, incisos LV, LXXIV, e XXXV da Constituição Federal).

O novo dispositivo constitucional trouxe a novidade de estabelecer como garantia não apenas o direito de assistência judiciária, ou seja, a representação e defesa de interesses em Juízo, mas sim uma noção mais ampla, de assistência jurídica integral, salientando a gratuidade de tal benefício:

[...]. Trata-se de situação peculiar no concerto das nações, eis que poucos são os países que erigiram a assistência jurídica e judiciária no patamar das garantias constitucionais. No novo texto constitucional, a expressão "assistência jurídica" veio substituir a antiga expressão "assistência judiciária", alargando-lhe o sentido e a abrangência. Não se limitava mais ao patrocínio gratuito da causa pelo advogado e à isenção de todas as taxas, custas e despesas, inclusive com peritos (ALVES, 2011, p. 760-761).

O Estado brasileiro tem assegurado ao acusado hipossuficiente a garantia de uma defesa penal substancial. E mais, com a efetiva participação de um defensor público na realização de sua defesa técnica, enquanto instrumento de garantia do exercício dos direitos fundamentais, notadamente aqueles diretamente relacionados à defesa da liberdade, que se consubstanciam ou se restringem nos limites do processo penal (SOUZA, 2012, p. 285-288).

Frise-se que a garantia formal do acesso à prestação judicial sempre esteve prevista no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente aos indivíduos vulneráveis. Entretanto, entre a previsão formal e a realidade há um abismo: precariedades das defensorias públicas, diante da falta de destinação por parte dos Estados de recursos suficientes para efetivação

desses serviços, bem como a questão da ineficiência dos defensores dativos, pagos pelos cofres públicos, são dificuldades constantes na efetivação do acesso à justiça penal. Ademais, o aparelhamento material e pessoal do Poder Judiciário é obsoleto e insuficiente, o que potencializa tais dificuldades.

O Brasil apresenta uma característica bem particular: enquanto nos países desenvolvidos a ausência de implementação do direito de acesso à justiça penal atinge uma parcela minoritária da população, em especial as minorias étnicas, no Brasil é o contrário, a exclusão atinge a maioria da população. Há uma seletividade da matéria e dos indivíduos que compõem o cenário da justiça penal, tanto na criminalização primária, ao se eleger abstratamente as condutas que devam ser reprovadas penalmente, quanto na criminalização secundária, ao selecionar o que de fato será submetido à ação punitiva do Estado.

2. A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E O ESTEREÓTIPO DO SUJEITO CRIMINOSO

O efetivo acesso à justiça ocorreria com a “completa igualdade de armas” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 15). Trata-se de uma garantia de que a conclusão dependa apenas dos méritos jurídicos relativos às partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito, que eventualmente possam afetar a afirmação e reivindicação dos direitos em jogo.

1756

Entretanto, a realidade jurídica brasileira distancia-se do idealismo proposto por Cappelletti. O atual cenário do sistema penal denota um “controle neutralizante”² de indivíduos oriundos de classe social menos abastada, através da produção de normas jurídicas mais severas (hiperpunitivismo legislativo) e da potencialização do aparelho repressivo (juízes) direcionados para uma categoria homogênea de criminosos, evidenciando o perverso caráter discriminatório da justiça penal (GARLAND, 2008, p. 115).

Vislumbra-se na lógica do controle penal pela ordem formal a discriminação da justiça, tanto na órbita legislativa, com os sujeitos passivos devidamente delimitados pela tipicidade da conduta, quanto na aplicação das leis pelos juízes, através da obediência

²Garland (2008) afirma que a prisão não representa mecanismo de reforma ou de reabilitação, mas principalmente um instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e punições duras.

às tendências sistêmicas e da padronização das decisões, resultando no etiquetamento do delinquente.

No que tange à discriminação na produção das leis, interessante notar que as leis são frutos da atividade humana e, dessa forma, idealização de um grupo social com o propósito de assegurar a conservação do seu *status quo* socioeconômico.

[...]. Numa sociedade complexa e hierarquizada, dita as leis a classe que dispõe de poder. E, obviamente, armará a ordem legal de sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes, das quais decorrem vantagens que lhes bafejam os membros, tanto quanto o ônus suportado pelas massas oprimidas (THOMPSON, 2007, p. 47).

Forçoso concluir que crime e criminoso “não são entidades absolutas” (HOWARD, 2008, p. 21-22), mas tão-somente resultado da vontade do legislador, o qual limita as figuras delituosas justamente para impedir a apenação de ações que, seletivamente, não lhe interessa perturbar. É bem dizer que as prescrições punitivas de caráter elástico prejudicam o interesse de uma determinada classe social, de maneira que será criminoso o indivíduo que observar no mundo fático uma conduta precisamente adequada ao modelo abstrato prefixado em artigo de lei; ocorrendo descoincidência em algum ponto, descaracterizado restará o delito, por ausência de tipicidade.

A título de exemplo, oportuna análise do tipo penal de estelionato. Levando ao pé da letra os elementos contidos da descrição do tipo, a indústria e o comércio entrariam em colapso, uma vez que é comum nas propagandas comerciais um induzimento a erro mediante artifício ao consumidor. Para a sociedade burguesa tal conduta se revelaria um insuportável despautério, quando muito o conflito se resolveria no âmbito civil.

Ainda na seara pragmática, a ideologia dominante convence ser crime conduta típica de pessoas pobres e reforça o estereótipo do criminoso: a sonegação fiscal, delito classificado como “crime contra a ordem tributária”, admite a extinção da punibilidade quando restituído o valor subtraído antes do recebimento da denúncia, conforme previsão do artigo 34 da lei 9.249/95; o tipo de furto também possui como objetivo punir condutas que visam à dilapidação do patrimônio alheio, no entanto, o benefício da extinção da punibilidade não se aplica quando o produto ou valor é devolvido antes do recebimento da exordial acusatória.

Percebe-se uma escancarada preferência legislativa em criminalizar os autores de crimes contra o patrimônio, em sua maioria pobres, enquanto se imunizam

comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes dominantes, como a sonegação fiscal.

Além da nítida discriminação legislativa, há também a discriminação na aplicação da lei pelas instituições estatais repressivas. Michel Misse afirma que os aparelhos repressivos se orientam pela posição de classes, formadas historicamente, para selecionar as práticas criminosas:

[...]. O crime pode ocorrer em qualquer classe, estrato ou fração estamental, mas existem diferenciais históricos de designação e perseguição de certas ações como criminais, como também da orientação dos aparelhos que cuidam de sua detecção e resposta punitiva, que podem ser determinados, numa medida significativa, em correlação com as posições de classe, estrato ou de frações estamentais (MISSE, 2011, p. 22).

O Censo Penitenciário do Brasil confere o padrão dos frequentadores das penitenciárias brasileiras: 97% homens, 95% pobres, 68% entre 18 e 25 anos, 89% sem trabalho fixo, 76% analfabetos ou semialfabetizados, 65% negros ou mulatos. Tal estereótipo é construído pelo fato de que os aparelhos de resposta ao crime selecionam mais certos tipos de ação e de agente, do que outros; que os crimes selecionados são também os que provocam maior reação moral e social; que os crimes que provocam maior reação moral e social são os chamados crimes violentos, aqueles cujos agentes, dispendo ou não de outros meios de poder, utilizam-se da coação física imediata (ou sua ameaça), ou que executam o aniquilamento físico do outro em seu desenvolvimento; que os agentes “pobres” (ou com poucos recursos alternativos) que operam diretamente a ação criminal, por limitação social na escala da seleção de meios e de preferências criminais, mas também por outras razões, tendem a estar mais sujeitos ao emprego da violência como meio criminal.

1758

Merecem destaque dois fatores preponderantes que sucumbem o delinquente à discriminação pela justiça criminal e pelas autoridades repressivas: a) maior visibilidade da infração; b) adequação do autor ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente (THOMPSON, 2007, p. 60).

A infração será mais visível na medida em que ocorra num lugar com respeito ao qual a polícia dispõe de maior facilidade de acesso, tanto em termos de espaço quanto de tempo. A fiscalização dos órgãos de segurança incide com maior incidência nos logradouros públicos (ruas, praças, parques, etc.) e nas moradias situadas nas favelas, barracos e demais locais extremamente devassáveis. A parcela pobre da população

permanece a maior parte do tempo em franca exposição. Do contrário, o acesso policial não encontra a mesma facilidade em recintos com ingressos limitados (condomínios fechados, prédios, apartamentos, etc.), visto que precisa respeitar a seleção desejada dos moradores.

Some-se ainda a dificuldade de apurar tais delitos: primeiro, o acesso a ambientes fechados exige o mandado de busca e apreensão, como garantia constitucional da intimidade dos moradores; em segundo, alguns delitos são praticados com sofisticação tecnológica e necessitam da quebra de sigilo bancário e telefônico, os quais apenas são fornecidos mediante ordem judicial fundamentada. Nesse ponto, já se nota também traços da seletividade do discurso garantista, o qual será oportunamente analisado mais a frente.

Outro elemento discriminante é a construção do estereótipo do homem criminoso pela ideologia prevalente. Os casos que chegam à agência judicial são produto de uma seletividade estrutural, inicialmente filtrados no contínuo controle social exercido pelas agências policiais. O filtro utilizado é o que se critica: na atividade policial concentra-se a vigilância sobre indivíduos considerados mais propensos a desrespeitar a lei; logo, nas rotineiras “batidas policiais”, os policiais selecionarão de acordo com a ideia que possuem a respeito de quem é o criminoso e no que vivenciam no cotidiano.

A composição do estereótipo do delinquente também é realizada pela ideologia do contrato social. O raciocínio popular é o de que a sociedade é essencialmente justa e, se há pessoas capazes de desrespeitar as regras básicas, forçoso reconhecer que tais desviantes são anormais. E a anormalidade está ligada não ao que pessoa *faz*, mas ao que ela *é*. Dessa forma, mesmo sem dispormos de informação convincente acerca da prática por parte de dado indivíduo, de um fato preciso, contemplado como típico pela lei penal, reconhecê-los como delinquente se: pertencendo à classe inferior apresenta registros policiais, o que é apurável através das indicações mais visíveis relativas à cor (preto ou mulato), aspecto físico (falhas de dentes, mãos e pés grandes, feições abrutalhadas, olhar oblíquo), baixa escolaridade (linguagem pobre, pejada de gírias), morador em favela, membro de família desorganizada ou sem família, sem emprego ou subempregado (THOMPSON, 2007, p. 68).

Apesar dos fortes traços seletivos apresentados em sede policial, oportuno salientar que a seletividade penal também se apresenta na fase judicial. O discurso da isonomia das decisões judiciais é recepcionado pela opinião pública como exteriorização da imparcialidade do sistema penal; todavia, gera-se o efeito inverso, posto que a uniformização e a previsibilidade dos julgados - ainda mais no delicado âmbito do processo

penal, cuja individualização das condutas e a pluralidade situações fática – podem aparecer como critérios selecionadores do sistema, a depender do *status social* e das exigências do poder constituído do acusado. Assim, a igualdade formal aparece como desigualdade real (ANDRADE, 2012, p. 224).

Além disso, a prerrogativa do livre convencimento do magistrado e o princípio do *in dubio pro reo* são discursos corriqueiros na prática processual, porém, podem possuir caráter discriminatório ao garantir um poder discricionário e amplo ao juiz no julgamento. A discricionariedade, inclusive, encontra respaldo legal no artigo 59 do Código Penal³, o qual prevê critérios amplos ao magistrado para fixação da pena e proporciona um alto nível de subjetivismo nas motivações da decisão.

Por mais técnica que seja uma decisão judicial, inegável que ela possua uma ideologia prevalente, a qual fica isenta de motivação fática e jurídica pelo julgador:

[...]. O *second code* (código ideológico latente) judicial é o que geralmente pauta e condiciona, efetivamente e *a priori*, as decisões, mas não se submete à obrigação de motivação fática e jurídica da sentença, permanecendo, por isso, invisível e fora do controle público. [...]. Ora a sentença penal é muito mais complexa do que uma exclusão/imputação de responsabilidade penal baseada nos códigos legais e no código tecnológico dogmático, os quais, ao serem invocados, não cobrem nem revelam o *second code* judicial, nem os processos de influência que, excluídos e predominados sobre aqueles, condicionam real e latentemente a seletividade das decisões judiciais (ANDRADE, 2012, p. 224-225).

Rosa Maria Cardoso Cunha (1979, p. 120) sintetiza, com brilhantismo, o problema do estereótipo subjetivamente construído e retroalimentado pela ideologia dominante ao se condenar uma pessoa. Ensina que nas decisões judiciais não há raciocínios teóricos, mas opções eticamente comprometidas que, por sua vez, já se apoiam em escolhas probatórias valorativamente determinadas. Assim, no discurso jurídico-penal, o critério de derivação é axiológico e não demonstrativo.

O estigma de criminoso e vítima está associado à “teoria de todos os dias”, a qual explica que a convicção judicial se constrói a partir da observação das repetidas condutas desviantes, a ponto de ser possível encontrar um padrão tendente à posição social do acusado:

[...]. A regularidade da distribuição seletiva da criminalidade (imunização e impunidade versus criminalização) e particularmente das decisões judiciais seletivas é explicada pela influência de um código social (*second code*) latente, integrado por mecanismos de seleção, entre os quais se destacam: (a) a

³Art.59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

importância central dos estereótipos de criminosos e vítimas associados às teorias de todos os dias (*every days theories*), dos quais são portadores os juízes e a opinião pública; (b) os processos derivados da estrutura organizacional e comunicativa do sistema penal, que reenviam ao *status social* do processado, em detrimento do instrumento dogmático construído para a imputação da responsabilidade penal, que deveria reenviar à sua conduta (Direito penal do fato ou ato) (ANDRADE, 2012, p. 223).

O insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, leva-o, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social do acusado (BARATTA, 2002, p. 177).

Identificado o conteúdo discriminatório existente no sistema penal, torna-se possível compreender quem são os indivíduos selecionados pelo poder punitivo do Estado, em sua maioria pobres e marginalizados, que necessitam da atuação de defensores públicos para efetivar seu direito de defesa.

Entretanto, a realidade jurídica brasileira ainda apresenta desigualdades no acesso à justiça penal: de um lado, criminosos do alto escalão conseguem uma defesa técnica pormenorizada e eficiente, de outro, indivíduos vulneráveis sofrem com a escassez de defensores públicos nas comarcas e sucumbem sua defesa ao acaso na nomeação de advogados dativos.

3. O ACESSO À JUSTIÇA PENAL E A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

Luigi Ferrajoli (2002, p. 683-685) atribui três significados conexos à expressão “garantismo”. Na primeira concepção, o garantismo é um modelo normativo legítimo do Estado de Direito e implicaria uma limitação estatal punitiva pelos comandos constitucionais. Na segunda concepção, teoria jurídica da validade e da efetividade, a qual se expressa como uma técnica de aproximação entre a existência formal da norma jurídica com a sua efetiva concretização. Na terceira concepção, o garantismo se apresenta como uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

Sob o enfoque do destinatário, o garantismo penal tem a finalidade de respaldar os vulneráveis em relação aos mais fortes, com as garantias exprimindo os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente ao dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integralizadas. A partir do garantismo passa a se considerar o delinquente como sujeito de direitos (BIZZOTTO, 2009, p. 76).

Todavia, o que se põe em xeque é se o modelo teórico abstrato proposto pelo discurso garantista consegue romper as barreiras da mera retórica dos direitos fundamentais e se efetivar no campo pragmático. Logo, questiona-se: dentre o catálogo de garantias possíveis de serem invocadas no processo penal, será que todos os acusados têm a real possibilidade de efetivá-las com o amplo acesso à justiça?

A resposta parece ser negativa. Diante do conteúdo discriminatório do sistema penal anteriormente pontuado, percebe-se a existência de certa blindagem por parte do discurso garantista a determinados sujeitos do processo penal, de forma que o acesso à justiça se torna instrumento de exclusão, com a efetiva participação processual por uma pequena parte dos acusados.

A seletividade das garantias fica evidente no que tange ao exercício da defesa perante a justiça penal: de um lado, a *vulnerabilidade*⁴ dos delinquentes pobres para apresentar defesa técnica e, até mesmo, sua dificuldade em compreender as informações processuais e os direitos que lhe tutelam, e de outro, a *sofisticação*⁵ dos delinquentes de colarinho branco em contratar bons advogados desde a fase inquisitiva, evitando-se a autoincriminação e as confissões arbitrárias e estruturando a defesa sem vícios.

Raro o caso em que uma pessoa classe média para cima comparece na delegacia de polícia desacompanhada de advogado, pois ainda que se dispense sua presença, o defensor poderá impedir que seu cliente sofra violências e arbitrariedades, posto que sua presença infundirá receio aos policiais de virem a ser punidos pelo emprego da tortura; manipular convenientemente os autos, a ponto de, com sua competência e expertise, retirar o máximo de proveito para que constar ou omitir palavras no interrogatório de seu cliente. O poder da defesa é elemento fundamental para se efetivar as garantias individuais no processo penal:

[...]. É inegável que a atuação de um bom advogado (na maioria das vezes inacessível àqueles que não tem como pagar) numa causa criminal pode contribuir para um aumento das chances de absolvição, prescrição ou a obtenção de outros benefícios legais. A atuação dos advogados, especializados na área

⁴ O termo *vulnerabilidade* está associado à exposição e à susceptibilidade das pessoas a determinados riscos. Dentre os riscos que envolvem esse tipo de vulnerabilidade estão o desemprego, a desestabilidade familiar, a marginalidade, e conseqüentemente, o encarceramento. A vulnerabilidade individual é proporcional ao risco do indivíduo ser selecionado pelas agências do sistema de controle, seja por fatores exteriores a sua vontade (condição socioeconômica) seja a partir da auto-colocação em risco a partir de determinados comportamentos (BRAGA, 2013, p. 33-35).

⁵ Em contrapartida à *vulnerabilidade*, pode-se colocar o conceito de *sofisticação*, o qual constitui na capacidade de conhecer a conduta dos atores do sistema de controle e de manipular a própria conduta a partir desse conhecimento, de forma a dificultar a criminalização (BRAGA, 2013, p. 33-35).

criminal, desde os primeiros momentos da investigação – geralmente são advogados constituídos – certamente, incrementam, em muito, as possibilidades de sucesso na causa, seja com uma atuação dentro dos limites legais (orientando o cliente quanto à versão a ser dada para os fatos; evitando que o cliente venha a produzir prova contra si mesmo, muitas vezes produzindo provas favoráveis ao seu cliente, etc.) ou não (corrupção de agentes públicos) (MASSUD, 2012).

A ampla defesa necessita ter um significado substancial com a concretude do caso penal. Para defesa dos interesses dos hipossuficientes, a norma constitucional garante a participação da defensoria pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, cuja participação atuante e combativa é evidente no processo penal.

O grande problema é que a demanda criminal atinge montantes espantosos aos defensores públicos. Existe uma desigualdade na defesa dos interesses processuais dos criminosos ricos e pobres, não em termos de qualidade técnica, mas pelos critérios quantitativos. Para exemplificar esses parâmetros, em entrevista realizada com o advogado Antonio Carlos de Almeida Castro, conhecido como “Kakay”, famoso por defender criminosos com alto poder aquisitivo, como Duda Mendonça, no emblemático caso do “Mensalão”, demonstrou sua forma de atuação:

[...]. No escritório conto com mais três advogados e dispensei muitas defesas. De cada trinta casos, pego somente um. Eu faço todos os casos, discuto com os advogados do escritório, dou e defino a linha de atuação, faço a sustentação oral, distribuo memorial, então não dá para ter muitos processos⁶.

1763

Há poucos defensores para enorme quantidade de acusados nos processos penais. Saliente-se que, conforme dados do ministério da justiça⁷, em 2006, 71,30% das verbas foram destinadas ao judiciário, enquanto 25,37% ao ministério público e 3,33% à defensoria pública. Em 2009, o III Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil⁸ apurou que com relação ao orçamento total dos Estados, o judiciário ficou com 5,34%, o ministério público com 2,02% e a defensoria pública com a ínfima participação orçamentária de 0,40%.

Oportuno considerar que em boa parte das comarcas não há defensores públicos, o que agrava demasiadamente o direito de defesa, ao sucumbir o acusado “a sorte” da nomeação de um defensor dativo competente, muita das vezes indicado por conveniência judicial e formal:

[...] boa parte daqueles alcançados pelo sistema penal são pessoas de poucos recursos econômicos, que necessitam de defensor dativo nomeado pelo juiz. Percebe-se uma falta de critérios previamente estabelecidos para a escolha.

⁶ Entrevista disponível no sítio: <http://www.univem.edu.br/noticias/?id=1867>.

⁷ Disponível no sítio: http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf

⁸ Disponível no sítio: http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf

Muitas vezes, o magistrado indica profissionais que se colocam mais à disposição de auxiliar o ritmo do Juízo, o que permite a condução do processo conforme a conveniência judicial. Pode-se dizer então que, na situação narrada, através da perseguição de uma finalidade teórica de se tutelar a defesa e suas garantias, a atuação do juiz pode se direcionar para a obtenção de resultado punitivo. A livre nomeação pelo magistrado fere a ideia da imparcialidade (BIZZOTTO, 2009, p.184-185).

Há ainda outro critério de seleção dos criminosos, produzido pelo poder legiferante, mas com efeito no âmbito jurisdicional: as regras de competência para julgamento dos delitos. Consoante previsão Constitucional (artigo 109, inciso I), a competência será sempre federal se a infração penal for praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais; ou ainda se for crime político; crime ambiental praticado no mar territorial brasileiro, nos rios, lagos e unidades de conservação pertencentes à União; crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômico-financeira e a lavagem de dinheiro; crimes praticados a bordo de navios e aeronaves; crimes contra a organização do trabalho; além dos crimes tipificados na legislação comum ou especial que também sejam previstos em tratado ou convenção internacional, desde que haja um nexo de internacionalidade, tais como: crime de tráfico internacional de entorpecentes (Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas); crime de tráfico de mulheres (Convenção para repressão ao tráfico de pessoas e do lenocínio, de Lake Success, EUA); crime de tortura (Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes); crime contra a população indígena (Convenção nº 107, sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi tribais de países independentes); crime de guarda de moeda falsa (Convenção Internacional para a repressão de moeda falsa); crime de pornografia infantil e pedofilia (Convenção sobre os direitos da criança); crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações internacionais (Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais).

O Conselho Nacional de Justiça revelou que, em 2010, havia em tramitação na Justiça Federal 4.261.535 processos em primeiro grau de jurisdição, dos quais 274.341 eram criminais, ou seja, uma proporção de 93,56% de processos não criminais contra 6,43% criminais. O estudo aprofundou a problemática, divulgando que do total das sentenças prolatadas 46,79% tiveram recursos (tanto da acusação como pela defesa) e 53,21% não (REIS, 2012).

Numa realidade distinta, a Justiça Estadual, através de sua competência residual, apresentou um total de 33.012.327 processos em trâmite em primeiro grau de jurisdição, dos quais 6.961.945 eram criminais, representando a proporção de 78,91% não criminais contra 21,08% criminais. O mais assustador é que 80,37% dos casos não tiveram recursos criminais.

Através desse estudo, há duas conclusões plausíveis: a primeira é que a criminalidade comum, processada no âmbito estadual, representa mais de 96% dos processos penais em tramitação no país. Esse dado demonstra a seletividade garantista do ordenamento constitucional, com viés nitidamente político na manutenção do *status quo* da ideologia da classe dominante, sinalizando que o acesso à justiça possui “entradas” distintas para ricos e pobres. O acesso à justiça penal em âmbito federal é mais seletivo, mais caro para o Estado e menos produtivo, não obstante as regras processuais, em geral, serem as mesmas aplicadas aos processos criminais da justiça estadual (REIS, 2012, p. 8).

A criminalização primária produz tipos penais selecionados que vão interferir à sua medida nos interesses da União Federal, que em última análise é uma abstração jurídica. Sob o ponto de vista econômico, social e cultural, os destinatários da Justiça Federal e Estadual possuem o perfil distinto.

Os delitos mais comuns no âmbito federal são apropriação indébita previdenciária, crimes contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro, contrabando e descaminho. Veja que são crimes cometidos por intermédio de pessoa jurídica, sob a responsabilidade do empresário ou empregado responsável do alto escalão.

A segunda conclusão corrobora todo o argumento descrito: aqueles que possuem maiores recursos econômico-financeiros, maiores possibilidades de entender o caráter ilícito de sua conduta e de apresentar soluções ou alternativas de entendimento, ou mesmo alcance sobre o tipo penal imputado, conseguem resistir de maneira mais efetiva à pretensão punitiva do Estado e, portanto, ampliam a chance de absolvição. Conseguir tempo, produzir provas, acessar e acompanhar o processo são detalhes imprescindíveis na defesa penal; porém, isso exige combatividade e resistência, requisitos estes precários no âmbito estadual, local onde se apura maior quantidade de crimes de indivíduos vulneráveis juridicamente.

Diante dessa realidade discriminatória, a defensoria pública surge como instituição de grande relevância para minimizar a vulnerabilidade defensiva de alguns indivíduos

sujeitos a uma persecução penal, atuando principalmente na promoção dos direitos humanos e concretização das liberdades públicas fundamentais.

4. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA

A constatação da necessidade de o Estado proporcionar assistência jurídica gratuita àqueles cidadãos que não possuam condições econômicas de arcar com os custos de intentar uma demanda perante a autoridade judicial foi feita há séculos. Na Grécia antiga, anualmente eram nomeados 10 advogados para promover a defesa dos mais pobres. O argumento usado para justificar a nomeação era de que “*todo direito ofendido deve encontrar defensor e meios de defesa*” (SILVA, 2001, p. 100).

No direito romano é creditado a Constantino a iniciativa de criar uma lei que propiciou advogado a quem não tivesse condições para constituí-lo, de forma que o patrocínio dos menos afortunados ocorria sem que o patrono recebesse os honorários.

No Brasil, a assistência judiciária, como era denominada naquela época, foi oficializada em 1870, como praxe pela Ordem dos Advogados Brasileiros. Em 1880, a Câmara da Corte criou o cargo de “*Advogado dos Pobres*”, extinto quatro anos mais tarde. Em 1897, com a promulgação do Código Civil de 1916, a assistência judiciária passou a ser prevista nos códigos processuais dos principais Estados da Federação. Nessa época, a assistência judiciária tinha um caráter muito mais assistencial do que um dever do Estado para com o cidadão (SOUZA, 2012, p. 41).

Com a Constituição de 1934, a assistência judiciária passou a ser entendida como um direito individual, contudo a Constituição de 1937 deixou de tratar do instituto, voltando a ter *status* constitucional apenas em 1946. Com a promulgação da lei em 1950 que concedia assistência judiciária aos necessitados (lei 1.060/50), tornou-se direito e garantia individual nas Constituições de 1967 e 1969.

Contudo, a defensoria pública apenas se institucionalizou com a promulgação da Constituição de 1988, que passou a prevê-la como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos indivíduos hipossuficientes, conforme preceituava artigo 134 da Constituição Federal⁹.

⁹Art.134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV (redação original).

De 1988 até os dias de hoje, a defensoria pública obteve ainda mais reconhecimento e seu regramento constitucional foi sendo alterado paulatinamente, tanto que recentemente, através da Emenda Constitucional n. 80/2014¹⁰, a instituição torou-se “expressão e instrumento do regime democrático”, ampliando sua competência para promover os direitos humanos e a defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial, inclusive dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos indivíduos necessitados. Saliente-se também que através das Emendas Constitucionais n. 45/2004, 69/2012 e 74/2013, a defensoria passou a gozar de autonomia funcional e administrativa, com a vedação de advocacia fora das atribuições institucionais, consolidando os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

O problema do acesso à justiça penal não se situa no âmbito normativo, mas na distribuição desigual pelo Estado dos recursos orçamentários para as agências do sistema judicial, conforme os dados estatísticos expostos no tópico acima.

A garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de defesa, tem como conteúdo o “direito ao processo”. O objeto do processo penal é uma pretensão acusatória nascida para o “direito ao processo”, completamente distinto do poder de punir que corresponde exclusivamente ao Estado-juiz. Logo, o processo penal é instrumento direcionado à efetivação dos direitos do acusado, principalmente da ampla defesa e do contraditório.

Sustentando essa linha de raciocínio, Elio Fazzalari vislumbra o processo como procedimento em contraditório, ou seja, supera a visão formalista-burocrática da concepção de procedimento até então vigente, resgatando o contraditório (núcleo imantador e legitimador do poder jurisdicional) como princípio orientador de todos os atos do procedimento até o provimento final (sentença) (LOPES JR, 2014, p. 90).

Por ser o processo penal um conjunto de atos essencialmente dialéticos, o direito de defesa técnica passa a ser garantia precípua para a concretização dos direitos fundamentais do acusado. Nesse ponto, o papel da defensoria pública é imprescindível, posto que o exercício do perito em Direito é fundamental para pôr em relevo o direito do cidadão em situação de vulnerabilidade.

¹⁰Art.134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (com redação dada pela EC n. 80/2014).

A justificação da defesa técnica decorre de um “*necessário equilíbrio funcional*” (FOSCHINI, 1956, p. 26) entre defesa e acusação e de uma acertada “*presunção de hipossuficiência*” do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o órgão acusador. Por isso, a defesa técnica é considerada indisponível, pois, além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato:

[...]. Isso significa que a defesa técnica é uma exigência da sociedade, porque o imputado pode, a seu critério, defender-se pouco ou mesmo não se defender, mas isso não exclui o interesse da coletividade de uma verificação negativa no caso do delito não constituir uma fonte de responsabilidade penal. A estrutura dualística do processo expressa-se tanto na esfera individual como na social (LOPES JR, 2014, p. 225).

A defesa técnica atua também como mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, estabelecido para que sejam cumpridas as regras do jogo da dialética processual e da igualdade das partes. É, na realidade, uma satisfação alheia à vontade do sujeito passivo, pois resulta de um imperativo de ordem pública, contido no princípio do “*due process of law*”.

Diante do caráter social da tutela de inocência do imputado, o Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de “Serviço Público de Defesa” (LOPES JR, 2014, p. 225). Com a função de promover a defesa técnica de pessoas pobres e sem condições de constituir um perito do Direito.

A indispensável atuação de um defensor numa demanda penal está expressamente consagrada no artigo 261 do Código de Processo Penal, o qual prevê que “*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*”. No âmbito internacional o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê o direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se livremente e em particular com seu defensor. Além disso, garante o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido em lei.

No que tange ao direito de defensor público em sede de inquérito policial, apesar de sua atuação exógena através do manuseio do *habeas corpus* e do mandado de segurança, posto não ser o momento processual adequado para o contraditório, imprescindível que seja nomeado um defensor (quando não constituído) com a finalidade de que possa

solicitar diligências à autoridade policial, ainda mais diante da incidência de uma prisão cautelar.

Portanto, a atuação do defensor público deve ser concebida como instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e o acesso à justiça. Se o processo penal deve ser instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve ajustar-se a esse fim, atuando para sua melhor consecução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça penal dependerá da seletividade da ordem formal, responsável pela criação e limitação das condutas penais, é oriunda de uma ideologia dominante, a qual percebe a criminalidade como um problema externo (do outro, *outsiders*), a manter com ela uma relação de exterioridade e, portanto, com viés de imunizar estratos sociais do alto escalão. Isto significa que a impunidade e a criminalização são orientadas pela seleção desigual de indivíduos, de acordo com uma fortíssima estereotipia presente no senso comum e nos operadores do controle penal, e não pela incriminação igualitária de condutas, como programa o discurso jurídico-penal. A justiça penal brasileira revela uma grande parcela homogênea de criminosos etiquetada pela classe social.

1769

Há uma clara demonstração de que nem todos são igualmente vulneráveis perante o sistema penal, que costuma orientar-se por estereótipos que recolhem os caracteres dos setores marginalizados; os economicamente poderosos (*powerfull*) e com condições financeiras para patrocinar uma defesa técnica especializada e competente possuem maior chance de resistir às perseguições criminais.

O caminho mais viável para suprimir as diferenças de acesso à justiça e alcançar a concretização do direito fundamental a uma defesa técnica substancial dessa parcela de acusados hipossuficientes é o investimento na estrutura das defensorias públicas. Embora se possa reconhecer que a defensoria pública vem ganhando espaço, o que resulta em uma contínua melhora na qualidade de sua atuação, a desigualdade entre as instituições ainda existe.

Essa desigualdade de instituições prejudica a dialeticidade inerente ao processo penal. Ao prestigiar uma pretensão em detrimento de uma resistência, sublima a ideia de

distribuição de justiça de classe, com as reiteradas condenações do homogêneo grupo de criminosos.

A aplicação igualitária do direito de defesa possibilita mudanças na realidade brasileira, de forma a aplacar o conteúdo discriminatório que atualmente se observa. A defensoria pública surge como instituição atuante na promoção dos direitos humanos e na concretização das liberdades públicas fundamentais, criando condições para transportar as garantias teórico-abstratas para o plano da efetividade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ALVES, Cleber Francisco. **O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil**. Doutrinas Essenciais de Direitos de Direitos Humanos, vol. 5, p.753, Ago/2011.

_____; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2002.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

GAETANO, Foschini. **L'Imputato**. Milano, Dott, A. Giuffrè, 1956.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSUD, L. **O crime de colarinho branco, numa perspectiva criminológica.** 21 set 2012. Disponível em <<http://www.massud-sarcedo.adv.br/site/artigos.php?id=35>> Acesso em 22 jun 2014.

REIS, Fernando Antônio Calmon. **Acesso à justiça: desigualdade e garantismo.** 07 mai. 2012. Disponível em <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1368110753.pdf>> Acesso em: 09 jul. 2014.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e o estado democrático de direito.** 1. ed. São Paulo: Juarez de oliveira, 2001.

SOUZA, Fábio Luis Mariani de. **A defensoria pública e o acesso à justiça penal.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**, 2^a ed. Rio de janeiro: Editora Lumen juris, 2007.