

AMPLA DEFESA COMO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA E A DEFENSORIA PÚBLICA

DEFENSE AS WIDE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE AND PUBLIC DEFENDER

Luciano Dal SassoMasson¹

Danilo da Cunha Sousa²

RESUMO

Ao estabelecer conjunto de direitos e garantias do acusado, a Constituição Federal de 1988 adota sistema próprio de processo penal, que rompe com a tradição utilitarista do processo seguida pelo Código de Processo Penal de 1941. O sistema constitucional é caracterizado por ser garantista, porque pressupõe que todo acusado é sujeito hipossuficiente da relação jurídica processual, e titular de direitos e garantias fundamentais que o tutelam em face das ingerências estatais. O objeto do processo penal não é a pretensão punitiva estatal, mas sim a realização de um processo justo e revestido de todas as garantias constitucionalmente asseguradas ao cidadão. Nesse diapasão, o devido processo legal é tido como o estatuto constitucional de defesa do acusado e seu exercício representa o direito de acesso à Justiça e à sua plenitude de defesa, incumbência essa constitucionalmente afeta à Defensoria Pública. A materialização do devido processo legal, formalmente bem delineado na Constituição Federal, assim, depende da melhor estruturação da Defensoria Pública, pois ofende a paridade de armas do processo que entre o Estado-acusação e o Estado-defesa ocorra desequilíbrio. E mais do que isso, pioneiro é o papel da Defensoria Pública para o rompimento da cultura utilitarista do processo penal ainda predominante para, que, enfim, o garantismo constitucional seja observado.

Palavras chaves: Devido processo legal. Acesso à Justiça. Defensoria Pública.

ABSTRACT

To establish set of rights and guarantees of the accused, the Federal Constitution of 1988 adopts its own system of criminal procedure, which breaks with the utilitarian tradition of the process followed by the Criminal Procedure Code of 1941. The constitutional system is characterized by being of guarantees, because it presupposes every accused person is subject more fragile procedural legal relationship, fundamental rights and guarantees holder that oversee in the face of state prerogatives. The object of the criminal proceedings is not the state

¹Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Direito Público pela Universidade de Franca-UNIFRAN. Professor Universitário. Defensor Público do Estado de São Paulo. Email: lucianomasson00@yahoo.com.br

² Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Franca. Autor de diversos livros para concurso público. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região. E-mail: daniolojur@yahoo.com.br.

punitive claim, but the realization of a fair trial. Due process is considered the constitutional status of defense of the accused and exercise is the right of access to justice, the constitutional mandate of the Public Defender to promote wide (fullness) defense of any accused. The materialization of due process depends on better structure for this institution. And more than that the Ombudsman has the duty and power to modify the utilitarian culture still prevalent criminal proceedings for that, finally, the constitutional guarantees is observed.

Keywords: Due process of law. Access to Justice. Public Defender.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representou ruptura no que diz respeito ao modelo de processo penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nosso Código de Processo Penal, elaborado sob a égide da Constituição de 1937, arcabouço jurídico da Ditadura de Vargas, acolhe o modelo utilitarista do processo, em que este é visto como simples mecanismo útil para que o Estado obtenha a sentença penal condenatória e, assim, obtenha legitimidade para impor a sanção penal.

Em sentido oposto, a Constituição Federal, ao inaugurar Estado Democrático de Direito, em que o homem se encontra no centro do ordenamento jurídico, estabelece sistema próprio de processo penal, marcado por ser garantista, com o que o processo passa a ser conjunto de normas voltadas para se assegurar os direitos e garantias do acusado, enquanto sujeito hipossuficiente da relação jurídica processual, e, ao mesmo tempo, para se impor limites às prerrogativas do Estado persecutório.

Por meio do presente trabalho, buscou-se discutir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do acusado à luz do modelo de processo penal adotado pela Constituição Federal de 1988, por meio da atuação de um novo protagonista no sistema de garantias pós Constituição de 1988, a Defensoria Pública, instituição com atribuição constitucional de promover os direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados.

Inicialmente, abordam-se os modelos de processo penal seguidos pelo Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988, respectivamente, utilitarista e garantista, os quais se mostram antagônicos. No modelo constitucional, o devido processo legal é abordado sob o aspecto material, não meramente formal, conforme exige o atual estágio do constitucionalismo, em que as normas constitucionais devem ser dotadas de efetividade. O devido processo legal não se encerra na simples subsunção formal ao procedimento, o qual

deve assegurar ao acusado substancialmente, por meio do contraditório e da ampla defesa, da nulidade das provas ilícitas, da imparcialidade do Juízo, etc.

Em um segundo momento, aborda-se a promoção do acesso à Justiça pela Defensoria Pública, em conformidade com a teoria das ondas de acesso à Justiça desenvolvida por Mauro Capeletti e Bryan Garth. Desenvolvem-se questões relacionadas a instituição, seja no aspecto teórico, com explanação de sua estrutura constitucional, seja no aspecto prático, trazendo-se dados da realidade aquém do ideal de suas instalações, e a necessidade premente, conforme desejado pelo Constituinte de 1988, do fortalecimento do Estado-defesa por meio da Defensoria.

2. PROCESSO PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De acordo com o ordenamento jurídico, há dois modelos de processo penal a serem seguidos pelo Estado: o utilitarista e o garantista.

Pelo modelo utilitarista, o processo penal é mero mecanismo útil para que o Estado exerça o *jus puniendi* em face daquele que supostamente cometera um crime. As regras processuais são voltadas para que se chegue a uma pretensa verdade real e, assim, se aplique a pena. O processo é tido como uma pretensão do Estado (persecutória), para, ao fim dele, satisfaça-se a pretensão punitiva. Os interesses do acusado são relegados a um segundo plano.

De outro lado, o modelo garantista parte do pressuposto de que o acusado é sujeito de direitos da relação jurídica processual. Mais do que isso: sujeito hipossuficiente da relação jurídica processual. As regras processuais devem ter como objetivo a efetividade dos direitos garantias fundamentais do acusado com consequente restrição das ingerências estatais sobre o *status libertatis* do cidadão.

No Brasil, tradicionalmente, prevalece o processo penal utilitarista, adotado pelo Código de Processo Penal, editado sob a forma de Decreto-Lei em 1941, durante a vigência da Constituição Federal de 1937, arcabouço jurídico da Ditadura de Vargas.

Essa característica do Código de Processo Penal pode ser encontrada em vários de seus dispositivos ainda em vigor, como, por exemplo, a permissão de decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública (art. 312, CPP). Vê-se aqui conceito vaguíssimo – ordem pública- a autorizar a privação do direito fundamental à liberdade.

Importante consignar que a vagueza das terminologias era justamente o subterfúgio utilizado pelos regimes ditatoriais (Vargas e Militar) para queprendessem e torturassem àqueles que, segundo eles, ofendem qualquer interesse do Estado.

Num recorte histórico, importante rememorar, no sentido do que se expõe, que o famigerado AI-5, (Ato Institucional número 5), o quinto decreto emitido pelo governo militar brasileiro (1964-1985), e redigido pelo ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva, entrando em vigor em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do então presidente Artur da Costa e Silva, suspendia o direito de *habeas corpus* (em casos de crime político, crimes contra ordem econômica, segurança nacional e economia popular). Segurança nacional que hoje possui sua faceta exposta por meio da chamada ordem pública.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo garantista de processo penal ao inaugurar Estado Democrático de Direito, que ressalta valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais, enumerando vários deles exemplificativamente em seu art. 5.º, sem prejuízo de outros espalhados pelo Texto constitucional e reconhecidos pela República em tratados e convenções internacionais.

Fácil entender que o Constituinte originário quis, propositadamente, estabelecer uma Constituição fértil em garantias, principalmente processuais (dentre essas a da ampla defesa) ao cidadão, justamente pelo trauma e fissura na ordem causado pelo regime ditatorial.

O sistema processual penal constitucional centra-se no direito fundamental ao devido processo legal, cujo alcance foi definido pelo Min. Celso de Melo no julgamento do AgR/HC n.º 111.567/AM.

A começar, nesse julgamento, estabeleceu-se que o *dueprocessoflaw* representa o próprio estatuto constitucional do direito de defesa do acusado e, ao mesmo tempo, expressiva limitação à atividade persecutória do Estado (investigação penal e processual penal).

Além disso, no mesmo julgado, situou-se que, do devido processo legal, extraem-se elementos essenciais à ordem constitucional, entre os quais os seguintes destacados pela Suprema Corte:

- (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (k) direito à prova; e (l) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos

demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. (STF. AgR/HC n. 111.567/AM. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJe de 30-10-2014).

É certo que, no atual estágio do constitucionalismo, a observância das cláusulas do devido processo legal não se deve limitar à mera subsunção dos atos processuais ao procedimento previsto em lei (devido processo legal formal). Deve-se verificar se esse procedimento possibilita a efetiva concretização dessas cláusulas processuais (devido processo legal material).

Só haverá respeito ao devido processo legal, se e quando o procedimento previsto em lei possibilitar efetivamente o contraditório e a ampla defesa, a vedação ao uso de provas ilícitas, a presunção de inocência, etc.

Ao encontro do que ora se expõe, Aury Lopes Jr. leciona:

A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação de caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias fundamentais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional³.

O objeto do processo penal constitucional, ao contrário do processo civil, não é o pedido, não é o “bem da vida”, mas a busca de um processo justo, em que os direitos e garantias individuais do acusado sejam respeitados. No processo penal, não se está em jogo ter aquele ou outro bem, mas um direito fundamental, qual seja a liberdade de locomoção (art. 5.º, *caput*, Constituição Federal).

Dessa forma, várias características de uma pretensa teoria geral do processo não se sustentam diante das peculiaridades do processo penal⁴.

Em matéria processual penal, a forma é garantia do acusado e, consequentemente, limite do poder do Estado. Não há que se falar em instrumentalidade das formas, que, se inobservadas, acarreta-se a nulidade de plano.

À ação penal, não se pode estabelecer as características da autonomia e da abstração, porquanto, já no limiar, há de ser demonstrados prova da materialidade e indícios de autoria delitiva. Há, no ato judicial de recebimento da inicial acusatória, denúncia ou queixa-crime, juízo de mérito, ainda que superficial.

³ LOPES JÚNIOR, Aury, *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67.

⁴ Cf. LOPES JÚNIOR, Aury, Ob. cit. p. 67.

O ônus da prova não é distribuído de forma igual entre as partes. Não incumbe ao acusado comprovar a sua inocência, porque a Constituição Federal lhe presume inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5.º, LVII, CF/88). Incumbe à acusação comprovar a culpa do réu.

A função do Juízo é manter-se equidistante para assegurar os direitos e garantias do acusado. Não lhe é permitido produção de prova de ofício, sob pena de não se ter imparcialidade necessária. Em caso de dúvida, não pode o Juízo requisitar a produção de prova suplementar. O caminho é a absolvição por falta de provas.

A revelia não pode ser importada do processo civil, já que o acusado não tem ônus de se apresentar em Juízo para se defender, sob pena de se presumirem verdadeiros os fatos alegados pela acusação.

Essas e outras características nos levam à conclusão de que o processo constitucional se distancia da tradicional teoria geral do processo, porque seu objeto, repita-se, não é o “bem da vida”, mas o processo justo, com observância dos direitos e garantias fundamentais do acusado, imposto por devido processo legal material. E, ao assim fazê-lo, o processo penal estará a concretizar a previsão constitucional da amplitude do direito de defesa.

3. A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Nos anos de 1970, Mauro Cappelletti e Bryan Garth esquematizaram estudo de dificuldade de acesso à Justiça da população pobre e apresentaram alternativas para suprir esse gargalo por meio da teoria das ondas de acesso à Justiça:

A primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A terceira onda, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.⁵

A Constituição Federal de 1988, conceituada como “constituição cidadã”, não poderia fechar os olhos a essa dificuldade de acesso à Justiça e atribui papel de importância à

⁵ GASTALDI, Suzana. *Ondas renovatórias de acesso à justiça e interesses metaindividuais*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26143>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

Defensoria Pública para superar esse obstáculo à concretização do direito fundamental assegurado expressamente por ela no art. 5.º, XXXV.

Inovando na ordem constitucional até então vigente, com reforço da Emenda constitucional n.º 80 de 2014, a Carta Política brasileira definiu a Instituição como 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. 5.º.

Assim, os necessitados, hodiernamente, têm na Defensoria Pública o órgão estatal apto a levá-los ao Estado-juiz, protegendo, também na seara do processo penal, seus interesses, resumidamente representados pela prevalência do *status libertatis*.

Quando o artigo 134 da Constituição Federal fala na dispensação de orientação jurídica integral, não se refere simploriamente à judicialização pura e simples de ações, mas também no apoderamento do cidadão, tornando-o conhecedor dos seus direitos, tirando-o, por conseguinte, do ostracismo de outrora.

Ao prever na ordem constitucional o sistema público de assistência jurídica no país, o acesso à justiça é galgado a posição de destaque, reconhecido como direito fundamental e com força normativa.

Maria Tereza AinaSadek ensina:

O direito de acesso à justiça é o direito primeiro, é o direito garantidor dos demais direitos, é o direito sem o qual todos os demais direitos são apenas ideais que não se concretizam. A assistência jurídica voltada para os hipossuficientes é, pois, o móvel dispensável para a realização dos direitos e, em consequência, da igualdade⁶.

Não bastaria a mera formalização de direitos sociais bem recortada na Constituição Federal se não houve a possibilidade de sua exigência judicial, uma vez não sendo eles implementados, ou implementados de forma deficitária.

Nas palavras do Supremo Tribunal Federal:

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de

⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. *Defensoria Pública: a conquista da cidadania*. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. RÊ, Aluisio Nunes MontiRuggeri. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 20.

peças - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. (STF. ADI 2903 PB. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Tribunal Pleno. Julgamento: 01/12/2005. DJe-177).

O acesso à justiça, por meio da Defensoria Pública, nesse diapasão, tem o viés de concretização dos comandos emergentes da Constituição Federal de 1988, promovendo, assim, a igualdade material dos cidadãos e contribuindo para a erradicação da pobreza, nos termos do artigo 3.º da Constituição.

Infelizmente, o acesso do cidadão ao sistema de justiça é diariamente ofendido quando se analisam os números referentes à Defensoria Pública brasileira, concluindo-se assim, de forma retumbante, a letargia que assola o Estado também nesse aspecto.

Cita-se, pela importância, o trabalho denominado “Mapa da Defensoria Pública no Brasil⁷”, realizado conjuntamente pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA, no ano de 2013, de onde se extraem os seguintes e alarmantes números:

a - Em que pese haja no país um total de 8.489 cargos de defensor público, criados, apenas 5.054 estão providos (59,5%);

b - a Defensoria Pública está presente em apenas 28% das comarcas brasileiras;

c - os estados brasileiros contam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos (nas 1.ª e 2.ª instâncias);

d - O déficit total do Brasil é de 10.578 defensores públicos.

Assim, com lastro nos números fornecidos, embora se reconheça avanços, é preciso fazer mais, e de forma mais premente, no fortalecimento e expansão da Defensoria Pública, meio para alcançar finalidade fundamental: acesso à justiça a todo cidadão, em qualquer localidade e rincão do nosso extenso território.

⁷ MOURA, Tatiana Whately de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; SILVA, Fábio de Sá e; CASTRO, André Luis Machado de. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Edição dos Autores, 2013. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso_.pdf>. Acesso em: 16. Jan. 2016.

É de se destacar o artigo nominado “*O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça*”, no qual Boaventura reconhece na Defensoria Pública, tempos após seus primeiros estudos, a instituição por ele defendida, décadas atrás, como apta à superação do obstáculo do acesso à justiça aos mais carentes.

Pela importância, transcreve-se:

Tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas o acesso à justiça, a construção de uma Defensoria Pública, nos moldes como está prevista sua actuação no Brasil a acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência por profissionais formados e recrutados especialmente para este fim, assistência jurídica especializada para a defesa de interesses colectivos e difusos, diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, promovendo a conciliação e a resolução judicial dos conflitos e ainda actuando na educação para os direitos. A concepção de justiça democrática que tenho defendido tem em especial consideração o papel da Defensoria Pública na construção de uma nova cultura jurídica de consulta, assistência e patrocínio judiciário. (...) Estas particularidades distinguem a Defensoria, de entre outras instituições do sistema de justiça, como aquele que melhores condições tem de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida.⁸

Ou seja, à Defensoria Pública, no modelo brasileiro, compete dotar o cidadão de armamento jurídico para sua efetiva inclusão no sistema judicial pátrio, tornando-o ator digno de usufruir desse importantíssimo direito, premissa para o gozo dos demais.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA E O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

O modelo de processo penal adotado pela Constituição Federal de 1988 tem natureza garantista. Desse modo, antes de se voltar à pretensão persecutória do Estado, as normas processuais penais devem ter como objeto a promoção do devido processo legal material, isto é, a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do acusado, enquanto sujeito de direitos hipossuficiente da relação jurídica processual.

Importante consignar que a ampla defesa se reveste de quatro grandes características: 1 – indicação pormenorizada pela acusação das razões pelas quais pretende que o cidadão seja submetido à persecução penal; 2 – que os procedimentos possibilitem a amplitude do exercício do direito de defesa; 3 – que ao acusado assista o direito à defesa técnica e a autodefesa e 4 – o direito que possui o acusado de ser cientificado, pessoalmente, da sentença no processo penal.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça*. Revista Apadep em notícias, ano I, no. 07, 2009.

Assim, mais do que tão somente propiciar a defesa técnica ao cidadão, incumbe à Defensoria Pública sua orientação minuciosa sobre as demais vertentes dessa garantia constitucional.

Nesse modelo constitucional de processo penal, o exercício da ampla ou plenitude de defesa e do contraditório, a garantir-se a paridade de armas entre acusação e defesa, representa expressão do direito ao acesso à Justiça.

O acesso à tutela jurisdicional não deve se resumir ao aspecto formal, mas representar exercício pleno da cidadania no sentido de se ter efetivamente respeitados os direitos e garantias da pessoa humana.

Para se assegurar a ampla defesa e o contraditório, a Defensoria Pública tem papel constitucionalmente relevante. É o que se extrai do art. 134 da Constituição, segundo o qual ela é uma instituição permanente, expressão do regime democrático, com a incumbência de 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. 5.º.

Ressalte-se que a defesa dos direitos individuais e coletiva pela Defensoria Pública há de ser integral. Não se contentou o legislador constituinte com a defesa meramente formal. Há de ser material e substancial, o que vai ao encontro do devido processo legal material, de efetividade dos direitos e garantias do acusado, notadamente, o contraditório e ampla defesa.

Sabe-se que o processo penal ainda é eivado de natureza estigmatizante e seletiva. Ele “é o processo de quem não tem, do excluído”⁹.

Nesse sentido, não resta dúvidas de que o papel da Defensoria Pública, em primeiro lugar, é a amplitude de defesa do acusado pobre, que não tem condições de contratar advogado para a promoção de sua defesa técnica e para orientá-lo em sua defesa pessoal. Trata-se de interpretação sistemática do art. 5.º, LXXIV (o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos) e do art. 134 da Constituição Federal.

O papel da Defensoria Pública, nesse ponto, se relaciona com a primeira onda de acesso à Justiça da doutrina desenvolvida por Cappeletti e Garth, ou seja, relacionada à Justiça aos mais pobres.

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Ob. cit. p. 71.

Mas, em relação à pessoa com boas condições financeiras que não constitui advogado. A Defensoria Pública tem o dever institucional de promover a sua defesa em processo penal?

Em artigo, o Professor Lenio Luiz Streck tece críticas ao Superior Tribunal de Justiça que concedeu *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de acusados de cometer crime de contrabando, cujo valor das mercadorias superava vinte mil reais. De acordo com o renomado professor, o Superior Tribunal deveria exigir prova da hipossuficiência econômica dos pacientes, não bastando a mera declaração.¹⁰

Nesse ponto específico, o renomado jurista se mostra equivocado. Para tanto, em primeiro lugar, me valho do citado julgado de relatoria do Min. Celso de Melo, em que se firmou que o devido processo legal

(...) compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal (STF. AgR/HC n. 111.567/AM. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJe de 30-10-2014).

Note-se bem. O devido processo legal é direito fundamental de qualquer acusado em sede de persecução penal, seja ele pobre ou rico, sob a Jurisdição Comum ou Militar, etc.

Se o acusado não constitui advogado, é dever da Defensoria Pública promover a sua defesa técnica, sob pena de se ver ferida a cláusula constitucional da ampla defesa e do contraditório.

E mais. A própria situação de eventualmente estar preso denota a situação de vulnerabilidade e exposição às mazelas do sistema penal daquele dado cidadão, devendo sim a Defensoria Pública agir, como corolário, inclusive, da promoção dos direitos humanos, como delineado pela Constituição Federal.

Já defendemos alhures que não se admite a revelia e, muito menos, seus efeitos em matéria processual penal. De modo que, por exemplo, como não se pode considerar os fatos alegados pela acusação se presumam verdadeiros (a presunção constitucional de inocência é em sentido oposto), ao acusado, rico ou pobre, que não constitui advogado, há de ser assistido pela Defensoria Pública.

No processo penal, por estar em jogo o bem sagrado do cidadão, a liberdade, a atuação da Defensoria deve ser ampla, sem qualquer recorte puramente monetário, que estaria

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Os perigos do neopentecostalismo jurídico — Parte II*. Revista Consultor Jurídico, 26 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-26/senso-incomum-perigos-neopentecostalismo-juridico-parte-ii>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

restringir, inclusive, o que a Constituição Federal trouxe de forma ampla – o acesso à justiça e a plenitude do direito de defesa.

No nosso sentir, como dito e aqui reforçado, a hipossuficiência em matéria processual penal não se relaciona ao aspecto econômico/financeiro, mas inerente à própria condição de acusado. O Estado tem o “poder”, o qual deve ser limitado em favor do mais fraco da relação jurídica processual, qual seja o acusado. E o equilíbrio de forças se restabelece pela atuação da defesa técnica a ser exercida pela instituição incumbida de tal mister pela Constituição Federal, qual seja, a Defensoria Pública.

A segunda onda para se garantir o acesso à Justiça, de Cappelletti e Garth, se refere ao aspecto organizacional do aparato Judiciário. Sabe-se que a Defensoria Pública é instituição essencial à Justiça e os dados acima apontados demonstram que a sua estrutura ainda é incipiente.

Não se nega alguns avanços legislativos, inclusive em nível constitucional, com a EC n.º 80/2014, a qual estendeu à Defensoria Pública, expressamente, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional e outras prerrogativas inerentes aos membros do Judiciário.

Contudo, a prática ainda aponta para a defasagem da estrutura da Defensoria Pública, que se encontra ainda em pequeno número de municípios do País, com poucos órgãos de execução para atender a demanda.

O Estado ainda dá prioridades às instituições voltadas à execução da persecução penal, como a Polícia Civil e Militar e o Ministério Público, como política de combate à violência, ainda na crença errônea de que o sistema penal é meio eficaz para tanto.

Aqui uma crítica: os 615.933 presos no Brasil¹¹, em dados de 2015 (39% dos quais em situação provisória, aguardando julgamento) e a sensação de insegurança comprovam, cabalmente, que prisão e segurança pública não são valores precisamente correlacionados, afinal, prende-se cada vez mais e a segurança pública é cada vez mais criticada.

O resultado disso é que a Defensoria Pública se vê cada vez mais chamada à defesa ampla dessa multidão de pessoas presas, sem que, lado outro, receba do Estado investimento suficiente, o que gera um outro problema social: o sistema penitenciário brasileiro abarrotado, criando verdadeiras masmorras da era moderna.

¹¹G1 Online. VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. *Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>>. Acesso em: 16. Jan. 2016.

Segundo o relatório da Anistia Internacional - O Estado dos Direitos Humanos no Mundo 2014/2015¹², que versou sobre o sistema prisional brasileiro, a superlotação extrema, as condições degradantes, a tortura e violência continuam sendo problemas endêmicos do sistema prisional do Brasil.

Outro aspecto que merece destaque é a ação da Defensoria na formação de nova concepção cultural de processo penal, compatível com a Constituição Federal de 1988.

Isso porque, em que pese já estarmos próximos dos trinta anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, o caráter utilitarista do processo penal permanece arraigado. São valores mofados, muitos dos quais influenciados ainda pelo período de exceção pretérito, que ainda fazem parte do cotidiano do processo penal, e que, gradualmente, tendem a ser superados.

Chega a ser cultural a visão do processo penal como instrumento meramente formal para obtenção de sentença penal condenatória e, com isso, se legitimar a execução da pena. Mais do que isso o processo penal e o sistema penal como um todo são instrumentos de política pública, de controle da violência, o que impede a formação de uma cultura do processo penal como sistema de garantias do acusado.

Nesse sentido, Salo de Carvalho expõe que “a pretensão e a soberba gerada pela crença romântica de que o direito penal pode salvaguardar a humanidade de sua destruição impedem o angustiante e doloroso, porém altamente saudável, processo de reconhecimento do limites”.¹³

A atuação da Defensoria Pública é no sentido de se infundir nova cultura de processo penal, consonante com o caráter garantista desenhado pelo legislador constituinte de 1988 – não meramente resumindo-se à defesa técnica.

Uma cultura no sentido de que o sistema penal não é política de segurança pública, pois a violência é fenômeno complexo, decorrente de várias causas sociológicas, históricas, políticas, econômicas, etc. Os milhares de presos do país e as degradantes condições das prisões são fruto dessa visão romântica e a técnica do processo penal constitucional.

¹² ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/2015: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/o-estado-dos-direitos-humanos-mundo-20142015/>>. Acesso em: 16. Jan. 2016.

¹³ Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. Ob. cit. p. 48.

E a função instrumental do processo penal é “papel de filtro, evitando o (ab) uso do poder de perseguir e penar. O processo passa a ser freio ao uso desmedido do poder”¹⁴.

Lembra-se aqui que a terceira onda de acesso à Justiça tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.

A atuação da Defensoria Pública, nesta quadra, deve começar pela sua função de instituição essencial à Justiça, como fiscal da ordem constitucional. Por meio de sua atividade fim, a instituição deve ressaltar o caráter garantista do processo penal e, assim, promover reanálise da jurisprudência.

Não só na atuação endoprocessual que a Defensoria Pública pode reverter a cultura do processo penal utilitarista. Formar doutrina é fundamental, o que se pode conseguir por meio de publicação de obras, realização de simpósios, estabelecimento de diretrizes funcionais, por meio de enunciados, etc. Aqui outro papel de relevo da Instituição para romper, gradualmente, com a ordem vigente.

Contudo, o mais importante na Defensoria Pública está na orientação ao seu assistido de que não é marginalizado, mas titular de direitos e garantias fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal de 1988. É o apoderamento do assistido no sentido de que o Estado não é soberano e absoluto, mas que, enquanto acusado, ele tem direitos e prerrogativas como sujeito hipossuficiente – a informação dita acima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em contraposição ao modelo utilitarista adotado pelo Código de Processo Penal, a Constituição Federal de 1988 adotou modelo próprio de processo caracterizado por ser garantista, que parte do pressuposto de que o acusado é sujeito hipossuficiente da relação jurídica processual. As normas processuais têm o escopo de estabelecer garantias e direitos ao acusado e limitar os poderes do Estado.

No atual estágio do constitucionalismo, as normas constitucionais devem ser dotadas de efetividade. Não basta o mero enunciado formal para que se rompa com conceitos ultrapassados e fruto de ideias lançadas na era ditatorial do país.

Nesse passo, só haverá o devido processo legal se for privilegiada sua faceta material, com a efetiva observância dos direitos e garantias fundamentais do acusado que dele

¹⁴ Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. Ob. cit. p. 48.

emanam, como a ampla (plenitude) defesa, o contraditório, presunção de inocência, juízo imparcial, vedação de uso de provas ilícitas, etc.

O sistema processual constitucional privilegia o direito de acesso à Justiça do acusado, que teve ter mecanismos e informações para defender-se às ingerências estatais à sua liberdade.

Contudo, passados quase trinta anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, a cultura utilitarista do processo penal permanece, o que implica desrespeito aos direitos fundamentais do acusado a partir da inefetividade do direito de acesso à justiça.

A Defensoria Pública foi a Instituição eleita pelo legislador constitucional para ter o ônus de promover o acesso à Justiça ao hipossuficiente.

No processo penal, o conceito de hipossuficiência não se limita ao economicamente mais frágil, desprovido de capacidade econômica, mas sim de todo aquele que se encontre em situação de vulnerabilidade e exposto aos abusos do nosso sistema penal. Negar isso, é negar o papel de referência da Defensoria na promoção dos direitos humanos, conforme desenhado constitucionalmente.

Para o exercício de seu mister constitucional, a Defensoria Pública necessita ser aparelhada, pois a sua presença se limita a um mínimo de comarcas e número de defensores é ainda muito pequeno, o que, como vista, só faz violações, das mais gritantes, na seara processual penal.

Concluindo, o papel primordial da Defensoria Pública reside na formação de uma cultura garantista do processo penal, seja por meio de atuação endoprocessual a provocar reflexão jurisprudencial, seja por meio de produção doutrinária – os ares do processo penal constitucional devem ser borrifados pela Defensoria aos quatro cantos do processo. Esse é o quer do Constituinte, e também, da população vilipendiada pelo processo penal brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/2015: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/o-estado-dos-direitos-humanos-mundo-20142015/>>. Acesso em: 16. Jan. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Marcio Thomaz. **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil promovido pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento**, 2006.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DEMO, Pedro. **Cidadania tutelada e cidadania assistida**. São Paulo: Cortez, 1995.

FENSTERSEIFER, Tiago. **O papel constitucional da Defensoria Pública na tutela (individual e coletiva) e efetivação dos direitos fundamentais sociais**. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (orgs.). *Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

GASTALDI, Suzana. **Ondas renovatórias de acesso à justiça e interesses metaindividuais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26143>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

G1 Online. VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. **Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>>. Acesso em: 16. Jan. 2016.

LEAL, Cesar Barros. **Defensoria Pública como instrumento de efetivação dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.defensoria.ce.gov.br>>. Acesso em: 15. Jan. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury, **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo. Saraiva, 2015.

MOURA, Tatiana Whately de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; SILVA, Fábio de Sá e; CASTRO, André Luis Machado de. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Edição dos Autores, 2013. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acesso em: 16. Jan. 2016.

ROCHA, Alexandre Lobão. **A exclusão legal da população carente**. Brasília: Thesaurus, 2009.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Direito Público, n.º 15/85.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Defensoria Pública: a conquista da cidadania**. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. RÉ, Aluisio Nunes Monti Ruggeri. Salvador: Juspodivm, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça**. Revista Apadep em notícias, ano I, no. 07, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Os perigos do neopentecostalismo jurídico** — Parte II. Revista Consultor Jurídico, 26 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-26/senso-incomum-perigos-neopentecostalismo-juridico-parte-ii>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

Recebido em 03.03.2016

Aprovado em 13.06.2016