

DEFESA *PRO SE* E *RIGHT TO COUNSEL* NA
JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E UMA BREVE
REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA DEFENSORIA
PÚBLICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Maria Helena Damasceno e Silva Megale

Marcelo Paes Ferreira da Silva

*PRO SE DEFENSE AND RIGHT TO COUNSEL
IN THE UNITED STATES SUPREME COURT
JURISPRUDENCE AND A BRIEF VIEW OF THE
ROLE OF THE PUBLIC DEFENDERS OFFICE IN
BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM*

DEFESA *PRO SE* E *RIGHT TO COUNSEL* NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PRO SE DEFENSE AND RIGHT TO COUNSEL IN THE UNITED STATES SUPREME COURT JURISPRUDENCE AND A BRIEF VIEW OF THE ROLE OF THE PUBLIC DEFENDERS OFFICE IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM

Maria Helena Damasceno e Silva Megale

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Marcelo Paes Ferreira da Silva

Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessor Institucional da Corregedoria Geral da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir o tratamento que os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro conferem ao devido processo legal, mais especificamente a dois de seus elementos integradores, o direito à defesa técnica e o direito à autodefesa. A partir da análise das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e do ordenamento jurídico brasileiro, estabeleceremos as semelhanças e diferenças entre os mencionados sistemas. Destarte, por meio do cotejamento de ideias, teorias e concepções da literatura especializada, construiremos uma rede de informações e concepções vinculadas ao tema central do trabalho, com o escopo de sedimentar a base fundamental dos estudos teóricos. Ao tratar a defesa técnica como um direito disponível e renunciável por seu titular, o sistema jurídico norte-americano, a nosso sentir, flexibiliza a cláusula do devido processo legal de forma a fragilizar os direitos e garantias fundamentais do acusado processado criminalmente. Por sua vez, ao tratar o direito à defesa técnica como um elemento essencial e indissociável da ampla

defesa e, por extensão, do devido processo legal na sua acepção substancial, o Direito brasileiro permite maior proteção às garantias processuais penais do acusado. Nesse ambiente, o compromisso do Estado brasileiro transcende a mera afirmação teórica do princípio da ampla defesa e encontra na Defensoria Pública, uma expressão e instrumento do regime democrático na medida em que garante a todo e qualquer acusado processado criminalmente, seja ele pobre ou não, a devida assistência jurídica integral e gratuita.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Processo Penal. Defesa Técnica. Autodefesa. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the treatment that the US and the Brazilian legal systems give to the due process of law, specifically two of its integrative elements, the right to technical defense (right to counsel) and the right to self-defense (pro se defense). From the analysis of the decisions of the Supreme Court of the United States and the Brazilian legal system, we will establish the similarities and differences between the systems mentioned. Thus, through the readback of ideas, theories and concepts of the literature, we will build a network of information and ideas related to the central theme of the work, with the aim of sedimentary the fundamental basis of theoretical studies. By treating the technical defense as a right available and waivable by its owner, the American legal system, we think, eases the due process of law clause in order to undermine the fundamental rights and guarantees of the accused criminally prosecuted. In turn, when dealing with the right to technical defense as an essential and inseparable element of legal defense and, by extension, of due process in its substantial meaning, Brazilian law allows greater protection to criminal procedural guarantees of the accused. In this environment, the Brazilian State's commitment transcends mere theoretical statement of the principle of legal defense and find the Public Defender's Office, an expression and instrument of the democratic regime in that it guarantees to every accused criminally prosecuted, whether poor or not, proper full and free legal assistance.

Keywords: Public Defenders Office. Criminal Procedure. Technical Defense. Pro se Defense. Due Process of Law.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 21/06/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DEFESA PRO SE E RIGHT TO COUNSEL NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. 2 DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA COMO ELEMENTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO. 3 A DEFENSORIA PÚBLICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA BREVE REFLEXÃO. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

A película **O Sol é Para Todos** baseada no livro homônimo escrito por Harper Lee e vencedor do prêmio *Pulitzer* de 1960, conta a história de um julgamento ocorrido no pequeno vilarejo de Macomb, no Estado do Alabama. De acordo com a narrativa, um jovem negro é preso acusado de estuprar uma jovem branca numa época em que a segregação racial constituía um traço marcante da sociedade norte-americana.

A defesa do réu, pobre e de baixa escolaridade, é feita pelo íntegro advogado local Atticus Finch, interpretado pelo ator Gregory Peck. Na defesa intransigente do acusado perante o tribunal, o discurso humanista de Atticus, considerado por muitos o maior herói do cinema norte-americano, ainda é visto como uma das mais belas cenas da história cinematográfica. Dentre os temas tratados pela obra, a importância da ampla defesa nos tribunais apresenta-se como um dos mais relevantes.

Há quem diga que uma das melhores formas de conhecer o perfil de uma nação reside na constatação do grau de proteção que ela confere, formal e materialmente, aos direitos fundamentais de seus cidadãos, especialmente quando tais direitos restam confrontados

pela própria ação estatal no curso de uma ação penal.

No presente estudo, apresentaremos o perfil do devido processo legal norte-americano a partir da análise de dois institutos, a defesa técnica e a autodefesa. Para tanto, analisaremos as principais decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana sobre o tema. Posteriormente, discorreremos sobre os pontos de contato e de afastamento entre o modelo norte-americano e o modelo brasileiro de ampla defesa, a fim de desvendar o nível de proteção que ambos os países conferem aos direitos fundamentais dos acusados processados criminalmente.

Por fim, estabelecida a importância do direito à ampla defesa no sistema de justiça brasileiro, demonstraremos o papel da Defensoria Pública como instrumento de garantia do regime democrático e das liberdades fundamentais na medida em que atua como fator de legitimidade do processo penal, seja na defesa daqueles que não possuem condições econômicas em arcar com a contratação de um advogado particular, seja na defesa daqueles que, mesmo possuindo tais condições, não o fazem.

Considerando que os direitos e garantias fundamentais nem sempre percorrem um caminho linear de evolução, reputamos imperioso discutir incessantemente sobre a importância do direito à ampla defesa e seu papel na afirmação do devido processo legal substancial.

1. DEFESA *PRO SE* E *RIGHT TO COUNSEL* NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

Desde a fundação dos Estados Unidos da América, especialmente pela influência do common law britânico e do princípio de que todos os homens são iguais entre si, a possibilidade do réu conduzir pessoalmente sua defesa, conhecida como *pro se* defense, surgiu como um instrumento de garantia de acesso de pobres e ricos aos tribunais daquele país. A autodefesa era vista como um forte antídoto contra os obstáculos que o status financeiro desfavorável impunha àqueles que pretendiam litigar em juízo.

O Judiciary Act de 1789¹ garantia às partes o direito de conduzir suas próprias demandas

¹ A Lei Judiciária de 1789 foi promulgada na primeira sessão do Congresso norte-americano no ano de 1789 e estabelecia os contornos do poder judiciário federal.

pessoalmente em qualquer tribunal do país. Dentre as razões que explicam o surgimento e frequente utilização da defesa pro se nos tribunais norte-americanos, destacam-se: aumento das taxas de alfabetização, aumento dos sentimentos de consumismo e individualismo; aumento da crença nas habilidades de conduzir o próprio julgamento; desconfiança em face dos defensores e do próprio sistema de justiça; crença na sobrecarga de trabalho dos Defensores Públicos que atuam nos feitos criminais; crença de que a simplificação das regras processuais torna o defensor dispensável e utilização da autorrepresentação como estratégia destinada a ganhar a simpatia dos jurados ou qualquer outra forma de vantagem processual em face das partes devidamente representadas.²

Assim como a defesa pro se, o right to counsel ou o direito à defesa técnica também repousa suas origens no sistema britânico do common law. Inicialmente, a defesa técnica era vista como uma barreira à garantia da paz e da ordem social. Isso porque, acreditava-se que os riscos de uma eventual absolvição ameaçavam a eficiência e o sucesso do modelo acusatório e punitivo então vigente. Não por outro motivo, o direito à defesa técnica era proibido nos crimes mais graves e somente permitido nos mais leves (geralmente aqueles não punidos com pena de morte) se os custos da contratação de um defensor fossem inteiramente suportados pela própria parte. Tal situação perdurou até a metade do século dezoito. Ato contínuo, com a evolução das funções estatais, especialmente a partir da profissionalização das forças policiais e do sistema acusatório, o direito à defesa técnica passou a ser ampliado, ainda que timidamente.³

Todavia, a concepção restritiva do direito à defesa técnica no common law britânico não foi reproduzida pelo direito norte-americano. Isso porque, a sexta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América foi clara ao prescrever que o direito à assistência de um defensor abrangia todos os processos criminais.

Não obstante, os institutos da defesa técnica e da autodefesa passaram por um processo contínuo de moldagem conceitual a partir das decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana. Dessa forma, o cotejo do mencionado percurso jurisprudencial constitui um momento antecedente e absolutamente indispensável do processo de compreensão do atual significado do direito à defesa técnica e do direito à autodefesa no sistema jurídico norte-americano. A contribuição de Cleber Francisco Alves resume com maestria o percurso da Suprema Corte:

² SWANK, D. A. The Pro Se Phenomenon, **BYU Journal of Public Law**.

³ KING, J. D. Beyond 'Life and Liberty': The Evolving Right to Counsel (April 9, 2012). **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**.

Pode-se afirmar, de qualquer modo, que na história constitucional dos Estados Unidos a igual possibilidade formal de acesso de todos ao Poder Judiciário sempre foi reconhecida como um direito básico. Entretanto, a assistência de advogado para tornar material e plenamente efetivo esse direito de igual acesso de todos – ricos e pobres – ao Judiciário não fora reconhecida como tal. Isto não apenas no âmbito da jurisdição civil, mas também na Justiça criminal. A idéia de prescindibilidade de assistência e de representação judicial por intermédio de advogado era tão arraigada que foi necessário estabelecer expressamente na Declaração de Direitos – tal como consubstanciado pela Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana, no ano de 1791 - que ninguém poderia ter violada a prerrogativa de se fazer assistir por advogado, quando acusado de algum crime perante um tribunal.

Tal dispositivo – segundo a interpretação construtivista da Suprema Corte – com o decorrer do tempo passou a ser interpretado em harmonia com o que consta da Décima Quarta Emenda à Constituição, referente às cláusulas do ‘*Due Process of Law*’ e ‘*Equal Protection of Law*’, deixando de ser considerada mera prerrogativa para se tornar efetivo direito de não ser julgado em processo criminal sem a assistência técnica de um advogado. E, no caso das pessoas pobres, a Suprema Corte estabeleceu que o réu deveria contar gratuitamente com a assistência de advogado para garantir a observância desse direito. Tal regra, originariamente aplicável somente nos tribunais federais, foi estabelecida como obrigatória para todos os Estados da Federação nas históricas decisões ‘*Gideon v. Wainwright*’, do ano de 1963 e ‘*Argersinger v. Hamlin*’, do ano de 1972. Todavia, no âmbito da jurisdição civil, inexistente até o presente qualquer dispositivo constitucional, ou decisão da Suprema Corte, reconhecendo às pessoas pobres o direito de assistência técnica por intermédio de advogado para terem efetivo acesso à Justiça.⁴

Em 1931, Ozie Powell e outros réus foram condenados pela Suprema Corte do Estado do Alabama pela prática do crime de estupro. O caso acabou sendo reexaminado pela Suprema Corte dos Estados Unidos pela via do *writ of certiorari*.⁵ No julgamento, realizado um ano depois, a Corte decidiu que todos os acusados deveriam ser considerados presumivelmente inocentes até a condenação final. Ainda de acordo com o julgamento, o tribunal asseverou que, nos crimes graves como o de estupro, nenhum réu poderia ser processado sem a assistência de um defensor de sua escolha. No caso concreto, entendeu a

⁴ ALVES, C. F. A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça.

⁵ *Writ of certiorari* é o meio mais utilizado para o acionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em sede recursal. Por meio de uma petição de *writ of certiorari*, a parte sucumbente nas instâncias inferiores solicita a Corte que ela reexamine a controversa.

corte que a inobservância do direito fundamental à defesa técnica representava manifesta violação ao devido processo legal, razão pela qual a condenação acabou sendo revertida.⁶

O julgamento de *Powell v. Alabama* adotou a noção de que, no âmbito da persecução penal, o direito à defesa técnica garantido pela sexta emenda constituía elemento indissociável da noção de devido processo legal, porquanto atuava como um fator limitador do exercício arbitrário do *jus puniendi* pelo Estado. Contudo, o *right to counsel* não foi reconhecido aos réus acusados da prática de todo e qualquer crime, mas apenas àqueles acusados de crimes graves.

Pouco tempo depois, mais especificamente em maio de 1938, a Suprema Corte debruçou-se novamente sobre o direito à defesa técnica no julgamento de *Johnson v. Zerbst*. Acusado de posse e utilização de moeda falsa, A. Johnson foi condenado a cumprir quatro anos e meio de prisão. Após análise do contexto fático que envolveu a causa, a Suprema Corte verificou que o julgamento de primeira instância que culminou com a condenação do réu, pobre e de baixa escolaridade, havia sido realizado sem a presença e efetiva participação de um defensor. Como se não bastasse, a Corte ainda constatou que o *right to counsel* não havia sido objeto de renúncia expressa pelo réu. Diante de tal contexto, a condenação foi declarada inválida em virtude da manifesta violação das garantias fundamentais constantes no texto da sexta emenda. Nas palavras no Relator, Mr. Justice Hugo Black:

Uma vez que a sexta emenda constitucionalmente confere aos acusados de crime a assistência de um defensor, a conformidade com tal mandamento constitucional constitui um pré-requisito jurisdicional essencial para a autoridade de uma corte em privar a vida ou liberdade do réu. Quando esse direito é adequadamente renunciado, a assistência de um defensor deixa de ser um elemento essencial para a jurisdição da corte para proferir a sentença de condenação. Se o réu, todavia, não é representado por defensor e não renunciou, de modo competente e inteligente, tal direito constitucional, a Sexta Emenda apresenta-se como barreira jurisdicional para uma condenação válida apta a privá-lo de sua vida ou de sua liberdade.⁷

Ao mesmo tempo em que afirmou a importância do direito à defesa técnica, o tribunal entendeu que tal direito poderia ser objeto de renúncia por seu titular, ainda que tal ato pudesse resultar grave prejuízo para sua defesa.

⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. 1932.

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. 1938.

Após o julgamento de *Powell v. Alabama* e *Johnson v. Zerbst* verificou-se certo dissenso nas cortes estaduais acerca da obrigatoriedade da nomeação de defensor para acompanhamento de todos os julgamentos criminais. O debate chegou novamente ao conhecimento da Suprema Corte no julgamento de *Betts v. Brady* em junho de 1942. Na oportunidade, a Corte afirmou que a cláusula do devido processo legal prevista na décima quarta emenda ao texto constitucional norte-americano vedava a condenação e encarceramento daqueles cujo julgamento fosse ofensivo às ideias fundamentais de justiça. Todavia, o tribunal asseverou que tal raciocínio não conduzia ao entendimento de que a validade dos julgamentos criminais estaria condicionada à presença obrigatória de um advogado de defesa, designadamente porque o *right to counsel* somente devia ser aplicado nos julgamentos das cortes federais. Dessa forma, ainda que a falta de defesa técnica pudesse colocar em xeque os direitos fundamentais à vida e liberdade do réu, a Suprema Corte norte-americana, desafortunadamente, acolheu a tese da dispensabilidade e renunciabilidade do direito à defesa técnica.⁸

Felizmente, pouco mais de vinte anos após *Betts v. Brady*, a Suprema Corte norte-americana, no julgamento de *Gideon v. Wainwright*, modificou o entendimento até então vigente ao asseverar a indispensabilidade da defesa técnica em todos os julgamentos criminais, tanto aqueles realizados nas cortes federais como aqueles realizados nas cortes estaduais. Eis uma breve narrativa dos fatos que permearam o histórico julgamento.

Clarence Earl Gideon foi acusado de arrombar uma sala de bilhar na tentativa de subtrair produtos de máquinas automáticas de venda. Formalmente acusado e levado a julgamento pelo Estado da Flórida em 1961, Gideon solicitou à Corte a indicação de um defensor. Todavia, referido pedido foi negado pelo juiz ao argumento de que, pelas leis do Estado da Flórida, a nomeação de advogado ou defensor público somente era possível quando o agente era acusado da prática de um crime capital.⁹

Diante da negativa, não restou alternativa à Gideon senão conduzir sua própria defesa, o que de fato ocorreu. Como resultado do julgamento, Gideon foi condenado a cinco anos de reclusão a serem cumpridos numa prisão estadual.

Após sua prisão, Gideon passou a gastar boa parte de seu tempo na biblioteca do presídio onde estudava livros de Direito. O conhecimento adquirido possibilitou a elaboração de uma petição de *habeas corpus* em face do secretário estadual do Departamento de Cor-

⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. 1942.

⁹ Equivalente de *capital offense* ou crimes punidos com a pena de morte.

reções, Louie Wainwright, dirigida à Suprema Corte Estadual da Flórida. Na petição,¹⁰ o condenado sustentou que a ausência da assistência de um advogado no curso da ação penal representava uma violação aos direitos garantidos a todo e qualquer acusado pela Constituição dos Estados Unidos e pela Declaração de Direitos de 1689. A impetração foi negada pela Suprema Corte da Flórida. Posteriormente, a pretensão de Gideon foi reexaminada pela Suprema Corte dos Estados Unidos pela via do *writ of certiorari*.

No julgamento, realizado em 18 de março de 1963, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por unanimidade, que os Estados deveriam providenciar assistência legal para os réus que não pudessem arcar com os custos da contratação de um advogado particular. Considerado como o marco originário do direito fundamental à assistência jurídica nos Estados Unidos, o julgamento de *Gideon v Wainwright* foi responsável por uma verdadeira mudança de curso na história legal norte-americana.

Por fim, o percurso das decisões da Suprema Corte encerra-se no julgamento de *Faretta v. California*.

Em uma ação penal que tramitou perante a Corte Superior do condado de Los Angeles, Califórnia, o acusado Anthony Pasquall Faretta requereu ao juiz, antes da realização do julgamento, permissão para conduzir sua própria defesa. Questionado sobre os motivos de tal requerimento, Faretta foi enfático ao afirmar que possuía educação superior e que já havia conduzido sua própria defesa anteriormente. O acusado foi então formalmente advertido pelo magistrado sobre os riscos de tal conduta, especialmente porque a autodefesa não o eximiria da irrestrita observância das regras processuais durante o curso da ação penal. O acusado, mesmo ciente das implicações, reiterou firmemente seu propósito e o requerimento de dispensa de advogado acabou sendo inicialmente aceito pelo magistrado.

Posteriormente, entendeu por bem o juiz em designar uma audiência com a finalidade específica de avaliar a capacidade do acusado de conduzir sua própria defesa. Na assentada, Faretta foi arguido sobre diversos aspectos da legislação penal e processual penal norte-americana. A partir das respostas dadas por Faretta, o magistrado concluiu que o acusado não havia tomado uma decisão inteligente e informada ao dispensar a assistência de um advogado. Como resultado, mencionada dispensa foi revertida e, ato contínuo, Faretta passou a contar com a assistência de um defensor público nomeado pelo juiz. O julgamento culminou com a condenação de Faretta à pena de prisão.

¹⁰ Para os interessados, a petição de *habeas corpus* pode ser acessada pelo seguinte link: <https://www.wdl.org/pt/item/3935/view/1/1/>.

Irresignado com a decisão, Faretta recorreu ao argumento de que o direito constitucional à autodefesa havia sido desrespeitado. Todavia, tanto a Corte de Apelações como a Suprema Corte da Califórnia negaram o recurso, confirmando a decisão de primeira instância. Em seu apelo supremo, Faretta manejou o *writ of certiorari* pugnando que a Suprema Corte dos Estados Unidos reexaminasse a controvérsia constitucional em torno da possibilidade de autodefesa no processo penal.

Ao examinar o recurso, doze anos depois de *Gideon v. Wainwright*, a Suprema Corte entendeu, por maioria, que a Constituição dos Estados Unidos, mais especificamente a partir do advento da sexta emenda, garantia a todo e qualquer acusado não somente o direito de ser assistido por defensor mas, acima de tudo, o direito de exercer, autônoma e individualmente, sua própria defesa.

A decisão proferida pela Suprema Corte em *Faretta v California* representou um duro golpe nas promessas feitas pelo mesmo tribunal por ocasião do julgamento de *Gideon v. Wainwright*. O movimento errático da jurisprudência da corte constitucional norte-americana é revelador de uma concepção que dissocia defesa técnica e autodefesa, tratando-as como elementos autônomos e, por vezes, auto-excludentes. Sem prejuízo das razões acima mencionadas que explicam o fenômeno da defesa *pro se* nos Estados Unidos, não se pode olvidar que a concepção liberal das liberdades civis fundamentais ainda parece exercer grande influência nas decisões da Suprema Corte.

Contudo, equivoca-se aquele que rejeita o caráter fundamental do direito à defesa técnica na ordem constitucional norte-americana. O texto da sexta emenda não deixa dúvidas a esse respeito. Restou amplamente demonstrado, entretanto, que o *right to counsel* não possui caráter absoluto, especialmente quando o réu manifesta, de forma livre e consciente, o desejo de conduzir sua própria defesa. Adiante, pretendemos demonstrar o equívoco de tal concepção.

Ao proteger a liberdade individual de seus cidadãos, permitindo que estes não somente escolham seu defensor mas, acima de tudo, conduzam pessoalmente suas próprias defesas, o Estado norte-americano acaba por fragilizar sobremaneira as mesmas liberdades fundamentais que busca tanto proteger. Não há, a nosso sentir, um direito fundamental à autodefesa na Constituição dos Estados Unidos da América. A tese de que tal direito decorreria implicitamente do direito à defesa técnica, esse sim expressamente previsto no texto constitucional, parece-nos extremamente frágil e injustificada. Sobre o tema, valiosa a lição de John F. Decker:

Quando a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou em *Faretta* que o direito à autodefesa foi garantido pela sexta emenda, nem a história, a norma ou antigas interpretações do texto constitucional fornecem suporte para tal conclusão. Não obstante a autodefesa tenha sido uma prática comum e garantida por várias Constituições estaduais e leis, a inclusão explícita da cláusula da autodefesa no Judiciary Act de 1789 e sua omissão na sexta emenda virtualmente ao mesmo tempo e essencialmente pelos mesmos legisladores sugere fortemente que os autores da emenda estavam determinados a deixar o tema da autodefesa para regulamentação via processo legislativo ordinário [...] a autodefesa geralmente é deficiente, particularmente quando comparada com a defesa fornecida por um defensor criminal experiente. Considerando os riscos envolvidos, deve-se questionar a razão de se permitir que pessoas desfrutem de um direito de atirar no próprio pé.¹¹

A correta leitura do instituto da autodefesa não pode deixar de considerar a colisão entre a autonomia do réu e o interesse coletivo que a sociedade possui em garantir a justiça de seus julgamentos. Nesse sentido, imprescindível a adoção de medidas que busquem minimizar os efeitos potencialmente destrutivos, tanto para o réu individualmente considerado, como para o sistema de justiça como um todo.¹²

Nesse prisma, parece-nos que o sistema jurídico brasileiro contempla, de maneira mais razoável, a convivência entre o direito à autodefesa e o direito à defesa técnica.

2. DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA COMO ELEMENTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com a Constituição de 1988, o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Ainda de acordo com o texto constitucional, o Brasil tem como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária em que todos são iguais perante a lei.

¹¹ DECKER, J. F. The sixth amendment right to shoot oneself in the foot: an assessment of the guarantee of self-representation twenty years after *Faretta*. 1996, p.596, tradução nossa.

¹² PEARSON, J. H. Mandatory advisory counsel for pro se defendants: maintaining fairness in the criminal Trial. 1984, p.697.

Parece natural, portanto, que os princípios e valores professados pelo texto constitucional condicionem o exercício de toda e qualquer função estatal, precipuamente o exercício do *jus puniendi*. Na medida em que dialoga frequentemente com direitos fundamentais de cunho inviolável como a vida, a liberdade e a segurança, o processo penal somente pode ser legitimamente exercido se, e quando incorporar a defesa, na sua acepção mais ampla, como verdadeiro elemento constitutivo e essencial de sua própria estrutura.

De acordo com abalizada doutrina nacional, o direito de defesa pode ser conceituado como o direito conferido ao acusado de pleitear a “tutela jurídica de sua liberdade, ou, também, como o direito de querer a observância das normas, que lhe evitam a lesão do direito à liberdade.”¹³ Vicente Greco Filho, por sua vez, assevera que os meios inerentes à ampla defesa são:

- a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art.133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável.¹⁴

Não por outro motivo, a Constituição da República de 1988 garante a ampla defesa a todos os réus processados judicialmente. Dessa forma, o texto constitucional reforça a paridade de oportunidades entre acusação e defesa, permitindo que ambas possam influenciar positivamente na construção do provimento jurisdicional.

Ocorre que, a dialética processual penal não se satisfaz com o exercício meramente formal da ampla defesa. O art. nº 261 do Código de Processo Penal é claro ao estabelecer que nenhum acusado será processado e julgado sem a presença de um defensor. Mais do que isso, ainda que o defensor esteja presente, certo é que a defesa deficiente equivale, na maioria das hipóteses, à falta da própria defesa. Nesse sentido, forçoso concluir que, no direito brasileiro, a cláusula do devido processo legal abrange, dentre diversas prerrogativas de ordem jurídica o direito à ampla defesa, assim compreendido como a soma do direito à autodefesa e do direito à defesa técnica efetiva. Ao tratar sobre a importância de defesa técnica no processo penal, Aury Lopes Júnior não diverge ao afirmar que a hipossuficiên-

¹³ MOURA, M. T. R. de A.; BASTOS, C. A. V. Defesa penal: direito ou garantia. 1994, p.114.

¹⁴ FILHO, V. G. **Tulela constitucional das liberdades**. 1989, p.110,126 e 129.

cia dificulta a compreensão da atividade processual e conduz o acusado a uma posição de manifesta inferioridade diante do poder da autoridade estatal, seja ela representada pelo policial, pelo promotor ou pelo próprio juiz.¹⁵

Nesse ponto, traça-se uma linha divisória entre o direito norte-americano e o direito brasileiro. Isso porque, muito embora o primeiro reconheça a defesa técnica e a autodefesa com elementos que integram a concepção de ampla defesa, certo é que o segundo não admite a possibilidade do exercício da defesa técnica pelo próprio acusado. Ao contrário do direito norte-americano, portanto, a defesa técnica é obrigatória no direito brasileiro, enquanto a autodefesa está no âmbito de conveniência do próprio acusado.¹⁶ Nesse sentido, o direito brasileiro compreende a autodefesa e a defesa técnica como elementos complementares e indissociáveis da ampla defesa e, por extensão, da própria noção do *due process of law*.

Como regulador das relações entre cidadãos e governos, o devido processo legal sempre esteve relacionado a valores fundamentais de participação e igualdade substancial. Nesse sentido, apresenta-se como um mecanismo de proteção das pessoas em face de arbitrariedades estatais, uma vez que redistribui o poder de influência nas decisões judiciais ao garantir a efetiva participação das partes no jogo processual.¹⁷ Nesse prisma, a flexibilização do devido processo legal pela possibilidade de renúncia do direito à defesa técnica não contribui para a garantia de um sistema de justiça criminal minimamente comprometido com a correção de suas decisões. Sobre os riscos da dispensa da defesa técnica, a lição de John Pearson:

Desde o início, todavia, o equilíbrio é comprometido quando o réu enfrenta sozinho as habilidades de um promotor de justiça. Existem distinções técnicas sutis que controlam o que uma pessoa pode dizer e como ela pode se manifestar num julgamento. Algumas provas são admissíveis e outras não. Algumas palavras como ‘relevante’, ‘material’ e ‘competente’ fazem parte de um jargão judicial muito específico e seus significados não são óbvios para os iniciantes. Algumas alegações somente podem ser feitas em determinadas etapas do processo e se alguns pleitos forem feitos de forma extemporânea ou de maneira equivocada podem ser considerados preclusos [...] Sem o auxílio de um defensor, o réu pode ser julgado sem uma acusação adequada e condenado mesmo diante de provas insuficientes, irrelevantes ou inadmissíveis.¹⁸

¹⁵ LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista, 2005, p.228.

¹⁶ TÁVORA, N.; RODRIGUES A. R. **Curso de Processo Penal**. 2011, p.58.

¹⁷ RUTHERFORD, J. The myth of due process. 1992, p.4-6.

¹⁸ PEARSON, J. H. Mandatory advisory counsel for pro se defendants: maintaining fairness in the criminal Trial. 1984, p.707-708.

A fragilidade da concepção norte-americana reside, exatamente, na possibilidade de renúncia ao direito à defesa técnica, o que não ocorre no caso brasileiro, em que a ausência de tal garantia resulta na declaração de nulidade absoluta do processo.

A concepção estadunidense parece desconsiderar o fato de que a ampla defesa transcende a pessoa do acusado e converte-se num dever da sociedade em assegurar que todos possam se defender pessoalmente e por meio de um defensor. Nesse aspecto, reside a importância da Defensoria Pública como fator de legitimidade do processo penal.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA BREVE REFLEXÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Adiante, o texto constitucional prevê no art. 134 que:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-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.¹⁹

Como se vê, os contornos do serviço público de prestação de assistência jurídica integral e gratuita possuem relação direta não somente com a definição dos limites conceituais da expressão necessitados constante no art. 134 do texto constitucional mas, acima de tudo, com a exata compreensão da evolução do próprio acesso à justiça ao longo do constitucionalismo moderno.

¹⁹ BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil de 1988.

Não se pode olvidar que a noção de Defensoria Pública esteve inicialmente relacionada a uma perspectiva liberal-assistencialista do modelo de assistência jurídica. Para uma reflexão sobre as razões históricas de tal relação, a contribuição da doutrina merece destaque:

Karl Polanyi, em sua magistral obra *A grande transformação* (1944), evidenciou justamente o processo por meio do qual a economia de mercado desinstitucionalizou as relações comunitárias e institucionalizou o mercado. Polanyi mostrou como as relações comunitárias e a idéia de proteção pela comunidade foram desmontadas na Inglaterra no início do século XX, antes de serem substituídas pelas relações mercantis e por um sistema de proteção individual (...). O modelo brasileiro, no entanto, foi concebido a partir da equivalência absoluta entre o sujeito de direitos e o sujeito econômico (...). A assistência judiciária aparece, então, como uma categoria residual que afeta aqueles que não conseguem auferir sucesso na economia de mercado.²⁰

O serviço de assistência jurídica no Brasil, portanto, identificava seus destinatários através da adoção de um critério eminentemente econômico. A veracidade de tal argumento pode ser facilmente verificada pela análise das discussões registradas nas atas circunstanciadas da Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte. De acordo com a fala do relator da subcomissão de redação, Constituinte Bernardo Cabral:

[...] o que se quer é não transformar o Estado em patrocinador de todo mundo que o busca para apanhar assistência jurídica gratuita. Há pessoas que podem pagar. Aqueles que provem que realmente têm insuficiência de recursos a assistência gratuita integral será propiciada pelo Estado. Aos demais, não. Aqueles que são reconhecidamente pobres, no entanto, terão todo esse elenco que está contido no inciso LXXXVI.

Ocorre que a concepção do Direito fundada no modelo liberal encontra-se esgotada. Com efeito, a partir da formação dos estados de bem-estar social durante o pós-guerra europeu, o sistema de justiça foi desafiado a encontrar soluções para satisfazer os direitos sociais e econômicos, cuja dimensão transcende a matriz civil

²⁰ AVRITZER, L. *et al.* Cartografia da justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios. 2014, p.76-77.

e política dos direitos de cunho liberal.

Perfilhando tal entendimento, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, III), promoveu a inauguração de uma nova ordem constitucional. A previsão de normas de conteúdo axiológico e de um extenso rol de direitos fundamentais, com especial destaque para a previsão de direitos sociais de cunho prestacional constituem traços marcantes desta nova ordem constitucional.

A concretização do arrojado projeto constitucional exige, portanto, a adoção de uma hermenêutica constitucional principiológica, crítica e pluralista, de modo a permitir não somente o reconhecimento mas, primordialmente, a concretização das expectativas e demandas dos mais variados atores sociais que fazem parte do ambiente democrático em que vivemos.

No paradigma do Estado Democrático de Direito inaugurado em 1988, a Constituição assume uma característica extremamente relevante: a ductibilidade. Através do caráter dúctil, a Constituição viabiliza a convivência das características da unidade e integração do texto com a base material pluralista da sociedade, exigindo-se que todo direito ou valor albergado no texto magno assumam uma feição não absoluta.²¹

A relativização dos valores constitucionais opõe-se, necessariamente, ao fenômeno da inalterabilidade de determinadas teses ou teorias jurídicas dentre as quais se inclui a concepção retrógrada e paternalista que pretende restringir a assistência prestada pela Defensoria Pública apenas à defesa e ao patrocínio das causas dos **pobres**.

A superação da visão liberal do acesso à justiça implica, necessariamente, a superação da visão do necessitado sob o viés meramente econômico. Vale dizer, se a atuação da Defensoria Pública no modelo liberal de assistência jurídica dirigia-se apenas aos necessitados econômicos, cumpre examinar se referida expressão, a exemplo de outros fenômenos sociais, também passou por um processo de ressignificação a partir da vigência do Estado Democrático de Direito.

Se antes da nova redação do artigo 134 da Constituição, a Defensoria Pública era instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, atualmente, referida instituição ocupa posição ainda mais elevada. De acordo com a nova redação do citado dispositivo constitucional, a Defensoria Pública apresenta-

²¹ ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. 2011, p.14.

se como expressão e instrumento do regime democrático, incumbindo-lhe, 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.

A Defensoria Pública, portanto, assume função de verdadeira garantia do regime democrático. Neste contexto, percebe-se que a Instituição encontra-se diante de um novo paradigma de atuação. Se outrora a atuação da Defensoria Pública dava-se em atenção à hipossuficiência econômica, tal padrão de conduta não mais se sustenta. A expressão necessitado passa a ser compreendida através de um novo critério mais abrangente que, a despeito de não excluir o perfil econômico do assistido, aglutina de novas formas de necessidade.²² Sobre o tema, valiosa a lição de Paulo Galliez:

[...] definir a Defensoria Pública como ‘o maior escritório de advocacia’ (como alguns se referem à instituição) significa reduzir sua dimensão e enfraquecer sua razão de ser como instituição independente. Trata-se, na verdade, de visão anacrônica e conservadora, quando os defensores públicos eram vistos como ‘advogados dos pobres’, a quem deviam praticar atos de caridade.

Ao contrário, o acesso à Defensoria Pública é decorrente de garantia constitucional como segmento do exercício da cidadania. Não é a pobreza que assegura esse direito, e sim a cidadania, pois de outro modo estar-se-ia abrindo espaço para o preconceito.²³

A partir do processo contínuo de densificação do conceito jurídico de necessitado, culminando com o advento da Emenda Constitucional nº80/14, a identificação adequada da missão constitucional da Defensoria Pública não pode se restringir à representação do pobre, em juízo ou fora dele.

Nessa perspectiva, a atuação da Defensoria Pública no âmbito do processo penal constitui um exemplo bastante elucidativo do modelo contemporâneo de assistência jurídica integral e gratuita adotado pelo Brasil. Para além da atuação em prol do necessitado econômico, a Defensoria Pública possui a missão de atuar na defesa de todo e qualquer réu processado criminalmente e que não possua advogado constituído nos autos. A importância do modelo de atuação da Defensoria Pública no processo penal foi adequadamente percebida por Luigi Ferrajoli, quando asseverou que a defesa:

²² LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**. 2010, p.80.

²³ GALLIEZ, P. C. R. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2007, p. 38-39.

[...] deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação. A instituição dessa magistratura ou tribuna da defesa como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi proposta por Filangieri, por Bentham, e depois por Carrara e por Lucchini, sob o pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação às provas de culpabilidade integram funções do interesse não menos público de punição dos culpados e da colheita das provas a cargo da acusação. É claro que apenas desse modo seria eliminada a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa, e que confere ao processo, ainda mais que o segredo e que a escritura, cará ter inquisitório. Obviamente, tal magistrado não só não deveria substituir o defensor de confiança, como deveria sustentá-lo com órgão complementar, subsidiário e subordinado às estratégias defensivas previamente selecionadas por este. Dotado dos mesmo poderes da acusação pública sobre a polícia judiciária e habilitado à coleta de contraprovas, ele garantiria todavia uma efetiva paridade entre as funções públicas da prova e aquele não menos pública da refutação. E asseguraria, além disso, contrariamente à hodierna função do defensor público, um efetiva igualdade dos cidadão no exercício do direito de defesa. É fácil compreender que semelhante figura encontrará sempre a oposição corporativa da categoria dos advogados. Mas sem ela resulta comprometida a paridade de partes, que forma um dos pressupostos essenciais do contraditório e do direito de defesa.²⁴

Sobre as vantagens do modelo brasileiro de assistência jurídica sobre o norte-americano, a sempre valiosa lição de Cleber Francisco Alves:

[...] a) o ponto forte do sistema brasileiro encontra-se no fato de que ele está assentado sobre sólida base normativa, de respaldo constitucional, o que é reconhecidamente uma característica de vanguarda em comparação com a realidade de outros países; [...]

b) o sistema brasileiro, baseado na instituição Defensoria Pública favorece, ao menos em tese, a implementação e uma política mais unificada de acesso à Justiça, visto que não apresenta as dicotomias presentes no sistema norte-americano (vertente cível e vertente criminal bem delimitadas, cujos subsistemas ‘dialogam’ muito pouco entre si).²⁵

²⁴ FERRAJOLI, L.i. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 2006, p.535.

²⁵ ALVES, C. F. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**, 2006, p. 350.

Ao contrário do modelo norte-americano, que além de permitir a renúncia do direito à defesa técnica, ainda não logrou êxito em estruturar um serviço efetivo de assistência jurídica integral e gratuita, o Estado brasileiro, de uma só vez, adotou a concepção da indispensabilidade da defesa técnica e qualificou o direito à assistência jurídica a partir da criação de um serviço público destinado a exercer tal mister.

CONCLUSÃO

O direito comparado constitui uma fonte inesgotável de conhecimento e incessante aprendizado. Pela análise dos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, percebemos que o país optou pela adoção de um modelo de devido processo legal de cunho eminentemente liberal, e, nessa perspectiva, limitador das garantias fundamentais de todos aqueles sujeitos à persecução penal. Os contornos dos institutos da defesa *pro se* e do *right to counsel* são bastante elucidativos nesse sentido.

Os efeitos da falta de ampla defesa são devastadores, especialmente no processo penal em que as liberdades mais fundamentais do acusado encontram-se sob ameaça do jus *puniendi* estatal.

No Direito brasileiro, demonstramos que a autodefesa é entendida como um elemento complementar e indissociável da defesa técnica. É justamente a partir da soma dos dois elementos acima indicados que se alcança a ampla defesa. Ao contrário, no Direito norte-americano, a noção de autodefesa não exprime a ideia do devido processo legal em sua acepção substancial. Na medida em que a autodefesa impede, em alguns casos, o exercício da defesa técnica por profissional devidamente habilitado, as liberdades individuais do acusado acabam sendo irremediavelmente ameaçadas. A depender da concepção adotada, portanto, o exercício da autodefesa pode apresentar-se como um elemento afirmador ou fragilizador do devido processo legal.

Enquanto no mundo da ficção, Atticus Finch personifica o modelo de defesa intransigente que toda nação democrática deve conferir aos valores fundamentais da vida e liberdade, a Defensoria Pública apresenta-se, no mundo real, como a instituição autônoma criada pelo Estado justamente com o objetivo de garantir, a todo e qualquer réu processado criminalmente, a proteção desses mesmos valores.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F. A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça. [on line]. Disponível em: < http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0124804_05_pretextual.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

AVRITZER, L. *et al.* **Cartografia da justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios** / Leonardo Avritzer, Marjorie Marona, Lilian Gomes (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). Comissão de Sistematização. Substitutivo: redação final aprovada: preâmbulo, títulos I a VI. Relator: Bernardo Cabral. Brasília: [s.nº], 1987. 106 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of 1787. [on line] Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/usa/usa1787.html>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. United States Supreme Court. Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932). Justice Charles E. Hughes.

_____. United States Supreme Court. Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938). Justice Hugo Lafayette Black.

_____. United States Supreme Court. Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942). Justice Harlan F. Stone.

_____. United States Supreme Court. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963). Justice Earl Warren.

_____. United States Supreme Court. *Faretta v. California*, 472 U.S. 806 (1975).
Justice Warren E. Burger.

FILHO, V. G. **Tulela constitucional das liberdades**. São Paulo. Saraiva. 1989.

GALLIEZ, P. C. R. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KING, J. D. Beyond ‘Life and Liberty’: The Evolving Right to Counsel. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 48, 2013 [on line]. Disponível em: <http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2013/04/King_1-49.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

LIMA, F. R. V. de. **Defensoria Pública**. Salvador. Editora Juspodivm, 2010.

LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOURA, M. T. R. de A.; BASTOS, C. A. V. Defesa penal: direito ou garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 133-147, abr./jun. 1994.

PEARSON, J. H. Mandatory Advisory counsel for pro se defendants: maintaining fairness in the criminal Trial, **California Law Review**, 1984.

RUTHERFORD, J. The myth of due process. **Boston University Law Review**. 1992.

SWANK, D. A., The Pro Se Phenomenon, **BYU Journal of Public Law**. 373 (2005), [on line]. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol19/iss2/4>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

TÁVORA, N.; R.S ALENCAR, R.. **Curso de Processo Penal**. 6.ed. Bahia:JusPodivm, 2011.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Torino: Trotta, 2011.

