Caio Paiva: A Defensoria Pública e a hipossuficiência jurídica

A importância da Defensoria Pública no acesso à justiça penal

O modelo institucional da Defensoria Pública no Brasil é objeto de estudo e destaque na Organização das Nações Unidas (ONU)[1]. Da mesma forma, a Organização dos Estados Americanos (OEA) já editou quatro Resoluções exaltando a importância não somente da Defensoria Pública “oficial” como garantia de acesso à justiça, mas também da necessidade de se lhe outorgar autonomia[2]. Recentemente, ainda, a Comissão Nacional da Verdade, numa de suas *Recomendações*, ressaltou a importância do “*Fortalecimento das Defensorias Públicas*”[3]. A CF/88, por sua vez, alterada pela EC 80/2014, eleva a Defensoria Pública ao patamar de “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (...)*”. Resumindo bem este panorama, Zaffaroni conclui que “*pode se afirmar que o grau de realização do Estado de Direito em nossa região está dado pela autonomia e o poder da Defensoria Pública em comparação com outras agências do sistema penal*”[4].

Diversos juristas europeus ressentem a inexistência da Defensoria Pública na Europa. Ferrajoli, por exemplo, vê na Defensoria “*um dos aportes mais significativos da experiência jurídica latino-americana*”, afirmando se tratar de um “*modelo de civilidade para o mundo, sobretudo para a Europa*”[5]. No mesmo sentido, Schünemann, um dos mais destacados penalistas alemães, enxerga na Defensoria Pública brasileira “*um interessante modelo a ser estudado pelo processo penal dos países europeus*”[6].

Tal introdução se mostra necessária no Brasil, onde o trabalho da Defensoria Pública no acesso à *justiça penal* não costuma ser muito bem compreendido[7], além do fato de que a *fama internacional* do modelo institucionalizado não raramente é sufocada por um *desprezo nacional*, que reserva à Defensoria a condição de “*prima pobre*” da Magistratura e do Ministério Público. Para a presente ocasião, faço o *recorte temático* e enfrento somente os seguintes questionamentos: quando o acusado, no processo penal, tendo condições financeiras, não constitui advogado, quem deve defendê-lo? Um advogado dativo ou um defensor público? E mais, a assistência jurídica *compulsória*, privada ou pública, deve ser paga pelo acusado? Vejamos.

Três soluções para o problema

A primeira solução para resolver o *problema* apresentado se encontra no artigo 263, parágrafo único, do CPP, que dispõe que “*O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz*”. Este também é o entendimento majoritário da doutrina, ilustrado, por exemplo, na opinião de Renato Brasileiro de Lima[8], Pacelli/Fischer[9] e Lenio Streck[10], acolhido igualmente pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, que já emitiu recomendação no sentido de que a Defensoria Pública da União somente pode atuar nas hipóteses em que estiver caracterizada a insuficiência de recursos do defendido, de modo que “*A garantia da defesa técnica nos casos de abandono ou retirada da defesa constituída, em que o réu não for pobre, deverá ser feita por defensor dativo, a ser remunerado pelo defendido, observado o disposto no artigo 263, do Código de Processo Penal*”[11]. Sintetizando essa primeira solução: quando o acusado, tendo condições financeiras, não constituir advogado, o juiz deve seguir o artigo 263, parágrafo único, do CPP, e nomear um advogado dativo, que deverá ser pago pelo acusado.

Problemas desta solução: enfraquece o direito (irrenunciável, advirta-se) à ampla defesa e viola o direito

de acesso à *justiça penal*, pois agride a experiência e a vivência acreditar que os advogados dativos prestarão um trabalho de qualidade sabendo que muito provavelmente não receberão os honorários ao final do processo. Ora, se o acusado não se dispôs a pagar um advogado de sua confiança, parece óbvio que criará todo tipo de obstáculo para — também — não pagar o advogado dativo. Os *riscos* de violação à ampla defesa atestam a improcedência desta solução, que tutela de forma ineficiente o direito fundamental protegido[12].

A segunda solução se parece com a primeira no que diz respeito à *remuneração compulsória* da assistência jurídica, mas aqui, porém, o trabalho seria desempenhado pela Defensoria Pública, que poderia cobrar, ao final, honorários do acusado não hipossuficiente, verba que seria revertida para um fundo institucional próprio. Neste sentido, confira-se a Resolução 85/2014 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União (CSDPU), cujo artigo 6º, parágrafo 1º, estabelece que “*A atuação na persecução penal independe da necessidade econômica do beneficiário quando, na condição de réu, intimado para constituir advogado, não o fizer, e sobrevir nomeação judicial da Defensoria Pública da União*”, esclarecendo o artigo 7º da mesma Resolução que “*Nos processos criminais, se restar constatado que a pessoa natural ou jurídica não é necessitada econômica, deverá o Defensor Público Federal provocar o juízo criminal para o arbitramento de honorários, os quais passam a constituir fonte de receita do Fundo de Aparentamento e Capacitação Profissional da Defensoria Pública da União*”. Tal entendimento também foi acolhido pelo PLS 156/2009 (Projeto de Novo Código de Processo Penal), cujo artigo 59, parágrafo 1º, dispõe que “*Com o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo penal, caberá à Defensoria Pública o patrocínio da defesa do acusado que, por qualquer motivo, não tenha constituído advogado, independentemente de sua situação econômica, ressalvado o direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si defender-se, caso tenha habilitação*”. E o parágrafo 2º, por sua vez, esclarece que “*O acusado que possuir condição econômica e não constituir advogado arcará com os honorários decorrentes da defesa técnica, cujos valores serão revertidos à Defensoria Pública, nos termos da lei*”. A mesma diretriz consta no *Manual de Defensoria Penal Pública para América Latina y el Caribe*[13].

Esta segunda solução tem o grande mérito de eliminar os problemas encontrados na primeira, eis que o defensor público não tem nenhum ganho econômico com o recebimento de honorários ao final do processo, verba que, conforme explicado, é revertida para um fundo próprio de aparelhamento da instituição. A ampla defesa e o acesso à *justiça penal* não correm riscos nessa segunda solução, que se afigura como a mais adequada e *concretizável* na atual conjuntura das Defensorias Públicas.

A terceira solução aparece como a proposta mais ajustada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos: a assistência jurídica integral (e gratuita) no processo penal a todos, inclusive aos acusados com condições de pagar advogado, que assumem, aqui, a condição de “hipossuficientes jurídicos”. Está a solução que decorre do artigo 8º, 2, e), da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece como garantia mínima 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 pela lei”. Note-se, portanto, que a CADH, diversamente da Convenção Europeia de Direitos Humanos e também do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[14], não exige a hipossuficiência econômica do acusado para garantir o direito à assistência jurídica gratuita. Neste sentido, parece ser o entendimento de Casara/Melchior[15], Ernesto Pazmiño Granizo[16] e também de Ferrajoli[17].

Conclusão

Diversamente do que afirma Lenio Streck, que sempre trata de questões sobre a Defensoria com preconceito contra a instituição, a expressão “necessitado/hipossuficiente jurídico” não é uma “churumela”[18], e sim uma forma de compreender (existem outras, como demonstrei) a inércia do acusado que, podendo, não constitui sua defesa técnica. A Defensoria não procura nem tampouco prioriza a defesa de réus que podem pagar advogados. Diversamente de outras instituições, talvez, a Defensoria não escolhe assistidos, não investe em “grandes causas” para atrair a atenção para si. O fato de pessoas não necessitadas economicamente procurarem o trabalho da Defensoria Pública na área penal [19] não deveria ser objeto de fúria e indignação de tanta gente, e sim de homenagem; ou temos outro serviço público que pode se gabar de ser procurado por livre “escolha” do cidadão?

Finalmente, é preciso esclarecer que a Defensoria não disputa ou tem a pretensão de ocupar o espaço da advocacia privada. Os (bons) advogados não temem a Defensoria por saber o óbvio: quem pode pagar, em regra, contrata um advogado de sua confiança, e não se “arrisca” a ser assistido por um profissional, que, geralmente sem qualquer estrutura adequada, defende ao mesmo tempo centenas, quiçá milhares de outros cidadãos.

Um esclarecimento: recentemente a ConJur noticiou aqui a atuação da DPU em processo penal ligado à operação “lava jato”[20]. Figuras folclóricas e já assíduas participantes dos comentários em textos/artigos sobre a Defensoria se indignaram com o fato de um defensor público ganhar “30 mil reais por mês” para fazer esse “tipo de trabalho”. Apresento-lhes, então, de forma breve, o atual cenário das carreiras federais que trabalham no processo penal da “Lava Jato: o subsídio inicial líquido de um membro do MPF é de R\$ 30.376,73 (com o pagamento de substituição: R\$ 33.742,82); o subsídio inicial líquido de um juiz federal é de R\$ 26.251,11 (com o pagamento de substituição: R\$ 30.628,95); e o subsídio inicial líquido de um membro da DPU é de R\$ 12.507,75 (não há pagamento de substituição, plantão, remoções ou adicional de chefia/coordenação).

Dedico esse texto à colega Érica Hartmann, que orgulha a DPU com o seu trabalho na Lava Jato.

[1] Cf. a notícia *Brasil é destaque em estudo mundial da ONU sobre assistência jurídica*: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25036:brasil-e-destaque-em-

[estudo-mundial-da-onu-sobre-assistencia-juridica&catid=215:noticias-slideshow&Itemid=458](#)

[2] Cf. Resoluções 2656/2011 – *Garantias de Acesso à Justiça: o papel dos defensores públicos oficiais* (acessível em: http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/247/AG_RES_2656_pt.pdf), 2714/2012 – *Defensoria Pública Oficial como garantia de acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade* (acessível em: <http://www.aidef.org/wtksite/res2714OEA.pdf>), 2801/2013 – *Rumo à autonomia da Defensoria Pública oficial como garantia do acesso à justiça* (acessível em: http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/406/OEA_-_Resoluci_n_2801_-_Autonomia_de_las_Defensor_as_P_blicas_como_garantia_de_acceso_a_la_Justicia.pdf) e 2821/2014 – *Rumo à autonomia e fortalecimento da Defensoria Pública oficial como garantia de acesso à justiça* (acessível em: http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/444/Res._OEA_2821-2014.pdf).

[3] Cf. *Parte V – Conclusões e Recomendações*, item 11, p. 969. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Parte_5.pdf

[4] ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em *Introducción de “Pena y Estado”*, Revista nº. 5, Buenos Aires, Ediciones del Instituto INECIP, 2002, p. 20.

[5] FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo y Defensa Penal o sobre la defensa pública*. Em Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, n. 01/2010, p. 8.

[6] SCHÜNEMANN, Bernd. *Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio*. Em GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 235-236.

[7] Sobre o assunto, conferir também PAIVA, Caio. *Defensoria Pública e atuação na área penal: Parte I*. Disponível em: <http://justificando.com/2014/12/08/defensoria-publica-e-atuacao-na-area-penal-parte/>

[8] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 1188-1189: “*Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos que a Constituição Federal outorga à Defensoria Pública apenas a defesa de investigados e acusados que não possuem condições financeiras para contratar um advogado. Isso porque, ao cuidar de suas atribuições, o art. 134 da Constituição Federal dispõe expressamente que à Defensoria Pública incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, o qual faz menção à assistência jurídica integral e gratuita tão somente aos que comprovarem insuficiência de recursos. Logo, se determinado acusado, a despeito de possuir condições financeiras para a contratação de um advogado, abster-se de fazê-lo, não se afigura possível a nomeação de Defensor Público para o exercício da defesa técnica, sob pena de desvirtuamento de suas atribuições constitucionais, e conseqüente desvio dos poucos recursos humanos da Defensoria em prol de pessoas abastadas, negando àqueles necessitados o direito constitucional à assistência jurídica integral e gratuita*”. E conclui o autor, em seguida, que “*Não se pode objetar que a pessoa que não tem advogado estaria em situação de hipossuficiência jurídica. Isso porque, fosse isso possível, toda e qualquer pessoa poderia se beneficiar dos serviços da*

Defensoria Pública, desde que alegasse que não possui advogado e que, portanto, estaria em situação de hipossuficiência”.

[9] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 514-515: “A Defensoria Pública somente deve atuar na defesa daqueles que não tem condições de responder pelos honorários e despesas com o advogado privado. Nem sempre se estará diante de casos dessa natureza, ainda quando o réu não queira e não constitua defensor. Não se tratando, enfim, de réu pobre, deve o juiz nomear defensor dativo, a ser pago por ele (réu), ao final do processo, mediante arbitramento dos valores pelo juiz”.

[10] STRECK, Lenio. *Só hipossuficientes podem ser assistidos pela Defensoria Pública*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-fev-19/senso-incomum-hipossuficientes-podem-assistidos-defensoria-publica?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

[11] Cf. a íntegra da *Recomendação* emitida pela 2ª CCR do MPF, disponível em: http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/docs_institucional/arquivos-hospedados/Coord-Boletim_22-6882.pdf

[12] Para uma crítica bastante realista sobre a *interação* do Poder Judiciário com a assistência jurídica privada via nomeação judicial, conferir também SZAFIR, Alexandre Lebelson. *Descasos 2: Uma advogada às voltas com o direito dos excluídos*, na crônica *Ad Hoc*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

[13] *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*. Documento do Centro de Estudos de Justiça das Américas, CEJA e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), desenvolvido por Alberto Binder, Luis Cordero e Mildred Hartmann, p. 44: “*Em outras palavras, não se quer significar que a situação econômica do imputado condicione a entrega do serviço. Não se altera a regra de que todo imputado que careça de defensor terá um designado pela Defensoria. (...) As exigências do processo, pelas quais há que brindar a todo imputado que careça dela, sem distinguir sua situação econômica, em nenhum caso implicam que os imputados que a recebam devam ficar isentos do seu pagamento*”. Referido *Manual* exorta, ainda, logo em seguida, que “*É fundamental que se desenvolvam mecanismos que controlem que o pagamento seja efetivo por parte dos defendidos com capacidade, já que muitos sistemas o contemplam, mas em poucos se tem podido concretizar na prática*”.

[14] Prevê a Convenção Europeia que o acusado tem direito a “*Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem*” (art. 6º, 3, c). O PIDCP, por sua vez, dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem direito a ser informada, caso não tenha defensor, “*do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo*” (art. 14, 3, d). Para mais informações sobre o direito à assistência jurídica na Europa, consultar ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*

. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 193.

[15] CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro – Vol. I, Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 497: “*A nomeação ex officio pelo juiz do defensor público para atuar em uma determinada causa só pode se dar na hipótese de omissão/silêncio do réu. Tão importante e indisponível é a defesa técnica que pode ser exercida mesmo contra a vontade do réu, ou mesmo na sua ausência. Dessa forma, se o réu não constituir advogado, mesmo tendo recursos para tanto, a atuação do defensor público é obrigatória, já que a defesa técnica é indisponível no processo penal. Percebe-se, com facilidade, que no processo penal a atuação do defensor público não está vinculada à condição financeira de seu assistido*”.

[16] GRANIZO, Ernesto Pazmiño. *Desafíos y Perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador*. In *La transformación de la Justicia*, p. 319, disponível em:

[http://www.justicia.gob.ec/wp-](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_La_transformacion_de_la_justicia.pdf)

[content/uploads/downloads/2012/07/4_La_transformacion_de_la_justicia.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_La_transformacion_de_la_justicia.pdf) (tradução livre): “

O papel da Defensoria Pública, num modelo adversarial, é garantir o acesso à defesa de toda pessoa que tenha sido acusada pelo Estado. É importante diferenciar da tradicional ‘defesa de pobres’; em primeiro lugar o cidadão tenha ou não recursos, ao estar em jogo sua liberdade, tem direito a que se lhe outorgue o serviço de Defensoria gratuita, aspecto que difere da tradicional visão”.

[17] FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la Justicia Penal y La Garantía de la Defensa Pública*. In *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*. III Congresso da Associação Interamericana de Defensorias Públicas. Buenos Aires, República Argentina, 2008, p. 86: “*É certo que este instituto tem um custo para o Estado. Mas todos os direitos fundamentais custam, e é em sua tutela que reside a razão social da esfera pública na democracia constitucional. Diria que isso vale para os custos requeridos pela garantia desse especial direito de todos que é o direito de defesa, posto que é o Estado, através do Ministério Público, quem leva um cidadão a juízo. Por isso, é duplamente inócuo que o cidadão acusado, e considerado presumidamente inocente, deva não somente sofrer as penas do processo – as incomodações materiais e morais, a ofensa à sua reputação – senão que deva ademais, não obstante seu direito fundamental de defesa, arcar com os gastos do juízo, que bem poderia concluir-se com um pronunciamento de absolvição*”.

[18] Termo utilizado por Streck em *Só hipossuficientes podem ser assistidos pela Defensoria Pública*, disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-fev-19/senso-incomum-hipossuficientes-podem-assistidos-defensoria-publica?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#author No mesmo texto Streck considera “exemplar” a decisão de um juiz que não reconheceu a legitimidade da DPU para ajuizar uma ação civil pública que visa implementar no Brasil a “audiência de custódia”, e isso porque não havia sido comprovado que os prováveis beneficiados são “necessitados”. Ora, bingo! Pobre não é preso no Brasil, não é mesmo? Fui um dos autores da referida ACP. A DPU irá recorrer da decisão. Sobre os equívocos de Streck a respeito da Defensoria, reitero tudo o que disse no seguinte texto: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-05/caio-paiva-defensoria-publica-atender-pobres-ricos>

[19] Deixo claro que o raciocínio desenvolvido neste texto se aplica exclusivamente à atuação na área penal.

[20] Cf. *Defensoria Pública questiona grampos e competência de Moro na “lava jato”*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/defensoria-questiona-grampos-competencia-moro-lava-jato>

Date Created

24/02/2015