

A atuação defensorial como custos vulnerabilis no processo penal



Erigida constitucionalmente como instrumento e expressão do regime

democrático, a Defensoria Pública tem como missão master a promoção dos direitos humanos e a defesa judicial e extrajudicial dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV[1].

O conceito de necessitado, ou de modo mais abrangente, o de hipossuficiente ou vulnerável[2], há muito superou restritivo conceito (embora fundamental), de hipossuficiência financeira, na forma do artigo 2º da Lei Federal 1060/1950, em sua redação primitiva[3].

Modernamente, o conceito de necessitado encontra guarida e substrato no que o professor italiano Cappelletti (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 21) cunhou como “Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça”, pugnando pela superação do conceito de necessidade pelo simples viés econômico, estimulando o acesso individual e coletivo à Justiça e ao Direito. Segundo o festejado jurista italiano, em apertada síntese, além da questão do acesso ao hipossuficiente financeiro (Primeira Onda Renovatória), o Estado há de criar mecanismos e órgãos que permitam o acesso transindividual à Justiça (Segunda Onda Renovatória), bem como o acesso ao Direito por meio da atuação extrajudicial ou judicial de modo simplificado, célere e desburocratizado (Terceira Onda Renovatória).

Por outra banda, ressalte-se o entendimento consolidado no documento firmado na XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, ocorrida em Brasília no ano de 2008, denominado Regras de Brasília[4], de que vulneráveis são:

“Aqueles pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico”.

Com efeito, as atribuições da Defensoria Pública, em uma acepção consentânea com este novo viés, devem ser interpretadas a partir de uma visão constitucional e calcadas nos objetivos maiores da República Federativa do Brasil, buscando a proteção integral dos vulneráveis em suas mais variadas dimensões[5].

Neste diapasão, o legislador infraconstitucional federal, por meio de alterações na Lei Orgânica Nacional do Órgão (Lei Complementar 080/1994, com alterações posteriores), em compasso com a moderna visão da atuação institucional, estabeleceu como objetivo da Defensoria Pública a garantia dos princípios do

contraditório e ampla defesa e a prevalência dos direitos humanos, estipulando, em rol exemplificativo, diversas atribuições aos membros da Defensoria Pública que passam ao largo da questão meramente da vulnerabilidade econômica, reconhecendo a necessidade de pronta intervenção do Estado nas causas que envolvam grupos vulneráveis que mereçam especial proteção[6].

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI 3.943[7], adotou esse moderno entendimento, admitindo a atuação coletiva da Defensoria Pública em causas cujo objeto supere a mera hipossuficiência econômica.

No tocante à seara criminal, Luigi Ferrajoli em seu clássico *Direito e Razão*[8], há muito pugna pela criação de um órgão estatal responsável pela defesa processual e material dos débeis *lato senso*, o que denominou de “Magistratura de Defesa Pública Criminal, independente da questão meramente econômica dos hipossuficientes ou vulneráveis. Um verdadeiro *Estado-Defensor*[9], visando o equilíbrio de forças e paridade de armas com a “Magistratura de Acusação Pública”.

Como corolário desta nova feição da missão institucional, a doutrina nacional passou a conceber a atuação da Defensoria Pública, em caráter excepcional, como *custos vulnerabilis*, em que haja a pronta intervenção do órgão estatal defensorial quando este se deparar com concretas ou iminentes violações de direitos humanos de grupos ou pessoas vulneráveis, ainda que a princípio não atue como “representante processual” de nenhuma parte na ação.

Como recepção desta nova forma de intervenção defensorial, o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 554, parágrafo 1º[10], previu a intervenção da Defensoria Pública no caso das ações possessórias que envolvam hipossuficientes.

O desenvolvimento doutrinário desta nova forma de atuação vem se dando, como sói acontecer, a partir de estudos desenvolvidos por diversos defensores públicos em todo Brasil, nos quais se destacam Rocha (2018), Maia (2014; 2015), Gonçalves Filho (2016; 2017), Gomes (2017) e Silva (2017). Na mesma linha, doutrinadores de fôlego como Onmati (2017) e Bueno (2018)[11] passaram a reconhecer expressamente a atuação interventiva defensorial como *custos*.

Destaque-se, limitando o *locus* deste artigo à seara penal, a admissão deste tipo de intervenção defensorial como *custos vulnerabilis* (ainda que sem mencionar o *nomen jûris*, mas deferindo o efeito jurídico e prático subjacente à intervenção) nos autos de ações penais em trâmite no Tribunal de Justiça do Amazonas, no Tribunal de Justiça do Ceará e, mais recentemente, no Tribunal de Justiça do Pará[12], em atuação deste subscritor. Há também julgados de admissão expressa da atuação interventiva do Estado defensor, como no precedente da Revisão Criminal 400215879.2017.8.04.0000, oriunda do Tribunal de Justiça do Amazonas[13].

Já sendo provocado em algumas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal, no histórico Habeas Corpus Coletivo 143.641[14], que teve como objeto a relutância do Poder Judiciário em conceder prisões domiciliares a presas provisórias gestantes e mães de menores de 12 anos, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, em duas decisões distintas, admitiu a intervenção da Defensoria Pública da União na parte autora do pleito, bem como a assistência da Defensoria Pública do Ceará e do Paraná na referida ação constitucional, reconhecendo a missão constitucional defensorial em prol dos vulneráveis, ainda que não fosse representante processual de nenhum paciente nem constasse

originariamente como a parte autora do HC.

Embora não tenha usado o *nomen jûris* (o que é natural, dada à novidade da temática), a admissão de forma pioneira do tribunal guardião da Carta Maior da atuação das Defensorias Públicas estaduais como *amici curiae* reconheceu todas as bases fundantes da intervenção institucional como *custos vulnerabilis*.

Frise-se que a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no processo penal não se confunde (embora guarde alguma similitude) com a atuação da Defensoria Pública como curadora especial. Nesta, a atuação é prevista nos casos em que formada a relação jurídico-processual, o acusado não constitui defesa técnica, motivo pelo qual, calcado no artigo 396-A, parágrafo 2º do Código de Processo Penal[15], o juízo encaminha os autos à Defensoria Pública para atuar em prol do direito indisponível de defesa o réu, como representante processual.

Já na condição de guardião ou fiscal dos vulneráveis, a intervenção da Defensoria Pública deve ocorrer sempre que o órgão detecte efetiva ou provável violação a direito ou garantia fundamental do acusado, postulando em apresentação do seu órgão, em nome próprio e no interesse do acusado, independentemente da condição financeira do mesmo e ainda que este sequer tenha real conhecimento da denúncia, bem como caso já tenha constituído defesa técnica privada por meio de advogado.

Nesse sentido, ganha especial relevo a atuação institucional como garantidora do pleno e efetivo contraditório e ampla defesa dos acusados. Adotando a Teoria dos Jogos[16], cada vez mais se exige um processo penal de partes, em que os jogadores saibam posicionar-se e reposicionar-se quanto às estratégias e táticas adotadas em um processo penal, considerando as possibilidades de perdas e ganhos e visando a paridade de armas formal e substancial.

A atuação do Estado defensor nesses casos e em outros correlatos se dá de modo absolutamente parcial (como de resto acontece com as partes no processo penal de cunho acusatório), no interesse dos direitos e garantias de defesa do vulnerável, não se confundindo com a atuação do órgão de acusação e do órgão de decisão. Como espécie de terceiro interventor pró-vulnerável, a atuação defensorial nesta qualidade em nada interfere, senão agrega e complementa o atuar da defesa técnica privada, caso devidamente habilitada nos autos, ou mesmo a pública, executada por escritórios de universidades, defensores dativos ou defensores públicos como representantes processuais). Em especial (mas não exclusivamente), nesta última hipótese há a assunção de nova feição defensorial na ação penal, aderindo à denominada posição processual dinâmica, conforme o momento processual e o objeto da demanda.

Em suma, a intervenção especial da Defensoria Pública na qualidade de *custos vulnerabilis* no processo penal convalida as modernas formas de atuação institucional, que vem merecendo cada vez mais atenção e sendo admitida de modo gradual pela doutrina e jurisprudência brasileiras, posto que compatível com os objetivos constitucionais de isonomia e amplo acesso à Justiça, individual e coletivo, de integrantes de grupos historicamente à margem da sociedade e do Direito.

[1] 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.

[2] A doutrina costuma diferenciar a semântica dos termos hipossuficiência e vulnerabilidade de acordo com o ramo do Direito sob enfoque, havendo grande divergência conceitual. Para fins deste artigo, trataremos como termos sinônimos, posto não ser tal divergência o objeto do presente estudo.

[3] Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho (Revogado pela Lei 13.105, de 2015); Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (Revogado pela Lei 13.105, de 2015).

[4] REGRAS de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 11.mai.2018.

[5] Para Gomes (2017), “em apertada síntese, a vocação da Defensoria Pública está relacionada à defesa dos hipossuficientes, de forma preventiva ou demandista, judicial ou extrajudicial, promovendo e defendendo os direitos humanos, bem como garantindo seus direitos, principalmente os fundamentais, de forma individual ou coletiva, primando pela dignidade da pessoa humana, pela redução das desigualdades sociais e pela afirmação do Estado de opção democrática, sempre almejando preservar e concretizar o contraditório e a ampla defesa”.

[6] Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

[7] ADI 3.943/ DF – Distrito Federal. Relator(a): min. Cármen Lúcia. Julgamento: 7/5/2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

Ementa: Ação Direta De Inconstitucionalidade. Legitimidade Ativa Da Defensoria Pública Para Ajuizar Ação Civil Pública (Art. 5º, Inc. II, Da Lei N. 7.347/1985, Alterado Pelo Art. 2º Da Lei N. 11.448/2007). Tutela De Interesses Transindividuais (Coletivos Strito Sensu E Difusos) E Individuais Homogêneos. Defensoria Pública: Instituição Essencial À Função Jurisdicional. Acesso À Justiça. Necessitado: Definição Segundo Princípios Hermenêuticos Garantidores Da Força Normativa Da Constituição E Da Máxima Efetividade Das Normas Constitucionais: Art. 5º, Incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, Da Constituição Da República. Inexistência De Norma De Exclusividade Do Ministério Público Para Ajuizamento De Ação Civil Pública. Ausência De Prejuízo Institucional Do Ministério Público Pelo Reconhecimento Da Legitimidade Da Defensoria Pública. Ação Julgada Improcedente.

[8] Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Fauzi Hassan Chacar et al. 4. ed. Revista dos Tribunais, 2014.

[9] Para Maia (2014), em artigo-homenagem a Ferrajoli, um defensor público exerce a função de um magistrado destinado a exercer espécie de Ministério Público da Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público da Acusação. Portanto, a atuação do Estado-Defensor, enquanto *custos vulnerabilis*, tem natureza de intervenção do órgão estatal pró-vulnerável, sem adentrar no campo próprio da defesa privada, caso habilitada nos autos.

[10] Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados. § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais,

determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

[11] Conforme Bueno (2018, p. 226): “Com base nessa missão institucional, é correto aplaudir e desenvolver o entendimento de que a Defensoria Pública deve atuar, em processos jurisdicionais individuais e coletivos, na qualidade de *custos vulnerabilis* para promover a tutela jurisdicional adequada dos interesses que lhes são confiados, desde o modelo constitucional, similarmente ao Ministério Público quanto ao exercício da função de *custos legis*”.

[12] Ação Penal 0023531-90.2015.8.14.0401, em trâmite no Tribunal de Justiça do Pará.

[13] Revisão Criminal 4002158-79.2017.8.04.0000. Relator desembargador Ernesto Anselmo Queiroz Chixaro, em decisão, interlocutória de 15/8/2017, constando a seguinte ementa:

PROCESSO PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL. REVISÃO CRIMINAL. DEFENSORIA PÚBLICA. ESSENCIALIDADE CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO PROCESSUAL. CUSTOS VULNERABILIS. POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL E LEGAL. MISSÃO INSTITUCIONAL. VULNERABILIDADE PROCESSUAL. ABRANDAMENTO. INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO PROCESSUAL E PARIDADE ENTRE ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO ESTATAL E DEFESA. AMPLIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EM FAVOR DE CATEGORIAS VULNERÁVEIS.

1. A Defensoria Pública é função essencial à Justiça (art. 134, CF), cabendo-lhe ser expressão e instrumento do regime democrático na defesa dos direitos humanos e das necessidades da população necessitada.

2. A intervenção de custos vulnerabilis da Defensoria Pública é decorrência da vocação constitucional da Defensoria Pública para com as categorias vulneráveis e é harmônica com o histórico de nascimento da carreira no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ) no século passado no Rio de Janeiro, sendo esse o modelo público de assistência jurídica adotado na Constituição de 1988.

3. A intervenção da Defensoria Pública visa ao seu interesse constitucional, em especial à amplificação do contraditório em favor dos vulneráveis necessitados face à ordem jurídica, viabilizando ampla participação democrática na formação de precedentes, inclusive penais.

4. Em Revisão Criminal, por simetria e isonomia, a manifestação defensorial deve corresponder ao mesmo patamar hierárquico do Ministério Público, Enquanto titular da Acusação Pública. Por essa razão, a intimação para intervenção ocorrerá na pessoa do chefe da defesa pública, o Defensor Público Geral, no caso concreto.

[14] “[...] O ideal é reconhecer a legitimidade ativa à Defensoria Pública da União, por se tratar de ação de caráter nacional, e admitir as impetrantes como assistentes, em condição análoga à atribuída às demais Defensorias Públicas atuantes no feito. Em relação a estas últimas, ficam cientes do procedimento para habilitação no sistema de intimação eletrônica, previsto no edital publicado na edição extra do DJe (245/2016), divulgado em 17/11/2016 e publicado em 18/11/2016. Sendo assim, corrija-se a autuação. No mais, dê-se ciência às interessadas e à Procuradoria-Geral da República do teor desta decisão e dos documentos juntados aos autos pelo Depen do Paraná. Publique-se.”

[...] “Defiro o ingresso, como *amici curiae*, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC) e a Pastoral Carcerária Nacional, bem como de todas as Defensorias Estaduais que vierem a requerer sua admissão nos autos. Anote-se” (BRASIL, STF. 2ª Turma. HC 143.641/SP. Rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em seu mérito em 20/2/2018).

[15] Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

[16] Para Rocha e Rosa (2017), “o Processo Penal, assim, acontecerá a partir de jogadores em sentido amplo (juízes, promotores, procuradores, advogados, acusados, assistentes, mídia, família etc.), que estabelecerão o sentido das regras aplicáveis, especialmente pelo juiz, apurando-se as recompensas de cada um dos intervenientes (satisfação, dever cumprido, menos trabalho, conforto etc.) e somente então, em seu caráter dinâmico, as táticas e estratégias”. Exige-se, assim, para a consecução plena do princípio do contraditório, que exista uma real, substancial e efetiva igualdade de tratamento entre as posições assumidas pela acusação e pela defesa durante todas as fases do processo penal, o que inclui, sem qualquer dúvida, o julgamento perante os órgãos colegiados.

Date Created

22/05/2018