

Diogo Malan: Advocacia criminal e sistemas manipulados

O advogado deve, tal qual os Martell de Dorne, ser *insubmisso*, não prestando vassalagem a autoridades públicas, nem colegas. O verdadeiro criminalista sabe que seu único suserano é o direito de liberdade. Para tanto, ele deve desenvolver olhar aguçado sobre excessos do poder punitivo e fazer críticas — respeitadas, porém incisivas — a tais atos excessivos, sem receio de desagradar quem quer que seja.

Spacca



Questão diversa é saber se há algum contexto no qual o advogado deve ser

insubmisso a ponto de *rebelar-se* contra o sistema de administração de justiça criminal, recusando-se a participar do processo.

Não se trata aqui da hipótese (relativamente comum) em que o advogado e seu cliente nutrem sentimentos negativos (v.g. indignação etc.), em decorrência de ato processual penal contrário aos seus interesses na causa, por considera-lo arbitrário, excessivo, ilegal ou injusto.

Ao contrário, cuida-se de situação extrema, na qual o próprio sistema (ou subsistema) processual penal é *manipulado*, porquanto vocacionado a sistematicamente favorecer a parte acusadora e/ou limitar excessivamente as garantias do acusado.

Essa conjuntura apresenta duas graves questões éticas para o advogado: I) se ele tem o dever de defender o acusado nas situações em que restrições impostas à sua atuação profissional tornam a defesa técnica efetiva excessivamente *difícil*, quiçá *impossível*; e II) se ele tem o dever de *declinar* a representação processual nas precitadas condições restritivas, caso isso contrarie seus princípios éticos e contribua para a legitimação social de procedimentos manipulados [\[1\]](#).

Tal dilema ressurgiu ao ensejo do notório atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, quando o governo norte-americano decidiu declarar *guerra ao terror*, notadamente à organização fundamentalista islâmica Al-Qaeda, e ao regime talibã do Afeganistão.

Inspirada no modelo de tribunais militares *ad hoc* da Segunda Grande Guerra, a administração George W. Bush promulgou a Ordem Militar Presidencial de 13/11/2001, que versa sobre *detenção, tratamento e julgamento de alguns não cidadãos na guerra contra o terrorismo (detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism)* [2].

Essa ordem criou órgãos jurisdicionais (comissões militares) com competência para julgar quaisquer pessoas suspeitas de integrar a Al-Qaeda, conspirar para a prática de ato de terrorismo internacional, praticar ato preparatório de terrorismo internacional ou abrigar quaisquer dessas pessoas.

A ordem em digressão expressamente afastou: I) os princípios jurídicos e regras probatórias aplicáveis aos processos criminais comuns; e II) a interposição de recursos pelo acusado perante qualquer tribunal civil, seja norte-americano, estrangeiro ou internacional [3].

O defensor técnico do acusado obrigatoriamente é nomeado pelo Departamento de Defesa, entre oficiais das Forças Armadas que exerçam funções junto à Justiça Militar — à semelhança dos julgadores e acusadores. Assim, tal defensor carece da mais comezinha independência, sendo subordinado hierarquicamente ao secretário de Defesa.

Malgrado haja possibilidade de o acusado constituir advogado civil da sua livre escolha, a atuação deste sofre uma série de limitações: I) ele não substitui o defensor técnico militar, ficando relegado à *subordinação hierárquica* ao chefe do corpo de defesa militar; (ii) ele não tem direito de conhecer os elementos de prova que — conforme decisão discricionária da comissão militar — estão em regime de segredo, por razões de segurança nacional; III) ele pode ter suas comunicações com o cliente monitoradas; IV) ele deve ser nacional norte-americano, possuir conduta ético-profissional ilibada e se submeter à uma investigação de segurança; V) ele deve apresentar declaração autorizando vigilância sobre sua vida pública e privada; VI) ele deve assumir compromisso formal de submissão às regras de funcionamento do processo; e VII) ele deve atuar *por bono*, arcando com as despesas da representação processual (v.g. viagens) etc [4].

Portanto, o subsistema processual penal militar em apreço pode ser caracterizado como *inquisitivo*, tratando o acusado como objeto do poder punitivo.

Com base na doutrina de Günther Jakobs, tive a oportunidade caracterizar esse subsistema processual penal como exemplo paradigmático de *processo penal do inimigo*, visando à neutralização do suposto perigo representado pelos suspeitos de terrorismo internacional. Isso por meio de verdadeiro tribunal de exceção com estrutura inquisitória, que dispensa ao acusado uma defesa técnica meramente *formal*.

Assim, no ordenamento jurídico estadunidense há configuração dualista: um sistema processual penal comum para *cidadãos* e um subsistema processual penal militar para *inimigos* [5].

A doutrina norte-americana manifestou sua preocupação com a questionável constitucionalidade de diversos aspectos desse subsistema [6].

O então presidente da *National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL)* em 2003 publicou artigo se manifestando contra a atuação de seus associados como advogados civis em Guantánamo. O fundamento foi a impossibilidade de atuação zelosa e profissional, causada pela severidade das restrições legais impostas [7].

Após, o Comitê de Ética dessa entidade se manifestou no sentido de considerar *antiética* a representação de acusados perante as comissões militares em análise. Isso porque as condições impostas aos advogados civis são tão restritivas que, na prática, elas impedem a representação adequada e ética dos clientes, e fomentam condenações inconfiáveis e injustas.

Não obstante, a NACDL ressaltou que não condenará advogados que entendam possuir o dever ético de representar clientes perante esses tribunais de exceção.

No caso da aceitação do patrocínio desse tipo de causa, a NACDL recomenda que o advogado suscite *todo argumento de boa-fé concebível (every conceivable good faith argument)* sobre a incompetência da comissão militar, a ilegalidade da não aplicação do *Uniform Code of Military Justice (UCMJ)*, a aplicação de tratados internacionais de direitos humanos, da cláusula do devido processo legal e do controle jurisdicional de tribunais civis norte-americanos sobre a legalidade dos procedimentos.

Além disso, a NACDL sugere que todas as causas julgadas perante as comissões militares sejam consideradas susceptíveis à pena de morte, devendo o advogado civil possuir as *mesmas* qualificações exigidas dos profissionais que atuam em casos de pena letal [8].

Em resposta, o *National Institute of Military Justice (NIMJ)* divulgou nota redarguindo que o boicote de advogados civis às comissões militares enseja erosão da confiança pública depositada no sistema de administração da justiça criminal e nas associações de advogados. Também se argumentou que uma das missões mais nobres da advocacia é proporcionar representação de qualidade e independente àqueles mais desfavorecidos pelo governo. Outro ponto suscitado foi que a participação do advogado civil pode permitir impugnações de práticas e procedimentos, sugestões de mudanças, registros de atos processuais etc., aumentando as chances de aperfeiçoamento do sistema e decisões justas.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil impõe uma série de deveres ao defensor técnico, porém ele não regula a problemática da participação em sistema (ou subsistema) processual penal manipulado, porquanto vocacionado a sistematicamente favorecer a parte acusadora e/ou limitar excessivamente as garantias do acusado.

Há premissa implícita no sobredito marco deontológico regulador da advocacia: o profissional atuará em sistema processual penal *democratizado*, ou seja, imparcial, justo e que propicie condições mínimas para o desenvolvimento da defesa técnica do acusado.

Nada obstante, por mais bem formado, empenhado na causa, ético e qualificado que o advogado seja, é possível que características *estruturais* de determinado sistema (ou subsistema) processual penal impeçam a representação zelosa e profissional do cliente, conforme reconhecido pela NACDL.

Nessa conjuntura, é discutível qual é a melhor estratégia para insuflar a mudança desse sistema: I) *extrassistêmica*: criação de *fato político*, decorrente de boicote coletivo de advogados ao sistema; e II) *intrassistêmica*: atuação processual vigorosa do advogado, fazendo impugnações de práticas e procedimentos, sugestões de mudanças, registros de atos processuais etc.

A segunda opção traz o risco de a participação do advogado servir como fator de *legitimação social* do sistema manipulado, máxime porque sua atuação vigorosa pode até aperfeiçoar algumas práticas judiciárias de interpretação e aplicação do Direito, mas não as características estruturais desse sistema.

Portanto, a decisão de participar ou não de sistema (ou subsistema) processual penal manipulado comporta múltiplas perspectivas morais.

O monitoramento das comunicações entre advogado e cliente causa grau de restrição tão intenso que é *inadmissível* em quaisquer circunstâncias, pondo em causa a capacidade de o advogado exercer a defesa técnica efetiva. Também é possível entender que a oposição política ao sistema manipulado é mais efetiva se for feita a partir de fora.

Por outro flanco, é possível que o advogado sinta que deve questionar a legitimidade do sistema manipulado a partir de dentro, por obrigação moral, concepção pessoal sobre *justiça* e/ou dever de assistir o acusado da melhor forma possível, em circunstâncias adversas.

Assim, essas duas opções são moralmente *legítimas*, cabendo a cada advogado decidir por conta própria, sem sofrer nenhum tipo de recriminação pela sua escolha pessoal [\[9\]](#).

A polêmica sobre a participação de advogados civis nas comissões militares norte-americanas é interessante, pois descortina uma série de questões éticas relevantes para o advogado criminalista.

Este deve — principalmente em tempos de autoritarismo, discursos de *emergência*, práticas judiciárias de *exceção*, megaprocessos criminais etc. — desenvolver aguda sensibilidade para detectar sistema (ou subsistema) processual penal *manipulado*, porquanto vocacionado a sistematicamente favorecer a parte acusadora e/ou limitar excessivamente as garantias do acusado.

[\[1\]](#) MARGUILES, Peter. Foreword: Risk, deliberation and professional responsibility, In: In: Journal of National Security Law & Policy, v. 01, n. 02, pp. 357-374, 2005.

[\[2\]](#) BELKNAP, Michal. A putrid pedigree: The Bush administration's military tribunals in historical perspective, In: California Western Law Review, v. 38, n. 02, pp. 433-480, 2002.

[\[3\]](#) No caso *Rasul v. Bush*, a Suprema Corte decidiu que os suspeitos de terrorismo internacional detidos na base naval da Baía de Guantánamo (Cuba) têm direito a impetrar Habeas Corpus perante Tribunais

civis norte-americanos (542 US 466 (2004)).

[4] BOUCHARD, Marco. Guantánamo: morte do processo penal e início do apocalipse, In: Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 97, pp. 61-72, jan./mar. 2004.

[5] MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 59, pp. 223-258, mar./abr. 2006.

[6] FLETCHER, George. On justice and war: Contradictions in the proposed military tribunals, In: Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 25, n. 02, pp. 635-652, 2002; KATYAL, Neal; TRIBE, Laurence. Waging war, deciding guilt: Trying military tribunals, In: Yale Law Journal, n. 111, pp. 1.259-1.310, 2002; PAUST, Jordan. Antiterrorism military commissions: Courting illegality, In: Michigan Journal of International Law, v. 23, n. 01, pp. 01-29, 2001.

[7] GOLDMAN, Lawrence. Guantanamo: Little hope for zealous advocacy, In: The Champion, July 2003.

[8] NATIONAL ASSOCIATION OF CRIMINAL DEFENSE LAWYERS (NACDL). Ethics Advisory Committee. Opinion 03-04 (August 2003). Disponível em:
https://www.nacdl.org/getattachment/16b12bdd-1a3f-4b59-90b3-a798ac8510ee/ethics_op_03-04.pdf

[9] CHEH, Mary. Should lawyers participate in rigged systems: The case of military commissions, In: Journal of National Security Law & Policy, v. 01, n. 02, pp. 375-408, 2005.

Date Created

05/08/2020