

FÁBIO LUÍS MARIANI DE SOUZA

**DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA CRIMINAL:  
UM OLHAR SOBRE A DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO INSTRUMENTO DE  
ACESSO À JUSTIÇA PENAL**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre

2010

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação ( CIP )

S729d Souza, Fábio Luís Mariani de  
Direito fundamental à defesa criminal : um olhar sobre a defensoria pública enquanto instrumento de acesso à justiça penal / Fábio Luís Mariani de. – Porto Alegre, 2010.  
237 f.

Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon.

1. Direito. 2. Direito Processual Penal. 3. Defensoria Pública.  
4. Direitos Fundamentais. 5. Assistência Judiciária. 6. Justiça Criminal.  
7. Dignidade Humana. I. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila.  
II. Título.

CDD 341.43

Ficha Catalográfica elaborada por  
Vanessa Pinent  
CRB 10/1297

## RESUMO

A presente dissertação, vinculada à linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, aborda a questão da Defensoria Pública e da assistência judiciária no âmbito da Justiça Criminal. Perquire, em primeiro plano, a atuação do Estado brasileiro no asseguramento do direito fundamental de defesa aos acusados pobres. Questiona qual o papel da Defensoria Pública para a efetivação do direito de acesso à justiça penal e qual o verdadeiro conteúdo desse direito. Tenciona estabelecer os limites e o alcance de um núcleo mínimo existencial da dignidade humana na seara do Direito Penal e Processual Penal. Nesse sentido, procura estabelecer um enfoque garantista ao princípio da proporcionalidade, em sua dupla manifestação: proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Aproximadamente 80% dos processos criminais e 90% dos processos de execução penal, no Brasil, são patrocinados pela Defensoria Pública. Ainda assim, constata-se que a problemática acerca do acesso à justiça penal e da Defensoria Pública é praticamente inexistente no meio acadêmico. Portanto, nossa segunda proposição foi trazer a questão da Defensoria Pública e o problema do acesso à justiça penal ao debate acadêmico. Elaboramos uma investigação histórica sobre a assistência judiciária no Estado do Rio Grande do Sul, que poderá servir de referencial para os futuros pesquisadores. Constatamos uma enorme deficiência estrutural nas Defensorias Públicas de todo o Brasil. Percebemos que a Defensoria Pública é o principal instrumento de concretização do direito fundamental à defesa, portanto, de acesso à justiça penal, em razão da seletividade do sistema penal e da realidade econômica da população brasileira. Portanto, a hipótese de partida foi confirmada: o Estado brasileiro – salvo raras exceções – tem se omitido da consecução deste dever fundamental!

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito fundamental à defesa. Defensoria Pública. Assistência judiciária gratuita. Acesso à justiça penal. Mínimo existencial penal. Dignidade humana.

## ABSTRACT

This paper, linked to the research line Systems Legal and Criminal Contemporary, addresses the issue of the Public Defender and Legal Aid in Criminal Justice. Inquiring, in the foreground, the performance of the Brazilian State in ensuring the fundamental right of defense for poor defendants. Questions the role of the Public Defender for the realization of the right of access to justice and the nature of the right of access to criminal justice. Intends to establish the limits and scope of an existential minimum core of human dignity in the mobilization of Criminal Law and Criminal Procedure. Thus, it seeks to establish an approach guaranteed the principle of proportionality in its double manifestation: the prohibition of excess (*Übermassverbot*) and ban protection disabled (*Untermassverbot*). Approximately 80% of criminal cases and 90% of cases of criminal enforcement in Brazil, are sponsored by the Public Defender. Nevertheless, it appears that the issue about access to criminal justice and public defender's office is virtually nonexistent in academia. So our second proposition was to bring the issue of the Public Defender and the problem of access to criminal justice to the academic debate. We developed a historical research on legal aid in the State of Rio Grande do Sul, which may serve as reference for future researchers. We found an enormous structural deficiency in the Public Defenders throughout Brazil. We realized that the Public Defender is the main instrument to realize the fundamental right to defense, therefore, access to criminal justice, due to the selectivity of the criminal justice system and the economic reality of the Brazilian population. Therefore, the initial hypothesis was confirmed: the Brazilian state - with few exceptions - has failed to achieve this fundamental duty!

Keywords: Fundamental Rights. Fundamental right to defense. Public Defender. Free legal aid. Access to criminal justice. Minimum existential criminal. Human dignity.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

AJG – Assistência Judiciária Gratuita.

ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos.

CE – Constituição Estadual.

CF – Constituição Federal.

CP – Código Penal.

CPP – Código de Processo Penal.

CSDPE – Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado.

DPE – Defensoria Pública do Estado.

LONDEP – Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública.

MP – Ministério Público.

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

STF – Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>PARTE I - A DEFENSORIA PÚBLICA.....</b>	<b>16</b>
<b>1 A DEFENSORIA PÚBLICA E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NO BRASIL E NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL .....</b>	<b>16</b>
1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA ACERCA DA DEFENSORIA PÚBLICA E DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA .....	16
1.2 A DEFENSORIA PÚBLICA E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL .....	21
1.3 A DEFENSORIA PÚBLICA E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NO RIO GRANDE DO SUL.....	36
<b>2 DIFICULDADES DE ESTRUTURAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>
2.1 O NASCIMENTO NO PLANO CONSTITUCIONAL E O ATUAL ESTÁGIO DE DESENVOLVIMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA .....	62
2.2 AS CAUSAS DAS DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA ..	69
2.3 AS CONSEQUÊNCIAS DAS DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA .....	83
<b>3 A REALIDADE SOCIAL E ECONÔMICA DA POPULAÇÃO BRASILEIRA COMO FUNDAMENTO PARA A CRIAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA .....</b>	<b>91</b>
3.1 A FORMAÇÃO DO POVO BRASILEIRO .....	91
3.2 O DESENVOLVIMENTO DA NAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA.....	96
3.3 A VIOLÊNCIA SOCIAL E O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTOS DE EXISTIR DA DEFENSORIA PÚBLICA .....	104
<b>PARTE II - DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA: O ACESSO À JUSTIÇA PENAL.....</b>	<b>112</b>
<b>1 DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA.....</b>	<b>112</b>
1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ..	112
1.2 DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA E OS PRINCÍPIOS QUE O ASSEGURAM .....	120
1.3 DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA, DEFENSORIA PÚBLICA E ADVOCACIA .....	134
<b>2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA SEARA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.....</b>	<b>143</b>
2.1 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA, DEFENSORIA PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	143
2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL .....	151
2.3 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL .....	159
<b>3 ACESSO À JUSTIÇA PENAL: O DIREITO A UMA DEFESA CRIMINAL MATERIALMENTE EFICAZ .....</b>	<b>186</b>
3.1 O ACESSO À JUSTIÇA PENAL .....	186

3.2 O DIREITO A UMA DEFESA CRIMINAL MATERIALMENTE EFICAZ .....	194
3.3 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA PENAL .....	204
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>217</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>228</b>

## INTRODUÇÃO

Na presente dissertação aborda-se a questão da Defensoria Pública e do instituto da assistência judiciária gratuita, no Brasil e no Rio Grande do Sul. Perquire, em primeiro plano, a atuação do Estado brasileiro no asseguramento do direito fundamental de defesa aos acusados pobres e qual o papel da Defensoria Pública para a efetivação do direito de acesso à justiça penal. A instigação para a realização desta pesquisa surgiu da constatação de que, aproximadamente, 80% dos processos criminais e 90% dos processos de execução penal, são patrocinados pela Defensoria Pública. Ainda assim, constata-se que a problemática acerca do acesso à justiça penal e da Defensoria Pública é praticamente inexistente no meio acadêmico.

Com efeito, a noção de assistência judiciária está intimamente ligada ao surgimento do ritual judiciário, por imposição axiológica ínsita à própria ideia de justiça. No entanto, sua efetivação ainda não foi conquistada por completo,<sup>1</sup> sendo fruto de uma longa e histórica luta pelo reconhecimento do direito de acesso à justiça entre os direitos fundamentais. Nessa esteira evolutiva, a assistência judiciária brasileira foi catapultada a um novo patamar, após a promulgação da Constituição Federal de 1988,<sup>2</sup> em razão da criação da Defensoria Pública, instituição que já nasceu com seu *status* de essencialidade ao sistema jurisdicional do País.

Desta forma, no contexto sócio-econômico da população brasileira,<sup>3</sup> a Defensoria Pública constitui-se – de direito e de fato - uma instituição imprescindível ao Estado Democrático de Direito, seja em razão de sua hercúlea missão constitucional – promover o acesso à Justiça a milhões de brasileiros necessitados<sup>4</sup> – como também, e principalmente,

---

<sup>1</sup> “Não há dúvida que a implementação da assistência judiciária no Brasil, embora muito tenha a ser elogiado, não cumpriu ainda toda sua história e teoria. Talvez, quem sabe, esteja chegando a hora de entrar no terreno da prática”. MESSITTE, Peter. *Assistência Judiciária no Brasil: Uma pequena história*. In Revista dos Tribunais. Ano 57, Vol. 392, Junho de 1968, pp. 399/412.

<sup>2</sup> Constituição Federal, art. 134, *caput*: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIX.”

<sup>3</sup> Segundo dados divulgados pelo IBGE, em 2006, metade dos trabalhadores brasileiros percebiam até dois salários mínimos de renda mensal. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica>> Acesso em 19-07-2010.

<sup>4</sup> O critério de dois salários mínimos de renda familiar mensal, utilizado pela Defensoria Pública como parâmetro para a verificação de hipossuficiência econômica de seus assistidos, constatado na pesquisa de 2004, subiu para três salários mínimos, no estudo feito em 2006. Assim, tendo em vista que no estado do Rio Grande do Sul, o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH – é considerado alto – 0,814 – o percentual da população gaúcha com renda de até três salários mínimos, público alvo da Defensoria Pública, é de 85,65%. Dados extraídos do *II Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Brasília, 2006. Disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/diagnosticos>> Acesso em 12-08-2010.

porque em cumprindo este grandioso dever, estará igualmente atendendo aos princípios fundamentais da República, com especial relevo aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material. No entanto, embora todos reconheçam a importância da Defensoria Pública, seu desenvolvimento tem sido desproporcional ao tamanho de suas atribuições, mormente se comparado a outras instituições também essenciais à função jurisdicional do Estado.<sup>5</sup>

Nesse sentido, podemos afirmar que no Brasil, o efetivo “acesso à Justiça”, passa necessariamente pelo estabelecimento de serviços públicos de assistência judiciária ou pela Defensoria Pública, em razão do grande contingente populacional pobre e marginalizado. A Defensoria Pública desempenha, então, o papel de instrumento para a realização dos direitos fundamentais. Em especial, na seara do sistema punitivo, que é sabidamente seletivo e estigmatizante para esta parcela populacional excluída<sup>6</sup> – registre-se, *excluída do processo social e incluída no processo penal*. Assim, a Defensoria Pública atuando na defesa penal dos cidadãos hipossuficientes economicamente, tem o dever de proporcionar-lhes o que entendemos por uma “defesa criminal substancial” ou *defesa penal pública materialmente eficaz*, equivalente a uma defesa efetiva e atuante, distinta daquela defesa criminal meramente formal.<sup>7</sup>

O objeto que nos moveu na elaboração desta pesquisa, foi investigar as causas das dificuldades encontradas para a prestação da uma *defesa penal pública materialmente eficaz*

---

<sup>5</sup> “A aproximação das classes mais pobres à Justiça, não será viabilizada enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo não compreenderem a necessidade urgente de dotar a Defensoria Pública de condições materiais e humanas e de instrumentos adequados para que possa cumprir sua missão constitucional de viabilizar o acesso à justiça àqueles desprovidos de recursos econômicos, que são efetivamente a maioria do povo brasileiro”. ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 29.

<sup>6</sup> “El resultado de semejante y creciente desigualdad es el carácter cada vez más clasista de la justicia penal en todos los países occidentales: desde Italia hasta la Argentina y Brasil y a los otros países latinoamericanos; desde Estados Unidos hasta los demás países europeos. Prueba de ello es la composición social de la población carcelaria, formada, si no únicamente, al menos en su mayor parte – tal como muestran las estadísticas judiciales de estos países – por sujetos pobres y marginados: inmigrantes, negros, tóxico-dependientes, detenidos por pequeños contra el patrimonio”. FERRAJOLI, Luigi. *La Desigualdad ante la Justicia Penal y la garantía de la Defensa Pública*. In: *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Defensoria General de la Nación, 2008, p. 79.

<sup>7</sup> “Além de necessária, indeclinável, plena, a defesa deve ser efetiva, não sendo suficiente a aparência de defesa. De que adiantaria defensor designado que não arrolasse testemunhas, não reperguntasse, oferecesse alegações finais exageradamente sucintas, sem análise da prova, e que culminassem com pedido de Justiça? Haveria, aí, alguém designado para defender o acusado, mas sua atuação seria tão deficiente como se não houvesse defensor. Em casos como este, o processo deve ser anulado por falta de defesa”. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 298-299.

e, bem assim, identificar se o Estado brasileiro está promovendo devidamente a proteção dos direitos fundamentais: *acesso à justiça penal* – entendido enquanto sinônimo de efetivo exercício do direito de defesa - e *Defensoria Pública* – aqui vista em sua dúplici função, como garantia (instrumento) e como direito fundamental . Para tanto, nos debruçamos sobre as origens da assistência judiciária e seu desenvolvimento, até o momento da formatação constitucional da Defensoria Pública, em 1988. A partir de então, passamos a analisar as medidas estatais adotadas para o efetivo cumprimento do dever fundamental de estruturação dos serviços da Defesa Pública. O trabalho foi realizado com base em pesquisa bibliográfica, artigos, legislação, material institucional e, principalmente, o ferramental técnico disponibilizado pelos três Estudos Diagnósticos da Defensoria Pública, elaborados pelo Ministério da Justiça.

Ocorre que, passados mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal, a Defensoria Pública ainda não está devidamente estruturada em todo o Brasil, havendo dois estados brasileiros que ainda não a implementaram – Santa Catarina e Goiás – e outros dois que já criaram suas Leis Orgânicas – Paraná e Amapá - mas que não estão dentro das diretrizes da Carta Política e da Lei Orgânica Nacional (Lei Complementar nº 80/94 – LONDEP). Por outro lado, mesmo naqueles estados onde a instituição está implementada, ainda não tem recebido, por parte dos governos estaduais, a devida atenção e o aporte financeiro que legalmente lhes compete. Por essa razão, o nível de universalização dos serviços da Defensoria Pública no país, segundo dados da pesquisa de 2009, alcança apenas 41,09% das comarcas brasileiras.<sup>8</sup>

Destarte, dedicamos a primeira parte do trabalho ao estudo da Defensoria Pública e da assistência judiciária, suas origens no sistema jurídico ocidental e sua introdução embrionária no Brasil, através das Ordenações Filipinas. Em seguimento, pesquisamos as primeiras legislações nacionais sobre a matéria, na transposição dos séculos XIX para o XX, tais como, o Decreto nº 2.457, de 08-02-1897, os Códigos estaduais, a paradigmática Lei nº 1.060/50 – ainda em vigor - e o tratamento constitucional reservado à matéria até o advento da atual Carta Constitucional.

---

<sup>8</sup> Informações retiradas do *III Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Brasília, 2009, p. 256. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJBB93AF25PTBRIE.htm>> Acesso em 12-08-2010.

Na sequência, o objeto da dissertação foi procurar as origens da assistência judiciária e da Defensoria Pública gaúcha e, para tal desiderato, procuramos elaborar uma atenciosa pesquisa na legislação estadual, assim como nas bibliotecas e páginas virtuais da Defensoria Pública, Procuradoria do Estado, Ministério Público, Tribunal de Justiça Estadual, Tribunal de Justiça Militar e Assembleia Legislativa. Devemos referir que o material de pesquisa sobre o tema é muito reduzido, sendo este também um dos propósitos desse trabalho: servir de subsídio para estudos futuros – um tanto mais facilitados – sobre a matéria no Rio Grande do Sul.

Sendo a Defensoria Pública uma instituição precipuamente criada para prestar a assistência “jurídica”, integral e gratuita aos pobres – a teor do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal - outro ponto destacado de nossa pesquisa foi elaborar um estudo sobre a formação do povo brasileiro. Com base em autores clássicos da literatura nacional, como Darcy Ribeiro<sup>9</sup> e Sérgio Buarque de Holanda,<sup>10</sup> dentre outros, procuramos identificar as origens da identidade nacional, as causas e consequências da violência empregada contra os escravos – índios e negros - e cujos resultados até hoje são latentes na sociedade brasileira.

Na segunda parte da dissertação, nos dedicamos a pesquisar acerca do *direito fundamental à defesa*, suas raízes, sua supressão durante o período inquisitivo e seu ressurgimento no modelo acusatório público, advindo no período ilustrado. A investigação perpassou, ainda, a temática do acesso à justiça, que em regra é tratado apenas no seu aspecto civilista, relacionado com técnicas de flexibilização do processo civil e com direitos fundamentais de caráter extrapenais, tais como a saúde, a educação e a assistência social. Procuraremos, então, estabelecer uma noção de *acesso à justiça penal* e a sua íntima vinculação com o pleno exercício de uma *defesa penal pública materialmente eficaz*.

No desenvolvimento das investigações, pretendemos ainda, identificar na seara do Direito Penal e Processual Penal, um *núcleo mínimo existencial*, balizado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material. Por outro lado, entendemos que o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* em sua dupla face, na seara penal e

---

<sup>9</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

<sup>10</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1976.

processual penal, é também um componente deste mínimo existencial penal. Assim, a faceta de *proibição de excesso* deve ser diretamente identificada com os *direitos fundamentais de defesa*, impedindo a intervenção estatal indevida na órbita desses direitos, seja através de atividade legislativa, seja por ação administrativa, ou então, mediante atividade jurisdicional. A seu turno, cremos que a versão de *vedação de proteção insuficiente*, deve ser entendida e relacionada com o dever estatal de proteção aos *direitos fundamentais de defesa*, no sentido de fomento às políticas sociais<sup>11</sup> e de promoção e desenvolvimento destes direitos jusfundamentais, através de normatização adequada e atividades prestacionais (tais como a facilitação do acesso à justiça penal e a implementação da Defensoria Pública).

Nesse sentido, o derradeiro objetivo de nossa pesquisa será efetuar um “olhar” criterioso e investigativo sobre a Defensoria Pública, entendida enquanto instrumento de concretização dos direitos fundamentais, em especial, o direito de *acesso à justiça penal*, equivalente ao direito a uma *defesa penal pública materialmente eficaz*. É exatamente neste contexto em que vislumbramos a ideia central desta pesquisa. Qual seja, uma vez que grande parte dos direitos fundamentais de defesa encontram seu lugar de concretização dentro de um procedimento penal (inquérito, processo penal, processo de execução penal, etc.), e tendo em vista a reconhecida seletividade do sistema penal e a realidade econômica da maioria da população brasileira, a realização dos direitos fundamentais penais, na perspectiva de um efetivo *acesso à justiça penal*, passa necessariamente pela implantação e estruturação urgente da Defensoria Pública (CF, art. 134), em cumprimento à garantia fundamental de Assistência Jurídica Integral (CF, art. 5º, LXXIV). A hipótese de partida é a de que o Estado brasileiro – salvo raras exceções – tem se omitido de mais este dever fundamental.

---

<sup>11</sup> Muito já se disse sobre o entendimento de que o investimento em políticas sociais é a melhor e mais efetiva forma de prevenção da criminalidade. A ideia é da implementação do “Estado social máximo e Estado penal mínimo”, bem ao contrário da ideologia imposta pelo Estado “Paleoliberal”, com suas políticas de “(in)segurança pública” tais como o “tolerância zero” e o “lei e ordem”, que pregam a instituição do “Estado penal máximo e Estado social mínimo”. Nesse sentido, aduz Luigi Ferrajoli: “La ausencia de las garantías sociales de la ocupación y de la subsistencia, es la causa principal de la que he llamado '*delincuencia de subsistencia*'. Por ello, la prevención de este tipo de delincuencia requiere de políticas sociales, antes que políticas penales: políticas de inclusión, antes que políticas de exclusión”. FERRAJOLI, Luigi. *La Desigualdad ante la Justicia Penal y la garantía de la Defensa Pública*. In: *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Defensoria General de la Nación, 2008, p. 83.

## CONCLUSÃO

A presente dissertação teve por objeto a análise do instituto da assistência judiciária gratuita e da Defensoria Pública, e sua atuação no âmbito da Justiça Criminal, no Brasil e no Rio Grande do Sul. O problema originalmente formulado, questionava se o Estado brasileiro estava garantindo aos acusados pobres – maioria absoluta dos frequentadores das delegacias de polícia, fóruns e penitenciárias do país - uma defesa penal substancial? Questionava, outrossim, qual o papel da Defensoria Pública para a efetivação do direito de acesso à justiça? Qual o conteúdo do direito de acesso à justiça penal? Qual o alcance e o significado do direito fundamental à defesa criminal, materialmente eficaz? Poderia ser estabelecido um núcleo mínimo existencial da dignidade humana na seara do Direito Penal e Processual Penal?

Integrava também o rol de inquietações iniciais dessa pesquisa, o fato de que, segundo estatísticas institucionais, aproximadamente 80% dos processos criminais e 90% dos processos de execução penal, no Brasil, são patrocinados pelos serviços de assistência judiciária ou pela Defensoria Pública. Ainda assim, constatava-se que a problemática acerca do acesso à justiça penal, da devida implantação e estruturação da Defensoria Pública, e de uma defesa penal pública materialmente eficaz era – e continua sendo - praticamente inexistente no meio acadêmico. Salvo raras exceções, a produção e a discussão acadêmica sobre a temática, no país, é quase nula, pífia - a despeito da enorme demanda institucional na área criminal - fato que denota mais uma disfunção pontual em nosso sistema punitivo, e bem assim, no ensino jurídico-penal. Esta foi nossa segunda proposição: trazer a questão da Defensoria Pública e o problema do acesso à justiça penal ao debate acadêmico.

Outrossim, no desenvolvimento desta investigação, tivemos a oportunidade de analisar criticamente cada um dos objetivos propostos, através da consulta criteriosa ao referencial teórico anteriormente anunciado, e do levantamento dos dados bibliográficos, legislativos e estatísticos, utilizados e devidamente estudados, obtendo a confirmação da hipótese principal e a elucidação dos problemas secundários, que serão devidamente discriminados a seguir.

Em primeiro plano, verificamos que o material disponível em termos de pesquisa histórica, sobre a assistência judiciária e a Defensoria Pública no Rio Grande do Sul é demasiadamente escasso. Apesar disso, especialmente com base em pesquisa legislativa e de alguns poucos escritos acerca da questão, acreditamos haver conseguido efetuar uma

investigação histórica relevante sobre a matéria, no Estado farroupilha, que objetivamos possa servir como referencial para os futuros pesquisadores que se interessarem pelo tema.

Em apertada síntese, constatou-se que no início do século passado a legislação existente tratava mais detidamente sobre a *gratuidade da justiça*, e não especificamente, sobre a *assistência judiciária*. Somente em meados da década de trinta, com o advento da Constituição de 1934, o estado passou a ter um serviço governamental específico nesta área. A partir da década de quarenta, verificamos que já existiam dois cargos de *Advogado de Ofício* que atuavam perante o Tribunal Militar do Estado, afigurando-se-nos aqueles que podem ser considerados os predecessores dos atuais Defensores Públicos gaúchos. Durante a década de cinquenta, os serviços de assistência judiciária ganharam maior corpo, e a função desempenhada pelos *advogados de ofício* estendeu-se para as demais áreas da Justiça Comum. Registre-se que a assistência judiciária, à época, era tratada no Código de Organização Judiciária do Estado, Lei nº 3.119, de 14-02-1957, capítulo III, artigos 107 a 110.

Neste período, a assistência judiciária gaúcha ainda era ligada à Procuradoria Geral do Estado – leia-se Ministério Público – cujo chefe designaria servidores estaduais do *Grupo de Direito* – Lei nº 2.020/53 - para atuarem como *advogados de ofício*, mas não havia concurso específico e nem carreira. Tal regramento somente ocorreu, de forma preliminar, em 1961, no governo de Leonel Brizola – Decreto nº 12.842/61 -, e de forma definitiva, em 1965, - Lei nº 4.938/65 - quando foi criada a Consultoria Geral do Estado, e a função passou a ser destacada do Ministério Público, sendo primeiro Consultor Geral o Ministro José Néri da Silveira. A partir de então foram realizados dois concursos para advogado de ofício, carreira que foi depois substituída pela de *Assistentes Judiciários* - Lei nº 7.061/76 - através de um único concurso, já no final da década de setenta. Na sequência, com a criação da Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988, os assistentes judiciários passaram a integrar a carreira de defensores públicos, juntamente com aqueles que exerciam faticamente a função, até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte – art. 22 do ADCT<sup>485</sup> -. Desde então, com a

---

<sup>485</sup> Constituição Federal, ADCT, art. 22: “É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição.”

primeira seleção pública aberta em 1999, somente podem integrar a carreira da Defensoria Pública aqueles profissionais selecionados através de concurso público de provas e títulos.

Na caminhada evolutiva do sistema de justiça, a assistência judiciária brasileira foi, sem dúvida, alçada a um novo patamar, após a promulgação da Constituição Federal de 1988,<sup>486</sup> porquanto a criação da Defensoria Pública foi instituída diretamente pela Carta Maior – ápice do sistema constitucional - já nascendo com o caráter de instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Apesar deste “nascimento” constitucional, o grande problema é que a Defensoria Pública não existia no plano fático – a exceção de alguns serviços governamentais de assistência judiciária<sup>487</sup> – bem ao contrário do que ocorreu com o Ministério Público, que foi igualmente reconhecido como instituição essencial à função jurisdicional do Estado,<sup>488</sup> mas que já possuía uma grande estrutura fática, sendo então, extremamente fortalecido em sua autonomia, estruturação e reconhecimento.

No tocante às causas das deficiências estruturais da Defensoria Pública, por óbvio, não conseguimos apurar todas – pois elas são muitas e de toda ordem – mas pudemos constatar as principais. A primeira delas ocorreu no mesmo instante em que a instituição vinha à luz, consubstanciada nos termos do parágrafo único do art. 134 da CF – transformado em § único, pela Emenda nº 45/2004. Este dispositivo previu a elaboração de uma Lei Complementar federal para disciplinar a criação do órgão, sem estipulação de prazo para tal. Assim esta lei – Lei Orgânica nº 80/94<sup>489</sup> – somente foi promulgada em 12 de janeiro de 1994, atrasando em pelo menos em cinco anos a criação e a instalação das Defensorias Públicas Estaduais.<sup>490</sup>

---

<sup>486</sup> Constituição Federal, art. 134, *caput*: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIX.”

<sup>487</sup> Não podemos deixar de citar o grande desenvolvimento da assistência judiciária fluminense, especialmente o “gérmen” da Defensoria Pública, isto é, o cargo de Defensor Público já existente no estado do Rio de Janeiro, desde a década de 1950 e de sua progressista legislação sobre a matéria, consubstanciada na Lei Orgânica do Ministério Público e da Assistência Judiciária, de nº 5.111, de 8 de dezembro de 1962 e a Lei Complementar nº 06/77. GALLIEZ, Paulo. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 15;

<sup>488</sup> Constituição Federal, art. 127, *caput*: “O Ministério público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

<sup>489</sup> A Lei Complementar nº 80/94 (LONDEP), foi recentemente alterada pela também Lei Complementar nº 132, de 07-10-2009, que aprimorou seus dispositivos em adequação à Emenda Constitucional nº 45/04, especialmente, no tocante a autonomia financeira e administrativa das Defensorias Públicas.

<sup>490</sup> Como resultado negativo imediato, podemos citar o caso do Estado do Rio Grande do Sul, que já havia elaborado a Lei Complementar nº 9.230, de 06 de fevereiro de 1991, criando a sua Defensoria Pública Estadual, em cumprimento ao art. 134, parágrafo único da Constituição Federal e art. 121 da Constituição Estadual,

Entre os demais motivos que podem ser citados como origem das deficiências atuais na estruturação das Defensorias Públicas, podemos enunciar o próprio teor do art. 22 do ADCT, que prevendo um período transitório para a implementação inicial das Defensorias Públicas, acabou dando margem a diversas interpretações sobre o que representaria estar “investido na função de defensor público até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte”, gerando várias ações judiciais e dificultando sobremaneira o início das atividades do novel órgão.

Em seguimento, com base nos três Estudos Diagnósticos da Defensoria Pública realizados pelo Ministério da Justiça<sup>491</sup> e no relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União,<sup>492</sup> pudemos constatar que as Defensorias sofrem carências de toda ordem, tais como, insuficiência de defensores públicos e de funcionários de apoio técnico e administrativo. Também foram verificados déficits de recursos orçamentários e de materiais, faltando, em especial, equipamentos de informática. A estrutura física não é apropriada para o atendimento e privacidade dos defensores e seus assistidos. Todas estas causas acabam restringindo e impedindo, via de consequência, a atividade fim da instituição.

A Defensoria Pública ainda não está devidamente estruturada em todo o Brasil, havendo dois estados brasileiros que ainda não a implementaram – Santa Catarina e Goiás – e outros dois que já criaram suas Leis Orgânicas – Paraná e Amapá - mas que não estão dentro das diretrizes da Carta Política e da Lei Orgânica Nacional (Lei Complementar nº 80/94 – LONDEP).<sup>493</sup> O nível de universalização dos serviços da Defensoria Pública no país, segundo

---

entretanto, a criação da Defensoria Pública foi obstada, em razão de que os efeitos de sobredita Lei permaneceram suspensos, até que fosse elaborada a Lei Complementar Federal nº 80/94. Para resolver esta delicada situação jurídica, foi editada nova Lei Complementar Estadual nº 10.194, de 30 de maio de 1994, que alterou a Lei Complementar nº 9.230/91, adaptando-a à Lei Complementar Federal nº 80/94, quando finalmente pode ser implantada a Defensoria Pública gaúcha, no dia 16 de junho de 1994

<sup>491</sup> *I Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Brasília, 2004; *II Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Brasília, 2006. *III Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Brasília, 2009. Disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/diagnosticos>> Acesso em 12-08-2010.

<sup>492</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de avaliação de programa: Programa Assistência Jurídica Integral e Gratuita / Tribunal de Contas da União; Auditor-Relator Lincoln Magalhães da Rocha. - Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2005.

<sup>493</sup> Informações retiradas do *III Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Brasília, 2009, p. 256. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJBB93AF25PTBRIE.htm>> Acesso em 12-08-2010.

dados da pesquisa da 2009, alcança apenas 41,09%, portanto, menos da metade das comarcas brasileiras.

O grande problema enfrentado pelas Defensorias Públicas, mesmo naqueles estados onde já está estruturada e atuante, é a baixíssima dotação orçamentária, somada à falta de repasse dos duodécimos mensais devidos ao órgão (CF, art. 168). Os números do Rio Grande do Sul, em relação ao orçamento total do Estado ficaram assim: Poder Judiciário, 7,16% em 2004 e 5,46% em 2008; Ministério Público, 2,38% em 2004 e 2,29% em 2008; Defensoria Pública, 0,50% em 2004 e 0,24% em 2008. Percebe-se que os percentuais de todas as instituições essenciais caíram em relação ao orçamento do Estado, porém, o percentual da Defensoria Pública decresceu mais da metade de 2004 para 2008.

Sublinhamos que, comparativamente, o orçamento da Defensoria Pública gaúcha, em 2008, representou apenas 16,10% do aporte do Ministério Público e tão-somente 6,75% dos valores do Poder Judiciário. Todas as causas anteriormente elencadas - e expostas mais amiúde no corpo do trabalho - terminam por dificultar, restringir e mesmo impedir, via de consequência, o cumprimento do dever constitucional da instituição com reflexos na negativa do direito de acesso à justiça penal.

Tendo-se em conta a missão primordial da Defensoria Pública, de prestar a assistência jurídica integral à população carente e desassistida, elaboramos um breve estudo sobre a formação do povo brasileiro, com apoio em autores clássicos como Darcy Ribeiro<sup>494</sup> e Sérgio Buarque de Holanda,<sup>495</sup> dentre outros. Nele, constatamos que a sociedade brasileira apresenta uma das maiores desigualdades sociais do mundo, sendo esta uma das principais causas dos níveis atuais de violência e criminalidade. Este povo forjado em sangue índio e sangue negro, possui uma elite dominante que se formou dentro da cultura escravagista e que dela herdou o desrespeito aos pobres e subalternos. Assim, construímos uma sociedade excludente, racista e classista, onde o princípio da igualdade de todos perante à lei é mera retórica formal. A desigualdade material é a marca desta nação onde milhares de brasileiros vivem na pobreza, miséria e marginalidade, sem acesso à assistência social, saúde, educação, habitação,

---

<sup>494</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

<sup>495</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1976.

segurança, emprego formal e *acesso à justiça*. Este enorme distanciamento social e econômico verificado, e a existência de uma grande massa populacional excluída, são os fundamentos de existir da Defensoria Pública.

Na parte final desta dissertação, nos dedicamos a pesquisar acerca do *direito fundamental à defesa*, suas raízes, na Grécia e em Roma, sua supressão durante o período inquisitorial, e seu ressurgimento no modelo acusatório público, advindo nos ideais iluministas. Vimos que o direito fundamental à defesa tem implicações diretas com o princípio da dignidade da pessoa humana e demanda, por parte dos órgãos jurisdicionais, o dever de tratamento do imputado enquanto sujeito de direitos. O direito de defesa pode ser manifestado de forma pessoal e técnica, sendo esta última imprescindível, devendo ser exercida independentemente da vontade do réu, para a garantia da paridade de armas entre as partes, no terreno do contraditório. Segundo Carnelutti (1950),<sup>496</sup> o defensor no processo penal desempenha duas funções essenciais: primeiro, a de um *intérprete*, dando possibilidade de entendimento e fala ao imputado, que não tem capacidade para entender a linguagem técnico-jurídica; ao depois, de um *intercessor*, entre o acusado e a Justiça criminal, no intuito de impedir ou de mitigar a pena a ser imposta.

Ainda no campo do direito fundamental à defesa, tendo por horizonte a indispensabilidade da defesa técnica – CPP, art. 261 – elaboramos a devida distinção entre a defesa *constituída*, a defesa *pública* e a defesa *dativa*, bem como, a necessidade de fundamentação dessas duas últimas espécies de defesa penal. No tocante a esse dever de fundamentação, entendemos que ela se aproxima daquilo que denominamos por *defesa penal pública materialmente eficaz*, porém, o legislador foi ainda muito comedido ao não estender-lhe também - e com muito maior razão - à defesa privada.

Nesse diapasão, em termos de proposição normativa, entendemos que não só a necessidade de exercício de uma defesa penal fundamentada – CPP, art. 261, § único - deve ser estendida ao defensor *constituído*, como também, em relação ao defensor privado, deveria ser adotada alguma forma de compromisso legal, no qual o advogado se obrigasse a prestar a defesa criminal de seu cliente – em razão do seu caráter público – no mínimo até a sentença

---

<sup>496</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Vol. I, traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1950, pp. 234-238.

de primeiro grau.<sup>497</sup> E, no caso de condenação à prisão, sem possibilidade de substituição (Lei nº 9.714/98), o exercício da defesa deveria incluir, pelo menos, a interposição do recurso de apelação (CPP, art. 593), ainda que se deixassem as razões recursais ao encargo da Defesa Pública. Para a garantia do direito ao duplo grau de jurisdição,<sup>498</sup> poder-se-ia pensar, inclusive, numa espécie de “reexame necessário”, em *favor rei* e em homenagem aos princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*.<sup>499</sup>

No campo das propostas legislativas, ainda, na esteira dos ensinamentos de Carnelutti (1950),<sup>500</sup> também entendemos que o exercício da advocacia na área criminal não poderia ser assumida por um advogado generalista. Face à complexidade cada vez crescente da legislação penal, e das constantes reformas do sistema processual, somadas ao caráter público da defesa e a natureza fundamental dos direitos postos em questão, estamos convictos que o advogado criminalista deve ser especializado na matéria. Por óbvio não se poderia exigir uma pós-graduação *stricto sensu*, mas um curso de especialização *lato sensu* e, até mesmo, a aprovação no Exame de Ordem, desde que específica para a área criminal. Tudo para o aperfeiçoamento do sistema penal, rumo a adoção de um processo penal democrático, com perfeita aderência constitucional.<sup>501</sup>

Dando sequência às investigações, realizamos uma análise dos direitos fundamentais, com especial relevância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade

<sup>497</sup> Evidentemente, salvo em razão de motivo imperioso, devidamente declinado ao juízo criminal.

<sup>498</sup> Para um enfoque mais abrangente acerca do direito ao recurso no campo do processo penal, de modo a possibilitar a ampliação da visibilidade dos julgamentos criminais, pesquisar POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro*. In Política criminal contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Processual Penal. In WUNDERLICH, Alexandre. Política criminal contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 285-303.

<sup>499</sup> A construção garantista, aqui, teria sentido contrário daquela que inspirou o Código Processual de 1941, em seu art. 574, onde está previsto *recurso de ofício* da decisão concessiva de *habeas corpus* e da sentença que absolve sumariamente o réu ou o isente de pena. A categoria se assemelharia ao *recurso oficial*, disposto no art. 475 do CPC, nos casos de sentença contrária aos interesses da Administração Pública. A diferença consistiria no fato de que, o recurso proposto seria obrigatoriamente interposto pela defesa – salvo justo motivo, devidamente exposto - e os recursos exemplificados, têm natureza oficial.

<sup>500</sup> “Pero a medida que la ley penal se fué formando y el juicio asumió formas cada vez más determinadas, se pronunció la exigencia de que el defensor fuese un técnico no sólo del derecho en general, sino en particular del derecho y del proceso penal”. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Vol. I, traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1950, p. 241.

<sup>501</sup> Importa esclarecer, neste passo, conforme já o fizemos no corpo deste trabalho, que entendemos que a segunda parte do Exame de Ordem - dissertativa e específica - deveria habilitar o advogado apenas para aquela área de atuação escolhida. Neste sentido, deveria o profissional submeter-se a tantas provas dissertativas quantas forem as áreas de atuação pretendidas.

material e sua correlação com o Direito Penal e Processual Penal. Em seguimento, elaboramos uma análise da teoria do *mínimo existencial*, que normalmente é identificado com direitos fundamentais sociais, de natureza extrapenais, na tentativa de tentarmos estabelecer a possibilidade de configuração de um núcleo mínimo existencial também no campo do Direito Penal e Processual Penal.

Outrossim, concluímos que o Direito Penal é despido de coerção direta, de concretude imediata, prescindindo do processo penal para sua realização, e também, que o processo penal democrático deve necessariamente ser visto sob a ótica de sua *instrumentalidade constitucional*. Daí percebemos, aqui também, uma dupla função dos procedimentos criminais: instrumento de realização do Direito Penal (função de exercício do poder punitivo); e função de instrumento para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do imputado (função garantista e limitadora do poder de punir), com clara preponderância da segunda função, por tudo quanto já foi dito e dogmaticamente trabalhado<sup>502</sup> acerca da instrumentalidade constitucional do processo penal contemporâneo.

Por fim, na empresa por identificar um *núcleo mínimo da dignidade humana* em termos de direitos fundamentais de caráter penal e processual penal, nossa pesquisa constatou, primeiramente, que a concretização de quase totalidade dos direitos e garantias jusfundamentais afetos aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, ocorre na seara do processo penal, enquanto instrumento através do qual a pretensão de direito punitivo estatal conflita com o exercício dos direitos e garantias fundamentais do acusado.<sup>503</sup> Neste contexto, podemos então visualizar o primeiro dos direitos integrantes do *núcleo mínimo penal*: o direito a uma *defesa penal pública materialmente eficaz* (ou *acesso à justiça penal*).

Com efeito, com base na premissa de que os *direitos de defesa* são também *deveres de proteção*, direitos prestacionais, no sentido de corresponderem a um dever fundamental

---

<sup>502</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 15.

<sup>503</sup> “Diante do „direito penal do terror“, implementado pelas políticas repressivistas de lei e ordem, tolerância zero, etc., o processo passou a desempenhar uma missão fundamental numa sociedade democrática, enquanto instrumento de limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais.” LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 01.

estatal de implementação de políticas públicas, voltadas à proteção desta classe especial de direitos, pode-se afirmar que o segundo componente deste mínimo existencial penal é o *direito a implementação e estruturação da Defensoria Pública*, enquanto garantia fundamental e instrumento de acesso à justiça penal.

Desta forma, verificamos que o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* em sua dupla face, na seara penal e processual penal, é também um componente deste mínimo existencial penal. Assim, a faceta de *proibição de excesso* deve ser diretamente identificada com os *direitos fundamentais de defesa*, impedindo a intervenção estatal indevida na órbita desses direitos, seja através de atividade legislativa, seja por ação administrativa, ou então, mediante atividade jurisdicional. A seu turno, cremos que a versão de *vedação de proteção insuficiente*, deve ser entendida e relacionada com o dever estatal de proteção aos *direitos fundamentais de defesa*, no sentido de fomento às políticas sociais e de promoção e desenvolvimento destes direitos jusfundamentais, através de normatização adequada e atividades prestacionais (tais como a facilitação do acesso à justiça penal e a implementação da Defensoria Pública).

Acreditamos que o princípio da jurisdicionalidade é também parte integrante da *proteção mínima da dignidade humana*, em termos penais e processuais penais. No entanto, deve ir além do direito fundamental à jurisdição, do acesso à justiça penal, e do direito a ser julgado por um juiz natural, imparcial e que não proceda de ofício – *ne procedat iudex ex officio* –. Pensamos que o cidadão tem o direito a receber do julgador, a máxima eficácia e proteção aos direitos fundamentais de defesa. Estamos convictos que o único papel que compete ao juiz criminal, no campo de um processo penal com aderência constitucional, e dentro das diretrizes estabelecidas pelo Estado Democrático e Social de Direito é o de “garante” dos direitos fundamentais do imputado.

Por último, entendemos que compõem um *núcleo mínimo* de direitos e garantias fundamentais, protetivos da dignidade humana em matéria penal e processual penal, o conjunto de regras e princípios e as garantias deles emanadas, integrantes do *garantismo penal*, dispostos por Ferrajoli<sup>504</sup> como “os dez axiomas do garantismo penal”. Conforme o

---

<sup>504</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

autor, “Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo 'garantista' de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal”.

Nossa investigação procurou estabelecer, ainda, uma noção de *acesso à justiça* que se adaptasse à *justiça penal*. Isto porque, em regra, a questão é concebida apenas enquanto proposições destinadas a eliminar as barreiras existentes – jurídicas, fáticas e sistêmicas – para o acesso da população hipossuficiente ao Poder Judiciário e à postulação de seus direitos. De ordinário, o tema é tratado apenas no seu aspecto civilista, relacionado com técnicas de flexibilização do processo civil e com direitos fundamentais de caráter extrapenais, tais como a saúde, a educação e a assistência social.

Constatamos, com base nas observações de Carnelutti,<sup>505</sup> que no âmbito da Justiça Criminal não existem barreiras físicas ao acesso da população carente – os pobres não a procuram, mas fogem dela -. O enfoque tradicional do *acesso à justiça*, quando transportado e transmutado em *acesso à justiça penal* deve ser visto pelo prisma de acesso a uma ordem jurídica justa. Deve abranger, como antes referido, o exercício pleno do direito fundamental à defesa, em correspondência com o mínimo existencial penal. Destarte, o *acesso à justiça penal* possui íntima vinculação com o pleno exercício de uma *defesa penal pública materialmente eficaz*.

O derradeiro objetivo de nossa pesquisa foi lançar um “olhar” criterioso sobre a Defensoria Pública, entendida enquanto instrumento de concretização do direito fundamental à defesa. Esta foi a ideia central desta pesquisa, qual seja, uma vez que grande parte dos direitos de defesa encontram seu lugar de realização dentro de um procedimento penal (inquérito, processo penal, processo de execução penal, etc.), e tendo em vista a reconhecida seletividade do sistema penal e a realidade econômica da população brasileira, a efetivação dos direitos fundamentais penais, na perspectiva de um efetivo *acesso à justiça penal*, passa necessariamente pela implantação e estruturação urgente da Defensoria Pública (CF, art. 134), em cumprimento à garantia fundamental de Assistência Jurídica Integral (CF, art. 5º,

---

<sup>505</sup> “(...) entre juez y persona que há de ser juzgada, al menos cuando el juicio puede conducir al castigo, es inevitable que se empeñe una lucha: *el segundo trata de escapar al primero y éste de aferrarlo* (grifo nosso)”. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Vol. I, traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1950, p. 234.

LXXIV). Portanto, a hipótese de partida foi confirmada: o Estado brasileiro – salvo raras exceções – tem se omitido da consecução de mais este dever fundamental!