

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PÓS-GRADUAÇÃO PROFISSIONAL EM DIREITO**

FREDERICO RIBEIRO DE FREITAS MENDES

**A SORTE PROCESSUAL NA (DIS)FUNÇÃO JURISDICIONAL
SOB A ÓTICA GARANTISTA: ESTUDO DE CASO SOBRE A
ATUAÇÃO DA DEFENSORIA DATIVA NA COMARCA DE
ARMAZÉM-SC**

**Florianópolis (SC)
2018**

FREDERICO RIBEIRO DE FREITAS MENDES

**A SORTE PROCESSUAL NA (DIS)FUNÇÃO JURISDICIONAL
SOB A ÓTICA GARANTISTA: ESTUDO DE CASO SOBRE A
ATUAÇÃO DA DEFENSORIA DATIVA NA COMARCA DE
ARMAZÉM-SC**

Estudo de caso submetido ao Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, área de concentração em Direito e Acesso à Justiça, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Matheus Felipe de Castro

**Florianópolis (SC)
2018**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Mendes, Frederico Ribeiro de Freitas

A SORTE PROCESSUAL NA (DIS)FUNÇÃO JURISDICIONAL SOB A ÓTICA GARANTISTA : ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA DATIVA NA COMARCA DE ARMAZÉM SC / Frederico Ribeiro de Freitas Mendes; orientador, Matheus Felipe de Castro , 2018. 101 p.

Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Acesso à Justiça. 3. Pessoas em condição de vulnerabilidade. 4. Garantismo. 5. Defensoria Pública. I. , Matheus Felipe de Castro. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

FREDERICO RIBEIRO DE FREITAS MENDES

**A SORTE PROCESSUAL NA (DIS)FUNÇÃO JURISDICIONAL
SOB A ÓTICA GARANTISTA: ESTUDO DE CASO SOBRE A
ATUAÇÃO DA DEFENSORIA DATIVA NA COMARCA DE
ARMAZÉM-SC**

Este estudo de caso foi julgado adequado para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovado em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração em Direito e Acesso à Justiça.

Florianópolis (SC), 20 de dezembro de 2018.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Membro Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Membro
Universidade Federal de Santa Catarina

Membro Prof. Dr. José Querino Tavares Neto
Membro
Universidade Federal de Goiás

Aos meus pais e Tia Marilu.

A Ana Carolina, meu grande amor...

AGRADECIMENTOS

Iniciar um trabalho acadêmico que marca parte da trajetória profissional e pessoal é uma missão ingrata. Primeiro, pela possibilidade do esquecimento; segundo, pela necessidade de se estabelecer ordem e cadência nas menções, que não refletem menor ou maior importância de todos; terceiro, por parecer injusta a ausência de termos exatos na linguagem para expressar sentimentos tão próprios, profundos e pessoais; por último, apesar de todo o esforço, creio ser impossível representar exatamente em palavras o verdadeiro sentimento de gratidão e realização.

Agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para meu crescimento e desenvolvimento pessoal e acadêmico: meus avôs (*in memoriam*), Belchior, Lia, Dr. Timóteo, e Dona Zazi; meus pais, irmão, tia Marilu, tio Marcos (*in memoriam*) e tio Manoel (*in memoriam*). A minha esposa Ana, com carinho especial, por estar ao meu lado nos momentos de *blackout* jurídico, com apoio e carinhos incondicionais.

Não poderia deixar de lembrar do meu Professor Orientador, “assustador” na profundidade do conhecimento e companheiro até os últimos minutos. Os grandes professores são aqueles que nos apresentam um novo mundo, ensinam, corrigem, estimulam, orientam, lutam por seus discípulos; cria-se uma relação de amizade fraternal. E a vida me foi surpreendentemente gentil, pois tenho grande alegria de ser orientado (a orientação não acaba com uma dissertação) pelo Professor Doutor Matheus Felipe de Castro.

Não poderia deixar de registrar meus agradecimentos ao Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart de Cademartori, referência e autoridade reconhecida quanto à Teoria Garantista, cujas lições foram essenciais para o desenvolvimento do presente trabalho.

Ao Professor Doutor Maurício da Cunha Savino Filó, sempre disponível para ajudar com sua humildade particular, apesar da imensidão do conhecimento que carrega.

Institucionalmente, agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina – Curso de Ciências Jurídicas, na pessoa do Coordenador do Curso do Mestrado Profissional em Direito, Professor Doutor Orides Mezzaroba, extensível a todo corpo docente e administrativo, pelas valiosas lições e pelos incessantes esforços na busca pela excelência acadêmica.

The fundamental cause of the trouble is that in the modern world the stupid are cocksure while the intelligent are full of doubt.

(Bertrand Russell, *Mortal and Others: American Essays, 1931-1935*).

RESUMO

O presente estudo de caso pretende contribuir com análise qualitativa da atuação dos Defensores Dativos. Para tanto, foi realizado levantamento dos processos criminais afetos ao Rito Ordinário do Código de Processo Penal arquivados na Comarca de Armazém, Estado de Santa Catarina, no ano de 2017, cuja realidade apresenta-se próxima – ou até melhor – que outras localidades onde não há Defensoria Pública efetivamente instalada. Trata-se de estudo de caso na área de concentração Direito e Acesso à Justiça e vinculado à linha de pesquisa Acesso à Justiça e Processos Jurisdicionais e Administrativos: a administração da justiça sob o enfoque do combate, com apoio nas técnicas de análise de base normativas, revisão de literatura especializada, de coleta de dados. Quanto aos procedimentos empregados, o estudo apoia-se no levantamento na coleta de dados dos processos penais arquivados na Comarca de Armazém-SC no ano de 2017 e na análise de doutrinas nacionais e internacionais. O referencial teórico da pesquisa é o Garantismo em ampla perspectiva e o método empregado é o estudo de caso, no qual a sistematização dos dados coletados sobre a Comarca de Armazém-SC objetiva verificar a atuação substancial da Defensoria Dativa na Comarca de Armazém-SC e a (im)prescindibilidade da instalação da Defensoria Pública de forma efetiva para as pessoas em condição de vulnerabilidade naquela localidade. As principais conclusões deste Estudo de caso são de que a temática, sob a ótica da Teoria Geral do Garantismo, deve ser enfrentada sistematicamente pelo Estado e, principalmente, pelas instituições que atuam na defesa das pessoas mais expostas, cuja superação do estrito legalismo e da mera legalidade deve dar lugar ao respeito substancial das garantias individuais. Aponta-se, ainda, a preocupante situação silenciosamente mascarada quanto à precária atuação dos defensores dativos na Comarca em substituição à Defensoria Pública, cujo controle por parte dos órgãos encarregados se mostram insuficientes.

Palavras-chaves: Teoria do Garantismo; Defensoria Dativa. Defensoria Pública; Pessoas em condição de vulnerabilidade.

ABSTRACT

The present case study intends to contribute with qualitative analysis of the performance of the Dative Defenders. For that purpose, a survey was carried out of the criminal cases related to the Ordinary Rite of the Code of Criminal Procedure filed in the District of Santa Catarina, State of Santa Catarina, in 2017, whose reality is close to, or even better, than other there is a Public Defender's office effectively installed. It is a case study in the area of concentration Law and Access to Justice and linked to the line of research Access to Justice and Jurisdictional and Administrative Processes: the administration of justice under the combat approach, with support in normative analysis techniques, review of specialized literature, data collection. Regarding the procedures used, the study is based on the collection of data on criminal cases filed in the county of Armazém-SC in the year 2017 and on the analysis of national and intentional doctrines. The theoretical reference of the research is Garantism in a broad perspective and the method used is the case study, in which the systematization of the data collected on the Comarca de Armazém-SC aims to verify the substantial performance of the Public Defender in the District of SC and the (im) dispensability of the installation of the Public Defender's Office effective way for the people in vulnerable condition in that locality. The main conclusions of this case study are that the thematic, from the point of view of the General Theory of Garantism, must be systematically confronted by the State and, mainly, by the institutions that defend the most exposed people, whose overcoming of strict legalism and legality must give rise to the substantial respect of individual guarantees. It is also pointed out the worrying situation silently masked as to the precarious performance of the demarcated defenders in the Comarca in replacement of the Public Defender's Office, whose control by the organs in charge are insufficient.

Keywords: Guarantees Theory; Assigned Counsel. *Public Defender office*; People in vulnerable condition.

A aprovação do presente estudo de caso não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

LISTA DE GRÁFICOS

- Gráfico 1 – Total de processos arquivados
- Gráfico 2 – Relação de processos arquivados 1
- Gráfico 3 – Relação de processos arquivados 2
- Gráfico 4 – Decisões terminativas em sentido amplo
- Gráfico 5 – Decisões terminativas e de mérito
- Gráfico 6 – Defesa Técnica
- Gráfico 7 – Defensores Constituídos e Dativos
- Gráfico 8 – Recusas e aceites das nomeações dativas
- Gráfico 9 – Relação de testemunhas arroladas
- Gráfico 10 – Ausência de rol de testemunhas
- Gráfico 11 – Rol Dativos
- Gráfico 12 – Rol Constituídos
- Gráfico 13 – Profundidade das respostas à acusação: dativos
- Gráfico 14 – Profundidade das respostas à acusação: constituídos
- Gráfico 15 – Profundidade das alegações finais: dativos
- Gráfico 16 – Profundidade das alegações finais: constituídos
- Gráfico 17 – Recursos interpostos
- Gráfico 18 – Perda de ato processual

LISTA ABREVIATURAS E SIGLAS

- AIJ** - Audiência de Instrução e Julgamento
ADCT - Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
CESC - Constituição do Estado de Santa Catarina
CF/88 - Constituição Federal de 1988
CP - Código Penal
CPP - Código de Processo Penal
ED - Embargos de Declaração
HC - *Habeas Corpus*
RESE - Recurso em Sentido Estrito
SAJ - Sistema de Automação Judiciária
SC - Estado de Santa Catarina
STF - Supremo Tribunal Federal
OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
OAB/SC - Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Santa Catarina
ONU – Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 PANORAMA DOS PROCESSOS CRIMINAIS ARQUIVADOS NA COMARCA DE ARMAZÉM-SC NO ANO DE 2017	4
1.1 DELIMITAÇÕES DO ESTUDO PROPOSTO.....	5
1.3 DEFENSORES DATIVOS E CONSTITUÍDOS.....	12
1.4 PROFUNDIDADE DAS PEÇAS PROCESSUAIS	18
1.5 RECURSOS INTERPOSTOS.....	24
1.6 PERDA DE ATOS PROCESSUAIS	25
2 GARANTISMO (PENAL)	27
2.1 MODELO DE DIREITO	32
2.2 TEORIA DO DIREITO	37
2.3 TEORIA FILOSÓFICA E POLÍTICA.....	40
2.4 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO DEFENSOR NO ESTADO DE DIREITO GARANTISTA	42
2.5 DEFENSORIAS PÚBLICA E DATIVA	48
3 A SORTE PROCESSUAL NA (DIS)FUNÇÃO JURISIDICIONAL SOB A ÓTICA GARANTISTA	52
3.1 O ESTADO DE DIREITO: MERA LEGALIDADE E ESTRITA LEGALIDADE	52
3.2 TEORIA DE DIREITO: FORMALIDADES FRACA E FORTE ..	58
3.2.1 Dissimulação processual: a Legalidade Estrita como fio condutor	58
3.2.2 Realidade processual: análise da Legalidade Substancial	59
4.3 LIBERDADE E RESTRIÇÃO: O DIREITO DE RESISTÊNCIA .	65
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	77
APÊNDICE A - Lista de processos na Comarca de Armazém arquivados em 2017	83
APÊNDICE B - Processos analisados	87
APÊNDICE C- Questionário aplicado ao jurisdicionado	88

INTRODUÇÃO

O presente estudo de caso, estruturado através do método indutivo, com emprego de fontes primárias, secundárias e com revisão bibliográfica, visa a analisar a atuação substancial da Defensoria Dativa na Comarca de Armazém, no Estado de Santa Catarina.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando-se mais de 30 anos, ainda não houve a efetiva instalação da Defensoria Pública em diversas localidades do Brasil. Em decorrência da caracterização do Direito Penal punitivo como *ultima ratio* do Direito, a defesa técnica é imprescindível e insubstituível. Por isso, nas localidades onde inexistente a Defensoria Pública, a defesa processual e jurídica é realizada por defensores dativos, nomeados pelo Juízo condutor do processo acusatório no dia a dia forense.

Este cenário propõe uma nova leitura onde existe demanda latente de se institucionalizar a defesa jurídica daqueles menos favorecidos como forma de se promover e garantir substancialmente o acesso à Justiça.

Contudo, nas localidades onde não há a devida prestação do serviço público de assistência jurídica diretamente pelo Estado, verifica-se a existência dos Defensores Dativos – particulares que colaboram com a defesa dos mais expostos e que recebem, (in)diretamente, contraprestação pecuniária do Estado pela sua atuação pontual, em um ato isolado ou mesmo durante todo trâmite processual, mas sem qualquer relação direta e institucionalizada com o Estado – existe, efetivamente, respeito aos direitos fundamentais substanciais daqueles que necessitam de proteção?

O Objetivo do estudo de caso, dessa forma, através do referencial teórico escolhido -Teoria do Garantismo (Penal) - é analisar a atuação substancial dos defensores dativos na Comarca de Armazém-SC e, por via reflexa, a (in)prescindibilidade da instalação da Defensoria Pública como instituição essencial à defesa das pessoas em condição de vulnerabilidade, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito Garantista.

A Comarca de Armazém-SC foi escolhida como objeto de estudo por diversas razões. A primeira decorre do fato do autor ter contato direto com o jurisdicionado e acesso aos dados necessários para o levantamento da presente pesquisa.

Segundo, porque nunca houve, desde a criação da Comarca, instalação da Defensoria Pública e, por isso, todas as defesas técnicas das

pessoas em condição de vulnerabilidade são exercidas exclusivamente por advogados nomeados pelo Juízo há tempo considerável.

O terceiro motivo decorre do fato da Defensoria Pública mais próxima estar a aproximadamente 50km de distância e não possui atribuições para atuar em Armazém-SC, evidenciado a ausência de contato com o jurisdicionado e aquela instituição.

A quarta razão relaciona-se à estrutura da Comarca, cuja instalações foram reinauguradas no ano de 2014 e que podem ser consideradas de boa qualidade (dentro de um juízo proporcional); e, por fim, não se verifica na Comarca de Armazém-SC implosão processual ou déficit substancial de funcionários e/ou estagiários, afinal, sempre contou com Juizes, Promotores, Delegados de Polícia atuando de forma ininterrupta.

Acrescenta-se, ainda, a possibilidade de expansão futura do presente estudo. A realidade da Comarca de Armazém-SC, sem a pretensão de uma análise estritamente empírica, é melhor que diversas comarcas no interior brasileiro. Trata-se de fato notório a crise pela qual as instituições estatais vêm enfrentando no Brasil, desde questões envolvendo as estruturas físicas dos órgãos à falta e qualificação de funcionários que não consegue atender a demanda. Nesse aspecto, pode-se afirmar que a Comarca de Armazém-SC é, até certo ponto, “privilegiada”.

No presente estudo é empregado o método indutivo. A motivação pela escolha se deve ao fato de facilitar a análise de dados qualitativos para, posteriormente, proceder sua leitura com base no referencial teórico delimitado.

Trata-se de estudo de caso, na área de concentração Direito e Acesso à Justiça e vinculado à linha de pesquisa Acesso à Justiça e Processos Jurisdicionais e Administrativos: a administração da justiça sob o enfoque do combate, com apoio nas técnicas de análise de base normativas, revisão de literatura especializada, de coleta de dados.

Quanto aos procedimentos empregados, o estudo apoia-se no levantamento na coleta de dados dos processos penais arquivados na Comarca de Armazém-SC no ano de 2017, especialmente aqueles afetos ao Rito Ordinário Previsto no Código de Processo Penal e na análise de doutrinas nacionais e intencionais

À vista disso, o presente trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo ocupa-se, inicialmente, em descrever os processos arquivados na Comarca de Armazém, Estado de Santa Catarina, no ano de 2017 para, na sequência, apresentar de forma mais detalhada os dados coletados em relação aos processos arquivados

naquele ano e afetos ao Rito Ordinário previsto no Código de Processo Penal.

O segundo capítulo inicia o estudo da Teoria do Garantismo em suas três concepções: *i*) o Estado de Direito e os níveis das normas e da perda da legitimação; *ii*) como Teoria do Direito e de crítica ao Direito e; *iii*) Filosofia do direito e crítica da política.

Em continuidade, aprofunda-se nos conteúdos de seus significados e discorre sobre as Defensorias Pública e Dativas como forma de se garantir o direito fundamental de acesso à Justiça para as pessoas em condições de vulnerabilidade.

O terceiro capítulo visa a analisar os dados coletados no primeiro capítulo, procedendo-se sua releitura com o filtro do Garantismo (Penal) nas suas três concepções, buscando qualificar a atuação dos defensores dativos na Comarca de Armazém-SC e a (im)prescindibilidade da instalação efetiva da Defensoria Pública naquela localidade sob a ótica não meramente formal-instrumental.

1 PANORAMA DOS PROCESSOS CRIMINAIS ARQUIVADOS NA COMARCA DE ARMAZÉM-SC NO ANO DE 2017

Inicialmente, especialmente por se tratar de algo relativamente novo no estudo do Direito brasileiro, deve ser destacado que foi empregado o estudo de caso como método de pesquisa. Justifica-se por se tratar de Mestrado Profissional, cuja análise prática (conjugado com a teoria) constitui-se o alicerce do trabalho.¹

Nos dizeres de Yin (2015, p. 17), o estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo em profundidade e em seu contexto do mundo real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não podem ser claramente evidentes.

Por isso, a presente pesquisa empregou não apenas a análise de dados quantitativos. Ao contrário, com base nos dados levantados e com a elaboração de critérios fixos, busca pela análise quantitativa do objeto de estudo. Yin (2015, p. 142), ressalta a importância da análise qualitativa, pois:

“Nos estudos de caso, uma estratégia indutiva oferece garantias adicionais se for necessário coletar dados quantitativos, o que pode ser relevante por, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, os dados podem cobrir o comportamento e os eventos que o seu estudo de caso está tentando explicar – tipicamente, os “resultados” em um estudo de caso avaliativo. Em segundo lugar, os dados podem estar relacionados a uma unidade integrada de análise dentro do seu estudo de caso mais amplo. Em qualquer uma das situações, seus dados qualitativos podem ser cruciais na explicação, ou, de outra forma, no teste das proposições-chave do seu estudo de caso”.

A intenção é unir os conhecimentos teóricos adquiridos com casos práticos pesquisados no dia a dia forense, cujos resultados podem

¹ “Pois bem, a pesquisa prática não tem esse compromisso direto com a revisão bibliográfica, mas sim com as informações empiricamente verificadas ou colhidas dentro de uma amostragem determinada: o trabalho é exaustivamente descritivo dos fenômenos que são objeto de investigação. A pesquisa prática tem como característica essencial sua experimentalidade, ainda que não dispense um mínimo de referenciais teóricos para organizar sua execução e interpretação de dados. Mas entenda, experimental não significa só pesquisa de laboratório, pode também ser pesquisa de campo” (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2017, p. 143).

apresentar-se mais dinâmicos para os fins que os esforços são direcionados.

1.1 DELIMITAÇÕES DO ESTUDO PROPOSTO

O presente trabalho optou, por questões metodológicas e de consecução prática, em analisar processos criminais arquivados no ano de 2017 (ciclo anual e completo) na Comarca de Armazém-SC. Ainda, buscando maior cientificidade para a pesquisa, o rito escolhido para a coleta de dados foi o Rito Ordinário previsto no Código de Processo Penal.

Não se pode perder de vista que a pesquisa poderia abranger outros ramos do direito, como processos cíveis, de família, infância, afeto aos juizados especiais, fiscais, executivos, dentre outros, contudo, poderia implicar no esvaziamento pela generalização da pesquisa – com a perda do enfoque científico necessário.

Por isso, houve a preocupação na delimitação do tema a fim de se evitar a perda do objeto da pesquisa e, de forma retilínea, enfrentar o problema, as hipóteses e suas variáveis, sem perder de vista os objetivos geral e específicos do estudo de caso.

Apesar de anos de prática forense, esperava-se alcançar determinada conclusão tangenciada a uma boa atuação dos defensores dativos naquela localidade. Contudo, após a análise minuciosa dos dados, as interpretações previamente esperadas, em grande parte, foram surpreendentes.

1.2 ASPECTOS JURISDICIONAIS E COLETA DE DADOS

Para a coleta de dados, especialmente em razão da facilidade de acesso do pesquisador às informações a serem utilizadas na pesquisa, foi utilizada como fonte de análise a Comarca de Armazém, no Estado de Santa Catarina, que abrange os municípios de Armazém, Gravatal e São Martinho. Os critérios abaixo mencionados foram decisivos na escolha da Comarca de Armazém para o desenvolvimento da pesquisa:

i) desde a instalação da Comarca, nunca houve implementação da Defensoria Pública;

ii) há nenhum ou pouco contato entre jurisdicionado e a Defensoria Pública;

iii) a quantidade de processos criminais tramitando se mostra razoável para análise de dados estatísticos;

iv) a Defensoria Pública instalada mais próxima nunca atuou na localidade;

v) os advogados em exercício na Comarca, quando não particulares, atuam como defensores dativos há tempo considerável, sendo, portanto, experimentados no ofício;

vi) a estrutura da Comarca, até certo ponto e dentro de alguns limites toleráveis, não pode ser considerada precária a ponto de gerar implosões processuais ou déficit estrutural. A estrutura física do fórum não interfere no andamento processual de forma considerável.²

Adicionalmente, convém ser pontuado que o presente estudo de caso, apensar de possuir enfoque delimitado, pode ser expandido para eventuais aprofundamentos a nível regional ou mesmo nacional. Isto porque a realidade enfrentada na Comarca de Armazém-SC não é completamente distante de outras no Brasil, onde a precariedade de condições estruturais (em sentido amplo) podem ser ainda mais desfavorecidas para assegurar o ingresso à Justiça e que, por isso, demandam novas reflexões.

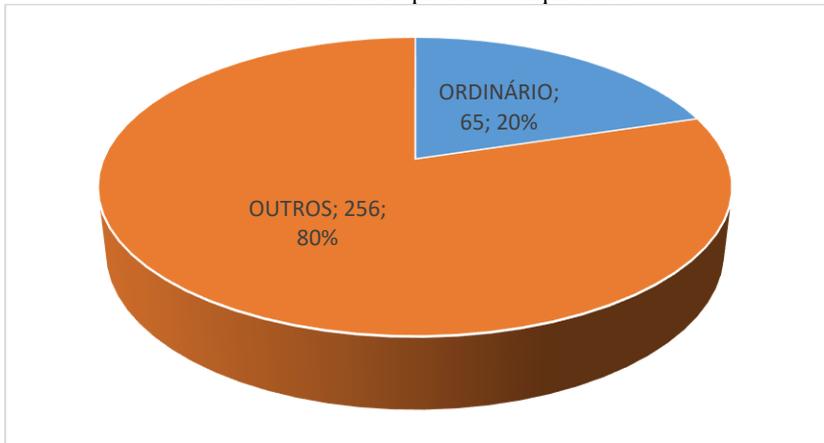
Para os fins propostos no presente estudo, cabe descrever o panorama processual dos processos criminais, de forma ampla e geral, arquivados na Comarca de Armazém-SC, no ano de 2017.

Em consulta ao SAJ, verificou-se a existência de 321 processos³ criminais arquivados naquele período. Do total, 65 processos são afetos ao Rito Ordinário previsto no CPP, refletindo a fração de 20% de todos os procedimentos arquivados, conforme demonstrado no Gráfico 1.

² A expressão deve ser entendida sem em um juízo de razoabilidade e não matemático: o fórum foi reinaugurado em 2014; possui localização adequada (situado no centro de Armazém-SC); o acesso se dá por meio de vias asfaltadas e devidamente sinalizadas; inclui ingresso especial para pessoas com deficiência; há quantidade proporcional de servidores e estagiários para atender a demanda; tampouco, não há carência de recursos financeiros. Ao final do ano de 2018, a Comarca de Armazém-SC possuía 100% dos processos iniciados de forma digital ou foram convertidos.

³Incluindo procedimentos que foram encaminhados à Justiça, mas que não se tornaram processos no sentido técnico da expressão como, por exemplo, os Inquéritos Policiais arquivados.

Gráfico 1 – Total de processos arquivados



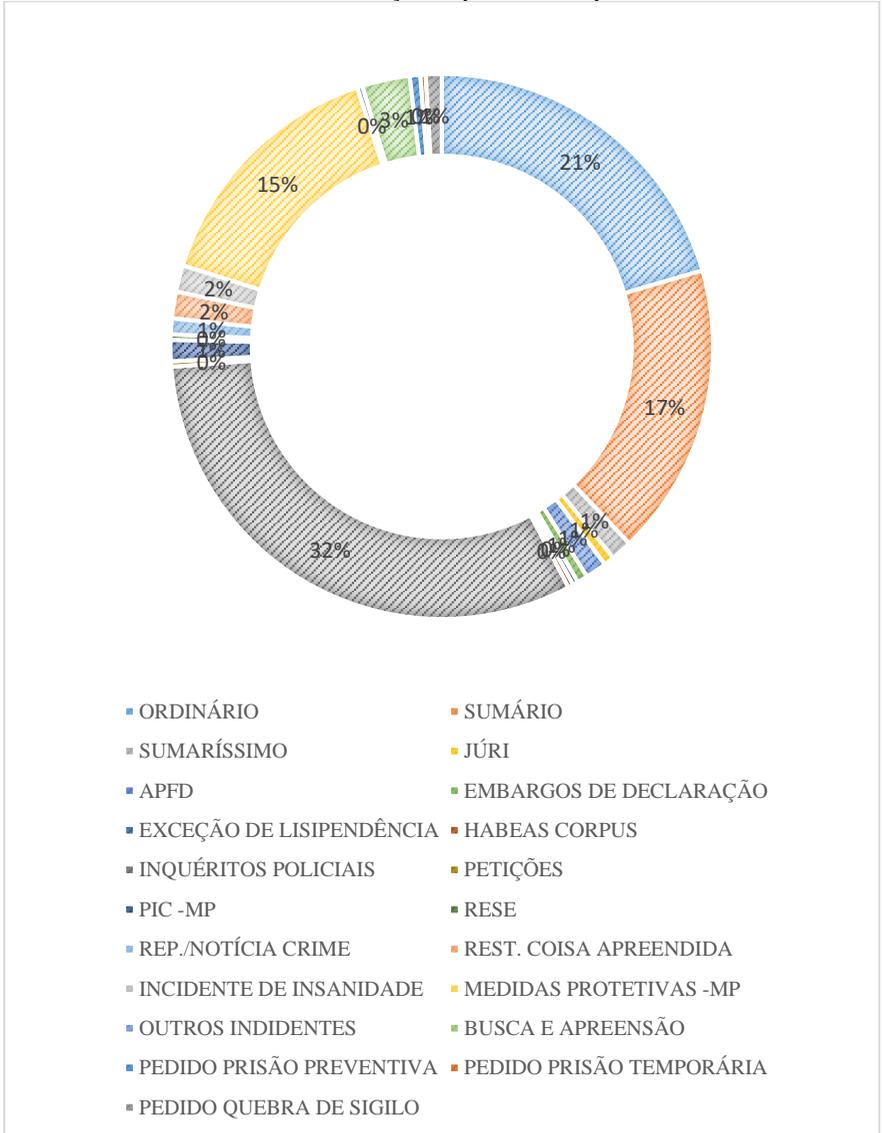
Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Quanto aos demais procedimentos arquivados no ano de 2017, foi encontrado o seguinte cenário:

- i.* 100 inquéritos policiais;
- ii.* 55 processos que tramitaram pelo Rito Sumário do CPP;
- iii.* 48 Medidas Protetivas da Lei 11.340/06;
- iv.* interposição de 9 Embargos de Declaração;
- v.* a instauração de 4 procedimentos para a verificação de sanidade mental do indiciado/acusado.

Os procedimentos, em razão da sua relativa diluição frente ao percentual geral, podem ser melhor visualizados no Gráfico 2.

Gráfico 2 – Relação de processos arquivados 1



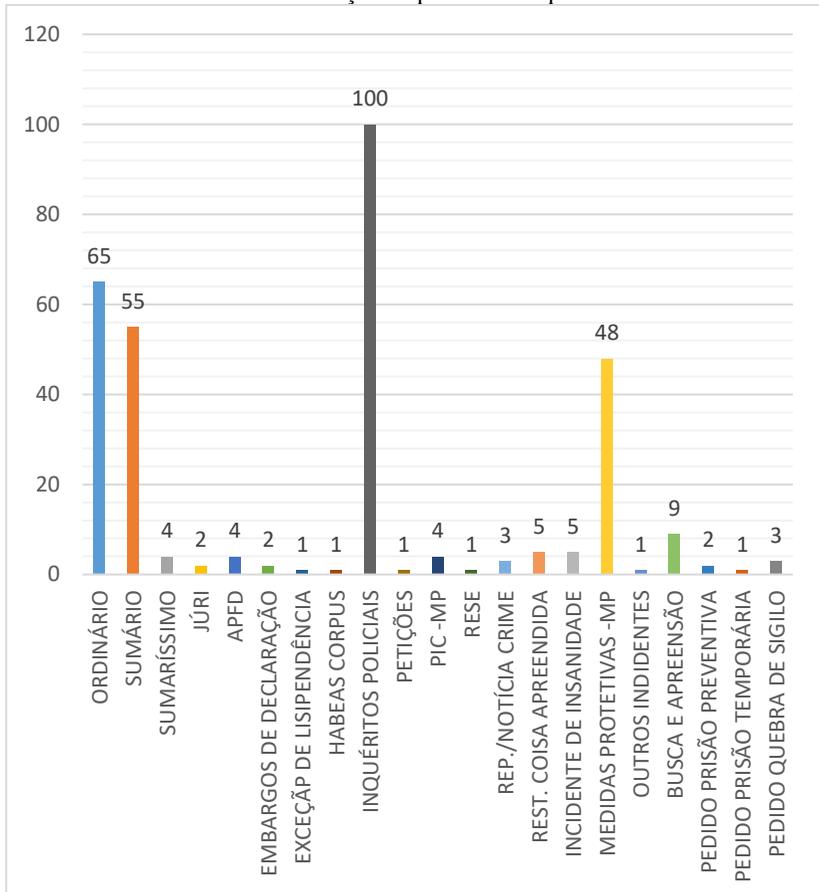
Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Ainda, sob a perspectiva concreta em número de procedimentos, as quatro categorias já mencionadas destacaram-se na composição total dos procedimentos arquivados na Comarca de Armazém-SC.

Na soma, os processos afetos aos Ritos Sumário e Ordinários do CPP, as Medidas Protetivas da Lei 11.340/06 e os Inquéritos Policiais correspondem a 69% de todos os procedimentos arquivados.

Em números concretos, perfazem a soma de 268 processos dentro o número global de 321, conforme se infere a partir da interpretação do Gráfico 3.

Gráfico 3 – Relação de processos arquivados 2



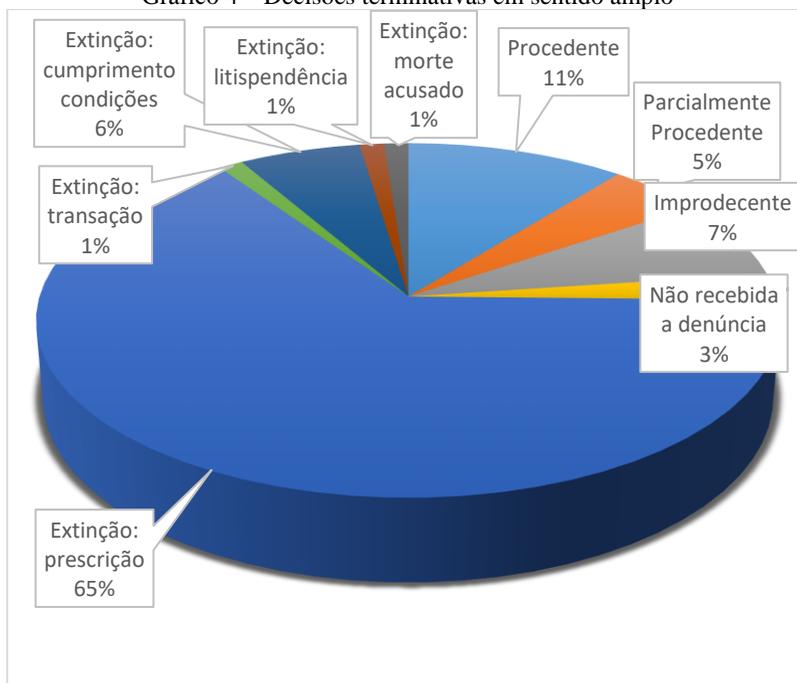
Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Com isso, pode-se afirmar que na Comarca de Armazém-SC, no ano de 2017, houve, em ordem, a tramitação/preferência pelo arquivamento de:

- i. inquéritos policiais;
- ii. processos que tramitaram sobre o Rito Ordinário do CPP;
- iii. processos que tramitaram sobre o Rito Sumário do CPP;
- iv. medidas cautelares que versaram sobre violência doméstica e/ou familiar contra a mulher (Lei 11.340/06);
- v. demais procedimentos com quantitativo pouco relevantes para a presente pesquisa.

Retornado à análise dos Processos Ordinários Criminais e arquivados no ano de 2017, constata-se que 83 pessoas foram acusadas da prática de delitos. Desse total, denota-se que a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do estado⁴ representa a fatia de 65% (54 decisões), nos termos do Gráfico 4.

Gráfico 4 – Decisões terminativas em sentido amplo



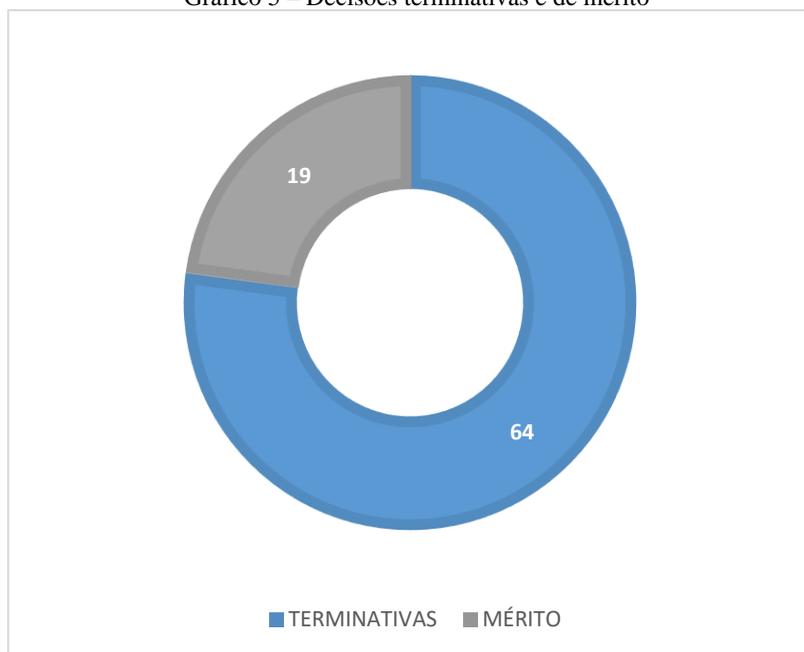
Fonte: elaborado pelo autor (2018).

⁴ Prescrição pode ser entendida como “o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido a capacidade de fazer valer seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei faz com que ocorra a extinção da punibilidade” (GRECO, 2018, p. 857).

Por outro lado, conforme demonstrado no Gráfico 4, as sentenças de mérito em sentido estrito⁵ somam 23% (19 decisões), enquanto as demais modalidades de extinção dos processos correspondem a 13% do total (10 decisões).⁶

Contrapondo as sentenças de mérito com as terminativas (declaratórias de extinção de punibilidade pela ocorrência da prescrição e reconhecendo as demais modalidades de extinção do processo), tem-se o Gráfico 5.

Gráfico 5 – Decisões terminativas e de mérito



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Considerados os processos onde houve o transcurso procedimental regular, abrangendo as fases de oferecimento e recebimento da denúncia, citação, resposta à acusação, despacho

⁵ Sentenças terminativas são aquelas que encerram um procedimento, submetendo-se à coisa julgada formal; sentenças de mérito, por sua vez, são aquelas aptas a criar a coisa julgada material, onde o mesmo fato, salvo exceções legais como a Ação Rescisória ou Revisão Criminal, não poderão ser revistas em nenhum outro procedimento (CINTRA; DINAMARCO. GRINOVER, 2015, p. 342).

⁶ Nos autos n.0001001-29.2016.8.24.0159 a denúncia não foi recebida.

saneador, realização de audiência ou outro meio de prova, interrogatório, e apresentação de alegações finais, houve 19 sentenças de mérito, sendo:

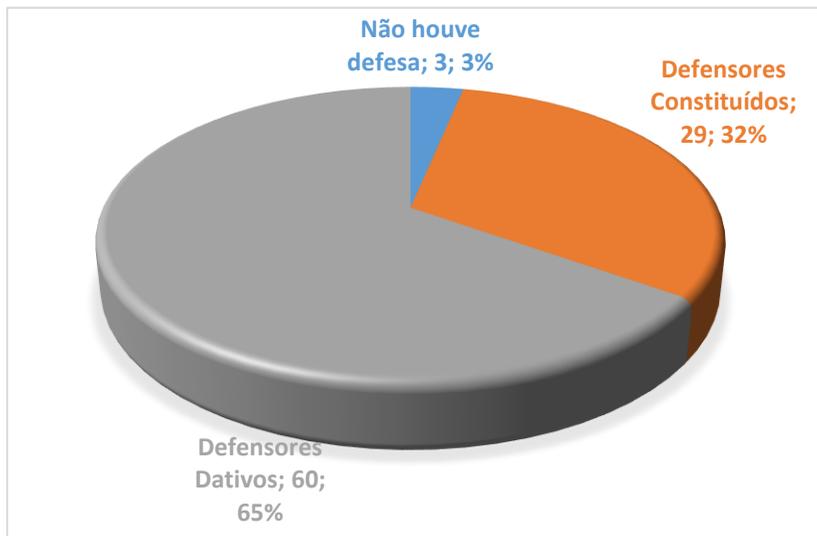
- i.* 9 procedentes (condenatórias);
- ii.* 4 parcialmente procedentes (condenações parciais);
- iii.* 6 improcedentes (absoluções).

1.3 DEFENSORES DATIVOS E CONSTITUÍDOS

Em razão da ausência de Defensoria Pública na Comarca de Armazém-SC e a imprescindibilidade da atuação de um defensor técnico no processo penal, nomeado pelo Juízo (dativo) ou pela parte (advogado constituído), constata-se, em análise aos 65 processos, que (Gráfico 6):

- i.* em 3% não houve defesa técnica em razão do reconhecimento da prescrição;
- ii.* em 32% dos processos houve a constituição de advogados particulares;
- iii.* em 65% das oportunidades os acusados dependeram da nomeação de um defensor escolhido pelo Juízo⁷.

Gráfico 6 – Defesa Técnica

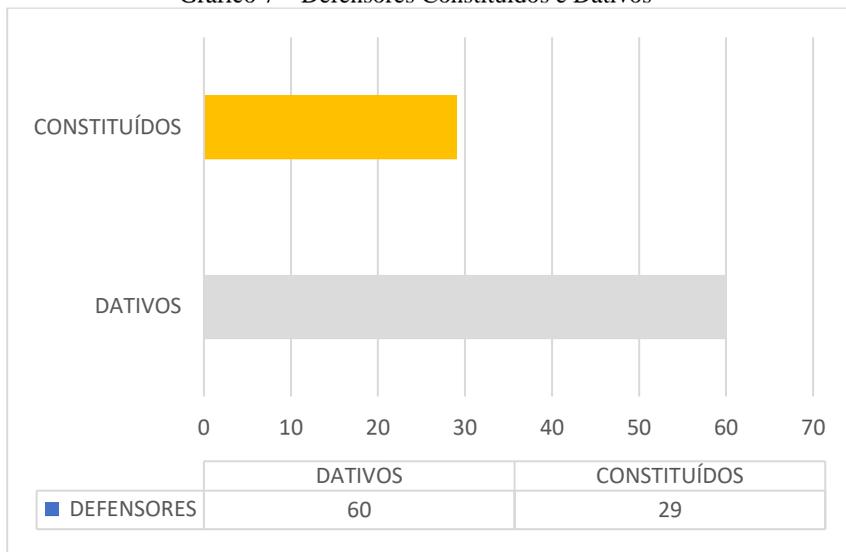


Fonte: elaborado pelo autor (2018).

⁷ Os temas Defensoria Pública e Dativa serão aprofundados no Capítulo subsequente.

O Gráfico 7 representa o contrapondo entre os defensores dativos nomeados em 60 oportunidades em relação aos advogados particulares constituídos, em 29 casos.

Gráfico 7 – Defensores Constituídos e Dativos



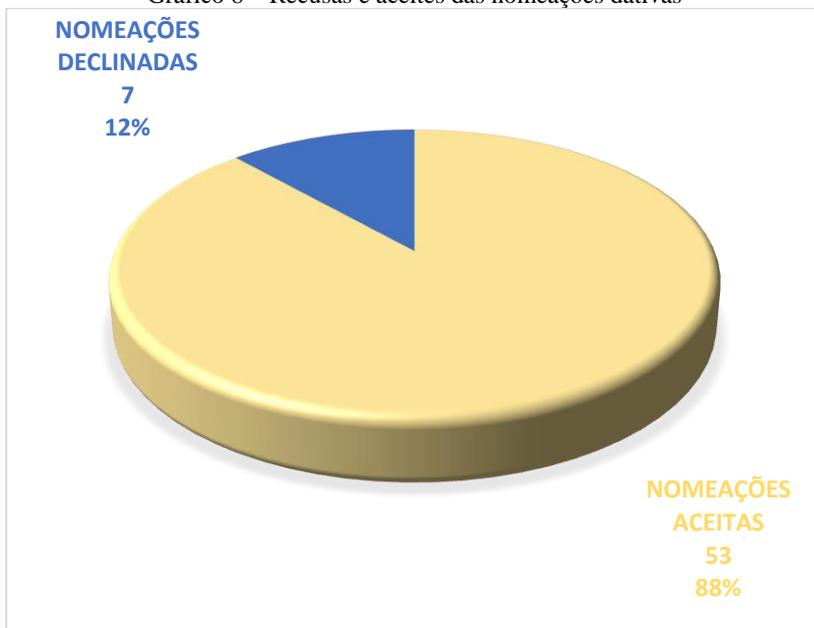
Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Adicionalmente, deve ser pontuado que a quantidade (número) de nomeações/advogados não refletiu exatamente o acervo de 65 processos e 83 acusados, porquanto, como será visto, houve renúncias por parte de advogados dativos e remoções das nomeações pelo Juízo.

Para os fins propostos na presente pesquisa, a inclinação dos defensores em permitirem e aceitarem as nomeações dativas pelo Juízo de Armazém-SC se mostra relevante na medida em que pode – ou não – corresponder a uma dificuldade adicional na defesa dos acusados e, conseqüentemente, no andamento processual.

Mas ao que consta, há certa concordância por parte dos advogados que atuam na comarca em relação às suas nomeações pelo Juízo decorrência do pequeno percentual de renúncias. O Gráfico abaixo representa essa realidade:

Gráfico 8 – Recusas e aceites das nomeações dativas



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Conjugando os Gráficos 5 e 8, percebe-se que parcela significativa dos processos analisados (vide Gráfico 5) não possuíam defensores constituídos, presumindo-se réus em situação de vulnerabilidade.

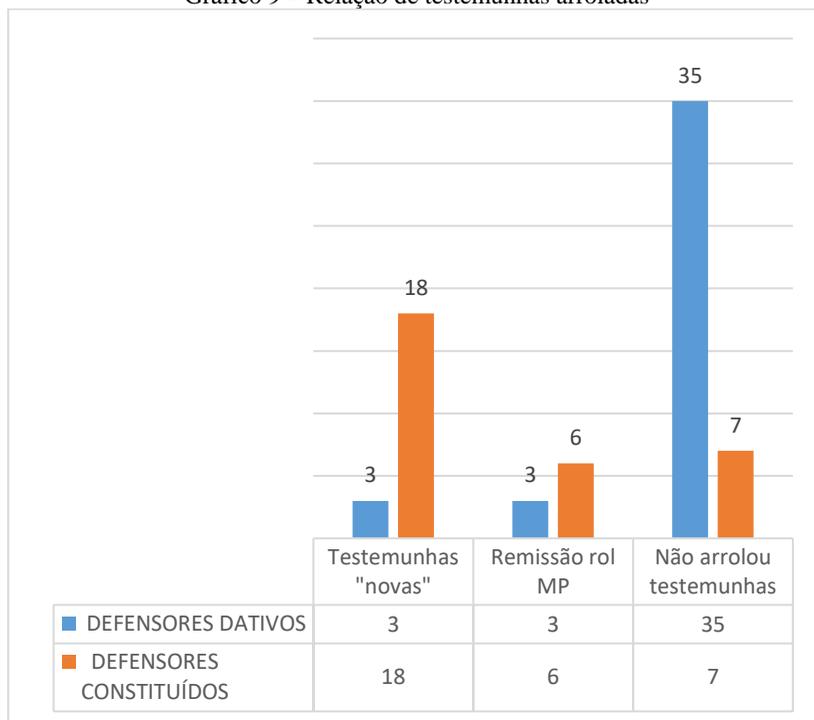
Contudo, apenas 12% dos advogados nomeados pela Justiça renunciaram os encargos a eles outorgados, comprovando que apenas pequena parcela dos causídicos se mostrou, de alguma forma, desinteressados na elaboração das defesas dos réus em substituição à Defensoria Pública.

A defesa processual no âmbito penal abrange a defesa fática e técnica. A primeira é exercida diretamente pelo acusado em situação pontuais como sua defesa na fase do interrogatório, na impetração de HC ou na manifestação do desejo em recorrer de alguma decisão.

Porém, a defesa técnica ocupa a maior parte do trâmite processual, na qual a produção de provas para convencimento do julgador é primordial para se buscar a elucidação dos fatos e, especialmente, a absolvição do réu, independentemente das razões invocadas.

As provas também interferem na eventual pena a ser aplicada, podendo ser consideradas como circunstância judicial favorável ou desfavorável na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59 do CP ou em outros diplomas legais); agravantes ou atenuantes na segunda fase (arts. 61/62, 65/66, todos do CP ou em leis extravagantes); causas de aumento ou diminuição na terceira fase do cálculo da pena (previstos na Parte Geral do CP, na Parte Especial do CP ou mesmo em outras leis). A realidade processual da Comarca de Armazém-SC, nesse ponto, é representada pelo Gráfico 9:

Gráfico 9 – Relação de testemunhas arroladas



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

O percentual que se destacou no gráfico acima⁸ – cuja análise será retomada no decorrer do estudo de caso – é que 35 dos defensores dativos nomeados pelo Juízo não apresentaram rol de testemunha e nem

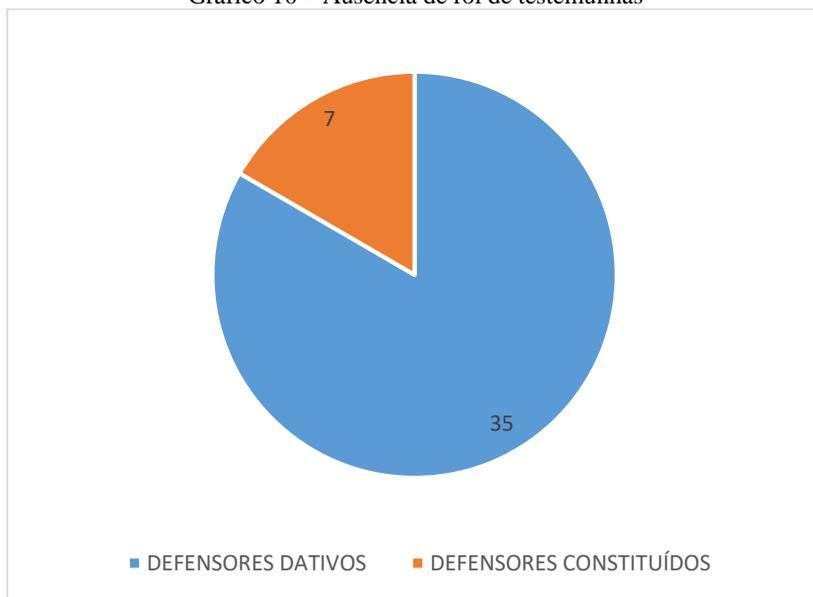
⁸ Neste dado excluem-se as nomeações recusadas e revogadas pelo Juízo.

se preocuparam em repetir o rol arrolado pela acusação ou mesmo em levantar a “cláusula de imprescindibilidade”.⁹

Por outro lado, parcela significativa dos defensores particulares se preocuparam em arrolar testemunhas ou fazer remissão expressa ao rol apresentado pelo Ministério Público na denúncia. O percentual, nesse caso, mostrou-se superior àquele no qual não houve preocupação na produção da prova testemunhal.

Especificamente em relação à ausência do rol de testemunhas, o Gráfico 10 expõe a participação dos defensores dativos e constituídos:

Gráfico 10 – Ausência de rol de testemunhas

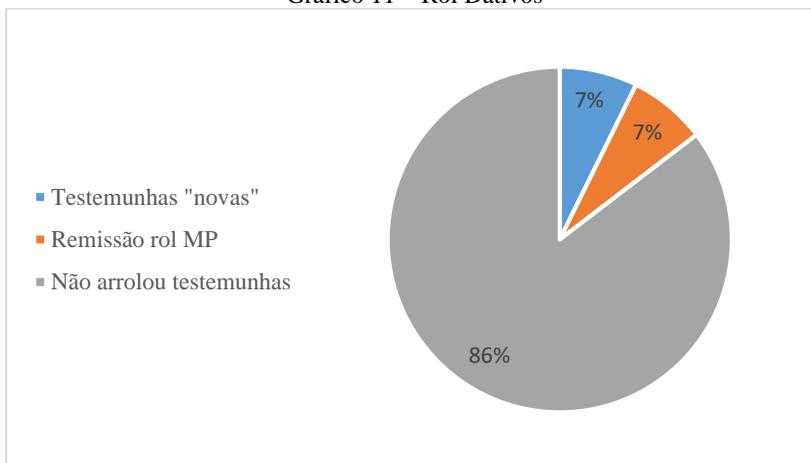


Fonte: elaborado pelo autor (2018).

As ausências dos róis de testemunhas pelos defensores dativos representam a fatia de 85,36% de todas as defesas apresentadas. Já a repetição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público correspondeu a 7,31%, mesmo percentual daqueles que arrolaram testemunhas não constante na acusação (71,31%). O Gráfico 11 ilustra os dados coletados.

⁹ Entendida como aquela em que a ausência do depoimento de determinada testemunha, em razão da sua importância para apuração dos fatos (verdade processual), poderá implicar em nulidade.

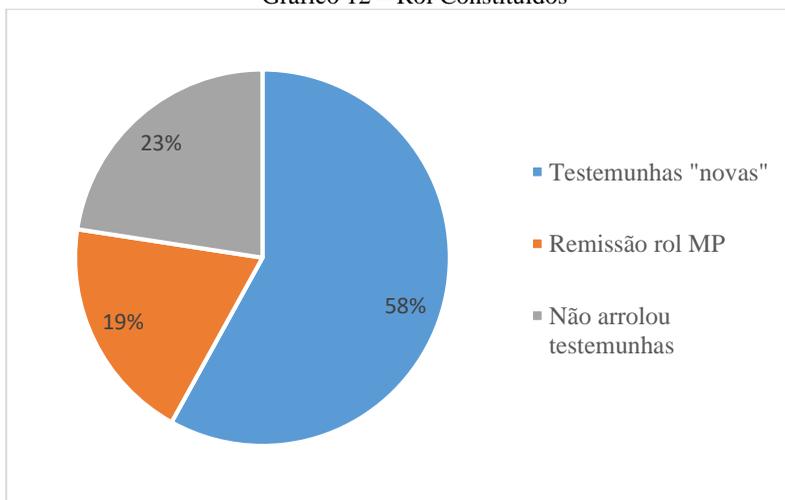
Gráfico 11 – Rol Dativos



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Ao ser analisado os dados coletados das respostas à acusação dos defensores particulares, o cenário se modifica de forma considerável. Constatou-se que 22,58% não arrolaram nenhuma testemunha. Ainda, em 19,35% houve a repetição do rol apresentado pelo Ministério Público, conforme pode ser observado no Gráfico 12.

Gráfico 12 – Rol Constituídos



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Em análise, sobressaiu o fato de que 58,06% dos advogados particulares arrolaram novas testemunhas nas respectivas defesas, cenário praticamente inverso em relação aos defensores dativos. O ponto será retomado no Capítulo 4.

1.4 PROFUNDIDADE DAS PEÇAS PROCESSUAIS

O Processo Penal em sentido estrito inicia-se com a apresentação da denúncia e, após o seu recebimento, perfectibiliza-se com a efetiva citação pessoal do acusado. Ao ser citado, cabe ao acusado constituir um advogado particular ou procurar a Defensoria Pública que atua na localidade onde possui domicílio para elaboração de sua defesa técnica.

No caso da Comarca de Armazém-SC, até o final do ano de 2018, não houve a instauração da Defensoria Pública. Por conta disso, o Judiciário, busca contornar a ausência do Estado¹⁰ na prestação do serviço público de assistência jurídica.¹¹

A prática forense demonstra que os acusados são informados pelos Oficiais de Justiça da Comarca, no ato de citação, que não há “defensor de graça do Estado”, sendo tal fato certificado nos autos.

No Cartório da Unidade Jurisdicional, os acusados também comparecem para buscar informações sobre o andamento processual e, cotidianamente, questionam sobre o “advogado do Estado” ou “advogado de graça”, fazendo referência à Defensoria Pública, momento em que são informados sobre sua “inexistência” e direcionados à sala da OAB, que toma providências alheias às atribuições do Judiciário.

Ainda, não é incomum o acusado ser citado, mas deixar transcorrer o prazo para a apresentação da resposta à acusação (art. 396-

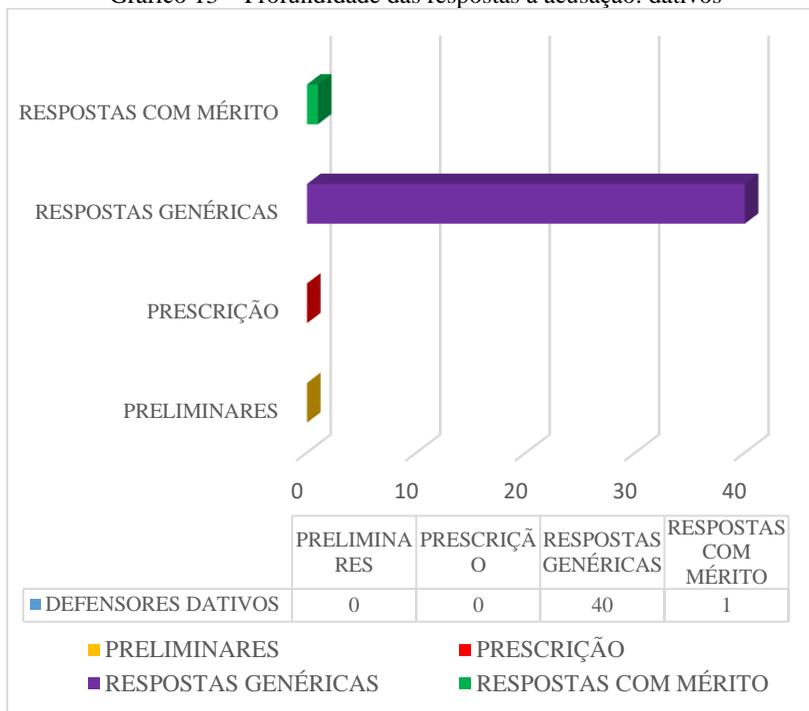
¹⁰ O Estado na concepção política “presupone el concepto de lo político. De acuerdo con el lenguaje que hoy se utiliza, Estado es el status político de un pueblo organizado dentro de un espacio territorial delimitado. Con ello se ha dado solamente una perifrasis, no una definición conceptual del Estado que tampoco es necesaria aquí en donde se trata de la esencia de lo político. Podemos permitirnos dejar abierta la cuestión de qué es esencialmente el Estado; si es una máquina o un organismo, una persona o una institución, una sociedad o una comunidad, una empresa o un colmenar, o hasta una “serie fundamental de procesos” (SCHMITT, 2009, p. 49).

¹¹ Serviço público é “a atividade administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 727).

A, do CPP) e, por isso, é nomeado pelo Juízo um defensor dativo¹² porque o processo penal não corre à revelia de defesa técnica. Os dados coletados sobre às respostas à acusação são ilustrados nos gráficos 13 e 14.

Sobre as defesas apresentadas, foi encontrado o seguinte cenário abaixo descrito:

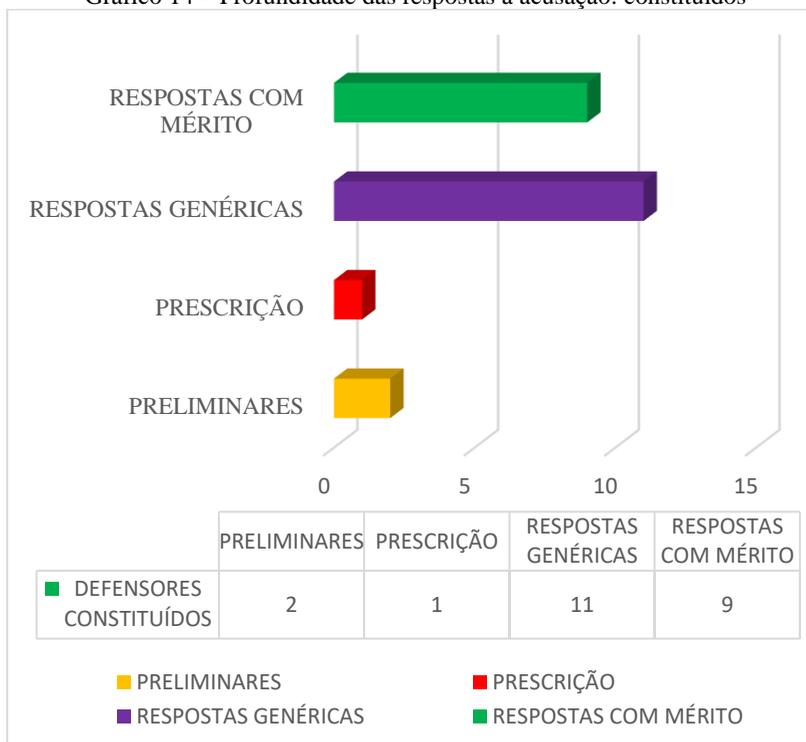
Gráfico 13 – Profundidade das respostas à acusação: dativos



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

¹² Os procedimentos adotados pelo Juízo de nomeação na Comarca serão tratados no transcrito do estudo de caso.

Gráfico 14 – Profundidade das respostas à acusação: constituídos



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

A análise dos gráficos demanda melhor esclarecimento do que se entende por “respostas com mérito” e “respostas genéricas”. Para tanto, foram selecionados os seguintes critérios conjugados:

- i.* não apresentação de rol de testemunhas;
- ii.* a peça processual não se preocupa em descrever, desenvolver ou contrapor os fatos narrados na denúncia;
- iii.* a resposta à acusação apresenta-se de tal forma que caberia em qualquer processo afeto ao Rito Ordinário do CPP. No linguajar comum, “cópia e cola”; sem se preocupar com as peculiaridades do caso;
- iv.* pedidos genéricos como “improcedência”, “fatos não são verdadeiros”, “será comprovada a inocência no decorrer da instrução processual”, desprovido de qualquer conteúdo fático ou jurídico.

Os Gráficos 13 e 14 representam a defasagem técnica constatada em diversos casos relação aos defensores constituídos e nomeados. Entretanto, pode-se notar que no caso dos defensores dativos, as defesas

genéricas podem ser enquadradas como regra (praticamente 100% das defesas foram genéricas), ao passo que as defesas com mérito ganharam maior destaques em relação aos defensores constituídos.

Sobreveio, da análise dos Gráficos 4, 13 e 14, que os defensores dativos não apresentaram nenhuma preliminar e não requereram em nenhuma oportunidade a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Vale lembrar que 65% dos processos (Gráfico 4) foram extintos em razão da prescrição da pretensão punitiva do estado.

Os defensores particulares, ainda que em menor grau, demonstram maior preocupação processual, pois arguíram preliminares, prejudicial de prescrição, apresentaram maior percentual de defesas de mérito individualizada, inclusive arrolando testemunhas (Gráfico 12). Pela relevância do levantamento apresentado, o tema será retomado no Capítulo 4.

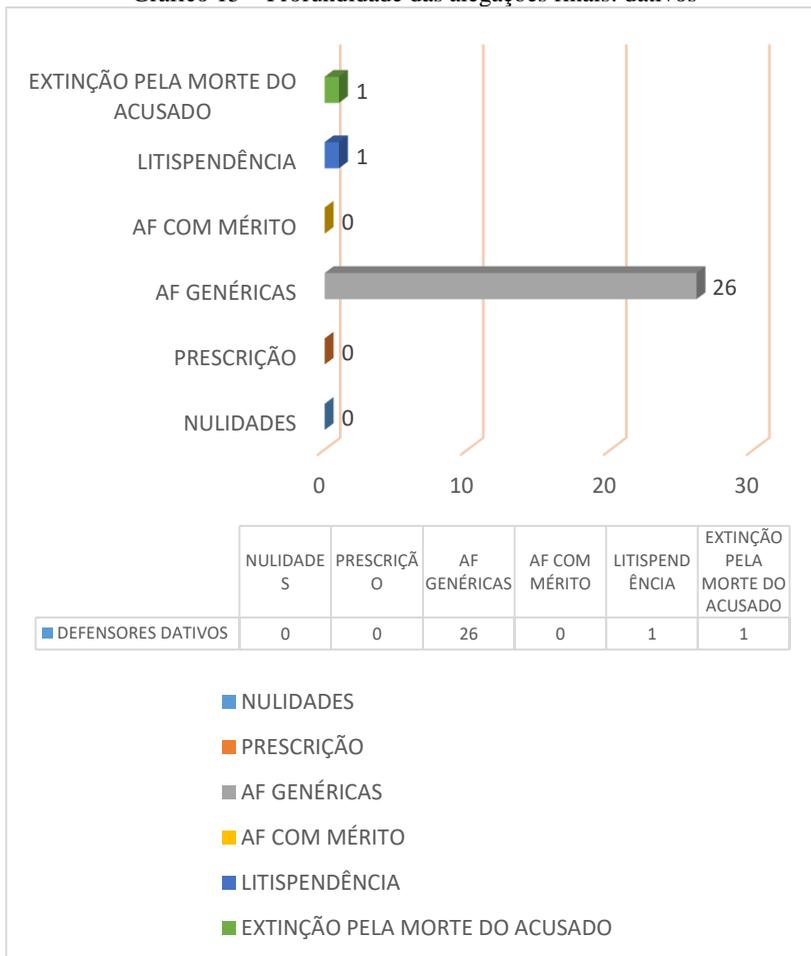
Além das provas produzidas durante a instrução processual, a ampla defesa e o contraditório – que serão explorados no decorrer do estudo de caso – também se perfectibiliza com a apresentação das alegações finais, último momento em que as partes se manifestam, em regra, antes da prolação da sentença.

Logo, sua importância para o processo penal é elementar, especialmente para a defesa. As alegações finais por memoriais é a última peça processual, após a apresentação das alegações pela acusação, em que o acusado pode, além de apresentar os fatos mais relevantes na história processual do caso, rejeitar a manifestação acusatória com elementos fáticos e técnicos. Por isso, a sua elaboração por meio de o defensor é inarredável, eis que é o responsável pela elaboração da defesa técnica-jurídica.

As alegações finais também são fundamentais para o convencimento do julgador, bem como para a arguição de algum fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito de punir estatal. As prescrições propriamente ditas e retroativas devem ser avaliadas no transcurso processual, bem como outros fatos que impeçam ou modifiquem os direitos da acusação e da defesa.

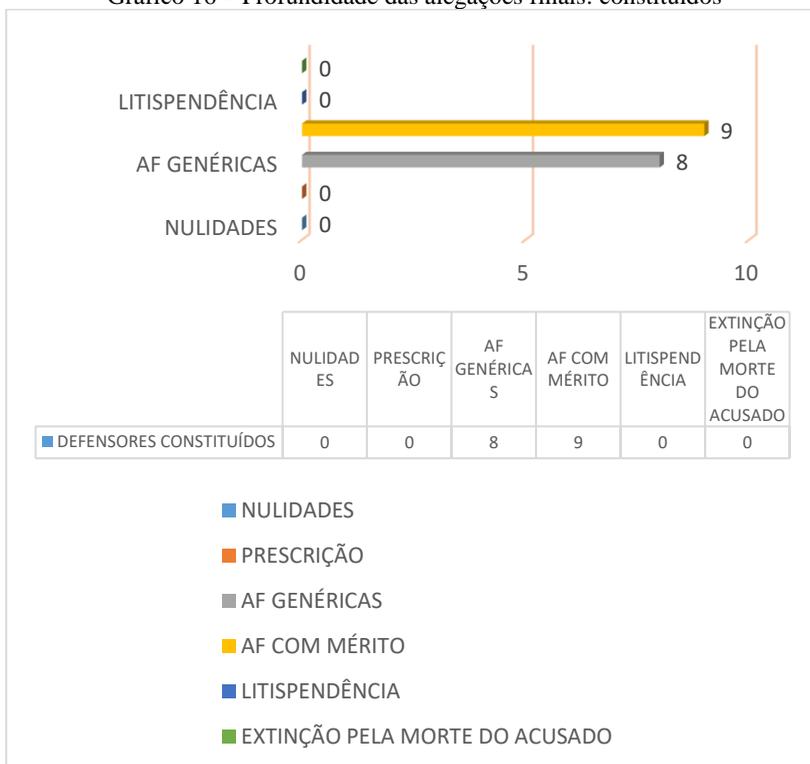
Ainda, é neste momento o momento processual em que a defesa pode - e deve - apresentar ao órgão julgador eventuais causas pessoais aptas a abrandar a pena do acusado, como circunstâncias judiciais favoráveis, atenuantes e causas de diminuição de pena. Partindo de tais premissas, os Gráficos 15 e 16 representam a “qualidade” das alegações finais apresentadas nos processos analisados.

Gráfico 15 – Profundidade das alegações finais: dativos



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Gráfico 16 – Profundidade das alegações finais: constituídos



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

Os critérios adotados para a distinção entre “alegações finais genéricas e com mérito” foram os mesmos adotados quando da análise das respostas à acusação, com destaque na incursão das alegações no ato em si que recai sobre o processado e eventuais causas que possam diminuir a pena na sentença.

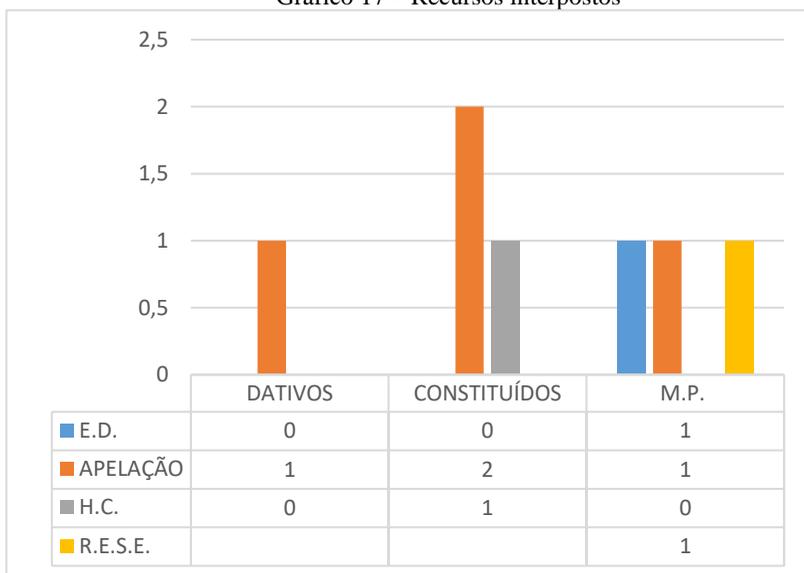
De sua análise, conclui-se que 92,85% alegações finais dos defensores dativos se apresentaram genéricas (correspondem ao percentual de 26 das 28 peças processuais). Ainda, depreende-se que 52,9% - entre 17 processos onde houve a apresentação das alegações finais - de fato houve fundamentação jurídica conjugada com a narrativa fática necessária para se buscar a absolvição ou diminuição da pena.

1.5 RECURSOS INTERPOSTOS

Os recursos, entendidos como desdobramentos naturais da ampla defesa e do contraditório, foram fontes de pesquisa porque representam a (in)satisfação das partes em relação a algum provimento jurisdicional. Por sua vez, o *Habeas Corpus*, ação autônoma de impugnação de previsão constitucional, apesar de não ser considerado recurso em sentido estrito, é também uma via processual adequada para se insurgir contra ilegalidades e demonstrar o inconformismo de alguma decisão relacionada a procedimento administrativo na esfera criminal ou com conteúdo jurisdicional.

O Gráfico 17 representa os recursos interpostos e *Habeas Corpus* impetrados em relação aos processos analisados. Ainda, foram acrescentadas na averiguação as manifestações recursais do Ministério Público apenas para fins comparativos.

Gráfico 17 – Recursos interpostos¹³



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

¹³ Os recursos interpostos pelo Ministério Público foram elencados como forma de contrapor os demais interesses em jogo. Observa-se que pouco interesse processual recursal coube ao *Parquet*. Em todo caso, conforme será melhor desenvolvido, apenas um único Embargos de Declaração interpostos em primeiro grau foram providos.

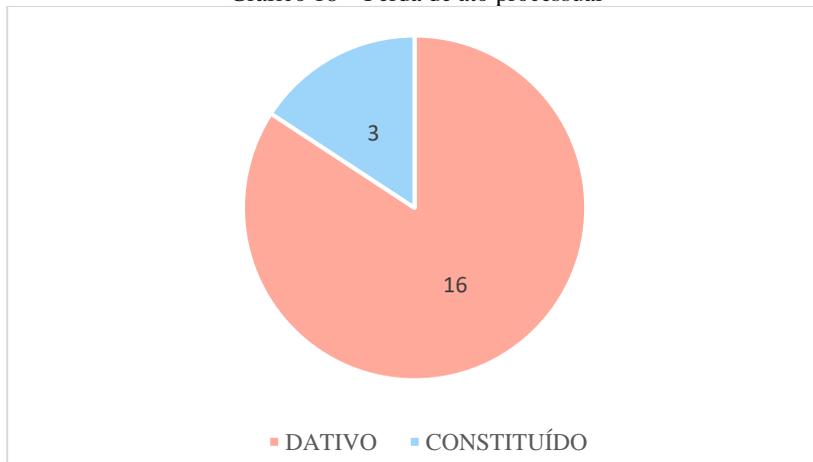
Em conclusão, apesar da quantidade considerável de processos extintos pela declaração da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, quando surgiu efetivamente para alguma das partes o interesse processual em recorrer, os defensores particulares e o Ministério Público mostraram-se mais propensos em elevar à discussão ao grau recursal.¹⁴

1.6 PERDA DE ATOS PROCESSUAIS

A perda de ato processual relevante, conjugado com outros elementos, pode demonstrar a diligência adotada pelo defensor no curso do processo, ato este inerente à função do advogado, podendo configurar, a depender do caso, infração disciplinar prevista no art. 34, IX, XII, XVI, XXIV, do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94).

Buscando a cientificidade necessária para a análise dos dados, foram considerados como perda de ato processual a ausência de resposta à acusação, comparecimento em AIJ e a privação das alegações finais por memoriais, conforme descrito no gráfico abaixo:

Gráfico 18 – Perda de ato processual



Fonte: elaborado pelo autor (2018).

¹⁴ Recurso é um remédio contra as decisões judiciais, mas que também podem ser questionadas por meio de ações autônomas de impugnação (*Habeas Corpus*, Revisão Criminal. O traço marcante que as diferencia é que a primeira são exercíveis antes do trânsito em julgado com o fim de evita-lo, ao passo que a última se dirigem contra decisões passadas em julgado (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2015b, p. 28).

No Gráfico 8 foi demonstrado que 12% dos defensores dativos renunciaram à nomeação, confirmando o baixo índice de recusas. Inobstante a esta constatação, o Gráfico 18 demonstra o maior “descuido processual” em razão da significativa parcela de perda de atos processuais.

Isso significa que, dos 60 advogados nomeados pelo Juízo, houve perda de ato processual em 20% dos casos, obrigando ao Juízo a nomear outros defensores com o fim de superar a inércia apresentada para dar continuidade na marcha processual, uma vez que o processo penal não pode correr à revelia de defesa técnica, sob pena de se configurar nulidade insanável.¹⁵

Apresentado o panorama da Comarca de Armazém-SC, bem como delimitados os dados e parâmetros escolhidos como objetos para análise, passa-se a enfrentar o segundo ponto do presente estudo de caso, cujo referencial é lastreado na Teoria Geral do Garantismo.

¹⁵ Atos nulos são aqueles que a inobservância do mandamento legal pode retirar sua aptidão de produzir efeitos no mundo jurídico. São consideradas nulidades absolutas aqueles atos que acarretam prejuízo manifesto ao contraditório ou para decisão, no qual o vício atinge o interesse público e, por isso, o juízo deve reconhecer de ofício. As nulidades relativas, por sua vez, o prejuízo depende de provocação da parte em relação ao ato irregularmente praticado, subordinando seu reconhecimento a demonstração de prejuízo manifesto (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2011, p. 20-21).

2 GARANTISMO (PENAL)

O presente estudo de caso possui como referencial teórico a Teoria do Garantismo, cujo maior idealizador e expoente centra-se na figura de Luigi Ferrajoli. Surgiu na Itália como corrente jurídico-filosófica para contrapor os “anos de chumbo”¹⁶, vigentes entre as décadas de 1960 e 1980 naquele país, que ficou marcado pelo agravamento da crise econômica provocada pela crise do petróleo de 1973 e pelos intensos conflitos sociais extremistas. Em razão disso, argumentos políticos ou meta-jurídicos foram utilizados como justificativas para a flexibilização de direitos e garantias.

Inicialmente, pode-se afirmar que a base filosófica para a Teoria do Garantismo é, antes de tudo, uma tentativa de separação entre direito e moral, pois:

A base filosófico-política do garantismo de Ferrajoli é constituída, em última instância, pela doutrina liberal da separação entre direito e moral. (...) Observa Guastini que o liberalismo de Ferrajoli é um liberalismo *sui generis*, já que: **a) de um lado, as preferências de Ferrajoli dirigem-se àquilo que ele chama de ‘Estado Social de Direito’, ou seja, um ordenamento que confere e garante não somente direitos de liberdade, mas também direitos sociais (coisa estranha a tradição política liberal, em suma, ao liberalismo clássico; b) de outro lado, o garantismo de Ferrajoli é, por assim dizer, mutilado, dado que não se estende ao direito de propriedade nem portanto às liberdades econômicas (de mercado, de iniciativa econômica) que a pressupõem (CADEMARTORI, 1999, p. 74-75, destaqui).**

Inserido nesse contexto e como forma de contrapô-lo não apenas a partir da perspectiva formal-positivista, Ferrajoli (2002, p. 683-685) propõe, inicialmente, três acepções para o emprego da expressão “Garantismo”, representando: *i)* o Estado de Direito e os níveis das normas e da perda da legitimação; *ii)* como Teoria do Direito e de crítica ao Direito e; *iii)* Filosofia do direito e crítica da política.

¹⁶ Sobre o Totalitarismo, Cf. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo-anti-semitismo /imperialismo-totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

O Estado de Direito e seus níveis de deslegitimação (*i*) é tratado como parâmetro de racionalidade existente entre Justiça e de legitimidade da intervenção mínima. Segundo Ferrajoli (2002, p. 683), a prática demonstra que há um descompasso entre a normatividade constitucional e a efetividade dos níveis inferiores¹⁷, englobando, aqui, o Direito Constitucional, Penal e as práticas administrativas, criando o risco de o ordenamento representar uma simples referência, sem a devida concretude.

Por isso, a mera existência de um aparato jurídico sem a correspondência fática de sua observância é preocupante para o Garantismo, já que provoca a violação dos direitos, maximizando a punição e reduzindo o grau de liberdade, sentido oposto ao que deveria ser perseguido. Em outros termos:

o “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo, ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. **É, consequentemente “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente** (FERRAJOLI, 2002, p. 684, destaque nosso).

¹⁷ Sobre a síndrome da efetividade de direitos em razão da implosão processual, Lenio Streck (2002, p. 63) adverte que “a democratização das relações sociais significou, por outro lado, a abertura de canais que permitem o crescimento das demandas por parte da sociedade civil. Este fato, será, posteriormente, um dos obstáculos críticos ao próprio desenvolvimento do Estado do Bem-Estar social se pensamos que, com o aumento da atividade estatal, crescia, também, a sua burocracia, como instrumento de concretização dos serviços e, como sabido, democracia e burocracia andam em caminhos com sentidos opostos. [...]. Deve-se salientar, por outro lado, que um aspecto assumo grande importância, qual seja, o de que desaparece o caráter assistencial, caridativo da prestação de serviços, e estes passam a ser vistos como direitos próprios da cidadania”.

Nesse aspecto, o Garantismo propõe um modelo de limite¹⁸, no qual o grau de garantias é verificado pelo nível de correspondência entre o ordenamento jurídico prescrito (princípios, constituição, leis) e sua efetividade em concreto.

A Teoria do Direito e crítica ao direito (*ii*), refere-se a um modelo normativo de direito estritamente legal, caracterizado pela verificação do binômio validade-efetividade, afastando a ideia puramente teórica (dever-ser), buscando, em última análise, a concretude e o reconhecimento da complexidade dos diversos ordenamentos jurídicos vigentes. Busca-se a conciliação entre a teoria e a realidade – como no presente estudo de caso – de forma que:

uma aproximação não é puramente “normativa” nem puramente “realista”, a teoria que esta é hábil a fundar, precisamente, **é uma teoria da divergência entre a normatividade e realidade, entre o direito e o direito efetivo, um e outro vigentes. [...] referida ao funcionamento efetivo do ordenamento, o qual se exprime nos seus níveis mais baixos, autoriza a revelar-lhes os lineamentos de validade e sobretudo de invalidade; referida aos modelos normativos, os quais se exprimem nos seus níveis mais altos, é idônea a revelar-lhes o grau de efetividade e, sobretudo, de não efetividade. Sob ambos os aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica e de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito pena, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista de aproximação metodológica aqui delineada comporta que seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efeito** (FERRAJOLI, 2002, p. 684-685, destaquei).

Acrescenta-se que a perspectiva apresentada deve ser inserida dentro do ponto de vista interno da teoria (no direito) e não externo (na

¹⁸ Foi Jean Bodin quem primeiro trouxe a ideia de soberania como um poder absoluto, ilimitado e imprescritível do Estado na obra Os Seis Livros da República.

política) e, por isso, será aprofundado no capítulo subsequente quando da análise *per si* do caso narrado.

O terceiro significado, Filosofia do direito e crítica da política (*iii*), designa a necessidade de fundamentação do Estado¹⁹ em relação os bens juridicamente relevantes e a tutela de sua finalidade. Segundo Ferrajoli (2002, p. 685), “pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, validade e eficácia, ou mesmo entre o “ser” e o “dever-ser” do Direito. E equivale à assunção, para os fins de legitimação ético-política do direito e do Estado”.

O sistema jurídico passa a ser analisado através de dois pontos de vista não excludentes: o externo e o interno. O primeiro (ético-político) exprime valores pré, extra ou meta jurídicos aptos à tutelar interesses e necessidades sociais e individuais. O segundo corresponde efetivamente a análise do sistema jurídico, tendo em vista que:

a assunção de um ponto de vista externo ou político não encoberto sobre aquele interno ou jurídico forma o pressuposto de toda a doutrina democrática dos poderes do Estado, e não só dos poderes penais. **Em um duplo sentido: porque o externo é o ponto de vista de baixo ou *ex parte populi*, e o interno é o ponto de vista do alto ou *ex parte principis*; e porque aquele exprime os valores extra ou meta ou pré-jurídicos fundadores ou mesmo os interesses e as necessidades "naturais" – individuais e coletivas - cuja satisfação representa a justificação ou a razão de ser das coisas."artificiais" que são as instituições jurídicas e políticas. Entretanto, o atrofiamiento de um autônomo ponto de vista externo, ou pior, a sua explícita confusão com aquele interno, forma a conotação de justificação de todas as culturas políticas autoritárias de vários modos comuns reunidos nas idéias de autofundação e de autojustificação**

¹⁹ O conceito e as especificidades para a definição do Estado podem ser extraídos de diferentes correntes. Para Hobbes (2004, p. 63), autor contratualista, o Estado é uma instituição necessária para a manutenção da paz, cujo o fim é a defesa de todos, cujos meios e fins se justificam em prol da paz e da segurança. Por outro lado, Castro (2016, p. 44), na obra *Capitalismo Coletivo Ideal*, aproxima o Estado à uma instituição viva, cheia de contradições, mas que, em última instância, protege os interesses do capital e perpetua a manutenção do sistema dominante de mercado.

do direito e do Estado como valores em si: não meios, mas eles mesmos o fim. Acrescento que o ônus da justificação externa é idôneo para fundar doutrinas políticas que permitam justificações não absolutas ou totais, mas contingentes, parciais, a posteriori e condicionadas [...] mas mais em geral do direito e do Estado (FERRAJOLI, 2002, p. 685-686, destaqueei).

Apesar da aparente exclusão em decorrência de diferentes pressupostos, complementam-se na medida em que convergem para verificar divergências entre Justiça e validade, autonomia e (i)legitimidade das instituições vigentes.

A Teoria Geral do Garantismo convida o pesquisador a repensar o Direito separando-o da moral, do ser e dever-ser, por meio dos múltiplos sentidos jurídicos que a interpretação do ordenamento permite dentro de balizas pré-estabelecidas, evitando a subsunção da norma a critérios meramente descritivos e positivados - o que não retira a integralmente sua carga positiva presente nos seus postulados. Por conseguinte:

Estes três significados de "garantismo", para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, ser explicado. **Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento. Inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e**

critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade - de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho -estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado. E ainda para essas categorias supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas - jurídicas e políticas - que permitem relevar (FERRAJOLI, 2002, p. 686, destaquei).

Os três significados mencionados representam a Teoria Geral do Garantismo, de aplicação geral e não restrita ao Direito Penal,²⁰ nas quais as divergências entre o ser e o dever-ser, próprias do Estado moderno,²¹ assim como as lacunas, devem ser superadas, afastando-se critérios exclusivamente epistemológico, teórico ou político. É, sobretudo, uma crítica ao direito e aos fenômenos que com ele se inter-relacionam.

2.1 MODELO DE DIREITO

Como é sabido, o Estado de Direito²² pode ser abordado por meio múltiplas correntes filosóficas. Por isso, o Garantismo ocupa-se em desenvolver premissas próprias para sua caracterização. Estabelece como alicerces para sua existência o reconhecimento de um governo *sub lege* - submetido às leis - e *per lege* - orientado por leis genéricas e abstratas -

²⁰A Teoria Garantista relaciona-se com outros ramos do direito, bem como dialoga com outros modelos de jus-filosóficos, pois, “es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad -de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral- estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas -jurídicas y políticas- que permiten poner de manifiesto” (FERRAJOLI, 1995, p. 854).

²¹ Chevallier (2009, p. 31) esclarece que todas as formas de constituição do Estado como Estado-Providência, Estado Totalitário, a noção de países em desenvolvimento e nações socialistas foram influenciados diretamente pela Globalização, alterando fundamentalmente os conceitos dos elementos que o compõe.

²² Ferrajolli valeu-se da distinção apresentada por Bobbio na obra *O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo* (Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992, pp. 156 e ss.).

não individualizadas ou direcionadas especificamente a um cidadão ou grupo.

No Direito Penal, por outro lado, representa o limite imposto pelas leis à persecução penal judicial legais (*sub lege*). De outra banda, através de permissivos constitucionais, autoriza o Legislativo a criar tipos penais e imputar penas (*per lege*) por meio de leis penais em sentido estrito.

O sentido *sub lege*, ainda possui duas significações. A primeira é tratada como formalidade instrumental (ou fraca). A segunda, representa a essencialidade substancial intrínseca a todo ato presente no ordenamento jurídico (ou forte), desenvolvida sob a seguinte perspectiva:

Num sentido débil, ou lato, ou **formal, no qual qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercitado nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos; e num sentido forte, ou estrito, ou substancial, no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos.**

[...].

Podemos, *grosso modo*, associar estes dois significados de "Estado de direito" às duas noções aqui elaboradas a partir do princípio da legalidade: **a legalidade em sentido lato, ou validade formal, que requer, tão somente, que todos os poderes dos sujeitos titulares sejam legalmente predeterminados, bem como as formas de exercício; e à legalidade em sentido estrito, ou validade substancial, que exige, outrossim, que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão** (FERRAJOLI, 2002, p. 687, destaquei).

Aqui reside a importância da legalidade para a Teoria Garantista. A legalidade formal busca estabelecer parâmetros legais prévios sobre a forma do exercício do poder; a legalidade substancial impõe limites e obrigações em relação a fixação de competência e o exercício da jurisdição.²³

²³ Cryer (2007, p. 37-38, tradução do autor) utiliza a terminologia Jurisdição como a capacidade decisória de um Estado, ao conhecer conflitos levados até seus órgãos

Consequentemente, a legalidade formal conduz à forma de governo: quem pode e como se deve decidir (Democracia Política). A legalidade substancial refere-se à estrutura dos poderes: regras sobre o que se deve ou não decidir (Estado de Direito). Em todo caso, a primeira depende do “caráter politicamente democrático (ao invés, monárquico) [...] do sistema político; [...] a segunda depende o caráter de direito (ou, ao contrário, absoluto, ou totalitário, ou seja, mais ou menos de direito) do sistema jurídico” (FERRAJOLI, 2002, p. 689).

A legalidade, a Democracia Política²⁴ e o Estado de Direito relacionam-se com o direito à liberdade e os limites impostos ao direito de punir. Ao Estado, em regra, é vedado interferir na esfera privada - especialmente em relação à vida e a propriedade. As eventuais intervenções dependem de estrita regulamentação, desde normas constitucionais a regulamentos administrativos, tratando-se de verdadeiro direito público negativo.²⁵

As garantias penais e processuais assumem especial significado para fins de limitação da atuação estatal. Devem ser entendidas como normas invioláveis, inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis, pois retratam a proteção conferida pela lei aos indivíduos contra arbitrariedades do poder punitivo,²⁶ limitando os poderes de prender, perseguir, sancionar e punir. (FERRAJOLI, 2002, p.691).

judiciais e, a partir destes proferir decisões válidas. Por conseguinte, a análise da competência, como espoco do exercício legítimo da Jurisdição em âmbito interno, delimita e organiza o seu exercício de forma racional e sistematizada.

²⁴ Contudo, enquanto há certa preocupação com a indiferença popular sobre a Democracia, há espaço para se fazer democracia como manobra de massa, especialmente quando inserida no contexto de deliberação e despolitização, sob o argumento que democracia é demasiadamente importante para ser deixada apenas nas mãos dos políticos (MAIR, 2010, p. 9, tradução do autor)

²⁵ Sobre Liberdades Positivas e Negativas, “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (FERRAJOLLI, p. 2001, p. 19).

²⁶ “En realidad, se trata de someter el ejercicio del ius puniendi, de la potestad punitiva del Estado, como un mal que es, a las reglas que presiden el «estado de necesidad para poder afirmar, en los términos de la fundamentación del ALTERNATIV ENTWURF alemán, que nos hallamos ante un mal necesario. Ello quiere 1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; y 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más

Essa dicotomia pode ser representada pelas liberdades negativas (de não fazer) e garantias sociais positivas (prestacionais), cujos anseios refletem em normas primárias (obrigações) e normas secundárias (relacionadas a poderes). Segundo Ferrajoli (2002, p. 691-692, destaquei),

Esta dicotomia entre *garantias liberais negativas* e *garantias sociais positivas*, e correlativamente entre os dois tipos de normas de direito público - negativa e positiva -, pelas quais são estabelecidas, me parece exprimir a diferença entre Estado Liberal e Estado socialista na maneira mais apropriada, porquanto não se façam outras distinções a tal fim elaboradas: como aquela de Friedrich Hayek entre norma de conduta e norma de organização, ou aquela de Herbert Hart entre normas primárias que impõem obrigações e normas secundárias que conferem poderes. **Tal diferença reside, precisamente, não já na diversa estrutura das normas em geral, mas somente naquela das normas de direito público que disciplinam a atividade do Estado, e que chamarei "secundárias", e as respectivas a todas as demais, que chamarei "primárias".** Podemos, por tais motivos, caracterizar o *Estado liberal* como um Estado limitado por *normas secundárias negativas*, isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder; e o *Estado social*, ou *socialista*; como um Estado vinculado por *normas secundárias positivas*, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos. A técnica garantista é sempre aquela da *incorporação limitativa* de direitos civis e correlativamente de deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento: a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos, repitamos, equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado. Muda, porém, profundamente, a estrutura normativa do

económica em términos de daño social que sea igualmente efectiva». Esta última característica es, a mi juicio, altamente significativa pues en ella se encuentra uno de los factores fundamentales de dinamicidad y progreso del Derecho penal” (SÁNCHEZ, 1992, p. 183).

poder estatal, não (mais somente) limitado negativa por vedações legais de impedir os "direitos de", mas (também) funcionalizado positivamente por obrigações de satisfazer "direitos a". E muda ainda a base de legitimação do Estado: enquanto obstado de direito liberal deve somente não *piorar* as condições da vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda *melhorá-las*; deve não somente não ser para eles uma desvantagem mas, outrossim, ser uma vantagem.

Contudo, Ferrajoli (2002, p. 691), entende que as distinções e os extensos debates sobre tais normas são infrutíferos e propõe uma “simplificação”: normas primárias são todas aquelas não vinculadas ao direito público – caráter residual; secundárias, todas as vinculadas ao direito público. Por isso, o Estado Liberal é limitado essencialmente por normas secundárias negativas, ao passo que o Estado Social pelas normas secundárias positivas.²⁷

As classificações das normas não possuem caráter excludente, mas de complemento, afinal, os direitos fundamentais são representados por obrigações de abstenção e também por aquelas de caráter prestacional.²⁸ O debate será retomado no próximo capítulo, onde será

²⁷ “Esta diferença está ligada à diferente natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias. As garantias liberais ou negativas baseadas em vedações legais servem para defender ou conservar as condições *naturais* ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade aos arbítrios e, devemos acrescentar, a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral; as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem, ao invés, a r pretensões e aquisições de condições *sociais* de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador” (FERRAJOLLI, 2002, p. 691-692).

²⁸ Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; *é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.* Concretizando melhor, a positividade Jurídicoconstitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) — Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) — Vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) — Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob

melhor ilustrado através da análise de dados coletados, retirando a falsa percepção de prevalência exclusiva da subjetividade teórica.

Nessa perspectiva, o Garantismo diferencia a Democracia Formal e Substancial, aproximando-se desta na medida que representa não apenas a vontade da maioria (formal)²⁹, mas a vontade da maioria qualificada pelas necessidades vitais de todos, na qual os interesses dos menos favorecidos em sentido amplo, das minorias e dos grupos marginalizados devem ser protegidos frente aos interesses daqueles que estão em posição privilegiada. Tudo isso significa, segundo Ferrajoli (2002, p. 696), que o problema do Estado de Direito é o desnível entre as normas e, por isso, “diante da não efetividade e da consequente ilegitimidade no Estado de Direito, é sempre uma solução regressiva a procura da coerência mediante interpretações restritivas das normas de nível inferior”.

2.2 TEORIA DO DIREITO

Com o surgimento e o desenvolvimento do Estado criou-se a ideia da necessidade de uma instituição de fato e legitimada pelo Direito, sujeito e vinculado à lei. Adicionalmente, surgiram as constituições escritas e hierarquicamente superiores às demais normas. O grande giro se deu na consolidação do monopólio estatal na produção da lei - muita das vezes confundido com o próprio Direito - tornando-se a principal fonte de sua legitimação: o direito foi estatizado.

O Garantismo busca não a mera subsunção da norma inferior a superior, mas aprofunda-se na análise da hierarquização substancial das normas, ou seja, no seu conteúdo. Diferencia-se do Positivismo

a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às «normas programáticas», deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre «norma jurídica actual» e «norma programática (CANOTILHO, 2003, p. 189. Grifo no original).

²⁹ “Resulta do precedente que a vontade geral é sempre reta e tende sempre para a utilidade pública; mas não significa que as deliberações do povo tenham sempre a mesma retitude. Quer-se sempre o próprio bem, porém nem sempre se o vê; nunca se corrompe o povo, mas se o engana com frequência, e é somente então que ele parece desejar o mal. Há muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta olha somente o interesse comum, a outra o interesse privado, e outra coisa não é senão a soma de vontades as que em menor ou maior grau reciprocamente se destroem e resta como soma das diferenças da vontade geral.” (ROUSSEAU, 2013, p. 40-41).

Jurídico,³⁰ na medida em que este se ocupa em verificar a validade de uma norma dentro da norma pressuposta fundamental, em prestígio evidente à forma determinada.³¹ É uma simplificação fruto da incompreensão da complexidade do sistema (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 22).

A ideia do conceito concreto de validade foi promovida por Bobbio (2001, p. 46), que elencou três requisitos para a verificação da existência da norma:

- i. averiguação da legitimidade da autoridade que produziu a norma;
- ii. a validade entre as normas por meio da revogação por outra;
- iii. constatação da invalidade das normas no sistema.

A sua estatização, dentre outras especificidades, elevou o Princípio da Legalidade. Passou a ser tratado como elemento fundamental e estruturante do Estado moderno, regulamentando, inclusive, o modelo de produção da lei (do direito). Nessa perspectiva, pode-se afirmar que:

o *princípio da legalidade* vem a configurar-se como o princípio constitutivo da experiência jurídica moderna: enquanto fonte de legitimação das normas jurídicas vigentes e, por outro lado, daquelas válidas, este é precisamente constitutivo do *moderno direito* positivo e juntamente do moderno Estado de direito; enquanto princípio de reconhecimento das mesmas normas como empiricamente dadas ou positivas, este é constitutivo da *moderna ciência do direito* esmo disciplina empírica ou positiva, da qual vale determinar e simultaneamente circunscrever o objeto (FERRAJOLI, 2002, p. 697).

³⁰ Para ilustrar a corrente Pós-positivistas, John Rawls (2002, p. 8-9) concebeu sua Teoria de Justiça intrinsecamente associada a axiomas valorativos, como moral e respeito mútuo. Foi além, pois a Justiça serviria como instrumento imprescindível para a formulação de qualquer sociedade democrática, avançando nos pensamentos desenvolvidos por Locke, Rousseau e Kant. Entretanto, Ferrajoli, (2014, p. 11-15) critica tanto o conceito de vontade geral elaborado por Rousseau por ser demasiadamente generalista quanto o conceito de democracia política de Kelsen, estritamente vinculado às aos meios de produção do direito previstos no ordenamento.

³¹ “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido por uma via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito (KELSEN, 2003, p. 217).

Consequentemente, o Princípio da Legalidade constitui-se novo postulado para a Teoria Garantista, fonte da legitimação do Direito contra o arbítrio do Estado, podendo ser entendido como:

i. mera legalidade - legitimação formal: vigência das leis, regulando direitos e deveres;

ii. estrita legalidade - legitimação substancial: elaboração e respeito aos direitos fundamentais com a aptidão (eficácia) de concretizá-los e tutelar interesses dos cidadãos face arbitrariedades.

Essas considerações sobre legitimação formal e legitimação material levam à conclusão que nem toda norma vigente é válida. No caso em análise, que será verificado no próximo capítulo, existem normas que determinam a implementação da Defensoria Pública, contudo, notoriamente, há comarcas no Brasil, como o caso de Armazém-SC, mesmo após mais de 30 (trinta) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que ainda não foram instaladas.

Por isso, tomando o exemplo acima mencionado, uma abordagem exclusivamente normativa dos fenômenos jurídicos (dever-ser), analisando apenas os significados das normas, não se mostra como a adequada no presente estudo. Inversamente, não pode ser levado em consideração fatos estritamente realistas (descritivos), dissociados de como deveriam ser.³²

Cademartori (1999, p. 80) sintetiza o Garantismo como Teoria do Direito da seguinte maneira: é justo quando responde positivamente a certo critério de valoração ético-político; é vigente quando sua forma obedece ao procedimento prescrito; é válida quando não contrapõe nenhuma outra norma superior; é eficaz quando é de fato observada pelos seus destinatários e(ou) aplicada pelos órgãos cuja atribuição se encontra constitucionalmente delimitada.

Mas o que significa a existir a lei ou estar em vigor? Para o Garantismo, refere-se à sua existência expressa, democraticamente produzida, não revogada e que pode ser aplicada pelo Judiciário, ainda que este entenda não ser caso de validação. Isto posto, pode-se afirmar

³² O Garantismo parte da importante distinção entre vigor das normas, nos planos da validade e eficácia. A distinção é essencial para o correto entendimento dos alicerces do Estado de Direito Garantista, caracterizado pela (i) vigência das normas hierarquicamente estruturadas; (ii) existência de normas superiores que regulamentam o modo de produção das outras normas, criando relação de efetividade entre elas; (iii) antinomia produzida pela violação das normas hierarquicamente vinculadas mas igualmente em vigor; e (iv) a sempre desconfiança de ilegitimidade jurídica dos Executivo, Legislativo e do Judiciário em relação à incorporação dos poderes em nível mais elevado (FERRAJOLI, 2002, p. 699).

que os juízes têm o poder de interpretar as leis e de suspender sua aplicação (eficácia *in concreto*). Entretanto, ao se deparar com uma norma de cunho secundário e prestacional, como deve ser pautada sua atuação?

2.3 TEORIA FILOSÓFICA E POLÍTICA

As tensões provocadas pela relação conflituosa entre a liberdade-restrição, Estado-cidadão, justificam-se sob diversos aspectos, jurídicos ou morais, mas que, de uma forma ou outra, se autojustificam como um valor em si mesmo considerado ou buscam sua legitimação na heterojustificação como forma de tutelar os interesses essenciais dos cidadãos.

Essa separação traz consigo uma ideia prematura na interpretação da justificação interna e externa do direito.³³ Como resultado, a confusão criada reflete na justificação do sistema político, do Estado, dos bens e valores a serem protegidos.

A corrente autojustificante credita às políticas que fundam o Estado e os bens protegidos como valores necessários de proteção por si mesmos, ao passo que a doutrina heterojustificante é fundada nas questões sociais que apoiam instituições como necessárias para satisfação dos interesses dos cidadãos.³⁴

O Estado sob o ponto de vista externo opta por afastar premissas morais: não é nem um valor, nem um fim, senão uma criação objetivamente considerada pelo homem para a consecução de seus fins indispensáveis (naturais). Na mesma medida, é um desvalor porque é considerado “um mal menor”. Seus poderes são distribuídos injustamente, mas para aqueles que os detém, “sobretudo segundo *por que, quando e como* são ou não são sempre exercitados. Não é, em suma,

³³ “Mostramos, ainda, como estão estas duas orientações - caracterizadas respectivamente pela confusão e separação entre legitimação interna ou jurídica e legitimação externa ou moral - estão na base uma das culturas e dos modelos penais autoritários, a outra na base dos modelos e culturas penais garantistas. Esta alternativa, sendo o direito penal o lugar onde é mais elementar e direto o conflito entre Estado e cidadão ou entre autoridade e liberdade, pode ser então considerada como reflexo de uma alternativa mais generalizada: aquela entre as doutrinas políticas que fundam os sistemas políticos sobre si mesmas, justificando o direito e o Estado como *bens* ou valores intrínsecos, e as doutrinas políticas, que, ao invés, fundam as suas finalidades sociais, justificando as instituições políticas e jurídicas, *males* necessários para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2002, p. 706).

³⁴ Ponto este preocupante, pois o discurso de visar tão somente ao fim, sem se importar com os meios, conduz a narrativas de autoridade.

a fonte ou a forma das normas, mas os seus concretos conteúdos que justificam ou não justificam politicamente a sua produção” (FERRAJOLI, 2002, p. 707). Segundo Salo de Carvalho (2001, p. 112):

a idéia Estado como entidade teleologicamente direcionada à proteção dos direitos fundamentais permite a afirmação de que a legitimidade do modelo jurídico-político não é interna e vertical, mas externa e horizontal. A estrutura do direito e do Estado não é justificada em si mesma, pois o seu referencial é dirigido à dignidade da pessoa humana.

Em síntese, as diferenças são de cunho “essencialmente democrático, pois *ex parte populi*, a diferença do ponto de vista interno, que seria para ele *ex parte principis*” (CADEMARTORI, 1999, p. 155).

O fundamento de legitimação externa exerce papel decisivo nos direitos “vitais” dos cidadãos. Por conta disso, o Garantismo, retomando as Teorias Contratualistas de formação do Estado, entende que a democracia política (ou formal) - fundada no consenso entre os contratantes - e a democracia substancial (ou social) - representada nas garantias individuais - são essenciais para a tutela dos direitos fundamentais³⁵.

Dessa forma, a vontade geral, direta ou representativa, condiciona a legitimidade conferida aos representantes para decidir de acordo com a vontade de maioria devidamente esclarecida. Por outro lado, a legitimação substancial está relacionada a quais temas devem ser decididos e como decidir dentro dos limites estipulados ao Estado em relação aos direitos fundamentais, estes inseridos na dicotomia burguesa de liberdade-propriedade com os anseios de emancipação conferidos pelos direitos sociais prestacionais.

³⁵ “O Poder Judiciário é em alguma medida poder discricionário de disposição, ao aplicar a lei ao caso concreto; o Poder Legislativo, dadas a ausência de mandatos imperativos e a existência de mediações burocráticas partidárias, apresenta-se sempre como uma representação aproximativa e imperfeita; e o Poder Executivo detém uma capacidade normativa de conjuntura que exerce de forma ampla, o que lhe permite regular as relações econômicas e sociais a seu talante, dado o deficiente controle parlamentar” (CADEMARTORI, 1999, p. 164).

2.4 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO DEFENSOR NO ESTADO DE DIREITO GARANTISTA

Destarte, vale dizer que o conceito de direitos fundamentais pode ser elaborado a partir de diferentes perspectivas. No presente estudo, por razões de opção quanto ao marco teórico, estão relacionados à vinculação estrita e rígida de direitos previsto na Constituição ou documento equiparado como ponto de partida para a sua caracterização.³⁶

Em apertada síntese, são direitos subjetivamente e universalmente reconhecidos a todos os seres humanos porquanto são caracterizados por serem pessoas, em uma perspectiva subjetiva positiva (exigir) e em outra subjetiva negativa, direcionada ao Estado (abster), previsto na Constituição ou em outro documento internacionalmente reconhecidos (FERRAJOLI, 2006, p. 117).

O conceito de Direitos Fundamentais é caracterizado pela sua imprecisão terminológica. Em todo caso, abrange o conceito de direito natural,³⁷ direitos do homem, direitos individuais, das liberdades públicas e deve ser tratado como direito público subjetivo que, ao final traduzem-se nos direitos essenciais ao indivíduo (RAMOS, 2018, p.52/56).

O reconhecimento, em razão da sua historicidade e contínua na história se deu, primeiro, em relação aos direitos dos cidadãos de cada Estado. Os direitos do cidadão foram proclamados em 10 (dez) de

³⁶ Segundo Ferrajoli (2006, p. 114), “gracias a la rigidez de las constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión. De esta manera, del derecho resulta positivizado no solamente su “ser”, es decir su existencia o vigor, sino también su “deber ser”, es decir sus condiciones de “validez”; ya no solamente los vínculos formales relativos al “quién” y al “cómo” de las decisiones, sino también los vínculos de contenido relativos al “qué cosa” de las decisiones mismas y que no son más que los principios y los derechos fundamentales: los derechos de libertad, que no pueden ser lesionados, y los derechos sociales cuyo cumplimiento es obligatorio”.

³⁷ Grotius, retomando a ideia de Cícero (2004), entendia que o direito natural é comum a todos os homens, inerente a fundação da sociabilidade dos indivíduos. É “o direito natural nos é ditado pela razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena” (GROTIUS, 2004, p. 79).

dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, favorecendo, ainda que de forma “limitada”, a irreversível emergência do indivíduo (BOBBIO, 1992, p. 5-6).

A sistemática garantista elenca três critérios para a diferenciar ou desclassificar um direito como sendo fundamental ou não.³⁸ Inicialmente, devem ser tratados como universais, indisponíveis, inalienáveis e igualmente a todos assegurados. Relaciona-se ao direito à paz, previsto especialmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, documento no qual os direitos à liberdade, integridade, propriedade, dentre outros atrelados aos direitos individuais, foram assegurados.

Em uma segunda perspectiva, os direitos fundamentais também são desenvolvidos a partir da ideia de igualdade,³⁹ ganhando especial significado para as minorias e os socialmente desfavorecidos.⁴⁰ A medida da igualdade é justamente igualar aqueles que estão em situações diferentes, respeitando todo conteúdo jurídico, histórico e cultural que acompanha cada cidadão.

³⁸ Convém ressaltar, ainda, a importante diferenciação Garantista entre bens (disponíveis – patrimoniais e indisponíveis – não patrimoniais) e direitos. Por direitos, entende-se que dizem respeito a todos enquanto pessoas. Consequentemente, Direitos Fundamentais são direitos subjetivos universalmente reconhecidos a todos os seres humanos como pessoa, cidadão ou com capacidade para agir, cujo objeto e proteção refere-se a bens materiais ou imateriais (FERRAJOLI, 2011a, p. 9). Bens indisponíveis, por sua vez, são fundamentais e igualmente universais porque são objetos de proteção dos Direitos Fundamentais (FERRAJOLI, 2005, p. 30).

³⁹ Vale lembrar que o conceito de igualdade/universalidade não pode ser considerado como absoluto, pois [...] “de otra parte, es claro que esta universalidad no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica. En efecto, el todos de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida. Así, si la *intensión de la igualdad* depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la *extensión de la igualdad* y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de *status* que las determinan” (FERRAJOLI, 2004, p. 39, grifo no original).

⁴⁰ Exemplificando, há o direito à vida, nos direitos de liberdade, nos direitos sociais à subsistência, à saúde, à educação, às salvaguardas ambientais e similares. Ao mesmo tempo se prestam a receber, primeiro, na forma dos “direitos naturais” e, depois, naquela derivada dos modernos “direitos civis”, as *necessidades e interesses materiais primários* das pessoas, cuja garantia equivale à igual tutela de sua diversa identidade e ao mesmo tempo à realização, ao menos tendente, de sua igualdade substancial.

Já em uma terceira caracterização, estão relacionados a *leyes del más débil*, onde a Defensoria Pública ganha, como será visto, ainda mais destaque. Trata-se do critério em estabelecer o contraponto da lei “do mais forte contra o mais fraco”, permitindo à pessoa em posição desfavorável, nos cenários fáticos e jurídicos, oferecer resistência frente a abusos e violações em seu direito ou exigir o seu respeito, diretamente ou não relacionado à Democracia:⁴¹

Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente⁴² (FERRAJOLI, 2006, p. 117).

Para a Teoria Garantista (FERRAJOLI, 2011a, p. 103-108), os direitos da dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela dos mais fracos e a

⁴¹ “Caso se divida esta reinterpretação do contratualismo clássico como esquema de justificação do Estado enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, será lícito reconhecer nele a primeira e embrionária doutrina da democracia: não apenas da *democracia política* ou *formal*, a que este funda no *consenso* dos contraentes, mas também – e diria, sobretudo – da *democracia social* ou *substancial*, que este funda na *garantia* de seus direitos. Os direitos fundamentais, como ficou dito no parágrafo 57 e como melhor mostrarei no parágrafo 60, correspondem às facultades ou expectativas de *todos* os que definem as conotações substanciais da democracia e que são constitucionalmente subtraídos ao arbítrio da maioria como limites ou vínculos indissociáveis das decisões governamentais: se pense no direito à vida, nos direitos de liberdade, nos direitos sociais à subsistência, à saúde, à educação, às salvaguardas ambientais e similares. Ao mesmo tempo se prestam a receber, primeiro, na forma dos “direitos naturais” e, depois, naquela derivada dos modernos “direitos civis”, as *necessidades e interesses materiais primários* das pessoas, cuja garantia equivale à igual tutela de sua diversa identidade e ao mesmo tempo à realização, ao menos tendente, de sua igualdade substancial”(FERRAJOLI, 2002, p. 708, grifo no original).

⁴² Todos os direitos fundamentais são leis dos mais fracos, em alternativa à lei do mais forte que governaria na sua ausência: primeiro, o direito à vida, contra a lei de quem é fisicamente mais forte; segundo, os direitos de imunidade e liberdade, contra a vontade de quem é politicamente mais forte; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são direitos de sobrevivência contra a lei daqueles que são social e economicamente mais fortes (tradução do autor).

paz são fundamentais e merecem especial proteção “porque os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, e esses valem, como direito do indivíduo, para proteger as pessoas também” (FERRAJOLI, 2011a, p. 108). Dessa forma, a proteção das pessoas em situação de vulnerabilidade recebe destaque em razão da posição em que ocupa dentro da vertente Garantista.

Tomando por bases tais premissas, em profunda análise da sociedade e das estruturas do Estado, considerando que o acesso à Justiça é uma garantia (direito) fundamental para a proteção de bens fundamentais (direitos públicos, integridade física, direitos civis e políticos), a Teoria Garantista expõe, como uma Teoria do Direito, as fragilidades do sistema jurídico e a necessidade de sua releitura como forma de assegurar o bom funcionamento das instituições e a garantia dos direitos fundamentais essenciais, estruturados na constituição (FERRAJOLI, 2012, p. 32).

Por isso, em suas três características - como direito positivado e universal, igualdade e de contraposição ao sistema do “mais forte” - deve haver uma instituição independente para assegurar os direitos fundamentais ao mais fracos e politicamente expostos. Está, portanto, na esfera do que não pode ser decidido e servem como limitação substancial à matéria objeto de legislação (ROSA, 2002 p. 27-28).

Logo, não se pode pensar em uma instituição desprovida de legitimidade e, por isso, a necessidade de se estabelecer nela nitidamente o caráter público, dissociado de qualquer iniciativa privada. A instituição como forma de ingresso no judiciário necessita da legitimidade (jurídica e fática), ainda que com as ressalvas do Estado, para atuar de maneira independente e contrapor, na maioria das vezes, o interesse de seu próprio criador.

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Resolução no 217-A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, em seu artigo 11, item 1, garante todas as garantias necessárias para a defesa do acusado, presumindo-se inocente até a “comprovação de sua culpabilidade”. O artigo 14, item 3, alínea “d”, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (Decreto n. 592/1992) salvaguarda ao acusado a presença de um defensor constituído ou nomeado pelo Estado de forma gratuita.

Em relação à realidade americana, no artigo 8, item 1, alíneas “e”, da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 (Decreto n. 678/1992) há a previsão da ampla defesa como forma de garantia. Vai além, pois prescreve ser direito irrenunciável do acusado a assistência por

um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, em todas as esferas judicantes.

As Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade de 2008 (XIV Conferência Ibero Americana), possui *status* de *soft law*,⁴³ desprovida de obrigatoriedade (força cogente).

Contudo, os resultados das conferências refletem posicionamentos de diversas entidades que atuam na administração da Justiça em âmbito interno e que se comprometeram, em cada Estado, propor mudanças legislativas para melhor desenvolver o direito de acesso ao Judiciário. A vulnerabilidade presente no referido instrumento pode ser assim classificada:

No referido documento, foi reconhecida, no Capítulo I, que a vulnerabilidade é um conceito elástico, influenciada por critérios a) biológicos (idade), b) jurídicos (incapacidade), c) plural (comunidades indígenas, gênero, minorias), d) social (vitimização), e) territorial e circunstancial (migração e deslocamento interno), f) econômico (pobreza) e g) estado pessoal de exceção (privação de liberdade) (CASTRO; MENDES, 2018, p. 53-54).

De forma mais específica, no Capítulo II, Seção 2, trata sobre a imprescindibilidade assistência técnica e jurídica de qualidade, especializada e gratuita, bem como da necessidade de implementação de políticas públicas a fim de garantir o acesso ao Judiciário, inclusive com a participação da comunidade por meio de universidades.

A lógica do acesso à Justiça, em seu primeiro estágio, especialmente em decorrência da adoção do Estado liberal e com forte influência do direito natural, relacionava-se Justiça e seu acesso à

⁴³ A *soft law*, em síntese, é aquela que é despida de força cogente, pois “a falta de força obrigatória das recomendações não significa que não tenham qualquer alcance. Se fosse esse o caso, seria difícil explicar a obstinação dos debates que conduziram à sua adoção. O seu impacto político é muitas vezes fundamental e mesmo o seu valor jurídico não é de desprezar” (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p.252). Entretanto, a As Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, por tratar ser inerente aos Direitos Fundamentais, não pode ser tratada como uma mera recomendação, opcional e facultativa, posicionamento adotado no presente estudo.

capacidade dos indivíduos de proporem ações e se defenderem em juízo (sentido formal).

À medida em que as sociedades expandiram em tamanho e complexidade, com o surgimento dos denominados Direitos Humanos, permitiu-se a evolução do movimento em favor do reconhecimento das ações coletivas, superando o modelo individualista.

Conclui-se, pois, que “o acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos, de um sistema moderno e igualitário” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 11-12).

Por refletir e garantir um direito fundamental ou mesmo o meio de defesa para aqueles que estão em situação desfavorável dentro Estado e da sociedade, sua existência deve ser tratada como cláusula pétrea, pois, sem ela, considerável parcela da população brasileira deixará de ter um meio legitimamente aceito em se defender ou de requerer ações afirmativas pelo Estado.

Todavia, a expressão acesso à Justiça é de complexa definição.⁴⁴ Representa ao menos duas finalidades, normatizando a forma dentro do sistema no qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e como os litígios serão resolvidos na esfera de proteção do Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.8).

Se o Estado de Direito é fundado na racionalidade dialética entre Justiça e intervenção, normatividade e efetividade, não basta a mera previsão legal da existência do Defensor Público; deve haver concretude no desempenho das atribuições que lhe fora outorgada, sob pena de se deslegitimar todo o sistema (*i. Estado de Direito*).

Evidentemente, por ser o sistema um modelo normativo legal, no qual se busca o equilíbrio entre validade e efetividade, com o reconhecimento e proteção aos diversos subsistemas inseridos em contextos “caóticos”, o Estado surgiu (e ainda se mantém) como o “único legitimado a elaborar leis” e, por conta disso, as validades formais e substanciais do sistema também são depositadas institucionalmente na Defensoria Pública (*ii. Teoria [e crítica] do Direito*).

A Teoria do Garantismo também se ocupa em verificar a necessidade de se legitimar e ponderar os bens juridicamente relevantes

⁴⁴ Em 1975 (Firenze-Itália), foi realizada a importante Convenção sobre Liberdades Fundamentais e Formações Sociais para o desenvolvimento de estudos sobre o acesso à justiça em sociedade de massa, através dos Estudos de Norberto Bobbio, Constantino Mortati, Paolo Barile, Giovanni Conso, Pietro Rescigno, Mário Nigro, Giovanni Pugliese, e Mauro Cappelletti.

que surgiram (e continuam surgindo) no processo de tensão entre controle e emancipação. A evolução do poder político, atrelada ao desenvolvimento estatal vem demonstrando, historicamente, que sempre existiu uma classe detentora de poder e favorecida no sistema estatal. Esta interseção reflete na contraposição entre o ser e o dever-ser, na qual a busca pela democracia substancial passa pela proteção de todos na sociedade e não apenas dos “mais favorecidos” (*iii. Teoria [e crítica] à Política*).

Consequentemente, se o Estado não disponibiliza meios adequados para assegurar a manutenção da vida digna e a ameaça ou violação de direitos do homem, nos dizeres de Amartya Sen (2001, p. 100), a proibição ou a criação de obstáculos ao acesso à Justiça é uma grave violação aos Direitos Fundamentais.

2.5 DEFENSORIAS PÚBLICA E DATIVA

A Defensoria Pública, até o advento da CF/88,⁴⁵ era confundida com as funções do Ministério Público. Em decorrência da estrita separação de atribuições, eram instituições previstas em um púnico diploma (Lei 5.111/62).

Após intensos debates na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, foi com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a Defensoria Pública, nas esferas federal e estaduais, adquiriu novos contornos. No artigo 5º, inciso LXXIV, da Lei Maior brasileira, foi inserida a cláusula pétreas⁴⁶ de garantia ao acesso à Justiça para todos que possuem insuficiência de recursos.

No artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, foi previsto, pela primeira vez, no Capítulo V, do Título IV, a Defensoria

⁴⁵ As Constituições de 1824 e 1891 não fizeram referência à assistência judiciária; esta última garantiu o direito à plena defesa (art. 72, p. 16). A Constituição de 1934 previu a isenção de despesas e a criação de órgãos para a concessão de assistência judiciária (art. 113, XXXII), conquistadas essas retrocedidas na Constituição Polaca de 1937. A Constituição de 1946 retornou em seu texto a previsão da assistência judiciária aos necessitados (art. 141, p. 35), que se manteve nas Cartas (no sentido de 1967 e 1969).

⁴⁶ “As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétreas já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela” (BRANCO; MENDES, 2017, p. 117-118).

Pública, instituição cuja missão constitucional é primordialmente garantir o acesso ao Judiciário para as pessoas em condições de vulnerabilidade. Trata-se de 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 (98 e §1º, ADCT).

Em razão da sua importância, foi elevada à condição de Função Essencial à Justiça, indispensável à garantia do direito de ingresso ao Judiciário. Adquiriu a qualidade de instituição permanente que, em outras palavras, representa sua essencialidade para o desempenho das funções institucionais e para o Estado Democrático de Direito. Consequentemente, não pode ser suprimida, ainda que de forma temporária.

A Emenda Constitucional n. 80/2014 avançou quanto à solidificação institucional do Órgão, pois conferiu autonomias funcionais e administrativas, bem como a iniciativa para propositura de lei orçamentária, possibilitando a melhor organização administrativa para a consecução de seus fins.

Buscando a autonomia necessária para desempenhar suas atividades e a segurança jurídica institucional, os Princípios da Unidade e da Indivisibilidade, anteriormente reconhecidos apenas ao Ministério Público, foram estendidos à Defensoria Pública na EC 80/2014. O primeiro trata a Defensoria Pública como instituição una, independentemente da sua divisão administrativa e de seus órgãos internos. Por sua vez, a Indivisibilidade considera a atuação dos Defensores Públicos *ex lege*, pois dispensam mandato específico para atuarem nas esferas administrativas e judicial e, por isso, quando um órgão se manifesta estará representando toda a instituição.

A atuação da Defensoria Pública materializa-se por meio dos Defensores Públicos, órgãos de representação e execução institucional. Com o fim de garantir a melhor prestação jurisdicional e a independência no exercício de suas funções, foi assegurada aos seus membros a inamovibilidade, em paridade com os Magistrados e o Ministério Público, vedada a advocacia privada. Portanto, não poderão ser removidos do órgão de atuação sem o devido processo administrativo motivado e mais rigoroso.

Nesse ponto, o legislador entendeu que as atividades dos Defensores Públicos possuem tamanha relevância que a lhes foram impostos dedicação exclusiva com a intenção de otimizar a prestação dos

serviços à sua finalidade institucional. Como mencionado, institucionalizou-se a Defensoria Pública, separando o público do privado.

Por sua vez, A Defensoria Dativa é composta por advogados particulares que atuam em colaboração com o Estado no auxílio jurídico das pessoas em condição de vulnerabilidade. Prestam serviços nas áreas administrativa e jurisdicional.

Sua origem remonta à incapacidade do Estado em garantir o acesso à Justiça para as pessoas mais necessitadas, já que sua implementação depende de recursos financeiros, caracterizando, como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, inconstitucionalidade progressiva.⁴⁷

Na Constituição Federal de 1988 não há previsão específica de sua existência, mas se pode dizer que as garantias dos advogados particulares são inerentes aos advogados dativos, na forma do art. 133 da CF/88.

Especificamente em relação ao Estado de Santa Catarina, até o ano de 2012, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4270/SC,⁴⁸ a defesa das pessoas em condições de vulnerabilidade e hipossuficientes era exercida exclusivamente por defensores dativos. Em razão da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina e da inexistência da Defensoria

⁴⁷ O STF entende que é possível que uma norma, que no momento presente ainda é constitucional, se torne progressivamente inconstitucional em virtude da modificação dos fatos. Nesta hipótese, o Tribunal pode declarar a norma “ainda constitucional” (MARINONI; MITIDIEIRO; SARLET, 2017, p. 1457).

⁴⁸ Ementa: Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (BRASIL, 2018).

Pública, foi promulgada a Emenda Constitucional Estadual n. 62 no ano de 2012.

A referida Emenda inseriu o art. 104 na CESC e previu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-a de zelar pela orientação jurídica e a defesa gratuitas, em todos os graus, dos necessitados, assim considerados os que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos de lei complementar.

A implementação e regulamentação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina foram estabelecidas pela promulgação da Lei Complementar Estadual n. 575/2012, extinguindo-se o Fundo Especial da Defensoria Dativa.

Contudo, a instalação efetiva da Defensoria Pública e a criação proporcional a real necessidade dos cargos de Defensores Públicos vem ocorrendo de forma paulatina e, por isso, há carência em várias cidades e comarcas.

Diante do referido cenário, foi regulamentada no Estado de Santa Catarina a atuação dos defensores dativos em paralelo à solidificação da Defensoria Pública. O regulamento administrativo materializou-se através do Ato n. 30, de 14.08.2017, do Defensor-Público Geral do Estado.

No referido Ato consta, além de outras especificidades, a relação existente entre as duas funções, prescrevendo o credenciamento de advogados, forma de nomeação, recusa, responsabilidades do defensor dativo, fiscalização e penalidades pela má atuação, temas estes que serão retomados no Capítulo 4.

3 A SORTE PROCESSUAL NA (DIS)FUNÇÃO JURISIDICIONAL SOB A ÓTICA GARANTISTA

O presente capítulo busca analisar os dados coletados na Seção 2 do presente estudo, sem perder a profundidade acadêmica necessária para sua aproximação com a Teoria Garantista.

Por conta disso, está dividido em 3 (três) partes, que representam a conjugação da realidade processual encontrada na Comarca de Armazém-SC com as concepções da Teoria-base descrita no item anterior.

3.1 O ESTADO DE DIREITO: MERA LEGALIDADE E ESTRITA LEGALIDADE

O Estado de Direito é marcado pela vinculação do Estado e dos administrados às leis, democraticamente debatidas e aprovadas por seus representantes. É o exato limite entre a liberdade dos cidadãos e o exercício do poder de polícia do Estado, regulamentado pela Constituição.

O Estado de Direito possui íntima relação com a jurisdição. O primeiro consiste na sujeição a lei por partes dos poderes públicos; segundo corresponde ao sistema de limites impostos aos poderes públicos como parte do integrante do Estado (ATIENZA; FERRJOLI, 2005, p. 87).

Na esfera penal, “são os conflitos entre mentalidade, ideias e concepções no seio da sociedade que manifestam por primeiro as contradições presentes nas raízes mais profundas do costume e do direito [...], se não uma tentativa de responder a todo aquele universo” (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 25).

Os instrumentos necessários para iniciar e dar continuidade aos processos (administrativo e judicial) de restrição (*ius puniendi*) foram concentrados (quase exclusivamente) nas mãos do Estado com o advento da modernidade. Além de outras formas, exerce o direito de perseguir e punir por meio das Polícias ostensivas e judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

De outro lado, o cidadão tem a prerrogativa de se opor às imposições estatais, especialmente em relação à *ultima ratio* do Direito. Sem sombra de dúvidas, pode-se opor pessoalmente, como nos casos de descumprimento de ordem ilegal e da prerrogativa de ser interrogado pessoalmente e expor sua versão dos fatos perante o juízo. Contudo, a defesa jurídica e técnica, aliada ao exercício individual de autodefesa,

mostra-se indispensável para assegurar a possibilidade de contenção da pretensão estatal.

A Comarca de Armazém-SC, conforme os dados analisados, representa a realidade de outros órgãos jurisdicionais brasileiros. Há todo um aparato estatal acusador e o mínimo para a garantia de defesa real e efetiva.

Como mencionado, a estrutura física do Fórum é nova (2014). A presença e atuação de Policiais Militares, Policiais Civis, Promotores de Justiça e Juízes de Direito sempre se deu de forma ininterrupta desde a sua criação.

Atualmente, em dezembro de 2018, 100% dos processos da Comarca de Armazém-SC encontram-se digitalizados ou “nasceram digitais”; não há processos físicos, o que possibilita, em tese, maior celeridade processual. Em 2017, todos os 321 processos criminais arquivados nasceram digitais ou foram digitalizados, inclusive os analisados e afetos ao Rito Ordinário do Código de Processo Penal, que correspondem ao percentual de 20% - 65 processos (Gráfico 1).

Predominantemente, os processos considerados de maior gravidade, onde houve a instauração de inquérito policial, pedidos de prisão preventiva e temporária, crimes contra à vida, busca e apreensão criminal, quebra de sigilo e medidas protetivas representam quase a totalidade dos procedimentos (Gráfico 2).

Por isso, pode-se dizer que o Gráfico 3 representa os casos nos quais são autorizados pelo ordenamento brasileiro as intervenções legitimamente mais significativas na esfera da intimidade permitidas pelo Direito; a exceção dos crimes afetos ao Rito Sumaríssimo, todos os procedimentos listados no gráfico podem implicar em restrições de direitos.⁴⁹

Dessa forma, por possuírem tipos penais com pena máxima em abstrata igual ou superior a 4 anos, estão sujeitos a medidas cautelares diversas da prisão, bem como aplicação de pena privativa de liberdade a ser cumprido, potencialmente, em regime inicialmente fechado.

Os procedimentos em que a legislação permite maior flexibilização da pena de prisão clássica pela substituição por penas

⁴⁹ Vale ressaltar que o ponto de vista apresentado não se aplica aos casos de soma de pena, concurso de crimes dentre outros casos onde sua cumulatividade poderá, em uma perspectiva global, implicar, por exemplo, na privação de liberdade.

alternativas,⁵⁰ representados, em regra, pelo procedimento sumaríssimo, que tramitam no Juizado Especial Criminal, são amplamente minoritários.

Com base nessa conjuntura, o respeito e a constante vigilância dos direitos de defesa, especialmente pelo órgão imparcial e constitucionalmente condutor das regras do jogo, o Judiciário, mostram-se mais relevantes porque não estão diretamente relacionados com a possibilidade *in concreto* de pena de prisão.

A demanda pela implementação da Defensoria Pública pode ser analisada com base no Gráfico 6. Dos 65 processos consultados, em 65% (60 processos) houve a participação de defensores dativos, enquanto o percentual de 32% (29 processos) a defesa ficou foi desempenhada por defensores particulares.⁵¹ Com base nisso, nos 65 processos, houve efetivamente a atuação de 60 defensores nomeados pelo Juízo e 29 constituídos (Gráfico 7).

Extraí-se duas conclusões das informações coletadas. A primeira constatação é que na Comarca de Armazém-SC há a necessidade imediata de instalação da Defensoria Pública (estatal e oficial). O percentual de defensores dativos, substituindo a defesa técnica que deveria ser oferecida pelo Estado e que deve ser encarada como direito subjetivo do cidadão, nos termos da Constituição Federal de 1988, é consideravelmente superior aos defensores constituídos.

Vale dizer, a regra na localidade é materializada pela exceção. A atuação da Defensoria Pública, que representa o mandamento constitucional, deu lugar - e se mantém - a atuação da Defensoria Dativa, que deveria atuar somente de forma complementar e não supletiva.

Nessa análise não se discute se há algum “defeito” na atuação dos defensores dativos. Os dados representam a demanda silenciosa e

⁵⁰ O caso em concreto ilustra nas velocidades do Direito Penal desenvolvida por Jesús María Silva Sánchez (2001). A primeira refere-se ao respeito às garantias individuais e tinha como modelo de pena a privativa de liberdade. Em um segundo momento, as penas privativas de liberdade são flexibilizadas pelas chamadas penas alternativas. A terceira velocidade caracteriza-se pelo retorno da pena privativa de liberdade e a flexibilização de direitos fundamentais. Pela visão Garantista, com base nos dados coletados, ao que parece, caminha-se para a terceira velocidade do Direito Penal.

⁵¹ Os Gráficos, 13, 14, 15 e 16 demonstram que o acesso qualitativo para a Justiça é um reflexo direto da capacidade financeira do acusado. Afinal, conforme primeiro observado por Marx (1961, p. 216), o equilíbrio da solução dos conflitos e os meios sociais postos à disposição possuem relação direta com a “capacidade” de resistência na esfera judicial e com a propriedade-mutabilidade individualmente considerada.

suficiente quanto à omissão do Estado na implementação do acesso à Justiça para o que mais necessitam na Comarca.

A segunda conclusão é igualmente salutar. Assim como em outras localidades do país, o direito assegurado ao Estado em perseguir e punir condutas que são típicas como crimes é dispare em relação ao direito em garantir a defesa dos réus em condições de vulnerabilidade.

Como mencionado acima, a estrutura de persecução é bem estruturada. Inclusive, 100 inquéritos policiais e 4 autos de prisão em flagrante delito foram arquivados no ano de 2017 (Gráficos 2 e 3), o que pode ser um indício de um modelo no qual a grande parte dos atos praticados e considerados virtualmente significantes (lesivos) para o Direito Penal foram registrados oficialmente e, de alguma forma, apurados.

Porém, não há qualquer perspectiva por parte do Estado em equilibrar a balança. Não se tem notícia no horizonte se haverá de fato a instalação de Defensoria Pública na Comarca de Armazém-SC. A Atuação da Ordem dos Advogados no Brasil na localidade é praticamente inexistente quanto ao acompanhamento e correição dos atos de seus inscritos, já que não há a fiscalização prática pelo órgão sobre a atuação dos advogados dativos, função esta que carece de maior controle frente à advocacia privada.

Quando do julgamento da ADI 4270 pelo Supremo Tribunal Federal, a OAB/SC manifestou-se nos autos e posicionou-se contra a instalação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. Conforme já exposto, qualquer argumento em sentido contrário à implementação da Defensoria Pública, especialmente pós 1988, é incompreensível. A OAB-SC, instituição essencial para a manutenção da democracia, atuou em favor da própria classe, almejando a proteger a “reserva de mercado” de seus inscritos.

Dentre os argumentos levantados naquela oportunidade, sobressaiu a justificativa de que a Defensoria Dativa deveria ser considerada “mais barata” que a implementação da Defensoria Pública pelo Estado. Como instituição essencial à democracia brasileira, não se mostra razoável nenhum fundamento jurídico ou de outra ordem apresentado que seja capaz de retirar a eficácia da Constituição Federal de 1988 quanto à implementação imediata e o resguardo integral da

assistência jurídica prestada diretamente pelo Estado, sem intermediários.⁵²

Afinal, a democracia formal (o procedimento em si considerado) está vinculada e subordinada à democracia substancial (conteúdo) como forma de maximizar – e não restringir – as expectativas dos cidadãos (FERRAJOLLI, 2001, p. 866).

Com base no exposto, pode-se afirmar que:

i. mesmo após 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, parece não haver interesse político do Estado na instauração da Defensoria Pública na Comarca de Armazém-SC, apesar da demanda existir no plano fático;

ii. a Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina, posicionou-se contra a instalação da Defensoria Pública no Estado; na oportunidade, a defesa do seu ponto de vista, notoriamente, visava à “proteção de mercado” e não em melhorar o acesso à Justiça;

iii. o ciclo do sistema acusatório apresentou-se completo na Comarca de Armazém-SC desde a fase inquisitorial à judicial; o mesmo não se pode dizer sobre a defesa jurídica dos mais necessitados, que não são assessorados administrativamente e, judicialmente, dependem da nomeação de advogados pelo Juízo.

Retomando a ideia do capítulo anterior, no Garantismo (Penal), a formalidade fraca está relacionada aos instrumentos constitucionalmente pré-estabelecidos para exercerem as funções estatais que, em outras palavras, representa a validade meramente formal das instituições insculpida em um documento democraticamente legítimo, ainda que em tese.

A formalidade forte, ou substancial, ocupa-se em estabelecer os limites da atuação estatal. Além da atuação conforme a lei, o Estado encontra limites na fixação da competência e na atuação jurisdicional que, de forma autônoma e independente, apresenta-se como guardião maior dos direitos fundamentais e das violações dos direitos à liberdade. Tendo em vista a argumentação exposta, Rodrigues (1994, p. 29) adverte que:

o acesso à justiça toma corpo como preocupação dos processualistas. Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça a criação de

⁵² Para Marinoni (1992, p.48), “a democratização da Justiça, na verdade, deve passar pela democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela democratização da própria linguagem, como instrumento de intercâmbio de idéias e informações”.

instrumentos processuais adequados a plena efetivação dos direitos, de outro é também evidente que não se pode afastar a idéia de acesso a justiça do acesso ao judiciário. Os outros direitos, em última instância, dependem desse acesso sempre que não forem respeitados; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente.

Os dados coletados demonstram que na Comarca de Armazém-SC não há a observância, de nenhuma de suas três vertentes, a despeito de ser indissociável o estudo de forma a abranger o conceito amplo do Garantismo.

O Estado se omite em cumprir a Constituição e às leis que determinam a implementação da Defensoria Pública. As demais esferas de atuação do Estado, em especial o Judiciário, igualmente não buscam esforços para superar a crise instaurada.

A falha na prestação jurisdicional e o descaso com o contraditório substancial, constantemente, é justificado pela massificação de processo. Dinamarco (1994, p. 46), por seu turno, apresenta este interessante para reflexão:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supraindividuais e relativa superação das posturas individualistas dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um processo sem óbices econômicos e sociais ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também relativizar o valor das formas e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.

Em que pesem os argumentos apresentados, estes não são suficientes para justificar a inércia do Judiciário, ainda que haja “massificação” dos processos. Ora, o Direito Penal é fundado na expectativa da individualização da pena, estruturada no limite da culpabilidade individualmente considerada em razão de sua intranscendência.

Cada caso deve ser tratado “como único”. Consequentemente, justificar as inobservâncias formal e substancial do contraditório (e da

legitimação do Estado) no volume quantitativo dos processos não se prestam a fundamentar a situação processual encontrada na Comarca de Armazém-SC. A lógica é simples: a inércia estatal não está acima dos Direitos Fundamentais (positivos e negativos).

As soluções apresentadas são para cumprir a lei e dar andamento nos processos, com atuações paliativas na nomeação de advogados dativos que não integram o quadro técnico do Estado, exercendo função essencial sem a devida legitimidade democrática, já que em descompasso substancialmente com a Lei Maior.

As garantias sociais positivas (prestacionais), representadas pelas normas secundárias, em relação às obrigações relacionadas aos poderes,⁵³ encontram-se em conflito porque não há qualquer esforço (ou muito insuficiente) por parte do Estado de Santa Catarina em garantir o acesso à Justiça por meio da implementação da Defensoria Pública ou, suplementarmente pela atuação suficiente dos advogados dativos nomeados.

3.2 TEORIA DE DIREITO: FORMALIDADES FRACA E FORTE

A legalidade em sentido amplo ganhou contornos especiais no Estado moderno. O Direito, até certo ponto, foi reduzido ao único significado da lei e, por isso, pode-se afirmar que o Estado de Direito está atrelado à ideia de legalidade, limitando os poderes das instituições e dos administrados, mas também impondo determinadas obrigações a todos, inclusive ao Estado.

Com base nos gráficos apresentados, é de fácil constatação que em todos (100%) os processos que tramitaram sob o Rito Ordinário arquivados no ano de 2017 na Comarca de Armazém-SC, houve a presença de defensor tecnicamente habilitado, não podendo se falar, *prima facie*, em nulidade por ausência formal de defesa técnica.

3.2.1 Dissimulação processual: a Legalidade Estrita como fio condutor

A legalidade em sentido estrito - legitimação formal - evidentemente vem sendo cumprida. As leis encontram-se vigentes, regulando direitos e deveres e são observadas pelos órgãos que atuam nos processos analisados no Capítulo 2.

⁵³ Na Teoria Garantista, lembrando, todas as normas secundárias são dirigidas aos Poderes Públicos.

O Gráfico 8 atestou que as nomeações efetuadas diretamente pelo Juízo não possuem o cunho de obrigatoriedade. Apenas 12% (7 casos) do total de 60 nomeações dativas foram declinadas. Por isso, pode-se dizer há certa concordância dos advogados da Comarca de Armazém-SC em contribuir/suplementar com a defesa técnicas-jurídica das pessoas em condições de vulnerabilidade.

Esta afirmação, conjugada com os demais elementos tratados no decorrer do estudo de caso, permitem a análise qualitativa da atuação dos defensores dativos.

E outra conclusão não seria razoável exigir-se. Afinal, no processo penal, a ausência de defesa técnica é considerada um vício grave, provocando a nulidade absoluta dos atos praticados ou mesmo de todo o processo.

Por isso, é facilmente perceptível nos autos levantados que o Juízo, responsável pela condução dos autos, a todo instante cuidou do direito de defesa formal dos acusados, pois não ficaram à mercê processual, sem advogado nomeado nos autos. O Ministério Público no uso das funções institucionais de acusador e fiscal da lei, também não se insurgiu contra nenhuma nomeação ou mesmo a sua ausência.

Isto demonstra, até certo ponto, que as instituições se preocuparam em verificar a ausência instrumental (formal) de defesa técnica para o réu, garantindo o direito fundamental do contraditório judicial e legitimando as decisões proferidas no decorrer da instrução processual.

Formalmente, não há ressalvas nesse contexto. O único processo em que não houve atuação de defensor (dativo ou nomeado) foi extinto pela ocorrência da prescrição antes mesmo do oferecimento da denúncia.⁵⁴

Entretanto, pode-se afirmar que a norma vigente e válida é igualmente eficaz? Em outras palavras, apesar de em todos os casos a atuação de defensores dativos como forma de cumprir os preceitos básicos e formais da lei foram suficientes para a garantia do direito substancial de proteção à liberdade individual as pessoas em condições de vulnerabilidade e o acesso à Justiça? No processo penal as formas também não deveriam atender ao formalismo-valorativo?

3.2.2 Realidade processual: análise da Legalidade Substancial

⁵⁴Autos n. 0001151-15.2013.8.24.0159.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 os instrumentos de efetivação da Justiça ganharam nova roupagem, além de abordar assuntos sobre os Juizados Especiais e da Tutela Coletiva, ampliou o alcance da assistência judiciária, concebendo-a como integral e gratuita (FERRAZ, 2010, p. 80).

Segundo Hesse (1991, p.7), radical separação entre a norma e a realidade, entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço e por isso a importância em se buscar as forças determinantes das relações fáticas: eventual prevalência das normas despidas de qualquer elemento da realidade ou realidade normativa afastada de qualquer conteúdo normativo.

A legalidade substancial não pode ser pensada apenas como parte integrante dos grandes institutos processuais em abstrato. As garantias fundamentais devem ser respeitadas. Dessa maneira, “a densificação das garantias por parte de uma investigação de um prejuízo sério e real para a defesa, e não de um prejuízo presumido a partir do mero descumprimento de formas prosseguias” (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2013, p. 89).

Com base nessas premissas, constatou-se que os defensores dativos, em somente 3 oportunidades, arrolaram testemunhas não constante no rol da acusação,⁵⁵ fato equivalente em relação à mera repetição das testemunhas apresentadas pelo Ministério Público. Todavia, em 35 ocasiões, sequer arrolaram testemunhas.

Contraponto os dados acima mencionados com aqueles coletados em relação aos defensores particulares, em 18 oportunidades foram requeridas oitivas de novas testemunhas. Por 6 vezes houve remissão ao rol apresentado pela acusação; somente em 7 casos não foi apresentado nenhum rol de testigos (Gráfico 9).

Especificamente em relação ao “descuido” na apresentação do rol de testemunhas, o Gráfico10 apresenta a fatia na qual se observa o amplo domínio da atuação (ausência de testemunha) do defensor nomeado pelo Juízo em relação aos particulares.

Os Gráficos 10 e 11 contribuem para contrapor os pontos apresentados. Novamente, o rol de testemunhas independentes, ou seja, arroladas exclusivamente pela defesa dos advogados dativos, mostrou-se preocupante. As ausências dos róis de testemunhas pelos defensores dativos representam 85,36% do total de defesas apresentadas. Já a repetição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público corresponde

⁵⁵ Autos n.º.: 0000967-54.2016.8.24.0159; 0000364-59.2008.8.24.0159; 0000814-89.2014.8.24.0159.

a 7,31%, mesmo percentual daqueles que arrolaram testemunhas não constante na acusação (71,31%).

Houve inversão fática quando se estuda os dados coletados em relação aos defensores particulares. Em 58% das oportunidades foi requerida oitiva de novas testemunhas. Contudo, o percentual da ausência de apresentação de testemunhas decaiu para 23%, sendo o rol remissivo ao rol da acusação atingido a marca de 23% (Gráfico 12).

Outro marco fundamental no direito defesa é o momento da primeira defesa no processo, prevista no art. 396-A do CPP. Os aspectos que foram destacados para os fins propostos deste trabalho foram divididos, propositalmente,⁵⁶ nos seguintes tópicos: a) respostas com mérito; b) respostas genéricas,⁵⁷ alegação de prescrição; e d) preliminares.

Das 41 respostas à acusação elaboradas pelos advogados dativos, em uma única oportunidade houve resposta com mérito.⁵⁸ Todas as demais defesas iniciais foram consideradas genéricas, repetitivas (para não se dizer idênticas). Os temas prescrição e preliminares não foram arguidos (Gráfico 13).

Quanto aos defensores particulares, novamente houve inversões gráficas. De 23 respostas à acusação, 9 adentram no mérito em si,⁵⁹ 11 foram consideradas genéricas⁶⁰. Em duas oportunidades houve a arguição de preliminares;⁶¹ a prejudicial de prescrição foi suscitada uma única vez (Gráfico 14).⁶²

Buscando maior confiabilidade na análise qualitativa, foram verificadas as alegações finais apresentadas pelas partes, cujos parâmetros de coleta e classificação foram detalhados no item 2.9.

O Gráfico 15 atestou que no caso dos defensores dativos, foram elaboradas 28 alegações, sendo 26 genéricas (corresponde a 92,85%),

⁵⁶ Os parâmetros de escolha foram melhor explicados no tópico 2.8.

⁵⁷ Consideradas aquelas que não se aprofundam nas especificidades do caso, podendo ser utilizada indiferentemente para qualquer situação (“copia e cola”).

⁵⁸ Autos n. 0000030-15.2014.8.24.0159.

⁵⁹ Autos n.ºs.: 0001852-88.2004.8.24.0159; 0000918-52.2012.8.24.0159; 0001112-81.2014.8.24.0159; 0000048-07.2012.8.24.0159; 0000707-50.2011.8.24.0159; 0000346-91.2015.8.24.0159; 0000916-14.2014.8.24.0159; 0000733-43.2014.8.24.0159; 0001846-03.2012.8.24.0159.

⁶⁰ Autos n.ºs.: 0000948-92.2009.8.24.0159; 0001479-13.2011.8.24.0159; 0001708-70.2011.8.24.0159; 0001158-70.2014.8.24.0159; 0000364-59.2008.8.24.0159; 0001263-47.2014.8.24.0159; 0001192-79.2013.8.24.0159; 0001331-31.2013.8.24.0159; 0000886-13.2013.8.24.0159; 0001359-33.2012.8.24.0159; 0000908-71.2013.8.24.0159.

⁶¹ Autos n.ºs. 0001001-29.2016.8.24.0159; 0000978-25.2012.8.24.0159.

⁶² Autos n. 0001245-02.2009.8.24.0159.

uma postulando a extinção do processo pela morte do acusado⁶³ e outra requerendo o reconhecimento da litispendência (as duas últimas foram acolhidas pelo Juízo).⁶⁴ Ressalta-se que a prescrição, em qualquer de suas modalidades, igualmente, não foi alegada.

O contraponto foi demonstrado no Gráfico 16. Nele, infere-se que das 17 alegações finais oferecidas pelos advogados particulares, 9 foram com mérito⁶⁵ (52,9%) e 8 genéricas.⁶⁶ Houve maior cuidado pelos causídicos na elaboração da peça resistiva na qual, majoritariamente, foi realizada a incursão individual do processado.⁶⁷

Nessa linha intelectual, se a produção de prova testemunhal é um direito de defesa e que, em regra, não pode ser negada, sob pena de infração à ampla defesa e o contraditório, a demora por parte do Judiciário favorece ao acusado, que tem a seu favor a prescrição. O raciocínio, lógico e elementar para os experimentados no campo penal, sequer foi cogitado pelos advogados dativos.

A prova disso é que 65% dos processos (Gráfico 4) foram extintos pelo reconhecimento da prescrição, mas em nenhuma oportunidade ela foi alegada pelos defensores dativos. Quando a matéria foi levantada pela defesa particular na reposta à acusação, a prejudicial de mérito foi acolhida.⁶⁸

Quanto aos recursos apresentados pelas partes, apenas uma apelação foi interposta pelos defensores nomeados.⁶⁹ Já os advogados

⁶³ Autos n. 0001865-72.2013.8.24.0159.

⁶⁴ Autos n. 0000673-02.2016.8.24.0159.

⁶⁵ Autos n.ºs.: 0001158-70.2014.8.24.0159; 0000048-07.2012.8.24.0159; 0000886-13.2013.8.24.0159; 0000346-91.2015.8.24.0159; 0000733-43.2014.8.24.0159; 0000916-14.2014.8.24.0159; 0001846-03.2012.8.24.0159.

⁶⁶ Autos n.º: 0001479-13.2011.8.24.0159; 0000364-59.2008.8.24.0159; 0000978-25.2012.8.24.0159; 0001263-47.2014.8.24.0159; 0001192-79.2013.8.24.0159; 0001359-33.2012.8.24.0159.

⁶⁷ O autor entende que o Princípio da Individualização (da pena) não é restrito aos julgadores. Se a peça acusatória, nos termos do art. 41 do CPP deve conter elementos básicos para que se oportunize a defesa, as alegações finais também devem ser individualizadas a ponto possibilitar a convicção do julgador no momento da prolação da sentença, considerando cada caso concreto como único.

⁶⁸ Autos n. 0001001-29.2016.8.24.0159 a preliminar de mérito foi levantada na resposta à acusação e reconhecida pelo juízo. Nos autos n. 0001245-02.2009.8.24.0159 foi alegada e acolhida a prescrição (defensor privado).

⁶⁹ Autos n. 0000030-15.2014.8.24.0159.

privados interpuseram 3 recursos.⁷⁰ O Ministério Público também interpôs 3 recursos em relação aos processos analisados⁷¹ (Gráfico 17).

Com o Gráfico 18, pretendeu-se aferir o comportamento (des)compromissado dos causídicos nomeados. Por 18 vezes houve a perda de um ato processual indispensável ao direito de defesa e para o trâmite regular dos processos por parte dos advogados dativos;⁷² em outras 3 oportunidades os advogados constituídos não cumpriram seu mister.⁷³ Em tese, os processos analisados foram de pouca ou média gravidade, nos quais na sua grande maioria houve a persecução de um único acusado pela prática de um delito.⁷⁴

Os dados apresentados confirmam o que Zaffaroni (1198, p. 32-33) denomina de exercício abertamente ilícito por parte do sistema penal:

Tal como hemos se fialado, el sistema penal no respeta la legalidad, porque para su verdadero y fundamental ejercicio de poder (el positivo configurador disciplinarmente) la misma ley se ocupa de renunciar a ella concedendo un amplisimo margen de arbitrariedad a sus agencias. Tambien hemos senalado que, estructuralmente, el ejercicio de poder menos importante del sistema penal. Esto es, el que corresponde al pretexto que le permite ejercer el anterior, tampoco cumple con la legalidad procesal ni con la penal.

⁷⁰ Autos n.ºs. 0001001-29.2016.8.24.0159; 0000978-25.2012.8.24.0159; 0000916-14.2014.8.24.0159.

⁷¹ Autos n.ºs. 0000916-14.2014.8.24.0159; 0000030-15.2014.8.24.0159.

⁷² Processos onde houve perda de ato processual: 0000617-37.2014.8.24.0159; 0000037-12.2011.8.24.0159; 0001839-50.2008.8.24.0159; 0000967-54.2016.8.24.0159; 0002010-65.2012.8.24.0159; 0000364-59.2008.8.24.0159; 0001240-38.2013.8.24.0159; 0000030-15.2014.8.24.0159; 0000924-20.2016.8.24.0159; 0000673-02.2016.8.24.0159; 0000908-71.2013.8.24.0159; 0000946-20.2012.8.24.0159.

⁷³ Autos n.ºs. 0001852-88.2004.8.24.0159; 0001865-72.2013.8.24.0159; 0000924-20.2016.8.24.0159.

⁷⁴ Autos nos quais foram verificados a presença mais de um réu: 0000037-12.2011.8.24.0159; 0000948-92.2009.8.24.0159; 0000967-54.2016.8.24.0159; 0001158-70.2014.8.24.0159; 0000729-74.2012.8.24.0159; 0000939-28.2012.8.24.0159; 0001245-02.2009.8.24.0159; 0001865-72.2013.8.24.0159; 0000886-13.2013.8.24.0159; 0000346-91.2015.8.24.0159; 0000924-20.2016.8.24.0159 (todos com dois réus); 0001837-80.2008.8.24.0159 (3 acusados) e 0000364-59.2008.8.24.0159 (5 acusados).

Hasta aquí hemos señalado violaciones a la legalidad que operan dentro de la arbitrariedad renuncia planificada por la misma ley, pero, además de estas violaciones, en la operatividad social de los sistemas penales latinoamericanos tiene lugar un violentísimo ejercicio de poder al margen de toda legalidad.⁷⁵

A falta de compromisso em relação ao respeito dos direitos substanciais por parte do Estado, com primazia pela manutenção da forma, é reflexo de todo um sistema histórico de manutenção patriarcal, tema este desenvolvido por Raymundo Faoro (2001, p. 834/837):

Ao receber o impacto de novas forças sociais, a categoria estamental as amacia, domestica, embotando-lhes a agressividade transformadora, para incorporá-las a valores próprios, muitas vezes mediante a adoção de uma ideologia diversa, se compatível com o esquema de domínio. As respostas às exigências assumem caráter transacional, de compromisso, até que o eventual antagonismo se dilua, perdendo a cor própria e viva, numa mistura de tintas que apaga os tons ardentes. As classes servem ao padrão de domínio, sem que orientem a mudança, refreadas ou combatidas, quando o ameaçam, estimuladas, se o favorecem. O sistema compatibiliza-se, ao imobilizar as classes, os partidos e as elites, aos grupos de pressão, com a tendência de oficializá-los.

[...].

⁷⁵ “Como já assinalamos, o sistema penal não respeita a legalidade, pois para o seu verdadeiro e fundamental exercício de poder (o configurador positivo disciplinarmente) a mesma lei lida com a renúncia à concessão de uma ampla margem de arbitrariedade às suas agências. Também assinalamos que, estruturalmente, o exercício de poder menos importante do sistema penal. Ou seja, aquele que corresponde ao pretexto que lhe permite exercer o anterior, não cumpre a legalidade processual nem a criminal. Até agora, assinalamos violações à legalidade que operam dentro da renúncia arbitral planejada pela mesma lei, mas, além dessas violações, na operacionalidade social dos sistemas criminais latino-americanos há um exercício muito violento de poder fora de todas as legalidades.” (tradução do autor).

O poder - a soberania nominalmente popular - tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro E da subversão, do que com os comandantes do alto, paternos e, como o bom príncipe, dispensados de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou.

Dessa maneira, diante de todo contestado apresentado, pode-se afirmar que a legalidade está sendo cumprida e os direitos subjetivos dos cidadãos ao acesso à Justiça estão sendo garantidos. Contudo, a mera formalidade é insuficiente para a implementação e observância dos direitos fundamentais. Ao se aprofundar o olhar processual, o cenário encontrado é preocupante, onde, de fato, poucos possuem direito a uma defesa técnica de qualidade.

4.3 LIBERDADE E RESTRIÇÃO: O DIREITO DE RESISTÊNCIA

Na Teoria dos Jogos do Processo Penal, em analogia à guerra, busca-se a vitória a qualquer custo, sacrificando os meios em busca do fim, sem levar em conta os custos e os recursos necessários e disponíveis. A tática empregada é, igualmente, essencial durante o decorrer processual.

A dinâmica, especialmente no Direito brasileiro, é marcada pelo desequilíbrio, onde todos, inclusive os julgadores tomam decisões egoísticas, e não levam em consideração os prejuízos individuais e suas consequências. Diante disto, abre-se margem para excesso de punitivismo e a insegurança jurídica:

A incerteza e opacidade do campo de batalha processual podem ser chamados de atritos, como queria Clausewitz, ao exigirem a tomada de

posição estratégica e tática, antecipando os movimentos do jogador. A transformação do processo em jogo de guerra possibilita entender a pressão externa de personagens, especialmente do populismo penal [...]. A crença no aumento de punições e processos penais céleres, sem garantias processuais, fomenta a sensação de segurança, tão imaginária quanto as histórias infantis, ainda que vendidas pela mídia delivery e manejadas politicamente. Vende-se o crime como o sintoma do mal a ser extirpado. É preciso entender a relação entre jogo processual e política. Sem isso a leitura do processo penal e dos movimentos de recrudescimento é ingênua. O processo pode cooperar com o controle social. Não pode ser um aliado de trincheira. Se assim se postar perde a dimensão coletiva de garantia que a razão exige. É necessária certa autonomia do processo penal. Não se pode condenar ninguém, em Democracia, em nome de fins políticos ou midiáticos. Daí a função contramajoritária do processo penal: deve ser o jogo democrático pelo qual se pode, ao final, se e somente se, cumpridas as normas, aplicar-se uma sanção estatal ninguém, em Democracia, em nome de fins políticos ou midiáticos. Daí a função contramajoritária do processo penal: deve ser o jogo democrático pelo qual se pode, ao final, se e somente se, cumpridas as normas, aplicar-se uma sanção estatal. Do contrário a trapaça prevalecerá (ROSA, 2013, p. 26-27).

Por isso, Chiovenda (1922, p. 130-131, tradução do autor), ao relacionar modernidade com o acesso à Justiça, considera como funções essenciais àquelas desempenhadas pelos juízes na administração da Justiça, onde o exercício do poder constitucional no caso concreto deve ser considerado essencial à manutenção da soberania e da ordem pública.

No presente estudo de caso constatou-se que não houve em nenhum processo, mesmo com defesas genéricas e alegações finais genéricas, prévio controle judicial das nomeações. A prova disso pode ser visualizada nos autos n. 0000908-71.2013.8.24.0159, no qual o defensor dativo foi nomeado para o processado sem sua consulta prévia ou sua intimação para constituir um advogado.

O Ministério Público sempre atuou na Comarca de Armazém-SC como executor da lei penal, mas não houve em nenhum processo manifestação requerendo o reconhecimento de qualquer nulidade.

Como se demonstrou, apesar da observância da legalidade estrita, em nenhum processo foi decretada nulidade de ofício pelo Juízo, nem mesmo houve pedido nesse sentido pelos defensores por ele nomeado. Logo, pode ser concluído que o Judiciário, quanto à presente pesquisa, não se preocupou com o conteúdo substancial das peças técnicas produzidas pelos defensores nomeados. O foco se deu exclusivamente em relação às garantias formais.

A leitura que se faz em relação ao excesso de positivismo e apreço pela lei em sentido estrito na atuação jurisdicional pode ser assim sintetizada: formas, em relação aos dados analisados, prevaleceram amplamente sobre o conteúdo substancial dos atos.

Tanto é verdade que outro dado coletado confirma a análise acima exposta: em nenhum caso os defensores dativos nomeados compareceram às audiências (deprecadas) nos processos onde houve expedição de carta precatória.

A prescrição no processo penal reflete parcela da garantia que o cidadão possui para se defender das ações estatais. É um importante instituto que visa a limitar o direito de punir do Estado e, por isso, deve ser levada em consideração no momento da elaboração da estratégia processual da defesa. Em outros termos, a prescrição também direciona o defensor técnico a melhor organizar a forma na qual a “partida será jogada”.

Em análise aos dados coletados, verificou-se, novamente, que em nenhum processo em que houve a atuação de defensores dativos foi alegada ocorrência da prescrição, em nenhuma das modalidades. Contudo, o Gráfico 4 comprovou que os processos foram extintos, basicamente, de ofício pelo Juízo (pela prescrição), o que corresponde a 65% da extinção dos processos.

Percebe-se, pois, que os defensores dativos não se preocuparam em verificar um dos institutos mais salutar do Direito Penal: a prescrição. Como bem lembra Becker, citando Calamandrei (2012), saber as regras do jogo de xadrez é essencial para um grande jogador processual.

O que se verifica é que, no único processo⁷⁶ no qual a denúncia foi rejeitada antes mesmo da determinação de citação do réu, a atuação se deu por meio de advogado particular que, não por coincidência, foi também o único caso de impetração de *Habeas Corpus*.

⁷⁶ Autos n.0001001-29.2016.8.24.0159.

O processo penal não pode ser um jogo desleal, especialmente quando a liberdade individual está em jogo. Boa-fé, colaboração e relativização das nulidades importam que “não podemos assistir às omissões conscientes e intencionais [...], deve forjar-se o devido processo leal e, se a ampla defesa deve ser enaltecida e preservada, [...] o direito de litigar não pode se converter em abusos” (CABRAL, 2013, p. 440).

A responsabilidade pela violação do direito substancial de defesa também pode ser compartilhada com o Judiciário. As nomeações se deram sem qualquer critério de escolha. O defensor dativo que por mais vezes foi nomeado (16 vezes),⁷⁷ em todos os atos, apresentou a mesma resposta à acusação e as mesmas alegações finais. No interior das petições foram alteradas somente a data, o nome das partes e do processo, nada mais.

Este mesmo defensor perdeu prazo em 4 das 16 oportunidades em que foi nomeado (corresponde a 25% das atuações),⁷⁸ chegando ao ponto do Juízo constar em audiência que este estava atuando com falta de zelo, revogando a sua nomeação mas, ao mesmo tempo, arbitrou honorários, de modo que sua nomeação para outros feitos se deu da mesma forma, sem qualquer controle.⁷⁹

Ainda, nos autos 0000924-20.2016.8.24.0159, houve a substituição do primeiro defensor nomeado em razão de sua ausência na AIJ, o que motivou a nomeação de outro advogado. Contudo, após a instrução, apresentou alegações finais juntamente com o novo defensor, tendo sido, inclusive, arbitrado honorários pela sua atuação.

Nos autos 0000392-85.2012.8.24.0159 foi requerida pelo defensor nomeado a soltura do “réu preso”. Entretanto, este manteve-se em liberdade durante toda a instrução processual. A resposta à acusação não possuía qualquer relação com os fatos e, ainda assim, foi recebida e dado prosseguimento no feito.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Santa Catarina, em momento algum foi oficiada para tomar ciência do fato; o Ministério

⁷⁷ Autos n.ºs. 0000330-06.2016.8.24.0159; 0001174-63.2010.8.24.0159; 0001674-61.2012.8.24.0159; 0001292-05.2011.8.24.0159; 0000729-74.2012.8.24.0159; 0002010-65.2012.8.24.0159; 0000939-28.2012.8.24.0159; 001758-62.2012.8.24.0159; 0000614-82.2014.8.24.0159; 0001240-38.2013.8.24.0159; 0001339-08.2013.8.24.0159; 0000788-28.2013.8.24.0159; 0001528-83.2013.8.24.0159; 0000908-71.2013.8.24.0159; 0000946-20.2012.8.24.0159; 0000827-25.2013.8.24.0159.

⁷⁸ Autos n.º. 0002010-65.2012.8.24.0159; 0001240-38.2013.8.24.0159; 0000908-71.2013.8.24.0159; 0000946-20.2012.8.24.0159.

⁷⁹ Autos n.º. 0000946-20.2012.8.24.0159.

Público manteve-se silente – não postulou por nenhuma nulidade ou requereu algum pedido nesse sentido; o Judiciário apenas constou seu inconformismo e revogou a nomeação em um único caso.

Com base nisso, questiona-se: quem, então, deve zelar pelo direito ao contraditório substancial e não apenas o meramente formal? Ao que parece, o cidadão em situação de vulnerabilidade na Comarca de Armazém-SC depende da sorte, onde a demora na prestação jurisdicional poderá implicar no reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição.

O cenário de incompletude estatal, quanto às garantias fracas e fortes, é descrito com outra visão, conforme explica Sabino Cassese (2010, p. 51, 59):

Portanto, a unidade de governo foi substituída por uma fragmentação dos corpos públicos que intervêm, afetando a economia. A ação de cima para baixo é integrada por mecanismos e procedimentos que evidenciam os interesses, organizam “seu jogo” e obrigam os poderes públicos a evidenciar as razões das escolhas.

[...]

Atenua-se ainda o componente autoritário dos Estados – eles recorrem menos à autotutela, e a área dos atos subtraídos ao controle dos juízes é reduzida até se anular. Enfim, é redefinida a própria organização do Estado, que renuncia, às suas funções em favor de regiões menores (federalismo interno) e de regiões maiores (federalismo externo). Por isso, perde-se também o vínculo político unitário do cidadão com o Estado.

A conclusão da soma de tudo que foi apresentado remete a um preocupante fato: quando o lapso temporal para configuração da prescrição não foi preenchido ou o processo foi extinto pela litispendência ou morte do acusado, em todos processos em que os defensores dativos atuaram culminaram em condenações, ainda que parciais.⁸⁰

Diante dos dados apontados, com o intuito buscar junto aos jurisdicionados sobre a percepção e posicionamento em relação à

⁸⁰ Autos n^{os}. 0000967-54.2016.8.24.0159; 0000951-03.2016.8.24.0159; 0000030-15.2014.8.24.0159; 0000924-20.2016.8.24.0159.

ausência da Defensoria Pública, bem como a dificuldade do acesso à Justiça com qualidade, foi aplicado questionário descrito no Apêndice C.

No período compreendido entre 26.11.2018 a 30.11.2018, 32 pessoas que compareceram espontaneamente em busca de um defensor responderam o questionário. Dessas, 100% afirmaram que a ausência de Defensoria Pública acarreta, de alguma forma, prejuízo para o acesso à Justiça e que a Comarca de Armazém-SC deveria contar com a assistência integral do Estado. Somente dois entrevistados disseram estar satisfeitos com atuação da defensoria dativa.

Essa realidade representa a desigualdade do mundo atual, “mas é também um mundo em que cada vez mais os cidadãos e, em especial, as classes populares têm consciência dessa desigualdade, de que ela é injusta e viola seus direitos” (SANTOS, 2008, p. 10), e “é essa nova consciência de direitos e a sua complexidade que torna o atual momento sócio-jurídico tão estimulante quanto exigente” (SANTOS, 2008, p. 11).

A ideia subjacente foi demonstrar o impacto subjetivo, isto é, a confiabilidade das nomeações dativas frente às pessoas mais interessadas nas suas defesas, mas leigas quanto aos assuntos técnico-jurídicos envolvidos.

Ainda assim, na pesquisa, pode-se observar que mesmo aqueles que estão em situação de vulnerabilidade e desconhecedores técnicos do direito possuem certa consciência do nível de profundidade da atuação dos defensores dativos e do prejuízo que acarreta a ausência da Defensoria Pública.

O caso em concreto ilustra as velocidades do Direito Penal desenvolvida por Jesús María Silva Sánchez. A primeira refere-se ao respeito às garantias individuais e tem como modelo de pena a privativa de liberdade. Em um segundo momento, as penas privativas de liberdade são flexibilizadas pelas chamadas penas alternativas. A terceira velocidade caracteriza-se pelo retorno da pena privativa de liberdade e a flexibilização de direitos fundamentais, aproximando-se do Direito Penal do Inimigo (SÁNCHEZ, 2001, p. 159-163).

Pela visão Garantista, a flexibilização substancial da defesa, conjugada com o desamparo do Estado em promover meios suficientes para que o acusado efetivamente exercite seu direito de resistir dentro do contexto de tensão entre liberdade e controle, a jurisdição estatal passa a carecer da legitimidade democrática necessária para se restringir o direito à liberdade.

Canotilho, ao tratar sobre as normas programáticas, entende que elas possuem ao menos um efeito negativo, capaz de desconstituir/invalidar atos incompatíveis com a Constituição, sem

distinção de conteúdo, o que, no mínimo, deveria se evitar a “exclusividade” formal em prol dos direitos e garantias substanciais:

As normas constitucionais programáticas têm ainda efeito derogatório ou invalidante dos actos normativos incompatíveis com as mesmas, devendo, porém, precisar-se (e isso nem sempre é fácil) em que medida as normas programáticas servem de *limite negativo* às leis consagradoras de disciplina contrária. Para além destes “efeitos directos”, deve reconhecer-se que as normas-tarefa e normas-fim pressupõem em larga medida, a classificação conformadora efectuada pelas autoridades com poderes político-normativos (CANOTILHO, 2003, p.188).

Raz (1979, p.1042-1043), por seu turno, demonstra preocupação ao questionar a legitimidade da autoridade, especialmente quando existe o défice entre autoidentificação e alienação. Os administrados deveriam, em tese, ter plena capacidade em demandar do Estado atuações mais enérgicas em garantir o acesso à Justiça com qualidade. Contudo, a alienação em relação aos direitos subjetivos em demandar ações de cunho prestacional ainda parece estar longe do fim.

No mesmo caminho, Lenio Streck (1999, p. 31) também se ocupa em apontar a crise de legitimidade democrática pelo qual o Direito, especialmente o brasileiro, atravessa como instrumento de transformação social. Há uma disfuncionalidade do Direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei, “que vem ser sua própria disfuncionalidade”.

Os direitos sociais de prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas sim (...) encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que dele necessitem (SARLET, 2001, p. 284).

Logo, as garantias fracas e as garantias fortes (ou normatividade), inclusive o acesso à Justiça com direito fundamental, ultrapassa a questão exclusivamente legiferante, mas também em garantir efetivamente o acesso ao Judiciário.

Pode-se dizer que há sim normas que asseguram o acesso à jurisdição estritamente formais, mas que na concepção substancial, pelo menos nos processos consultados e tangenciando aos defensores dativos,

inexiste na prática, mesmo com os efeitos negativos das normas programáticas que tendem a impedir o retrocesso social.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 empreendeu significativos avanços ao assegurar o acesso à Justiça para as pessoas em condição de vulnerabilidade. A Defensoria Pública, instituição permanente e essencial para a administração da Justiça, é peça fundamental para a concretização dos avanços jurídicos conquistados.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 é também uma promessa, de gradativa implementação, com eficácia *in concreto* aquém do esperado. Para suprir o déficit prestacional de defensores públicos, mesmo após 30 anos de sua implementação, a defensoria dativa atua como forma de suavizar o momento de transição, garantindo, ainda que formalmente, o acesso à Justiça para aqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade.

Desse modo, o acesso à Justiça para pessoas em condições de vulnerabilidade encontra obstáculos para sua efetivação no Brasil onde as soluções apresentadas exclusivamente no campo do direito meramente formal já não são suficientes para compreender e perseguir novas soluções dentro da estrutura complexa do Estado e da sociedade, especialmente para aqueles que possuem condições socialmente expostas.

Na perspectiva de legitimação do Estado, não se pode dizer que houve descumprimento das formalidades inerentes ao processo penal. Em todos os casos houve a nomeação de defensores dativos ou a presença de advogados particulares. Não foi observada a sobreposição de nenhum ato processual considerado essencial. A formalidade fraca (instrumental) foi cumprida à risca.

Por outro lado, a formalidade forte (substancial) não correspondeu às expectativas das normas constitucionais e infralegais quanto ao conteúdo *per se*. Se o cidadão tem o direito de se opor às pretensões do Estado, fator este que também o legitima, deve ser proporcionado em toda sua profundidade e não *per legis*.

O poder-dever entregue ao Estado por seus súditos (em homenagem à Hobbes) deve ser exercido nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos; e num sentido forte ou estrito (substancial), no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona, não somente em relação às formas, mas também quanto aos conteúdos, sob pena de deslegitimação de sua atuação (e existência).

A limitação da atuação do Estado relaciona-se ao aparente cumprimento das normas que, de forma velada, corresponde a arbitrariedades que se tornam falsamente legítimas em razão do descontrole da atuação dos órgãos garantidores.

As liberdades negativas foram colocadas em xeque porquanto deveria haver maior controle substancial dos atos da defesa. As liberdades positivas, da mesma forma, porque o Estado tem a obrigação de instalar a Defensoria Pública e meios garantidores para facilitação do acesso à Justiça na localidade, cujo tempo razoável para implementação encontra-se superado.

As tensões entre emancipação-controle, característica inerente ao Estado moderno não pode ser deixada de lado. O controle não pode prevalecer em todos os cenários do cotidiano dos cidadãos e, por isso, o Estado - entidade dotada de concretude no plano fático - (i)legitimamente deve construir condições para que seus administrados possam resistir à sua pretensão controladora-punitiva. Vale dizer: esta é a regra do jogo.

Como Teoria do Direito, os dados coletados refletem uma situação silenciosamente alarmante. O Princípio da Legalidade, como explicado, exerce papel fundamental no Garantismo e no Estado Democrático de Direito.

A vigência das leis (mera legalidade), segundo a Teoria Garantista, não é suficiente para resguardar direitos. É necessário a implementação concreta como forma de se garantir a eficácia dos direitos fundamentais. A implementação dos direitos e das garantias inerentes a eles no campo do dever-se, deve ser implementada na prática.

No caso da Comarca de Armazém-SC, ainda que se possa questionar a validade da atuação exclusiva da Defensoria Dativa em razão da declaração de inconstitucionalidade progressiva pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que há normas vigentes e válidas, mas despidas de eficácia.

A Defensoria Pública, apesar de expressa previsão constitucional (e legal, presente em leis federal e estadual) não foi implementada, sequer de forma proporcional em relação a sua necessidade concreta. Direitos fundamentais não são substancialmente garantidos na prática, repisa-se, mesmo com extenso arcabouço jurídico em sentido contrário.

Por isso, foi verificado que no caso em concreto o Direito é vigente quanto ao seu aspecto exclusivamente formal; a validade, por estar a priori no aspecto do dever-se é respeitada; é desprovido de eficácia prática em razão da não observância dos mandamentos legais. Em conclusão, é injusto porque a norma hipotética não corresponde a realidade encontrada na Comarca de Armazém-SC.

O direito de resistência mostrou-se prejudicado de tal maneira que em todos os casos nos quais houve a atuação dos defensores dativos e não reconhecimento da extinção do processo por algum fato extintivo do direito de punir, culminou em condenações, ainda que parciais.

Na sua terceira acepção, o Garantismo empreende esforços para equacionar as tensões entre liberdade e restrição, cuja justificação se funda em dois pontos de vista. No primeiro prisma, o ponto de vista externo busca afastar premissas morais. No segundo, ponto de vista interno, volta-se ao ordenamento jurídico que, em todo caso, visa a proteção de bens ou valores jurídicos em si considerados.

O Direito Penal é “um mal menor”; sua utilização, sem menosprezar os intensos debates sobre sua verdadeira função, é a proteção de bens jurídicos fundamentais e indisponíveis (em regra). Sua proteção vai além dos diretos formais, afinal, a forma para se chegar no fim importa e isso vem sendo deixado de lado com a massificação dos processos, justificativa esta falha no campo penal em razão dos Princípios da Individualização da pena, da Culpabilidade e da Intranscendência.

A individualização da pena, lembrando Baumann, vem se torando liquefeita. Esquece-se que “por detrás de cada capa” existe uma vida e essa pessoa não pode ser equipada a uma sequência de números. A sensação que transpassa da análise dos autos é que o que realmente importa é “baixar processos” e não garantir a qualidade da prestação jurisdicional e dos atores que para ela contribuem.

A Comarca de Armazém-SC é o reflexo de um sistema punitivo desorganizado e voltado exclusivamente para punição e não para a proteção e ressocialização. As instituições garantidoras em momento algum se insurgiram quanto à qualidade das defesas. Sequer houve preocupação em alertar à OAB-SC - ou qualquer outro órgão - sobre a qualidade da atuação dos causídicos.

Erros e mais erros se repetiram; houve descaso processual; em nenhuma oportunidade a Defensoria Pública, nos termos do Ato n. 30 do Defensor Público-Geral do Estado de Santa Catarina foi notificado para tomar ciência ou mesmo descredenciar os advogados cuja atuação se mostrou insuficiente. Não há na localidade qualquer critério qualitativo para as nomeações dos defensores.

A não implementação da Defensoria Pública, além de não garantir bens essencialmente indisponíveis, provoca impactos no Judiciário, pois a prestação jurisdicional meramente formal não se presta a assegurar os Direitos Fundamentais com a observância e a amplitude necessária sob o viés Garantista.

A prescrição se mostrou, para a surpresa do pesquisador, como o fator preponderante para a condenação ou absolvição dos acusados. As atuações dos defensores dativos, em regra, em nada contribuíram com a defesa técnica e, por isso, os acusados contam com a sorte: se os processos, por alguma razão, não forem extintos pela prescrição,

substancialmente estarão sujeitos a maior probabilidade de condenação.

A Defensoria Dativa, em razão da eficácia das normas constitucionais é notadamente dotada de inconstitucionalidade progressiva, contudo, pela análise dos dados coletados e da peculiaridade histórica de Santa Catarina, a superação do estado inconstitucional verificado não possui para término prazo no horizonte.

Em conclusão, a Defensoria Pública no plano do dever-ser é uma realidade jurídica. No plano concreto, mostra-se cada vez mais imprescindível. Isto porque se o Judiciário, o Ministério Público e os particulares em colaboração (OAB-SC) não estão cumprindo substancialmente as funções que lhes foram constitucionalmente incumbidas, cabe à Defensoria Pública, como último suspiro de legitimidade democrática do Estado de Direito, chamar para si a responsabilidade em suprir as omissões das demais instituições, alertando-as para a completa disparidade entre o mundo da leis e a realidade apresentada.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. In: CARBONELL, Miguel; HENRÍQUEZ, Jesús Orozco; VÁZQUEZ, Rodolfo (Orgs.). Serie Estado de Derecho y Función Judicial. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BAGGENTOSS, Grazielly Alessandra; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *O regime jurídico brasileiro dos bens públicos e direitos fundamentais como parâmetro de um regime de bens fundamentais*. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SCHRAMM, Fernanda Santos (Orgs.). *Direito Público e Hermenêutica: problemas e desafios atuais*. Curitiba: Editora Primas, 2017, pp. 169-195.

BECKER, Laércio A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Garantismo e Des(lealdade) processual*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, pp. 79-92.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4270, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2690511>. Acesso 10 de out. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo penal entre Garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade prima facie dos atos*

processuais. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, pp. 415-446.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, J. J, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública (uma nova sistematização da teoria geral do processo)*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3. ed. amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalismo Coletivo Ideal: o estado, o mercado e o projeto de desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CASTRO, Matheus Felipe de; MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. *A Crise do Estado quase-moderno e Desafios na efetivação do acesso à Justiça para pessoas em condições de Vulnerabilidade*. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/Ods65m46/clvi2bp7>. Acesso em 17 set. 2018.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922, t. I.

CICERO. *De Re Publica. De Legibus*. Trad. C. W. Keyes. Cambridge.: Harvard University Press, 1994.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral Do Processo*. 31. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRYER, Robert. et. al. *International Criminal Law and Procedure*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DAL RI JÚNIOR, ARNO. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINH, Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

———. *Recursos no Processo Penal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*.

3.ed. Rev. Trad. Ana Paula Zoma Zica et. al. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. *Derecho y garantías: La ley del más débil: Teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

_____. *La democracia costituzionale*. In CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Duarte (Orgs.). *Constitucionalismo em debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori*. Vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 5-83.

_____. *Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais*. Trad. Alexandre Salim [et al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Sobre Los Derechos Fundamentales*. *Questiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 15, jul/dec., 2006, p. 114-136.

FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à Justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. 1.ed. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO, ROGÉRIO. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v.1. 20. ed. rev. amp. atual. Niterói: Impetus, 2018.

GROTIUS, Hugo . *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*. v. I. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí/Fondazione Cassamarca, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: RT, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAIR, PETER. *Rulling the void: the hollowing of Western Democracy*. London-New York: Verso, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*. In Marx/Engels. Obras escolhidas, v.2. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1961.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAZ, Joseph. *The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Leni M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002.

———. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: princípios do direito político*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pinares, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José Maria Editora, 1992.

———. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. *El Concepto de Lo Político: texto de 1932 com um prólogo y tres corolarios*. Trad. Rafael Agapito. Madri: Alianza Universidad, 2009.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

YIN, ROBERT K. *Estudo de caso: Planejamentos e Métodos*. 5. ed. Trad. Cristian Matheus Herrera. São Paulo: Bookman, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca de as penas perdidas: deslegitimación y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

**APÊNDICE A - Lista de processos na Comarca de Armazém
arquivados em 2017**

0000917-28.2016.8.24.0159	0001033-68.2015.8.24.0159
0000883-53.2016.8.24.0159	0000944-11.2016.8.24.0159
0000957-10.2016.8.24.0159	0000077-81.2017.8.24.0159
0000955-40.2016.8.24.0159	0001353-89.2013.8.24.0159
0000405-45.2016.8.24.0159	0000634-05.2016.8.24.0159
0001195-63.2015.8.24.0159	0000129-77.2017.8.24.0159
0000512-46.2016.8.24.0044	0002859-03.2013.8.24.0159
0002228-59.2013.8.24.0159	0000711-14.2016.8.24.0159
0001106-45.2012.8.24.0159	0000016-31.2014.8.24.0159
0001151-15.2013.8.24.0159	0000100-27.2017.8.24.0159
0000019-78.2017.8.24.0159	0000088-13.2017.8.24.0159
0000998-74.2016.8.24.0159	0000003-61.2016.8.24.0159
0001000-44.2016.8.24.0159	0001368-58.2013.8.24.0159
0000185-57.2010.8.24.0159	0000617-37.2014.8.24.0159
0000581-58.2015.8.24.0159	0001001-29.2016.8.24.0159
0000768-66.2015.8.24.0159	0000900-89.2016.8.24.0159
0001336-19.2014.8.24.0159	0000103-79.2017.8.24.0159
0900040-34.2014.8.24.0159	0000798-72.2013.8.24.0159
0000938-38.2015.8.24.0159	0000037-12.2011.8.24.0159
0000666-10.2016.8.24.0159	0002358-49.2013.8.24.0159
0000667-92.2016.8.24.0159	0001839-50.2008.8.24.0159
0000593-38.2016.8.24.0159	0900096-96.2016.8.24.0159
0000098-91.2016.8.24.0159	0000947-05.2012.8.24.0159
0000693-66.2011.8.24.0159	0001174-63.2010.8.24.0159
0000968-39.2016.8.24.0159	0001833-38.2011.8.24.0159
0000816-93.2013.8.24.0159	0001355-59.2013.8.24.0159
0000018-93.2017.8.24.0159	0001674-61.2012.8.24.0159
0000330-06.2016.8.24.0159	0000904-34.2013.8.24.0159
0000661-27.2012.8.24.0159	0000473-97.2013.8.24.0159
0000537-05.2016.8.24.0159	0000020-68.2014.8.24.0159
0002708-37.2013.8.24.0159	0000690-09.2014.8.24.0159
0000869-69.2016.8.24.0159	0000516-63.2015.8.24.0159
0002890-23.2013.8.24.0159	0000827-20.2016.8.24.0159
0000664-40.2016.8.24.0159	0001147-07.2015.8.24.0159
0000762-25.2016.8.24.0159	0000795-15.2016.8.24.0159
0000763-10.2016.8.24.0159	0000163-52.2017.8.24.0159
0000594-23.2016.8.24.0159	0000171-29.2017.8.24.0159
0000943-26.2016.8.24.0159	0000159-15.2017.8.24.0159

0000164-37.2017.8.24.0159	0000876-66.2013.8.24.0159
0000073-44.2017.8.24.0159	0000309-93.2017.8.24.0159
0000235-39.2017.8.24.0159	0000476-18.2014.8.24.0159
0000444-42.2016.8.24.0159/01	0002068-68.2012.8.24.0159
0001290-93.2015.8.24.0159	0001149-79.2012.8.24.0159
0000464-33.2016.8.24.0159	0000799-52.2016.8.24.0159
0000132-32.2017.8.24.0159	0000121-03.2017.8.24.0159
0000948-92.2009.8.24.0159	0000188-65.2017.8.24.0159
0000392-85.2012.8.24.0159	0000206-86.2017.8.24.0159
0000813-36.2016.8.24.0159	0000080-36.2017.8.24.0159
0000033-62.2017.8.24.0159	0000180-88.2017.8.24.0159
0000693-61.2014.8.24.0159	0000556-45.2015.8.24.0159
0000829-92.2013.8.24.0159	0002238-06.2013.8.24.0159
0001509-48.2011.8.24.059	0001708-70.2011.8.24.0159
0001391-38.2012.8.24.0159	0000254-45.2017.8.24.0159
0000101-12.2017.8.24.0159	0002250-54.2012.8.24.0159
0000081-21.2017.8.24.0159	0000206-57.2015.8.24.0159
0000992-77.2010.8.24.0159	0000907-81.2016.8.24.0159
0000710-29.2016.8.24.0159	0001505-74.2012.8.24.0159
0001479-13.2011.8.24.0159	0000118-48.2017.8.24.0159
0900067-46.2016.8.24.0159	0000361-89.2017.8.24.0159
0000845-41.2016.8.24.0159	0000371-36.2017.8.24.0159
0000478-17.2016.8.24.0159	0001100-04.2013.8.24.0159
0300135-11.2017.8.24.0159	0000282-13.2017.8.24.0159
0000569-78.2014.8.24.0159	0000967-54.2016.8.24.0159
0000005-94.2017.8.24.0159	0000386-05.2017.8.24.0159
0000967-88.2015.8.24.0159	0001444-48.2014.8.24.0159
0000921-41.2011.8.24.0159	0000311-63.2017.8.24.0159
0000068-22.2017.8.24.0159	0001852-88.2004.8.24.0159
0000476-52.2013.8.24.0159	0001292-05.2011.8.24.0159
0000239-76.2017.8.24.0159	0001158-70.2014.8.24.0159
0000247-53.2017.8.24.0159	0000905-14.2016.8.24.0159
0000202-49.2017.8.24.0159	0001443-34.2012.8.24.0159
0000627-13.2016.8.24.0159	0000918-52.2012.8.24.0159
0000570-92.2016.8.24.0159	0000729-74.2012.8.24.0159
0000220-70.2017.8.24.0159	0002010-65.2012.8.24.0159
0000029-25.2017.8.24.0159	0000488-03.2012.8.24.0159
0000125-74.2016.8.24.0159	0001282-24.2012.8.24.0159
0000301-19.2017.8.24.0159	0900076-08.2016.8.24.0159
0000302-04.2017.8.24.0159	0000939-28.2012.8.24.0159
0000320-25.2017.8.24.0159	0001758-62.2012.8.24.0159

0000270-96.2017.8.24.0159	0000345-38.2017.8.24.0159
0000269-14.2017.8.24.0159	0000375-73.2017.8.24.0159
0000951-03.2016.8.24.0159	0000005-65.2015.8.24.0159
0000469-21.2017.8.24.0159	0000396-49.2017.8.24.0159
0002784-61.2013.8.24.0159	0000424-17.2017.8.24.0159
0000364-59.2008.8.24.0159	0000034-47.2017.8.24.0159
0001245-02.2009.8.24.0159	0000528-09.2017.8.24.0159
0000329-84.2017.8.24.0159	0000499-56.2017.8.24.0159
0001026-76.2015.8.24.0159	0000657-14.2017.8.24.0159
0000342-59.2012.8.24.0159	0000545-45.2017.8.24.0159
0001627-53.2013.8.24.0159	0000529-91.2017.8.24.0159
0001550-49.2010.8.24.0159	0000561-96.2017.8.24.0159
0000404-60.2016.8.24.0159	0001812-28.2012.8.24.0159
0002622-66.2013.8.24.0159	0000526-39.2017.8.24.0159
0000997-89.2016.8.24.0159	0000624-24.2017.8.24.0159
0001760-95.2013.8.24.0159	0000629-46.2017.8.24.0159
0000084-73.2017.8.24.0159	0000643-30.2017.8.24.0159
0000614-82.2014.8.24.0159	0000490-02.2014.8.24.0159
0000503-93.2017.8.24.0159	0000284-80.2017.8.24.0159
0000487-42.2017.8.24.0159	0000570-58.2017.8.24.0159
0002681-54.2013.8.24.0159	0000646-82.2017.8.24.0159
0000183-87.2010.8.24.0159	0000656-29.2017.8.24.0159
0002061-76.2012.8.24.0159	0000954-55.2016.8.24.0159
0001240-38.2013.8.24.0159	0001112-81.2014.8.24.0159
0002487-54.2013.8.24.0159	0001263-47.2014.8.24.0159
0002237-21.2013.8.24.0159	0000686-64.2017.8.24.0159
0000008-49.2017.8.24.0159	0000547-15.2017.8.24.0159
0000698-83.2014.8.24.0159	0000048-07.2012.8.24.0159
0300413-80.2015.8.24.0159	0001626-68.2013.8.24.0159
0000978-25.2012.8.24.0159	0000098-57.2017.8.24.0159
0000512-55.2017.8.24.0159	0000946-49.2014.8.24.0159
0000006-84.2014.8.24.0159	0001721-69.2011.8.24.0159
0000442-38.2017.8.24.0159	0001130-73.2012.8.24.0159
0000338-46.2017.8.24.0159	0001339-08.2013.8.24.0159
0000421-67.2014.8.24.0159	0001187-57.2013.8.24.0159
0000230-17.2017.8.24.0159	0000707-50.2011.8.24.0159
0000162-67.2017.8.24.0159	0001471-02.2012.8.24.0159
0002476-25.2013.8.24.0159	0001865-72.2013.8.24.0159
0000070-94.2014.8.24.0159	0000195-57.2017.8.24.0159
0000548-97.2017.8.24.0159	0000517-14.2016.8.24.0159
0000555-89.2017.8.24.0159	0000697-93.2017.8.24.0159

0000699-63.2017.8.24.0159
0000692-71.2017.8.24.0159
0000888-75.2016.8.24.0159
0001777-34.2013.8.24.0159
0000664-11.2014.8.24.0159
0001227-68.2015.8.24.0159
0000391-27.2017.8.24.0159
0000644-15.2017.8.24.0159
0000715-17.2017.8.24.0159
0002201-13.2012.8.24.0159
0000229-32.2017.8.24.0159
0000575-17.2016.8.24.0159
0000459-74.2017.8.24.0159
0001353-60.2011.8.24.0159
0001635-40.2007.8.24.0159
0001192-79.2013.8.24.0159
0000751-59.2017.8.24.0159
0000215-53.2014.8.24.0159
0000618-17.2017.8.24.0159
0000772-35.2017.8.24.0159
0000991-87.2013.8.24.0159
0001366-54.2014.8.24.0159
0001331-31.2013.8.24.0159
0000392-17.2014.8.24.0159
0000788-28.2013.8.24.0159
0001837-80.2008.8.24.0159
0000802-75.2014.8.24.0159
0002107-65.2012.8.24.0159
0000886-13.2013.8.24.0159
0000208-27.2015.8.24.0159
0001528-83.2013.8.24.0159
0001515-84.2013.8.24.0159
0001177-76.2014.8.24.0159
0001810-58.2012.8.24.0159
0000789-71.2017.8.24.0159
0000754-14.2017.8.24.0159
0000791-41.2017.8.24.0159
0000543-75.2017.8.24.0159
0000582-72.2017.8.24.0159
0000596-56.2017.8.24.0159
0000604-33.2017.8.24.0159
0000601-78.2017.8.24.0159
0000633-83.2017.8.24.0159
0000465-81.2017.8.24.0159
0000569-73.2017.8.24.0159
0000346-91.2015.8.24.0159
0000030-15.2014.8.24.0159
0000694-46.2014.8.24.0159
0000785-34.2017.8.24.0159
0000782-79.2017.8.24.0159
0000300-34.2017.8.24.0159
0000733-43.2014.8.24.0159
0000916-14.2014.8.24.0159
0001272-09.2014.8.24.0159
0001359-33.2012.8.24.0159
0000274-70.2016.8.24.0159
0001846-03.2012.8.24.0159
0000924-20.2016.8.24.0159
0000807-92.2017.8.24.0159
0005976-07.2016.8.24.0091
0000673-02.2016.8.24.0159
0001412-43.2014.8.24.0159
0000751-64.2014.8.24.0159
0000098-28.2015.8.24.0159
0000908-71.2013.8.24.0159
0001058-23.2011.8.24.0159
0001116-26.2011.8.24.0159
0002042-70.2012.8.24.0159
0001897-24.2006.8.24.0159
0001275-95.2013.8.24.0159
0000946-20.2012.8.24.0159
0000591-34.2017.8.24.0159
0000641-60.2017.8.24.0159
0900039-44.2017.8.24.0159
0900042-96.2017.8.24.0159
0000892-78.2017.8.24.0159
0000878-94.2017.8.24.0159
0001815-80.2012.8.24.0159
0000814-89.2014.8.24.0159
0000827-25.2013.8.24.0159
0300605-42.2017.8.24.0159

APÊNDICE B - Processos analisados

0001151-15.2013.8.24.0159	0000698-83.2014.8.24.0159
0900040-34.2014.8.24.0159	0000978-25.2012.8.24.0159
0000693-66.2011.8.24.0159	0000490-02.2014.8.24.0159
0000330-06.2016.8.24.0159	0001112-81.2014.8.24.0159
0000661-27.2012.8.24.0159	0001263-47.2014.8.24.0159
0000617-37.2014.8.24.0159	0000048-07.2012.8.24.0159
0001001-29.2016.8.24.0159	0001339-08.2013.8.24.0159
0000037-12.2011.8.24.0159	0000707-50.2011.8.24.0159
0001839-50.2008.8.24.0159	0001865-72.2013.8.24.0159
0001174-63.2010.8.24.0159	0001635-40.2007.8.24.0159
0001833-38.2011.8.24.0159	0001192-79.2013.8.24.0159
0001674-61.2012.8.24.0159	0001331-31.2013.8.24.0159
0000948-92.2009.8.24.0159	0000788-28.2013.8.24.0159
0000392-85.2012.8.24.0159	0001837-80.2008.8.24.0159
0001479-13.2011.8.24.0159	0000886-13.2013.8.24.0159
0001708-70.2011.8.24.0159	0001528-83.2013.8.24.0159
0000206-57.2015.8.24.0159	0000346-91.2015.8.24.0159
0000967-54.2016.8.24.0159	0000030-15.2014.8.24.0159
0001852-88.2004.8.24.0159	0000733-43.2014.8.24.0159
0001292-05.2011.8.24.0159	0000916-14.2014.8.24.0159
0001158-70.2014.8.24.0159	0001272-09.2014.8.24.0159
0000918-52.2012.8.24.0159	0001359-33.2012.8.24.0159
0000729-74.2012.8.24.0159	0001846-03.2012.8.24.0159
0002010-65.2012.8.24.0159	0000924-20.2016.8.24.0159
0000939-28.2012.8.24.0159	0000673-02.2016.8.24.0159
0001758-62.2012.8.24.0159	0000751-64.2014.8.24.0159
0000951-03.2016.8.24.0159	0000908-71.2013.8.24.0159
0002784-61.2013.8.24.0159	0001897-24.2006.8.24.0159
0000364-59.2008.8.24.0159	0001275-95.2013.8.24.0159
0001245-02.2009.8.24.0159	0000946-20.2012.8.24.0159
0000614-82.2014.8.24.0159	0000814-89.2014.8.24.0159
0001240-38.2013.8.24.0159	0000827-25.2013.8.24.0159
0002487-54.2013.8.24.0159	

APÊNDICE C- Questionário aplicado ao jurisdicionado**NOME (OPCIONAL):**

BUSCA A DP? ▶

ACHA QUE A DP FAZ FALTA E PREJUDICA O
ACESSO AO JUDICIÁRIO?

SIM



NÃO

POSSUI DEFENSOR DATIVO? ▶

ESTÁ SATISFEITO COM O
TRABALHO DO DEFENSOR
NOMEADO?

SIM



NÃO