

A defensoria pública como garantia de acesso à justiça

The Public Defender Office as a guarantee of access to justice

Gabriel Ignacio Anitua Marsan*

Tradução: Alberto Carvalho Amaral**

Resumo

O acesso à justiça parece especialmente importante para garantir outros tipos de direitos, muitas vezes tão ou mais relevantes que os direitos civis e políticos, entre os quais estão as garantias penais e processuais penais. Em todo caso, no que diz respeito a este último aspecto e ao papel do defensor criminal, esta menção ao acesso à justiça parece um escárnio, se considerarmos que aqueles que os defensores públicos normalmente defendem são pessoas que estão privadas de sua liberdade, estão detidas e seu único contato com a justiça é, principalmente, o da instituição penitenciária, a qual é muito fácil acessar e de onde precisamente querem sair, o oposto de acessar. E a defesa criminal tem que conseguir exatamente isso: fornecer assistência jurídica ao acusado para ajudá-lo a lutar por sua liberdade, em qualquer caso. Pretende-se neste artigo discorrer sobre as ideias de “garantia” e de “pública”, que a transformam em defesa pública, oficial, concretizada na defensoria pública.

Palavras-chave: Defensoria Pública; acesso à justiça; processos criminais; metagarantia.

Abstract

Access to justice seems particularly important to guarantee other rights, often as or more important than civil and political rights, including criminal and procedural guarantees. In any case, with regard to this aspect and the role of the criminal defender, the access to justice seems a mockery if we consider that those who Public Defenders normally defend, persons who are deprived of their liberty, are detained and their only contact with justice is mainly the penitentiary institution,

* Doutor em Direito pela Universidad de Barcelona (2003), Diploma de Estudios Avanzados em Direito Penal na Universidad del País Vasco (1999), Mestrado em “Sistema penal y problemas sociales” da Universidad de Barcelona (2000), *Abogado* pela Universidad de Buenos Aires (1994) e Licenciado em Sociologia pela mesma Universidade (1997). fez pré e pós-doutorado em San Sebastián (1997-1999) em Frankfurt (2004-2005), em Londres (2003-2004) e em Barcelona (2013-2014). Exerceu a docência em Buenos Aires, Barcelona, Sevilla, Quito e México-DF. Atualmente atua como professor adjunto regular de *Derecho Penal y Criminología* na Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires e como professor titular de cátedra de *Derecho Penal y Política Criminal* na Universidad Nacional de José C. Paz, ambas da Argentina. Tem desempenhado tarefas em diversas repartições da justiça penal da Argentina, foi designado pela Presidente da Nação e de acordo com o Senado como Defensor Público Oficial perante os *Tribunales Orales en lo Criminal* da cidade de Buenos Aires.

** O texto ora apresentado foi submetido à apreciação do autor, que concordou com as adaptações desta versão para o português.

Como citar este artigo:
ANITUA MARSAN, Gabriel Ignacio. A Defensoria Pública como garantia de acesso à justiça. Tradução de Alberto Carvalho Amaral. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 19/28.

which is very easy to access and precisely where they want to go out, the opposite of access. The criminal defense has to reach exactly that, aimed to provide legal assistance to the accused, fighting for his freedom in any case. This article intends to talk about the ideas “guarantee” and “public”, which transforms it into public defense, official, materialized in the Public Defender Office.

Keywords: Public Defender Office; public defensorship; access to justice; criminal law; meta guarantee.

É muito difícil abordar a questão da garantia de defesa em juízo em um espaço direcionado aos defensores, que sabem muito a esse respeito. A questão da defensoria pública, como uma garantia de acesso à justiça, é muito extensa e, portanto, vou me limitar à defensoria pública como forma de “garantia”. Não desenvolverei aqui essa ideia tão fundamental para a aplicação eficaz do Estado de Direito e, sobretudo, para a possível evolução da própria instituição a que pertencemos, que é a do amplo acesso à justiça.

O acesso à justiça parece especialmente importante para garantir outros tipos de direitos, muitas vezes tão ou mais relevantes que os civis e políticos, entre os quais estão as garantias penais e processuais penais. Em todo caso, no que diz respeito a este último aspecto e ao papel do defensor criminal, esta menção ao acesso à justiça parece um escárnio, se considerarmos que aqueles que nós, defensores públicos, defendemos normalmente são pessoas que estão privadas de sua liberdade, estão detidas, e seu único contato com a justiça é, principalmente, o da instituição penitenciária, a qual é muito fácil acessar e de onde precisamente querem sair, o oposto de acessar. E a defesa criminal, que nós cuidamos, tem que conseguir exatamente isso: fornecer assistência jurídica ao acusado para ajudá-lo a lutar por sua liberdade, em qualquer caso.

Como eu disse, este tópico, assim delimitado, parece fácil, porém é muito difícil. Sobretudo, é difícil na pretensão de ser medianamente original. Em todo o restante, o fácil e o difícil são expressões do mesmo fenômeno: são duas faces da mesma moeda. Vocês, como leitores, estão predispostos a ler algo sobre o qual se tem falado muito bem, e muito melhor do que eu posso dizer agora. Precisamente por essa razão, tenho que dizer alguma outra coisa, pretendendo que não seja tão diferente, o que, neste caso, seria ruim.

Para fazer o correto, eu estaria cometendo um plágio, mas, na verdade, um plágio impossível. Seria impossível, por exemplo, plagiar Luigi Ferrajoli (2006, 1997, p. 614) que, com precisão, se referiu a esta defesa pública, à defensoria pública, como garantia essencial no processo penal; Fernanda López Puleio (2002, 2008) ou Stella Maris Martínez (2002)¹. Se pudesse remeter ao que eles já escreveram, esse papel estaria realizado de forma muito melhor. Porém, não posso fazê-lo. Portanto, tentarei não plagiar, mas me basear no que disseram esses importantes autores para refletir e tentar encontrar alguma pauta de discussão: na realidade, nenhuma proposta nem nada desse tipo, senão, simplesmente uma tentativa de compartilhar complexidades, dúvidas, sobre a ideia de “defesa” e a respeito de duas questões centrais que se relacionam ao título deste artigo: a ideia de “garantia”, por um lado; e, por outro, a ideia de “público”, este adjetivo da defesa, que a transforma em defesa pública e, com isso, na defensoria pública e, concretamente, o que faz a nossa instituição.

O tema das garantias nos remete à questão central do Direito e, inclusive, do Estado de Direito. A aporia que atravessa todo o problema que aqui apresento já está presente em um tipo de Estado que precisa buscar eficiência, possibilitar uma atividade funcional e legitimar essas intervenções que, por sua vez, se autolimita para obter essas possibilidades de ação e de ação política. Isso, em realidade, é a complexidade, não de uma forma particular senão do próprio Estado: é a complexidade das formas políticas ocidentais. Eis a peculiaridade da civilização ocidental, que produz a conformação de um Estado de Direito, um Estado de garantias. É também o que tem sido universalizado, globalizado, diríamos em termos mais modernos, com suas vantagens e inconveniências.

Creio que a essência da complexidade ocidental é a complexidade do Direito, a complexidade jurídica. Discute-se sobre o que é determinante da nossa civilização ocidental (e, hoje, mundial ou

¹ Além desse texto, recomendo suas diversas intervenções públicas orais e escritas e seus comunicados pessoais a todos os defensores públicos argentinos.

globalizada): se é a tradição grega, a filosofia grega e outras, ou a tradição judaica, hebraica ou o Cristianismo como uma espécie de síntese de ambas as tradições culturais. Para mim, e de acordo com Foucault (1980), Legendre (2008) e tantos outros, parece-me que o essencial é a tradição romana e, sobretudo, a herança jurídica dessa cultura. A tradição romana do Direito é retomada em alguns locais da Europa ocidental desde o século XII (e, neste caso, sim, o Cristianismo teve um papel principal, porque é retomada por alguns Papas, não muito santos, mas especialmente versados em raciocínios jurídicos). E, com ela, se permitirá alcançar uma maior eficiência, para produzir, por um lado, a forma do Estado e, por outro, as empresas mercantis. A jurídica será a pedra fundamental na qual se assentará o edifício da racionalidade ocidental. Sempre tomando o racional no sentido weberiano, no sentido de eficiência que possibilitaria a efetiva globalização da própria cultura dos direitos (e que “salvaria” outras formas mais conjunturais, como o próprio Cristianismo).

Vivemos desde aquele momento em que se recebem as regras do Direito romano para instrumentalizar os valores (então cristãos e depois outros quaisquer) e em que se combate em seu nome contra a magia e as ordálias (que são criminalizadas), na “civilização do Direito”.

Isso vai além do estritamente jurídico (e do processual penal e penal) e nos marca no político, no cultural e em todos os âmbitos de nossa vida. O mínimo que nos coloquemos a pensar, vemos como a ideia do jurídico cruza a ciência, pelo menos a ciência ocidental que, hoje, é a ciência global. A ciência fala, e não casualmente, desde o Renascimento, Galileu, Newton etc., de leis, essa ideia de algo que necessariamente se tem que cumprir, que existem causas com efeitos necessários (isso não é assim em nenhum outro universo cultural, na China, na Índia possuíam saberes, descobriram coisas, obtiveram técnicas baseadas nesses saberes, porém não lhes ocorria a ideia de “lei” da ciência ocidental). E assim, com a ideia da verdade, com a de sua prova, com a demonstração e a motivação para que outros reconstruam, com um método, esse caminho ou processo. A ciência toma uma roupagem jurídico-procedimental que não abandonará. Todavia, isso acontece no terreno cultural e político.

Essa razão instrumentalizada pelo jurídico provocará algo que também é particular para essa civilização ocidental. Refiro-me à divisão, à separação entre o privado e o público, entre as leis gerais do Direito e as particulares da moral. É certo que essa cisão é complicada, é complexa, porque não é nítida, não está claro o que é público, o que é privado. Recentemente, em um excelente livro, Paolo Prodi (2008) apresenta, após uma incursão histórica, esse problema atual do avanço do público sobre todas as áreas que, tradicionalmente, eram da esfera ou do foro interno, questão de consciência. Essa visão é interessante, a qual considero bastante conservadora, mas entendo que devemos considerar também os “avanços” do campo do Direito como verdadeiras conquistas (e isso é, sobretudo, assim nos chamados direitos sociais). E vislumbrar essa e outras possíveis incursões históricas, como a do desenvolvimento de lutas que, sendo exitosas, adotam a linguagem exitosa, porém ambivalente, do Direito. Digo isso porque os direitos, no plural, sempre exigem um adjetivo como “humanos” ou “civis” ou “subjettivos”, que remetem justamente ao sujeito que os detém: um indivíduo, e que os opõe ao Estado, mas também todos os indivíduos que possuem igual condição daqueles que pertencem tais direitos. O discurso dos direitos é ao mesmo tempo o organizador do Estado moderno e o que o limita, outorgando garantias a um e a todos os indivíduos no ato de constituição do Estado de Direito.

Nesse sentido, as necessidades, as reivindicações e, finalmente, as conquistas se transformam quando são traduzidas para a linguagem do direito. A linguagem do direito, inclusive a do Império Romano resgatada pela Igreja, e os Estados, em suas pretensões hierárquicas e verticalizantes, para mim, parecem possuir algo essencial, que significa conceder ao outro o que se reivindica para si mesmo. Nisto reside a ideia de igualdade, a ideia de que todos podemos acessar aquilo que nos constitui como cidadãos e, antes, como humanos. E que todos nós acessamos, de tal forma que nem sequer voluntariamente podemos renunciar a isso. Sei que esta última assertiva é muito discutível.

Voltando ao nosso tema, me concentrarei na ideia de “garantia” e em como ela se expressa nos primeiros documentos, que eram, na realidade, pactos, acordos, contratos entre alguns indivíduos e essa embrionária organização estatal que, no século XIII, se fundava no direito e por ele se limitava. Nesses primeiros momentos, a noção complexa de autoridade, que advém do Direito romano, ainda está sendo desenvolvida. Permanece mais da tradição medieval, da tradição germânica, em

termos de se referir a formas jurídicas, porém formas composicionais e interindividuais. Na Carta Magna de 1.215, a primeira expressão de “garantias”, caso se chamava à época, aparece como uma conquista, porém para poucos, como um contrato que fazem os membros de um grupo, neste caso, os nobres ingleses, que dizem “senhor rei, senhor Estado, vocês a mim não podem invadir meu domicílio sem permissão especial, a mim não podem me dar a morte ou afetar um membro se não for com a autorização de um júri de doze iguais, doze nobres também, em um julgamento que possua todos os requisitos do devido processo, da possibilidade de defesa, da não obrigação de declarar contra si mesmo, *et Cetera*”. E assinam os obrigados, ou seja, o rei João pelo Estado. Tudo isso é expresso nesse documento, que está em latim dessa maneira, e que também será mantido na cultura jurídica anglo-saxônica sob o nome de “privilégio”.

O significado de privilégio hoje denota excepcionalidade, benefício pessoal e excludente. É o que era também. Não obstante, segue-se falando no direito anglo-saxão, por exemplo, do “privilégio contra a autoincriminação”, do qual gozam todos os cidadãos em um Estado de Direito. Recordando Julio Maier, em um dos seminários que convocou, discutimos sobre a tradução da palavra “privilégio”. Como traduzi-la a partir de um texto em inglês, se era correta a tradução literal de “privilégio”, ou, na verdade, deveríamos falar com mais exatidão em “garantia” e, portanto, em “direito”. Certamente que, hoje, esta última é mais razoável. Mas, naquela época, quando se assina a Carta Magna, eram realmente “privilégios” conseguidos por certos setores (também como o privilégio de não pagar tributos ou outros): a etimologia da palavra é a de *privis legis*, se tratava de uma “lei privada” para que esse setor ou essa pessoa pudesse exigir o cumprimento desse contrato. O privilégio vinha acompanhado de uma garantia, tratava-se de garantir o cumprimento desse contrato excepcional e não universal, protegendo, apenas, a parte contratante.

Essa noção privatista é a que irá se modificar com a introdução da noção universal de direito, de “lei pública” como contrária ao privilégio. Essa evolução será mais notável na tradição continental que na anglo-saxônica, porém, em todo caso, faz dessa cultura dos direitos da tradição ocidental em geral. Dessa maneira, essa ideia de privilégio transformada em garantia, transformada em direito, em uma lei ou direito público, em um direito que, como eu disse antes, chega a alcançar o caráter de irrenunciável. Isso é discutível e é muito mais influenciado pelo direito romano republicano do que pelo Império tardio, que é efetivamente retomado no fim da Idade Média. Mas é a mesma noção de direito. Um direito público, um direito de todos os seres humanos, não se pode negociar, é inalienável, não pode ser removido, não pode ser alterado para algo que me parece mais útil, que é imposto sobre mim contra a minha vontade, eu diria quase rousseauanamente, é decorrência da vontade geral que se impõe contra uma vontade individual que, se for contrária àquela, não é realmente a verdadeira vontade (ROUSSEAU, 1986). Não somente nesse ilustrado republicano, mas em quase todos os reformadores, surge a noção de direito público como uma qualidade que não pode ser entregue sem perder a dignidade, a noção de cidadão. Especialmente a partir de Locke (2006), que deixa isso claro baseado no Direito romano republicano, no qual ninguém poderia vender a si mesmo como escravo – portanto, pode responder a alguns teóricos neoliberais como Nozick (1974, p. 331) que aborda esses hipotéticos e, segundo ele, legítimos contratos, verdadeiramente impossíveis em um Estado de Direito que respeite a dignidade humana.

Tudo isto parece muito distante da nossa realidade, mas é, por exemplo, o que funda a minha ideia de que o julgamento criminal, com as suas características essenciais (publicidade, jurados etc.) não pode ser renunciado. E, da mesma forma, não podem ser renunciados os limites e as garantias em prol do indivíduo e contra a ação, possivelmente abusiva, do Estado.

Isso se aplica diretamente à ideia de defesa como um direito público e, portanto, irrenunciável. À ideia de defesa também constam duas faces dificilmente separáveis: a obrigação de o Estado, por um lado, promover o julgamento e, por outro, como um direito natural do indivíduo, que inclusive Hobbes (1979, p. 113) reconhecia, equiparando-o à legítima defesa.

A questão tem, então, dois aspectos que podem ser pensados teoricamente como defesa em juízo e o devido processo (que, na verdade, são uma e a mesma coisa). A garantia da defesa e, especialmente, a da defensoria pública, é ao mesmo tempo a possibilidade de exercer efetivamente esse devido processo, mas também é garantia que impede a eficiência desse devido processo dirigido à repressão.

Isso, durante séculos, foi algo menos que uma expressão de desejos. Porém, logo será posicionado como uma necessidade, sem reconhecer expressamente o impasse. Sobretudo,

será importante para as lutas do século XVIII (nas quais a burguesia reivindicou para si certas prerrogativas, aquelas que lhes confere o discurso constitutivo de “cidadãos”, do direito). No século XIX se permitirá que esse acesso à defesa, à justiça – mas com um caráter de defesa judicial das garantias ou de limites que o Estado se impôs na tarefa repressiva – seja algo mais que desejável, constituindo-se em uma obrigação.

A defesa individual particular, ou seja, aquela exercida pela própria pessoa acusada, dentro de suas possibilidades, sempre foi aceita de alguma forma, inclusive em um sistema inquisitivo. Logo, essa defesa era técnica para aquele que podia pagar e, em todo caso, era pensada como algo caritativo, que se fazia de boa vontade por alguém que tinha conhecimentos jurídicos para aqueles que não tinham a possibilidade de fazer isso por si mesmos ou não podiam pagar por esses serviços. No século XIX, com um Estado cada vez mais forte, mas, também, mais “de direito”, compreende-se a defesa como uma obrigação, porém, no caso europeu, para os advogados. Os advogados, como parte de suas faculdades, que lhes permitiam ganhar dinheiro com o exercício de sua profissão, têm a obrigação, imposta pelo Estado, de defender quem não pode pagar por seus serviços.

Porém, no contexto latino-americano e com especificidades sobre as quais tratou Ana Zapata de Barry (2007), e em relação às instituições tutelares, patriarcais, de defesa do índio e do escravo, enfim, de proteção daqueles que não se consideravam iguais, senão inferiores e, por isso, merecedores de tutela, surgem instituições que irão se modificando com a recepção da noção de universalidade no direito e em seu exercício. Em todo caso, e para além dessa excepcionalidade àquela lógica dos “direitos” na sua origem, existiam instituições de funcionários encarregados da defesa, que logo irão ampliar-se e expandir-se ao que são hoje nossas instituições, quase únicas no mundo. A existência de um corpo de funcionários do Estado, encarregados de velar pelos interesses dos acusados e de evitar a imposição de medidas lesivas contra eles (e, portanto, opondo-se aos interesses estatais) é uma característica latino-americana. E invejada pelo mundo. Em outros cenários jurídicos se vislumbra algo de inveja ao tipo de instituições como aquelas que nós integramos, a Defensoria Pública.

A partir do século XX, especialmente com a formação do Estado de Bem-Estar, no qual o Estado assume expressamente mais obrigações perante os cidadãos, aquela obrigação dos advogados transfere-se para o Estado. Na Europa, o Estado paga advogados para exercer “turnos de ofício”, assumindo, assim, uma defesa que é pública, que é oficial, mas que não tem o mesmo caráter que este modelo mais avançado que é o nosso, esse modelo argentino e também, diríamos, latino-americano. Na realidade, entendo que o nosso modelo é a coroação dessa evolução e que seria logicamente mais compatível com essa forma de Estado.

É assim que na Europa, na Espanha, na Itália (e singularmente ali, para Luigi Ferrajoli) pensa-se em adotar instituições como as nossas. Ferrajoli (2006, 1997) defende a extensão deste modelo para poder atender às duas faces do Estado. O autor ressalta, especificamente, a importância da defesa e da defensoria pública como garantia processual e penal.

Ele apresenta a garantia da defesa como uma garantia epistêmica, que possibilita um juízo garantista. É de fato a base angular, a chave mestra de todo o seu edifício garantista. Seria, por um lado, uma metagarantia, que possibilita que outras garantias sejam realizadas; porém, além disso, é também uma garantia central do contraditório e da defesa daquilo que faz o contraditório para a correta comprovação ou refutação empírica, ou falseamento, da verdade processual. As garantias para o Estado de Direito e para as liberdades individuais se baseiam, no que produzem à repressão penal e seus limites, em um critério de verdade, que reside na ideia de verdade processual. Isto é o que permite que um juízo não seja discricionário, o que imuniza os cidadãos contra os abusos de poder e que, ao mesmo tempo, legítima o poder como eficiente e justo. Nos critérios que Ferrajoli toma de sua epistemologia, surgem as garantias. Entre elas, é de importância primordial, dado o influxo das ideias popperianas, o direito de defesa e do contraditório como tradução da necessidade de confrontação e submissão à contraprova das hipóteses previamente “provadas”. A tarefa fundamental da defesa é falsear hipóteses, neste caso, a hipótese acusatória. Isso parece central nesse enorme andaime que é a construção Ferrajoliana. Também aqui é jogado algo que é central para este autor, pois “é no campo da defesa que se mede, mais que em qualquer outro, a desigualdade dos cidadãos frente à lei penal” (FERRAJOLI, 2006, p. 51) e devemos recordar sempre o ideal igualitarista e socialista do nosso autor, para compreendê-lo adequadamente.

A garantia de defesa, que não é uma mera criação ideal para Ferrajoli, é teorizada com recurso aos clássicos: cita Bentham, Filangieri, Carrara e Lucchini como propulsores de uma defesa eficaz e, para que ela seja assim, da criação de corpos de funcionários defensores. De alguma maneira, Ferrajoli se surpreende com o fato de que, muitos anos antes de Popper, esses juristas já tinham descoberto a necessidade do princípio da refutabilidade e, com ela, da epistemologia falsacionista. Já tinham descoberto que para obter um critério de verdade razoável e convincente, é importante que alguém enuncie uma hipótese, neste caso o Ministério Público, e que exista alguém encarregado de refutar essa hipótese, de falseá-la. Se isso não acontecer, depois de ter colocado todo o seu empenho nessa direção, teremos apenas uma verdade provisória, neste caso, uma verdade processual. Para mim, parece que não deveria causar tanta surpresa, levando-se em conta esta ingerência, que havia mencionado em um princípio, do direito, das formas jurídicas, sobre todos nossos âmbitos da vida. É assim que essa forma jurídica impõe a ideia de leis, de prova e demais formas de raciocínio científico importantes nos séculos XV e XVI. O mesmo fato continuará ocorrendo no século XIX e XX também sobre as formas filosóficas e epistemológicas. Parece que Popper, como filósofo ocidental, pensa a verdade dessa maneira, que é uma forma jurídica. É a forma jurídica do acusatório. A epistemologia verificacionista seria a expressão filosófica da forma jurídica do inquisitivo. A epistemologia falsacionista, na Filosofia, corresponderia à forma jurídica do acusatório, que é evidentemente anterior à enunciação de suas ideias por Karl Popper. Em qualquer caso, parece-me que, mais que uma tradução em regras jurídicas dos critérios epistêmicos elementares, o que temos é uma assunção, em complexos critérios epistêmicos, das formas do direito para impor uma verdade e fazê-la aceitável para alguns ou por todos. Para além dessa questão, o importante reside naquilo que Ferrajoli propõe, que é uma verdadeira conquista para a noção igualitarista do direito. Não me estenderia nela, porque a dou por conhecida e porque não conseguirei dizer tão bem quanto o que escreve Ferrajoli. Porém, definitivamente, a sujeição a contraprovas da hipótese acusatória é algo central no modelo garantista de acusação, do modelo acusatório: não há acusatório sem defesa; não há devido processo sem defesa; não há sistema de garantias sem defesa.

A Constituição da Argentina afirma, ao resumir todas as garantias (aquelas expressamente mencionadas no artigo 18 e as que não estão): “É inviolável a defesa no julgamento da pessoa e dos direitos”. Também o artigo 8.2.d. da CADH, e toda a doutrina – começando por Julio Maier (1996, p. 551), que fala de “serviço público imprescindível” – reconhecem o direito irrenunciável de todo habitante de ser defendido por um advogado que proteja seus interesses e integre ou complemente seu estatuto jurídico no julgamento criminal que tramita contra ele. O Estado tem a obrigação de que essa defesa seja eficaz. Para que seja cumprida a “igualdade” (com a acusação, porém também com todos os possíveis acusados) a defesa técnica deve ser proporcionada pelo Estado, se o acusado não constitui (porque não pode ou não quer) advogado. Isto impõe uma obrigação especial ao Estado, que é a de possibilitar a existência desse advogado, que logo deverá ganhar a confiança do réu, e de que este, em sua atuação, seja eficaz. Portanto, não se pode confiar no serviço *ad honorem*, se se entende que o Estado deve pagar a defesa. Assim estamos diante da defesa “pública”, como garantia de cumprimento desse direito universal ou “público”.

Para Ferrajoli, dita finalidade se alcança com uma pessoa detentora dos mesmos prestígio e autoridade que o acusador (e que deveria indicar-se também iguais capacidade jurídica e poderes). Dessa maneira é possível cumprir, efetiva e eficazmente, a garantia da defensoria pública, que é cumprida, sempre segundo Ferrajoli, em seis instâncias. Em primeiro lugar, garante a lógica judicial, da epistemologia falsacionista, garantindo a confrontabilidade jurídica e fática da hipótese acusatória. Em segundo lugar, garante a liberdade, a busca contínua pela liberdade, pensada em outro aspecto, a da defesa do imputado e não a defesa do sistema lógico ou legitimador. É, neste sentido, um contrapeso diante do poder do Estado representado pela polícia, promotor, juiz. Em terceiro lugar, garante a confiança da população, que considera razoável a acusação e que impede a condenação do inocente. Em quarto lugar, garante a paridade de armas, a igualdade da defesa com a acusação, a igualdade do acusado com aquele que o está acusando, que geralmente é um promotor e, portanto, é alguém versado no Direito. E garante, em quinto lugar, outro tipo de igualdade muito importante, que é aquela perante a lei de todas as pessoas.

E para isso é especialmente importante a defensoria pública, a defesa oficial, a existência de um sistema eficiente que se ocupe de garantir a defesa daqueles que não podem pagar um advogado de sua confiança, com o seu conhecimento prévio. Garante que todas as pessoas serão defendidas de modo eficaz (deve-se reconhecer que, em nosso caso, não apenas os pobres

acessam este serviço, mas também aqueles que não querem escolher um advogado particular ou muitos daqueles acusados que escolhem a defensoria pública, concebendo-a como um serviço eficaz e eficiente: isto é, em si mesmo, um reconhecimento do respeito a essa igualdade). Isto garantiria, segundo Ferrajoli, a igualdade de todo o universo populacional. E, em relação a isto também, e em sexto lugar, garante a inocência, que é um Estado, que se presume, e que diante de uma intervenção estatal não tem sequer que cogitar pensar em gastos, senão que o Estado deve, ao mesmo tempo em que o incomoda, assegurar sua defesa eficaz e suportar os encargos dessa iniciativa, que pode ser infundada. E isso concretiza a ideia de gratuidade para o acusado, que é vinculada a essa defensoria pública e que, com bons motivos, defende especialmente Ferrajoli. E não somente ele.

Porém, a defensoria pública impõe que, para o Estado, seja custoso realizar esta função, que irá contrariamente suas outras funções específicas. Nesse sentido, adverte-se nessa instituição da Defensoria Pública o duplo papel do caráter subjetivo, por um lado, o da defesa do acusado; porém, por outro lado, o caráter objetivo, que torna possível o processo. Ambos os aspectos estão, desde já, na Constituição nacional da Argentina, nos tratados incorporados na Constituição e são os que a tornam uma garantia irrenunciável, inalienável. Mas neles, como sancionadores dos limites ao Estado, deve ser presumida a sanção do primeiro aspecto. E assim deveria também prevalecer em nossas atuações (e, assim, o segundo ocorreria por complemento). A Defensoria Pública é um organismo estatal, forma parte do Estado, porém, na realidade, está sempre combatendo o Estado. Contra o Estado em sua pretensão punitiva, representado, neste caso, pelo Ministério Público, mas antes pela polícia e, logo depois, inclusive, pelos juízes. Para poder cumprir com eficácia o papel estatal confiado aos defensores, estes obviamente têm que agir como se não houvesse tal obrigação de aperfeiçoar o processo e devem fazer prevalecer o interesse do indivíduo.

Desde a descrição dos dicionários da palavra "defender" (amparar, livrar, proteger, manter, conservar, sustentar algo contra a opinião alheia, impedir, dificultar etc.), até a sua função de serviço a quem o necessita e a função jurídica e também a cognitiva na descoberta de uma verdade, parece-me que, além de aceitar e reconhecer a importância da defensoria pública como garantia, deve-se insistir para que prevaleça esse aspecto do interesse individual, que sempre é posicionado em oposição ao Estado. Em estruturas como a nossa, isto é fundamental para guiar o agir, para que se introduza na mente, no aspecto subjetivo, do indivíduo que atua como defensor, daquele que defende, que exerce o verbo defender também em primeira pessoa ao haver sido designado para complementar as possibilidades defensivas de um réu criminal. Para além de sua atuação (a nossa) de tomar parte e possibilitar o devido processo, o defensor não deve estar pensando nesta função, nem que é um funcionário. O defensor não é uma engrenagem, não é um elemento indispensável para o devido processo; mas, pelo contrário, é um obstáculo para a imposição de condenações e de qualquer outra medida restritiva da liberdade do indivíduo que defende. O defensor deve pensar sempre, e assim ocorre, nas melhores estratégias para conseguir o melhor para o seu cliente. Nos casos criminais: sua liberdade, sua não condenação.

A defensoria pública é irrenunciável, é inalienável e é gratuita. É gratuita para aquele que é acusado, porque, na verdade e como já disse, não é gratuita. O Estado efetivamente arca com ela e é bastante cara. Porém, é uma despesa que foi assumida como parte do desenvolvimento da civilidade jurídica, nas palavras de Ferrajoli. E o que ele faz é distribuir igualmente, justamente, esses gastos que existem de qualquer maneira, e são altíssimos, quando se decide criar delitos e, com eficiência, perseguir-los. É falso que em algum momento, ou em alguma política, exista um custo zero. É um sistema dispendioso o da defensoria pública, porém também é caro onde ela não exista e onde arque com o gasto o indivíduo e, com ele, o devido processo. É um sistema caro o do devido processo. E um procedimento que não segue o devido processo também é dispendioso. Um mecanismo policial de repressão, outro jurisdicional, são caríssimos e, se forem ineficientes, são mais onerosos ainda. Não era necessariamente mais econômico o atuar da inquisição que o das ordálias. Com isso quero dar conta de outros tipos de mitos vinculados à eficiência e às garantias, porém também ao acesso à justiça. Nada é grátis e melhor dizendo tudo é caro. Isso nos obriga a pensar nos benefícios do que se realiza diante dessas despesas.

Afastando-se de novo do tema, mas no que diz respeito ao "acesso à justiça"², lembrarei que, entre aqueles mitos com os quais se pretende desvalorizar os direitos sociais³ em relação

² Para uma visão ampla, do que não pude tratar aqui, ver Haydée Birgin e Beatriz Kohén (2005).

³ Ver a brilhante argumentação de Gerardo Pisarello em seu "Los derechos sociales y sus garantías" (2007).

aos direitos civis e políticos, se assinala que são mais dispendiosos, que são de cumprimento mais custoso para o Estado. Creio que isso também é falso.

Também é muito oneroso para o Estado cumprir os direitos civis e políticos: garantir o direito de voto é caro; garantir liberdade de expressão é caro; garantir a propriedade – manter registros, ter juízes e policiais, é caríssimo. Também é caro assegurar as liberdades individuais. De fato, ninguém diz que isso é uma considerável despesa, embora se diga que está justificada. Pelo contrário, para alguns interesses se assinala o que é necessário, e por isso também estão justificados, para cumprir o direito à saúde, à moradia, ao trabalho, que tudo isso é muito caro. Essa não é uma boa objeção para sua efetividade e creio que, na realidade, é uma desculpa para dizer que eles não são tão importantes (o que tinha lhes dito que é falso). É necessário tornar esses direitos reais e universais, e para isso devemos integrá-los, na qualidade de direitos de todos os habitantes, um sistema eficiente para sua reivindicação jurisdicional, que acredito ser também o da defensoria pública. Um sistema que deve estar a serviço do acusado e ser autônomo dos poderes do Estado, do sistema judicial e também do próprio sistema de defesa. Cada defensor deve ter essa relação de dependência apenas com seu assistido (e, em qualquer caso, ter o apoio da organização e alcançar alianças com outras organizações da sociedade civil). A defesa eficaz possuirá como princípio o oposto da hierarquia. Stella Maris Martínez sempre fala de hierarquizar a defesa e, em realidade, não estou discordando disso, ainda que defenda o princípio anti-hierárquico, porque ela está se referindo a outra coisa quando afirma “hierarquizar”. A Defensora-Geral da nação argentina se refere a dar a devida importância à defesa, o que é uma necessidade autêntica.

O que quero assinalar é que, assim como não se pode educar a partir do princípio hierárquico, porque sempre estamos impondo que existe um que manda ou que sabe mais (lugar que, no melhor dos casos, ocupará o educando e deixará de aprender neste momento), tampouco se pode defender a partir do princípio hierárquico, já que, desta maneira, se impõe o lugar da diferença subordinada ou inferiorizante do réu. Creio que isto se vincula com a ideia de uma defensoria pública eficaz, que será a que se ponha ao lado (e não acima) do que possui uma necessidade, daquele que tem uma necessidade de defender-se. E isto é importante porque, ao defendê-lo, todos nos defendemos. Voltando para a distinção entre direito e privilégio, para finalizar, terminarei com uma citação de Juan Méndez, citado por Alves (2007, p. 41): “a não ser que alcancemos um acesso geral universal, o direito à justiça continuará sendo um privilégio e não um direito”.

Referências Bibliográficas

ALVES, CLEBER FRANCISCO. *Acceso a la justicia, Estado de derecho y consolidación democrática en América latina*. Revista del Ministerio Público de la Defensa. Buenos Aires, n.2, 2007.

BIRGIN, HAYDÉE; KOHEN, BEATRIZ. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Biblos, 2005.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1997.

FERRAJOLI, LUIGI. *Garantismo y defensa penal - o sobre la defensa pública*. Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, n.1, 2006.

FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1980.

HOBBS, THOMAS. *Leviatã*. Madrid: Editora Nacional, 1979.

LEGENDRE, PIERRE. *El tajo: discurso a jóvenes estudiantes sobre la ciencia y la ignorancia*. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

LOCKE, JOHN. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Tecnos, 2006.

LÓPEZ PULEIO, FERNANDA. *El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos*.

Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, n.4, 2008.

LÓPEZ PULEIO, FERNANDA. *Justicia Penal y Defensa Pública: la deuda pendiente*. Revista Pena y Estado, Buenos Aires, n.5, Inecip, 2002.

MAIER, JULIO B. J. *Derecho Procesal penal*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996.

MARIS MARTÍNEZ, STELLA. *Defensa Pública, derecho del Pueblo*. Revista Pena y Estado, Buenos Aires, n.5, Inecip, 2002.

NOZICK, ROBERT. *Anachy, State and Utopia*. Nova Iorque: Basic Books, 1974.

PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

PRODI, PAOLO. *Una historia de la justicia*. Buenos Aires: Katz, 2008.

ROUSSEAU, JEAN-JAQUES. *El contrato social*. Madrid: Alianza, 1986.

ZAPATA DE BARRY, ANA MARIA. *El Protector de los Naturales y el Defensor General de Pobres en la estructura jurídica de la América hispana*. Revista del Ministerio Público de la Defensa. Buenos Aires, n.3, 2007.