

Ricardo Brandão: A indisponibilidade de defesa no processo penal

10/08/2022

"O primeiro advogado que iria assumir desistiu. Como é um processo penal, ele precisa de um advogado e, então, a Defensoria Pública vai cuidar do caso" [1] é a informação do caso do médico acusado de cometer violência sexual durante um parto.



De fato, é natural que alguns advogados não tenham

interesse em defender uma pessoa que está sendo processada por um crime sexual de grande repercussão, pois é possível que o valor a ser recebido a título de honorários não compense a publicidade negativa que uma atuação pode vir a gerar.

A dúvida que surge é: uma Defensora Pública ou um defensor público pode se negar a atuar na mesma situação?

A resposta ao questionamento acima é o que se pretende analisar no presente artigo por meio de uma metodologia exploratória e descritiva.

1. Da autonomia funcional do defensor público

O inciso I do artigo 43, o Inciso I do artigo 89 e o Inciso I do artigo 127, todos da Lei Complementar número 80/94, preveem a independência funcional, respectivamente, do defensor público federal, do defensor público distrital e do defensor público estadual, estando os mesmos atrelados, tão-somente, aos mandamentos da Constituição, das leis, bem como às suas consciências.

Por outro lado, o artigo 44, XII, da Lei Complementar 80/94 (dispositivo referente à Defensoria Pública da União (DPU), com redação repetida no inciso XII do artigo 89 e VII do artigo 128, referentes respectivamente às Defensorias distrital e estaduais) prevê o seguinte:

"Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

XII – deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público Geral, com as

razões de seu proceder;"

Desse modo, com base em sua independência funcional, pode a Defensoria Pública deixar de patrocinar ações em duas situações, conforme será analisado a partir de agora.

Quanto à primeira delas, ser manifestamente incabível, o defensor público federal Frederico Rodrigues Viana de Lima comenta o seguinte:

"Na primeira hipótese, evita-se que se ingresse desnecessariamente com demanda da qual se sabe, de antemão, que culminará com resultado infrutífero. Inibem-se pretensões aventureiras e infundadas, e que, em última análise, poderiam conduzir a litigância de má fé" [2]

Assiste razão ao doutrinador acima mencionado, não entrar com a ação em casos infundados é uma das mais brilhantes formas de colaborar com o acesso à justiça.

As vantagens para o assistido são evidentes: evita-se a criação de falsas esperanças e o risco de uma condenação pecuniária por litigância de má-fé. As vantagens para a sociedade são tão importantes quanto: diminui-se o número de ações e, em consequência, o excessivo volume de trabalho das varas judiciais.

No entanto, é importante frisar não ser possível deixar de entrar com a demanda judicial em face de mera dúvida quanto ao direito do assistido, pois não tem o referido profissional o poder de dirimir dúvidas, ou seja: de dizer o direito(jurisdição). Em verdade, deve existir convicção quanto à inviabilidade da pretensão. Nesse sentido, afirma o defensor público estadual do Rio de Janeiro e professor Cleber Francisco Alves:

"De acordo com as normas legais vigentes no Brasil, somente em casos, digamos, 'teratológicos' será possível ao defensor público recusar-se a prestar a assistência jurídica — e consequentemente deixar de propor medida judicial pretendida — que lhe seja solicitada por um cidadão que se qualifique pessoalmente como destinatário do serviço" [3].

A segunda hipótese legal onde há permissão para a não propositura de demanda judicial, quando solicitada, é na hipótese de ela ser inconveniente ao interesse da parte. Aqui a importância da "não atuação" da Defensoria Pública é também de grande relevância. O termo está entre aspas por um único motivo: em verdade, a defensora ou defensor público não está postulando em juízo, porém está atuando de forma a proteger o próprio assistido, como, por exemplo, quando esse último pretende renunciar a um direito indisponível.

Além disso, a segunda hipótese também colabora com a diminuição do número de demandas perante o Poder Judiciário e, em consequência, com toda a sociedade, pois os demais litigantes, os que necessariamente ou preferencialmente procuram o referido poder, poderão usufruir das benesses inerentes a menos feitos.

Em suma, não há como a defensora ou o defensor agir de forma arbitrária ou macular um erro profissional (como perder um prazo) quando não entrar com determinada demanda, haja vista a obrigatoriedade de comunicar, de forma fundamentada, ao defensor público-geral a sua decisão.

A medida acima mencionada não diminui a autonomia funcional da defensora ou do defensor público, em face da impossibilidade de o defensor-geral obrigar a patrocinar a ação, porém traz a garantia para o assistido pelo órgão defensorial da lisura do procedimento adotado e do grau de comprometimento do profissional com o seu labor social.

Entretanto, as questões abordadas até aqui se referem a direitos disponíveis. Seria a mesma lógica aplicada ao Direito Penal? A Defensoria Pública pode se recusar a defender alguém em um processo penal? É o que passaremos a analisar no próximo tópico.

2. A defesa no âmbito penal

Na seara penal, assim como acontece, como regra, no âmbito civil e diferentemente do que acontece na justiça laboral, a defesa só pode ser realizada por uma advogada ou advogado ou por uma defensora pública ou defensor público, não possuindo as partes capacidade postulatória. Cabe aos membros e membras da Defensoria Pública prestarem a assistência jurídica gratuita no âmbito criminal.

A peculiaridade no presente caso é que no processo penal brasileiro o direito de defesa é indisponível, não havendo o que se falar em efeitos da revelia, conforme norma que se extrai do artigo 261 do Código de Processo Penal, *in verbis*: "Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

Nesse sentido, afirma Tourinho Filho:

*"Aliás, em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, **goza de direito 'primário e absoluto' da defesa**. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido"* [4]. (Grifos do autor)

O STF, por seu turno, editou a Súmula 523 com o seguinte teor: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu".

Frise-se, ainda, que o entendimento agora exposto decorre também do previsto no Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, ao afirmar ser "*direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor*".

Desse modo, caso a parte intimada não ofereça defesa em um processo penal ou simplesmente não constitua uma advogada ou um advogado, caberá à Defensoria Pública, independentemente da condição econômica do réu, apresentar a defesa cabível, sob pena de nulidade, garantindo, assim, o contraditório e a ampla defesa, que são princípios constitucionais [5].

Conclusão

É completamente compreensível que advogadas e advogados da área penal optem por não aceitar uma causa em face do apelo midiático negativo que ela possa vir a causar, tal como também devemos aceitar quem opta por defender a pessoa acusada do crime mais cruel, pois contraditório e a ampla defesa são direitos fundamentais de todas e todos.

Entretanto, a referida escolha não existe para quem integra a Defensoria Pública, pois o direito de defesa penal no Brasil é indisponível. Assim, toda pessoa que responde por um crime e que não tem advogada e advogado será necessariamente defendida pela Defensoria Pública.

Por pior que seja o crime, uma pessoa só pode ser condenada por meio de um processo justo e regular, o que inclui no Brasil necessariamente a existência de uma defesa técnica.

No mais, integrar a Defensoria Pública é seguir uma carreira belíssima, mas que tem alguns ônus, dentre os quais está justamente defender as pessoas que não querem ser defendidas por mais ninguém.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional.** São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública.** Salvador: JusPodivm, 2010.p.360.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

[1] Fonte: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2022-07-30/anestesista-presos-estupro-ainda-nao-conseguiu-advogado-defesa.html>

[2] LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública.** Salvador: JusPodivm, 2010.p.360.

[3] ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p.272.

[4] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.23.

[5] DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional.** São Paulo: Atlas, 2009. p.33-35.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-ago-10/ricardo-brandao-indisponibilidade-defesa-processo-penal/>